LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA DEL SIGLO XIX

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO (*)

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Para plantear debidamente el tema enunciado, es decir, para diferenciar adecuadamente cualquiera de las diversas escuelas históricas que observemos, necesitamos establecer previamente varias distinciones.

A) La primera se refiere a la disparidad radical entre los sistemas de derecho anclados en un positivismo legalista, que cuando varían de contenido es por medio de cambios legislativos, y los sistemas de derecho que se mueven al compás de la vida del pueblo, donde las leyes constituyen unos diques que tratan de canalizar el desarrollo negocial, consuetudinario y judicial del derecho de ese pueblo, al que se acompasa en su respectiva tradición.

En cada uno de estos dos sistemas predomina un tipo diferente de juristas. En los regímenes positivistas-legalistas, son juristas teóricos que operan con su razón abstracta. En los sistemas de derecho vividos por el pueblo, son juristas prácticos quienes tratan de guiar al pueblo en su vida jurídica. Naturalmente, a lo largo de la historia y del derecho comparado vemos que esos dos tipos de regímenes se entrecruzan y entremezclan frecuentemente.

B) En segundo lugar, los sistemas «enraizados en la tradición de cada pueblo» que negocial y conflictualmente los desenvuelve guiado por sus juristas prácticos, debemos distinguirlos de los sistemas historicistas «ideados por grandes teóricos», que terminan por encerrarse en historicismos positivistas que son impulsados con una dinámica que los arrastra hacia el devenir con el espejismo de un mito, que imantándolos les atrae.

La pauta principal para diferenciar tanto los idealismos racionalistas como los historicismos abstraccionistas, que pretenden seguir el río de una historia

(*) Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas (Madrid).

ideada, y los regímenes desarrollados de modo natural, en su respectiva tradición histórica, radica en que éstos tienen como pauta la naturaleza de las cosas, que, con sentido natural y buena razón –*seny natural* y *bona rahó*, en catalán–, captan en la propia realidad vivida en su *habitat* geográfico, físico y socioeconómico. Así se desenvolvieron los derechos seculares de los territorios hispánicos de derecho especial o foral. Tal como comprobó Torras y Bages (1), de ese modo, en Cataluña, «el pueblo se fue construyendo la ley a medida que la había menester, como las abejas van construyendo los panales», y el derecho fue creciendo «al compás del pueblo y siguiendo su estructura, como la piel se adapta perfectamente al pueblo». A su vez, Faus y Condomines escribió (2): «El fundamento del derecho catalán es granítico como obra que es de la naturaleza y de la historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible».

Al lado de esta teorización de la praxis tradicional, en la cual podría incluirse –por lo menos en su intención– los primeros estudios programáticos de la escuela histórica del derecho alemana, vemos que otras teorizaciones se despegan de la historia, a la que no consideran en su decurso real, en su tradición viva, sino que considerándose hipotéticos representantes del pueblo, sólo la miran con ojos de filósofos o de juristas teóricos.

Así, el historicismo alemán alcanzó su edad adulta –según nota Leo Strauss– (3) «como una forma particular del historicismo, es decir, de la filosofía según la cual teología y metafísica serían suplantadas por la ciencia positiva, y que asimila el conocimiento auténtico de la realidad al conocimiento proporcionado por las ciencias empíricas». De ese modo ese historicismo consideraba la historia «única fuente de conocimiento empírico y, por consiguiente, sustancial de lo que es verdaderamente humano». La historia, «purificada de toda sospecha metafísica», reinaría como soberana.

Llegada la fase radical del historicismo se producen entre sus autores diversos fenómenos (4):

a) Algún sector se detiene en un remanso del río de la historia. Queda parado, en un sociologismo, con lo actualmente dado, con lo vigente. Considera su característica principal la vigencia, es decir «lo que se hace».

b) Pero, también en el río de la historia se producen grandes avenidas que todo lo arrastran llevándolo al mar, donde pueden encontrarse con enormes remolinos que forman trombas y elevan el agua hasta formar espesas nubes que

---

(1) Torras y Bages, Josep, «La tradició catalana», lib. II, cap. VII; cfr. 2.ª ed., Vic. Estampa de la viuda de Ramón Anglada, 1906, pág. 535.

(2) Faus y Condomines, Josep, «Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)», *R.J.C.*, XII, 1907, pág. 203.

(3) Strauss, Leo, *Droit naturel et histoire*, cap. I, Paris, Plon, 1954, págs. 30 y ss.

(4) Cfr. mi comunicación «Revolución historicismo y tradición en el hallazgo, conservación y progreso del derecho», 1 y 5, en *Revolución, historicismo y tradición*, Madrid, Speiro, 1974, págs. 175 y s. y 181 y s.

son arrastradas más deprisa y más lejos por el viento de la historia. En su nube, ese historicismo se encuentra con su «Idea», y se pone a volar pretendiendo adelantarse a la historia y, al volar más deprisa, es atraída por el mito de su imaginada racionalidad. Éste es su «mito».

En esa textura Hegel consideró que el Estado (5) es el instrumento, traído por la historia para realizar la «Idea» en el progreso de la historia universal e impulsar la historia a su racionalidad. Éste es su «mito».

Pero la antítesis, que los historicismos formulan, entre «naturaleza» e «Idea» –que Marx y Mao sustituyen por otro «mito»–, conduce a su respectiva revolución. Ésta, siempre –como ha dicho Alfonso García Valdecasas (6)–, «pretende emanciparse de la historia, o poner fin a ella. Pero naturalmente, la historia sigue y las creencias revolucionarias no se liberan de la ley general por las que se rige la tradición de creencias». Las revoluciones son los tifones y tornados de la historia, y terminan en un Estado totalitario que trata de seguir impulsando la revolución hacia el triunfo de la «Idea» o la realización del respectivo «mito», aunque frente a él se produce –como hemos podido experimentar– un pretendido conservadurismo de los resultados que, en utilidad de la nueva clase dominante, la propia revolución ha producido.

La revolución nazi, en Alemania (7), la comunista en URSS y la maoista en China, han sido muestras patentes de esto.

Sin embargo la historia discurre normalmente de otra manera. En ella, el progreso –como ha escrito Colligwod (8)– consiste en conservar las soluciones resueltas por las generaciones anteriores y resolver algunas de las que ellas no pudieron alcanzar.

En esto consiste la tradición. Heidegger dice (9) que el «estado resuelto», «se hace "tradición" de sí y se convierte entonces en la reiteración de una existencia transmitida», a la que se es fiel, y añade que, en él, únicamente se halla un «estado de resuelto» que «deja en libertad para pugnar, para seguir», y que aunque no «abandona al pasado», también puede ser «revocación de lo que hoy sigue actuando en cuanto "pasado"».

---

(5) Hegel, W., *Principios de filosofía del derecho* (1821), 259; cfr. versión en francés, París, Gallimard, 2ª ed. 1943, pág. 195.

(6) Cfr. García Valdecasas, Alfonso, *Las creencias sociales y el derecho,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1955 (discursos de ingreso), pág. 26.

(7) No deja de asombrar que, en 1884 un joven, Enrique Planas y Espalter, en un sonado discurso acerca de la escuela histórica del derecho (publicado por *La Propaganda Católica,* Barcelona 1884, págs. 7 y ss.), pronunciado en el Círculo de la Juventud Católica de Barcelona, predijera que el historicismo conduciría al cesarismo y al totalitarismo.

(8) Collingwood, R. G., *Idea de la historia,* Epilegómenos, 7; cfr. en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, pág. 360.

(9) Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo,* 74; cfr. 8.ª reimpresión de su ed. en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, págs. 416 y ss.

A su vez, Gadamer (10), discrepando tanto de la Ilustración como del Romanticismo alemán, estima que entre tradición y razón no hay una oposición incondicional e irreductible: «la tradición siempre es también un momento de la libertad, de la historia» que se realiza no sólo «en virtud de la capacidad de permanencia de lo que de algún modo está ya dado, sino que necesita ser afirmada, asumida y cultivada». Ella –añade– (11) «es un reconocerse», en el que se da un «imperceptible ir transformándose al paso de la misma tradición».

El profesor brasileño José Pedro Galvão de Sousa (12), ha observado que «el verdadero progreso sólo puede darse mediante el perfeccionamiento humano y social, que una ruptura con el pasado imposibilitaría, pues nos privaría de las contribuciones legadas por el esfuerzo de las generaciones que nos precedieron, al cual debemos adicionar el nuestro, en la marcha de la civilización». En el progreso de la vida social y de las instituciones, «las transformaciones más fecundas son aquellas que resultan de una adaptación efectuada con sabiduría y prudencia». Por eso, la historia «es la propia vida, es la tradición que va pasando de generación en generación, de tal manera que si somos y lo que somos es en virtud de la herencia histórica que recibimos».

Para aclarar lo expuesto, debemos examinar y traer a colación, en este punto, el distinto horizonte de la tradición contemplado por las diversas praxis y doctrinas históricas enunciadas. Apartando los historicismos que se cierran en horizontes inmanentistas, en un panteismo determinista, o rayanas en él, donde el ser es engullido en el devenir, interesa, al tema aquí abordado, el examen de cuál es el horizonte de la tradición observado en las diversas escuelas históricas del derecho.

c) En tercer lugar debemos distinguir los «sistemas de derecho vividos» y las «escuelas que tratan de mostrarlos y representarlos». En efecto, en el campo del derecho histórico desarrollado prácticamente, pueden surgir algunos juristas que traten de definirlo, que lo defiendan y pretendan representarlo, más o menos fielmente, e, incluso, guiarlo en su desenvolvimimento. Ahí tenemos las diferentes escuelas históricas, de las cuales pretendemos ocuparnos para poder diferenciarlas.

Sin duda, esta *praxis* puede teorizarse. En este sentido cabe decir que Coke y Bolingbroke teorizaron la praxis del *common law;* Mosser y Herder, la tradicional en Alemania; Klimrath y J.B.V. Coquille, la del derecho consuetudinario francés, y Durán y Bas y Falguera, la del derecho catalán. Incluso también

---

(10) Georg Gadamer, Hans, *Verdad y método,* II, II, 1c, cfr. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1948, págs. 338 y ss.

(11) *Ibid,* 2, págs. 344 y ss.

(12) Galvão de Sousa, José Pedro, *A historicidade de dereito e a elaboraçao legislativa,* «Introducción», págs. 16 y ss.; o en castellano, *La historicidad del derecho y la elaboración legislativa,* Madrid, Escelicer, 1972.

puede considerarse dentro de esta perspectiva histórica a Franz Jerusalem, en sus obras *Crítica de la ciencia del derecho* (1948) y *La descomposición del pensamiento jurídico* (1968), quien sostiene que el derecho logra su fuerza a lo largo de milenios, en especial por ser tradicionalmente considerado como «recto». De tal modo –a su juicio–, verdadero es lo que está de acuerdo con lo tradicional en la respectiva comunidad jurídica o se equipara en ella con lo tradicional (13).

2. EL SISTEMA JURÍDICO HISTÓRICO CATALÁN Y SUS ESCUELAS

Lo que voy a exponer acerca de Cataluña podría decirlo *mutatis mutandis* de los demás territorios hispánicos de derecho foral o especial, Aragón, Navarra, Vizcaya, cada una de las Baleares y Galicia, y de sus juristas (14). Entre éstos, quien ha teorizado mejor ese sistema, análogo en todas, creo que es el polígrafo altoaragonés Joaquín Costa Martínez (15).

El sistema jurídico de esos territorios, del que como paradigma tomamos el de Cataluña, se caracteriza (16): por basarse en la realización de un derecho natural realista enraizado en la naturaleza de las cosas, que trata de configurarse en la historia con *aequitas* y *naturalis ratio;* por la vigencia del principio de la libertad civil, en sus diversas formulaciones y por la valoración prevalente de las costumbres adecuadas a la buena razón práctica, combinadas con la tradición jurídica del *ius commune;* por su elaboración efectuada por el mismo pueblo y sus juristas prácticos; y por preferir la compilación a la codificación.

Las escuelas jurídicas en estos sistemas –que están dedicadas a las tareas expositivas y apologistas en su defensa– surgen generalmente cuando se van configurando sus sistemas o se trata de que no sean preteridos o deformados por otras corrientes de signo diferente.

En Cataluña su escuela destaca más patentemente en aquellos momentos históricos en los que resulta oportuna para la consolidación o supervivencia del

(13) Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* edición definitiva 1979; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, I, V, 3, págs. 163 y ss.

(14) De esto me he ocupado en *Perspectiva histórica,* 205-206; págs. 689-695; 256, págs. 907-913, y 296, 299, págs. 1093-1114.

(15) De Joaquín Costa me he ocupado reiteradamente. Sólo citaré aquí los estudios que considero muestran mejor su concepción foralista del derecho: *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986 (discurso de ingreso); «Joaquín Costa y los principios "standum est chartae" y "standum est consuetudine", en *Joaquín Costa,* Madrid, Instituto de España 1987, págs. 5-54 y en *Homenaje a Joaquín Costa por la Academia Matritense del Notariado,* 1990, y «La teorización del derecho centrado en el hecho jurídico por Joaquín Costa», en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia,* 133, págs. 792-798.

(16) Cfr. lo que expongo en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia,* 132, págs. 775-792; II, B a y b, págs. 139-160; II, C, págs. 255-319.

propio sistema jurídico. Su perspectiva histórica general ha sido contemplada diversamente. Unos estiman que ininterrumpidamente continúa desde los orígenes de Cataluña, en tiempos del Abad Oliba; otros buscan sus raíces en el siglo XV, y algunos limitan su perspectiva al siglo XIX (17). Existe, en cambio, una coincidencia sustancial acerca de su orientación y de sus características fundamentales.

Tomando una perspectiva amplia, podemos observarla en los momentos históricos siguientes: a), desde el Abat Oliba y la formación de los *Usatges* hasta finales del siglo XV; b), durante la monarquía de los Austrias; c), desde el Decreto de Nueva Planta hasta finales de la tercera década del siglo XIX, y d), desde el inicio de la cuarta década del siglo XIX hasta finales del XX (18).

a) En el primero de estos períodos los autores tratan de mostrar cuál es la estructura del naciente derecho catalán en su entramado formado por *Usatges, convenenças, costums, lleis, paccionades,* la tradición del *ius commune, equitat* y *bona rahó* (19). En él destacaron entre los primeros comentaristas de los *Usatges,* Jaume Montjuich y los hermanos Jaume y Guillem de Vallseca, los juristas de la confianza de Jaume el Conqueridor, San Ramon de Penyafort, Vidal de Canyellas y Pere Albert y especialmente los grandes juristas del siglo XV Jaume Callis, Jaume de Marquilles, Tomas Mieres (20) y Joan de Socarrats.

b) El segundo periodo abarca una época de consolidación y de análisis de los problemas vividos. Entre sus autores destacan: en el siglo XVI: Miquel Ferrer, Francesc Ferrer Nogués, Antoni Ros, Francesc Solsona y Bernabás Serra, y, desde finales de ese siglo y a lo largo del XVII, tenemos los grandes juristas Jacobus Cancer, Petrus Johanem Fontanella y Ludovicus de Peguera, seguidos

---

(17) En mi estudio «Cotejo con la escuela histórica de Savigny», Primera parte, *R.J.C.,* 78, 1979 nn. 4-6, págs. 613-630, examino las perspectiva de Durán y Bas, Torras y Bages, Pella y Forgas y otros autores posteriores (Jaime Cots y Gorchs y Joaquín de Camps y Arboix), de cuyos estudios ha resultado un enriquecimiento de los conocimientos históricos debidos además a las obras de Vives y Cebrià, Bienvenido Oliver, Guillermo María de Brocà, Juan Amell y a la extraordinaria de Francisco Elías de Tejada centrada en *La Cataluña clásica.* Creo que, incluso, yo mismo he contribuido con mis trabajos acerca del *Apparatus* de Tomás Mieres y en la relectura que efectué en mi referido «Cotejo con la escuela histórica de Savigny», en *R.J.C.,* 78, 1949, n. 7, págs. 630-641 y n. 15, págs. 808-819.

(18) En mis *Reflexiones sobre Cataluña,* Barcelona, Fundación «Caixa de Barcelona», 1989, esbozo esta atención a distintos periodos históricos; cfr. I, B, d, págs. 70-76.

(19) Cfr. *Perspectiva histórica,* 87, págs. 231-235.

(20) Mieres, Tomás, en su *Apparatus super constitutionibus curiarum Generalium Cataloniae,* cfr. 2.ª ed., Barcelona, Typ. Sebastián Cornellas 1621, ofrece una perspectiva general y detallada del derecho vigente entonces en Cataluña y de sus principales cuestiones vividas. Acerca de este autor cfr. mis estudios. «Las fuentes del derecho según el "Apparatus super constitutionum curiatam Generalium Cathaloniae" de Tomás Mieres», en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre,* vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1976; y «Las fuentes del derecho contempladas a través del "apparatus" de Tomás Mieres», en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico,* Madrid, Montecorvo 1982, págs. 261 y ss.

por muchos otros de relieve como Acaci de Ripoll, Josep Ramón, Miquel de Cortiada, Bonaventura Tristany, Cristofor de Potau y Segismond Despujol.

c) En el tercer periodo, en el que Cataluña, en virtud del Decreto de Nueva Planta, quedó *de facto* sin fuentes legales propias, debemos diferenciar dos escuelas claramente dispares. Una es la de Cervera y otra la tradicional que engarza *dret de la terra* y *dret comú* con la pauta de la *equitat* y *bona rahó.*

En la escuela de Cervera –cuya Universidad fue la única que después del Decreto de Nueva Planta había en Cataluña– predomina el romanismo culto, con el insigne Josep Finestres de Monsalvo y una concepción minimalista del derecho catalán despojado de costumbres, doctrina y *ius commune,* mostrada especialmente por Juan Antonio Mujal de Gibert.

Frente a ella, la escuela tradicional fue mantenida por los notarios, que no eran universitarios y se formaban en su propia escuela, y que utilizaban los formularios y tratados de notaría de los también notarios Comes, Gali y Gibert, principalmente (21).

Ese contraste, que esta diversa concepción significaba, llevó a que se desencadenase una polémica acerca de la vigencia del derecho romano en Cataluña, que duró desde mediados del siglo XVIII a 1829, cuando después del informe aportado en 1818 por los abogados barceloneses Agusti Tamaró, Francesc Tomas Ros, Joan de Balle y Joan Francesc Besona y del emitido después por el último Canciller de la Universidad de Cervera, Ramón Llàtzer de Dou, la Audiencia en 14 de mayo de 1829 dictó resolución favorable a la aplicación derecho romano del modo dispuesto en la Constitución del año 1599 de las Cortes de Barcelona, presididas por Felipe III (II en el Condado de Barcelona) (22).

d) En el siglo XIX resurge la escuela jurídica catalana, según explicaría el eximio Manuel Durán y Bas, en su discurso inaugunal del curso 1883 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, titulado «La escuela jurídica catalana» (23). De ella dijo, que cuenta «con nombres ilustres» y, cómo más distinguidos, citó los de «Rey, Vives, Martí de Eixalá, Samponts, Ferrer y Subirana, Permanyer, Anglasell, Illas y Vidal, Reynals y Rabassa y otros»...«Samponts es el filósofo, Vives el comentarista, Martí de Eixalá el tratadista, Permanyer el orador y Reynals y Rabassa el controvertista, Rey la ha enaltecido con la autoridad del magistrado, Ferrer y Subirana con la elocuencia del publicista, Anglasell con el saber del profesor, Illas y Vidal con las hermosas victorias del polemista del foro».

---

(21) Cfr. *Perspectiva histórica,* 220, págs. 748-751.

(22) Cfr. mi comunicación en el Seminario de Historia del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona el día 20 de abril de 2005, *El derecho romano en Cataluña después del Decreto de Nueva Planta* (pendiente de publicación).

(23) Cfr. en «Escritos del Excmo. Sr. D. Manuel Durán y Bas», Primera serie *Estudios jurídicos,* Barcelona, Ed. Oliveras 1884, I, págs. 364 y ss.

Como caracteres de esta escuela señala el mismo Durán y Bas (24), las de ser:

- «Espiritualista sin abandonarse al idealismo»;
- «práctica sin ser empírica»;
- «con el principio ético y el elemento histórico por base sin inmovilizarse»;
- «más inclinada al derecho privado que al público, sin tener por éste injustos desdenes»;
- «esencialmente analítica, sin dejar de elevarse a la síntesis cuando puede y debe generalizarse»;
- «armónica con la filosofía del sentido común, la más adecuada a un pueblo con gran sentido político como Cataluña»;
- «modesta en sus pretensiones porque funda sus doctrinas en la observación de los hechos»;
- «y propone sus aplicaciones con sujección a las condiciones del país».

Por eso –prosigue– «tiende a la reforma sin la destrucción, y fija los ojos en el pasado, no por mera contemplación estética, sino por las grandes enseñanzas que contiene; pide luz a un tiempo a la razón y a la historia, a la primera no por ser fuente sino revelación del elemento absoluto del derecho, y a la segunda para conocer el origen y para comprender el espíritu del derecho positivo del pueblo».

En su síntesis final (25) precisa aún: «En el movimiento científico catalán, sin comunicarle dirección o impulso, viene a ayudar la de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas...»:

- «que hacen descansar el derecho sobre la base ética»;
- «que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos»;
- «y que hacen aplicarlo de conformidad a las realidades de la vida».

En la línea más tradicional de esta escuela jurídica catalana del siglo XIX, aunque no lo nombre Durán y Bas, debemos destacar al notario Félix María de Falguera y a sus *Conferencias de derecho catalán dadas en el Ateneo barcelonés en 1870 y 1880* (26), la primera de las cuales expone magistralmente el entramado tradicional de este derecho que entrelazó sus costumbres con el derecho romano vivido (27).

Desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX se produce una corriente de juristas recopiladores de costumbres, que inició Federic Puig Samper y de Maynar y seguirán Victorino Santamaría y Josep Faus i Condomines, principalmente entre otros muchos (28), entonces se acentúa la

(24) *Ibid*, II, págs. 352 y ss.
(25) *Ibid*, págs. 273 y s.
(26) Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1889.
(27) Cfr. mi «Cotejo con la escuela histórica de Savigny» I, 7, *R.J.C.*, 1979, 3, págs. 633-635.
(28) Cfr. *Ibid*, III, 21, *R.J.C.*, 1980, 2, págs. 39-43.

tensión entre costumbristas y romanistas, hasta producirse un pleno retorno al método del *ius commune* con Joan Martí i Miralles (29), y, en fin, llegamos a Ramón María Roca Sastre, en quien culmina la escuela en el siglo XX (30), y al que han seguido cronológicamente entre otros Luis Figa Faura y José Juan Pintó Ruiz.

En el siguiente epígrafe, al comparar la escuela jurídica tradicional catalana con la escuela histórica alemana, ampliaré lo que aquí expongo acerca de este último periodo de aquélla escuela.

3. DIFERENCIA ENTRE LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA Y LAS DEMÁS ESCUELAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

Cotejando la escuela jurídica catalana con la inglesa observamos entre ambas una clara diferencia mostrada por la tendencia unificadora de ésta frente a lo diversificado de aquélla, e igual observación debemos hacer comparándola con la escuela francesa de *l'Ancien régime.*

Con la escuela histórica alemana de Savigny la distinción resulta más compleja, y fue discutida en el siglo XIX, no llegándose a su clara distinción hasta las primeras décadas del siglo XX. Dediqué a este tema especialmente mi estudio *Cotejo con la escuela histórica de Savigny* (31).

En efecto, los introductores en Cataluña de la nueva escuela (32) en un principio no percibieron las diferencias que mediaban entre lo que ellos propugnaban y la escuela alemana.

El punto de vista desde el que aquellos hombres observaron la escuela histórica alemana pudo ser determinado, en gran parte, por el discurso inaugural del curso 1854-1855 pronunciado por el filósofo Xavier Llorens y Barba. Discurso calificado de «testamento filosófico del maestro» por Tomás Carreras

(29) Cfr. *Perspectiva histórica,* 300, págs. 1121-1126.

(30) Cfr. *Ibid,* 1126-1132.

(31) «Cotejo», partes segunda a quinta, *R.J.C.,* 1980, págs. 9-47, 2, págs. 9-39 y 3, págs. 9-36.

(32) La recepción de la escuela histórica de Savigny y su difusión en Cataluña la comenzó –según Enrique Prat de la Riba («Durán y Bas», III, *R.J.C.,* XVIII, 1912, págs. 87 y s.)– en su cátedra de derecho romano Durán y Bas desde 1855, e hizo aplicación de sus principios a la política en sus artículos publicados en el *Diario de Barcelona,* y al derecho político y al admnistrativo en sus lecciones de esta asignatura de 1858 a 1862. Estanislao Reynals y Rabassa manifestó su pertenencia a la escuela histórica en 1859 en su discurso «El derecho en nuestros días» y lo reiteró en otro, en 1874, «El derecho nuevo»; y Permanyer y Tuyet lo proclamó en el Congreso, en su discurso de 7 de enero de 1861.

El 11 de julio de 1871 se constituyó la Comisión española de la Fundación Savigny bajo la presidencia de Durán y Bas, que fue su primer presidente, designándose presidente de honor a figura tan señera como Pedro Nolasco Vives y Cebriá. En 1878 se publicó la traducción al castellano del *Sistema de derecho romano actual de Savigny,* precedido de un extenso prólogo de Durán y Bas.

y Artau, estimando que, en él, tuvo «clara visión de la unidad interna, verdadera misión y posibles desarrollos de la escuela histórica en Cataluña»; y especialmente –dice– que un párrafo del mismo, que transcribe, influyó en el catalanismo, de una parte, y estimuló, de otra, a quienes buscaban el espíritu del pueblo catalán en las costumbres y usos jurídicos, en una labor que no había efectuado la escuela histórica alemana (33).

En lo que la escuela jurídica catalana coincidía con la histórica alemana, pero ya desde antes de conocerla, es en la concepción histórica del derecho y en la posición inicial que ésta tenía respecto de la codificación, cuestión en la que discrepaban los juristas seguidores de la moda francesa propugnada en España desde el poder central. Así lo ha hecho notar Camps y Arboix, quien ya en la cubierta de su biografía de Durán y Bas, advierte de que éste fue el hombre más eficaz para Cataluña en la segunda mitad del siglo XIX; y, en el texto del libro (34), dice que, hallándose el derecho catalán «a la deriva de corrientes contrarias, representadas para las tendencias del momento de tipo codificador que chocaban con las esencias y el pensamiento central del ordenamiento catalán, al que se acusaba de anacronismo, Durán y Bas salvó esta situación con un verdadero prodigio, amparándose en una doctrina entonces en boga y con prestigio universal, como la escuela histórica, para cubrir el derecho catalán con una vestidura científica y con el pararrayos del historicismo». Así –sigue Camps (35)–, «por obra y gracia de Durán el derecho catalán pudo redimirse del complejo de inferioridad que le afligía, mitigar el pesimismo de algunos ilustres juristas catalanes y enfrentarse con la petulancia y el desdén de los uniformistas irreductibles».

El aldabonazo, al cual en otro lugar me he referido (36), que en 1884 había dado joven Enric Planas y Espalter, en la Academia de la Juventud Católica de Barcelona (37), tuvo la virtud de abrir los ojos a unos y hacer explicar a otros la razón por la que seguían la escuela histórica (38). Después, el artículo de Pla y Deniel y, años más tarde, en el centenario de la escuela histórica del derecho alemana, un discurso de Tell y Lafont y un artículo de Victorino Santamaría, a los que ya nos referimos (39), demostraron éstas y otras diferencias entre una

(33) Carreras y Artau, Tomás, «La renovació de l'escola històrica catalana», en «Una institució per la recerca del nostre dret consuetudinari», *R.J.C.*, XXV, 1920, págs. 59 y s.

(34) Camps y Arboix, Joaquín de, *Durán y Bas*, Barcelona, Aedos, 1961, págs. 111 y s.

(35) *Ibid*, pág. 115.

(36) «Cotejo con la escuela histórica de Savigny» 13, *R.J.C.*, 78, 1979, págs. 803-807.

(37) Planas y Espalter, Enrique, «Discurso acerca de la escuela histórica del derecho», Barcelona, *Propaganda católica*, 1884, págs. 7 y ss.

(38) Cfr. los textos de Reynals y Rabassa, Durán y Bas, Pou y Ordinas, Permanyer y Ayats y Trias y Giró, que recojo en «La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX», 10 y 11, *A.R.A.J. y L.* 7, 1979, págs. 85-89; y en *Perspectiva histórica*, 259, págs. 924 y s. y los de Antonio Mia Borrell i Soler, que cito en «Cotejo» 1, *R.J.C.*, 78, 1979, págs. 598, 600 y ss.; y lo que comento de Permanyer en «Cotejo» 11, págs. 794 y ss.

(39) *Infra*, *c* texto que lleva la nota 76, respecto de Tell, y la nota 59 respecto de Santamaría.

y otra escuela histórica. Es conveniente –creo– que resaltemos las principales, que son:

a) *La realización del derecho natural en la historia.*

Ciertamente Savigny, en el 15, de su *Sistema,* habla de la influencia en el derecho del Cristianismo y del «elemento general» del derecho, donde «obra su naturaleza moral» y tiene en cuenta «la dignidad moral y la libertad comunes a todos los hombres», principio del que se derivan «la naturaleza de las cosas *(aequitas* o *naturalis ratio)*», que «son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general». Lo cual engañó a los principales seguidores catalanes de Savigny (40). Pero, lo cierto es que, según éste lo entiende, una vez positivizado el derecho, el elemento general deja de ser jurídicamente relevante para la escuela histórica, que no estima sea derecho otro sino el positivo.

En cambio, en el derecho catalán, desde los orígenes medievales ha sido considerado esencial –tanto en el momento de la creación del derecho como en el de su concreción– su conformidad con el sentido natural, la buena razón y la equidad natural *(seny natural, bona rahó, equitat),* como he sintetizado en otro lugar (41).

Especialmente, Torras y Bages destacó la orientación del derecho catalán por la *perennis philosophia* (42), especialmente por la de Santo Tomás de Aquino (43), y por la concepción del derecho de San Raimundo de Penyafort (44) que tanta influencia tuvo en Jaume el Conqueridor (45).

En el siglo XIX, los proestandartes de la escuela jurídica catalana, con Reynals y Rabassa (46) y Durán y Bas (47) a su cabeza, mantenían la inseparabilidad del derecho y la moral.

Tanto Durán y Bas (48) como Torras y Bages (49) habían testimoniado su adhesión a la filosofía de Santo Tomás de Aquino y a su iusnaturalismo; pero

---

(40) Cfr. los textos de Durán y Bas y de Reynals y Rabassa que transcribo en «La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX», *en A.R.A.J. y L.,* 7, 1989, 8, págs. 83 y s.

(41) Cfr. «Cotejo con ...», 15, págs. 810 y ss.

(42) Torras y Bages, J., *La tradició catalana,* II parte, «Disertación preliminar», págs. 179 y s.

(43) *Ibid,* pág. 198.

(44) *Ibid,* cap. I, I, págs. 212 y ss.

(45) *Ibid,* cap. VIII, págs. 535 y ss.

(46) Cfr. en *Perspectiva histórica,* 259, el texto de E. Reynals y Rabassa que recojo en el párrafo que lleva la nota 71 de la pág. 924.

(47) *Ibid,* 260, donde reproduzco y comento un texto de Durán y Bas, en el párrafo que lleva la nota 87 de la pág. 927.

(48) Durán y Bas, M. «La doctrina moral de Santo Tomás de Aquino», en *Escritos,* Segunda serie *Estudios morales, sociales y económicos,* Barcelona 1885, págs. 3 y ss.

(49) Torras y Bages, J. lo muestra en toda su citada obra y lo concreta al hablar del influjo de Santo Tomás de Aquino en el derecho catalán, como puede verse antes en los textos citados correspondientes a las notas 42 a 45. En su *op. cit.* II, cap. VII, pág. 534, dice claramen-

entre las perspectivas tomistas de uno y otro existen diferencias. Durán y Bas distinguía el elemento general, donde situó los principios inmutables del derecho natural y del cristianismo, y el elemento particular, que en cada pueblo se desarrolla a través de la historia. Según Torras y Bages, estos elementos no se hallan superpuestos sino que se entrelazan en el orden natural de las cosas, que requiere tanto la adecuación de los principios generales e inmutables como la adaptación equitativa de las normas a las circunstancias específicas. Podríamos decir que Durán y Bas, conforme el neotomismo entonces en boga, ceñía el derecho natural a los primeros principios de la ley natural que el «Aquinatense» expresó en su *Tratado de las leyes,* mostrando su perspectiva gnoseológica por la vía de la sindéresis, a fin de alumbrar la corriente de la historia de cada pueblo. En cambio, Torras y Bages, aun teniendo siempre muy presentes estos primeros principios, enfocaba principalmente el orden natural de las cosas en su aspecto ontológico y la búsqueda del derecho *ex ipsa natura rei,* tanto examinando la cosa en sí misma como atendiendo a las consecuencias de ella dimanantes (50) (esto último en la práctica también lo hacía Durán).

Concepción más semejante a la de Durán y Bas y muy posiblemente emparentada con la de Joaquín Costa acerca de la realización del derecho en hechos jurídicos (51), aunque refiriéndolo a la encarnación «en fórmulas positivas», es la que expuso Prat de la Riba (52), concluyendo que «el derecho no es, existe, no pasa de la potencia al acto, hasta que la ley natural se encarna en formulas positivas» [...] «del propio modo que sin cuerpo la vida del alma es incompleta», también «con la ley natural se da el mismo fenómeno: tampoco la ley natural alcanza su plenitud hasta que se une en misterioso consorcio con los elementos secundarios y jurídicamente inferiores de lugar, tiempo, estado de cultura, temperamento nacional y demás, sin los cuales es imposible que el derecho exista»... «El derecho es, pues, la parte de la ley natural que se ha hecho positiva»; y, en la terminología que él estima de filosofía escolástica, juzga que «la materia prima viene constituida por los elementos secundarios».

Comentando Joan Marti i Miralles (53) esta *Miscelánea,* abonó la opinión de Prat de la Riba de que «es y será siempre un intento frustrado en el campo de la ciencia jurídica la pretensión de prescindir de la ley natural, tarea tan

---

te que la jurisprudencia es «cosa esencialmente práctica, ejercicio, como dice su nombre, no directamente del raciocinio, sino de la virtud intelectual de la prudencia, que consiste en el excelentísimo hábito de acomodar la regla de la razón a las exigencias y necesidades de la vida».

(50) Con mayor amplitud expuse esa diferencia en «Cotejo», 12, *R.J.C.,* 78, 1979, pág. 801.

(51) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia,* 133, págs. 792-798.

(52) Prat de la Riba, Enrique, «La ley natural y el derecho», *Miscelánea Jurídica, R.J.C.,* I, 1895, págs. 294 y ss.

(53) Martí i Miralles, Joan, «Miscelania de les "misceláneas" d'en Prat de la Riba», *R.J.C.,* XXIV 1918, págs. 110 y ss.; reproducido en 1970 en el número conmemorativo de la fundación de la misma Revista, págs. 510 y ss.

insistentemente emprendida por los seguidores de las escuelas positivistas. Entercarse en desterrarla de la órbita del derecho, es algo semejante a querer divorciar el lenguaje de las ideas».

b) *El valor de las costumbres.*

Hace años cotejé ampliamente la teoría de Savigny acerca del derecho popular, la costumbre y la ley con la concepción tradicional en el derecho catalán y de los autores de la escuela jurídica catalana moderna acerca del derecho popular y la costumbre (54); mientras que, antes (55), hemos visto como Savigny sustituyó al pueblo, en un determinado momento de su madurez, por los juristas teóricos (profesores de Derecho) en la misión de expresar su espíritu, y de hecho su escuela se desentendió las costumbres vividas en su tiempo en Alemania; en cambio, Durán y Bas, en su *Memoria* (56), discrepando de la afirmación de Savigny de que la costumbre era «menos fecunda que en otros tiempos», expondría que «es indudable que hoy, como antes, aparecerán usos y costumbres a manera de otras tantas traducciones de la conciencia jurídica catalana»; y que, otras veces, la costumbre desenvolverá la regla de derecho escrito «en forma determinada, exteriorizándose de esta suerte el espíritu popular en la manera de hacer aplicación de la ley. Y es que la regla de derecho, como expresión de un concepto legal, se identifica con la conciencia del pueblo cuando ésta no la rechaza como exótica; y, entonces, la forma especial de darle vida e influencia en las relaciones sociales individualiza la regla de tan especial manera que, al ser esencialmente idéntica en varios territorios, aparece sin embargo distinta en su forma, en unos con respecto a otros, y como impregnada de un espíritu de localidad que le da fisonomía particular. En estos términos comprendida la costumbre, su fuerza y autoridad son de todos los tiempos y de todos los lugares, vive a despecho de la ley, la cual, lejos de rechazarla, debiera admitirla en su ceñido valor jurídico o, lo que es lo mismo, en la corta extensión de la autoridad que le es dado alcanzar en nuestros días; y ya que no para modificar la ley, pero si para completarla, favoreciendo su realidad práctica; para suplirla en su silencio o para dejarla en desuso, debiera la costumbre de considerarse como fuente del derecho» (57).

---

(54) «Cotejo con la escuela histórica de...». 16-22, *R.J.C.*, 79, 1980, págs. 9-47.

(55) Savigny, «De la vocación de nuestro tiempo para la codificación y la ciencia del derecho», 2, recogido en castellano en *Thibaut y Savigny. La codificación,* Madrid, Aguilar 1970, págs. 55 y ss.

(56) Duran y Bas, M., *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña,* Barcelona, Impr. de la Casa Caridad 1883, Parte primera, cap. I, págs. 8 y ss.

(57) De especial interés acerca de la costumbre, su concepción según Santo Tomás de Aquino y su valor en derecho catalán, incluso contra ley, es el estudio de Joaquín Almeda y Roig, «La costumbre como fuente del derecho», *R.J.C.*, XIV, 1908, págs. 5 y ss.(Lo extracté en «Cotejo» 19, *R.J.C.*, 79, págs. 32-36). A juicio de Almeda (págs. 28 y ss.): «La costumbre vive y vivirá con la ley para juntarse», «como dos fieles amigos con liga de perpetua paz y conformidad, si tal ley cumple su misión esencial; y vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como juez, si no cumple dicha misión»... «En vano la autoridad

En una conferencia expuesta en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona el 28 de febrero de 1894, el notario Fedéric Puig-Samper (58), diría que por la senda de sus «libres tradiciones», amparadas en la «libertad civil», los catalanes fueron y seguían estando «naturalmente inclinados a prescindir del Estado para hallar moldes y formas que sirvan de canon a los medios empleados para la satisfacción de sus necesidades jurídico-sociales; buscándolos, en cambio, en la potencia legislativa del pueblo, que entra en acción a medida que evolucionan las convicciones jurídicas y nuevas corrientes de vida despiertan necesidades nuevas».

Consecuentamente con este modo de pensar, proliferarían en aquella época juristas recopiladores de costumbres. Los principales fueron Victorino Santamaría, quién acorde con su perspectiva que acerca de la escuela histórica expuso (59), publicó las costumbres referentes a ciertas instituciones y a algunas comarcas, tales: *La rabassa morta* (60), *Recopilación razonada de costumbres del partido judicial del Vendrell* (61), *Año agrícola en Vendrell. Venta y arriendo de las hierbas de los viñedos de la provincia de Tarragona* (62) y *Derecho consuetudinario y economía popular en las Provincias de Tarragona y Barcelona, con indicación de las de Gerona y Lérida* (63); el ya citado Fedéric Puig-Samper i de Maynar, con su estudio *La pubilla,* institución eminentemente consuetudinaria; Josep Faus i Condomines, autor de *Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)* (64), *El contrato de «empeyament» en Cataluña o venta a carta de gracia, Derecho especial de la Segarra* y de otros trabajos más breves (65).

---

legislativa calificará de corruptela las costumbres contrarias a la ley y las perseguirá hasta con saña, la costumbre hará su camino, sostenida por la conciencia popular que proclamará la inconveniencia de la ley y su oposición con el bien común, y la ley será vencida porque su potencia será meramente externa, y su fuerza prestada. La ley caerá en desuso y cederá su sitio a la costumbre contraria» ... «A la costumbre debe también la ley con, sin o contra su voluntad, su aplicación, siendo por ello su perfeccionadora. La interpreta si es ambigua, oscura, equivoca o adolece de cualquier defecto, que puede hacer incierto su sentido; fija el relativamente verdadero si es susceptible de varios, y robustece su fuerza y eficacia en cuanto asegura su aceptación por el pueblo».

(58) Puig Samper y de Maynar, Federico, «La pubilla», *La Notaria,* 1894, n. 4, págs. 96 y ss., y *R.G.L. y J.,* 85, 1894-2; págs. 126 y ss.

(59) Santamaría, Victorino, «Un siglo de escuela histórica», *R.J.C.,* XX, 1, 1, 1914, págs. 10 y s.

(60) Barcelona, tip. de Alfonso Basas, 1878.

(61) En «Notas sobre el derecho consuetudinario catalán», *R.J.C.,* VIII, 1902, págs. 641 y ss.

(62) Estos tres trabajos constituyeron su colaboración al vol. II de la obra dirigida por Joaquín Costa, *Derecho consuetudinario y economía popular de España,* Barcelona, Manuel Soler, Ed., 1902, págs. 203 y ss., y 227 y ss.

(63) Madrid, Impr. del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1901, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(64) *R.J.C.,* XIII, 1987, págs. 201 y ss., 313 y ss. y 379 y ss.

(65) Todos ellos, así como el referente a la nota anterior se hallan recogidos en «Conferencias, artículos y trabajos de D. José Faus y Condomines», Centenario de la Ley del Notariado, Sec. IV, vol. VII, Barcelona, Impr. Vda. de J. Sabarter Bros, 1964.

Finalizando el primer tercio del siglo XX, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en su curso 1933-1934, organizó un ciclo de conferencias acerca de variedades comarcales, todas ellas consuetudinarias, del derecho civil catalán que expusieron versados especialistas, como: Josep Foguet y Marsal, *Dret comarcal gironi;* Ramón María Roca Sastre, *L'heretament fiduciari al Pallars Sobirà;* Josep Maria de Porcioles i Colomer, *Regim económico-familiar al Baix Urgell y Segrià;* Vicens de Moragas, *Associaciò a comprès i millores al Camp de Tarragona;* Josep Faus i Condomines, *Dret especial de la Segarra* (ya citado); Oriol Anguera de Sojo y Dodero, *Dret especial de la comarca de Vic* (66).

Todavía después continuarían trabajos de este género; por ejemplo, los de Sebastià Parés Sabaté, *Contratación notarial agraria en el Alto Penedés durante el siglo XIX* (67) y Alfred Pastor, *El régimen económico matrimonial en el Pirineo catalán* (68). A ellos podrían añadirse los que algunos hemos escrito acerca de las compraventas con pacto sobrevivencia.

Tras de los recopiladores de costumbres vinieron los apologistas del método práctico seguido respecto de ellas en el derecho catalán. Comenzaremos por citar a Raimond d'Abadal i Calderó en los discursos que pronunció, como presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en las aperturas de los cursos 1903-1904 y 1904-1905 (69), en los cuales ahondó en el tema de la libertad civil en la formación del derecho de Cataluña través de la costumbre (70).

---

(66) Conferencias pronunciadas en la Acadèmia de Jurisprudencia y Legislaciò de Cataluya, en el ciclo «Conferencies sobre varietats comarcals del dret civil català», Barcelona 1934.

(67) *La Notaría,* XXXIX, 21 trim. 1944, págs. 221 y ss.

(68) *A.A.M.N.,* XVIII, 1974, págs. 221 y ss.

(69) D'Abadal y Calderó, Raimon, «La llibertad en el dret civil», *R.J.C.,* IX, 1903, págs. 641 y ss. y R. d'Abadal y Calderó, «La llibertad en la lley civil», *R.J.C.,* XI, 1905, págs. 5 y ss.

(70) En el primero (págs. 641 y ss.), mostrando la orientación catalana contraria a la unificadora de las costumbres que –como hemos visto– desde finales del siglo XVI al XVIII, había tomado la política jurídica y buena parte de la doctrina en la Francia –advertía– que «los pueblos en los que ha arraigado más hondamente el sentido jurídico han dado a la libertad la mayor participación posible en la formación del derecho y han dado lugar a que éste naciera, adaptándose a todas las diversidades de las situaciones jurídicas posibles»; y «son los que se adaptan más a esta variedad que el derecho exige para su perfección» y «sólo de esta manera es posible que la indefinida variedad de ellas venga informada por el derecho que les corresponde» (págs. 661 y ss.).

En el segundo discurso, Abadal (págs. 5 y ss.) volvió a contraponer: «Los pueblos que creen en la omniciencia y omnipotencia del Estado, son los que no ven el derecho sino en la ley positiva dictada por el propio Estado, y son siempre esclavos suyos, ya esté su soberanía en manos de un rey, en manos de una oligarquía o de una democracia. Los pueblos que creen en las fuerzas sociales como determinantes del Estado de derecho en que se constituyen, como todo lo ponen en estas fuerzas sociales, no las espanta la ley que se dicta a sí mismo el pueblo por medio de la costumbre y son los pueblos verdaderamente libres».

Esta orientación implica que sólo sean prohibidas –dice (págs. 14-34)– cosas determinadas, fuera de las cuales, impera la libertad creadora del pueblo, bajo su propia responsabilidad, en

En 1914, la Academia de Jurisprudencia de la Ciudad Condal premió a Ramón M.ª Catá de la Torre –a quien ya había premiado el año anterior por un estudio monográfico (71)–, esta vez por una memoria acerca de las costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas (72). Esta memoria lleva por lema: «La libertad política consiste en que un pueblo haga su voluntad, y la voluntad de un pueblo se halla en su tradición (Coquille, *Les legistes*)». Esa libertad –dice– (73) la desarrolla el pueblo por la costumbre; «ella fue, en los siglos medios, la que modeló verdaderamente el derecho cristiano»; y «la verdadera expresión de la conciencia popular durante toda la Edad Media, y aún hoy día vive en el pueblo aferrada a los restos que de las mismas ha dejado subsistir el derecho escrito».

Esta memoria constituye el ápice de la apologética de las costumbres catalanas. Pero, junto a esta tesis principal, desarrolló Catá otras, muy discutibles sin duda.

Apologista, pero también fiel y claro expositor del modo como se forman y se desarrollan las costumbres ha sido Francesc Maspons Anglasell (74). Entre los párrafos más salientes por él expuestos (75), voy a circunscribirme a reproducir sólo éste, que dice: «Que el régimen catalán es consuetudinario equivale a decir que reconoce de antemano la inutilidad de los esfuerzos para ahogar la naturaleza de las cosas, con acuerdos legislativos apriorísticos».

c) *La utilización del derecho romano por los juristas catalanes* fue completamente diversa y tuvo un fundamento diferente que la propugnada por la rama romanista de la escuela histórica. Tell y Lafont (76) destacó que los hombres de ésta: «En vez de estudiar el derecho en el sentido de adaptarlo a las modernas necesidades, en vez de aceptarlo como un legado de la tradición jurídica de las escuelas, soñaron con un derecho arqueológicamente depurado con el restablecimiento de las mismas fuentes». Así, se «convertía al jurisconsulto en un arqueólogo» y se «daba al traste las modificaciones [...] que habían pene-

---

la familia, la propiedad, en las sucesiones, en los contratos, dándose el espectáculo de que en Cataluña «una ley informada por el criterio de la libertad civil haya regido una sociedad sin que el derecho sufriera, sino más bien realizándose éste en la más perfecta conformidad con lo que en cada circunstancia y caso deba ser».

(71) Catá de la Torre, Ramón M.ª, «La constitución feta per en Jaume el Conqueridor a Barcelona en 1251 i la d'en Felip II (III de Castella) feta en la cort de Barcelona de 1590,» (*sic* de 1599), *R.J.C.*, XX, 1914, págs. 326 y ss.

(72) *Ibid*, «Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas», *R.J.C.*, XX, 1914, págs. 479 y ss, XXI, 1915, págs. 67 y ss. y 331 y ss.

(73) *Ibid*, I, *R.J.C.*, XX, pág. 490.

(74) Maspons Anglasell, Francesc, «El dret català. La seva gènasi. La seva estructura. Les seves característiques», III, *Barcino*, 1954, págs. 51 y ss.

(75) Cfr. los que reproduzco en *La historia del derecho a lo largo de su historia*, 132, b, págs. 183 y s.

(76) Tell y Lafont, Guillermo Augusto, «Un siglo de escuela histórica», *R.J.C.*, XX, 1914, págs. 20 y ss.

trado en las costumbres, y que muchas veces venían a llenar verdaderos huecos que habían dejado las costumbres».

En mi referido *Cotejo* repaso la aplicación que, desde el Medievo al siglo XVII, los juristas catalanes habían dado al derecho romano (77), primero al ser introducido en las costumbres; después, al ser considerado como *seny natural* y, más tarde, como *bona rahó* y *equitat,* entrelazado con el *dret de la terra* y con el derecho canónico; así como cuáles fueron el fundamento y el modo de su aplicación (78), identificándose en eso con el modo de operar del *mos italicus.* Esta utilización del derecho romano por los juristas, como ha destacado Lluis Figa Faura, se efectuaba (79):

1) A fin de llenar un vacio dejado por la costumbre *praeter legem.*

2) Por un ingenuo lucimiento.

3) Para valorizar el derecho autóctono, dotándole de un fundamento prestigioso, que muchas veces producía una verdadera feudalización del derecho común, y no a la inversa, señalando que así se observa en las glosas de Montjuich y de Vallseca.

4) Para una sistematización y explicación de las instituciones catalanas que fuera mejor que la ofrecida por las leyes autóctonas y las góticas; es decir, de tipo pedagógico y práctico, aún con el riesgo de la conceptualización y racionalización del derecho, y así a lo largo del tratamiento de los problemas por aproximación.

5) Para obtener del derecho común una solución más adecuada que las dimanantes de las leyes y costumbres vigentes.

Pero, también se efectuó en muchos casos –dice– con descuidada discriminación que pudo originar, y de hecho originó, la recepción de unas normas que poco o nada tenía que ver con el derecho autóctono, que, a veces, resultaban aberrantes y, alguna vez, contrarias al espíritu de aquél.

Es cierto que en el siglo XVIII en la Universidad de Cervera –única universidad que, suprimidas las demás por el Decreto de Nueva Planta, quedaba en Cataluña–, además de la restrictiva opinión de Mujal que pretendía que ese Decreto había eliminado la supletoriedad del derecho romano –al que ya nos hemos referido (80)–, el gran romanista Josep Finestres (81) sostuvo la exi-

(77) «Cotejo con ...», 24, *R.J.C.,* 79, 1980, págs. 283-293.

(78) *Ibid,* 25, págs. 295-299.

(79) Figa Faura, Lluis, «Estatut personal y patrimonial dels conjuges» II, 21 en *Llibre del II Congrès Juridic Català,* Barcelona, Fundació del Congrès Juridic Català, 1972, pág. 340, o, en castellano *A.D.C.,* XXXVI-IV, 1973, pág. 1114.

(80) *Supra* 2, c, párrafo segundo.

(81) Finestres y de Monsalvo, Josep, *In Hermorgeniani jurisconsulti juris epitomorum,* lib. VI commentariae, Cervera, Typ. Academicis Antoniam Ibarra, 1753, vol. I, Lectore benevolo volutem, en sus dos primeras páginas, donde, después de referirse a la constitución de Jaime I de 1251, pregunta y responde: «Ad quanta occurrunt negotia neque municipali, neque canonico jure dacisa? Innumera sono». Y, refiriéndose el derecho autóctono, comenta: «Sed quem in his omnibus exigua sit pars eorum quae in tribunalibus agitare solent, nemo non intelligit».

güidad del derecho autóctono y la inmensidad que necesariamente quedada por resolver al derecho romano, que él explicaba como romanista culto sin atender al modo tradicional de aplicarlo en Cataluña.

Esta manera fue magistralmente expuesta por Falguera (82), y de ella me ocupé en la segunda parte de mi antes referida comunicación al Seminario de profesores de historia del derecho de la Universidad Pompeu Fabra (83), y allí me remito.

d) *La tradición jurídica catalana y el «ius commune», de que aquélla se guiaba,* fue seguida siempre por la genuina escuela jurídica catalana ya desde sus primeros autores medievales. Así se observa decantada –recordémoslo–, cuando decía Mieres (84) que la equidad había de aplicarse *non pura naturalis sed mixta ex traditionibus iuris positivi,* y así seguía siendo propugnada en el siglo pasado y cómo en el XX, fue recogida en el art. 1, 2 de la Compilación, según resulta de la integración de los preceptos de aquélla por los principios de la propia tradición histórica.

Ya en la primera generación de la escuela jurídica catalana del siglo XIX, quien sería el patriarca de la escuela, Pedro Nolasco Vives y Cebrià, en su *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña,* aparecida en 1833, efectúa en sus notas abundantes citas de los autores catalanes medievales: Montjuich, los Vallseca, Callis, Mieres, Marquilles, y de los siglos XVI al XVII, Cancer, Fontanella, Oliba, Miquel Ferrer, Peguera, Xammar, Cortiada, Tristany, Ripoll, Vilaplana, Despujol, Calderó, Amigant, Bosch, y de los notarialistas Comes y Gibert, sin faltar la de otros autores de derecho común no catalanes, incluidos algunos de la Corona de Castilla, como Gregorio López, Covarrubias, Larrea.

Es cierto que ha sido denunciado por Pella y Forgas (85) y por Figa Faura (86) que, a causa de la influencia de la escuela de Cervera, han abundado las citas de autores ajenos a esta tradición, Vinnio, Voet, Ortolan, Maynz, Savigny, Arnolts, Jhering, Serafini, Windscheid, que tampoco faltaron en la *Memoria* de Durán y Bas, bien que unidos a los de Mieres, Cancer, Fontanella, Francisco Ferrer y algun italiano *mos italicus,* como Peregrino, y que la mezcolanza de unos y otros persistió en el *Derecho catalán vigente* de Guillermo María Brocá y Juan Amell (10 ed. 1880) y en el *Código civil de Cataluña* de J. Pella y Forgas, si bien en ambas obras abundaron más las citas de autores catalanes clásicos y de los doctores del *ius commune,* y también ha sido así en

(82) Falguera, Félix María de, «Conferencias de derecho catalán dadas en el Ateneo Barcelonés en 1870 y 1880», Barcelona, *La Anticuaria,* 1889, Conferencia primera, págs. 12 y s.

(83) *Supra,* nota 22.

(84) Mieres, T., *Apparatus,* II, VIII, II, 70, pág. 164.

(85) Pella y Forgas, José, *Código civil de Cataluña,* Barcelona, J. Horta, 1916, vol I, Apéndice II, cap. III, nn. II y III, págs. 117 y s.

(86) Figa Faura, F. «Mos italicus y los juristas catalanes», *A.A.M.M.,* pág. 293 *in fine* y s.

el monumental *Dret civil vigent a Catalunya* de Antoni María Borrell i Soler (87).

Ya en este siglo XX, la tradición de los autores catalanes y la del *ius commune* sería defendida y mantenida decididamente por Martí y Miralles. Según sostuvo éste (88), en esos autores antiguos se hallan soluciones a los problemas no previstos en el Código ni en las costumbres; y, asimismo, es donde «pueden encontrarse reglas y doctrinas reguladoras de todo cuanto se realiza mediante la voluntad manifestada tácitamente, con lo cual se puede completar la regulación de los actos realizados mediante una voluntad expresada por escrito o por palabras. Es en dicho sector donde se encontrarán multitud de normas interpretativas de los mismos actos expresos, tanto en el orden sucesorio como en el contractual; con todas las teorías sobre conjeturas o presunciones, tan completas y razonadas, que sería imposible basarlas en los angostos límites del derecho codificado, ni en la jurisprudencia judicial y doctrinal que lo ha venido interpretando. Y es, en fin, en este mismo sector de la jurisprudencia histórica, en donde se pueden encontrar las normas orientadoras del criterio de equidad, con cuyas normas puede ser factible y seguro interpretar, adaptar, suplir el derecho escrito, y aun consuetudinario».

Este es el método que Martí Miralles no sólo propugnó sino que constantemente siguió, operando con él en sus trabajos. Método netamente diferente del pandectístico que había propugnado la escuela histórica alemana, que, profesoralmente, depuraba las normas romanas invocadas por la tradición y, conceptualmente, las dogmatizaba.

También, en la línea de Martí Miralles, siguió siempre Roca Sastre el método tradicional, aunque en algunas cuestiones (derechos reales sobre el poder de disposición, reservas hereditarias) sufriera la influencia del conceptualismo dominante en la época de su formación. Pero, cuando trató de cuestiones concretas de derecho catalán se inspiró y apoyó, sin excepción, en los razonamientos de los autores catalanes antiguos y de los doctores del *ius commune.* Confieso que también yo he utilizado este método no sólo en cuestiones de derecho catalán sino asimismo de derecho castellano desde que escribí mis *Apuntes de derecho sucesorio.*

---

(87) Las consecuencias de ese intento de penetración directa del derecho romano en el catalán han sido estudiadas por Pella y Forgas (Apéndice y *cap. ult. cit.* IV, pág. 134) y por Figa Faura *Mos italicus y..., loc. cit.,* págs. 293 *in fine* y s.

(88) Martí i Miralles, Joan, «El derecho civil de Cataluña en sus relaciones con el llamado derecho común», conferencia leída en el Colegio Notarial de Valencia el 12 de mayo de 1934, pág. 8, ss. y en separata dedicada por el Colegio Notarial de Cataluña al de Valencia, pág. 4 y ss., «Spoliatus ante omnia est restituendus», *R.J.C.,* XVII, 1911, págs. 1470, o en ediciones separadas, Barcelona, Hijos de J. Jepuis 1911, págs. 7 y ss., y Tarragona, Diputación provincial 1972; y concretamente el párrafo citado en el texto, «El derecho civil de Cataluña y sus relaciones», *La Notaría, ult. cit.,* pág. 23.

El estudio de los mejores clásicos catalanes, lo cultivó didácticamente Maspons Anglasell, quien tradujo y seleccionó varios de sus textos (89).

e) *La compilación y la codificación* significan dos perspectivas diferentes, que han sido observadas y matizadas por varios caracterizados autores catalanes, aún después de haber variado la escuela histórica alemana su actitud, como en su lugar hemos visto, respecto de la codificación civil alemana.

En la práctica jurídica catalana, desde la intervención de Jaume de Far o Iacobus de Faro en el Parlamento catalán celebrado en Barcelona el 6 de julio de 1355, se tenía la convicción de que el derecho solamente debía ser modificado por leyes cuando el cambio fuera razonable en virtud de la mutación de los hechos (90). En un principio, se compilaban costumbres locales o feudales y marítimas; sólo en el siglo XV se trató, por primera vez, de efectuar una compilación general de todo el derecho de la tierra, que respetó las compilaciones de costumbres, algunas de las cuales se incluyeron íntegramente en ella. Así siguió siendo en la segunda compilación de 1553 y en la tercera de 1702, que, en su tercer volúmen, recogió *Constitucions y altres drets de Catalunya superfluos, contraris y corregits* (91).

En el siglo XIX, el problema de la codificación se planteó conjuntamente con el de la unificación del derecho, contra la cual reaccionaron los juristas catalanes (92).

Durán y Bas, en su comunicación al Congreso Jurídico Español, reunido en Madrid el año 1886 en la Real Academia de Jurisprudencia (93), efectúo las siguientes propuestas:

1) Que, en lugar de efectuar un solo Código civil con apéndices, declarando aquél supletorio en lo no previsto por éstos, era mejor que los distintos derechos españoles se codificaran independientemente, y que la elaboración de un código general se dejara para cuando su necesidad adquiriera adhesión en la conciencia de todo el pueblo.

2) Que la parte del título preliminar referente a las leyes debería ser objeto de una ley.

3) Que la libertad civil debía ser el principio informador del derecho civil, siempre y cuando «la justicia, la moral o la utilidad pública» no obliguen a

---

(89) Cfr. los libros de Maspons Anglasell: *Nostre dret familiar segons els autors clásics y les sentencias del antich Suprem Tribunal,* Barcelona, Libr. Alvar Verdaguer, 1907 (10 ed.) y 1913 (20 ed.); *Tractat dels pactes nupcials, o capitols matrimonials, que escriguè Joan Pere Fontanella. Estudi i notes, vol I, Barcelona,* Ed. Ibérica, 1916; *Questions civils estudiades segons el nostre dret per Lluis Peguera i estructurades,* Barcelona, Impr. Mirian Galve, 1913.

(90) Cfr. mi «Cotejo», 30, págs. 572 y s.

(91) *Ibid,* 31, págs. 574 y ss.

(92) *Ibid,* 32, págs. 578-585.

(93) Durán y Bas, Manuel, *Estructura más apropiada para un Código civil español. Distinción formal entre leyes obligatorias y leyes supletorias,* Madrid, Tip. Manuel G. Hernández 1886, págs. 11 y ss., 14 y ss. y 17 y ss.

mandar o prohibir alguna cosa. Por lo cual, proponía se precisaran qué leyes tienen carácter absoluto imperativo u obligatorio, y que las demás se estimen «no permisivas sino declarativas, según el tecnicismo de los autores modernos», en cuanto dejan «íntegra la libertad de los interesados en toda relación jurídica que se propongan crear». A estas leyes, en otro lugar (94), las denominó «leyes supletorias, porque son como presunción de la voluntad en lo particular, cuando no se haya expresado en lo concreto de la disposición todo lo que está dentro de la voluntad».

Esta polémica de la codificación, como preanunciaba la ponencia de Durán y Bas a que acabamos de referirnos, no terminó con la promulgación del Código civil.

En 1918, en una conferencia expuesta en Madrid, en el salón de actos de la Real Academia de Jurisprudencia, el presidente entonces electo de la homónima de Barcelona, Maspons Anglasell (95), expuso que nadie era capaz de confeccionar el apéndice del derecho civil catalán por la imposibilidad de reducir «todo nuestro régimen, todo nuestro sistema de derecho a una especie de matemáticas jurídicas, a unos artículos que redujeran para Cataluña la materialidad de redacción de otros pocos del Código». No es, pues, de extrañar que se hicieran propuestas como las que vamos a recordar de Pella y Forgas y de Martí Miralles.

Pella propuso que en el Código civil de Cataluña se recogiera el derecho vivo, mostrado en cincuenta años de sentencias del Tribunal Supremo, mediante un sistema positivo de experimentación y gran expurgo, «que podría darle al derecho catalán su carácter biológico»; y que no se derogara el antiguo derecho compilado, siguiendo, en eso, el sistema catalán, a fin de que aquél sirviera, «cual sucede en el Código civil suizo con las leyes antiguas de los cantones, de expresión de la costumbre, cuando el texto de la ley escrita hubiere de suplirse» (96).

Y Martí i Miralles, años más tarde, propondría que se diese fuerza interpretativa y supletoria en toda España al derecho anterior y a la doctrina que lo ilustró, gracias a la cual se había formado antaño un fondo común «liberrimente aceptado», en una «auténtica solidaridad jurídica» (97).

Quedaban, además, dos puntos calientes por resolver: el de la costumbre contra ley y el de la interpretación e integración de cada código por el respectivo derecho histórico, propio y común, y por sus costumbres; es decir, la

(94) *Ibid,* Discurso en el Senado del 27 de junio de 1889, cfr. en *Col-lecció dels discursos en defensa de la llegislació civil catalana pronunciats en lo Senat y en lo Congrès amb motiu de la presentació del Codice civil de 1889,* Barcelona, Impr. Barcelonesa, 1899, pág. 158.

(95) Maspons i Anglasell, Francesc de P., «La situación jurídica de Cataluña y la publicación de los apéndices del Código civil», *R.J.C.,* XXIV, 1918, págs. 392 y ss.

(96) Pella y Forgas, José, «Código moderno y codificación catalana, y sistema de la ley escrita de las constituciones de Cataluña», I, *R.J.C.,* XVIII, 1912, pág. 129.

(97) Martí i Miralles, Joan, *op. loc. ult. cit.,* págs. 8 y ss.

cuestión de si el derecho anterior debe quedar totalmente derogado por la codificación o compilación o bien si se mantiene vigente como fuente suplementaria, pero viva, de interpretación e integración de ellas.

Ha explicado Lluis M.ª Roca-Sastre Muncunill (98) que tanto su padre como muchos otros de los juristas que intervinieron en el proyecto de compilación «eran contrarios a dicha codificación»; pero, gradualmente, «se convencieron de que no cabía otro remedio, porque, si ellos no intervenían en la elaboración, existía el peligro de que se aprobase un texto mediocre, inadecuado, insuficiente y técnicamente anticuado». Y, en ese contexto, cita unas líneas del escritor Josep Plá (*Homenots,* segunda serie, Barcelona, 1981, pág. 228) indicando «que fue entonces cuando el señor Roca Sastre llevó a término su memorable esfuerzo, el cual lo puso en primer término en la elaboración de la Compilación e infundió a ésta del espíritu que el tiempo hacía inevitable».

También cita, como prueba, una entrevista a su padre del periodista Francisco Daunis (*Solidaridad Nacional,* 20 julio 1960), en la que éste, el día siguiente de la aprobación de la Compilación, decía: «En cierto modo era ayer jornada alegre y al tiempo triste para el notario Ramón María Roca Sastre. Y eso por el mismo hecho: la Ley aprobando la Compilación del derecho civil especial de Cataluña. Porque –dice Roca Sastre– toda compilación representa un lógico progreso, pero también un retroceso. Su comodidad en el manejo evita que los juristas se interesen y búsquen las fuentes de los principios y normas del derecho». A la pregunta del periodista acerca de qué exactamente había recogido esta Compilación, Roca Sastre contestó: «Codifica el derecho, aclara dudas y facilita el conocimiento del mismo. La mayoría de normas ya existían aunque no se aplicaban muchísimas veces por comodidad o ignorancia. En la codificación se ha recogido el derecho consuetudinario que no figuraba en ninguna fuente escrita, como son, por ejemplo, los heredamientos. El derecho catalán se caracteriza por una amplia libertad, que permite adaptarse a las circunstancias de cada caso. La vida es compleja y necesita esas adaptaciones».

* * *

Hace treinta años traté de mostrar los peligros que acechaban a los derechos especiales y forales hispánicos (99): el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, el impacto de los medios masivos de comunica-

(98) Roca-Sastre Muncunill, Luis María, *Ramón María Roca Sastre, jurista en su vida y en su obra,* Madrid, Seminario Jerónimo González, Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 138 y ss.

(99) «Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral», 16-20, en *A.D.C.A.,* XIV, «Volumen en homenaje en memoria de Mariano Alonso Lambán», 1960-1969, págs. 114-124, y *A.D.C.,* XXIII-III, 1970, págs. 509-518, recogido en mis *Estudios sobre fuentes del...,* págs. 543-556.

ción audiovisuales, y, en suma, la masificación creciente por doquier. Poco más de trece años después, cuando en 1982 se publicaron mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico* que recogieron ese referido trabajo, añadí a modo de epílogo un largo párrafo (100) en el cual razoné que el mayor peligro que acecha a esos derechos, formados por las costumbres, guiadas por juristas prácticos y adecuadas a las necesidades reales, se halla en el Parlamento de su propia comunidad si en él se actúa con criterios ideológicos y de modo teórico, caracterizado por un racionalismo abstracto, de acuerdo con modelos puramente mentales.

Y Lluis Figa Faura, en el último discurso, como presidente de la Académia de Jurisprudéncia y Legislació de Catalunya, que pronunció en la apertura del curso 1991-1992, advertiría (101): «El derecho catalán no es una invención de hoy, naturalmente no es hoy el mismo que hace mil años. Hay, pero, un hilo que, de manera continua y sin interrupciones, le caracteriza y que ha recibido el nombre de tradición jurídica catalana» [...] «La tradición jurídica catalana es ésta: la costumbre es la que lleva a la ley, y no al revés». El olvido de esto por el legislador, es lo que pone, como dice el título de su discurso: «El dret català en perill».

Me voy a permitir apostillar esta admonición de Lluis Figa con una matización, con la que estoy seguro estaría de acuerdo. En momentos de degradación social, la ley ha tenido históricamente una función correctora de las malas costumbres que jurídicamente no eran tales en cuanto carecían de buena razón, en cambio hoy lo habitual es el «estar a los hechos», dando carácter legal a los malos hábitos. En el genuino derecho catalán se seguía el primer criterio. Me voy a circunscribir aquí al recoger unos textos de Tomás Mieres: *quod enim rationem caret non est lex nec consuetudine* (102); *non valet consuetudo, etiam in contradictorio indicio obtenta, quando est irracionabilis vel contra publicam utilitatem»* (103); *y «consuetudine non valet contra bonos mores»* (104).

(100) *Estudios últ. cits.*, págs. 556 y s.
(101) Figa Faura, Ll., «El dret català en perill», *R.J.C.*, 1993, págs. 93 y s.
(102) Mieres, *Apparatus*, II, X, XXXV, 22.
(103) *Ibid*, II, X, XIII, 61.
(104) *Ibid*, I, IV de *Iacobus II, in curiae Barcino*, XXXI, 89.