

CAPÍTULO XVIII

EL CASO DE CASTILLA Y DE ESPAÑA EN GENERAL

81. LAS SIETE PARTIDAS

ESPAÑA RECIBIÓ el impacto iusromanista¹ a través de sus grandes universidades medievales —Salamanca, Palencia— que tuvieron contacto con Italia; pero ya antes del florecimiento de éstas, Valencia, en sus fueros (costumbres, “*furs*”) de tiempos de Jaime I, en la primera mitad del siglo XII, recibió un derecho con influencias romanistas, directamente del *Corpus Iuris* y, marginalmente, a través de *lo Codi*.² Más interesante para nuestro tema es el caso de Castilla, que recibió una importante inyección de ideas justinianeas cuando, a mediados del siglo XIII, Alfonso el Sabio (1252-1284)³ hizo compilar en lengua vernacular las Siete Partidas, en las que repercute el derecho romano ya claramente derivado de la Escuela de los Glosadores.⁴ Se trata de una magna obra sistemática que tiene la ambición de cubrir todo el panorama del derecho.

En cuanto a los detalles de la elaboración de esta obra, quedan varias dudas. Como año inicial de la redacción, 1256 es bastante probable; pero el año de 1263 para indicar el final de la labor, es dudoso (quizás se trata de la inclinación de la antigua historiografía hacia el número 7, y 1265 parece más probable). Existen muchas divergencias entre los manuscritos más antiguos⁵ y Alfonso García-Gallo distingue al respecto seis familias de textos.

¹ Véase para este tema también A. García-Gallo, “Penetración del derecho clásico medieval en España”, 36 AHDE (1966), p. 573 y ss.

² A.M. Barrero, “Derecho romano en los *Furs* de Valencia de Jaime I”, 41 AHDE (1971), pp. 639-664.

³ Sobre este rey tan interesante es recomendable: A. Ballesteros-Berrita, *Alfonso X, el Sabio*, Madrid/Barcelona, 1963.

⁴ Pasos que prepararon esta gran obra han sido el *Setenario* del padre de Alfonso X, Fernando III (127-1252), y el *Espéculo* del mismo Alfonso X, que a veces también encontramos citado como *Setenario*, por componerse de siete partes, como la obra del padre (que tenemos solo fragmentariamente a nuestra disposición).

⁵ El más auténtico parece ser el manuscrito que tiene el *British Museum*, Add.MS.20787.

En este código encontramos varias influencias: en algunas materias predomina el derecho justiniano, en otras el canónico o el feudal, mientras que no faltan tampoco ciertas huellas del derecho germánico, visigótico.⁶ Las primeras dos Partidas no contienen mucho derecho romano, pero en la tercera Partida, la parte procesal ya contiene una apreciable porción de materiales justinianos, y, en aquella misma Partida, lo referente a los derechos reales todavía más. La cuarta Partida, que trata del derecho feudal y de la familia, tiene menos influencia romanista (aunque ésta, por ejemplo en materia de los aspectos patrimoniales del matrimonio, no falta por completo); en cambio, las Partidas V y VI —obligaciones y contratos; sucesiones— tienen un carácter marcadamente justiniano. Luego, la séptima Partida, con derecho penal, tiene poco derecho romano.

Es verdad que esta obra, redactada en español, didáctica y accesible, no fue, al comienzo, un código estrictamente obligatorio. Alfonso el Sabio no tenía la autoridad necesaria como para sustituir los fueros tradicionales de Castilla —con tanto sabor germánico— por esta obra indudablemente más “moderna” y más satisfactoria para una mentalidad lógica y pragmática; pero la investigación moderna revela que, de todos modos, las Siete Partidas tampoco tuvieron que contentarse con la modesta función de servir sólo como “buen consejo” y modelo inspirador por si acaso algún grupo de súbditos de la Corona de Castilla quisiera aportar enmiendas a su sistema foral; fue tomado muy en cuenta por la práctica jurídica, inclusive antes de 1348, año en el cual el Ordenamiento de Alcalá de Henares otorgó formalmente el rango de derecho supletorio a estas Siete Partidas en los territorios de León-Castilla. Este rango le fue confirmado por las Leyes de Toro, de 1505,⁷ la Nueva Recopilación de 1567 (2.1.3.) y la Novísima Recopilación de 1805 (3.2.3; véase también 3.2.11 y sus notas 2 y 3). Añadamos que la importancia de esta obra para la recepción del derecho justiniano en Castilla creció cuando Gregorio López, en el Renacimiento, añadió a las Siete Partidas su famoso aparato de glosas, de índole muy romanista. Además cabe notar que en las Indias, donde no existieron derechos forales, este elemento del derecho castellano obtuvo una importancia práctica muy su-

6 Por ej., tratándose de las mejoras en materia sucesoria, institución ajena al derecho romano; véase A. Otero, “La mejora”, 33 AHDE (19 3), pp. 1-131.

7 Por otra parte, estas Leyes de Toro introducen en el campo del derecho privado varias innovaciones incompatibles con el derecho de las Partidas, como, por ej., la reorganización del testamento por comisario y los mayorazgos.

perior a la que hasta aquel momento había tenido en su patria, donde tuvo un existencia precaria, en competencia con los múltiples derechos forales.

Además, el derecho justiniano fue reconocido como derecho supletorio en Navarra, Cataluña y Valencia (gracias a Jacobo II), pero no en Aragón.

82. UNA "LEY DE CITAS" EN CASTILLA

El derecho romano medieval también penetra en España desde otros puntos de difusión. La creciente moda de estudiar derecho en la Universidad de Bolonia y luego en universidades españolas como la de Salamanca (creada alrededor de 1215, e incrementada mediante la incorporación de la Universidad de Palencia, en 1239),⁸ que se inspiraron en el sistema boloñés de enseñanza jurídica, inundó la práctica forense de España con argumentos derivados de la inmensa literatura de los Glosadores y Postglosadores, además de los canonistas —con sus dos ramas, de Decretistas y Decretalistas. Romanistas españoles tuvieron cierta fama, e inclusive en Polonia encontramos a uno de ellos, enseñando y publicando (García Quadros).⁹

Formalmente hablando, este uso forense del *Ius Commune* carecía de base legal, es más, ¡fue ilegal! El Ordenamiento de Alcalá, de 1348, fija limitativamente las fuentes del derecho, estableciendo entre ellas su jerarquía, y aunque mencione como derecho supletorio las Siete Partidas, obra de perfil romanista, no por esto permite que todo el derecho romano —*Corpus Iuris* con todo su séquito impresionante de comentarios— invada los tribunales de Castilla: confina el estudio del derecho romano a las aulas universitarias. Pero el derecho justiniano y sus frondosos comentarios no se dejaron encerrar allí, y la Corona reaccionó ante esta situación, no mediante una prohibición del derecho romano, sino mediante un compromiso, limitando los comentarios iusromanistas en una forma que recuerda un poco la Ley de Citas, expedida por el emperador Teodosio II en 426, en una situación semejante, y que en aquel antiguo imperio mediterráneo había tenido por finalidad la de limitar el uso forense de la ingente masa de las obras jurídicas clásicas.

⁸ Esta universidad había sido fundada unos años antes que Salamanca, y vale como la más antigua de Castilla.

⁹ Otro jurista español que trabajó en Polonia fue Pedro Ruiz de Moro; véase W. Uruszczak, Un jurista español olvidado, 46 AHDE (1976), pp. 469-502.

La mencionada medida, tomada por Juan II, de Castilla, en 1427, reconoce tácitamente la licitud del uso del derecho romano en los tribunales, pero limita al respecto los comentarios a los de Bártolo y de los autores anteriores a éste; y como también el derecho canónico se había infiltrado en la práctica jurídica, al margen del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (que no lo menciona), una medida semejante era necesaria para el otro sistema componente del *Ius Commune*, limitándose los comentarios del derecho canónico a los escritos por Juan Andrés (Johannes Andreae, el prestigiado canonista que se había muerto en 1348), además de los autores sobre esta materia, anteriores a él. Como los mencionados comentarios iusromanistas cubrieron todo el *Corpus Iuris*, y como nadie de aquella época recurriría al *Corpus Iuris* sino a través de esta clase de comentarios, no había necesidad de hacer referencia directa, en esta norma, al *Corpus Iuris*. Esta situación duró hasta 1499, cuando la Corona de Castilla limitó la libertad de citar el *Ius Commune* a las obras de cuatro autores, dos romanistas —Bártolo y Baldus— y dos canonistas —Juan Andrés y el Panormitano.

Luego, en 1505, las Leyes de Toro, arreglando de nuevo la jerarquía de las fuentes del derecho, prohíben expresamente la aplicación del derecho romano. Sin embargo, A. Gómez, en su famoso comentario a estas *Leges Tauri*, deja sentir que el derecho romano seguía siendo importante como derecho supletorio; y esto no puede sorprender: como fue el derecho que se encontraba a la base de la enseñanza jurídica universitaria (junto con el canónico) era difícil guardarlo fuera de la práctica jurídica, especialmente en vista de que el contenido romanista de las Siete Partidas ofreció una puertita a través de la cual mucho más derecho romano podía entrar; y cuando Gregorio López, en 1555, presenta su magno comentario a las Siete Partidas (la Glosa de Gregorio López), encontramos que éste, fruto de una densa erudición jurídica, incrementa todavía el carácter romanista del derecho castellano —sobre todo privado— (y este incremento es más impresionante todavía por el hecho de que las Siete Partidas, en la práctica, de ningún modo se limitaron al modesto papel de ser meramente derecho supletorio en caso de silencio de los derechos forales).

83. LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

Durante el Renacimiento, la Iglesia hispana produjo una última y magnífica aportación al derecho, la “segunda escolástica española”, probable-

mente la contribución más importante y original que España ha hecho al mundo jurídico.¹⁰ Famosos autores, a menudo presentes en nuestras bibliotecas, han sido: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luís de Molina,¹¹ Thomás Sánchez, Gabriel Vásquez, Juan de Lugo, Juan Ginés de Sepúlveda, Vázquez de Menchaca, Bañez, Azpilcueta, Leonardus Lessius (de Leys) y otros.

Desde luego, esta escuela está más conectada con el Tomismo y el derecho canónico, que con el *Corpus Iuris* y sus reintérpretes. Sin embargo, el iusromanismo es frecuentemente aprovechado por estos autores. Es verdad que esta escuela se refiere de preferencia a temas de filosofía del derecho o de derecho público, que no se prestan tanto a la amalgamación con la literatura romanista de aquella época, cada vez más centrada en temas de derecho privado. Pero estos autores no viven con la espalda hacia la realidad, y a menudo escriben sobre derecho privado (aunque siempre visto bajo el ángulo de la moral) —por ejemplo, en relación con los intereses, a cuyo respecto suelen tener ideas progresistas—, y uno nota su conocimiento del iusromanismo. Sin embargo, aun cuando sus ideas se refieren al derecho privado, los tribunales estatales, ya empeñados en recuperar su jurisdicción total, en perjuicio de la Iglesia, a menudo no permitieron que las teorías de esta escuela tuvieran aplicación práctica, de manera que su eficacia se limitó, en tales casos, al ya mencionado *forum conscientiae*. Este hecho liga esta rama de la literatura a los múltiples *Manualia confessoriorum, Instructoria conscientiae, Summae casuum conscientiae*, etc.¹²

Sin embargo, también la élite política de España tenía sus conciencias y sus confesores, de manera que, por ejemplo, en relación con la política indiana, es evidente la influencia práctica que esta brillante escuela tuvo.

84. LITERATURA IUSROMANISTA ESPAÑOLA HASTA EL SIGLO XIX¹³

Desde luego, el derecho romano usado en los tribunales españoles (a pesar de las restricciones formales ya mencionadas) no sólo fue producto

¹⁰ Véase HJ II-1, pp. 1016-1033, C. Bergfeld.

¹¹ Este autor de *De iustitia et de iure*, 1536-1600, no debe confundirse con Molineaus, Charles Dumoulin, el gran jurista (romanista, entre otras especialidades) de la Francia renacentista.

¹² HQ II-1, pp. 999-1015, C. Bergfeld.

¹³ J. Malagón-Barceló, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España*, México, 1978, p. 202.

del esfuerzo de autores nacionales: en gran parte se nutría de la literatura romanista transnacional. Sobre todo el espacio franco-hispano-italiano mostraba, a este respecto, bastante unidad, y en nuestras viejas bibliotecas abundan las obras de procedencia no-hispana —desde luego en latín— que sobre el derecho romano escribieron los autores del *Mos Gallicus* y del *Mos Italicus*, y además las pertenecientes a la prolongación de *Mos Gallicus*, que fue la *Iurisprudentia Elegans*, y a las prolongaciones del *Mos Italicus*, o sea el *Usus Modernus Pandectarum* (UMP) del espacio alemán, y las escuelas equivalentes a esta última corriente (aunque no solamos pegarles la etiqueta de UMP) en Francia e Italia. Muchos de estos romanistas han sido también canonistas.

En este párrafo trataremos también de los autores portugueses: de 1580 a 1640 Portugal vivía en unión personal con España, y las *Ordenações Alfonsinas* de aquel país otorgaron rango de derecho supletorio, en primer lugar a las *Leis imperiais* (derecho romano), luego al derecho canónico, y después a Acursio y Bártolo.¹⁴

Por la situación intermedia entre las culturas española e italiana, que tenía el reino de las dos Sicilias, a veces no era fácil atribuir un escritor determinado de allí al ambiente español o al italiano (cf. el problema que por la misma razón tenemos con ciertos compositores de la época barroco-rococó).

Los próximos datos se refieren a lo que creo ver como lo más destacado del romanismo español-portugués en nivel de literatura científica, desde el Renacimiento hasta la mitad del siglo XVIII (cuando esta corriente, primero tan brillante, ya llegó a estancarse).

Inicialmente hay, sobre todo, catedráticos-comentaristas,¹⁵ pero paulatinamente se mezclan más personas de la práctica forense en el grupo respectivo, que durante el siglo XVI y el comienzo del XVII es brillante, para decaer por 1670, hasta que al comienzo del siglo XVIII casi no queda nada.

La gran tríada inicial de autores familiarizados con el *Mos Gallicus* como con el *Italicus*, se compone de Antonio Gómez (después de 1500 hasta antes de 1572), Diego (Didacus) Covarrubias et Leyva (1512-1577; el “Bártolo español”); y Juan Gutiérrez (1535-1618). Siguen Antonio Pérez (de la Bélgica española), 1583-1673, cuyo comentario al *Codex* alcanzó algo como 40 ediciones (también su comentario a las *Instituciones*

¹⁴ Jesús Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español*, 2a. ed., Barcelona/Caracas/México, 1978, 202.

¹⁵ HQ II. 1, p. 154 y ss. (Holthoefter).

gozaba de gran fama), Agostinho Barbosa (portugués, 1590-1649: “el Bártolo lusitano”, famoso como canonista por su comentario a las Decretales, pero también como romanista) y Antonio Pichardo de Vinuesa (1563-1631), de Salamanca, que destaca por su comentario a las *Instituciones*. También Gil de Castrejón merece mención por su *Alphabetum iuridicum*, una pequeña enciclopedia de derecho, que desde 1678 alcanzó muchas ediciones. Entre los monografistas sobresalen dos autores sobre el derecho de quiebra, explicado con muchas referencias al derecho romano: Amador Rodríguez, con su *Tractatus de concurso*, de 1616, y —más famoso— Francisco Salgado de Somoza (muerto en 1664), cuyo *Labyrinthus creditorum concurrentium*, con varias ediciones desde 1646, se encuentra frecuentemente en nuestras bibliotecas.¹⁶

Una rama que floreció hasta tarde en esta fase, es la del derecho mercantil; aunque no esté muy ligada al iusromanismo, éste, desde luego, no está allí completamente ausente, y conviene mencionarlo en el presente libro. Por ejemplo, en la obra de José Félix Abreu y Bertodano (1700-1755) sobre las presas de mar y el corso, hay muchas referencias al derecho romano, mientras que la modernización que aporta Juan Domínguez Vicente (1706-1767), después de un siglo, a la famosa *Curia Phillipica* (a la que nos referiremos en el próximo párrafo), aquella “Ilustración y continuación a la *Curia Phillipica*” que después de su primera edición (1736-1770) tuvo tantas otras, conecta esta obra más íntimamente con el *Mos Italicus* (y, además con las publicaciones italianas sobre el derecho mercantil).

Como en Italia y Francia, después del florecimiento de la literatura jurídica renacentista, sobrevino en España un estancamiento, aunque más tardíamente que en los dos mencionados países (sólo desde la segunda mitad del siglo XVIII). Paralelamente se observa una arteriosclerosis de las universidades, apegadas a su aristotelismo (sólo bajo Carlos III, en la segunda mitad del siglo XVIII, el cartesianismo pudo forzar su entrada a la vida universitaria española).¹⁷ En el ambiente de epigonismo, se producen más bien repertorios (como el famoso Teatro de la Legislación, de Javier Pérez y López, que sigue concediendo gran importancia al derecho romano), o manuales prácticos, al estilo de las famosas obras de José Febrero (desde 1798), o del clérigo valenciano Juan Sala (desde

¹⁶ N. Alcalá Zamora y C., *Un español mal comprendido*, Madrid 1932; F. de Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Com. Comparado*, I. 31.

¹⁷ HQ II. I. pp. 153-55, Coing.

1803), ambas con múltiples reediciones y adaptaciones, que han sido útiles, no sólo para la práctica, sino además para el legislador, como preformulaciones de los futuros códigos.

Durante esta fase, en la *enseñanza* del derecho, en España se utilizan sobre todo textos extranjeros: Vinnius (alabado por su combinación de la sencillez de Minsingerus con la erudición de Hotomanus —el cual fue considerado como demasiado pedante). En esta fase, empero, ya ha comenzado la creciente corriente de los “Institucionalistas”, que escriben comentarios exegéticos a las *Instituciones* de Justiniano, cada vez con más referencias al derecho local de su propia época, y veremos cómo a fines del siglo XVIII Juan Sala ya protesta contra el uso de este texto, clásico pero extranjero, presentando las enmiendas necesarias a la luz del derecho español de aquella época. Esta protesta no pudo frenar la creciente popularidad de las *Instituciones* de Heineccius, en España (a pesar de las fricciones que este autor tuvo con la censura eclesiástica).¹⁸

El iusromanismo experimentó una bajada, desde mediados del siglo XVIII, por tres razones. En primer lugar, desde esta época comenzaron a dar resultado los proyectos de la Corona (inspirados por Mayán) de introducir en las universidades un curso de derecho castellano. Además, aquel clérigo valenciano, tan inverosímilmente trabajador a pesar de sus achaques, Juan Sala, hizo un esfuerzo, coronado de éxito, de hispanizar a Vinnius mediante su *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accomodatus* (1779-1780); e Ignacio Jordán de Asso junto con Miguel de Manuel y Rodríguez publicaron en 1771 sus *Instituciones del derecho civil de Castilla*, que tenía luego mucho éxito y ayudó a afirmar la enseñanza del derecho nacional. Desde todos los lados, el ambiente jurídico nacional comenzaba a amenazar aquel derecho transnacional, el derecho romano. Sin embargo, hasta la época de la codificación civil el iusromanismo se mantuvo bastante firme, en el nivel forense.¹⁹

Durante el siglo pasado, hasta el éxito, con altas y bajas, del movimiento codificador (Ley de Proc. Civiles de 1855, Ley de Bases de 1888 —que tuvo por fin el de despolitizar el debate sobre el Código mismo—, y Código Civil de 1889) el derecho romano fue aprovechado todavía con cierta frecuencia en los panorámicos tratados y repertorios que, en aquel ambiente de superabundancia de normas, con fines de ayuda a la práctica

¹⁸ Véase también HQ II. 1 pp. 153-155 (Holthoefner).

¹⁹ Para todo lo referente a la posición del iusromanismo en la enseñanza española, véase M. Peset Reig, 45 AHDE (1975), pp. 273-339.

tratan de guiar al jurista en el laberinto del derecho de aquel entonces, de tantas capas y tantas variedades regionales, además de la coexistencia de derecho estatal con derecho eclesiástico (Febrero, Sala y otros). Después de la codificación, encontramos el derecho romano sobreviviendo como derecho subsidiario en Navarra (como quinto nivel en la jerarquía de fuentes, pero antes de Las Siete Partidas), Cataluña (como quinto nivel, y después del derecho canónico) y en los Baleares (Mayorca), como cuarto nivel.²⁰

85. EL IUSROMANISMO Y LAS INDIAS ESPAÑOLAS

Para el papel del iusromanismo como ingrediente del derecho de las Indias, debemos recordar que el derecho específicamente legislado para las posesiones de ultramar, generalmente era derecho administrativo, y que para el derecho *privado* servía casi siempre el derecho castellano, de manera que el derecho romano tuvo para las Indias la misma importancia que para Castilla; sí, ¡inclusive más!, ya que las Siete Partidas, con un ambiente tan romanista, y sus glosas por Gregorio López, de espíritu totalmente romanista, tuvieron en las Indias más vigor que en la Península, en vista de que en las colonias no tuvieron que competir con derechos forales. Por lo tanto, en las antiguas bibliotecas mexicanas encontramos las mismas obras, para el derecho privado, que predominaron en España, y varios latinoamericanos escribieron sobre esta materia libros que luego encontraron amplia difusión en España. García-Gallo menciona al respecto a Juan de Matienzo (Bolivia), con su comentario a la Recopilación de 1567, a Pedro Murillo Velarde (Manila), con su *Práctica de testamentos*, y, desde luego, a José María Álvarez (Guatemala), cuyas *Instituciones* fueron recientemente reeditadas por la UNAM.²¹ También la *Curia Philippica*, atribuida a Hevía Bolaños (Lima, 1603), que tuvo tanto éxito en todo el mundo hispano,²² puede unirse a este grupo de autores latinoamericanos que publicaron obras de derecho privado, de gran difusión fuera de las Indias.

En cuanto a la enseñanza del derecho romano en las Indias, en 1553 se fundan las dos primeras universidades indianas, en México y Lima,

²⁰ Handbuch, III-1, Scholz, pp. 483-484.

²¹ Para lo anterior: A. García-Gallo, "La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano del s. XVI al XVIII", 44 AHDE (1974), pp. 157-200.

²² En 1864 alcanzó su 38ava. ed. Un rasgo original y progresista de esta obra es el de tratar el procedimiento civil junto con el mercantil.

donde se enseñan inmediatamente “los dos derechos”, explicados básicamente de manera medieval, o sea mediante exégesis de las obras componentes del *Corpus Iuris*. La abundancia de los comentarios de Vinnius y de Heineccius a las *Instituciones*, en nuestras antiguas bibliotecas, indica inmediatamente que —como en Castilla— ellos han sido los sucesivos libros de texto. Y casi en la misma época en la que Juan Sala trata de hispanizar a Vinnius, el famoso jurista-burócrata novohispano, Bentura Beleña, adapta el comentario iusromanista de Magro al derecho de la Nueva España.

Para el análisis del derecho romano en la literatura del derecho indiano, mucho queda por hacer²³ y el tema del uso forense del derecho romano en la vida forense indiana también queda esperando a sus investigadores.

En México, hasta la época de las grandes codificaciones (o sea hasta 1870) encontramos en los populares comentarios para la práctica (Febreiro, Sala, en sus adaptaciones mexicanas, o en las *Pandectas Hispano-Mexicanas*) muchas referencias al *Corpus Iuris*; este uso del derecho romano en obras destinadas para la práctica disminuye inmediatamente en los primeros comentarios a los Códigos, o sea en las últimas décadas del siglo pasado, y en la actualidad ha terminado casi totalmente.

²³ Cf. G.F. Margadant, “Uso y abuso del derecho romano en Solórzano Pereyra” *Acta Juridica*, Kaapstad, Sudáfrica, 1977.