

DERECHO ROMANO Y DERECHO REAL EN LAS UNIVERSIDADES DEL SIGLO XVIII

La historia de las universidades europeas —grandes centros del saber— posee especialistas y bibliografía propios. Posee sus problemas, sus técnicas, sus fuentes... El estudio de estas instituciones docentes resulta crucial para conocer, enraizadas en la realidad, las ideas y la ciencia, como también la ilustración superior que reciben, a través de ellas, los estamentos o clases más cultas de la nación, y también más poderosas. Stuart Mill escribía en 1848: «No puede darse una combinación de circunstancias más peligrosas para la felicidad humana, que aquélla en que se mantienen a un alto nivel la inteligencia y el talento de la clase gobernante, pero se desalienta y se obstaculiza fuera de ella. Un sistema así personifica de una manera más cabal que ningún otro la idea del despotismo, añadiendo el arma de la superioridad intelectual a las que ya tienen los que disfrutan del poder legal»¹.

Mi intención actual es ocuparme de la presencia del Derecho patrio en la universidad, que empieza a imponerse —parcialmente— desde el siglo XVIII. Desde una perspectiva más limitada, no busco ahora delinear los grandes organismos sabios —las universidades— como una institución jurídica y social que vive inmersa en unas tensiones y realidades. Cuando los reyes empiezan a reivindicar su poder en los claustros, en medio de una renovación de la filosofía y las ciencias, decisiva para las épocas más recientes. El antiguo régimen pretende cambiar un tanto —nunca con demasiada profundidad— las viejas universidades, y Carlos III y sus ministros llevan adelante reformas e inmisiones. Luego, los movimientos franceses de la revolución obligan a volver hacia atrás en la senda marcada y, cuando las universidades despiertan

1. J. STUART MILL, *Principios de economía política*, 2^a ed. México, 1951, libro v, cap. xi, debo, el haberme llamado la atención sobre este texto, a mi buen amigo Miguel Olmeda.

de su postración, los ministros y los reyes no gustan de los nuevos caminos². Pero toda esta dinámica del XVIII y albores del XIX escapa a los límites de este estudio. Más bien, pretendo presentar un esquema coherente de cómo se enseñan leyes y cánones en la universidad, de qué forma y por qué textos... Examinar la sucesiva implantación del Derecho real en detrimento del romano, con sus razones y dificultades. Conocer cómo se imparten los conocimientos del derecho a los juristas y las doctrinas jurídicas que se usan y enseñan en las aulas. En diversas ocasiones me he ocupado de estos temas³, pero es preciso seguir ahondando para conocer nuevos materiales y planteamientos, para enmendar enfoques y realidades. Otra cosa sería pretender la perfección en cada paso, en cada resultado, y sería, por lo menos, vanidad, si tal pretendiera. Ahora bien, he procurado no repetir aspectos o análisis publicados con anterioridad.

La entrada del Derecho patrio en las universidades españolas es realmente tardía, pues hasta 1771 no puede fecharse la primera introducción de nuestros cuerpos legales —Recopilación, Leyes de Toro— en

2. Estos enfoques más amplios sobre la Universidad pueden verse en M. y J. L. PESET, *La Universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Taurus, Madrid, 1974. Más descriptivo, sobre una parte de la bibliografía existente. A. ALVAREZ DE MORALES, *La "ilustración" y la reforma de la universidad en España del siglo XVIII*, Madrid, 1971.

3. Además de mi aportación al libro citado en la nota anterior, M. PESET REIG, "La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX" *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, LXII (1971), 605-672, M. PESET REIG, "Inéditos de Gregorio Mayáns y Siscar (1699-1781) sobre el aprendizaje del derecho", *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia*, VI, 11 (1966), 49-110, M. y J. L. PESET REIG, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1969, M. y J. L. PESET REIG, *Gregorio Mayáns y la reforma de la Universidad. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España*. (1767). publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, Valencia, 1975; M. PESET REIG, "La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de Leyes", *Saitabi*, XIX (1969), 119-148; M. PESET REIG, "De la Universidad moderna a la contemporánea en España" y "El sistema de enseñanza en la Universidad de Valencia y el plan Blasco, de 22 de diciembre de 1786", *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, III, 263-273, y II, 295-315. También, en un futuro próximo, J. L. y M. PESET, *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*, en preparación.

las aulas. Algunos tanteos anteriores —deseos y aun órdenes reales— no producen fruto, y hay que esperar a los planes de Valladolid y Salamanca, durante la reforma de Carlos III, para que se admita su explicación. Las universidades enseñan el Derecho romano o los cánones, sin ocuparse del Derecho real hasta épocas muy cercanas. Las facultades forman romanistas teóricos o canonistas, que después habrán de completar su formación en el desempeño de sus labores de abogados, jueces o ministros de los Consejos... Existe una desarmonía entre los saberes académicos y la práctica; entre las controversias romanistas sobre materias extintas por siglos y el ejercicio en los tribunales, en donde el Derecho romano adquiere unos perfiles más concretos y se mezcla con el Derecho real.

DERECHO COMUN Y LEGISLACION REAL

Es extraña esa ausencia del Derecho patrio en nuestras universidades durante la primera mitad del siglo ¿Cómo es posible que las facultades de leyes no expongan y faciliten el conocimiento de nuestras leyes de Partida? ¿No forman ellas a los abogados, los oidores, los consejeros...?

Todavía resulta más sorprendente la omisión si nos atenemos a la universidad francesa durante época similar. A finales del siglo XVII había logrado subsanar esta antigua situación. Antes, en la Sorbona decadente, la situación era distinta, pero tampoco se atendía a las leyes reales. En la facultad o escuela de Derecho se estudiaba casi exclusivamente canónico, atendida cada vez más a la disciplina conciliar, frente a las decretales pontificias, por influencias galicanas. En París no se estudia el Derecho romano por la prohibición de Honorio III y por acuerdo posterior de los estados de Blois. Los estatutos de 1598 permitieron, al parecer, la explicación de la *Instituta* de Justiniano, pero el destierro de los restantes textos de *Corpus* no le permitía conceder la licenciatura en Derecho civil o romano. Orleáns sí prestaba esta enseñanza, mientras París la había condenado repetidas veces. Hasta 1679 se mantiene la viejísima tradición de explicar casi únicamente el Derecho de la Iglesia. En aquel año Luis XIV promulga un edicto

que introduce el Derecho romano y, acelerando la modernización, establece al mismo tiempo la enseñanza del Derecho francés ⁴.

«Y a fin de no omitir cuanto pueda servir a la perfecta instrucción de aquéllos que entran en los empleos de la judicatura, queremos que el Derecho francés, contenido en nuestras ordenanzas y en las costumbres, se enseñe públicamente, y a este efecto nombraremos profesores que explicarán los principios de la jurisprudencia francesa y que harán lecciones públicas» ⁵.

Existía algún manual —el de Loyseul— y se escribieron otros muchos que facilitan esta enseñanza, sintetizando textos tan amplios como los del Derecho consuetudinario francés y las ordenanzas reales ⁶. El poderoso Luis XIV y sus ministros no podían abandonar a la práctica el estudio de las leyes francesas. Pero, ¿le seguiría España en esta solución como hizo en otras a partir de 1700?

No es difícil imaginar que el reinado del último Austria, Carlos II, con tendencias a suavizar la máquina de su Estado, no era momento propicio para atender al estudio de su derecho. Algunas voces se habían dejado oír —incluso antes— en este sentido, pero la transformación académica no estaba madura. Saavedra Faxardo hace sentir sus deseos, pero en forma dubitativa: no duda acerca de la necesidad de estudiar las leyes del reino, pero sin olvidar el Derecho romano. Son ideas de un político que quizá no conoce bien los entresijos de la doctrina y de la práctica. Pero defiende el Derecho de Roma, señalando dos inconvenientes a su erradicación:

«...el primero, que como están las leyes en lengua castellana, se perdería la latina, si los profesores de Jurisprudencia estudiasen en ellas solamente, fuera de que sin el conocimiento del Derecho civil, de donde resultaron, no se pueden entender bien. El segundo, que siendo común a casi todas las naciones de Europa el Derecho civil, por quien se deciden las causas y se juzgan en las Cortes ajenas y en los tratados

4 Los datos fundamentales están sacados de M. A. LEMASNE-DESJOBERT, *La faculté de droit de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, París, 1966, 44-54, 67 s., 69-71, 80-92.

5. Artículo 14 del edicto de 1679, traducido de M. A. LEMASNE-DESJOBERT, *La faculté de droit*, pág. 94.

6 M. A. LEMASNE-DESJOBERT, *La faculté de droit*, pág. 93-118, sobre el Derecho francés en esta época.

de paz los derechos y diferencias de los príncipes, es muy importante tener hombres doctos en él; si bien estos inconvenientes se podrían remediar, dotando algunas cátedras de Derecho civil en las universidades...»⁷.

Saavedra nos indica con fidelidad las importantes razones que niegan posibilidades al derecho patrio. La tradición universitaria de inspiración romana por una parte y, especialmente, la existencia de una doctrina común en Europa, basada en Justiniano y sus comentaristas. El Derecho romano está presente en las cuestiones internacionales, como también en los litigios y causas internas con amplia generosidad. Es una realidad indudable, la persistencia del Derecho y la doctrina común hasta la aparición de los códigos liberales. Añadiré algunas precisiones.

Matheu y Sanz, en su *Tractatus de re criminali*, en materia tan lejana como es el ordenamiento criminal usa y abusa del Derecho romano; a veces, cuando la ley propia es muy diferente, no tiene más remedio que seguirla, pero usualmente hace concordar ambos o completa las leyes patrias con el Derecho común⁸. Desde una perspectiva más amplia, puede verse el comentario de Azevedo a la Recopilación y apreciar cómo maneja el Derecho romano para envolver los dictados de la ley real. Aunque resuelve a favor de éste, es muy significativo que se plantee el problema de preferencia entre la ley de Recopilación y la común en materia penal, cuando sus soluciones son distintas.

«...si por la nueva ley regia se impone una pena diversa de la que imponía una ley civil, que era adecuada al delito, aunque no se diga

7 D. SAAVEDRA FAXARDO, *Empresas políticas. Idea de un Príncipe cristiano*, 2 vols Valencia, 1786, I, págs 194 s., con menor penetración, P. FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Conservación de Monarquías*, Madrid, 1626, pág. 280, en que dice: "... el Rey Alarico Godo, puso grandes penas a los jueces que admitiesen alegaciones de leyes romanas; porque demás de que en ello parece se deroga a la soberanía de los Reyes, que no reconocen superior, es cierto que con estas leyes del Derecho común y con las varias interpretaciones de tantos autores, como cada día salen a comentallas, y con tantas opiniones encontradas, se enrolla y entrapa la justicia de los que la tienen, acabándose la vida de los litigantes y consumiéndose sus haciendas en sutilezas de letrados..."

8. L. MATHEU Y SANZ *Tractatus de re criminali*, Lyon, 1675, véase. por ejemplo, la controversia XXXIII, fols. 263-268, o la XII, fols. 94-98. Sobre este autor, F. TOMÁS VALIENTE, "Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu y Sanz (1618-1680)", *Anuario de historia del Derecho español*, XLI (1971), 439-485.

que corrige otras penas, se imponga solamente entonces la pena determinada por el Derecho real y no otra...»⁹.

Pero aún hay más. La misma interpretación de nuestros textos se vicia de romanismo, al ser considerados como mero trasunto, traducciones y adaptaciones. O al interpretarla desde un marco de Derecho común, como es el caso de las Partidas, con la glosa de Gregorio López. Un texto de Covarrubías, que he citado en otra ocasión, nos manifiesta ese convencimiento íntimo de los juristas de que deben basarse en el Derecho de los romanos. Y es evidente que no andan desencaminados, pues las viejas y sabias leyes se extienden más completas y sutiles sobre nuestras pobres leyes patrias y dominan en los tribunales y los jueces.

«Ego tamen ejus opinionis sum —dice Covarrubias—, ut regias constitutiones, quas Septempartitum opus complectitur, quoties earum verba patiantur, existimem ad Jus Pontificium Caesareumque reducendas fore, ut nihil utriusque Juris sanctionibus adversum in eis statui existimemus: quandoquidem earum legum conditoris potissimus fuerit scopus, in quem tantum opus ad Hispaniae Reipublicae utilitatem dixerit, ex utriusque Juris statutis, constitutiones praedictas Hispano sermone deducere»¹⁰.

Cuando en el siglo XVIII, Berní presenta su edición de Partidas, esta misma idea —más matizada— sigue presente sobre el más importante de nuestros códigos reales. En la aprobación preliminar Gregorio Mayáns decía que «son cumplido cuerpo del Derecho Divino y Humano, que comprende la Ley evangélica, el Derecho natural y de gentes, las Leyes más útiles de los romanos, los Cánones y Decretales Pontificias, según la inteligencia y práctica de su tiempo, que aún en el nuestro persevera en España, las resoluciones más acertadas de los Pragmáticos, que florecieron antes de formación, la historia fidelísima de las antiguas costumbres, dignidades y oficios de los Reinos de España, con sus honores y prerrogativas: y, por último, es un manual de Política cristiana, la Tesorería mayor de la lengua castellana y, por decir-

9 A. DE AZEVEDO, *Commentarii Juris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, 6 vols. Lyon, 1737, I, fol. 124, comentando Nueva, 2.1.3; sobre la cuestión, G. DE HERMOSILLA, *Notae additiones et resolutiones ad glossas legum Partitarum*, 2 vols. Ginebra, 1751, II, tít. V, 1, XI, gl. 1, n. 9, folio 416.

10 D. DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variarum*, I, XIV, *Opera omnia*, 2 vols. Ginebra, 1723, II, 88.

lo en una palabra, la más sabia parte del Derecho español...» Y José Berní, en el prólogo, loaba sin reparos a Gregorio López, que «arregló la letra del texto, manifestando en sus Glosas su celebrado caudal, pues acordando opiniones antiguas y modernas, y señalando las probables y más seguras, dio dictámenes acertados en favor de la causa pública, notando los fundamentos más sólidos; de forma, que debemos muchos aciertos al señor Gregorio López, y su doctrina es muy estimada no sólo en los Tribunales y Universidades de España, sino también en todas las naciones cultas»¹¹. El, por su parte, prescindió de citas a los textos romanos —sólo era para principiantes, dice— y se refiere sobre todo en sus apuntamientos al concilio tridentino y a los autores españoles y extranjeros. ¿Pero acaso en éstos no se halla buena dosis de romanismo?

Se cree que la ley primera de Toro supone la aplicación estricta de los textos patrios. Recordemos el tenor literal de su última parte:

«Y lo que por las dichas leyes de Ordenamientos y Pragmáticas y Fueros no se pudiere determinar: Mandamos, que en tal caso se recurra a las Leyes de las Siete Partidas, hechas por el Rey Don Alonso, nuestro Progenitor. Por las quales, en defecto de los dichos Ordenamientos, Pragmáticas e Fueros, mandamos que se determinen los Pleitos y Causas, así Civiles como Criminales, de cualquier calidad o cantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas y no por otras algunas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere en la

11. J. BERNÍ, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida, al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, 3 vols., Valencia, 1759, aprobación de Mayáns y prólogo, en tomo I, al comienzo, sin paginar. En todo caso, Berní es un práctico, Mayáns un teórico y sus ideas no coinciden, aun cuando exista relación continua entre ellos. Precisamente en torno a este tema romano, escribía José Nebot a Mayáns en carta de 22 de junio de 1740, referido a libro anterior: "Dicen que el doctor Berní saca otro libro; si acaso acude a Vm. por la aprobación envíele a pasear, pues el otro no ha tenido aceptación alguna, y aunque ya sabe del modo que Vm. le aprobó, no obstante, me sabe mal que se halle allí su nombre, por las proposiciones tan duras que contiene, siendo entre otras: que aun en defecto de Ley real no se ha de recurrir al Derecho común, sí[no] que se ha de consultar a Su Majestad, siendo así que el Derecho comun está fundado en la razón natural", archivo del *Corpus Christi de Valencia*. G. MÁYANS Y SISCAR, *Epistolario IV, Mayáns y Nebot*, ed. M. Peset, Valencia, 1975, num. 61.

interpretación y declaración de dichas Leyes de Ordenamiento e Pragmáticas e Fueros, o de las Partidas, que en tal caso recurran a Nos, e a los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretación e declaración de ellas; porque por Nos vistas las dichas dudas, declararemos e interpretaremos las dichas Leyes, como conviene a servicio de Dios nuestro Señor e al bien de nuestros Súbditos y Naturales y a la buena administración de nuestra Justicia...»¹².

Las afirmaciones de la ley son claras. Pero he aquí la interpretación que le da Antonio Gómez, el máximo de sus comentaristas, quien en el siglo XVIII está presente, hasta el punto de recomendarse su obra, entre todas, como texto docente¹³. La interpretación sólo corresponde al emperador, príncipe o rey, según advierte el Código de Justiniano, de acuerdo con esta ley —o sea, hasta la limitación aparece fundada en una ley de los romanos—. Si falta la ley real advierte Gómez, deberá acudir al Derecho común. Si falta ley, se apela a la costumbre; continúa desbordando los deseos reales expresados en las leyes de Toro, con cita de algunos fragmentos de Digesto y los doctores. A falta de ambas, la razón natural, según Baldo, Decio, Juan Andrés, Aristóteles... Después, la opinión común de los doctores, y no habiendo acuerdo, bastaría que fuese probable. Por último, faltando todas estas posibilidades, cabe el recurrir al monarca¹⁴. ¿No queda claro que en la interpretación de Partidas y de las leyes reales está presente el Derecho

12. Púede verse en A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentariorum absolutissimum*, Madrid, 1780, fol. 2, o en *Nueva Recopilación*, 2,1,3.

13. Las concretas referencias en M. y J. L. PESET REIG, *El reformismo de Carlos III*, pág. 60, nota 1 Véase también en mi nota 98.

14. A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri*, fols. 4-8, en el primero escribe: "Nota ex ista lege, quod in isto Regno, in decissionibus causarum prius, et ante omnia debet judicari per istas *Leges Tauri*: Item consecutive postea per *Leges Ordinamenti, et Pragmaticas hujus Regni, et leges Partitae*; licet non prohibetur earum usus, nec consuetudo: postea per *Leges Foli*, quae fuerint in usu, et consuetudine. Postea vero his deficientibus, debet judicari per *jus commune Romanorum Consultorum, et Imperatorum*, quod legitur, et disseritur in Schoiis, et Studiis generalibus...". Sobre la persistencia de estas ideas de Antonio Gómez, véase M. PESET REIG, "Una propuesta de código romano-hispano inspirado en Ludovico Antonio Muratori", *Homenaje a Santa Cruz Tejeiro*, 2 vols. Valencia, 1974, II, 217-260. Análoga solución en J. L. DE PALACIOS RUBIOS, *Glossemata legum Tauri*, en *Opera varia*, Amberes, 1616, fol 514, acude a la costumbre y la razón natural, porque "absurdum enim videtur pro qualibet parva dubitatione principem adire".

romano y su doctrina? ¿Acaso no penetraría a través de estas múltiples instancias o fuentes señaladas para la resolución del litigio? Como el Fuero Juzgo rechaza las leyes romanas, los autores se ven con dificultades para este uso que de ellas se hace. Incluso recuerdan alguna antigua disposición que condenaba a muerte a quien las utilizase. Mas no hay problema: no deben usarse como tales, sino por ser razón natural —escribe Villadiego, el editor del Fuero Juzgo—, pues los reyes españoles no están sometidos a ellas, ya que rescataron sus reinos de manos de los enemigos, sólo cabe utilizarlas *tamquam ratione naturali si fundantur in ea, non tamquam legibus*¹⁵.

Estas realidades evidentes de la España moderna, continúan sin interrupción durante el setecientos. Un doctor catedrático de Cervera, Lorenzo de Santayana Bustillo, alababa la *Instituta civil y real* de Berní, haciendo ver cómo en ella se unen «lo deleitable de la teórica con lo provechoso de la práctica», e insistía en que «no todo lo que se halla prevenido en nuestras Leyes de Partida puede llamarse práctica: pues a más de que muchas cosas de las que allí se leen son meramente doctrinales, y pertenecientes a definiciones y principios especulativos, el cuerpo de aquellas Leyes fue como una traducción del Derecho civil romano, y como en éste notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que suceda lo mismo en las Leyes de Partida, que de él se copiaron»¹⁶. En idéntica ocasión, otro teórico, Mayáns y Siscar se pronunciaría con ideas semejantes, al par que perfila el valor del Derecho romano, al que tiene en gran estima. Es claro que sus precisiones poseen plena vigencia en el momento.

«El Derecho romano consta de preceptos del Derecho natural, del Derecho de las gentes y del Derecho meramente civil, § *ult. Inst. de Jur. Nat Gent et Civil*. En todo lo que está tomado del Derecho natural y de las gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el Derecho romano apropiándolo a sí, sino porque es Derecho natural y de gentes, los cuales Derechos obligan a todo el Género Humano, *princ. Inst* §

15 A DE VILLADIEGO, *Forus antiquus Gothorum Regni Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Juzgo nuncupatus*, Madrid, 1600, fol. 71 s. La referencia al Breviario, como otros autores de la época, la toma de Baronio.

16. J BERNÍ, *Instituta civil y real*, 3.^a ed., Valencia, 1775, IX s. Su primera edición apareció en 1745.

Jus autem 1 § *Sed naturalia* 11 de *Jur Nat Gent et Civil*, y no pueden ser abrogados por Nación alguna según dicho *Sed naturalia* 11.»

«En lo que toca a los preceptos meramente civiles, o éstos están confirmados por el Derecho de España o abrogados o pasados por alto »

«Si están confirmados, deben seguirse, porque por la confirmación del legítimo Legislador están apropiados en España.»

«Si se han abrogado no tienen fuerza de Ley, porque prevalece siempre el Derecho posterior.»

«Si se han pasado por alto, no deben seguirse como Leyes, porque el Derecho romano generalmente está abrogado, y en los casos no prevenidos por la Ley, debe acudirse al Legislador propio L 1, L *lege* 9, L *ult.* § *Cum igitur* 1 *Cod de legibus*, L *tanta* 2, § *sed quia* 18 *Cod de vet jur enucl* L. 4, *tit* 4, *lib* 1 de las *Ordenanzas Reales*, L 1 de *Toro*, L. 3, *tit* 1, *lib.* 2 de la *Nueva Recopilación*, L 7, *tit.* 1, *lib.* 2 *Recop.*»

«Por medio de estas distinciones se averiguará fácilmente en qué consiste el valor y grande autoridad del Derecho romano en los Tribunales de España, y en casi todos los de Europa, aun después de su abrogación, porque como la mayor parte del Derecho romano está sacada del natural y de las gentes, es necesario que en lo que toca a estos Derechos permanezca inviolable, § *sed naturalia* 11, *inst. de Jur. Nat Gent et Civil*, así como la justísima prohibición del Alcorán de Mahoma no se entiende de los preceptos del Derecho natural y de las gentes comprendidos en él»¹⁷.

El texto mayansiano es jugosísimo, y aun cuando busca salvar los preceptos reales y la terminante disposición de la ley de Toro, no deja dudas sobre la realidad de aquel momento. Tal vez los abogados en ejercicio, un Fernández de Messa, un Berní¹⁸, insistan todavía más en el respeto y la importancia de las leyes reales, pero sin poder poner en duda la presencia y eficacia del derecho romano. Uno de ellos, a quien recientemente dediqué mi atención, Pablo de Mora y Jaraba aun cuando ataque el Derecho romano sabe que no hay posibilidad de prescindir de sus libros.

¹⁷ J. BERNÍ, *Instituta*, págs xxii s. y xi; sobre Partidas xxv

¹⁸ T. FERNÁNDEZ DE MESSA, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España*, Valencia, 1747, I, 144-149, 160 s.; J. BERNÍ, *Instituta*, xxxiii s. T. FERNÁNDEZ DE MESSA, *Oracion que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas*, Valencia, 1752.

«Para no incidir, pues, en abuso semejante, ya que es preciso valer- nos de esos mismos libros por ahora, no se debe deferir a las doctrinas de los Autores prácticos, sin examinar primero los textos y Leyes romanas en que se fundan; no a fin de ver si tienen consonancia con las *citas*, que es lo que ahora se ejecuta, sino para inquirir y desentrañar su razón y fundamento —en suma, volver con mayor profundidad a las fuentes—. De modo que careciendo la Ley civil en que se funda el Autor de razón, como se encuentran infinitas, ni el Autor ni su opinión merezcan aprecio. Lo mismo debe entenderse de los Papeles en Derecho y de los Informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las Leyes Romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los Jueces reformarlo fácilmente, obligando a los Abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan: que yo aseguro que no se citarían tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquéllas digo que están bien fundadas»¹⁹.

Podría multiplicar los textos de los autores del XVIII que expresan esa conformidad —con críticas— acerca de la presencia y fuerza del derecho romano. Basta abrir cualquier obra para que nos encontremos su peso todavía decisivo en el tratamiento de las cuestiones prácticas de nuestro Derecho. En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*, en los que de nuevo un abogado se plantea la sempiterna cuestión «Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar —al jurista, se entiende— una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruída su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto»²⁰. Este desánimo, esta des-

19. P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del derecho y abusos de la jurisprudencia*, Madrid, 1748, pág. 221; también 212-218. Véase mi estudio M. PESET REIG, "Una propuesta de código...", referido a este autor.

20. J. F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 2 vols. Madrid, 1829, I, III s. Es la segunda edición.

confianza hacia la existencia de varios ordenamientos paralelos, el romano, el canónico y el patrio, anuncia tiempos nuevos en que estas dificultades irán cambiando en sus planteamientos. Castro no niega, ni puede negar la aplicación y fuerza del Derecho canónico para España, a pesar de las grandes cuestiones que suscita. Los enemigos mayores para la práctica serían, según él, el exceso en el Derecho romano y los intérpretes.

Todos reconocen que el Derecho romano no tiene valor de ley en España, pero, cuando ésta falta, los autores dudan. Las leyes reales, desde Recesvinto a Toro, no dejan dudas. «Pero todo esto no ha movido a otros de autoridad respetable —cita aquí a Antonio Gómez— para que dejen de afirmar por corriente que las leyes romanas tienen eficacia de ley en España, faltando ley del reino. Esta asertiva no tiene otra autoridad para su prueba que la que el uso ha dado al derecho romano. Este es, dicen, el derecho civil que se estudia en las universidades, para cuya enseñanza se han establecido tantas cátedras con tan largos estipendios, en que se emplean tanto número de estudiantes, en que hay tanta diversidad de ejercicios y en que trabaja tanto la juventud. Últimamente, las leyes romanas no sólo resuenan en las escuelas, sino también en los tribunales, y los escritores españoles las veneran, citan y exponen con muy largos comentarios; y, por decirlo en una palabra, éste es un derecho que en pluma de todos se llama común, con cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estén determinados por ley particular»²¹. Insiste en que solamente como razón natural tiene aplicación, y, en este caso, sólo puede traerse a colación por los principios que contiene; pudieran buscarse éstos en otros ordenamientos distintos del romano.

No nos engañemos. Las disposiciones reales que prohíben y limitan la aplicación del Derecho romano entre nosotros, pretenden en vano desplazarlo. Las normas extraídas de Código o de Pandectas están ahí, enseñadas en las universidades y aplicadas en los tribunales. Sólo si aceptásemos la miope visión de un positivismo jurídico —que surge en la historia jurídica siglos más tarde— podríamos dar valor a estas declaraciones reales, a la ley primera de Toro, pensando que, en verdad y rigor, el Derecho romano ha sido desterrado de nuestro ordenamiento.

21 J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, pág. 59.

jurídico. Incluso es posible, que desde sus mismos supuestos pudiéramos demostrar como costumbre la aplicación de sus textos. Pero no ensayaré esta vía. Me basta verlo en la realidad de su presencia en el constante acudir de los autores y los jueces a sus normas. Y si la ley real lo niega, sólo muestra su escasa virtualidad para conocer la realidad jurídica más inmediata, la vida en los tribunales y en las notarías.

Esa presencia del Derecho romano se mantiene en otro autor, Vicente Vizcaíno Pérez, abogado, cuando resume Partidas, aunque su tono nos permite apreciar el paso de los tiempos, pues escribe en 1784 Su *Compendio del Derecho público y común de España*, procura dar importancia máxima a las leyes reales. deberían estudiarse antes que las romanas, deben ser preferidas. Sin embargo, sigue subrayando —es imposible hacer otra cosa— que las Partidas son copia de originales romanos en buena parte. Alaba el Derecho romano, como ordenamiento que desenvuelve y explica los principios del natural. Admira la obra de un pueblo, «que parece había suscitado el Cielo para mandar a los hombres». Reconoce que sólo en sus leyes es posible hallar los principios para resolver las dudas, nuestros reyes ordenan su estudio, con acierto.

«Tal es el concepto que he formado del Derecho romano, pero esto no quita que el nuestro merezca ser preferido. Las leyes de Partida son en parte la copia de aquel original. La dilatada práctica de veinte y nueve años en el ejercicio de la abogacía en los tribunales de esta Corte, adonde vienen a expirar los negocios de todas clases, me han convencido que apenas se presenta caso o discordia forense, que no pueda decidirse expresa o virtualmente por las leyes que contienen las Siete Partidas. En éstas se encuentran todos los principios, tanto del Derecho de los romanos, como las mejores reglas de práctica para enjuiciar en los tribunales. Me parece que este cuerpo de legislación es el más exacto y metódico de todos los que tenemos...»²².

22 V. VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio del Derecho público y común de España*, Madrid, 1784, pág. XIX, véase la XV del *plan*, muy interesante el *discurso preliminar*, muy extenso, sobre la historia del Derecho romano y español, con paginación romana distinta, I-CXLIV, su idea de potenciar el derecho patrio. Partidas. supera, naturalmente, planteamientos cronológicos anteriores. «Las leyes Patrias son nuestro Derecho común (Auto 1, tít. I. l. b. 2). y la teórica, que en mi concepto debía enseñarse y aprenderse en las universidades; porque en ellas está también lo mejor de las de los romanos, que se comprenderían más bien después de instruidos en las nuestras», pág. CXL.

Tanto o más que el Derecho romano —como vio Castro en su día— atacaban a la aplicación directa de los intérpretes. A mediados de siglo se posee conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tornado en gruesa carga para los juristas. Todavía Mayáns, en alguna ocasión exclama en defensa del derecho romano y sus estudiosos: «sus comentadores han juntado, conservado y explicado toda la antigüedad con erudición muy escogida, porque aguza los ingenios de los que se aplican a él...»²³. Pero Castro, que conoce los problemas del ejercicio práctico, rebaja el valor de los libros doctrinales del Derecho romano o del propio.

«El trabajo de nuestros intérpretes es inmenso. Entrando cualquiera en casa de un abogado que, o sea verdaderamente exacto en su empleo, o sólo tenga el gusto de hacer de ella ostentación, viendo las paredes de su estudio cubiertas de libros, se confirmará en esta verdad, y mucho más si se reserva la reflexión de que allí falta la mayor parte de estos escritos.»

«Esta prodigiosa multitud crece con los siglos, cada año produce nuevos intérpretes y nuevos escritores. La Jurisprudencia sola da más que hacer en las imprentas y más provisión a los coheteros y cartoneiros que todas las otras facultades juntas. ¿Qué curioso en leer algún papel que viene encartonado no halla regularmente entre estos desperdicios una glosa de derecho u otro pedazo de interpretación? Es, pues, consiguiente a nuestro propósito hablemos del bien y del mal que semejantes libros ocasionan a la legal literatura, dirigiéndola o turbándola»²⁴.

Los numerosos extractos de los cuerpos del Derecho real, que publicaría más tarde Juan de la Reguera y Valdelómar —autor de la Novísima y relator de la chancillería de Granada—, se atienen más estrictamente al Derecho patrio en su intención.

23. Carta de Gregorio Mayáns a Hordeñana, de 12 de enero de 1754, en el archivo del *Corpus Christi*. Otros aspectos de esta carta, sobre el código Fernandino de Ensenada, en M. PESET REIG, "Una propuesta de código", 256-260.

24. J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, 201; la historia de las doctrinas jurídicas está por estudiar Recientemente, desde el Derecho penal de la edad moderna, F. TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969, 85-151. Pero en el XVIII todavía nos hemos de atener a R. RIAZA, "El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII",

Es evidente que la interpretación es necesaria, pues la ley no está siempre clara, pero los excesos en este quehacer obligaron a Justiniano y a los reyes de España a ordenar que se acudiese directamente a ellos. Cosa que no se hizo, enturbiando las disposiciones. Debían ser los jueces quienes interpretasen la ley, sin que se permitiera ese cúmulo de contradicciones que aquejan al Derecho. Con algunos ejemplos muestra Castro cómo se tuercen las leyes en la interpretación. Se prohibió a los labradores salir fiadores, salvo por otro labrador; sin embargo, vemos a muchos que se obligan como deudores principales —aun cuando sean en verdad fiadores— para evitar la letra de la ley. Con la prohibición análoga de las mujeres se hace otro tanto. Se prohibió que los clérigos puedan testar en favor de sus hijos sacrílegos, pero ello no es problema haciéndose a la nuera o yerno, a los nietos. Los libros de los intérpretes son áridos, dificultosos de leer, las glosas o los tratados sobre una materia —en la que se entrelazan otras muchas—, las decisiones o consejos explican oscuramente las cosas e introducen no pocos errores por la variedad de opiniones que traen; otros traen grandes listas de doctores para aumentar la confusión... Es un mundo extensísimo, farragoso y complicado.

«No sólo los escritores españoles ocupan nuestras bibliotecas jurídicas, sino que también en ellas los autores extranjeros tienen un muy distinguido lugar y con ellos enriquecemos nuestra Jurisprudencia. Con la ocasión de que nos exponen el Derecho romano y canónico, los leemos, citamos, y de ellos nos valemos para patrocinar nuestras causas en asuntos indiferentes, sin advertir la confusión en que nos envuelven y los engaños que en su lectura recibimos. Pues siéndoles incógnito nuestro Derecho nacional, corren, y nosotros con ellos, por todas las partes de la Jurisprudencia, extraviados de nuestras leyes, con riesgo de venir a parar en su derecho nacional y a querer equivocados, como más de una vez ha sucedido, introducirlo en España»²⁵.

Un tanto exagera este autor, pues la doctrina, basada en el derecho romano, es común a toda Europa, y no suele buscarse en ella la cita del derecho extranjero. Pero con todo, nos refleja unas realidades del foro y tribunales que, aun cuando pretende superar, se hallaban dentro

Revista de Ciencias jurídicas y sociales, XII (1929), 104-124, o su *Historia de la literatura judicial. Notas de un curso*, Madrid, 1930.

25 J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, 215, en general 205-215.

de una línea de fuerte romanismo, a través de los textos del *Corpus* y de los autores. Sus palabras, sus discursos son muy adecuados para conocer la autoridad de la doctrina, que suele olvidarse a veces, cegado el historiador por situaciones actuales o por tal cual prohibición de los Reyes Católicos o de alguno de sus predecesores. «Cuando hay decisión expresa de ley y su autoridad es conocida, cesando el motivo de grandes controversias, cesa también el recurso a los intérpretes; pero son muy raros estos casos; apenas se decide alguno en la práctica sin el recurso a los doctores. Su autoridad es tan grande que tiene veces de ley. Apartarnos de la doctrina común de los doctores es apartarnos de la ley misma y decidir contra esta doctrina, es como decidir contra la ley, y la sentencia igualmente nula»²⁶. Atendemos a Castro, que tras ponderar la opinión común y admitir la de un doctor aislado si no tiene contradictor, añade que hay que evitar los excesos, que se debe atender a la razón, sin caer en la mala alegación de largas retahilas de doctores. Si tuviéramos que expresarlo en términos actuales percibiríamos que la doctrina —con todas las contradicciones, con las dificultades de hallar cuál sea más adecuada. — posee el valor de una auténtica fuente del derecho. Al menos como tal se usa, aun cuando no se reconozca.

Juan Francisco de Castro nos proporciona una certera visión de las contradicciones existentes en la doctrina y, después, propone un remedio, que el tiempo no consagraría: la valoración de las diversas opiniones. Cada autor, cada libro es una enorme reunión de opiniones acerca de los más diversos asuntos. Cada vez se multiplican y confunden. Primero se sostiene una opinión, y a ella se suman otros o la contradicen según se les antoja. Algunos por encontrar otras razones, o por singularizarse; a veces, porque tienen que defender una causa y conviene juntar argumentos y discurrir en beneficio del cliente; otras por razón de su estado, pues los clérigos suelen ampliar los derechos de inmunidad mientras los seculares los restringen. Uno resuelve en forma que llama magistral, mientras el otro la reputa de pueril; uno sigue el Derecho romano, otro el real; éste en justicia estricta, aquél

26. J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, 216 s. A pesar de la diferencia cronológica —que se acusa— no está muy lejos de Mora y Jaraba o Mayáns; el cambio de perspectiva frente al romano, su mayor abandono, parece que debe empezar en los años setenta, como consecuencia de las reformas universitarias.

en equidad. Otro afirma que la opinión de tal autor es falsa, pero no aconseja apartarse, o bien expone dos posiciones sin decidirse por ninguna. Aquél limita la regla general para este u otro caso, viene el siguiente y la sublimita. Hay quien sostiene distintas opiniones en dos lugares de la misma obra o quien señala como falsa alguna aserción, sin preocuparse de encontrar la verdadera... Sobre las primeras opiniones se van construyendo otras y otras, hasta formar verdaderos castillos. . Las páginas del autor en este punto son magníficas, pues reflejan con acierto la situación de la doctrina que se aplica en la vida del derecho durante los siglos de la edad moderna. Pero a la hora de dar la solución, no parece que sea demasiado fácil. El, por su lado, intenta aplicarle sutilezas filosóficas y escolásticas para ordenar ese mundo que empieza a parecer intolerable, pero no halla buen camino para vadear. Opinión es «concepto que hace el hombre, que un dictamen es verdadero cuando no es falso. O más claramente, según Santo Tomás, un acto de entendimiento que abraza como verdadero uno de los partidos en contradicción, con recelo del opuesto»²⁷. Pues bien, de acuerdo con filósofos y teólogos, se trataría de determinar cuándo la opinión es probable o no probable, con probabilidad *ab intrinseco*, de la razón o la ley, o *ab extrinseco*, por autoridad externa. De dos opiniones contrarias puede una tener mayor probabilidad intrínseca, otra menos. La opinión común, sería la más probable *extrinsece*, pudiendo tener los grados de positivo, comparativo o superlativo, o sea, común, más común y comunísima. Podrá ser una opinión probable en abstracto —especulativa—, o en concreto —práctica—, o bien, desde otro enfoque podrá ser la probable opinión, ciertamente probable, probablemente probable o tenue y levemente probable...²⁸. No parecían estas sutilezas lógicas —viejas y un tanto anquilosadas— las vías para remediar la jurisprudencia. De hecho, no lo fueron, sino cambiaron los tiempos hacia una simplificación nueva

27. J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, 229, véase 219-228.

28. J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, 229-231; sobre la aplicación de estas reglas, 237-259, en que matiza las posibilidades de alcanzar la probabilidad extrínseca, buscando la razón sobre el número de autores; la vida, estudios y virtudes del autor; incluso enumera y juzga a algunos, Bártolo, Baldo, Gómez, Cardenal de Luca; su carácter de canonista o legista, la edad que escribieron; los que tocan el punto directamente o de pasada, preferencias del tribunal...

del Derecho, condicionada por las nuevas realidades sociales y económicas de la edad contemporánea.

En verdad, la fuerza del Derecho romano —como del canónico, en que no entro— en el siglo XVIII es indudable. No sólo en los recintos especulativos de la universidad, en donde su estudio se torna arqueología incluso, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el Derecho real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común. Ello parece indudable. En los exámenes de los Consejos, de las Audiencias y Chancillerías que eran como el pase para que al jurista formado en la universidad se le admita a la práctica, suele estudiarse algunas leyes patrias. Pero se les exige conocer tanto la teórica romana como la práctica. Los libros que se manejan para lograr hacer buen papel en estos exámenes —que por lo demás no son demasiado estrictos— son Antonio Gómez, Suárez de Paz, Villadiego... posiblemente la obra de Hevia de Bolaños²⁹. Del primero ya me he ocupado, los otros merecen que me detenga por unos momentos.

La teórica está constituida por los estudios de derecho romano más puro en las universidades. La práctica, según la terminología de la época, se refiere a los autores y textos que buscan una finalidad más directa para la resolución de conflictos y litigios. Son las leyes patrias, es el Derecho romano aplicado, son los autores que más que ocuparse de antigüedades enlazan estos dos ordenamientos —juntamente con el Derecho canónico— y desde las doctrinas anteriores van solucionando cuestiones. Sin duda, son los más, aun cuando la concreta adscripción no sea fácil, salvo a medida que el humanismo jurídico vaya introduciendo su nueva forma de elaborar el Derecho en las universidades, y éstas produzcan sus obras más lejanas y desprendidas de problemas prácticos. El romanismo, por tanto, infesta las dos vertientes fundamentales de quehacer doctrinal de los juristas. La teórica más abocada hacia los problemas propios del Derecho romano, la práctica a las soluciones que han de regir las relaciones entre los hombres de la edad moderna, sus disputas en tribunales o sus actos jurídicos. Ahora bien, si los contenidos o el fondo siguen impregnados del Derecho romano, las

29. Me remito al apéndice y estudio, M. PESET REIG, "La formación de los juristas.. ", 656, 623-625, también en algunas cartas de Mayáns, en *Epistolario*, II, núms. 42, 43, 51.

normas procesales o las escrituras notariales —en sus procedimientos y fórmulas— viven unas realidades muy distantes del Derecho romano. Sin embargo, no pueden prescindir de las citas y planteamientos romanos. ¿Cómo es posible? ¿Para qué esas referencias al derecho de Roma, si los procedimientos hispanos se apartan notablemente? La verdad es que Roma y su derecho sigue siendo base de lo jurídico, de manera que esa ostentación romanista —sólo a veces útil— permite demostrar las calidades de quien escribe. Por ello, cuando la práctica se reduce a niveles de escribanos, como es el caso de la *Práctica criminal* de Gerónimo Fernández de Herrera, publicada en 1671, el autor se disculpa en el prólogo por su falta de conocimientos. No, no se puede enfrentar ninguna realidad jurídica sin tener a la mano buenos conocimientos del Derecho común. «...estaba (y estoy) —dice este autor no sin ironía— sin el hábito de la ciencia, o por falta de aplicación u debilidad de los órganos o instrumentos por donde los sentidos del hombre reciben y producen de las potencias lo que con sus operaciones continuas se deduce (de ellas) en actos, tenía algunos años de ejercicio y más de catorce de observaciones en varias causas y negocios, con que a pocos desvelos (en el estudio) me persuadí a que ya sabía, pero desengañóme la experiencia, mostrándome era afecto más que efecto (flor sin fruto) y no obstante adolecía tan gravemente de achaque de propia satisfacción, que me dispuse a escribir noticias para otros...»³⁰. Pero los grandes prácticos, aun en los detalles de cuestiones procesales, son gentes que apelan a la doctrina común, que han construido el Derecho procesal sobre materiales romanos y canónicos. La *Praxis ecclesiastica, et secularis* de Gonzalo Suárez de Paz, a pesar de reflejar las formas y procedimientos de los tribunales de España, de componer su libro con fórmulas en castellano de los papeles que se utilizan en los juicios, las enmarca de romanismo en su comentario e interpretación. Aun escrita en lengua vulgar, la *Instrucción política y práctica judicial*, de Alonso de Villadiego está compuesta dentro de las mismas líneas. Las leyes patrias aparecen con cierta frecuencia en sus apoyos, pero tanto o más que ellas, sobre todo en las partes más generales, se halla presente el Digesto o Bártolo y otros autores. Por ejemplo, cuando trata de la igualdad de la justicia penal, de la propor

30. G. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica criminal*, Madrid, 1724, prólogo al lector, sin paginar.

ción en la pena recurre —como suele— a los fundamentos. «Porque si la pena es pecuniaria —escribe—, mayor debe ser en el rico que en el pobre; y si es pena de muerte, el noble o letrado ha de ser degollado, y el plebeyo ahorcado, si no es delito de traición y *laesae maiestatis*, que en tales casos no se hace diferencia en la pena, ni en el modo de darla entre el noble y el plebeyo»³¹. Y llama en su apoyo al Digesto y su concordancia de Partidas, luego —para traición— a Baldo.

Pero veamos la obra de Juan de Hevia y Bolaños, que fue oráculo de la práctica durante la edad moderna, durante los siglos XVII y XVIII. La *Curia filípica* era el tratado de Derecho procesal más extendido. En ella, singularmente en la parte primera del tomo primero, referida al juicio civil, se presenta el procedimiento enmarcado en la doctrina común y sus autores, aparte los textos reales. Los ayuntamientos y la elección de oficios, la jurisdicción y el fuero, los trámites del proceso. . Evidentemente son materias muy propias y diversas de sus antiguas regulaciones; comparadas con otras —por ejemplo testamentos o mandato— no requieren la apoyatura romanista. Sin embargo, aun cuando se destaquen en este sector las leyes patrias, no dejan de hacerse las oportunas referencias. En la segunda parte, en el juicio ejecutivo no cesan las citas romanas. Paz y Rodrigo Suárez, Parladorio, Bártolo o Baldo están continuamente en su boca... Y su valor es grande. Comienza por preguntarse si intentada la vía ordinaria puede volver a intentar la ejecutiva: Paz dice que sí, Parladorio niega, pero a «la opinión de Paz favorece una ley de la Recopilación»³². Pero otros casos escapan ya a las posibilidades de la ley regia: la posibilidad de ejecutar, a pesar de estar ya una vez iniciada ante un juez, por segunda vez ante otro, aun cuando el deudor haya puesto pleito al acreedor, la prescripción de la acción ejecutiva a los diez años... En suma, hasta en los núcleos más

31. G. SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica, et secularis*, Valladolid, 1609, la primera edición de 1583, según Palau; A. DE VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte...*, Madrid, 1641 —primera edición 1612—; en ejemplo aludido, en fol. 98.

32. J. HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filípica*, Madrid, 1725, fol. 70, se refiere a *Nueva Recopilación*, 4, 11, 3. La primera edición Lima, 1603. Sobre este autor existe un cuidadoso trabajo de G. LOHMANN VILLENA, "En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros", *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXI (1961), 121-161.

cercanos a la realidad jurídica y procesal no cesa esa necesidad de la teórica romanista.

Los grandes procesalistas del XVIII, con mayor o menor amplitud, siguen esta línea. El licenciado José de Covarrubias trataría de las *Máximas sobre recursos de fuerza y protección* en 1785. La materia requiere evidentemente cercanos contactos con el Derecho canónico frente al real. Pero también el Derecho de Roma —y la doctrina común— se hallan presentes. En su justificación como autor hacía ver la necesidad de conocer bien las leyes y su espíritu, el gran esfuerzo que ello supone. Por ello, «es preciso que los Letrados, a medida que necesitan la instrucción para la decisión o defensa de los negocios, tengan a mano algunos depósitos o tratados, que reúnen los principios, leyes y opiniones que versan en los diferentes puntos que se ofrecen cada día en el dilatado campo del foro». Ataca el exceso de citas y de opiniones que confunde, y las exposiciones demasiado superficiales. Ha procurado huir de ambos extremos; «todo lo que digo es de las Leyes o de los Autores que me lo han suministrado. He puesto por entero las autoridades, ya para que cada uno pueda hacer las reflexiones que yo no haya alcanzado, ya también para que se pueda juzgar con menos trabajo de la buena o la mala aplicación que de ellas se hace»³³. Usará, sobre todo, de textos canónicos y pontificios, de los regalistas españoles y extranjeros, de Partidas y de los doctores que se refieren a estos temas. Pero el fondo de romanismo le resulta también imprescindible. La jurisdicción viene definida con Cujacio y Acursio, aflora el Derecho romano en cuestiones esenciales, como, por ejemplo, sobre el deber de los monarcas y los jueces de administrar justicia.³⁴ Si bien por la materia procesal no es el lugar más oportuno. Por otra parte, el conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas de los juicios civiles* de 1794, nos muestra el nivel de afirmación de las leyes reales en este sector tan propiamente suyo. En el prólogo trae interesantes precisiones que responden a sus tiempos.

«El tiempo me ha convencido —confiesa— con repetidas experiencias de la ignorancia en que me hallaba de las materias más principales para la administración de justicia, y señaladamente de las de gobierno

33. J. DE COVARRUBIAS, *Máximas sobre recursos de fuerza y protección*, Madrid, 1785, fols v, vi s.

34. J. DE COVARRUBIAS, *Máximas*, fol. 78. 112 s

público, sin embargo de que me parecía haber adquirido en la Universidad de Salamanca los conocimientos más exactos del derecho civil y canónico, enseñándolo por algunos años y desempeñando los actos literarios en las oposiciones a cátedras y otros, y en las que hice también a Prebendas de oficio de algunas catedrales de estos reinos, pues ni la instrucción de estos estudios preliminares, ni la que me dio la práctica y ejercicio de diez y siete años de abogado en los tribunales de la corte, alcanzaban a desempeñar las graves obligaciones de los ministerios con que se ha dignado S. M. honrar mi corto mérito en las plazas de Alcalde de Casa y Corte, del Consejo de Hacienda, del Consejo y Cámara de Castilla y del gobierno de estos tribunales.»

«Conociendo en fuerza de todo la necesidad de unir la teórica del derecho de los romanos, del canónico y de las leyes reales con la práctica y uso de las acciones y recursos, y que ésta no puede fácilmente adquirirse sino con la ordenación y decisión de los procesos y causas, empecé a formar estas *Instituciones prácticas...*»³⁵

Fiel a su idea, y con gran utilización de la ley real, exigida por razón de la materia, esmaltará con restos de su formación universitaria la exposición. Los autores y los textos de Justiniano darán fe de su buena formación universitaria, aun cuando se hallen en menor proporción. Efectivamente, la práctica procesal del siglo —como en épocas anteriores— era la parte de la jurisprudencia donde con más dificultades se aparecía la labor fundamentadora del Derecho común. Los juicios eran nuevos y estaban determinados por nuestras leyes, los tiempos conducían insensiblemente hacia una debilitación del romanismo.

Eilo daría lugar, paulatinamente, a que los abogados en ejercicio y los jueces vayan prescindiendo de su formación romanista. La literatura procesal se impone y la perspectiva del foro se limpia de adherencias especulativas o teóricas, mantenidas por siglos. Una obra escrita por un escribano, un práctico de los legajos y causas, va a alcanzar un éxito extraordinario, el libro de José de Febrero, titulado *Librería de escribanos o instrucción teórico práctica para principiantes*, hace su aparición en 1772. Sus volúmenes sirven para aprender el Derecho vivo, el

35. CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2 vols. Segunda edición. Madrid, 1794, I. 22 s. La primera edición deben ser los *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios*, 2 vols. Madrid. 1793.

Derecho de tribunales que se desprende de innecesario romanismo y depende más directamente de las leyes patrias, de los usos judiciales y de los formularios. Se dirige a escribanos y principiantes, pero a través de esta intención llegará a convertirse en oráculo para la formación de abogados y jueces³⁶. Las ediciones de los albores del siglo XIX, principalmente el *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos, abogados y jueces*, obra de José Marcos Gutiérrez, eleva las materias prácticas sobre el nivel anterior. Compendia el anterior y ofrece un manualito indispensable para quienes han de iniciarse en los vicuetos del foro. «Si alguno (lo que no esperamos) echare de menos las largas retahílas de citas de leyes civiles y autores, los encontrará en cualquiera de los que se citan...»³⁷. La obra tuvo éxito, ya que superaba anteriores, tanto así que le salieron imitadores, el *Febrero adicionado* y hubo de defenderse de sus ataques. Con orgullo señalaba Gutiérrez que su reforma —había vuelto el primitivo Febrero en cosa distinta— había sido eficaz, según él, «la presente obra es casi la única que estudian nuestros escribanos y la que así en los principios como en el curso de su carrera manejan más los profesores de Jurisprudencia...»³⁸. En definitiva, con el fortalecimiento del Derecho patrio la práctica —incluso la de escribano— empezaba a imponerse sobre los viejos romanismos y la teórica: pronto había de entrar en la Universidad.

Cuando las universidades integren la práctica judicial en sus enseñanzas, estos textos reciben el espaldarazo de la ciencia oficial. Primero, el plan de 1807 de Carlos IV optó por recomendar para esta asignatura que creaba, la *Curia* de Hevia y Bolaños. Pero en 1824, el *Febrero*, de Gutiérrez, recibía la sanción para ser explicado en las cátedras de práctica. Al mismo tiempo, el estudio de las leyes reales dominaba el plan, empujando a lugar secundario el Derecho romano. Una nueva época se inauguraba³⁹.

36. Utilizo la edición de 1789-90. No creo oportuno entrar ahora en precisar —todavía nadie se molestó en ello— las diferentes ediciones de este autor y de sus continuadores. Véase Palau, T. v, 269.

37. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos, abogados y jueces*, 4^a ed., 5 vols. Madrid, 1818, t. I, IX.

38. J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado*., Apología, al fin del tomo III, 3 s

39. Véase la *Real cédula de S. M. y señores del Consejo, por la qual*

Por último, antes de considerar los pasos que siguió el Derecho real en su entrada en las universidades, me permitiré traer algunos ejemplos del foro sobre el equilibrio Derecho real y Derecho romano en el siglo XVIII.

ABOGADOS, JUECES Y TRIBUNALES

Aunque brevemente, creo de interés presentar estas realidades a que me he referido a otro nivel. No parezca que estas cuestiones se plantean desde la doctrina enfrentada con las leyes. Estoy insistiendo demasiado en la presencia del Derecho común en el foro, pero las fuentes hasta este momento aducidas son doctrinales. ¿Es verdad que los abogados las usan y los jueces las tienen en consideración? Castro, que tan claras luces refleja sobre la situación, nos dirá que los abogados se encuentran obligados a tratar con los jueces, personas a veces de menos estudio y experiencia, que, frecuentemente por no verse envueltos en dificultades que no entienden, resuelven con ligera reflexión. O lo que es peor, «un juez falla por Derecho romano una causa que otro decide, según otra razón que le pareció más natural, no creyendo deber sujetar su dictamen a las leyes romanas»⁴⁰. Pero de nuevo estamos recogiendo palabras de doctrina, intentemos profundizar a niveles más cercanos a la realidad.

Tengo a la mano algunas alegaciones jurídicas del XVIII, cuyo examen puede ser expresivo de esta práctica del foro. En ellas puede verse la aplicación de autores y del Derecho romano para orientar las cuestiones. Una de ellas, de 1740⁴¹, trata de contrabando o ex-

*se reduce el número de las Universidades literarias del Reyno; se agregan las suprimidas a las que quedan, según su localidad y se manda observar el Plan de Estudios aprobado para la de Salamanca en la forma que se expresa. Reimpresa en Valencia, 1807, 10, 12, 13 y Plan literario de Estudios y Arreglo general de las Universidades del Reino. Reimpreso en Valencia 1824, artículo 66, pág. 8. Sobre la práctica en la universidad, M PESET REIG, "La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)", *Anuario de Historia del Derecho español*, xxxviii (1968), 242. 271, 349-350.*

40. J. F. DE CASTRO, *Discursos*, I, pág. 60

41. *Jurídicos fundamentos por Andrés Simón y Blanch y Francisco Vague, Negociantes franceses vecinos de la villa de Alcira en la causa con Bautista*

tracción de sedas a través de barcos, tema muy alejado de las preocupaciones de los antiguos jurisconsultos. Sus citas son unas 225, y, según su procedencia, pueden distribuirse de la manera siguiente:

Citas literarias, de clásicos (Cicerón, Livio, Plinio...)	10
A la Nueva Recopilación	5
A la Recopilación de Navarra	1
Partidas	3
Código de Justiniano	10
Digesto	28
Autores patrios y extranjeros	167

224

¿Es suficiente esta distribución para valorar el peso del Derecho patrio? Desde luego que no, pues podía tratarse de adornos o mera erudición, como es el caso de los textos clásicos. Pero la gran cantidad de romanismo existente en las últimas filas de la tabla nos orientan hacia conceder a éste su papel decisivo. La doctrina común sustentada por los autores —incluso la referencia a Navarra, aun cuando nada tiene que ver con este reino—, inerva las argumentaciones de los juristas hasta el punto de dejar reducidos los preceptos reales a escasa función. A medida que se tratan aspectos públicos —penales o fiscales— adquieren mayor importancia, pero sin olvidar el fondo de que emergen, la formación del jurista. En este caso de contrabando parecía que nada tenía que ver las construcciones romanistas, pero no fue así. Quienes estaban realizando el contrabando de seda fueron enviados a prisión, y alegaron que se hacía por cuenta de unos franceses... Pero los hechos importan poco, más nos interesa ver los fundamentos de Derecho Acude el abogado a la necesidad de demostrar

Ayo!di y otros . sobre procurada extracción de 40 Valas de Seda, por entre las torres de Xaraco y Valdigna, en 18 de julio de 1740. Hace poco tuve ocasión de examinar algunos escritos de esta índole, debidos a Mora y Jaraba, M. PESET REIG, "Una propuesta de código...", notas 23 y 31. También los de José Nebot y Sanz —como cualesquiera otros— que he debido consultar para la preparación de su correspondencia con Gregorio Mayáns pertenecen a esta línea, en su día, daré cuenta de algunos de éstos.

la culpa, según la doctrina común; y desde ella alega otras razones, tales como nulidad de procedimiento por no ser exacto el número de balas que cuya extracción se les incrimina, además, no existe el cuerpo del delito, por no constar su número y especie, ni se llegó a extraer, como piden —ahora utiliza *Recopilación*, 6,10, en general— las *leyes reales* penales; el conato no es delito, o lo sería levísimo, y ni siquiera hay prueba concluyente que se exige para el castigo; si necesita aprehensión de lo extraído es materia que suscita «dificultades entre los autores. No me detengo —escribe literal— en referir las distinciones, mirando el asunto según el Derecho común, ya porque no son de el caso, debiéndose decidir por las disposiciones de *nuestras leyes reales*, ya porque pueden verse en Gutiérrez, Salcedo en los lugares citados y en Caldas...»⁴². He destacado las referencias a las leyes españolas, que son mínimas, porque la defensa se basa sobre todo en que no hay culpa, ni aprehensión, ni identidad de la cosa... No hay culpa en los franceses y menos en los autores que eran sus meros criados, etcétera. En suma, los conceptos y doctrinas comunes —hasta en caso tan particular— revisten la argumentación en su mayor parte. Las leyes reales, a pesar del respeto que por ellas se muestra, no son más que unos tópicos o fuentes más para arguir en defensa de sus clientes. Todo lo más aparece como islote granítico que hay que tener en cuenta en la argumentación total romanista, entre las opiniones diversas; y los intereses en juego.

Otro informe jurídico de 1742 nos permite apreciar más limpios los planteamientos del Derecho, en los tribunales, ya que se trata de una restitución de dote, con motivo de devolución de bienes a los rebeldes de la guerra de sucesión por la paz de Viena de 1725. Se retornan a su legítimo propietario unas tierras que le habían sido confiscadas; pero éstas habían sido objeto de merced real en favor de un capitán de coraceros, quien las entregó como restitución de dote a su mujer, cuando fue declarado nulo el matrimonio contraído. El primer propietario, Miguel Rubio, ha conseguido ganar en vista, y en la revista se pide mejorar la sentencia. El actual poseedor de aquellas tierras de once hanegadas ha instado contra el capitán y su mujer para el caso de que sea despojado... Pero vayamos al planteamiento y apoyos jurídicos del caso. Primero,

42 *Jurídicos fundamentos...*, pág. 15.

se niega, con acopios romanistas, que Miguel Rubio haya demostrado el título de su dominio; no prueba título de derecho de gentes, como el contrato, ni de derecho civil, como usucapión, donación *propter nuptias* o *causa mortis* ni ningún otra; sólo alega que las tuvo como dueño y en tal concepto las arrendó. No basta la posesión pretérita, como bien muestran los autores que cita... Ahí va un texto de la alegación contra el dominio: «La débil prueba que resulta de presunciones y conjeturas en el juicio de reivindicación directa, y la dificultad que se advierte en probar el dominio, publicándola muchos por imposibilidad, han obligado a no intentarla, sino acumularla con la útil, valiéndose de la Publiciana, con alegar el cuasidominio»⁴³. Los textos romanos y los autores se amontonan, la ley del reino se reinterpreta a su gusto. Siguiendo con su discurso, el abogado hace ver que el actual propietario, tras un par de transmisiones, posee tan buen derecho —título adecuado— como el primero, Miguel Rubio. El fisco —y sigue con citas romanas— le otorgó las tierras y pagó su deuda con ellas, la dote, sin que sea posible la reclamación. No valen las objeciones de que el pago de la dote se resolvió por el tratado de Viena, al tener obligación de devolver, pues las reglas *resoluto jure dantis ...y pax omnia ad pristinum*, no tienen aplicación en este caso, según la acertada idea del Cardenal de Luca, que reprehende valerse de la regla general para el caso particular. Y continúa... todo en este nivel y sentido⁴⁴.

Podíamos multiplicar los casos y alegatos en que el Derecho romano aparece como protagonista principal. Pero quizá sea mejor, abandonar estas fuentes y manejar algún pleito completo de la audiencia de Valencia, de mediados de siglo. Por desgracia, las sentencias no van motivadas —como es sabido— y tampoco las alegaciones de los abogados

43. *Informe jurídico que presenta Don Joseph de Contamina a los Señores de la Real Audiencia en la causa que sigue en grado de revista con Miguel Rubio... sobre que se mejore la sentencia de vista en que se ha mandado que Contamina restituya a Rubio 11 anegadas de tierra huerta, sitas en el término de dicho Lugar de Benumamet.* 12 de noviembre de 1742.

44. *Informe jurídico...*, pág. 8. Un siglo más tarde, cuando el romanismo ha fenecido, los escritos de abogado se atienen estrictos a las leyes patrias; véase, por ejemplo, *Pleito ruidoso a instancia de D. Angel Aramburu con motivo a la muerte de Don Domingo Aramburu, ocurrida en el puerto de Santa María*, Sevilla, 1841, el dictamen del abogado D. Juan Bravo Murillo, páginas 489 s.; 490 ss; 207-209.

abundan en citas jurídicas a lo largo de sus intervenciones. Lo usual es que se refieran a que se fundan «con diferentes razones legales» o que, «en común sentir» o «la disposición de la ley» se encuentran a su favor⁴⁵. Se trata, en el ejemplo estudiado, de un largo pleito que duraría desde 1749 hasta 1758 para reivindicación de una alquería y tierras. El demandante Francisco Comes las cree suyas por ser su mujer heredera de un fideicomiso del siglo XVII, y haber dispuesto de ellas el fiduciario por encontrarse en mala situación económica, existiendo, a juicio del demandante, una enajenación indebida. Es verdad, que gana las diversas instancias, pero sus complejidades van desde un interdicto previo, a la necesidad de resarcir —con compleja peritación— al tercer poseedor que ha adquirido la finca, José de Cardona. Este a su vez muere, tan largo es el pleito, y su viuda interviene en favor del mayoralazgo que estaba constituido, junto a otros, con estos bienes que se ve obligada a devolver. También muere quien hizo la venta, y su mujer —aparte de expediente de pobreza— interviene, juntamente con algunos clérigos que serán parte por el testamento que hizo el fiduciario. En fin, el problema es muy complicado y, creo, que de difícil solución. Aun cuando no se cite la doctrina y las leyes, parece que por detrás de las argumentaciones y defensas se halla el Derecho común, pues tan sólo con el patrio no sería posible plantear tantas cuestiones, por ejemplo el tratamiento del tercer poseedor sólo es explicable complementando Partidas, por la ley romana y por la doctrina. Pero apenas alguna disposición muy vaga asoma en parte no esencial, con la intervención de clérigos, uno de ellos renuncia a su fuero, a «la ley *si convenerit omnium Judicum*, la última pragmática ...y demás leyes y fueros...»⁴⁶.

Otro pleito examinado, de una serie de labradores contra el Colegio de corredores de la seda y cambios de la ciudad, sobre petición de cantidad, nos permite asimismo asomarnos a aquellas realidades prácticas. Ahora las referencias son continuas a los viejos fueros valencianos y a

45. Archivo general del Reino de Valencia, Serie Escribanías de cámara, 1751, Lío 956, núm. 50, fols 41-42 v, 340-340 v; en 355, se afirma que “no puede tener el menor apoyo legal”.

46. En el mismo proceso citado en nota anterior, fol. 441. La teoría del tercer poseedor, apenas se refleja en algunas glosas de Gregorio López a Partidas; véase, aparte, su reflejo en la doctrina, en A. DE CASTEJON, *Alphabetum Juridicum, canonicum, civile, theoreticum, practicum, morale, atque politicum*, 2 vols. Lyon, 1730, II, 343-345.

ordenamientos de cortes de aquel reino, que aunque abolidos prolongan su eficacia sobre aquel colegio de la seda nacido a su amparo; se alude también a la costumbre de corredores y al «estilo del comercio»; incluso en una fianza otorgada con este motivo, se alude a Digesto y otros textos romanos⁴⁷. En suma, creo necesaria una investigación detenida de numerosos procesos —ahora no puedo sino iniciarla— para mostrar esta presencia romana en el XVIII, que se entrelaza y ahoga las leyes patrias en el contexto más amplio, más rico y completo de la doctrina común.

Es ya hora de cerrar estas consideraciones sobre la presencia del derecho romano en la práctica del setecientos. Algún día, convendrá volver sobre ella y perfilarla; en todo caso habrá de tenerse en cuenta para plantear mejor la situación jurídica y social del XVIII español. Oscuridad, diversidad de opiniones, pleitos largos y costosos: la justicia del antiguo régimen. Es menester que estas precisiones formales se amplíen para la comprensión de las instituciones y la vida jurídica de hace unos siglos. Mas hoy, mi enfoque es más escueto, más limitado. Pretendo seguir el fortalecimiento del Derecho patrio frente al romano. Los reyes están interesados, sin duda, en que sus disposiciones pasen a primer plano, pero se encuentran con que no son suficientes para regir toda la enorme complejidad de las relaciones entre sus vasallos: quizá por ello —y por que dominan los resortes del poder sin necesidad de trastocar el derecho usado— no ponen suficiente énfasis en esa afirmación del derecho real. No parece que tuvieran excesivo interés en confeccionar un código nuevo, un código ilustrado, como el fernandino que propuso Ensenada. ¿Por qué? Temen la obra nueva, no están seguros de las nuevas ideas que corren por Europa protestante y que impulsan la codificación en la Europa central, el derecho natural protestante. Cambiar siempre es difícil, y más cuando quienes pueden hacerlo son los beneficiados del sistema. Las clases dominantes no aspiran a demasiados cambios. Por ello, en España, nos limitaremos a mejorar la recopilación todavía en 1805, sin trastocar las realidades sociales de aquellos años. No se quiere perder una fuerza indudable del derecho de aquellos años, que es su antigüedad de siglos. El Derecho es lo inmutable, lo estable y tras las leyes de la recopilación o las Partidas se halla el Derecho común. Hubo de ocurrir

47. Escribanías de Cámara, 1751, lio 956, núm. 51, fols. 413 v., 627 v., 645 v., 414, 415-416, acerca de la costumbre, 418 v.; la fianza, fol. 41 ss.

muchas cosas, para que la época liberal empezase a mover los viejos cuerpos legales de la España tradicional. La ilustración española no alcanzó a renovar los códigos, todo lo más añadió —principalmente en el reino de Carlos III— algunos retoques, leyes y disposiciones para modernizar mínimamente la normativa vigente ⁴⁸.

Las universidades, viejas moles del saber jurídico, estaban para defensa y cultivo de los antiquísimos Derechos romano y canónico. Mientras en ellas no cambiasen los contenidos de la enseñanza, no sería posible un fortalecimiento del Derecho real. Las universidades eran pontificias, y el Derecho canónico estaba por siglos hermanado al romano. Mientras ellas nos cediesen —rutina y sostén del Derecho establecido— en su romanismo, ni siquiera el rey podía intentar que sus juristas se formasen, viviesen y aplicasen con cuidado la ley real. Los esfuerzos reales para esta transformación en el siglo XVIII, las tensiones y problemas que suscita en los recintos y mentes de la universidad merecen este estudio. Veamos si es posible conocer algo mejor la formación de los juristas del XVIII, que son ministros, jueces, abogados .. y sirven a los cambios y deseos de la ilustración española. El detalle nos está vedado, ya que me he propuesto abordar una concreta perspectiva de la ilustración española, de sus realidades y condiciones. Sería tema de mayor ambición, precisar el significado de los juristas en las transformaciones reales del siglo. Otra vez será, si con el tiempo puedo ir juntando materiales

DERECHO REAL EN LA UNIVERSIDAD. PRIMEROS TANTEOS

El advenimiento de la dinastía Borbón, con una guerra de por medio, significa cambio en muchos aspectos ⁴⁹. Entre las reformas que se introducen se establecerá nueva planta para el todopoderoso Consejo de

48. Sobre las reformas de Carlos III, M. y J. L. PESET REIG, *El reformismo de Carlos III...*, y, con carácter más general, nuestro libro, M. y J. L. PESET, *La universidad española (siglos XVIII-XIX)*. También M. PESET REIG, "Una propuesta de código...", 252-260, sobre los primeros intentos de codificación.

49. Ultimamente ha escrito sobre el tema con acierto, H. KAMEN, *The War of Succession in Spain 1700-15*, Londres, 1969; aquí puede verse la bibliografía pertinente al período.

Castilla. En el año 1713, por razones de guerra y por consejo de Macanaz se modifica, en una operación más vasta que tiende a deshacer el poder de la nobleza y los mecanismos políticos anteriores. Algún satírico de la época se refiere —dentro de la situación total— a aquella concreta sobre los consejos.

España está pereciendo,	donativos continuados:
nuestro rey la está mirando,	los Grandes acoquinados,
los españoles llorando,	los Consejos aturdidos
la reina se está muriendo,	los franceses asistidos,
Monsieur Orry discurriendo,	los soldados mal pagados ⁵⁰

La reforma orgánica del Consejo parecía preceder a otras sustantivas, algunas referidas a la enseñanza y a la aplicación del Derecho real. El día 4 de diciembre se pretendía que las leyes patrias se aplicasen en los tribunales, recordando los precedentes y reconociendo impotencia para evitar el Derecho común.

« .. para determinar los pleitos y causas, que se ofrecieren, se guarden íntegramente las leyes de la Recopilación de estos Reinos, los Ordenamientos y Pragmáticas, leyes de la Partida y los otros Fueros (en lo que estuvieren en uso), no obstante que de ellas se diga que no son usadas, ni guardadas; y que en caso que en todas ellas no haya ley se decida la duda, u en el de que la haya estando dudosa, se recurra precisamente a su Mag...»⁵¹.

Pero, a pesar de recoger la normativa tradicional, hemos de reconocer que el propio consejo no tenía decidida voluntad —no podía— desterrar y condenar la doctrina del Derecho común.

«...en contravención con lo dispuesto, se substancian y determinan muchos pleitos en los Tribunales de estos Reinos, valiéndose para ello de doctrinas de libros y autores extranjeros, siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios autores que con larga experiencia explicaron, interpretaron y glosaron las referidas Leyes, Ordenanzas, Fueros, usos y costumbres de estos Rei-

50. T. FERRER LÓPEZ, *Opinión pública y oposición al poder en la España del siglo XVIII*, Valladolid, 1971, págs. 93 s.

51. *Nueva Recopilación*, Autos 2, 1, 1, según edición de 1775. El texto completo se remite a la Chancillería de Valencia. *Libro del Real Acuerdo 1713*, folios 86 ss. (Archivo general del Reino de Valencia).

nos... y lo que es más intolerable, creen que en los Tribunales Reales se debe dar más estimación a las civiles y canónicas que a las Leyes Ordenanzas, Pragmáticas, Estatutos y Fueros de estos Reinos, siendo así que las civiles no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de sabios que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en cuanto se ayudan por Derecho natural y confirman el Real, que propiamente es el Derecho común y no el de los Romanos, cuyas leyes ni las demás extrañas no deben ser usadas, ni guardadas...»⁵².

Pero este cambio que se deseaba no sería fácil, a no ser que las universidades y los juristas variaran su mentalidad. Tenían que olvidar un tanto el Derecho civil romano, el Vinnio y los Digestos. Un informe de Macanaz al consejo, fechado en 27 de noviembre, preveía esta mutación como primera y sustancial.

«Porque en las Universidades de estos Reinos —decía— se atiende sólo a enseñar el Derecho común de los Romanos y habiéndose en otros tiempos leído en ellas las Leyes de estos Reinos, se ven ahora con desprecio, y criándose la juventud con esta educación, aun cuando se hallan en ministerio es poco el amor y cariño que les tienen, de que resulta que del Fuero Juzgo apenas hay quien haga memoria; el Fuero Real de España rara o ninguna vez se ve ni estudia, y las leyes de las Partidas están en la mayor parte olvidadas y casi del todo despreciadas; el Ordenamiento Real y Leyes de Toro se hallan casi en el mismo desprecio: la Nueva Recopilación, Ordenanzas de las Chancillerías y Audiencias, Autos acordados del Consejo, Alcabalatorio, condiciones de Millones, leyes de la Mesta, Pragmáticas y otras innumerables leyes de la recopilación de Indias, Estatutos de las Ordenes militares y fueros particulares de los Reinos y provincias, se estudian sólo en el caso y la necesidad, y no según los principios y con las reflexiones que en ellas deben hacerse...»⁵³.

Tras algunas aseveraciones sobre su perfección y su origen romano y canónico, el fiscal hacía la propuesta siguiente:

«Propone el Fiscal General, en nombre de S.M. que se vote en el Consejo que las cátedras establecidas en las Universidades, y en que

52. Continúa el texto, *Nueva Recopilación*, Autos 2, 1, 1.

53. *Informe sobre que se enseñen y lean en las Universidades las Leyes del Reino*, fechado 27 de noviembre de 1713, transcrito por F. AGUILAR PINAR, *Los comienzos de la crisis universitaria en España*, Madrid, 1967, págs. 167 s.

sólo hay permiso por la ley para leer en ellas el Derecho común, se asignen principalmente de aquí en adelante para leer en ellas aquellas leyes por las cuales se deben determinar los pleitos en estos Reinos, a fin de que la juventud se instruya en ellas»⁵⁴.

Una propuesta muy avanzada —excesiva diría yo— si se atiende al nivel de los tiempos. Por ello, no se propuso en este términos a las universidades, que en todo caso estaban fuera del completo control político por su dependencia de Roma. Más bien se les instaba a estudiar el problema y dar respuesta y medios para su solución, pues la autonomía universitaria vedaba un planteamiento arriscado y tajante del fiscal.

«El Consejo se ha detenido a considerar cuanto se atiende en las Universidades de estos Reinos a sólo enseñar el Derecho común de los Romanos; que aunque en otros tiempos se han leído en ellas las Leyes del Reino, se dejan ahora con desprecio, criándose la juventud en esta educación; de que resulta que puesta en el ministerio, es poco el amor y cariño que las tiene. Y pudiendo haber entendido por el Fiscal general el grave escrúpulo en que está la delicada conciencia del Rey, porque los Catedráticos y Profesores pasan la flor de su vida en los estudios de el Derecho civil de los Romanos, mitando nuestras Patrias Leyes con desdén y aun desprecio, incapacitándose así de salir de las Universidades y Colegios a regentar los empleos de Jueces en las Chancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar por las Leyes del Reino y con cierta noticia y conocimiento de ellas, y de ninguna manera por el Derecho civil: ha acordado que la Universidad congregada en su Claustro vea, discurra e informe al Consejo el modo y forma como podía restablecerse en ella esta asignación y enseñanzas de el Derecho de España...»⁵⁵.

Dentro de la misma tendencia a robustecer el poder real, puede considerarse otra disposición del Consejo de Castilla de 5 de diciembre

54. *Informe sobre que se enseñen...*, pág. 168.

55. F. PÉREZ BAYER, *Por la libertad de la Literatura española. Memoria al Rey Nuestro Señor Don Carlos III, Pio, Feliz, Augusto, Padre de la Patria*, manuscrito del autor—aunque no de su letra—existente en la biblioteca universitaria de Valencia, copia de 1785, tomo III, fol. 597 s. También he visto otra copia en el archivo de la catedral de Valencia, en *Alegaciones, manifiestos y otros papeles*, Varios, 72, núm. 17, en donde se copia los acuerdos de Alcalá de Henares, semejantes a Valladolid.

de 1713, dirigido a la facultad de cánones de la universidad salmantina. Es posible que se dirigiera a otras. A través de él, Macanaz quiere fortalecer el regalismo y apoyarse en los antiguos concilios españoles, en los que la posición real resulta más ventajosa. Le recuerda a la universidad que los reyes han participado en su erección y sus glorias. Se advierte que no deben explicarse los documentos pontificios que el Consejo ha impedido circular por ser contrarios a las regalías y el bien público de estos reinos. Se explican demasiadas cosas que sirven especialmente para el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, mientras se descuidan las que interesan a la real, a los futuros ministros togados de los tribunales del reino.

«Y como de aquí se hayan seguido innumerables malas consecuencias, desea el Consejo que las cátedras establecidas en las Universidades y Colegios de España, para la lectura del Derecho canónico se asignen de aquí en adelante principalmente, para leer en ellas los Concilios nacionales, los Concilios generales y todas aquellas materias que sean más propias para que así los que trabajan como los que los oyen y aprenden, puedan saber al mismo tiempo las materias prácticas de que necesitan ser instruidos los que deben entrar en el ministerio de las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales. Y para que del todo quieto el Real ánimo de S.M. y sin el escrúpulo que hasta aquí ha tenido de acomodar en las plazas de ministros a semejantes profesores por la obligación que tienen según las leyes de estos Reinos de sustanciar y terminar todos los pleitos según ellas y no según las reglas que observa la jurisdicción eclesiástica fuera de ellas, ignorándolas casi del todo cuando salen de las Universidades y Colegios. Desea el Consejo dar providencia también para que todas nuestras leyes reales que han sido copiadas del Derecho canónico y las concordantes de cada una de las materias que hayan de leer, se expliquen con su verdadera inteligencia.»

«Y a fin de que esto se ejecute con aquella madura reflexión y acuerpo que pide materia de tanta importancia, ha acordado el Consejo que las Universidades principales se informen, para después de visto y examinado el todo, dar cuenta a S.M. para que resuelva las providencias que fueren más convenientes a su Real servicio y al bien público de sus Reinos y vasallos»⁵⁶.

⁵⁶ V. DE LA FUENTE, *Historia de las Universidades, Colegios y demás*

Aquel ataque frontal contra el Derecho romano y, en menor escala contra el canónico, está inspirado en un deseo de controlar las universidades por el poder real. Macanaz es el hombre que lleva la lucha contra la facción colegial, que por aquel entonces poseía las cátedras, las universidades, los Consejos, las Chancillerías... La reforma del Consejo tuvo sin duda la finalidad de controlarlo mejor, las órdenes a las universidades rompen su aislamiento en manos de los colegios mayores, incluso Macanaz intentó algunas medidas directas contra ellos. Pero, continuemos para apreciar la suerte que cupo a estos intentos. En Salamanca, al parecer algo se intentó, aun cuando el tiempo —la caída de Macanaz— lo redujera a nada. A través de una real provisión de 12 de mayo de 1714 se percibe que tuvieron, al menos, buenos deseos. Pero «aun que la Universidad dice que ha dado reglas para que haya Cátedras de Práctica, y para que en las otras se lean materias útiles para la misma práctica, le encargará de nuevo el Consejo, tengan gran cuidado en irlo observando así, y en ir desterrando todo lo que no sea útil y necesario a la Práctica y mejor inteligencia de las Leyes del Reino»⁵⁷, el cambio no sería pronunciado, volviendo pronto a sus usos inveterados, si es que algo llegaron a reformar.

Más tajante fue el parecer de Valladolid, la gran universidad de las leyes. Años más tarde, un viajero quedaría admirado de su empaque «Valladolid es una ciudad considerable. Tiene una Universidad, colegios, una catedral, un palacio, tribunales de justicia y uno de los dos tribunales supremos de la chancillería.» «La Universidad tiene más de dos mil estudiantes, cuarenta y dos profesores y cincuenta doctores, distribuidos en siete colegios»⁵⁸. La contestación de Valladolid al Consejo

establecimientos de enseñanza en España, 4 vols., Madrid, 1884-1889, III, páginas 214 ss., en donde puede consultarse completo; también otro para teología, 218 s.

57. F. PÉREZ BAYER, *Por la libertad...*, III, 598.

58. J. TOWNSEND, "Viaje a España hecho en los años 1786 y 1787", en J. GARCÍA MERCADAL, *Viajes de extranjeros por España y Portugal*, Madrid, 1962, Siglo XVIII, III, 1434; sin embargo, sobre la enseñanza jurídica se expresa despectivamente, M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos de Chindulza*, edición, introducción y notas de F. Aguilar Piñal, Oviedo, 1972, pág. 164. "Los menos malos son los de Medicina—dice referido a los actos académicos—. Los de Leyes es una cosa rematada, sin embargo, de que los manteístas arguyen a los colegiales mayores y éstos a aquéllos. No deja de haber alguna

es desabrida, con que se manifiesta consciente de que no puede demasiado sobre ella. La facultad de leyes valoraba los conocimientos de sus docentes, que son

«... en los tribunales prácticos experimentados abogados para defender causas, doctores en las escuelas para disputar cuestiones que habilitan los ingenios de sus discípulos con que se cultivan gloriosos, y maestros para enseñar reglas y principios prácticos con que sin vacilar los discursos se solidan firmes los entendimientos en lo cierto; y con esta indagación de la verdad se ha logrado la constante basa para que recta se venere, y en ella bastecida, a vista de los sofismas, no desmaye».

.....

«Este instituto de las cátedras canónicas —decía la otra facultad— practicado puntualmente por sus maestros, ha producido en todos los siglos varones insignes de que fácilmente podíamos hacer copioso catálogo, trasladando las memorias que sirven de precioso esmalte a estas antiquísimas paredes, los cuales en las dignidades eclesiásticas y seculares a que por sus sobresalientes méritos fueron promovidos, practicaron con admiración no sólo en estos Reinos, sino es aún de los más remotos, lo que aprendieron y dictaron en nuestra academia.»

«Este señor, es el fin de los textos y materiales asignadas a estas cátedras; ésta es su práctica y éste el fruto que se ha experimentado. Y siendo todo tan conforme al piadoso deseo y católico celo de V. A., quedamos con la gloria de haber anticipado nuestra obediencia al real precepto»⁵⁹.

En suma, que la situación no parecía propicia para el cambio. Los seis colegios mayores formaban una potente coalición que dominaba las universidades mayores, los consejos y los tribunales. Se proveían las becas en parientes o seguidores, estaban unos años en el colegio y después sacaban con facilidad su cátedra. Prácticamente dominan el con-

emulación, pero los manteístas, por no desgraciarse, no aprietan en los argumentos a los colegiales en lo que pudieran, porque muchos de ellos son pretendientes de beca y otros tiran por la carrera de la Universidad o por la de abogados, y ninguno quiere ponerse a mal con ellos...”.

59. J. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho español*, 3.^a ed., Madrid, 1846, pág. 492. La respuesta de Alcalá es semejante, a juzgar por el manuscrito citado en nota 55.

sejo, y los más conspicuos colegiales tienen interés en que se provean cátedras en los otros más jóvenes para ayudarles y poder entrar otros en las becas dejadas. Después los elevan a las chancillerías, los consejos, formando entre todos una fuerte facción, que sólo puede ser equilibrada en las facultades de teología y filosofía por las órdenes religiosas. Mientras en leyes y cánones, en Salamanca, Valladolid y Alcalá dominan ellos. Los colegios no tienen interés en que cambien las cosas y oponen fuerte resistencia a que se trastoque su situación privilegiada. Melchor de Macanaz creyó ingenuamente que podía enfrentarse a éstos y a la iglesia, partiendo de unos momentos en que el rey se hallaba un tanto separado de Roma por el reconocimiento del austríaco Carlos como rey de España. Se alía con el padre Robinet confesor y, más tarde, con el abate Alberoni, y con esta idea reforma el Consejo, según dijo. Un colegial escribiría que estas modificaciones supusieron para el de Castilla quitar «muchos ministros colegiales de este Consejo, pasando unos al de Guerra y otros dejándoles sin plaza, y se colocaron en él varios tenientes alcaldes mayores y abogados, pasando desde la vara y desde la mesa a la toga del Supremo de Castilla, con creación de fiscales y abogados generales de los Consejos, que desfiguró y mudó totalmente, aumentando las plazas de las chancillerías, queriendo reformar las Universidades o extinguirlas, como así mismo los Colegios Mayores»⁶⁰. Un memorial de Cuiel al confesor Robinet, en 12 de mayo de 1714 descubría aquellas realidades y pedía remedios. En él se insistía en que los colegiales —entre otras medidas más graves— debían estudiar la práctica, «asistiendo al estudio de algún abogado el tiempo que les pareciere y entrando en los tribunales a oír las relaciones de los pleitos y alegaciones de los abogados, y para darse más a conocer abogarán en las causas que quisieran.. »⁶¹. Se logró acabar

60. L. SALA BALUST, *Reales reformas de los antiguos colegios de Salamanca anteriores a la del reinado de Carlos III (1623-1770)*, Valladolid, 1956, página 52 y, en general, desde la 44. Sobre las reformas de Macanaz, J. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho*, 485-496; C. MARTÍN GAITE, *El proceso de Macanaz*, Madrid, 1970, en ésta puede consultarse la bibliografía acerca del personaje y sus obras. Véase M. y J. L. PESIT, *La universidad española...*, 85-116.

61. L. SALA BALUST, *Reales reformas...*, 56. 53-57. F. PÉREZ BAYER, *Por la libertad...*, ataca el poco saber jurídico de los colegiales, que después ocupan las cátedras. Aprenden mal, pues no se dan las clases, "... algunos profesores

con la Junta de los colegios, que facilitaba sus conexiones y les dispensaba de la jurisdicción académica. Pero todo esto se viene abajo con la caída de Macanaz y los anticolegiales: la historia hubo de esperar algún tiempo, hasta el reinado de Carlos III, para hundir a los colegios mayores. En 1715 se restauraba la Junta y todo este episodio quedaba zanjado; el mismo Consejo de Castilla se repondría en sus manos.

Sin embargo, la cuestión de hacer penetrar las leyes reales en la Universidad volvería a despertar unos años más tarde, en el 1741. No veo muy claras las razones. ¿Quizá es una rutina burocrática? ¿Tal vez los colegiales no quieren dejar abierto este portillo por donde les vino en una ocasión el desasosiego? En todo caso, no hay por detrás una decidida voluntad de cambio. La real carta acordada de 15 de noviembre de 1741 promovía los estudios del Derecho real en forma semejante a Macanaz y su grupo, pero —según creo— sin sus intenciones⁶². Por estas fechas, la universidad vallisoletana propondría erigir cátedras de leyes reales. «Parecía a la Universidad se cumpliría perfectamente este ánimo del Consejo —se refiere a la carta acordada—, si la institución de estas Cátedras fuera de Jurisprudencia como las Leyes de la Partida, Nueva Recopilación, etc. Y si en esto se hallare algún reparo justo, dos Cátedras de Instituta civil tiene la Universidad, se podrán fundar otras dos, para que en cada año se expliquen los cuatro libros de la Instituta, y la tercera podrá ser de Instituta canónica...»⁶³. Y efectivamente, no se llegarían a establecer aquéllas. El Derecho romano quedaría afirmado, por una larga tradición y por los intereses colegiales. Todo lo más se admitía la concordancia de las leyes patrias cuando se explicase el romano

hábiles, no teniendo otro modo ni medios de mantenerse en la Universidad, se han dedicado a ir por los Colegios y Casas de posadas a explicar los *Vinnios* y el *Vallense* a los colegiales y estudiantes mediante algún premio o gratificación mensual...”, II, fol 190

62. *Nueva Recopilación*, Autos 2, 1, 3

63. Véase V. DE LA FUENTE, *Historia de las Universidades*, III, 352-354; J. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho*, 498 s. y, en general, se cita a través de este auto recopilado, los intentos de introducir el Derecho patrio en la universidad

ANTINOMIAS Y CONCORDANCIAS

Frente a esa dualidad palmaria entre el Derecho común y el Derecho patrio, la doctrina a mediados del setecientos, posee una clara conciencia de que es necesario modificar el estado de las leyes. Se inician, cada vez más intensos, los deseos de un código que arregle un tanto la práctica⁶⁴. Y, por distintos autores se muestra una intención y anhelos de afirmar las leyes propias. El error de base se encuentra en la universidad y en su forma de enseñanza.

«En las Universidades —escribe Manuel Medina y Flores— sólo estudiamos las [leyes] del Derecho civil de los romanos, porque de las nuestras, ni hay cátedras dotadas, ni maestros que las expliquen. . las mismas disputas del Derecho romano logran más atención y aplauso aquellos que más se desvían de la pauta de nuestras leyes Reales, y así de ordinario ofrecen al palenque de los actos literarios materias de inútiles estipulaciones, condiciones imposibles y otras puramente teóricas, y las anteponen a las de compra y arrendamiento y a todas las demas que pueden dejarles algún jugo o utilidad práctica»⁶⁵

Incluso se permite bromear acerca del desconocimiento que los jueces y abogados tienen cuando se inician en los trabajos forenses.

«... al oír que se acusan rebeldías, conceptúa que será algún hereje a quien forman proceso por su contumacia: si oye que en las causas se hacen publicaciones, se figura serán como de cruzada, con cajas y timbales: los recursos de mil y quinientas, juzgan que tienen este nombre porque duran hasta la vida perdurable, y los de fuerza aprende que dimanarán de alguna violencia torpe contra el sexo frágil. Así van confundiendo los demás nombres y errando todas las sustancias, y al *reconocerse totalmente extranjeros en patria propia*, se persuaden ser preciso algo de que llaman práctica»⁶⁶.

64. Véase mi trabajo, M. PESET REIG, "Una propuesta de código...". 252-260

65. *Representación* de Manuel Medina y Flores, de 1744, editada de nuevo por F CANELLA SECADES, "El Derecho español en 1744", *Revista general de Legislación y jurisprudencia*, LII (1878), 353-367, 481-495; la cita 360 s.

66. La *Representación* citada, F. CANELLA SECADES, "El Derecho ..", página 362 s.

El mismo tono y preocupación por el divorcio entre ambos ordenamientos paralelos, por las contradicciones entre la formación académica y las exigencias del ejercicio profesional, aparece en otros autores. Mora y Jaraba planteaba la cuestión en su libro —de significativo título— *Tratado crítico Los errores del Derecho civil y abusos de la jurisprudencia*. Corría el año 1748.

«Entra en las Escuelas de la Jurisprudencia un muchacho tierno y dispuesto a imprimirse de todo lo que oye y lee en los libros de Derecho Común. Allí encuentra infinitas reglas y principios que hoy, por injustos o porque las cosas variaron en un todo, no puede acomodarse ni observarse en España. Aprende como verdades infalibles aquellas especies, defiéndelas en la Cátedra, explícalas después a sus discípulos, procura por todos los medios conciliar los textos civiles con los preceptos de la razón, aunque dentro de sí le dé latidos su propio conocimiento, se afirma tenazmente en aquellas reglas y estando mezclados en el Derecho común los elementos verdaderos de la Jurisprudencia con otras muchas máximas ya derogadas como inútiles o como ridículas, sucede precisamente que unas y otras se le imprimen con tal fuerza que le parece que toda la Jurisprudencia vendrá a tierra, si alguno de los principios que ha estudiado le saliera falible»⁶⁷.

Pero, cuando acude a los tribunales y tropieza con las leyes reales y la práctica, se percata que su bagaje intelectual es inútil y los saberes que necesita distintos. ¿Qué remedio habrá para «el teórico embutido en un millón de especies, entre las cuales unas se observan, otras están sin observancia...». Si acude a las leyes reales tardará años en lograr su conocimiento; tampoco le dirán con claridad qué leyes del derecho civil están derogadas, pues no se advierte en la Recopilación. Los autores no solucionan estos problemas, no hay ninguno que se haya ocupado de qué leyes romanas están o no en observancia. Unos dirán que tal ley está derogada, mientras otros, en cambio, afirmarán lo contrario. «Que algunos autores comparan varios textos de el Derecho Común con el Real, bien lo sé; —nos dice Mora— pero que haya alguno que los examine todos, no digo todos, sino la cuarta parte de los infinitos del Derecho Civil, bien puedo decir, que no hay entre nuestros Regnicolas autor de esta especie»⁶⁸. Este exceso de romanismo que se corregirá a

67. P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, pág. 172.

68. P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, págs. 174 y 176.

lo largo del siglo, se considera, en buena parte, debido a la presión de los colegiales, que ocupan los mejores cargos de la justicia y la burocracia de los consejos. Lanz de Casafonda, jurista importante, fiscal y consejero del de Indias, fustigador de los colegios mayores y la universidad, se queja con estas palabras:

«Provéense las Audiencias (desde donde por sus pasos contados vienen a parar a los Consejos que tiene el Rey en su Corte) de colegiales mozos, sin ciencia ni experiencia de negocios, y sin haber estudiado la Jurisprudencia práctica, teniendo sólo cuando salen de los Colegios una escasa y superficial noticia del Derecho de los Romanos, que estudian sin orden ni método, sin la historia y antigüedades romanas; sin la crítica y erudición necesaria para discernir la diferencia de tiempos y de costumbres, y sin otras cosas para hacer buen uso de la teórica del Derecho que estudian en las Universidades, sin haber estudiado las Leyes del Reino, ni aun tener noticias de sus colecciones, empiezan a votar los pleitos, entregándose enteramente a los Colegiales Ministros que hay en las Audiencias»⁶⁹.

Por lo visto, la secta de los colegiales tenía gran afecto al derecho romano. Por tradición consideraban que en él estaba la sabiduría y, también por tradición hacían su carrera a través de las cátedras de la universidad. Sobre este tema volveré más adelante. «Lo peor —escribía Lanz de Casafonda— es que para sentenciar los pleitos recurren antes a él [Digesto] que a las Leyes del Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchos de ellos ni aun noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del Derecho civil, con que toda su vida viven preocupados. Las leyes de la Partida, que son las que suelen tener, sólo las abren en algún caso, y ninguno las estudia de propósito, sin hacerse cargo que son un compendio del Derecho canónico y civil, en que se aclaran muchos puntos difíciles, se deciden muchas controversias y se traen lugares oportunos de los Santos Padres, filósofos antiguos, que conduce mucho para dar autoridad a las opiniones que se encuentran en los mismos libros de que se valen. Lo mismo ejecutan con las leyes de la Recopilación, Pragmáticas, Autos

69 M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos*, pág. 126.

Acordados, Ordenanzas, Cédulas, Instrucciones particulares y fueros Municipales que debieran saber de memoria para los casos obvios y frecuentes en los Tribunales, y cuando se les citan por los abogados las extrañan, dificultan y las más de las veces las desprecian»⁷⁰.

El intento de hacer entrar estas leyes prácticas en las universidades había fracasado en buena parte. Había unas consultas, unas disposiciones reales de 1713 y 1741, que apenas alcanzarían resultado. Todo lo más, se hacían algunas concordancias con el derecho romano, para que frente a la solución civil quedara también constancia en la explicación, —en el manual— de la cercanía o discordancia del ordenamiento propio. Principalmente se procuró esto en las cátedras de Instituta de la universidad. ¿Como un volver a las antiguas antinomias entre los dos ordenamientos paralelos o que resolvían las contradicciones del Derecho romano? No, no es propiamente igual.

Al parecer, algunos autores de fines del siglo XVI pensaron que para enseñar Derecho patrio a quienes se hallaban formados en el civil —los juristas universitarios— nada mejor que establecer las semejanzas y discordancias entre ambos. Las antinomias y concordancias era un género de romanistas y canonistas, que busca conciliar las contradicciones existentes en la amplitud de sus cuerpos legales, civil o canónico. También se hicieron con el Derecho real. La obra de Juan Bautista Villalobos, *Antinomiam juris regni Hispaniarum, et civilis*, aparecida en Salamanca en 1569, fue mejorada y completada por Juan Martínez de Olano en su *Concordia, ac nova reductio Antinomiarum juris communis, et regni* en 1575. Por orden alfabético va examinando este autor las discrepancias, y, al fin, trae otro estudio amplio sobre las leyes de Partidas, las que se han derogado por posteriores o por el desuso... La idea era certera, y se hacía, a nivel del siglo XVI, dentro de un equilibrio entre el romanismo y las propias leyes. Era un trabajo que podía haber dado buenos resultados y que, en definitiva, sería inútil. El mismo autor pondera su importancia, y sus retoques sobre Villalobos.

«... de tanta antinomiarum multitudine, et varietate coepi dubitare. Quo facto fuit, ut aliquanto acuratius eas perlegerim, et ad earum probationem utriusque iuris communis, et regii leges, et authores per

70. M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos*, pág. 127 s.

eundem Villalobos allegatos, suis locis perquirendo descenderem. Eoque non modico temporis, et laboris tramite peracto, 300 casus, et ultra ex iis, qui ut discordes a iure communi ab eo evulgati fuerunt, ipsi iuri communi conformes, et ex eo (ad literam ut aiunt) desumptos fuisse inveni, et eorum quam plures textibus, et communis opinionis nomine falso roboratos, alios perperam intellectos (nescio vitio typographi, vel authoris errore) multas allegationes truncatas, et veritati iuris, et facti contrarias, sine lege, et authore vidi: non sine animi mei tristitia et dolore, quia opus utilitatis plenum videatur, per quod iuris communis et regii cognitio nanciscitur; cum intellectis differentis eorum utrumque ius in idem residet, et ius peculiare nostrum commune fiebat omnibus, quique ubique locorum iuri communi operam dederint, hoc solo labore iuris nostri cognitionem habere poterant. Quare cum in meam tantum gratiam, et discendi animo privatim opus emendaverim, et amicis doctisimis illud ostenderim, ut in lucem prodiret dignum esse iudicaverunt, idque me utiliter facturum consuluerint...»⁷¹.

71. J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia, et nova reductio antinomiarum iuris communis ac regii Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, et quam plurimum legum regiarum, communiumque intellectus, et recepta praxis causarum forensium explicatur...*, Burgos, 1575, en el prólogo *Lectori animadversio auctoris*, sin paginar. Sobre antinomistas, los agrupa un tanto arbitrariamente, J. L. CORTÉS, *Sacra Themidis Hispanas Arcana iurium legumque ortus, progressus varietates et observantias...*, 2^a ed, Madrid, 1780, 70-74. La inclusión en esta sección de prácticos forenses y otros autores varios —Duck, Covarrubias o Castillo de Bovadilla— resulta desafortunada; además, no hace constar que el género de antinomias no está reservado a las concordancias y discrepancias entre el romano y el real, sino que es forma de elaborar que se aplica a otros ordenamientos paralelos, entre romano y canónico, o incluso dentro de los diferentes estratos del Derecho romano, para acordar textos de Digesto con otros de Justiniano más recientes. Por vía de ejemplos —no puedo entrar en el análisis de esta dirección en sentido amplio— puede acudirse a Pichardo de Vinuesa, citado en nota 77; o dentro de las antinomias del Derecho romano, P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, 226-242, en 226 escribe: "Casi todo el calor y tarea de las Universidades y de los autores prácticos se emplea en conciliar los textos civiles que parecen entre sí, a que llaman vulgarmente *antinomias*". Mayáns le escribe a Nebot el 20 de julio de 1740: "Estoy observando días ha que alguno que quiere abusar del tiempo que Vm. y yo podemos emplear mejor, va proponiendo antinomias que es la ocupación más perdida de los estudiosos, y el motivo a que yo atribuyo la general ignorancia de los Legistas de España, los cuales pierden el tiempo en Quesio, Santolaria, Valencia, Olca, Ortega y toda la caterva de antinomistas, *Colección de cartas*

Frente a Villalobos aumenta y muestra, en muchos casos, mayores concordancias con el Derecho común. Acerca ambos ordenamientos, para mejor unificar. Eran tiempos en que el Derecho romano todavía tenía mayor vigor y fuerza. La obra de Martínez de Olano tenía sin duda finalidades prácticas, muy diferentes de los autores que vamos a considerar, comentaristas de *Instituta*. Esta línea se mantiene en Sebastián Ximénez, en su *Concordantiae*⁷², que procura traer en sus dos amplios volúmenes las concordancias existentes entre el Derecho romano, canónico y aun feudal, con las leyes de Partidas. Es como un repertorio, en donde se dan por orden del Código, Auténticas, *Instituta*, Digesto, Decreto, Decretales, Sexto... con las leyes de Partida, autores, etc. Su valor, aún hoy es indudable por la magna labor realizada: «prodesse dico, ut facilius, et sine maximo labore inveniantur Ita, ut hoc opere perlecto, brevissimo temporis spatio, quod tredecim annorum labore mihi peperit, facillime possit comparari...»⁷³. Pero vayamos al siglo XVIII. Las universidades empiezan a producir otro género, emparentado pero enteramente diferente a éste: son las *institutas* adornadas con notas de Derecho patrio. A través de ellas se abre un resquicio para introducir estas leyes y que los cursantes las oigan alguna vez. Los institutistas —comentadores de la *Instituta*— gozan de prestigio en las decaídas universidades, por su sencillez. Los alumnos casi se ven reducidos a aprender algo del manual justiniano, y apenas reciben más de la universidad. Entre ellas hay diversas posibilidades. Mayáns, buen catador de libros de derecho, decía: «Omitiendo una grande muchedumbre de Comentaristas de las Instituciones de Justiniano, los más aventajados han sido Joaquín Minsingero, Francisco Hotomano y Arnoldo Vinnio. Minsingero es más abundante en la doctrina y más perceptible por la sencillez de su estilo. Hotomano, más erudito, pero de estilo más fuerte y muy impertinente con aquella su afectada y continuada pedantería de la argumentación retórica en cada

eruditas escritas por D. Gregorio Mayáns y Siscar a D. Joseph Nebot y Sans Publicadas D. Joseph Villarroja, Tomo I, Valencia, 1791, 202 Véase G. MAYANS, *Epistolario IV*, núm. 70.

72. S. XIMÉNEZ, *Concordantiae utriusque iuris civilis, et canonici, cum legibus partitarum, glossematisbusque Gregorii López, et plurimorum Doctorum...*, 2 vols Madrid, 1611.

73. S. XIMÉNEZ, *Concordantiae...*, prólogo, sin paginar.

especie que se propone resolver; por cuya causa ha tenido poco séquito. Vinnio cernió la doctrina de Minsingero y se valió de la erudición de Hotomano, usando de estilo muy elegante aunque interrumpido por la partición de los textos, que interpretaba»⁷⁴. En verdad, Vinnio fue el oráculo de las escuelas jurídicas durante el siglo, desplazando otras obras de esta índole. Fue modelo y norma, que apenas encontró enemigos en las aulas. Minsingero, que había gozado de favor, queda en plano menor. Janus a Costa, representante del humanismo más puro y sin mezclas, admirador de Alciato y Cujacio no pudo imponerse⁷⁵. Heineccio tuvo en contra la inquisición. En cambio, Vinnio campeó sin trabas. «Como las preocupaciones de las Escuelas tienen tan extrañas contradicciones —observa Sempere y Guarinos—, los mismos Cuerpos que no reparan en admitir a un hereje legista, cual fue Arnolfo Vinnio, tendrían mucho reparo no sólo en abrir la puerta a Newton, Musschembroek o cualquiera otro filósofo sectario, sino a Jacquier, el Genuense y otros Católicos recibidos y estudiados en otras Universidades y Seminarios de la Cristiandad»⁷⁶. Bien sabe él, la situación que plantea la nueva ciencia fisicomatemática a las facultades de filosofía españolas.

Vinnio, en su comentario, concordaba la Instituta con el resto del derecho romano, principalmente, con algunos autores, e incluso —hay que subrayarlo— con textos del Derecho holandés. En su ejemplo, como quizá también en las órdenes reales de 1713, se encuentra tal vez el origen de estas institutas concordadas. No existe este género —creo— en nuestra literatura jurídica más antigua. Por más que An-

74. *Cartas morales, militares, civiles y literarias de varios autores españoles, recogidas y publicadas por Don Gregorio Mayáns y Siscar*, Tomo V, Valencia, 1773, pág. 232. Sin embargo, Mayáns en este lugar y otros expresa diferentes preferencias. Véase M. PESET REIG, "Inéditos...", págs. 76, 101-105, y I CASANOVAS M. BATLLORI, *Joseph Finestres. Epistolari*, III, núm. 1.441.

75. J. a COSTA, *D. N. Justiniani perpetui Augusti Institutionum sive Elementorum... libri quator*, Leiden, 1719, primera edición; de su limpia interpretación romanista, su atención a los grandes humanistas, sus índices cuidados al modo de Cujacio, le valieron la admiración de los teóricos, pero, que yo sepa, no se maneja en las aulas españolas por estudiantes.

76. J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del Reynado de Carlos III*, 6 vols Madrid, 1785-1789, II, pág. 3. Sobre inquisición y Derecho natural, algunos datos en M y J L PESET REIG, *Gregorio Mayáns y la reforma de la universidad*, Valencia, 1975, cap IV.

tonio Pichardo de Vinuesa, en sus *In quatuor Institutionum imperatoris iustiniani libros* utilice alguna vez Partidas o Recopilación, sin embargo, él explica romano y canónico como base. «Quatuor iam peractis lustris, ex quo a pueritia in celeberrima hac omnium scientiarum, bonarumque literarum altrice, moderatrice Salmanticensi Academia, utriusque Iuris, et Pontificii, et Caesarei disciplinae deditus strenue...»⁷⁷. Y cuando quiere entablar más directo contacto con la práctica del foro, construye al modo procesal de Suárez de Paz, y, como él, explica en la universidad. Costumbre y posibilidad que a la altura del siglo XVIII se ha perdido, pero Vinuesa en sus *Practicae institutiones* afirma que ha enseñado la práctica. «Manuductiones hae nostrae, quae discipulis excipientibus dictatae, inter paucos, at amicos dissimulae lateere poterant, et in illorum gratiam hodie lucem accipiunt...»⁷⁸. Tal vez los nuevos institutistas se inspiran en la obra de un práctico, la *Phoenix Jurisprudentiae hispanicae, sive Instituta hispana, vel opus singulare institutionum Juris, vel Codex civilis hispanorum Jura*, de Tomás Martínez Galindo que apareció en 1715. Es trabajo de un práctico, un doctor en Leyes por Zaragoza que sirve en la audiencia de Sevilla y en la chancillería de Valencia. Tiene deseos de simplificar, como logró Justiniano, en un sólo volumen el *Corpus iuris civilis hispanorum*, que él reputa está formado por la Recopilación, los Fueros y las Partidas. Hace un uso amplísimo de estos textos, junto con autores y Derecho civil, para su construcción. Sabe de equilibrios entre el Derecho romano y patrio. Es un práctico —repito— que quiere redactar la Instituta del Derecho patrio a través de una elaboración de nuestros cuerpos legales. Admira la obra de síntesis del *Corpus* romano

77. A. PICHARDO DE VINUESA, *In quatuor Institutionum imperatoris Iustiniani Libros*, 4.^a ed., Valladolid, 1630, prólogo sin paginar. La tendencia a introducir el Derecho hispano se aprecia en las ediciones españolas tan días del mismo Vinnio, por ejemplo, A. VINNIO, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, 2 vols., Valencia, 1779, sustituyendo a las referencias a Derecho holandés, que pueden verse en la edición elzeviriana de 1652.

78. A. PICHARDO DE VINUESA, *Practicae institutiones, sive manuductiones iuris civilis romanorum, et regii hispani ad praxim libro singulari, in quatuor distributae partes comprehensae*, Valladolid, 1630, al principio sin paginar. El autor trata las cuestiones según los distintos juicios ordinario, ejecutivo, criminal..., al modo de los grandes prácticos; él mismo dirá que su libro es *manualis advocatorum, et Tyionum iudicum promptuarii*.

«Nondum inter tot praeclara Jurisprudentiae volumina, multis ab hinc seculis sparsa per orbem, exiguum mole, ingenioque magnum uillum prodidit opus, quo omnia, aut principaliora ejus elementa ita congesta sint, ut sine alterius auxilio, ductuque magistri quisque possit erudiri»⁷⁹

Pero la primera de las institutas hispanas que nos interesan especialmente son las *Institutiones hispanae Practico-Theorico commentatae*. Su autor, Antonio de Torres y Velasco, jesuita y profesor de cánones en Salamanca, su fecha 1735. Si ha usado otras fuentes doctrinales que expliquen su nueva forma de tratar el derecho hispano, no lo dice. en su dedicatoria al rey y a la reina parece que fue Vinnio su modelo. «Ut igitur rem agrediar, ex Libris Novae Recopilationis, Rerum quotidianarum usu, Septem Partitis, Institutionibus Justinianeis, Commentariisque Arnoldi Vinnii, Librum *Institutiones Hispanae Practico-Theorico Commentatae*, inscriptum composui»⁸⁰. Esa referencia a la práctica me induce a pensar que se ayuda de obras anteriores, pero, ¿se refiere a los numerosos autores que cita, o se inspiró en alguna obra semejante a la de Martínez Galindo? En todo caso, más interesa precisar su intento. La forma es semejante a Vinnio, los textos de la Instituta, glosados en un amplio comentario en que se van dando cita otras partes del *Corpus*, juntamente con las leyes patrias y los autores teóricos y prácticos, legistas o canonistas. Cujacio o Donello, alternan con Covarrubias, Gómez o Paulo de Castro. En conjunto, las referencias y la construcción es romanista, siendo el añadido patrio menor. En el proemio —que sorprendentemente también lleva glosas— invoca a la Santísima Trinidad y dedica una salutación a los reyes, llama la atención sobre la grandeza de las armas y las letras que acompañan al monarca y su misión de dar leyes. Y expresa su deseo de que el libro aproveche a los jóvenes

79 T. MARTÍNEZ GALINDO, *Phoenix Jurisprudentiae hispanicae*, Sevilla, 1715, prólogo al lector; en páginas 45-47 se plantea con verdadera penetración la conexión Derecho patrio y Derecho romano. Hay que acudir al príncipe a falta de ley, dicen nuestros textos, pero sabe que está presente el Derecho común y se aplica: “. . . apud nos in judicando hae non sunt spectandae tamquam constitutiones, aut leges Pontificum, vel Imperatorum; sed tanquam leges ratione naturali, et aequitate innixae; non enim auctoritas, sed earum ratio praec oculis habenda est”, fol. 46.

80 A. DE TORRES Y VELASCO, *Institutiones hispanae Practico-Theorico commentatae*, Madrid, 1735. dedicatoria.

para conocer las leyes reales desde el comienzo y los primeros pasos en la universidad...⁸¹ El libro tuvo un éxito moderado, y aún aparece recomendado para las cátedras de Instituta en los planes de Carlos III. Sin embargo, esta leve tintura de la ley real entre la masa inmensa del derecho romano académico significa poco. No, durante la primera mitad del siglo no se ha superado aquellos consejos para estudiantes que nos diera Francisco Bermúdez de Pedraza en el *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Apenas atiende al Derecho real; Partidas —escribe— «se han de tener delante de los ojos, porque se formaron de las más selectas, así del Reino como del Derecho civil...»⁸². Importa el Derecho común y sus doctrinas.

La idea de Torres era nueva. Cuando en 1728 Mayáns y Siscar, entonces catedrático de código en la universidad de Valencia edita la *Instituta* de Daniel Galtier no se le ocurre cambiar las breves referencias que en ésta había al Derecho francés, por el hispano⁸³. Pero Torres

81. A. DE TORRES Y VELASCO, *Institutiones*, fols. I-IV, imita el *proemium de confirmatione institutionum* de Justiniano, refiriéndolo a nuestros monarcas y le pone las glosas como había hecho Vinnio al original.

82. F. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Salamanca, 1612, pág. 70; también afirma: "Los primeros libros con que se da principio a la Jurisprudencia son los del Derecho Canónico y Civil. Y aun Parladorio aconseja que las Partidas también, que son el Derecho común de Castilla", pág. 103. Bermúdez de Pedraza nos depara una buena idea de la formación clásica en el Derecho común, usual a los juristas; su *Paratilla y exposición a los títulos de los quatro libros de las instituciones de Justiniano*, Salamanca, 1612, no tiene demasiadas citas, pero ninguna a Derecho español. Esa atención a Partidas, tan cercana al Derecho común, se aprecia también en la forma de aprender Derecho de A. DE VILLADIEGO, *Instrucción política*, fol. 302 s. "Verá de camino el concordante de la Partida, en cualquier título que pasare; y si la ley de la Partida concordare, póngala sobre el texto, y si la corrigiera también. Vea asimismo a Gregorio sobre ella, porque si trajere algún punto notable o controverso de los Doctores...".

83. D. GALTIER, *Theophilus renovatus, sive levis ac simplex via ad Institutiones Juris Civilis*, Valencia (1728). Mayáns se refiere en su aprobación a otros intérpretes, Vinnio, Hotomano, Costa, que han cultivado Instituta. "At Daniel Galtierus hoc veluti jure proprio sibi vindicat, quod a lectione sua neminem absterret, ac vel rudissimos allicit". Recomiendará este autor para Cervera y para Alcalá, como puede verse en cartas a Finestres y a Diego de Arredondo, en I. CASANOVAS, *Josep Finestres*, pág. 283-285, 220 y M. PÉREZ REIG, "Inéditos de Gregorio Mayáns...", págs. 76, 83 s.

no fue recibido con avidez, a pesar de los preceptos reales, sin duda porque no interesaba al Derecho patrio en la universidad. Cuando empiecen a imitarle —Sala o Maymó— otras formas han venido a sustituir aquella vía primera.

Sin embargo, algún abogado vería con buenos ojos aquel camino. José Berní y Catalá —fundador del colegio de abogados de Valencia y editor de Partidas— consideraría acertada esta concordancia. Los prácticos, en su época, no podían dejar de admirar el romanismo teórico; consideraron siempre y usaron de los textos comunes para formarse y resolver las cuestiones que les planteaba el ejercicio. Berní, en el año 1745, publica su *Instituta civil y real*, en castellano, para brindar a los juristas un medio de formarse. En su dedicatoria a María Santísima de los Desamparados, pide que los principiantes «hagan particular estudio de las Leyes reales de España, y que se quiten de la cabeza *pretender* y *patrocinar*, hasta que estén bien enterados del Real Derecho (que es a lo que se dirige esta obra)». Quizá por ejercer en Valencia, en donde el derogado Derecho valenciano tenía que saberse también para las causas y las formas antiguas, posee especial interés el planteamiento. Al hablar de los institutistas reconoce paternidades. Cita muchísimos, pero añade, «cuyos autores empezaron a desconocerse desde que *Joaquín Mysingerio* extendió más la pluma, y todos los referidos fueron olvidados, mediante la erudita y juiciosa obra de *Arnoldo Vinnio*... En lo moderno, y en especial en nuestra España, de los Institutistas que he visto son Pichardo, Galindo, Flores y Torres; y si el rumbo que tomaron teórico hubiera sido más práctico, yo mismo me haría justicia, quedándome manuscrito este corto trabajo o no habiéndole emprendido...»⁸⁴. Su obra es muy sencilla: el texto de Justiniano, acompañado de algunas citas de práctica, es decir, Partidas, algunas referencias a la Recopilación y a autores. Muchas veces repite simplemente: «En la práctica es lo mismo». La realidad de nuestras leyes patrias emerge sólo en algunos puntos sobre la masa acuosa y omni-comprendiva del derecho romano y canónico. La idea no es original —él lo reconoce—, pero tuvo cierto éxito tal vez por su sencillez o por estar traducida la *Instituta*. Sus varias ediciones lo atestiguan. Mas su alcance no pasa de la concordancia. Mayáns —que en 1740

84. J. BERNÍ, *Instituta*, dedicatoria y prólogo, págs. iv y xxxviii s.

empezará a vislumbrar la necesidad de cátedras especiales para el derecho real— escribía con ocasión de esta obra. «Yo quisiera que con la mayor brevedad, sencillez y claridad, propusiese Vmd. el sentido de Justiniano, sin afectación de citas, y que señalase sin pompa de palabras si concuerda o discuerda el Derecho español, haciéndose cargo de que escribe para principiantes y no para maestros»⁸⁵ Y Berní supo hacerlo.

Aunque pertenezcan a una etapa posterior quisiera referirme con toda brevedad a otros libros que continúan esta dirección, que muere con el siglo. Juan Sala, pavordre valenciano publica en 1779-1780 el *Vinnus castigatus atque ad usum Tironum hispanorum accomodatus*. Sus aportaciones nos sirven también para constatar que el ingrediente real seguía siendo mínimo a estas alturas. No son más numerosas las citas reales que en Torres; el romano sigue superando al real, cuando ya las universidades mayores de Castilla habían sido reformadas, Valencia no lo fue hasta 1786. Sala decía:

«Quatuor autem in hoc nostro quali quali labore duximus attendenda. Primum, quae in Vinni commentario ita superfluunt, ut cum propriam sedem in Institutionibus non habeant, tironum mentes turbant potius, quam instruunt, penitus ablegamus. Deinde, obscura et implicata, in quorum explanatione, et Magistri nimis defatigantur, et tirones fasti-

85. J. BERNÍ, *Instituta*, pág. xi, este autor, gran defensor de las leyes patrias, había publicado en 1738 el primer tomo de *El Abogado instruido en la práctica civil de España*, Valencia, 1738, en donde defiende el puro atenerse a ellas. La crítica del *Diano de los literatos* VII (1742), 1-19, es dura, y en buena parte sin entender su intento, pero expresiva de que tal idea es todavía intolerable al nivel de los tiempos; rehusan aceptar que en la práctica no hay opinión, como escándalo, cuando se apunta hacia una simplificación basada en las leyes reales y no aceptan que pueda prescindirse de los autores, “con fundamentos tan ridículos —le dicen— como el mismo edificio. Y para el que por tener una buena Librería, se viese con la duda de lo que debería hacer de los Covarrubias, Molinas, Oleas, Castillos y los infinitos y admirables escritores de Jurisprudencia que honran nuestra Nación y la Facultad, tuvo el Sr. Berní la advertencia de prevenir la respuesta, diciendo que estos Autores son buenos para los Abogados de Portugal, Imperio, Francia, etc. *Risum teneatis amici?*”, 13-14, véase 4-5. Acerca del autor P. NACHER FERNÁNDEZ, *El doctor José Berní Catalá, su vida y su obra*, Valencia, 1961 y V. CASTAÑEDA, “El doctor don José Berní Catalá, juriconsulto valenciano”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, I (1918), 187-235, 353-437, 548-596, II (1919), 101-144.

diunt, in faciliorem styllum redigere sumus conati. Ad haec, naevos qui in eodem commentario inveniuntur (sunt autem paucissimi) in veram doctrinam convertimus. Demum, in locum juris Batavi Hispanum subrogavimus, cum Hispanorum tironum gratia laborem nostrum tulerimus. In hoc autem Hispano jure tradendo eam sequimur methodum, ut quae leges Romano juri sunt consonae in margine notentur: quae vero dissonae in ipso commentario, versibus tamen distinctis et signatis, breviter discutiantur una cum praecipuis quaestionibus, quae super eas ad Interpretibus examinantur»⁸⁶

Pues bien, todas esas precisiones para tratar el derecho patrio, no disimulan su escasez. ¿Quizá no conoce, como buen académico, la práctica? ¿Quiere simplificar para los principiantes? Con los años, el pavor-dre Sala escribe otras obras y su acercamiento al Derecho español le conduce hasta su célebre *Ilustración del Derecho real de España*. Después lo veremos. Terminaré ahora con esta dirección

Otro representante de ella es José Maymó y Ribes. Su obra es anterior al *Vinnius castigatus* de Sala, pero por su mayor importancia merece poner final digno a esta exposición. Es obra póstuma, aparecida en 1777, que posiblemente se escribiera cuando los preceptos de los planes de Carlos III en 1771 parecían indicar su interés. El libro tiene pretensiones, aun cuando el autor diga humilde en el colofón: «Si triennalis labor iste displicuerit, non mirabor; illius enim exiguitatem, et ingenii mei imbecillitatem agnosco: Si gratiam invenerit, finem adeptus eo»⁸⁷. Las *Romani, et Hispani Juris Institutiones* poseen, empero, delicadas calidades y perfecciones, como último hito de aquella tradición de institutistas. Un texto cuidado, a que sigue un comentario amplio para entenderlo. El comentario va siguiendo una serie de preguntas —al margen— que recuerdan la factura de la *Instituta* de Antonio Pérez. Justitia quid? Quotuplex? Expletrix. Atributrix. Universalis, et particularis. Commutativa. Distributiva. Jurisprudentiae definitio. Jurisconsultus

86 J. SALA, *Vinnius castigatus, atque ad usum Tironum hispanorum accomodatus* 2 vols. Valencia, 1779-1780. *praefatio* sin paginar al fin.

87 J. MAYMÓ Y RIBES, *Romani, et Hispani Juris Institutiones ad usum scholae et fori*, 2 vols., Madrid, 1777, II, 478. He utilizado ejemplar de la biblioteca universitaria de Santiago, debiendo agradecer a Francisco Aguilar Piñal, gran bibliógrafo sobre el siglo XVIII, la indicación del lugar en que podía verlo.

quis? Interpretatio quid? Quotuplex... etc. Antonio Pérez fue un jurista lovaniense del XVII, cuya *Instituta* es sencilla, mínima... Todo lo contrario de los comentarios excesivos de Vinnio o Minsingero. Su obrita se reedita en España durante el setecientos más de una vez; sin duda respondía bien a los deseos ilustrados de compendiar los principios y deducir a lo esencial⁸⁸. Naturalmente no lleva notas de Derecho hispano, por lo que no nos interesa especialmente Maymó y Ribes, separa texto —un libro entero de la *Instituta*— y comentario correspondiente, a éste le opone copiosísimas notas de Derecho romano, español —muy amplio —y de autores... Partidas y Recopilación, se complementan incluso con reales cédulas sueltas. Las corrientes del Derecho natural aparecen allí a través de Heineccio, en él encuentra base para reforzar la autoridad del Derecho romano. El alemán Heinecke había escrito: «Sane quum duae sint iura demonstrandi rationes, quarum altera in auctoritate legum, altera in ipsis legum causis, et generalibus jurisprudentiae principiis posita est...». O sea, la demostración legal puede derivarse de la autoridad de las leyes, pero también de la naturaleza de las cosas, de las causas y principios de las leyes; nos apoyamos en la ley, pero sería ridículo buscar en los juristas o doctores para probar que la libertad es cosa inestimable o que la compraventa puede existir sin una cosa y un precio...⁸⁹. La razón natural penetra en el pensar jurídico y el derecho común la revela esencialmente.

«Jus Romanum —escribe Maymó— in Digestorum, et Codicis libris contentum continet praecepta juris Naturae, Gentium et mercivilia. Quoad illa juris Naturae et Gentium praecepta sequendum est, quia Jus Naturale et Gentium omnes obligat, non quia hujus modi praecepta, quasi confirmata sunt a Jure Romano: Quoad praecepta mercivilia, si haec confirmata sunt legibus Hispaniae, sequendum est Jus Romanum; quia in hac parte, quasi adoptatum est a legitimo Legis-

88. A. PÉREZ, *Institutiones imperialibus emblematibus distinctae*, Ed. novissima, Madrid, 1765. J. MAYMÓ Y RIBES, *Romani, et Hispani Juris Institutiones...*, I, 41-43, ver 80-85 como ejemplo. El nombre de este autor va indisolublemente unido a la traducción y defensa de Verney, del Barbadiño. Acerca de este autor, recientemente J. L. PESET, "La influencia del Barbadiño en los saberes filosóficos españoles". *Homenagem a André Soares*, Braga, 1974.

89. J. G. HEINECCIO, *Elementa iuris civilis secundum oranem Pandectorum*, 2 vols., Valencia, 1791-1792, I, pág. VII

latore; si illa praecepta mere civilia nostris legibus confirmata non sunt, vim legis quoad illa obtinere non potest in Hispania Jus Romanum.»

«Hinc colligitur magna Juris Romani auctoritas in Hispania, et fere in univēsa Europa; nam cum major illius pars a Jure Naturae et Gentium desumpta sit, quoad haec jura immutabile subsistere debet»⁹⁰.

Repite ideas que vimos en otro teórico, Mayáns y Siscar: recoge las últimas posibilidades que quedan al Derecho romano. La ofensiva del derecho real se acrecienta con los años. Los reyes quieren que sus preceptos se apliquen sin tergiversaciones romanistas; los abogados y jueces, con el tiempo, van pensando que es más interesante atenerse a la norma patria, para evitar el exceso de la doctrina romanista. Los liberales entrarán decididos por nuevos caminos, variarán la legislación y dejarán falta de sentido una tradición de siglos, que se desmorona con el antiguo régimen. Precisemos la preparación de la nueva época, la admisión del Derecho real en la universidad, aun cuando sea parca y escasa en el setecientos.

EL DERECHO PATRIO SE AFIRMA

Tres son las vías por donde el Derecho real podía introducirse en las aulas y rebatir costumbres y rutinas de siglos, para terminar con el monopolio romanista de la universidad. Y las tres se ensayan en el siglo, a saber, concordancias, estudio directo de nuestros textos legales y visión panorámica de las leyes reales a través de manuales. A la larga, prevalecería la última que se afianza y generaliza en los años de la universidad liberal

¿Qué razones existen para que se pongan trabas al derecho patrio? ¿Qué obstáculos detienen su entrada hasta la época de Carlos III?

Las universidades viven una tradición de siglos, encarnada en los textos del *Corpus iuris civilis* y del *Corpus iuris canonici*. El cambio no resulta fácil, pues junto a la fuerza de la tradición, existe el convencimiento acerca de que el Derecho por excelencia —la razón— es el Derecho de Roma. La práctica entre leyes reales se considera una realidad

90 J. MAYMÓ Y RIBES, *Romani, et Hispani Juris Institutiones*. ., I, pág. x.

más baja, sin alturas intelectuales. Ella misma está impregnada en gran parte por las sutilezas y soluciones romanas y su estudio no alcanza los recintos del saber. La distancia entre teóricos y prácticos se mantiene, aquéllos son los más prestigiosos juristas, éstos —con su orientación— se dedican a los pleitos y realidades de los conflictos entre las personas. El Derecho patrio es insuficiente, es menos perfecto, posee menos cultivadores. O mejor, quienes escriben tienen siempre en cuenta, aun cuando traten de resolver realidades de la práctica, las verdades y dogmas del Derecho romano. Pérez Bayer, desde otra mentalidad y perspectiva, se extraña de la situación de los jueces: apunta —en su lucha contra colegios mayores— hacia una explicación de aquella sorprendente realidad, que contradecía las leyes.

«Si el estudio pues de el Derecho y Leyes Patrias del Reino se considera tan preciso en un Juez español, ¿cuál será la necesidad del ejercicio y práctica de él para la recta administración de Justicia? A gran riesgo de el enfermo se ensaya en su curación un Médico sin experiencia. Disuena indeciblemente a cualquiera, aunque no tenga sino una vislumbre de razón, ver que los que han de recibirse de Abogados, para sólo alegar y defender las causas hayan de presentar certificaciones de haber ejercido tantos años la práctica en *tal* y *tal* estudio de sujeto conocido, y después de esto pasar por un examen donde se pesa el progreso que en ella han hecho; y que para ser Jueces y decidir de las vidas, honras y haciendas de los vasallos de la Corona, hayan de bastar los Actos, Oposiciones y Ejercicios de las Universidades, que regularmente son de puras especulaciones de un Derecho por el cual no han de juzgar después. Añádese a esto, que al Abogado lo eligen los litigantes y se valen de el que les parece mejor, y pueden si no les gusta variar, pero a un Juez acuden todos por necesidad»⁹¹.

Pero, las cosas como son. Los catedráticos de las universidades, especialmente si eran colegiales, consiguen los mejores puestos en los Consejos, Chancillerías y Audiencias, mientras los prácticos se han de conformar con el foro, para acceder al fin —con menor probabilidad— a ser ministros u oidores. El prestigio académico y la fuerza colegial daba mejores oportunidades, por lo que los conocimientos prácticos quedaban un tanto postergados. ¿Tanto poder tenían las universidades

91. F. PÉREZ BAYER, *Por la libertad* . . , III, tol. 600

y los colegios? Conviene precisar algunos matices. Las universidades están fuera del poder real en buena parte y su tradición las muestra seguras y afincadas en el Derecho romano. Conservan sus viejos saberes. Los colegiales las dominan, al menos las más importantes, y nutren los puestos más altos de la burocracia. De otro lado, no afectan radicalmente al poder real; no existe —hasta épocas más tardías— un enfrentamiento entre el romanismo y la legislación propia; aquellos mismos colegiales que suben a los consejos, a pesar de su primera inexperiencia, aplican la ley regia, aun cuando se envuelva en romanismo para completarla. Y, en todo caso, las zonas del derecho público y administrativo —podíamos decir con terminología más reciente— se resuelven en normas patrias, en el arbitrio del rey y sus Consejos, en unas fidelidades ineludibles al monarca. El núcleo del poder no se ve nunca afectado por la aplicación del Derecho romano.

El peso de los colegiales aparece claro en algunos escritos de la época, que anuncian el inicio de su final. Hacia 1761 Manuel Lanz de Casafonda, un vasco que desde el ejercicio de la abogacía escala los más altos puestos del consejo de Indias, escribe contra los colegiales sus *Diálogos de Chindulza*. No fue posible entonces su impresión, sólo en parte se publica tras la derrota y reforma de los colegios, pues ésta no destruyó, sino hacia el futuro, su poder.

«En todas sus empresas salen airoscs por el favor y protección de los colegiales ministros. Un centenar de pleitos te pudiera contar en que han salido victoriosos. Ya te dije que a los Patronos han quitado el Patronato de los Colegios. a los colegiales de las Ordenes Militares les han obligado a que no se intitulen mayores, sin embargo, que sus Colegios son de fundación real y por estatuto se requieren pruebas de toda calificación; a los Rectores de dichos Colegios Militares no les permiten que se sienten entre los de sus llamados Colegios Mayores, según lo acostumbran, y en una ocasión fueron echados del asiento...»⁹².

Interesa examinar sus opiniones acerca de la cuestión del Derecho romano y patrio, que depara luces para la comprensión de aquel momento. Unas páginas antes hemos visto la facilidad con que ascienden a los Consejos y Audiencias, sobre el testimonio de Lanz.

92. M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos*, 115-116, sobre este pleito hasta 120. Se publica, parte, en el *Semanario erudito* de Valladares, tomo xxviii.

«Con la seguridad que tienen de su acomodo —dice contra colegiales—, los teólogos estudian muy superficialmente la Teología; los canonistas y legistas, por lo regular no estudian sino el Vinnio y el Vallense, y no saben siquiera las fuentes adonde han de recurrir para estudiar con fundamento el Derecho. Con estos principios y con algunas lecciones que trasladan y toman de memoria, salen a oponerse a las prebendas de oficio, y los que tiran por plazas, procuran mientras se proporciona la toga y se acomodan otros que son más antiguos, el pillar alguna cátedra, que por su turno no se quedan sin ella, y al cabo de 2 ó 3 años de Catedráticos, y muchas veces sin llegar a serlo, les dan plaza en las Audiencias, sin haber visto las leyes del Reino, ni saber siquiera los nombres de las colecciones, siendo preferidos sólo por ser colegiales, a todos los Abogados del Reino: y tomando las cosas más de alto, te expondré por menor el origen y raíz de los graves daños que no se pueden decir sin dolor, ni hay palabras bastantes para explicarlos. Los Obispos y demás Prelados de las Iglesias salen de los 6 Colegios Mayores como de un taller, que en estos tiempos viene a ser el único en donde se forman los sujetos para todas las Prelacias y Dignidades eclesiásticas; del mismo modo, los Presidentes y Oidores de las Audiencias y Chancillerías, los Fiscales, los Alcaldes de Corte, los Consejeros; en suma, todos los Ministros Togados del Reino, a excepción de tal cual que por alguna protección particular llega a lograr alguna plaza u Obispado, todos salen de los Colegios»⁹³

Aparte cierta exageración en la manera de decirlo, la crítica era certera. Existía una facción colegial que presionaba sobre la universidad y en la burocracia estatal del momento. El romanismo era una tradición, sin duda. Pero cuando ésta se alarga tanto en el tiempo y se opone a la legislación regia, hay que pensar en unas fuerzas e intereses por debajo de las cuestiones intelectuales y forenses. Los colegiales —en la cúspide del sistema— no ven ventajas en cambiarlo: sólo cuando son reformados los colegios por Bertrán, Pérez Bayer y Rubín de Celis, empieza a entrar el derecho patrio en la universidad. Recuerda Lanz los preceptos reales de 1713 y 1741 y los intentos y peticiones de Cortes desde el siglo XVI, las disposiciones que ordenan atender a la práctica y leyes reales. Los abogados pasan por ese estudio,

93. M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos*, 123. véase 123-128

pero no los jueces, en beneficio de los colegiales. Sigue la sátira: «... es una lástima lo que pasa en la elección de ministros, y son innumerables los daños que se hacen a toda la nación por poner en las Audiencias y Chancillerías mozos sacados de los Colegios, sin haber estudiado las Leyes de España, ni aun haberlas visto materialmente antes de ser nombrados jueces, y para saber sus colecciones se valen de algún abogado. Nunca las estudian, como te dije —apunta uno de los interlocutores del diálogo—, y siempre las tienen un aborrecimiento indecible. Por esto, ningún ministro colegial ha comentado las leyes del Fuero Juzgo, Real, Partidas, Estulo, Ordenamiento, Toro, Recopilación y pragmáticas, a excepción de Covarrubias, que hizo unas observaciones críticas al Fuero Juzgo que se han impreso; y el Palacios Rubios, un Comentario a las Leyes del mismo Fuero y glosa a las de Toro, y todos los Comentadores han sido Abogados, Alcaldes Mayores, Corregidores y Ministros de las Audiencias, Chancillerías y Consejos, a que ascendieron por su mérito o por la protección de algún mecenas. Al contrario, todas las más de las obras de los colegiales han sido sobre los Digestos, Inforciado, Código y Novelas, con título de repeticiones, glosas, escolios, interpretaciones y ocios, que como tratados académicos, son inútiles para los tribunales, ni de ellos se valen los abogados y menos los jueces...»⁹⁴.

Esa presión sobre las tres grandes universidades castellanas sostendría aquella realidad. Zaragoza y Cervera, que establecen nuevos estatutos a mediados de siglo, tampoco se interesan por el derecho patrio. Poseen un ordenamiento distinto, más apoyo en el derecho común, y viven en sus viejas tradiciones romanas y canónicas⁹⁵. Sin embargo, con el tiempo la precisión de las leyes reales desbordaría la facultad de leyes. Hasta Carlos III y sus ministros, se extiende un compás de espera. Cuando entre 1752 y 1753 aconseje Gregorio Mayáns sobre el cambio de estudios en Alcalá de Henares, él —buen catador de las inquietudes de su tiempo— no se atreve a proponer vía libre para

94 M. LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos*, 132, en general, 128-137.

95. *Estatutos y privilegios apostólicos y reales de la Universidad y Estudio general de Cervera*, Cervera, 1750, título XXIV, fols. 79-81; *Estatutos de la pontificia y real Universidad y Estudio general de la ciudad de Zaragoza*, Zaragoza, 1753, tít. XXVI, fols. 67-68. Sobre la reforma cervariense a comienzos del XVIII como imitación de Salamanca, M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayáns y la reforma universitaria*, Valencia, 1975.

nuestro Derecho. Sugiere que se establezca el estudio del Derecho natural y de gentes que tenía buena aceptación, pero el Derecho patrio habría de conformarse con concordancias. No hay manual o libro adecuado para aprenderlo. Los catedráticos de Instituta, señalaba, «procurarán advertir de palabra a sus discípulos en qué se conforma el Derecho romano con el de España. Y este método se seguirá hasta que haya obra conveniente en que esto —es decir, la exposición del Derecho real— se vea ejecutado»⁹⁶.

En cambio, unos años más tarde, en su proyecto de 1767 manifiesta con claridad sus ideas y las posibilidades existentes, a pesar de esa duda esencial que tiene por faltarle el libro adecuado.

«En el libro segundo de los Autos acordados, auto tercero del título primero de las Leyes, se manda que los que regentan cátedras expliquen el Derecho real. El modo de ejecutarlo se deja al arbitrio de los catedráticos, pues no se prescribe. Queda pues a la voluntad de unos hombres que, no habiendo estudiado por la mayor parte el Derecho real, no pueden ejecutar lo que se les manda: y por esto dicha orden muchas veces renovada, nunca ha sido bien obedecida. Verdaderamente lo que conviene es que los catedráticos del Derecho civil romano no se empleen en enseñar el Derecho español, porque aquél pide un hombre enteramente dedicado a él, por su extensión, dificultad y sutileza, y el español también pide otro por su dilatación.»

«Siendo pues necesaria la enseñanza del Derecho real, porque si no se enseña en las Universidades, dificultosa y muy diminutamente se aprende fuera de ellas, es menester que se elija el medio más fácil para ponerlo en práctica.»

«Dos medios hay para ello. El uno es unir o reducir los dos Derechos a un cuerpo, manifestando su concordancia y discrepancia; empresa difícil para la cual en el estado presente pienso que no hay disposición, pues no sé que haya en España letrado desocupado, universalmente perito en ambos Derechos.»

«El otro es reducir el Derecho real a unas Instituciones que sean un compendio breve y claro de todo él. Tengo esto por practicable»⁹⁷.

96. Véase M. PESET REIG, "Inéditos de Gregorio Mayáns y Siscar (1699-1781) sobre el aprendizaje del Derecho", *Anales del Seminario de Valencia*, VI, 11 (1966), 76, 69, 84 y también 59.

97. G. MAYÁNS Y SISCAR, *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España*, I, cap. XXI; su edición en

Sí, la dificultad era tener un manual para los cursantes. El sistema de concordancias, aunque todavía las han de escribir Sala o Maymó, se halla ya deshauciado Olavide, en su plan para Sevilla en 1769, no se atreve a poner cátedras de derecho patrio —como había hecho Mayáns en su proyecto— por no existir un código que sintetizase las instituciones o primeras nociones del derecho español. No obstante, los planes de 1771 y años siguientes, decidieron establecer cátedras de esta materia, para asegurar en la universidad su aprendizaje. En Salamanca o Valladolid se establecen las primeras cátedras de esta materia, y, dado que no es posible acudir a ningún libro —como fue regla en las demás asignaturas de estos planes— se expondría la Recopilación a lo largo de varios años. Por la tarde, las leyes de Toro, conforme a la mente de Antonio Gómez.

«En el quinto año —es decir tras el bachiller en leyes, como estudios de licenciatura nuevos— asistirán los profesores de Jurisprudencia, por la mañana a la cátedra de Prima, que se llamará también de Derecho real, y en ella explicará el catedrático de viva voz las Rúbricas de los nueve libros y títulos de la nueva Recopilación. Y por cuanto no podrán explicarse todas en sólo un curso, podrá el catedrático alternar en su explicación de modo que cada año explique uno de los tres tomos. Bastará a los oyentes de esta cátedra la simple y pura lección del título que el catedrático haya de explicar; porque como las leyes son tan claras e inteligibles, no necesitan más cuidado que el de su lección, acompañada de la explicación del catedrático, que al mismo tiempo les dará noticia, no sólo de los Autos acordados o leyes añadidas, sino también de la variación entre ellas y las del Derecho civil de los romanos, haciendo un paralelo y cotejo de unas y otras, con lo cual se enteren los discípulos de las leyes del Reino, de su equidad y justicia, sin perder de vista las del Derecho común de los romanos. La cronología de los reinados y de las cortes celebradas en cada uno son muy precisos conocimientos para discernir las épocas en que se establecieron o aclararon las leyes.»

«Debería la Universidad buscar la colección de las Cortes manus-

M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayáns y la reforma...* Nos hemos basado en los originales existentes en los archivos municipal y del *Corpus Christu* de Valencia para su transcripción. En cambio, sin un previo código, no se atreve a proponerlo P. OLAVIDE, *Plan de estudios*, ed. de F. Aguilar Piñal, Madrid, 1970, 141-145, 149 s.

critas e impresas, para que los catedráticos formasen su cuaderno preliminar que diese noticias de todas y de los cuerpos legales antiguos. La *Themis-Hispana*, de Gerardo Frankenau (sic), que es del señor don Juan Lucas Cortés, y la *Historia del Derecho Real*, de don Antonio Prieto y Sotelo, con el *Arte legal*, de Pedraza, son libros que deben leer los cursantes del quinto año, y su catedrático»⁹⁸.

Como puede apreciar, quedan vestigios de concordancias y el método de enseñanza, basado en la explicación del mismo texto recuerda épocas anteriores a estos planes que pretendían el estudio panorámico de las materias. Es la segunda vía a que me he referido, en donde se explica el texto de la ley. Aquellas cátedras se establecían para quienes cursaban licenciatura. De manera que los bachilleres, que podían dedicarse a la práctica del foro, no asistían necesariamente a estas explicaciones del derecho patrio. Para atenuar esto, se añadía que la asistencia y curso en estas cátedras serviría como año de pasantía o práctica, que los abogados habían de tener en el bufete de otro abogado de los consejos, chancillerías y audiencias, para poder acceder a la práctica⁹⁹. En suma, una solución menor dentro de planes repletos de romanismo.

Aquel año de 1771 había de aparecer el primer libro de texto para la enseñanza del Derecho real en las universidades. Las *Instituciones del derecho civil de Castilla*, obra de dos antiguos estudiantes de Cervera, dos aragoneses, Ignacio Jordán de Asso y del Río y Mi-

98 *Plan general de estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el real y supremo Consejo de Castilla y mandado imprimir de su orden*, Salamanca, 1772, 106-107, en 138 la aprobación del Consejo, que añade a Gómez los demás intérpretes. Editado por G. M. ADDY, *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham, 1966, 244-366

99. *Plan general de estudios...*, 107-108; también sobre la introducción del Derecho patrio en los demás planes, *Método general de estudios por la real Universidad de Valladolid, mandado imprimir de orden del real y supremo Consejo de Castilla*, Valladolid, 1771, 9 ss., 40 ss., *Real provisión del Consejo que comprende el plan de estudios que ha de observar la Universidad de Alcalá de Nares*, Madrid, 1772, 105 ss.; Santiago, en C. M.^a AJO, *Historia de las universidades...*, IV, 560-564, en especial 561 s. y también S. CAÑADA DE LEÓN, E. FERNÁNDEZ VII LAMIL, *Historia de la Universidad de Santiago de Compostela*, 3 vols, Santiago, 1945-1947, III, 191-192; Oviedo en C. M.^a AJO, *Historia de las universidades...*, IV, 578 s. Véase CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2 vols, Madrid, 1794, I, 19-22.

guel de Manuel y Rodríguez¹⁰⁰. Ambos se estrenaron con esta obra, que —en conexión con papeles y trabajos de Burriel— presentaba una historia de nuestro Derecho patrio. Años después seguirán su trabajo para reconstruir mejor aquellas páginas iniciales de sus instituciones; en ediciones posteriores mejoran el tratamiento histórico, lo engruesan y perfilan. Sin embargo, no granaron en una obra historiográfica muy completa; otras atenciones —la botánica o la bibliografía— distrajeron a Asso, Manuel siguió durante toda su vida... Por lo que sabemos estuvo intentando reconstruir la España romana; también publica sobre San Fernando con materiales de Burriel...

Más interesa ahora la descripción de sus páginas destinadas a exponer el Derecho patrio. Se recoge el Derecho castellano e incluso se dedican algunas páginas al aragonés. El plan de la obra es —no podía dejar de serlo— la *Instituta* de Justiniano, si bien con cierta amplitud e independencia. Pero ya no se trata de concordancias —como en Berní o en Torres—, sino que sobre sus moldes se vierten las disposiciones del Derecho español. Tres libros: personas, cosas y acciones. Simplificación de las cuestiones: en el primero, frente a la amplitud de temas de la *Instituta*, se reducen a tratar Asso y Manuel el estado natural y civil de las personas, tutela y curaduría, desposorios y matrimonio y, con parquedad, filiación y patria potestad; en materia de cosas, tratan su división, el dominio y su adquisición, para después romper el esquema clásico trasladando atrás las donaciones y los derechos reales: incluso tratan ampliamente el Derecho penal al final de esta parte. El tercer libro también es distinto, pues recoge un tratado de Derecho procesal de España. En fin, esta breve comparación sólo pretende hacer ver las dificultades que tuvieron para amoldar en las rúbricas latinas el Derecho real de España. El primer manual de una materia siempre es más difícil, luego, a partir de un trazado determinado, es fácil hacer otros¹⁰¹.

100 *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771, utilizo la 5.^a ed de 1792. Sobre estos autores, M. PESET REIG, "Correspondencia de Gregorio Mayáns y Siscar con Ignacio Jordán Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez (1771-1780)", *Anuario de historia del Derecho español*, XXXVI (1966), 547-574. También C. MORA, *Vida y obra de don Ignacio de Asso*, Zaragoza, 1972.

101. En esta obra se atiende al Derecho aragonés, al fin de cada materia. El siglo XVIII no fue ajeno a los derechos forales; Mayáns anima a

El libro tuvo éxito. Planes de estudio posteriores lo recomendaron en sus páginas y el Derecho real fue más fácil de explicar y aprender. En la Universidad de Granada o en Valencia se proponía: en esta última con un curso en el Bachiller, que constaba de un año previo de Derecho natural y de gentes, tres de romano y, «finalmente en el cuarto se darán las *Instituciones del derecho civil de Castilla* escritas por Asso y Manuel, sin omitir la introducción que da una bieve noticia histórica de nuestra legislación. Se señalan estas Instituciones hasta que se publiquen otras más completas; entretanto procurará cada catedrático ilustrarlas y aumentarlas con notas oportunas»¹⁰². Aquellos abogados habían proporcionado a la universidad española su primer texto de Derecho patrio, posibilitando la apertura de la tercera vía o estudio panorámico de nuestras instituciones.

Del seno de la Universidad de Valencia surgiría el segundo manual del Derecho español. No era fácil que el romanismo se venciera rápidamente y se otorgara la atención que merecía el nuevo derecho que se imponía en la saulas. En la obra de Juan Sala podemos seguir la transformación paulatina, desde las concordancias hasta la exposición sistemática del Derecho español. Hombre enfermizo, pero de enorme capacidad de trabajo, se dedica desde su cátedra y pavordría a componer libros para la enseñanza. No es, como los doctores Asso y Manuel, hombre que acierta desde el primer momento a desprenderse de su formación universitaria. Cerca de treinta años duraría su labor intelectual hasta desembocar en un texto semejante al compuesto por aquéllos. Todavía en 1779 —lo hemos reseñado— publica el

Finestres: "Si Vm. se animase a escribir sobre el Derecho de Cataluña —era una intención del romanista catalán hacerlo—, yo escribiría sobre el de Valencia, y publicaríamos una y otra obra juntos", carta de 7 de agosto de 1751. I. CASANOVAS, M. BATLLORI, *Josep Finestres. Epistolari*, III, 163 s. Mayáns, a pesar de la derogación del Derecho valenciano, también pretendía una cátedra de esta materia en su *Idea* . . , cap. XXII de la primera parte.

102. *Plan de estudios aprobado por S. M. y mandado observar en la Universidad de Valencia*, Valencia, 1787, 13, sobre estas notas 17. Acerca del origen de este plan, J. L. PESET, "Reforma de los estudios médicos en la Universidad de Valencia. El plan de estudios del rector Blasco", *Cuadernos de historia de la medicina española*, Salamanca, XII (1973), 213-264. En un informe de 1793 dirigido al rey, puede apreciarse que se mantiene la enseñanza y distribución de materias y libros

Vinnius castigatus, en donde simplificaba y anotaba con Derecho patrio. Ciertamente estaba rezagado, el sistema de concordancias le parecía suficiente, cuando ya en las universidades de Castilla —en Valencia todavía no— había cátedras de Derecho real. El plan Blasco de 1786 no hacía referencia su obra, se orientaba genéricamente hacia Vinnio y las obras de Heineccio. «En la enseñanza del Derecho romano —añadía—, omitirán los catedráticos aquellos títulos que tratan de solemnidades, de sutilezas y de cosas que no tienen analogía con nuestra jurisprudencia. Cuidarán además que los estudiantes observen la correspondencia del Derecho civil con el natural y las diferencias que ocurran entre nuestras leyes y las romanas»¹⁰³. Sistema de concordancias que no se olvida, y orienta las obras de Sala. Quizá quiso éste suplantar al alemán Heineccio, poniendo notas de derecho español al derecho romano.

Primero, en 1788-1789, publicaría sus *Institutiones romano-hispanae ad usum Tironum hispanorum ordinatae*, que no habrían de costar demasiado esfuerzo, ya que podía basarse en los comentaristas de *Instituta*, mejorando notas y referencias al Derecho español¹⁰⁴. En 1794 publicaría su *Digestum romano-hispanum ad usum Tironum*, en donde las concordancias se hacían sobre Pandectas, con buen sentido de completar toda la explicación romano con notas de Derecho español. Las notas adquieren gran amplitud; el romanista catedrático sabe adentrarse en los cuerpos del Derecho español, a veces con extensión apropiada¹⁰⁵. Sala lleva su idea. En alguna ocasión dice imitar a Justiniano, que procuraba iniciar por instituciones y continuaba ampliando en Digesto. Quiere formar un curso extenso que abarcase cuatro años para los estudiantes, que se familiarizarían a un tiempo en Derecho romano y patrio. En el prólogo del *Digestum* dice haber invertido cinco años en esta tarea, pues sin duda las concordancias españolas no estaban tan adelantadas como las de *Instituta*.

103. J. P. FUSTER, *Biblioteca valenciana*, 2 vols. Valencia, 1827-1830, II, 271-272. La cita, *Plan de estudios*. . Valencia, 1787, 13.

104. Utilizo la 5.^a ed de 1830. Sobre sus diversas ediciones me remito a Palau Dulcet, *Manual de librero...*, t. XVIII, 303-304.

105. Uso la edición segunda de 1824. A veces las concordancias son amplias, incluso en apéndices, así en sociedad de gananciales, retracto, censos, etcétera, I, 254-263, 289-305, 322-349.

«Hanc rectam methodum sumus secuti, curantes ut nostrae *Romano-Hispaniae Institutiones* huic *Digesto Romano-Hispano* praeirent. Caeterum, quia ubique fere usus invaluit, ut latius, quam per est, *Institutiones* in Scholis exponantur, *eas* ita ordinavimus, ut occupent bienio tirones, et possint iidem per alios duos annos, studio *Pandectarum* vacare. Quia vero repetitio fastidium, et saepe confusionem creat; consilium nobis fuit, ea quae in *Institutionibus* tradidimus, *hic* non inculcare sed ad *eas* adolescentes remittere quoties opus esse putavimus: quod nobis frequentissime contigisse fuit necesse; propterea quod argumenta in *illis* exposita, iterum evolvere oportuit in hoc *Digesto*»¹⁰⁶.

Su gran obra, sin embargo, será la *Ilustración del Derecho real de España*, aparecida en 1803. ¿Completaba con ella la confección de todos los libros de texto necesarios para el plan de Valencia? ¿Era un tramo más de los libros que se había propuesto, sustituyendo las *Institutiones* de Asso y Manuel? En todo caso desborda su anterior labor, entrando directamente en la exposición del derecho español. Su razón inmediata parecen ser las órdenes de 1802 con que el marqués de Caballero introducía una profunda reforma en las facultades de leyes de la universidad española. En alguna ocasión dirá sobre sus intenciones y motivos, al reeditar un libro suyo. «Prodit haec tertia Institutionum editio postquam nuper edidimus opus sub titulo *Ilustración del Derecho real de España*, ad instar Hispanarum Institutionum. Et quia in eo, tamquam in propria sede agimus de universo jure Hispano, ac proinde de argumentis Appendicum, quas duabus prioribus inseruimus, opportunum nobis visum eas in hac omittere: maxime cum jus Hispanicum seorsum a Romano docendum sit in Scholis, Regis decreto anni 1802»¹⁰⁷.

Las órdenes de Caballero significaron un cambio trascendental en la facultad de leyes, trastocando la proporción existente entre el derecho romano y el patrio. Al mismo tiempo unificaban los estudios jurídicos y alargaban el tiempo de estancia en las aulas para mejor formación, y también por detener un tanto el exceso de juristas que parecía

106 J. SALA, *Digestum...*, I, IV-V.

107 J. SALA, *Institutiones...*, praefatio, sin paginar. Acerca de la reforma de Caballero, M. PESET REIG, "La recepción de las órdenes del marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de Leyes", *Saitabi*, XIX (1969), 119-148.

existir. El Derecho real, en los albores del siglo XIX, reforzaba su presencia en la universidad¹⁰⁸. Sala, el jurista formado en el Derecho romano, conoce que la enseñanza está variando; el sistema de concordancias tiene las horas contadas. Tiene setenta años, edad «en que los hombres solemos pensar más en descansar que entrar en nuevas tareas». Sin embargo, no duda.

«La necesidad de esta obra, por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza, que se han publicado hasta ahora, y nuestra vehemente inclinación a fomentar el estudio de nuestro derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vino castigado*, las *Instituciones y Digesto Romano Español*, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos por la misericordia de Dios en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado a flaquear, sin embargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea»¹⁰⁹.

Se congratula de la buena venta que tenían sus obras en España y una parte de América, de que tiene noticias ciertas. Ha despachado dos ediciones del *Vinnio castigado*, de dos mil ejemplares cada una, y desde 1790 otras dos de las *Instituciones* y apenas quedan unos cuantos ejemplares de la tercera edición «de 1805, en términos, que en el año próximo de 1821 habremos de hacer la cuarta»¹¹⁰. Piensa seguir haciendo concordancias con el romano y toda la buena doctrina y espera de los lectores que le corrijan si en algún defecto incurrió. El libro de la *Ilustración del derecho real de España*, que ahora se concordaba con la Novísima a diferencia de Asso y Manuel, lo que hizo que le ganase la partida, lleva una breve historia del Derecho de España, muy inferior a la de los doctores cervarienses. Después sistematiza el Derecho español con mejor enfoque y datos, aparte sus propios conocimientos podía apoyarse en obra anterior. Como buen romanista sigue estricto la *Instituta* de Justiniano.

Su primer libro trata de las personas, con reducción de todos los

108. Desde las reformas de Carlos III hasta 1802, apenas cambia la Universidad. Un intento de Jovellanos quedará estéril. Sobre éste y los estudios en época de Carlos IV, M. y J. L. PESET, *La Universidad española. Siglos XVIII-XIX*, 117-126; también en preparación, J. L. y M. PESET, *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*.

109. J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, 2 vols. Madrid, 1820, prefación, III.

110. J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, prefación, III

títulos más directamente vertidos hacia las realidades romanas. Patria potestad y nupcias —en donde introduce aspectos económicos—, adopciones, tutelas y restitución de menores. Reúne pues, muchos títulos de su precedente romano, para, desde epígrafes más amplios, poseer la suficiente soltura para tratar el Derecho real. En fin, no es momento de un estudio de su sistemática y sus contenidos. En conjunto, la obra de Sala es superior —también más tardía— a las *Instituciones* de Asso y Manuel. La parte procesal y criminal logra un desarrollo mayor. La base de su construcción es, como buen romanista, Partidas, a las que la Recopilación, Toro, Antonio Gómez y otros prácticos en menor grado, el canónico en sus lugares, complementan y retocan.

Estos fueron los libros a través de los cuales se introducía el Derecho español en nuestras universidades. Pero estamos alcanzando el siglo XIX y convendría terminar estas páginas. Esta línea de estudio del Derecho español y de la práctica se consolida paulatinamente. En 1802 hace su aparición definitiva; el plan de 1807 consagra esta tendencia. El Derecho romano queda reducido a una sola cátedra, mientras otras tres explican Derecho patrio : historia y elementos, a través de Asso y Manuel, Partidas y Recopilación. Otra más procuraba la práctica —con Hevia, la *Curia*— y otra, se destinaba a economía política. La línea estudiada se marca fuerte y continúa en la época fernandina y liberal¹¹¹. Pero es esta otra cuestión —otros tiempos— que dejo ahora.

He intentado un panorama general sobre las exigencias y tensiones en torno al Derecho patrio durante el siglo de las luces. Hay sombras y dificultades grandes para su implantación en los tribunales o en las universidades; el Derecho romano se mantiene con mayor fuerza que en Francia. Hay mucho de rutina y tradición, de interna perfección del antiguo Derecho si lo comparamos con el propio. Ahora bien, las situaciones no son casuales, siempre es menester intentar buscar el juego de intereses y ventajas por detrás. De momento, creo haber puntualizado la influencia del partido colegial en este retraso de la aplicación de nuestras leyes, de la liberalización del excesivo romanismo: también las

111. Acerca del plan de 1807, y posteriores, M. PESET REIG, "La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)", *Anuario de historia del Derecho español*, XXXVIII (1968), 229-375. Y sobre perspectivas más amplias, M. y J. L. PESET, *La Universidad española. Siglos XVIII-XIX*, 126-144; 283-309.

universidades son causa de esta realidad, por su formación y su conexión a unas condiciones dadas. Ambos son capaces de oponerse a los deseos y órdenes reales que pretenden afirmar nuestro Derecho, como emanación más directa del poder real. Cuando hacia 1771 se aseste un golpe mortal a los colegiales y se empiece la reforma de Carlos III en las Universidades hispanas, se inicia su introducción. Primero en las universidades de Castilla, luego Granada y Valencia... Las órdenes de 1802 confirman esta situación; creen ver exceso de abogados que augura la nueva época en que la burguesía liberal había de conquistar el poder; son demasiados los juristas para la estructura y organización del antiguo régimen y se procura reducir su eclosión. Años más tarde, los liberales eliminan estas trabas, ya que confían en la clase de los juristas para los planteamientos del nuevo estado liberal. Estos rasgos explican —creo— los problemas del Derecho en el siglo XVIII; posiblemente no son suficientes para comprender por entero las razones y realidades de nuestro Derecho en aquellos años, pero la coligación colegial y la vida universitaria pueden ser primeras claves para una explicación más certera, más amplia y más profunda.

MARIANO PESET REIG