

La tradición jurídica catalana *

(Valor de la interpretación y peso de la historia)

*Al meu amic el Dr. Tomàs de Montagut,
mestre d'historiadors del dret a Catalunya.*

INTRODUCCIÓN. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA

El 30 de diciembre de 2002 el Parlament de Catalunya aprobaba la primera Ley del Código Civil de Catalunya¹. Según es posible leer en su Preámbulo, su primer objetivo no sería otro que «establecer la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del Código civil de Catalunya». No obstante, en esta Ley se adelantaba, además, el primero de los seis libros en los que se proyecta organizar el Código civil catalán.

Este primer libro, dedicado a las «Disposiciones Generales», contiene un artículo, el 111-2², que lleva por rúbrica *Interpretación e integración*, el cual en su párrafo segundo reza textualmente de la siguiente manera: *En su aplicación, el derecho civil de Catalunya debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana.*

* Este trabajo se enmarca en las investigaciones llevadas a cabo en el seno del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología para los años 2004-2006 y que lleva por título *Els juristes i la construcció d'un sistema de dret privat. El cass de Catalunya (s. XII-XX)* (Ref. BJU2003-09552-C03-02), dirigido por el Dr. José Luis Linares, de la Universitat de Girona.

¹ *BOE*, núm. 32, de 6 de febrero de 2003, pp. 4912-4918. Hay que señalar que el Tribunal Constitucional admitió a trámite, mediante providencia de 20 de mayo de 2003, el recurso de inconstitucionalidad número 2099/2003, promovido contra esta Ley por la Presidencia del Gobierno.

² La numeración en este código se realiza mediante dos cifras, separadas por un guión. La primera de ellas está compuesta de tres números, los cuales hacen referencia respectivamente al Libro, título y capítulo de que se trate. La segunda, al artículo del capítulo en cuestión.

Aparece un concepto, el de *tradición jurídica catalana*, al que se dota de un valor integrador e interpretativo. La idea resulta bien particular: la tradición jurídica del país, de la tierra, se convierte en un criterio de integración y de interpretación normativa. Lo cierto es que la técnica no tiene parangón en otros códigos; la circunstancia, verdaderamente, es original.

Pero más despierta nuestra curiosidad acudir de nuevo al Preámbulo de esta Ley y leer allí, al respecto de este artículo, lo siguiente: «La regulación reconoce a los principios generales del derecho su función de autointegración del derecho civil de Cataluña, para evitar la heterointegración mediante la aplicación del derecho supletorio, y su relevancia como límite a una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana».

Con otras palabras, tal y como se afirma en el artículo 111-1, los Principios generales del Derecho son considerados fuente normativa con una función integradora que se desenvuelve en dos vertientes: por un lado, evitar la heterointegración, y por otro lado impedir «una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana». La *tradición jurídica catalana*, por lo tanto, aparece en el nuevo Código Civil de Cataluña acompañada de cierta desconfianza, con un valor que, al tiempo que se define, se limita, pues se alega una posible «alegación indiscriminada» de tal tradición que, no por más catalana, parece temerse menos.

Desde luego, no es éste el tenor con el que se regulaba el concepto en el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Allí podemos leer (en el art. 1-2.º) que «para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña».

Y yendo todavía más allá, el artículo 1 de la ley de 21 de julio de 1960, mediante la que se aprobaba la Compilación del Derecho civil de Cataluña, colocaba la *tradición jurídica catalana* como único criterio interpretativo de la Compilación, no haciéndose ninguna alusión a unos Principios generales del ordenamiento civil catalán con los que debiera conjugarse esta *tradición* a la hora de integrarse e interpretarse. Textualmente: «Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan».

El concepto *tradición jurídica catalana* pasa de constituir la principal y única lente interpretativa del Derecho civil catalán (Compilación de 1960), para pasar a compartir ese papel y el de la integración con los Principios generales del ordenamiento jurídico de Cataluña (Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, de 1984), terminando por consistir en un mero *criterio interpretativo residual*, tal y como pretende ahora la primera ley del Código civil de Cataluña.

En nuestra opinión, este itinerario tiene que ver con la circunstancia de que, en principio, las normas hermenéuticas son más propias de Compilaciones y Recopilaciones, y menos de los Códigos, dado que éstos, al pretender regular un sector del ordenamiento jurídico *ex novo*, desconfían de la historia y del pensamiento jurídico tradicional, haciendo descansar en el tenor literal de las normas

todo su sentido. Frente a la sistematicidad de los códigos, «en las compilaciones la cohesión se consigue interpretando sus diversos preceptos a tenor de idénticos principios. Por ello no pueden prescindir de las reglas hermenéuticas»³. Por ello, en la medida en que Cataluña adquiere grados superiores de autogobierno y recupera su Parlamento, afronta el objetivo de codificar su Derecho civil y, por lo mismo, el papel de las reglas hermenéuticas cambia.

Existiendo el Parlamento como fuente legitimadora de un Derecho catalán, pierde importancia el recurso, otrora necesario, de establecer un sistema interpretativo que eludiese en lo posible el recurso a fuentes normativas ajenas (incluido el Código Civil).

Sin Parlamento propio la situación determinaba otra política, dado que aun aceptando que resultaba incompatible con el orden constitucional la consideración de la ciencia jurídica como fuente del Derecho, «si en lo sucesivo no se quiere dar a las doctrinas de los Autores catalanes, a su derecho científico, el carácter de fuente del derecho, no será posible negarles fuerza interpretativa de las leyes cuando se ofrezcan dudas acerca de la verdadera comprensión de una institución especial y de sus efectos»⁴.

Hoy en día la importancia del concepto hermenéutico *tradición jurídica catalana* pierde relevancia, dada la existencia de un Parlament de Catalunya que posibilita la constante actualización de su derecho civil. En este marco menos conflictivo⁵ es en el que pretendemos aportar algunas reflexiones en torno al valor del concepto *tradición jurídica catalana*, tal y como vendrá construyéndose a partir del siglo XIX, y en relación con el surgimiento de lo que se vendría a llamar *Escuela Jurídica Catalana*.

I. EL CONCEPTO DE TRADICIÓN JURÍDICA EN CATALUÑA

Frente a la ley (fuente del Derecho propia del Estado), la costumbre se consideraba por los juristas de la Escuela Jurídica Catalana⁶ como la única fuente del Derecho característica de los pueblos libres:

³ Enrique JARDY CASANY: «En torno a la regla hermenéutica del artículo 1 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña», en *Revista Jurídica de Cataluña*, LX-1, 1960, p. 17.

⁴ Manuel DURÁN I BAS: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883. Cito de la edición facsímil publicada en la Colección Textos jurídicos catalans, t. 10, *Projecte d'Apèndix i Materials Precompileris del Dret Civil de Catalunya*, p. 11.

⁵ Ejemplo de un planteamiento más problemático sería el que le correspondería hacer a Jesús LALINDE ABADÍA en 1961. Cf. su trabajo «Estudio del artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil de especial para Cataluña (Alerta a la Escuela Histórica)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, LX-1, 1961, pp. 249-272.

⁶ Acerca de la Escuela Jurídica Catalana existe mucha bibliografía. Especialmente recomendables resultan, en nuestra opinión, los trabajos al respecto de Juan VALLET DE GOYTISOLO: *Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny*, Barcelona, 1980 (separata de *Revista Jurídica de Cataluña*, núms. 3 y 4 de 1979 y 1, 2 y 3 de 1980); Montserrat FIGUERAS PÀMIES: *La Escuela Jurídica Catalana frente a la Codificación española. Durán y Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987; y Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ: «Escoles Jurídiques Catalanes i Codificació», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, 1990, pp. 47-94.

Los pueblos que creen en la omnisciencia y la 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 les espanta la ley que a sí mismo se dicta el pueblo por medio de la costumbre y son los pueblos verdaderamente libres⁷.

Pero lo realmente peculiar en el planteamiento de la Escuela Jurídica Catalana sería su consideración de que la *costumbre*, como fuente del Derecho, configuraría un tipo de ciencia jurídica que sería considerada *la fuente del Derecho esencial* en el ordenamiento jurídico de Cataluña.

Esta Ciencia del Derecho que se consideraba fuente normativa, manifestación de Derecho, no será otra que *la interpretación secular realizada de las normas*, quedando unida, de esta manera, la Ciencia jurídica al Derecho consuetudinario a través de la Tradición⁸. Muy explícitamente se expresaría en este mismo sentido el reputadísimo Decano del Colegio Notarial de Barcelona, Félix María de Falguera:

Para comprender en su verdadero sentido el Derecho catalán no basta conocer el texto de las disposiciones; es necesario tener asimismo fija la vista en la interpretación secular que otras han recibido. Con razón dijeron los romanos: *Optima legum interpres est consuetudo*, y no sería propio de un buen jurisconsulto empeñarse en estudiar nuestro derecho municipal leyendo sus leyes e interpretándolas según su propio criterio. Esta pretensión que se hace notar desde algún tiempo, *esta tendencia a separarse de la interpretación sancionada por la costumbre, no conduce a otra cosa que a introducir la anarquía en el Derecho. La razón individual, aplíquese donde se quiera, siempre producirá los mismos resultados*⁹.

El Derecho catalán se define, por lo tanto, como un Derecho consuetudinario y doctrinal, interpretando la ciencia jurídica, no como una desarraigada elucubración racional sobre la norma, *sino como la aplicación al entendimiento del Derecho del compromiso intelectual con las propias tradiciones*.

Para ello, Félix María de Falguera afirmaba la necesidad de «conocer íntimamente el país que tales costumbres creó, para juzgar la bondad de éstas y de su influencia en el modo de ser y de sentir de ese mismo país».

⁷ Ramón de ABADAL I CALDERÓ: «La llibertat en la llei civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, XI, 1905, p. 13. También, «La llibertat en el dret civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, IX, 1903, pp. 641-662.

⁸ Éste sería el marco teórico que explicaría la aparición de un considerable número de obras de carácter teórico que estaban destinadas al estudio de instituciones del Derecho privado de Cataluña desde la perspectiva de los autores de la Edad Moderna. Ejemplos podrían ser algunos trabajos de MASPONS ANGLASELL como: *Nostre dret familiar, segons els autors clàssics: Fontanella, Cancet, Mieres, Ferrer etc.*, 1899; o *Nostre dret familiar, segons els autors clàssics i les sentències de l'antic Suprem Tribunal de Catalunya*, 1907.

⁹ Félix MARÍA DE FALGUERA: *Conferencias de Derecho catalán dadas en el Ateneo Barcelonés en 1870 y 1880*, Barcelona, 1889, p. 10. Las cursivas son mías.

Esta concepción de las fuentes del Derecho catalán resultaba coherente con el devenir histórico. Es un hecho que, tras 1599, las Cortes de Cataluña apenas aprueban nueva normativa en relación con el Derecho civil. A excepción de aquéllas, ninguna convocatoria de Cortes lleva a cabo Felipe II (III de Castilla); bajo Felipe III (IV de Castilla), no se terminan ni forman constituciones; y Carlos II no convoca Cortes¹⁰. En realidad, después de las Cortes de 1599 sólo es posible encontrar una Constitución que se refiera a materia de Derecho civil, la decimotercera de las Cortes de Barcelona de 1702, referida a los contratos de *violaris* (censos de por vida)¹¹.

Desde este punto de vista, podría decirse que el Decreto sobre Establecimiento y Nueva Planta de la Real Audiencia de Cataluña de 16 de enero de 1716 no hizo sino *consolidar un proceso que venía desarrollándose durante todo el siglo XVII en el Principado*: el Derecho civil catalán evoluciona, sobre una base normativa tradicional, a través de la jurisprudencia y del recurso a la doctrina jurídica, sobre todo extranjera.

A comienzos del siglo XVIII, el escaso sustrato normativo de esta tradición del Derecho civil catalán, tan determinada por una práctica jurídica de talante jurisprudencial y doctrinal, se concreta, según se prescribe en una Constitución de las Cortes de Barcelona de 1702, en una Compilación que sería fruto de la reimpresión de las editadas en el Principado en 1588 y 1589, a las que habría que adicionar las Constituciones de Cortes de 1599 y las aprobadas en las que estaban celebrándose en Barcelona, actualizándose los índices y repertorios alfabéticos. Esta Tercera Compilación General del Derecho de Cataluña se publicaría en 1704 y es la que el Tribunal Supremo denominaría *Libro de las Constituciones de Cataluña*¹².

En ese texto normativo quedaría plasmada la importancia de la jurisprudencia en el Derecho catalán, tal y como se desprende del tenor de la Constitución de Cortes de Monzón de 1542¹³, en la que se afirma lo siguiente:

«Mes statuim y ordenam que de las conclusions fetas en la Regia Audiencia y Consell reyal, sien fetas Decisiones segons lorde que se ha donat per nostre Loctinent General ab lo Reyal Consell, y aquellas sien estampadas a despesas del General, y de las conclusions per avant faedoras sien per lo semblant fetas Decisiones de tres en tres anys, y estampadas a despesas del General, y lo util que de totes eixirá, sie del dit General».

¹⁰ Guillem M.^a de Brocà ha hablado, por ello, de «época de inmovilización del Derecho de Cataluña», destacando la circunstancia de que al tiempo que se retrae la producción normativa, se desarrolla la evolución doctrinal del Derecho. Guillem M.^a de BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1918 (edición facsímil en la Colección Textos Jurídicos Catalans, Barcelona, 1985), p. 405.

¹¹ CYADC-1704, I, VII, 11, 25.^a (cf. nota núm. 12).

¹² Aquí utilizaremos la edición de las *Constitutions y Altres Drets de Cathalunya, Compilats en virtut del capitol de Cort LXXXII, de las Corts per la S. C. y R. Majestat del rey Don Philip IV, Nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona, Any MDCCII*, publicada en Barcelona en 1973. Citaremos mediante las siglas CYADC, señalando primero el año de edición, para distinguir esta Recopilación de las dos anteriores, y después el volumen, y seguidamente la indicación del libro, título y constitución de que se trate.

¹³ CYADC-1704, I, 1, 37, 1.

E incluso en las siguientes Cortes convocadas también en Monzón el año 1547 se determinaría, específicamente, qué debería entenderse por *Decisiones*:

«Declarant, y ajustant a la Constitutió de la dita ultima Cort feta, placia a vostra Altesa statuir, e ordenar que de las conclusions ques faran en las causas civils en la Audientia, sien fetas decisions, comprobant ab drets, y doctrinas los motius, per los quals seran estadas fetas conclusions en ditas causas, las quals hajan de esser sobre los dubtes que hauran donats als Advocats, e que donant lo Relador la sententia al Notari de la causa, li haja a donar la decisio predita, de la qual sen done copia a la part si li demanara, y se haja dita decisio continuar per lo Notari en un libre que stiga en la Cancelleria, intitulat *De decisions de la Regia Audientia*, lo qual libre sie communicat als Advocats, y Doctores, y las ditas decisions de tres en tres, anys sien fetas stampar per los Deputats de Cathalunya a despesas del General».

El equipaje jurídico del Derecho civil catalán quedaba compuesto, por lo tanto, por una base normativa tradicional no demasiado amplia, completada y actualizada por un motor jurisprudencial que quedaba recogido en las Colecciones de Decisiones¹⁴, a las que habría que sumar las obras de una doctrina catalana que, en todo caso, tenían un claro talante casuístico (sus autores no eran teóricos puros, sino prácticos del Derecho). Tanto la doctrina como la jurisprudencia tomaban como referencia sistemática el Derecho canónico y romano.

La importancia, por lo tanto, de la ciencia del Derecho en la formación de un Derecho civil catalán es inexorable¹⁵. La fecha que antes hemos tomado como referencia, 1599, da lugar a una famosa Constitución, *Del Dret se a de seguir en daclarar las causas*, única del título 30, libro I, volumen I de la Tercera Compilación General, que no por menos conocida dejamos de trasladar:

«Axi be statuim y ordenam ab loatió y approbatíó de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir y votar les causes ques portarán en la Real Audientia, conforme y segons la dispositió dels Usatges, Constitutions y Capitos de Cort y altres drets del present Principat y Comtats de Rosselló y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitutions y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositió del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil y Doctrines de Doctors, y que no las pugan decidir ni declarar per equitat, sinó que sie regulada y conforme a les regles del dret comú y que aportan los Doctors sobre materia de equitat».

¹⁴ Miquel FERRER, miembro de la Real Audiencia de Barcelona, será el primero en llevar a cabo esta misión, publicando en 1580 sus *Observantiae Regiae Audientiae circa formam dicendi causas in Audientia vertentes*. Cf. Tomàs de MONTAGUT: «Estudi Introductorí», en LLUYS DE PEQUERA: *Practica, forma y estil de celebrar Corts Generals en Cathalunya y materias incidents en aquellas*, edición facsímil de la de Barcelona de 1701, Madrid, 1998, p. XXV.

¹⁵ Y es que, en último término, podría afirmarse que el Derecho civil catalán se configuró como un Derecho doctrinal, dado que las Constituciones nunca pretenderían construir un sistema más o menos completo. Muy al contrario, se concebirían como una herramienta a utilizar con carácter esporádico para matizar o corregir, cuando fuese necesario, el Derecho común, canónico y romano, el cual se tomaba como la base sistemática del Derecho civil de Cataluña. Al respecto, Josep M.^º PONS GURI: «Constitutions de Catalunya», en *Recull d'Estudis d'Història jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1989.

Y conviene aquí incidir en que esta puerta abierta a la doctrina no desvirtuaría nunca el talante jurisprudencial (*práctico*) del Derecho catalán. Casi todos los juristas que podrían mencionarse del siglo XVII como Francisco Ferrer y Nogués, Joan Pere Fontanella, Francisco Molí u otros muchos, eran, antes que ninguna otra cosa, prácticos del Derecho. En ese sentido, y en Cataluña, jurisprudencia y ciencia jurídica formaban un matrimonio indisoluble.

II. LA ESCUELA JURÍDICA DE CERVERA DURANTE EL SIGLO XVIII

Evidentemente, y como una conclusión lógica de todo lo que llevamos afirmado, cabe decir que la comprensión de un ordenamiento jurídico que se construye, en buena medida, desde la Ciencia del derecho y la jurisprudencia exige un estudio de los juristas que vaya más allá de la elaboración de un mero catálogo prosopográfico¹⁶. Exige un análisis de los métodos y de los intereses de los juristas catalanes que influyen en la personalidad del Derecho catalán que se perpetúa en la Compilación¹⁷.

¹⁶ En este sentido, cabe destacar el esfuerzo que desde 1999 comenzó a dirigir el profesor Tomás de MONTAGUT I ESTRAGUES y su proyecto de investigación titulado «Los juristas y el Derecho en la Corona de Aragón. Siglos XIII-XVIII», aprobado por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica, del Ministerio de Educación y Cultura. Referencia BJU2000-0971, del que formé parte como investigador colaborador.

Catálogos de juristas catalanes los podemos encontrar en Guillermo M.^a de BROCA y Juan AMELL: *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, vol. I, Barcelona, 1882, *Reseña histórica*, cap. 3, sec. 6, p. 29; cap. 4, sec. 14, pp. 70 ss.; cap. 5, sec. 7, pp. 80 ss.; cap. 6, sec. 4, pp. 92 ss. También en Guillermo M.^a de BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil...*, Barcelona, 1918, *Historia*, cap. III, sec. 11, p. 253; cap. IV, sec. 13, pp. 386 ss.; cap. V, sec. 7, pp. 411 ss.; cap. VI, sec. 5, pp. 450 ss.; y cap. VII, sec. 3, pp. 467 ss. También hay noticias en Bienvenido OLIVER: *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*, Barcelona, 1867, en donde encontramos (pp. 177 ss.), un estudio titulado *De la jurisprudencia catalana. Noticia de jurisconsultos catalanes y de sus obras*. Cf., del mismo modo, José PELLA I FORGAS: *Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil*, Barcelona, 1916, el cual va precedido de un *Estudio de los elementos constitutivos del derecho catalán y del origen histórico de las instituciones*, y de un *Estudio de la constitución formal o externa del derecho catalán*, cuyo capítulo IV se dedica a «La ciencia jurídica de Cataluña en el siglo XIX y hasta nuestros días». Del mismo modo hay datos en Joaquín CAMPS I ARBOIX: *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1958, «Bosquejo bibliográfico», pp. 221 ss. Por último, cf. también Víctor FERRO: «Los juristas catalanes en los siglos XVI y XVII», trabajo que contiene un «Apéndice. Juristas de los siglos XVI y XVII», publicado en Javier ALVARADO (ed.): *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 2000, pp. 153-166.

¹⁷ Al respecto, cf. Tomás de MONTAGUT: «El régimen jurídico de los juristas de Barcelona en la Baja edad media», en *Rudimentos legales. Revista de historia del Derecho*, núm. 2, 2000, pp. 63-91. James S. AMELANG: «Barristers and Judges in Early Modern Barcelona: The Rise of a Legal Elite», en *American Historical Review*, núm. 89-5, 1984, pp. 1264-1284. La tesis inédita de Stephen S. JACOBSON: *Professionalism, Corporatism, and Catalanism: The Legal Profession in Nineteenth-Century Barcelona*, Tufts University, 1988. Asimismo, aunque aborda también otras cuestiones, Siobhan HARTY: «Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881-1901», en *Law and History Review*, vol. 20, núm. 2, 2002, pp. 349-384.

En nuestra opinión, el grupo de juristas catalanes que inciden *directamente* en la formación doctrinal que modula el Derecho civil catalán que encontrará cabida en la Compilación de 1960 se origina en la Universidad de Cervera durante el siglo XVIII¹⁸.

La situación política que se vive tras el Decreto de Nueva Planta no es determinante de un cambio brusco de ritmo en un ordenamiento que, como venimos diciendo, venía ya desarrollándose a través de la doctrina y de la jurisprudencia y al margen, en buena medida, de las instituciones políticas y administrativas. *Muy al contrario, el Decreto de Nueva Planta constituye un acicate para esa tendencia.*

Es un hecho que, durante el siglo XVIII, las Universidades españolas intentan acomodar los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho a la nueva circunstancia política del absolutismo regio, que exigía una mayor presencia del Derecho patrio¹⁹. Este proceso adquirió un especial significado en Cataluña y, en concreto, en la Universidad de Cervera, determinando unas consecuencias bien particulares y, en ocasiones, paradójicas.

En 1771 Carlos III dio un gran impulso a la reforma de las Universidades, dando nuevos Planes de Estudio a las de Valladolid, Salamanca y Alcalá, y en años sucesivos a las de Santiago, Granada, Valencia y Oviedo. En todos aquellos Planes se establecían cátedras para el estudio del Derecho real, o patrio, comenzando de esta manera, aunque muy paulatinamente, la decadencia de los estudios de Derecho Romano en España²⁰.

Como al resto de las Universidades llegaría a Cataluña, y en concreto a la Universidad de Cervera, el Plan de Estudios que se había elaborado en la Universidad de Salamanca (con las correcciones que había introducido el Fiscal del Consejo M. G. de Campomanes)²¹, para que sirviera de base y guía en la reforma de sus Planes de Estudios. Ello ocasionó una profunda discusión en Cervera, la cual terminó con la elaboración de un *Informe* compuesto por los que cada Facultad elaboró en relación con sus propios estudios, y por las cuestiones generales que se dirimieron en el Claustro²².

El informe de la Facultad de Leyes que integraría el Informe general de la Universidad estaría necesariamente inspirado por quien era, en aquellos años, el

¹⁸ La afirmación puede resultar paradójica, habida cuenta de la tradición historiográfica que al respecto, y hasta hace relativamente poco tiempo, ha generalizado la idea de que la Universidad de Cervera constituyó un procedimiento efectivo a través del cual Felipe V pretendió imponer su concepción centralizadora también en el universo de la cultura en Cataluña (en ese sentido, cf. Ferrán SOLDEVILA: *Barcelona sense Universitat i la restauració de la Universitat de Barcelona (1714-1837)*, Barcelona, 1938. L. B. NADAL: «Quatre mots sobre la resistència de Catalunya a l'ensenyança universitària centralista», en *Estudis Universitaris Catalans*, Barcelona, 1907).

¹⁹ Al respecto, Mariano PESET: «Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp. 273-339.

²⁰ Cf. Mariano y José Luis PESET: *La Universidad Española (siglos XVIII-XIX). Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid, 1974.

²¹ Un estudio del Plan de Salamanca y de su influencia, en Mariano y José Luis PESET: *El Reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan General de Estudios de 1771*, Madrid, 1969.

²² El *Informe* se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Barcelona, *Archivo de la Universidad de Cervera*, caja núm. 318, documento núm. 231.

jurista más influyente de aquella Universidad y, sin duda, el profesor de su Facultad de Derecho más influyente: José Finestres y de Monsalvo. Para entender el sentido del *Informe*, conviene primero hacer alguna referencia al significado de José Finestres como jurista.

Antes que ninguna otra cosa, José Finestres destacaba como romanista. Al respecto, Gregorio Mayans le diría en una carta: «los catalanes habéis tenido grandes abogados, pero gran intérprete del Derecho Romano aún no lo habrían tenido si no te tuvieran a ti»²³. Este romanismo de Finestres podríamos calificarlo de tradicionalista en el sentido siguiente: Finestres era un humanista jurídico, pero ello no le conducía a entroncar con el *iusracionalismo* de la época, sino que, por el contrario, tenía en muy poca consideración a las nuevas corrientes del Derecho natural. En ese sentido, llegaría a afirmar: «Quiera Dios no se introduzcan en España los errores de los noveleros franceses y septentrionales acerca del derecho natural»²⁴.

Su sensibilidad para con el Derecho «municipal» de Cataluña (entendiendo por éste el Derecho catalán que se mantenía vigente tras el Decreto de Nueva Planta) era, por otro lado, muy grande. En este sentido, Finestres estaba a la altura de los nuevos tiempos y sentía la necesidad de promocionar y estudiar el Derecho propio, eso sí, desde las categorías y la técnica del Derecho Romano. Precisamente de su correspondencia con Mayans obtenemos el dato de que trabajaba en dos obras, una titulada *Iuris catalauni elementa, relata ad certos locos institutionum Iustiniani*, que tenía como objeto, como se desprende de su título, estudiar el Derecho catalán desde el marco conceptual de las *Instituciones* de Justiniano; y otra titulada *Historia iuris catalauni*²⁵.

La mala salud impediría a Finestres la culminación de estos esfuerzos, de los que tan sólo quedaron algunos borradores de la *Historia iuris catalauni*, y un manuscrito, al parecer, bastante completo de los *Iuris catalauni elementa*, del que da cuenta Luciano Gallissá, pero que lamentablemente hoy está perdido²⁶.

Fue, precisamente, el magisterio de Finestres en la Universidad de Cervera lo que permitiría que se plasmara muy particularmente en sus Estatutos, ya en 1749, la exigencia de explicar el Derecho Romano con sus concordancias o discordancias con respecto al Derecho de Cataluña²⁷. Esta exigencia la traía el conocido Auto Acordado de 29 de mayo de 1741, en el que Felipe V prescribía que se explicara, «con el Derecho de los romanos, las Leyes del Reino correspondientes a la materia».

²³ I. CASANOVAS: *Josep Finestres. Estudis biogràfics*, Barcelona, 1931, p. 255.

²⁴ I. CASANOVAS: *Documents per la Història Cultural de Catalunya en el segle XVIII. Josep Finestres. Epistolari*, Barcelona, 1964, vol. II, carta 971, y también vol. I, carta 408.

²⁵ Las cartas a Gregorio Mayans en las que se mencionan estos trabajos (cartas de diciembre de 1728 y de febrero de 1749), en I. CASANOVAS: *Josep Finestres...*, pp. 431-432.

²⁶ Cf. Luciano GALLISSÁ: *De vita et scriptis Iosephi Finestres et a Monsalvo...*, Cervera, 1802.

²⁷ En concreto, el estatuto 8.º del título XI de la Universidad de Cervera (mandado observar por Real Orden de 2 de octubre de 1749), encargaba a los catedráticos de leyes, al explicar el Derecho Romano, referir las novedades y diferencias existentes entre éste y el Derecho municipal.

Ocurre que su observancia llevaría aparejada cierta paradoja, la de profundizar y hacer arraigar más si cabe el Derecho tradicional catalán, frente al centralismo jurídico castellanista. Todo lo contrario de lo que, en principio, perseguía la norma. Ello no podía ser de otra manera, dado que en Cataluña «las leyes del Reino» eran, aún tras el Decreto de Nueva Planta, y en materia de Derecho civil, la tradición jurídica catalana.

En Cervera, por lo tanto, la tradición jurídica catalana entroncaría con los nuevos tiempos, esto es, con aquel romanismo culto y humanista que, vinculado al Derecho real, representaban autores como Heinecio o Vinnio. Y es Finestres la primera materialización de este proceso, la primera encarnación catalana de las transformaciones que el siglo XVIII implica para la enseñanza universitaria del Derecho: la superación del *mos italicus* tardío, la penetración de los valores del humanismo jurídico desde un tradicionalismo que lo mantuvo al margen del derecho natural racionalista, así como la ponderación del Derecho «patrio» en el seno de los estudios universitarios.

Varias de sus obras lo constatan. Así, su *Exercitationis academiae (...) lib. I Epitomarum iuris Hermogiani*, publicada en 1745, o su *Exercitationis academiae*, de 1750, contienen importantes desarrollos de un muy elaborado humanismo jurídico. Por otro lado, su trabajo *De iure dotium libri V*, publicado en 1754, lleva a cabo un estudio comparativo de los sistemas dotales romano, canónico y catalán. Y en su muy celebrado trabajo *In Hermogiani I. C. Iuris epitomarum libro VI*, publicado en 1757, es capaz de estudiar, desde los planteamientos del más erudito humanismo jurídico, la obra del jurista romano, acompañando esto con doce disertaciones de Derecho natural que para él constituían la ocasión de plasmar los valores tradicionales católicos (nada que ver, por supuesto, con un Derecho natural racionalista como el que representaban Hobbes, Grocio, Pufendorf o Wolff).

Finestres suponía, en suma, una reelaboración de los estudios del Derecho Romano desde la perspectiva del humanismo jurídico, el cultivo del Derecho natural entendido como defensa de los valores del catolicismo y, como colofón, una renovada atención al Derecho catalán desde estas concepciones del humanismo jurídico y del tradicionalismo.

Con el previo análisis de la figura de José Finestres no sorprende el contenido del *Informe* que elaboraría la Universidad de Cervera en 1772, en relación con la reforma de las enseñanzas de Leyes. Básicamente, la enseñanza del Derecho se organizaría desde las tres siguientes perspectivas. En primer lugar, el Derecho Romano seguiría constituyendo la estructura básica formativa del jurista. De hecho, sería exclusivamente Derecho Romano el contenido de los estudios de Derecho hasta alcanzar el grado de bachiller.

En segundo lugar, se promocionaría el estudio del Derecho catalán, así como del Derecho canónico (fuente del Derecho en Cataluña, según las conocidas Constituciones de 1409 y de 1599). Los dos años que completaban el grado de licenciado en leyes se dedicaban al estudio de estos dos ordenamientos.

En tercer lugar, muy al contrario de lo que tendría lugar en otros Planes de Estudios (como Valencia o Granada), nada se diría en el *Informe* de la Universidad de Cervera acerca de implantar el estudio del Derecho natural.

Decir de una propuesta como ésta que era conservadora, por su poco desapego con respecto al Derecho Romano, no resulta acertado²⁸. Tal y como hemos afirmado más arriba, el Derecho civil en Cataluña era una tradición esencialmente doctrinal y jurisprudencial que se hacía desde un Derecho Romano y canónico aplicado sobre una base institucional propia; por ello, unos estudios como los que se proponían en Cervera no tenían por qué ser elusivos con respecto al Derecho patrio, sino todo lo contrario, resultaban profundamente defensores del Derecho propio frente al empuje centralizador castellanista borbónico. *Y precisamente porque en Cervera profundizar en el Derecho «propio» significaba un rechazo a esa modernidad que simbolizaban los Borbones, resulta coherente el simultáneo rechazo que se presentó también al Derecho natural racionalista europeo.*

Ramón Lázaro de Dou y de Bassols constituye otro ejemplo significativo de esta línea de juristas catalanes que se origina con ocasión de los Decretos de Nueva Planta y del traslado de todos los estudios jurídicos a la Universidad de Cervera.

En él se demuestra que una postura de franca adhesión al absolutismo borbónico no entraba en contradicción con una actitud orientada al cultivo y desarrollo del Derecho catalán desde la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, afirma por un lado que «no admite duda (...) que la regalía de arreglar nuestra legislación es indisputable en los soberanos, pendiendo todo de su arbitrio y voluntad»²⁹, pero, por otro lado, defiende también la conveniencia del mantenimiento de un Derecho catalán propio y la tesis de ser el Derecho Romano supletorio del Derecho civil en Cataluña con anterioridad al Derecho de Castilla³⁰.

El caso de Joan Antoni Mujal y de Gibert es también significativo. En sus *Annotationis, bene multis indicatis fontibus ex quibus aquam haurire liceat*, publicado en Cervera en 1781, desarrolla un tratado de Derecho Romano (analiza las instituciones del *Digesto*), haciendo referencia, al final de cada capítulo, a la regulación particular del Derecho catalán (*In hoc Principatu, Patrio Cathalaunia iure*, etc.). Una regulación que hace depender no sólo de los Usatges y de las Constituciones de Cataluña, sino también de la costumbre y de la doctrina clásica catalana. Así, aparecen como Derecho catalán las soluciones de Cáncer, Fontanella, Ripoll, Mieres, etc.

Si bien su excesivo talante pro borbónico³¹ le lleva a considerar derogado el orden de prelación de fuentes prescrito en la Constitución de 1599 (Brocà con-

²⁸ Así lo hace Joaquim PRATS en su, por otro lado, valioso trabajo *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, Lleida, 1993, p. 295.

²⁹ Ramón Lázaro de DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado*, Madrid, 1800, I, p. 82.

³⁰ Al respecto de todo ello, el Memorial que remite al Rey en 1822. Cf. Bienvenido OLIVER: *Estudios históricos sobre el Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1867, pp. 99 ss.

³¹ Valga, como justificación de ello, el título de una de sus obras: *Desengaño al público con pura y sólida doctrina. Tratado de la Observancia y obediencia que se debe a las Leyes, Pragmáticas sanciones y Reales Decretos; y ninguna fuerza, en nuestro estado monárquico, de las costumbres, que, sin consentimiento del príncipe, se introducen en contrario, e interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente que no depende el valor y la fuerza del soberano, de la aceptación de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla*, publicada en Cervera en 1774.

sidera que esta tesis responde, meramente, a cierto oportunismo político³²), su obra se enmarca, clarísimamente, en una tradición catalana siempre conformada en el orden romano-canónico que, en defecto de Constituciones específicas, acude a la doctrina jurídica tradicional del país y al Derecho consuetudinario, como fórmulas de solución de las lagunas jurídicas.

Y podríamos seguir con la lista de ejemplos: juristas de la Universidad de Cervera que, tras los Decretos de Nueva Planta prosiguen el cultivo de un Derecho catalán que se caracterizaba, precisamente, por su personalidad doctrinal; una personalidad que ahora adquiriría los tintes propios y renovados de la Universidad de Cervera. Autores como Poncio Cabañach, Francisco Grases i Gralla, José Grau i de Sunyer, Antonio Juglá i Font, Juan Antonio Torres Casana, Jaime Tos i Urgelles, Antonio Pastor, Lorenzo Santayana o Vicente Gibert lo ponen, indiscutiblemente, de manifiesto³³, hasta el extremo de justificar la afirmación de Torres i Bages de que «la Universidad de Cervera conservó un catalanismo que ojalá encontraríamos hoy en la Universidad»³⁴.

La defensa de la importancia del Derecho Romano por la Universidad de Cervera se prolongará, incluso, durante el tránsito al siglo XIX, lo cual no puede interpretarse de la misma manera que en otras Universidades de la Monarquía, y ello por una circunstancia: *en Cataluña, defender el Derecho Romano era defender el Derecho catalán frente al Derecho castellano*, habida cuenta que «la legislación civil de Cataluña consiste principalmente en lo que llaman sus juriscónsultos *Derecho supletorio*»³⁵.

En 1815 se produciría una circunstancia que daría lugar a un enorme revuelo jurídico en Cataluña. El Alcalde Mayor de Figueras consultaba a la Audiencia de Barcelona acerca de cuál era el Derecho supletorio en Cataluña, si el *ius commune* o la Novísima Recopilación, dado que debía recurrir a él para solucionar un litigio. La Audiencia, tras oír al Fiscal, elevó consulta al Rey a través del Ministro de Gracia y Justicia, consulta que fue informada por el Consejo de Castilla, acordándose que la Audiencia debía formar un «expediente instructivo» sobre el tema.

A estos efectos, la Audiencia comisionó a un conjunto de abogados (Agustín Tamaro, Francisco Tomás Ros, Juan de Balle y Juan Francisco Besora), que dictaminaron a favor del mantenimiento del Derecho común como fuente del Derecho en Cataluña; pero también informó el Fiscal en este mismo expediente, y sería él quien nos daría la clave de todo el asunto al argumentar que ya no era necesario un pronunciamiento al respecto «suponiendo que falta ya el objeto de este expediente en el estado que le tenía cuando se publicó la Constitución».

³² Guillermo M.^a de BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y de la jurisprudencia*, Barcelona, 1918, p. 453.

³³ Datos acerca de todos ellos en Bienvenido OLIVER: *Estudios Históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*, Barcelona, 1867, pp. 204-208. BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña*, pp. 453 ss. Joaquín de CAMPS Y ARBOIX: *Historia del Derecho Catalán Moderno*, Barcelona, 1958, pp. 32-48.

³⁴ Josep TORRAS I BAGES: «La tradició catalana», en *Obras Completas*, Barcelona, 1935, VI, vol I, p. 263.

³⁵ Bienvenido OLIVER: *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*, Barcelona, 1867, p. 5.

Esto es, cuando se publicó la Constitución de 1812, y habida cuenta del mandato de su artículo 258 en el sentido de unificar la legislación civil, sí «tenía objeto este expediente». Dejando de este modo, y muy a las claras, que al contrario que en Castilla, en Cataluña la lucha por el mantenimiento del estudio y la vigencia del Derecho Romano era la lucha por el Derecho «patrio»³⁶.

Ocurre que en Cervera, como en cualquier Universidad, la labor de los juristas sería no sólo conservadora, sino también creativa, de modo que sobre ese Derecho catalán que preservaban también proyectarían su personalidad particular, *la del tradicionalismo católico propio de la clase dirigente catalana del siglo XVIII: una burguesía que vivía perfectamente instalada e integrada en el seno del Antiguo Régimen*. La prohibición en 1794 de las Cátedras de Derecho natural y de gentes no tendría, por ejemplo, ninguna repercusión en Cataluña, dado que en Cervera nunca habían llegado a implantarse.

Desde estos planteamientos se entendería la resistencia de Cervera a la reforma de la enseñanza universitaria del Derecho que traerían las Reales Órdenes de 1802 procedentes del Ministro Caballero, dado que iban dirigidas a reforzar el estudio del Derecho castellano, haciéndolo objetivo en libros de texto concretos³⁷, como la obra de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel *Instituciones del Derecho civil de Castilla*.

En aquellas Reales Órdenes los estudios de Derecho se ampliaban a diez años, cuatro dedicados al estudio del Derecho civil romano, cuatro al estudio del Derecho patrio y dos de pasantía; el examen del Derecho real se planteaba sobre la obra de Asso y de Manuel, los nueve libros de la Recopilación castellana y algunos otros libros de carácter histórico-jurídico. No obstante, y aunque el efecto de la reforma de 1802 llegaría a Cervera de inmediato (mediante un Real Orden que imponía la enseñanza de las «leyes del Reino» en las dos cátedras de Prima), la Facultad de Leyes de Cervera mantuvo su trayectoria de manera inmutable.

El objeto esencial de estudio en la Facultad de Leyes de Cervera seguiría siendo, básicamente, el Derecho Romano-canónico³⁸, eso sí, un romanismo que se servía de los mejores humanistas europeos, dado que desde 1802 se utilizaban en las cátedras de Digesto Viejo y Volumen las obras de Voet, «Cujacio», Domat o Gothe (dando por supuesta la influencia de Finestres)³⁹.

De un informe interno presentado al claustro el 20 de enero de 1807, se desprende que la enseñanza de las «leyes del Reino» en la Facultad de Leyes de Cervera tan sólo se aceptó de manera muy limitada y resignada, impartándose durante los dos años de pasantía, además de recibir los alumnos de cuarto curso

³⁶ Todo este proceso, desde la consulta de la Audiencia, hasta el informe del Fiscal, en OLIVER: *Estudios históricos*, pp. 65-91.

³⁷ Al respecto, cf. Manuel MARTÍNEZ NEIRA: *El estudio del Derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, 2001.

³⁸ De los informes de la Facultad de 1803 se desprende que todas las cátedras seguían explicando Derecho Romano. Biblioteca de la Universidad de Barcelona, *Archivo de la Universidad de Cervera*, caja núm. 61, documento 3068.

³⁹ Biblioteca de la Universidad de Barcelona, *Archivo de la Universidad de Cervera*, caja núm. 295, documento 118.

«algunas nociones de derecho público por los Comentarios de Antonio Pérez». No parece que fuera muy efectiva la orden de impartir las leyes del Reino en las Cátedras de Prima.

III. LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA

Siendo cierto el secular talante doctrinal del Derecho catalán, en el sentido que venimos reseñando, no es hasta el último tercio del siglo XIX que se comienza a utilizar la expresión «Escuela Jurídica Catalana» como referencia al conjunto de juristas que acrisolaban y proyectaban, desde la ciencia jurídica, la auténtica tradición jurídica del país. Es evidente que, en una etapa histórica como aquella, la «aparición» de aquel grupo no podía ser casual.

Quien empleara por primera vez el término no sería otro que Manuel Durán i Bas, en un discurso que inauguraba el año de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, leído el 1 de febrero de 1883⁴⁰: «es indudable que hay en Cataluña un fondo común de ideas jurídicas, un procedimiento científico poco menos que constantemente adoptado, *una tendencia general en el fundamento de las instituciones jurídicas propias, un criterio, si no igual, convergente para la solución de los problemas jurídicos que le interesan*».

Durán i Bas, incluso, cita nombres y personalidades: «Samponts es el filósofo, Vives es el comentarista, Martí de Eixalá el tratadista, Permanyer el orador y Reynals y Rabassa el controversista. Rey la ha enaltecido con la autoridad del magistrado, Ferrer y Subirana con la elocuencia el publicista, Anglasesell con el saber del profesor, Illas y Vidal con las hermosas victorias del polemista del foro».

Si bien la Escuela Jurídica Catalana constituía en el último tercio del siglo XIX un esfuerzo joven («si no ha llegado aún a su virilidad, ha alcanzado ya su plena adolescencia», diría al respecto Durán i Bas), sus integrantes no querían considerarse ajenos a la tradición de los juristas catalanes de la Edad Media y de la Edad Moderna, no podían hacerlo sin faltar a una tradición que, desde sus planteamientos, vinculaba necesariamente Ciencia jurídica y Derecho consuetudinario. Por ello, y según Durán i Bas, la Escuela Jurídica Catalana se entroncaba con los juristas catalanes del medievo y la Edad Moderna en el cultivo del Derecho bajo ciertos parámetros: «tendencia es de ellos dar preferencia al derecho privado sobre el público (...), y es también tendencia de ellos dársela al derecho positivo, huyendo de toda lucubración filosófica».

De esta manera, Durán i Bas perfilaba en dos sentidos la Escuela Jurídica Catalana. En primer lugar, esa «preferencia al derecho privado sobre el público» significaba, en relación con la Monarquía, que *sólo pretenderían mantener las instituciones de Derecho civil que el Decreto de Nueva Planta de Felipe V había declarado vigentes, dando por sentado que en ningún supuesto se estaba en el camino de pretender nuevas o renovadas autonomías de carácter político o administrativo*.

⁴⁰ Manuel DURÁN I BAS: «La Escuela Jurídica Catalana», en *Estudios jurídicos*, Barcelona, 1888, pp. 347-374.

En segundo lugar, esa huida «de toda lucubración filosófica» significaba una *ratificación de los valores del tradicionalismo católico frente a las nuevas corrientes ideológicas que recorrían Europa*.

Ocurre que estos dos perfiles con los que Durán i Bas caracterizaba a la Escuela Jurídica Catalana tenían mucho más que ver, tal y como hemos visto, con la tradición jurídica de la Universidad de Cervera que con los juristas catalanes de los siglos XVI y XVII, los cuales nunca se hubieran planteado la renuncia al Derecho público en los términos políticos en que ahora se hacía en relación con la Monarquía de los Borbones, ni estaban en condiciones de renunciar a «lucubraciones filosóficas» que por aquellos tiempos estaban por llegar.

La pregunta que en este punto cabría hacerse es: ¿cuál sería el objeto, la finalidad de este grupo de juristas; qué perseguían, a qué aspiraban? Y hay una respuesta clara:

«Consecuencia de nuestro estudio ha de ser el enaltecimiento de las ideas regionalistas, que tienden a restaurar el modo de ser de las comarcas y de las naciones, luchando a brazo partido con las tendencias cesaristas del igualitarismo revolucionario, engendrado por el renacimiento pagano»⁴¹.

Semejante alegato lo hacía Ramón M.^a Catá de la Torre, en el trabajo que en 1914 premiaba la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, dedicado al estudio del Derecho consuetudinario catalán; y resulta evidente que en él se insiste, de nuevo, en aquellos dos perfiles de la Escuela Jurídica Catalana que Durán i Bas remarcará en su día y que, tal y como hemos analizado, provienen directamente de los planteamientos jurídicos de la Escuela de Cervera: *tradición jurídica propia en el orden civil y tradicionalismo católico frente a nuevas tendencias ideológicas*.

El conjunto de principios y argumentos, criterios y definiciones que elaborarían los miembros de la Escuela Jurídica Catalana, bien trabados y relacionados entre sí, se presentaban como una emanación de la tradición histórica de su pueblo. El Derecho, dirá Durán i Bas, «es la historia», y «el Derecho informado por el espíritu nacional de los pueblos es la doctrina más generalmente profesada de la Escuela Jurídica Catalana»⁴².

De esta manera, el Derecho catalán descrito por los juristas de la Escuela Jurídica Catalana adquiriría un fundamento trascendente y, por lo tanto, incuestionable.

Esta tradición histórica se presentaba, a mediados del siglo XIX, como el baluarte defensivo contra los proyectos uniformistas del Estado y su afán codificador. La argumentación jurídica utilizada recurriría a los planteamientos previamente formulados en la Universidad de Cervera, que habían sido articulados por una clase dirigente dieciochesca catalana incorporada en muchos sentidos a la modernidad, pero que estaba, al mismo tiempo, perfectamente acomodada al Antiguo Régimen. El papel de esta Escuela Jurídica Catalana en unos momentos tan con-

⁴¹ Ramón M.^a CATÁ DE LA TORRE: «Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, XXI, 1915, p. 509.

⁴² DURÁN I BAS: «La Escuela Jurídica Catalana», p. 364.

vulsos e inseguros políticamente como lo eran los años centrales del siglo XIX será, desde el punto de vista social, político y económico, muy determinado.

Por ello, resulta del todo evidente que parte del esfuerzo realizado por la *Escuela Jurídica Catalana* tenía como objeto combatir tendencias propias, tendencias generadas en Cataluña en torno a la «cuestión social», o a revoluciones en el pensamiento social y político, tendencias que constituían una amenaza contra ciertas tradiciones. Esta evidencia se pretendía ocultar, porque nunca se reconoció que se hacía doctrina a través de una Escuela que, de esta manera, consolidaba la evolución liberal tradicionalista del Derecho catalán como la única posible y verdaderamente catalana.

Precisamente porque ello se pretendía ocultar, cierta historiografía ha hecho mucho hincapié en la necesidad de desvelar este aspecto siniestro, en tanto que oculto, de los intereses materiales que se hallaban encubiertos en el proyecto jurídico de la Escuela Catalana. Pero ello ha tenido como consecuencia cierto reduccionismo en los planteamientos, algunos de los cuales se han conformado con explicar la Escuela Jurídica Catalana como un instrumento de los grandes propietarios catalanes para defender sus censos y un sistema de derecho testamentario que garantizaba la no disgregación de su propiedad territorial; olvidándose que, si bien ello podía ser cierto, también lo era que el programa de la Escuela Jurídica Catalana se enmarcaba en un proyecto social, político, jurídico y filosófico. Era una forma de ver el mundo que quedó plasmada en el Apéndice al Código civil a través de la *Memoria* que presentaría ante la Comisión General de Codificación el propio Manuel Durán i Bas.

1. ESCUELA JURÍDICA CATALANA Y CODIFICACIÓN

Resulta ilustrativo, a este respecto, estudiar la posición de los juristas catalanes en relación con el proceso de codificación civil en España⁴³, dado que esta posición ni mucho menos fue conjunta, ni tampoco se mantuvo constante a través del siglo XIX⁴⁴.

Al margen de lo sucedido en relación con el Estatuto de Bayona⁴⁵, durante el período en el que rige la Constitución de Cádiz se observa una posición en ab-

⁴³ Desde el punto de vista de los Gobiernos madrileños, resulta muy esclarecedor el libro del que fue varias veces ministro de Gracia y Justicia, Manuel ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid (la edición que manejo, de la editorial Plus Ultra y que lleva un prólogo de José Castán, no tiene año de edición).

⁴⁴ Este estudio lo lleva a cabo Antoni MIRAMBELL: «Escoles Jurídiques Catalanes i Codificació», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, 1990, pp. 72-90.

⁴⁵ Resulta curioso el dato de que los representantes de Vizcaya, Álava, Guipúzcoa y Navarra lograron, mediante una enmienda, el reconocimiento de que «los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinaran en las primeras Cortes para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación» (art. 144 del Estatuto); sin embargo, cuando el representante por Cataluña, Joseph Garriga y Buach, planteó la misma cuestión, fue contestado por el Presidente Azanza con una negativa absoluta, dado que se consideró que Cataluña no tenía una Constitución particular en el seno de España. Cf. Juan Francisco LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, 1980, p. 53, nota núm. 15.

soluta cerrada al proceso codificador, si bien comprendiendo éste desde una postura abierta.

Diputados catalanes en las Cortes constituyentes de Cádiz, que tuviesen un especial significado por su vinculación con el Derecho, serían los siguientes: en primer lugar, José Espiga y Gadea, arcediano de Benasque, el cual fue designado por la Junta Superior de Cataluña. Por su lado, los corregimientos y ciudades eligieron, entre otros, a Antonio de Campmany i de Montpalau, a Ramón Lázaro de Dou i Bassols, a Ramón Utgés (como el anterior, catedrático de la Universidad de Cervera), a Jaume Creus y al abogado Felipe Aner de Esteve⁴⁶.

Su misión, si nos atenemos a las Instrucciones que la Junta entregó a sus diputados, presentaba algunos aspectos bien sugerentes:

«Que aunque desde luego deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de unificar la legislación y los derechos de todas las Provincias de la Monarquía para que no quede ésta después de la actual crisis hecha de un cuerpo compuesto de partes heterogéneas, con todo cuando no pensase así la pluralidad, o cuando insuperables obstáculos se opusiesen a la realización de esta medida saludable, en tal caso Cataluña no sólo debe conservar sus privilegios y fueros actuales, *sino también recobrar lo que disfrutó en el tiempo en que ocupó el Trono Español la antigua casa de Austria; puesto que los incalculables sacrificios que en defensa de la Nación está haciendo, la constituyen bien digna de recobrar sus prerrogativas*»⁴⁷.

Con este mandato, que, no olvidemos, es de la Junta Superior de Cataluña, la cuestión de la conveniencia de codificar y uniformizar el Derecho sería lógicamente matizado por los diputados catalanes en las ocasiones en que se plantease.

La primera de esas ocasiones se produjo en la sesión de 5 de febrero de 1881, con motivo de la presentación por parte del diputado José Espiga (recordemos, designado directamente como diputado por la Junta Suprema de Cataluña), de una proposición mediante la cual se planteaba la conveniencia de organizar distintas Comisiones parlamentarias que planificaran la necesaria reforma de nuestra legislación. En relación con todo ello, proponía, entre otras, una Comisión «para reformar la legislación civil» y otra para la criminal⁴⁸. Se abrió, de esta manera, la cuestión de la unificación del Derecho.

El diputado catalán y abogado Felipe Aner de Esteve, redactor de las referidas Instrucciones de la Junta a los diputados catalanes como Secretario que era de la misma, intervendría en relación con la propuesta de su compañero el diputado Espiga, para afirmar que, si bien «una nación que tiene una sola religión y un solo Rey, debería tener unas mismas leyes», no habría que olvidar la idea de que «la legislación se ha hecho para los hombres, según las costumbres y circunstancias en que viven»; concluyendo la necesidad de que, para acometer la re-

⁴⁶ Federico RAHOLA: *Los Diputados por Cataluña en las Cortes de Cádiz: Memoria leída en la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona el día 23 de diciembre de 1911*, Barcelona, 1911, pp. 20 ss.

⁴⁷ RAHOLA: *Los Diputados por Cataluña*, p. 53.

⁴⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Madrid, 1870, I, p. 500.

forma de la legislación, debían constituirse comisiones «para cada provincia, pues en cada una de ellas hay diversos usos».

Del mismo modo que Aner de Esteve, esto es, sin atentar contra el principio perseguido y propuesto por Espiga (la armonización entre una nación única y su Derecho), el prestigioso Canciller de la Universidad de Cervera, Ramón Lázaro de Dou i Bassols, intervendría para poner de relieve la dificultad de realizar la reforma de la legislación que proponía el diputado Espiga. De Dou i Bassols argüiría que, siendo lo lógico para acometerla tener en cuenta «todos los Códigos de nuestra legislación», y siendo un hecho que no se contaba en aquella difícil situación de guerra, y en la isla de San Fernando, ni con las Constituciones de Cataluña, ni con las leyes de Aragón, ni con las de Navarra, ni con otras tantas, sin oponerse formalmente a una reforma «nacional» de la legislación (algo que hubiera podido ser entendido como poco «patriótico» en aquel contexto), sí se atrevió a recomendar como más oportuno para aquellos momentos seguir el criterio prudente de Felipe V: mantener el Derecho tradicional, con ciertas limitaciones⁴⁹.

Con ocasión de debatir el que sería artículo 258 de la Constitución de 1812, el diputado Leyva realizó una intervención en representación de la Comisión dictaminadora: «La Comisión ha considerado que (...) algún pueblo de la Península o Ultramar, por circunstancias particulares, podía exigir algún estatuto que no necesiten otros y para su propio bien, ha entendido ser necesario alguna clase de variaciones»⁵⁰. En ese sentido, el artículo quedó de la siguiente y conocida manera: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, *sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*».

Estas «variaciones», que pasan como posibilidad moderadora del carácter uniformador de los Códigos según el artículo 258, podían ser bastante amplias; en todo caso su indeterminación, su no-clasificación mediante algún tipo de *numerus clausus*, dejaba abiertas las aspiraciones de continuidad de todos los ordenamientos jurídicos de la Monarquía. Baste para justificar la interpretación que de este artículo harían los diputados catalanes, el reproche que realizó sobre el mismo el diputado por Zacatecas Gordo y Barrios:

«Sólo la uniformidad de las leyes puede hacer que sean unos mismos los Códigos (...) No clasificándose las variaciones, queda abierto, no ya un portillo angosto, sino una puerta anchurosa, y del tamaño que lo quiera (...) el espíritu de provincialismo que, lejos de uniformar, pretende, por el contrario, mantener a todo trance prácticas y costumbres, que si en otro tiempo acaso han sido loables, no servirán en adelante más que para debilitar o romper el sagrado vínculo que debe unir a todos los españoles»⁵¹.

El criterio abierto del artículo 258 tenía mucho que ver, eso era evidente, con el reconocimiento de las peculiaridades jurídicas y políticas de la realidad ultramarina, pero también abría posibilidades a la pervivencia de las alteridades pe-

⁴⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, I, p. 502.

⁵⁰ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, III, p. 2306.

⁵¹ *Ibidem*.

ninsulares, y en la fuerza de la reivindicación americana de particularismo se pudieron subsumir los diputados catalanes pasando, en esta ocasión, más desapercibida su reivindicación

Lo que parece fuera de discusión, tras la lectura de las Actas parlamentarias al respecto, es que a comienzos del siglo XIX los juristas catalanes mantenían una doble sensibilidad. Por un lado, los nuevos tiempos que inauguraba el siglo XIX constituían un atractivo al que no se resistía la Junta Suprema Central de Cataluña⁵², pero, por otro lado, la querencia hacia sus instituciones tradicionales y su Derecho histórico se mantenía perfectamente viva.

El resultado sería que, en todo caso, la Codificación se planteaba, según el artículo 258 de la Constitución, con el debido respeto y «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», de manera que el proceso de codificación no suponía, en aquellas fechas, un embate para Cataluña. De hecho, la codificación del Derecho mercantil en 1829 apenas despertaría oposición desde planteamientos historicistas y patrióticos.

La Constitución de 1837 presentaba, en su artículo 4, un planteamiento más cerrado del proceso codificador. Textualmente afirmaba: «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

Pero el imperativo del artículo 4 del texto constitucional no parecía ser, entonces, óbice para que un egregio miembro de la Escuela Jurídica Catalana (según el propio Durán i Bas) aceptase ser nombrado, ni más ni menos, que Vocal de la Comisión de elaboración del Código Civil. El Decreto de 16 de diciembre de 1837 designaba a Joaquim Rey para este puesto en una Comisión que tenía como encargo «uniformar las leyes y prácticas civiles de toda la monarquía, como lo exigen el artículo 4 de la Constitución y el principio de unidad nacional, y preservar los derechos y expectativas fundados en las leyes y fueros especiales a cuyo fin me propondrán los medios de llegar a la uniformidad apetecida»⁵³.

Resulta evidente que el proceso de codificación no se interpretaba como una erradicación de cualquier diversidad jurídica regional en el Estado, o al menos no se temía ese resultado en Cataluña.

Creada la Comisión General de Codificación (por Real Decreto de 19 de agosto de 1843⁵⁴), ésta aprueba unas Bases Generales de la Codificación⁵⁵. La segunda base decía lo siguiente: «Con arreglo a su artículo cuarto (de la Constitución de 1837) no se reconocerá en los Códigos fuero alguno especial, sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno solo para todos los españoles en los juicios civiles y criminales». A su vez, la tercera base planteaba el si-

⁵² Tal y como hemos transcrito de las Instrucciones que la Junta entrega a los Diputados de las Cortes de Cádiz: «deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de unificar la legislación y los derechos de todas las Provincias de la Monarquía para que no quede ésta después de la actual crisis hecha de un cuerpo compuesto de partes heterogéneas».

⁵³ LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación civil*, vol. I, p. 151.

⁵⁴ El texto del Decreto, en LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación civil*, vol. I, p. 152, nota núm. 4.

⁵⁵ Cf. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación civil*, vol. I, pp. 154-155.

guiente objetivo: «El Código Civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las legislaciones»⁵⁶.

Al respecto de la sensibilidad exigible al Código civil en relación con aquellas «legislaciones especiales» que tenían ciertas provincias, Domingo María Vila⁵⁷ intervendría ante la Comisión el 20 de septiembre de 1843 planteando la necesidad de añadir a la base 2.^a el siguiente inciso: «respetando en lo posible las leyes y costumbres existentes». Se trataba de apostar por una codificación que reservara ámbitos de diversidad a las distintas tradiciones forales del Estado dado que, si bien se reconocía que la uniformidad era beneficiosa para jueces y gobernantes, las leyes, decía, debían anteponer a la comodidad de los gobernantes «el bienestar de varias provincias importantes de España, hoy prósperas y florecientes a la sombra de sus leyes protectoras»⁵⁸; se trataba de introducir lo que, años después, se denominarían Apéndices forales⁵⁹.

De los integrantes de la Sección de Código Civil de la Comisión no cabía, en principio, suponer que iban a avanzar hacia un proyecto esquivo con las distintas tradiciones forales del Estado. Al margen de Domingo María Vila, Catedrático de la Universidad de Barcelona, era vocal de la Sección Javier de Quinto (quien afirmaría al jurar su cargo que iba a hacer representación de los «intereses privados de los naturales del antiguo Reino de Aragón»), y su Presidente, Florencio García-Goyena, era navarro y había sido diputado por la provincia foral en las Cortes de 1839-1840.

En general, y como destaca Antoni Mirambell, hasta la publicación del Proyecto de Código Civil de 1851 no existía en Cataluña ninguna reticencia hacia el proceso codificador⁶⁰. La situación cambiaría radicalmente con ocasión de las Reales Órdenes de 12 de junio de 1851 y de 3 de enero de 1852, que sometían el Proyecto a la opinión de instituciones, autoridades y juristas para crear un clima de opinión que pudiera mejorar el texto.

⁵⁶ Cf. José Antonio ELÍAS: *Compendio de la Historia de las Instituciones y Derecho de la Monarquía Española y de cada uno de los Reinos en que estuvo dividida*, Barcelona, 1847, pp. 547-549.

⁵⁷ Catalán, Catedrático de la Universidad de Barcelona, Jefe Superior de Administración y Letrado del Colegio de la Corte; fue diputado por Barcelona en las legislaturas de 1836 y 1841; como miembro de la Comisión su actividad fue muy influyente en relación con la Ley Constitutiva de los Tribunales de 1845 y con el Código Penal de 1848. Su intervención ante la Comisión acerca de la manera de entender la «unidad de códigos» que reclamaba la Constitución fue publicada en *El Faro Nacional*, núm. 107 (1852), pp. 401-408.

⁵⁸ Cf. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, 4, Codificación civil*, vol. I, pp. 155-156.

⁵⁹ Al respecto, cf. Pablo Salvador CODERCH: *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 14-15. Cf. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, 4, Codificación civil*, vol. I, pp. 154-156, 299.

Esta peculiaridad, la de un Código civil que permitiera ámbitos de diversidad regional y pervivencias de distintos sistemas jurídicos alternativos, vigentes simultáneamente al establecido por el Código, resultaría único y excepcional en Europa. Hoy en día despierta creciente curiosidad y comentario. Cf. Kenneth F. LEDFORD: «Codification and Normativity: Catalan “Exception” and European “Norm”», *Law and History Review*, vol. 20, núm. 2 (2002), pp. 385-392.

⁶⁰ MIRAMBELL: «Escoles Jurídiques Catalanes: Codificación», p. 76.

Con ocasión de su publicación, el Proyecto de 1851 genera en Cataluña un temor que, según se ha venido interpretando por algunos autores, estaba centrado fundamentalmente en los propietarios agrarios, dado que los mismos creyeron ver en peligro sus censos, que eran declarados redimibles, así como sus tradiciones económico-familiares, dado que el Código imponía el sistema de legítimas rígido castellano.

Según estos mismos autores, lejos de reconocerse lo que muy en concreto se estaba defendiendo (el mantenimiento de ciertas instituciones), se armonizará una defensa jurídica en el marco de ese tradicionalismo catalán creciente que estimulaba la *Renaixença*, de manera que el conjunto de juristas al servicio de la defensa de los propietarios agrarios de Cataluña aparecerían como defensores de la única tradición nacional jurídica del país digna de ser tenida como tal, desde la cual se cuestionarían no ya instituciones jurídicas en concreto, sino la propia codificación como concepto⁶¹.

No obstante, la índole del conflicto era mucho más profunda. La controversia de intereses económicos, siendo real, constituía tan sólo un aspecto de un problema mucho más complejo, el cual de ninguna manera se podía resumir en una manifestación de la lucha por la propiedad de la tierra.

Una muestra completa y sistemática de ese programa lo publica la *Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya* con el título *El Dret Català i la Codificació. Report Presentat al Consell Permanent de la Mancomunitat de Catalunya*.

En este trabajo (que, sorprendentemente, apenas ha sido destacado por los estudiosos de la historia y el Derecho catalán), el cual ve la luz cuando la Codificación del Derecho civil ya es un hecho irreversible (se publica en Barcelona, en 1919), se desarrolla un concepto del Derecho catalán que parte de una idea orgánica de la sociedad y de la libertad bastante contraria a los criterios característicos del liberalismo individualista.

La *Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat* recogía en este trabajo, publicado en pleno siglo XX, las conclusiones del pensamiento jurídico catalán que se había forjado, sustancialmente, durante la centuria anterior. Y ello servía como fundamento para plantear una férrea oposición al Código civil y para promover el mantenimiento y desarrollo de un Derecho propio en Cataluña.

Este libro del que hablamos es un claro ejemplo de que la oposición a la Codificación del Derecho civil que se presenta en Cataluña sólo puede entenderse completamente acudiendo a los planteamientos de los juristas catalanes decimonónicos, y prestando atención a sus discursos en lo que tenían de teoría jurídica y política, sin pretender resumirlos, necesariamente, en los conflictos sociales y económicos de su tiempo, los cuales, si bien pueden ayudar a comprender la teoría jurídica catalana del XIX, e incluso la condicionan en alguna medida, en ningún caso la agotan ni la determinan.

⁶¹ Con palabras de Salvador Coderch: «Con todo es precisamente este rechazo de aspectos parciales del Proyecto que se consideran fundamentales lo que permitió articular las primeras críticas globales desde un punto de vista doctrinal –o, si se prefiere así, ideológico– a la Codificación como sistema de regulación de las relaciones civiles de un pueblo, y concretamente, del pueblo catalán», Salvador CODERCH: *La Compilación y su historia*, p. 87.

A lo largo de las páginas que siguen nos esforcaremos en demostrar cómo la élite jurídica catalana construye, durante el siglo XIX, una teoría jurídica general que parte de una idea orgánica de la sociedad, y que articula un concepto de autoridad (familiar) y de libertad (no individualista), que dotará de una muy particular personalidad al proyecto de liberalismo político del catalanismo.

2. LA ESCUELA HISTÓRICA Y LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA

Esta defensa de intereses específicos (y de las instituciones concretas del Derecho histórico tradicional que los regulaban), y esta propuesta de modelo jurídico y político que tiene lugar a mediados del siglo XIX en Cataluña, se interpretará, no podía ser de otra manera, en el marco de las tan vigentes entonces tesis de la Escuela Histórica del Derecho, *de manera que la defensa del Derecho propio de Cataluña pasaría a interpretarse tras 1851 como necesariamente enfrentada a la codificación*, la cual se orquestaba, para el conjunto del Estado, desde Madrid.

Se cita habitualmente la opinión de Eduardo de Hinojosa para afirmar que el primero en formular en España, con claridad y rotundidad, el ideario de la Escuela Histórica fue Pedro José Pidal⁶². Y todavía más, es opinión bastante generalizada situar en la persona del propio Eduardo de Hinojosa y Naveros⁶³ el auténtico cauce de entrada de la Escuela Histórica en la historiografía jurídica española.

Pero la Escuela Histórica, para constituirse verdaderamente, para poder ser, exigía habilitar una conexión entre el pasado y el porvenir. La Escuela Histórica partía de la base de que los historiadores del derecho tenían una muy relevante tarea legislativa; debían ser guía y horizonte de los legisladores, debían marcar el camino de las reformas, de modo que éstas no se alejasen del sentir popular que se definía y se captaba únicamente en la Historia. Y esta función, e incluso

⁶² Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS: «Plan de una obra de jurisprudencia nacional de 1803», en *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 13, 1958, pp. 39 ss. La propia revista que se cita también pasa por constituir, en su creación (1853), uno de los cauces de entrada de la Escuela Histórica en España.

Suele mencionarse, al respecto de Pidal y su difusión de la Escuela Histórica, su discurso de apertura en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la que era presidente en 1843, así como sus «Lecciones acerca del gobierno y legislación en España», leídas en el curso que impartiera en el Ateneo de Madrid en los años 1841-1842.

⁶³ Francisco TOMÁS Y VALIENTE: «Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV, 1993-1994, pp. 1065-1088.

Desde 1878 Hinojosa traba relación con los más relevantes miembros de la rama germanista de aquella Escuela y, en 1883, con ocasión de la creación de las Cátedras de Historia del Derecho en la Universidad española, publicaría su *Historia general del Derecho español*, tomo I, Madrid, 1887. El segundo tomo nunca llegó a ser publicado. Son de sobra conocidos los trabajos de Hinojosa. En especial, interesarían aquí aquellos en los que aplica la metodología de los germanistas de la Escuela Histórica a las fuentes españolas medievales. Pueden consultarse en la recopilación de sus trabajos que realizó el Instituto Nacional de Estudios Políticos en dos volúmenes, Madrid, 1948-1955, con un estudio introductorio de Alfonso García Gallo.

esta intención al escribir historia, quedaba muy lejos de las motivaciones tanto de Hinojosa como de su, por otra parte bien relevante, Escuela (formada, esencialmente, por Claudio Sánchez Albornoz, José María Ramos Loscertales y Galo Sánchez Sánchez).

En Cataluña, sí podría cuajar una Escuela jurídica con el ideario de la Escuela Histórica. En el momento clave (mediados del siglo XIX), en el que se proyecta unificar el Derecho civil del Estado español en torno a un Código, un grupo de juristas catalanes podría entroncarse en este ideario para exigir una pausa en el proceso codificador y un espacio para definir, mediante el estudio histórico de sus instituciones, su propio ámbito jurídico a efectos de que pudiera ser, en su momento, codificado sin atentar contra su personalidad nacional.

La penetración de este programa jurídico en Cataluña tuvo sus propias características. Durán i Bas hacía referencia a la persona de Reynals i Rabassa y su labor al frente de la cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Barcelona; las obras de Savigny habrían caído «tempranamente en sus manos (...) en una época en que eran en España poco conocidas»; y a partir de ahí, y en su labor universitaria, Reynals i Rabassa habría impulsado una labor que Durán resume de la siguiente manera: «enseña el derecho romano y generaliza con las tesis de Savigny»⁶⁴.

En todo caso, el predominio en el grupo de la denominada Escuela Jurídica Catalana de los planteamientos de la Escuela Histórica no era, para nada, absoluto. Un miembro tan relevante de la Escuela como Martí de Eixalá estaba, por ejemplo, profundamente imbuido por la metodología de Pothier y la doctrina escocesa del sentido común. Y no hay que olvidar que buena parte de los juristas de la Escuela Catalana fueron sus discípulos en la Universidad de Barcelona (Durán i Bas, o Permanyer, sin ir más lejos).

No obstante, también es cierto que conforme avanza la segunda mitad del siglo XIX, el factor historicista va adquiriendo un valor cada vez más preponderante en los planteamientos y programas de este grupo de juristas. Quizás la transición la simboliza mejor que nadie Francesc Permanyer i Tuyet, y suele señalarse su discurso en el Congreso de 7 de enero de 1861 como un hito en este sentido. En este discurso afirmarí, entre otras cosas, lo siguiente:

«La escuela histórica en nuestra España no está exclusivamente representada por la tendencia a conservar las fuerzas provinciales; la escuela histórica en España, lo mismo que en los demás países cultos y civilizados, lo es por su tendencia a conservar el derecho existente tradicional, por su repugnancia a reformarle y modificarle cuando no exige la reforma una necesidad imperiosa y ya irresistible, por su tendencia remozar y reconstituir el derecho, pero en lo posible con elementos viejos, con elementos ya sancionados por la tradición, ya consagrados por la experiencia y encarnados en la conciencia y en el sentimiento del país que es, como todos sabemos, la verdadera y única fuente del derecho constituido»⁶⁵.

⁶⁴ Manuel DURÁN I BAS: *Reynals i Rabassa. Estudio biográfico y literario, leído en la sesión pública que se celebró el 29 de mayo e 1883 en la Real Academia de Buenas Letras de esta ciudad*, Barcelona, 1883, pp. 13 y 16.

⁶⁵ La cita del discurso se extrae de DURÁN I BAS: «La Escuela Jurídica Catalana», p. 366.

En todo caso, este realce de la Escuela Histórica se debía más que a un decantamiento doctrinal de los juristas catalanes, a las imposiciones de la lógica política de la época, habida cuenta que el programa de la Escuela Histórica se adaptaba, enormemente, a la situación que se vivía en Cataluña en relación con el proyecto de codificación y unificación del Derecho civil.

Porque es un hecho que el mismo Permanyer tenía una formación mucho más ecléctica que lo que parece desprenderse de su discurso en el Congreso. A través de Martí de Eixalá tuvo que adquirir un buen conocimiento de autores como Thomas Reid (escuela escocesa del sentido común) y Balmes, y dada su trayectoria política y su carácter de hombre e intelectual de su tiempo, participó de planteamientos tan extendidos en sus círculos como los postulados historicistas de Stahl, el programa krausista de Ahrens, o la teoría jurídica de Lermnier⁶⁶. Sus programas de cátedra así lo certifican⁶⁷.

Otra circunstancia que matiza y cuestiona la auténtica importancia de la Escuela Histórica en la Escuela Jurídica Catalana tiene que ver con el escaso conocimiento directo que se tenía a mediados del siglo XIX en Cataluña de la obra de Savigny.

En los años cuarenta del siglo XIX apenas era posible encontrar obras de Savigny en castellano (con la excepción, quizás, de la traducción publicada en Madrid en 1845 del *Tratado de la posesión: según los principios del Derecho Romano*). Sí era posible leerlo en francés, ya que entre 1840 y 1851 se publica en esta lengua en París el *Traité de droit romain*, libros que llegan a Cataluña.

Lo cierto es que para la mayoría de los juristas de relieve catalanes (y españoles en general) de la década de los años cuarenta del siglo XIX, el conocimiento del ideario de la Escuela Histórica tenía un apellido que, paradójicamente, no era el de Savigny, sino el de Lermnier⁶⁸. Esto era lógico, habida cuenta del general conocimiento de la obra de Lermnier, que llegó a ser presentada a la Dirección General de Estudios para que se aprobara como libro de texto en las Facultades de Derecho⁶⁹.

⁶⁶ Sobre estos autores, y su lugar e influencia en la política de la época, se amplía la información más adelante.

⁶⁷ Permanyer fue catedrático en la Universidad de Barcelona desde 1848, y en 1856 fue alcalde de esa misma ciudad. Miembro de la Unión Liberal, en 1862 se hizo cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho en Madrid, ciudad en donde desempeñará la condición de diputado, llegando, incluso, a ser Ministro de Ultramar. La amplitud y sincretismo de su teoría jurídica se observa, sin ir más lejos, en su programa de la cátedra de Filosofía del Derecho, en donde queda patente la influencia que sobre él ejercía el pensamiento de Stahl o de Ahrens. Al respecto de todo ello, recogiendo los programas de las clases de Permanyer, tanto en Barcelona como en Madrid, cf. Manuel DURÁN I BAS: *Noticia de la vida y escritos del Excmo. Sr. D. Francisco Permanyer y Tuyet, leída en la sesión pública celebrada por la Academia de Buenas Letras el 1 de junio de 1870*, Barcelona, 1870, especialmente pp. 31, núms. 1 y 34, n. 1.

⁶⁸ Antonio Álvarez Morales destaca que incluso el que pasa por ser el primer introductor de Savigny en España, Pedro-José Pidal, no tenía un conocimiento directo del padre de la Escuela Histórica, sino indirecto y a través de la obra de Lermnier (y de la obra de LEFEVRE DE LABOULAYE: *Essai sur la vie et les ouvrages de F. C. de Savigny*, París, 1842, según el propio Pidal reconociera en su Discurso antes mencionado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Cf. Antonio ÁLVAREZ DE MORALES: *Historia del derecho y de las instituciones españolas*, Madrid, 1989, p. 53.

⁶⁹ ÁLVAREZ DE MORALES: *Op. cit.*

En 1840 se publica en Barcelona la traducción de la obra de M. Eugène Lerminier *Introducción general a la Historia del Derecho*, la cual, indirectamente, va a constituir un cauce de difusión enormemente potente de los valores e ideario de la Escuela Histórica; valores e ideario muy tamizados por los planteamientos ideológicos del autor que resultaban perfectamente adaptables a la tradición católica de la sociedad catalana.

La importancia de la obra de Lerminier como cauce de recepción del historicismo en Cataluña (y en España en general) es bastante sorprendente, constituyendo un indicio la consulta de las tesis doctorales que a mediados del siglo XIX se leían en la Universidad Central de Barcelona, algunas de las cuales se publicaban en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*⁷⁰.

En la introducción de su obra, Lerminier recuerda su hastío juvenil al tener que enfrentarse al estudio de los más que aburridos códigos de leyes y cómo, casualmente, caería en sus manos un ejemplar de la obra *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*. «Sabía un poco alemán y me puse a leerla», nos cuenta, y nos expone la impresión que le causó:

«Apenas podía recobrar me de mi sorpresa: el autor distinguía el derecho de la ley, hablaba del derecho de una manera apasionada, lo presentaba como una cosa real, dramática, dotada de vida, y finalmente dirigía críticas severas a las legislaciones y a los códigos propiamente dichos»⁷¹.

El momento en el que juristas como Durán i Bas, Permanyer, o Reynals y Rabassa conocieron este libro no podía ser más fértil para aquellas afirmaciones: el derecho no era lo mismo que la ley. La ley promulgada en Madrid, el Código Civil, era una realidad bien distinta al Derecho de Cataluña; un derecho catalán que pasaba a comprenderse como una entidad «real, dramática, dotada de vida».

El libro de Lerminier tenía un objetivo explícito:

«¿En qué consiste, pues, esta Introducción, cuál es el objetivo que en ella me he propuesto? Despertar la idea del derecho; distinguirlo enteramente de la legislación; establecer una teoría del derecho positivo que en el seno de la jurisprudencia presente hermanadas la filosofía y la historia y demuestre que el derecho subsiste a la vez por el elemento filosófico y por el elemento histórico»⁷².

Lerminier no era un historicista puro, sino que incorporaba al programa de la Escuela Histórica elementos del iusnaturalismo católico. «La naturaleza humana es de donde toma su origen el derecho y en donde encuentra su base», afirma, y «ecsisiendo en la naturaleza y en la conciencia del hombre la idea del derecho,

⁷⁰ Constituyen ejemplos el trabajo de RODRÍGUEZ MARTÍN *Influencia de la Revolución Francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo. De los obstáculos que retardan unificar la legislación civil española*; o el de Fermín HERNÁNDEZ IGLESIAS *Origen y fundamento y valor del Derecho consuetudinario*.

⁷¹ M. Eugène LERMINIER: *Introducción general a la Historia del Derecho*, Barcelona, 1840, p. 3.

⁷² LERMINIER: *Op. cit.*, p. 7.

debe necesariamente manifestarse en la historia y desarrollarse en ella con una prodigiosa energía»⁷³.

Más detalladamente:

«(...) las ideas puras y absolutas de la conciencia van tomando entonces el tinte de las pasiones y preocupaciones, se reducen a práctica, pasan a la historia y se desprenden de la pureza filosófica para tomar un carácter y traje nacional.

Hay una época, pues, en que las costumbres son las únicas que espresan el derecho de un pueblo (...) mas por último, llega un momento en que la juventud desaparece y la imaginación con ella, las ideas necesitan de mayor precisión, no bastan ya las imágenes, y el derecho pasa del símbolo a la legislación. Se escribe el derecho, se redactan las costumbres y lo que no ecstisía más que en la memoria del pueblo, pasa a las fórmulas del estilo legislativo. (...)

Conviene, pues, no confundir el derecho con la legislación. La legislación es la expresión, el estilo del derecho, pero no lo constituye»⁷⁴.

El Derecho, definido como manifestación de la naturaleza humana, se desarrolla y toma cuerpo a través de la historia, llegando, en un momento dado, a adquirir expresión legislativa. Pero, independientemente de cual fuera su «expresión», el derecho significa una «práctica continua», y «lo que es objeto de una práctica continua, debe necesariamente reflejarse en el entendimiento del hombre, por esto la teoría viene en pos de la legislación, después de la acción de la ciencia». Éste sería el momento de la ciencia del derecho, de la doctrina, y aquí se destacaría fundamentalmente el papel del Derecho Romano:

«La ciencia viene en pos de la legislación, a estampar en el derecho su sello y su lógica: sienta los principios, formula los axiomas, deduce las consecuencias y de la idea del derecho al desarrollarla, saca resultados inagotables (...)

El derecho romano no tiene igual en esta parte: pueden contestarse algunos de sus principios, pero su método, su lógica, su sistema científico lo han hecho y lo hacen superior a todas las demás legislaciones»⁷⁵.

Lerminier desarrollaría, de esta manera, un concepto triangular de Derecho: «ecstisite en la conciencia humana, en la historia y en la ciencia»⁷⁶.

Este concepto triangular encajaría perfectamente en los planteamientos que, originados en la Facultad de Leyes de la Universidad de Cervera, se desarrollaron en los círculos de la Escuela Jurídica Catalana, *dando lugar a una similar concepción triangular del Derecho que, paralelamente a la de Lerminier, se definiría por el tradicionalismo católico («conciencia humana»), Derecho consuetudinario («historia») y Derecho Romano («ciencia»).*

Desde esta triple perspectiva, Lerminier esbozaba un programa jurídico que pretendía ser comprensivo de toda la amplitud de la realidad jurídica.

⁷³ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 16.

⁷⁴ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 33.

⁷⁶ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 36.

Parte de la base de que «el primer elemento que es preciso reconocer en el derecho positivo es el elemento filosófico. Las ideas absolutas de lo justo y de lo verdadero constituyen su fondo y su esencia (...) Éstas son las ideas que el género humano no ha dejado nunca de honrar y practicar con el nombre de derecho natural»⁷⁷.

Y es sobre esta base incommovible que opera la Historia:

«Este fondo eterno de ideas absolutas que es el mismo en todas partes, toma mil formas variadas, do quiera que ecsisten hombres (...); a la filosofía se le ha asociado la historia, ora para expresarla, ora para malearla.

Con todo, de esta amalgama de la filosofía y de la historia ha resultado en cada pueblo un todo individual y distinto, que participa de ésta y de aquélla (...); tal es el derecho positivo, asociación de principios universales y de maximas nacionales»⁷⁸.

La teoría del Derecho que se colige de la obra de Lerminier es historicista e iusnaturalista a la vez y, en este sentido, hacía posible la recepción de los esquemas de la Escuela Histórica en un ambiente social católico y conservador como era el de la burguesía y aristocracia catalanas de mediados del siglo XIX.

Lerminier, teniendo muy en cuenta la importancia del elemento filosófico en la correcta comprensión del Derecho, no era en absoluto un iusracionalista, desdeñaba a los reformadores ilustrados que no tomaban en cuenta otro criterio sino la razón: «En efecto, no toméis sino el elemento filosófico y mutilaréis la ciencia; os agitaréis entre teorías (...). Se os ocultará todo lo real, lo nacional, lo político»⁷⁹.

Pero, por otro lado, no era tampoco un mero historicista:

«Por otra parte si solo os llama la atención el elemento histórico, si en el derecho no tomáis en cuenta sino lo nacional, despreciáis lo que da vida a todas las instituciones, lo racional, lo absoluto (...). De esta suerte, el célebre caudillo de la Escuela Histórica alemana, M. De Savigny, ocupado únicamente de la historia, de lo que tiene de individual el derecho de las naciones, de sus costumbres, de su instinto político, ha desconocido el fundamento filosófico del derecho positivo, el elemento humano y universal»⁸⁰.

La propuesta final que Lerminier pondría sobre la mesa sería entusiásticamente acogida por el grupo de juristas catalanes del que venimos hablando:

⁷⁷ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 36.

⁷⁸ LERMINIER: *Op. cit.*, pp. 36-37.

⁷⁹ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁰ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 39.

También haría referencia a aquellos que tenían como único elemento de comprensión sobre el derecho su carácter de ciencia jurídica: «Finalmente, si poniendo en olvido todo lo que tiene de filosófico e histórico el derecho positivo, nos ciñésemos a la sola inteligencia de las fórmulas y de los textos, a la sola forma dogmática o geométrica, podríamos deducir consecuencias ecsactas, mostramos buenos lógicos, pero nada más», *ibidem*, p. 40.

«El jurisconsulto, en las reformas que se proponga hacer en nuestros días, por medio del doble conocimiento de la filosofía y de la historia logrará preservarse a un tiempo de una rutina poco inteligente y de un radicalismo fogoso e ignorante»⁸¹.

Éste sería el talante del historicismo jurídico catalán, un historicismo tradicionalista, católico y conservador que, lógicamente, no podía vivir al margen del iusnaturalismo, pero que necesitaba enarbolar las tradiciones históricas para defenderse de ciertos impulsos reformistas que amenazaban bajo la forma de la codificación del derecho civil.

A pesar de los matices de este historicismo, que podríamos llamar católico, en relación con el programa puro de la Escuela Histórica, la influencia en España de las tesis de Savigny no sería pequeña. Pedro Gómez de la Serna llegaría a afirmar que a finales del reinado de Isabel II, la difusión de las teorías de la «Escuela Histórica» en España daría como resultado que se contemplara «con recelo la conveniencia de la codificación del Derecho civil, que algunos años antes parecía natural, sencillo y no expuesto a graves inconvenientes»⁸².

Y sería Cataluña el lugar donde más se desarrollara aquella influencia. De hecho, Barcelona fue la única ciudad española donde la Fundación Savigny tendría un Comité; lo constituiría el Colegio de Abogados de la ciudad en 1869, designando como presidente a Manuel Durán i Bas.

3. LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA EN EL MARCO POLÍTICO DE LA ESPAÑA DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

Si un hito resulta significativo para vislumbrar los perfiles de las ideologías que apuestan por un cambio en la mortecina España de mediados del siglo XIX, ese hito es la revolución de 1868.

Tenía lugar en España, por primera vez, una revolución con un carácter burgués totalmente desteñido de cualquier tinte de compromiso con el Antiguo Régimen; por primera vez se plantea en España de manera popular un régimen monárquico parlamentario plenamente liberal (lo que se denominaba entonces una «monarquía democrática»). Se ha afirmado en muchas ocasiones que se trataba de una revolución de las clases medias, de los pequeños y medianos comerciantes, de los tenderos, de los artesanos. En ese entorno revolucionario se percibe la formación de un conjunto de tres corrientes que tienen en común su extracción social burguesa y su talante reformista. Se trata de los krausistas, los liberales católicos y los catalanistas⁸³.

⁸¹ LERMINIER: *Op. cit.*, p. 335.

⁸² Pedro GÓMEZ DE LA SERNA: «Estado de la Codificación al terminar el reinado de Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 39, p. 297.

⁸³ La Universidad de Barcelona fue, desde mediados del siglo XIX, el gran motor intelectual de la burguesía catalanista. En concreto, entre 1847 y 1857 se forma la que se ha venido en llamar primera «hornada» de juristas con plena conciencia de pertenecer a una burguesía propiamente catalana. Una hornada que está básicamente integrada por el conjunto de juristas que Durán agrupa en lo que denominará Escuela Jurídica Catalana.

El análisis tradicional que se ha llevado a cabo al respecto de estos tres grupos es, esquemáticamente, el siguiente: en primer lugar, se hacía una crítica profundamente negativa de la realidad política, social y económica de la época, la cual venía determinada por el programa auspiciado por Cánovas del Castillo, la llamada «Restauración».

En segundo lugar, tras la crítica de la realidad, se analizaba alguno de aquellos proyectos teóricos que surgieron en aquella época (y que nunca llegaron a llevarse a cabo), dándose lugar a un profundo estudio que ensalzaba aquel o aquellos programas nunca contrastados en la práctica, los cuales pasaban a considerarse como grandes oportunidades perdidas.

Los influyentes trabajos, en este sentido, del profesor Gil Cremades⁸⁴ llegan a la conclusión de que serían los krausistas, los liberales católicos y los catalanistas de entre los pocos programas políticos de la época que daban consistencia teórica y posibilidades a un proyecto de liberalismo democrático en España. La conclusión venía servida: en la medida en que sus propuestas se desbarataran, la vida política española dejaría de contar con una burguesía media articulada políticamente sobre tendencias «centristas»⁸⁵, y se vería abocada a una confrontación entre extremos que la conducirían, inevitablemente, a la contienda civil de 1936.

Éste es el marco desde el que se ha entendido la importancia del fracaso del catalanismo del siglo XIX español, como parte del fracaso de un proyecto de liberalismo «centrista» que condujo a España a una situación dramática.

Nosotros consideramos que el antes referido esquema de interpretación de este período histórico adolece de evidentes problemas metodológicos. Comparar la realidad (siempre deficiente) con meros proyectos teóricos sin mácula termina por crear mitos y prejuicios acerca de ideologías, programas y personajes. Mitos y prejuicios que con el tiempo pesarán como un baldón en la conciencia social, dificultando los, por otro lado tan necesarios, análisis serenos y abiertos.

En concreto, de aquellos tres proyectos baldíos que deja el liberalismo español del siglo XIX nos interesa profundizar en el denominado «catalanista» (menos baldío, quizás, que los otros dos), y en concreto en uno de sus aspectos, su aspecto jurídico, dado que, sin duda, una parte del programa catalanista estaba representado por la Escuela Jurídica Catalana⁸⁶.

⁸⁴ Cf. Juan José GIL CREMADES: *El reformismo español: krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969; también, *Krausistas y liberales*, Madrid, 1975.

⁸⁵ Por «centro» cabe entender en aquella época la posición política que equidistaba tanto del liberalismo individualista como de las posturas aristocráticas tendentes a mantener los privilegios del Antiguo Régimen, como de los postulados revolucionarios de índole socialista. Ciertamente, la vida política española del siglo XIX anduvo impelida, siempre, por alguno de estos tres postulados: socialismo, liberalismo y moderantismo. Ni los proyectos del krausismo, ni de los católicos liberales, ni los del catalanismo consiguieron alcanzar un calado social suficiente en España como para conjugar alternativas políticas, y ello por circunstancias que no permite abordar el objeto de este trabajo.

⁸⁶ El catalanismo político tendrá un componente jurídico esencial. Y no sólo por la necesidad de oponerse al proceso codificador que se orquestaba desde Madrid. Sabedores del gran potencial que tiene un Código Civil para crear un espacio nacional único, la oposición a la codificación civil española se daba por descontada. Al margen de ello, interesa aquí recordar que el Derecho catalán

Aquí, por lo tanto, lo que resulta relevante es resaltar *la identidad del catalanismo con la cultura jurídica catalana de la segunda mitad del siglo XIX*⁸⁷, y ello desde la sensibilidad de considerar fundamental la incidencia de las élites jurídicas en los procesos políticos habidos en la Europa del siglo XIX⁸⁸.

Para perfilar la posición política de los juristas de la Escuela Jurídica Catalana dentro de este marco de la burguesía reformista de la segunda mitad del siglo XIX, un jurista que resulta profundamente interesante es Ramon Martí d'Eixalà (a pesar de su temprana muerte en 1857 a la edad de 49 años). Y ello porque desde su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, que ocupara desde 1848, sería maestro de la práctica totalidad de ese conocido conjunto de juristas de la «hornada» de 1847.

La significación de la figura de Martí d'Eixalà para comprender la entidad del catalanismo jurídico dentro del proyecto general de la burguesía reformista en la España de la segunda mitad del siglo XIX comienza a intuirse si profundizamos en el dato, poco ponderado habitualmente, de su condición de profesor de «ideología» en la Academia de Ciencias Naturales de Barcelona.

A pesar de prestarse normalmente atención a la labor de Eixalà como jurista, su verdadera pasión fue la filosofía, estando imbuido fundamentalmente por los esquemas de la Escuela escocesa del sentido común. En su *Curso de Filosofía elemental*, publicado en Barcelona en 1845⁸⁹, encontramos, a partir de su recepción de las tesis de Thomas Reid, una manifestación elaborada de algo tan genuinamente catalán como es el *seny*⁹⁰.

era considerado, junto con la lengua catalana, uno de los dos pilares de la nación. Al respecto, el artículo de Valentí ALMIRALL: «Discurs en defensa del dret civil de Catalunya», *Diari Català*, 30 de enero de 1881; el publicado por Lluís Maria de Llauder en *El Correo Catalán* el 3 de enero de 1881, titulado «El Derecho civil catalán»; o el de Narcís Verdaguer, «La primera victòria del catalanisme», publicado en el periódico de Vich, *La Veu de Montserrat*, en agosto de 1889.

⁸⁷ Al respecto, la tesina inédita de Albert GARCÍ I BALASANA: *Ordre jurídic liberal i trajectòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, 1840-1931 (A propòsit de la formació i els límits de la política burgesa a Catalunya)*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

En este ámbito resultan de gran interés los estudios sobre instituciones centrales de la vida jurídica y política catalana del siglo XIX. Cf., al respecto, Enric JARDÍ: *Història del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, 2 vols., Barcelona, 1989. Laureà PAGAROLAS I SABATÉ: *Història de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 2000. Jordi CASASSAS YMBERT: *L'Ateneu Barcelonès: Dels seus orígens als nostres dies*, Barcelona, 1986.

⁸⁸ Cf. Terence C. HALLIDAY y Lucien KARPIK: «Politics Matter: A Comparative Theory of Lawyers in the Making of Political Liberalism», en *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism: Europe and North America from the Eighteenth to Twentieth Centuries*, Oxford, 1997. Richard L. ABEL y Philip S. C. LEWIS (eds.): *Lawyers in Society*, vol. 2, *The Civil Law World*, Berkeley, 1988.

⁸⁹ Es la edición que yo he manejado, aunque hay una anterior: *Curso de filosofía elemental comprendiendo la teoría de las ideas, la gramática general y la lógica*, Barcelona, 1841.

⁹⁰ Suele ponerse como ejemplo político de *seny* el planteamiento de Francesc CAMBÓ en *Por la Concordia*, Madrid, 1927. Cf. al respecto de la influencia del pensamiento escocés del *common sense* al respecto de la actitud política tradicional catalana el trabajo de Josep LLOBERA: «La formación de la ideología nacionalista catalana. La idea de Volkgeist con a element definidor», en *L'Avenç*, núm. 63, septiembre 1983, pp. 24-35. También: Norbert BILBENY: *La ideologia nacionalista a Catalunya*, Barcelona, 1988, pp. 99-107. Por último, Stephen JACOBSON: «Law and Nationalism in the Nineteenth-Century Europe: The Case of Catalonia in Comparative Perspective», en *Law and History Review*, vol. 20, núm. 2, 2002. Yo he consultado la versión digital del artículo. La cita corresponde al párrafo 45 de la misma: http://www.historycooperative.org/journals/lhr/20.2/forum_jacobson.html.

Para este teólogo escocés, Thomas Reid, cuya larga vida recorre la casi totalidad del siglo XVIII, la tradicional doctrina de las ideas del empirismo británico (expuesta por Berkeley, o en la versión de Hume) tiene como consecuencia la «disolución» del mundo. Y ello porque si, como mantenía el empirismo clásico, toda la realidad se descompone en un conjunto de unidades básicas que son las «impresiones», también llamadas «ideas simples», la consecuencia no será otra que la consideración del individuo como mero receptor, carente de una realidad propia que sólo tendrían por sí mismas las «ideas».

Frente a ello, la Escuela escocesa impone el concepto de «juicio», partiendo de la base de que toda idea es producto de un conjunto de juicios «originarios» y naturales que residen en el ser humano («sentido común»), desde los cuales (y no al contrario) se elaboran las ideas. No son éstas, por lo tanto, las que darían consistencia al juicio, sino que sería el juicio el que generaría las ideas, aprehendiendo –percibiendo– impresiones, y creyendo en su real existencia fuera del yo. Desde este punto de vista, la doctrina del sentido común no sólo no disolvía el mundo, sino que lo asentaba.

Se trataba, como vemos, de una afirmación del individuo que quedaba equidistante tanto del empirismo tradicional británico, como del idealismo alemán. En esta metodología y línea de pensamiento tan hondamente catalana desempeña un papel preponderante (influyendo, desde luego, en Martí d'Eixalà), Jaume Balmes. Es en esos principios en los que los discípulos de Eixalà se educarían.

Francesc de Permanyer sería uno de los más destacados, enriqueciendo los primeros planteamientos de su maestro Eixalà con el conjunto, antes aludido, de las corrientes filosóficas que rodeaban los círculos del krausismo y del liberalismo católico.

Otro importante discípulo de Eixalà fue Reynals i Rabassa⁹¹, quien profundizaría en esa línea teórica en torno a la Escuela del sentido común, sabiendo encontrar «armonías internas con la Escuela Histórica», como la huida de toda abstracción en relación con el Derecho, así como la valoración de los procedimientos prácticos e inductivos⁹².

En ese caldo de cultivo, teóricos historicistas como Lerminier o Friedrich Julius Stahl lograron alcanzar una gran influencia. En último término, se trataba de sistemas que aportaban criterios contra el racionalismo y la corriente del Derecho natural. Frente al Derecho natural racionalista propio del liberalismo radical, se pregonaría la superioridad del Derecho positivo encerrado en las instituciones históricas; frente al idealismo, la experiencia tradicional.

El krausismo español sería perfectamente compatible con estas líneas de pensamiento, y ello no porque estrictamente y en el específico terreno especulativo así fuera, sino porque el krausismo español terminó por ser, antes que un sistema filosófico, «un estilo de vida»⁹³ que agrupó en el terreno político y de la Filosofía del Derecho a lo mejor de la burguesía reformista en España. En este sentido

⁹¹ Cf. Manuel DURÁN I BAS: *Reynals i Rabassa. Estudio biográfico y literario leído en la sesión pública que celebró el 29 de mayo de 1833, en la Real Academia de Buenas Letras de esta ciudad*, Barcelona, 1833.

⁹² *Opus cit.*, p. 19.

⁹³ J. LÓPEZ MORILLAS: *El krausismo español*, Madrid, 1956, p. 212.

es perfectamente válido afirmar que el catalanismo no era ajeno al proyecto de renovación espiritual que pasó a representar, en el terreno educativo, la Institución Libre de Enseñanza, o en el terreno jurídico hombres de la talla y significación de Gumersindo de Azcárate.

Ello terminaría de explicar que el propio Prat de la Riva hiciera hincapié en la importancia que tenían para su grupo sistemas muy cercanos al krausismo como la teoría romántica de Herder⁹⁴ o el organicismo de Schelling⁹⁵, y ello sin tener que renunciar al historicismo jurídico de Savigny. Con sus propias palabras:

«La Escuela Jurídica Catalana nace de la confluencia y la armonización de tres elementos: el ético, aportado por las convicciones hondamente cristianas de estos jurisconsultos; la filosofía escocesa, con su método de observación y su procedimiento analítico, y la escuela histórica de los romanistas alemanes»⁹⁶.

En todo caso, el catalanismo jurídico tenía un importante punto en común con el krausismo: la crítica al individualismo. En este sentido, la tesis doctoral de Manuel Durán i Bas, leída en Barcelona en 1852, «El individualismo y el Derecho», constituye todo un programa para el catalanismo jurídico. Allí esgrime la idea de que el individualismo liberal debe matizarse mediante los principios de autoridad y de asociación, que se articularían en torno a un concreto Derecho familiar y patrimonial.

Frente al individualismo racionalista, la Escuela Jurídica Catalana presenta un Derecho catalán que se distingue «por una trabazón y engranaje social sólidamente orgánicos», que tenían sus cimientos en un tipo de familia profundamente tradicional y en una organización del Derecho inmobiliario que orquestaba fórmulas de participación «de todas las clases en la propiedad» mediante la enfiteusis, o mediante fórmulas arrendaticias del tipo de la *rabassa morta*⁹⁷.

Todo ello será, quizás, la gran aportación de la Escuela Jurídica Catalana al catalanismo político, de forma que cuando este movimiento se adentre en el siglo XX podrá contar con unas bases ideológicas muy sólidas que tendrían su origen (casi nunca reivindicado) en la élite jurídica catalana del siglo XIX. ¿Cómo entender, si no, tan conocidas palabras de Francesc Cambó?:

«La Revolución Francesa destruyó toda la vida orgánica de los pueblos; todas las estructuras orgánicas de la vida que a través de los siglos se habían creado fueron barridas por el vendaval de la Revolución Francesa; cayeron organizaciones regionales y municipales, corporativas y profesionales; no quedó más que el Estado omnipotente y el hombre soberano, sin medios ni arma alguna para hacer valer su soberanía»⁹⁸.

⁹⁴ Herder afirmaba la existencia de un espíritu nacional vinculado a la lengua y cuyo desarrollo se encontraba en la historia de cada país, constituyendo una manifestación de ese espíritu las creaciones del pueblo y de los grandes poetas, sobre todo de la Edad Media cristiana.

⁹⁵ Que conducirá al catalanismo a interpretar la región o la provincia en un sentido orgánico en relación con el Estado: con su propia personalidad y autonomía, pero conectada con él mediante vínculos esenciales.

⁹⁶ Enrique PRAT DE LA RIBA: «Durán i Bas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 18, 1912, p. 87.

⁹⁷ Juan de Dios TRÍAS: *Conferencias de Derecho Civil Catalán*, Barcelona, 1899, pp. 28-32.

⁹⁸ Conferencia pronunciada en el Centro Catalanista el 10 de abril de 1920. La cita está tomada del libro de Jesús PABÓN *Cambó, 1876-1947*, Barcelona, 1999, p. 49.

4. LA SUPERACIÓN DEL INDIVIDUALISMO Y EL CONCEPTO DE LIBERTAD EN LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA

La legislación civil catalana se caracterizaría, en opinión de buena parte de los juristas de la influyente Escuela Jurídica Catalana, por ser «la más rica del mundo en libertad civil»⁹⁹.

La secular libertad civil de este pueblo haría a los catalanes «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»¹⁰⁰.

Esa idea de libertad, presentada como esencial al Derecho catalán y, por lo tanto, al pueblo de Cataluña, se interpretaba en aquella época desde un prisma no individualista, sino «organicista».

Era lógico: «la mentalidad jurídica, al llegar la Restauración, está plenamente impregnada de organicismo». Krausistas, historicistas y católicos están de acuerdo en la necesaria configuración del Derecho «en un sentido armónico, orgánico, más vinculado a lo comunitario, a la vida, que al individuo»¹⁰¹.

⁹⁹ FALGUERA: *Conferencias de Derecho catalán dadas en el Ateneo Barcelonés*, p. 13.

¹⁰⁰ Federico PUIG SAMPER I DE MAYNAR: «La pubilla», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 85, 1894, 2.º sem., p. 126.

¹⁰¹ Juan José GIL CREMADES: *El Reformismo español, krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969, pp. 3 y 125.

En opinión de los krausistas, el doctrinarismo «carece de una base esencial, ética, interna» (Francisco GINER DE LOS RÍOS: «La política antigua y la política nueva», en *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875, p. 67), no ha sabido descubrir una sociedad nacional, esa unidad orgánica humana que persigue un ideal que sólo puede alcanzarse a través de la vida social (K. Ch. F. KRAUSE: *Ideal de la Humanidad para la vida*, introducción de Julián Sanz del Río, Madrid, 1860, p. 35) y que se arbitra mediante el Derecho, esto es, el sistema de condiciones recíprocas y mutuamente exigibles que condicionan a los individuos en aspiración al logro del ideal humano.

En opinión de los krausistas, Dios constituye el organismo de todos los seres. Como tal ser supremo no está condicionado, pero en su seno integra todas las condiciones que vinculan la vida de los seres individuales. Cada uno de estos seres, individuales y finitos, está triplemente condicionado por sí mismo, por sus congéneres, a través de la ineludible convivencia, y por el Ser creador.

La condicionalidad de los hombres es el Derecho, y tiene la peculiaridad de ser una condicionalidad libre, Krause la definía como la «condicionalidad libre de la vida para el fin de la vida», KRAUSE: *Ideal de la Humanidad*, p. 191. En general, un resumen de las tesis krausistas sobre el Derecho y el Estado en GIL CREMADES: *El Reformismo español*, pp. 54-58.

La Escuela Histórica era otra de las posiciones «organicistas» que confluyen en el régimen de la Restauración. El «espíritu del pueblo» constituía una instancia superadora de la dispersión a que nos conducía el individualismo y, frente al doctrinarismo, conseguía otorgar al Derecho una base real, vital, no meramente racional, teórica y, por lo mismo, arbitraria (en este sentido, Pedro José PIDAL: «Discurso inaugural», en *Acta de la Sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1843, p. 54).

De entre el movimiento católico serían los neotomistas los que mejor se adaptarían a los nuevos tiempos. De aquel grupo podríamos destacar al cardenal Ceferino González Díaz-Tuñón, inspirador de la Unión Católica, y a Alejandro Pidal y Mon, instrumento político del programa del cardenal González. Importante sería, también, destacar las figuras de Juan Manuel Ortí y Lara, Nicolás María Serrano, José Pou y Ordinas y Pedro López Sánchez. Ellos reafirmarán el principio de la condición social de la naturaleza humana, una condición social que exigía, en su opinión, un principio de autoridad. Precisamente, el organismo de la sociedad estribaría en su orden jerárquico.

Según Juan de Dios Trías, «el Derecho catalán se distingue también por una trabazón y engranaje sólidamente orgánicos». Y lo justificaría como virtud añadiendo que «los pueblos en los que el individuo atesora grandes energías son aquellos en los que el individuo busca su apoyo no en las gracias del poder, sino en la organización social por él mismo constituida»¹⁰².

En el caso de los miembros de la Escuela Jurídica Catalana, y en tanto católicos e historicistas, interpretaban la libertad como una libre manifestación del cuerpo social; por ello, pedía Félix María de Falguera «libertades colocadas en su debido lugar». En primer lugar, la libertad debía de serlo de la unidad básica de ese cuerpo social: la familia.

En ese sentido, Falguera afirmaba que el principio de libertad de la familia daba lugar a tres conceptos en el Derecho catalán: «1.º la autoridad del jefe de familia; 2.º la posible libertad de sus individuos en armonía con la autoridad del jefe y sin menoscabo de la unidad de la familia, de cuyo principio emana la emancipación de la mujer en cuanto a sus intereses; y 3.º la independencia de la familia del poder judicial en todo lo que no sea contencioso»¹⁰³.

Esta concepción de la libertad que se articulaba socialmente desde la familia tenía como punto de referencia un determinado perfil del Derecho de propiedad, a partir del cual irradiaba todo el Derecho civil de Cataluña. Por eso, en opinión de Durán i Bas, constituiría un concepto incompleto del Derecho de propiedad «reducirla, en el organismo general del derecho privado, a ser la síntesis más alta del derecho sobre las cosas, independientemente del de las obligaciones que de él vienen a ser parte, y del de las sucesiones que, como dice Savigny, lejos de serle inferior, con él se coordina»¹⁰⁴.

«Cataluña se ha enriquecido antes que el resto de España a beneficio del trabajo libre (...), al trabajo del hombre más que a lo pródigo de la naturaleza ha sido debido. Y de ahí a su vez han nacido dos sentimientos, al parecer opuestos y sin embargo armónicos: el de la libertad en la disposición de los bienes y el de la conservación del patrimonio que se ha formado. Con el trabajo se allega; con la adhesión del patrimonio a la familia se conserva. Sin libertad de contratar, de disponer entre vivos, se entibia el estímulo para el trabajo; sin la libertad de or-

El Derecho, para los neotomistas, sería algo inescindible del cuerpo social; del mismo modo que no cabría separación, sino epistemológica, entre alma y cuerpo, entre forma y materia, tampoco la cabría entre moral y derecho. Un derecho que provendría, en último término, de Dios. Estos asuntos pueden consultarse, más por extenso, en GIL CREMADES: *El reformismo español*, pp. 155-180.

¹⁰² Juan de Dios TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, Barcelona, 1899, pp. 28-29.

¹⁰³ FALGUERA, *ibidem*, p. 13. La familia se constituiría en el eslabón central del órgano social, que pondría en relación a las otras dos estructuras básicas: el individuo y el municipio. En una línea muy similar, pero desde posiciones iusnaturalistas, Torras y Bages afirmaría que familia, municipio y región constituían la estructura orgánica de la sociedad, a la que el Derecho catalán daba la forma peculiar de aquella región. Nos encontramos a finales del siglo XIX, muy pronto todavía, por lo tanto, para predecir en lo que podría degenerar un concepto de democracia nacionalista que se iluminara por esta idea de libertad. Es bien sabido a lo que todo ello condujo en otros puntos de Europa.

¹⁰⁴ *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883. Cito de la edición facsímil publicada en la Colección *Textos jurídics catalans*, t. 10, *Projecte d'Apèndix i Materials Precompilatoris del Dret Civil de Catalunya*, p. 104.

denar en última voluntad el destino de los bienes, puede desaparecer el fruto de toda una larga y afanosa vida; y si durante ella trabaja para su esposa y sus hijos el hombre, cuando muere, dispone de los bienes de la manera que al provecho de aquéllos cumple mejor, según sus condiciones. Suprímase de la legislación catalana las dos tendencias: unidad de la familia, conservación del patrimonio; suprímase los dos principios de libertad de contratar y libertad de testar; y al quedar destruida esta legislación en el espíritu que la caracteriza, desaparecerán forzosamente dos cosas; la fisonomía moral del pueblo catalán y la riqueza que, repartida sin grandes desigualdades de fortuna, es el premio de su laboriosidad y buenas costumbres»¹⁰⁵.

La libertad de contratar, «de disponer entre vivos», es el mejor estímulo para el trabajo, para allegar bienes. Pero es en un concreto régimen familiar, que tiene como una de sus piezas esenciales el principio de libertad de testar, como se garantiza la conservación de ese patrimonio. Vemos, por lo tanto, cómo la idea de «libertad» estaba perfectamente involucrada con un régimen de propiedad (libertad de disposición tanto *inter vivos* como *mortis causa*), y con un régimen familiar específicos.

Estos conceptos básicos y definitorios del ordenamiento histórico catalán articulaban una idea de libertad que era la característica del tradicionalismo¹⁰⁶ y, en este sentido, se armaba con los siguientes principios¹⁰⁷: 1.º «Respeto a la autoridad paterna». 2.º «Concepto de la familia como unidad, no transitoria, sino prolongada con el encadenamiento de las generaciones». 3.º «Dignidad de la madre viuda». 4.º «Responsabilidad personal». 5.º «Libre actividad como condición de todo acto humano en relación a los bienes». 6.º La ley «limitada a lo que el orden y la paz en las relaciones sociales exigen».

Conjunto de ideas, éstas, perfectamente asimiladas por la conciencia social catalana, «más intuitivas que reflexivas; pero arraigadas en la conciencia, influyentes como criterio, y características para constituir la identidad moral del pueblo catalán».

Comentemos mínimamente cada uno de estos principios.

1.º «Respeto a la autoridad paterna»

Para el catalanismo jurídico la libertad social cobra sentido a través del ejercicio que hace de la misma el padre de familia. El sujeto de la libertad, por lo tanto, no es el individuo, sino el padre de familia, y la libertad del padre de familia reside en su autoridad. Sólo porque acaparaba toda la autoridad, le era posible actuar con libertad al padre de familia.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. XCIII-XCIV.

¹⁰⁶ Resulta ilustrativa, para conocer los perfiles del tradicionalismo jurídico catalán, la influyente obra del fraile mercedario MAGÍN FERRER: *Las leyes fundamentales de la Monarquía española, según fueron antiguamente y según conviene que sean en la época actual*, publicada en Barcelona en 1843, donde se pone de manifiesto un concepto de pluralismo que se entiende desde el punto de vista exclusivamente social, no en su sentido político, concibiéndose la sociedad como una entidad autárquica organizada por los criterios del Derecho natural, y siendo sus fueros la materialización de sus libertades.

¹⁰⁷ DURÁN I BAS: *Memoria*, p. XCIV.

Se comprende, de este modo, que la autoridad paterna constituyera el centro de un Derecho de familia catalán que, en último término, era Derecho Romano¹⁰⁸. El resultado tenía que ver con una familia de corte patriarcal en la que el padre asumía en exclusiva todas las cargas matrimoniales¹⁰⁹ y la patria potestad¹¹⁰. De esa patria potestad sólo escapaban los hijos a través del matrimonio (en la medida en que constituían una nueva familia), a través de la emancipación, o mediante el sacerdocio.

El ejercicio paterno en exclusiva de la patria potestad tenía como consecuencias inmediatas el control absoluto de todo el patrimonio familiar, incluidos los peculios de los hijos, aunque éstos fueran mayores de edad, dado que la mayoría de edad, por sí misma, no implicaba la emancipación¹¹¹.

La mayoría de edad, si atendemos a la norma establecida en los Usatges¹¹², habría que interpretar que se alcanzaba a los 20 años. El mencionado Usatge establecía el principio de que «los rústicos recobren del tutor sus honores y sus muebles a la edad de 15 años»; mientras que para los nobles se establecía el principio de que podían pleitear por sí mismos a partir de los 20. La derogación contemporánea de la sociedad estamental trajo la opinión mayoritaria de considerar los 20 años como edad que otorgaba la mayoría de edad en Cataluña (aunque la restitución *in integrum* no se alcanzaría hasta los 25)¹¹³.

Pero como esta mayoría de edad no daba por sí misma lugar a la emancipación, no implicaba ningún cambio en el orden patrimonial familiar, dado que el padre mantenía el usufructo del peculio adventicio de su hijo (bienes adquiridos por éste a través del ejercicio de oficio, arte, industria o por fortuna, así como los

¹⁰⁸ Guillermo M.^a de BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1918, p. 656.

¹⁰⁹ Cf. Joan PERE FONTANELLA: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, Gerona, 1638, cláusula 6, glosa 1.^a, parte I, núm. 63; cláusula 6, glosa 2.^a, parte III, núm. 8. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathalonie*, Barcelona, 1533, collation 4.^a, cap. 12, núm. 11.

¹¹⁰ Lluís de PEGUERA: *Decisiones aureae in actu practico frequentes ex variis Sacri Regii Concilii Cathalonie conclusionibus collectae*, Barcelona, 1605, cap. 97, núms. 3, 4 y 5. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus tractatus*, cláusula 5, glosa 8.^a, parte XI, núm. 30. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathalonie*, collation 9.^a, cap. 12, núm. 29. Jaume CÁNCER: *Variarum resolutionum juris caesarei, Pontificii et municipalis Principatus Cathalonie*, Barcelona, 1594-1598, parte III, cap. 1, núm. 214.

¹¹¹ Tal y como hemos afirmado, en Cataluña la edad no concluía, por sí misma, la patria potestad, la cual sólo terminaba por medio de la emancipación, por entrar en religión o por contraer matrimonio *con el consentimiento del padre*. Cf. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, glosa 2.^a, núm. 38; MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathalonie*, collation 6.^a, «De emancipatione et foriscasatione», núm. 29; collation 9.^a, cap. 12, núm. 29; CÁNCER: *Variarum resolutionum juris caesarei, Pontificii et municipalis Principatus Cathalonie*, parte III, cap. 1, núm. 214.

En Cataluña, la tradición romana de estar el nieto bajo la patria potestad del abuelo subsiste hasta 1351, momento en el que se establece que el matrimonio, con consentimiento del padre, producía el efecto de la emancipación: CYADC-1704, I, VIII, 8, 1.^a.

¹¹² CYADC-1704, I, V, 4, 1.^a.

¹¹³ Segismundo MORET y Luis SILVELA: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, p. 26.

bienes heredados), y la propiedad del profecticio (bienes que adquiere con los de su padre, o le viene con respecto de éste). En general, debemos concluir, el hijo no podía contratar sin el consentimiento paterno, ni podía acudir a juicio sino representado por su padre, siendo éste, en principio, legítimo administrador de todos sus bienes¹¹⁴.

Era un hecho, por lo tanto, que el conjunto del patrimonio se conservaba dentro de una estructura familiar que estaba representada de manera rígida y absoluta por el *paterfamilias*.

La costumbre catalana, no obstante, venía matizando estas rigideces para adaptarlas a la vida contemporánea. De esta manera, el hijo que, aunque soltero, desarrollaba una actividad mercantil de manera *pública y constante*, de la misma forma y con las facultades que lo haría un padre de familia, se consideraba que adquiriría capacidad para contratar, sin serle exigible a la validez de sus actos ninguna convalidación del padre¹¹⁵.

El propio Félix María de Falguera solicitaría «mayores facultades al hijo en los peculios profecticio y adventicio, particularmente en este último, cuando el hijo vive separado de su padre y subsiste de una industria propia. Esta modificación del Derecho Romano, admitida en todos los Códigos modernos, debieran hacerla adoptado (dirá Falguera) antes que nadie nuestros antepasados, porque satisface a su idea capital de aumentar la libertad de los individuos de la familia, *mientras no se menoscabe el principio de autoridad*, y éste no queda menoscabado cuando el hijo a quien se conceden esos derechos forma casa separada y por lo mismo viene a ser, aunque soltero, cabeza de familia»¹¹⁶.

2.º La familia se consideraba una estructura permanente, con capacidad para perpetuarse en el tiempo

Con palabras de Juan de Dios Trías:

«Cataluña presintió que la familia es el primer núcleo de toda organización social, y ya que la sociedad requiere estabilidad y arraigo, dotó también a este primer núcleo de ambas condiciones. No es la familia una comunidad establecida al solo fin de constituir y formar una generación, disoluble cuando esta generación ha pasado la pubertad. La familia es un vínculo que se perpetúa en la sucesión de los tiempos»¹¹⁷.

Este principio se lograba a través del Derecho de sucesiones. El Derecho catalán de sucesiones exigía que todo testamento incluyera, para su validez, la institución del heredero, la cual llevaba aparejado el principio de universalidad de la sucesión.

¹¹⁴ FONTANELLA: *De pactis nuctialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, cláusula 4, glosa 7.^a, parte III, núms. 7, 10 y 14.

¹¹⁵ FONTANELLA: *De pactis nuctialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, cláusula 4, glosa 7.^a, parte III, núms. 55 y 56. Maspons i Anglasell certifica esta costumbre y su recepción jurisprudencial. Cf. *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les sentencies del antich suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, 1907, p. 96, núm. 193.

¹¹⁶ FALGUERA: *Conferencias...*, p. 31.

¹¹⁷ Juan de Dios TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, Barcelona, 1899, p. 29.

Por lo tanto, si se hacía testamento, había que tomar una decisión que afectaba, necesariamente, de manera universal al conjunto del patrimonio del causante. Y habida cuenta que quien estaba en posición de disponer no era otro que el padre de familia, el testamento terminaba siendo en Cataluña el instrumento para mantener y conservar el conjunto de la estructura familiar tal y como se había configurado desde la autoridad del *paterfamilias*.

Hemos hablado del Derecho *catalán* de sucesiones, pero si acudimos a las Constituciones recopiladas de Cataluña no hallamos por ninguna parte el principio de la necesidad de la institución de heredero. Este principio procedía directamente del Derecho Romano y se había incorporado al Derecho catalán a través de la Recepción, apareciendo en los formularios notariales de la Edad Moderna¹¹⁸, recogándose por la doctrina¹¹⁹ y aplicándose por la jurisprudencia de la Real Audiencia.

Esta tradición romana adquiriría en Cataluña, no obstante, tintes propios. A lo largo de la Edad Media, al contaminarse de las necesidades y adaptarse a las estructuras del régimen feudal, aparecerá acompañada de la idea de primogenitura¹²⁰, dando lugar a la figura del *hereu*; hay que decir, no obstante, que el principio de la libertad de testar, básico también en el Derecho de sucesiones catalán, matiza mucho, en la configuración de la institución catalana del *hereu*, el principio de primogenitura, el cual constituirá más una tendencia que una necesidad.

Así pues, y normalmente, la herencia se concretará en la figura de un *hereu* que, si bien implica la exclusión de sus hermanos del patrimonio familiar, lo cual es un mal en sí mismo, asegura el bien superior de la conservación del orden patrimonial de la familia¹²¹. Un párrafo del conocido texto de Moragas escenifica muy bien aquello que se pretende:

«En vano buscarán los que no estén avezados a nuestros hábitos, en la generalidad de los casos, esa invasión de curiales para inventariar, valorar y repartir el pobre o rico haber; en vano esas tristísimas, para nosotros impías, almonedas, donde aparece el instrumento que manejó una mano querida, o el bufete, testigo de profundas elucubraciones, que forman la aureola de nuestro nombre, o el sillón desde el cual nuestro progenitor diera consejos, respetados y seguidos por

¹¹⁸ Así, desde el inexcusable Rolandino de PASSAGGERI: *Summa artis notariae*, en cuyo libro III se trata la cuestión testamentaria, hasta las influyentes obras de notarios catalanes, como la de GALÍ: *Opera Artis Notariae*, 1674, o la de José COMES: *Viridarium artis notariatus sive tabelliorum viretum*, publicada en dos volúmenes en Girona, en 1704 y 1706 (por mencionar sólo dos entre las muchas que se difunden durante la Edad Moderna).

¹¹⁹ Cf., sin ir más lejos, J. CÁNCER: *Variarum resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Barcelona, 1670, Pars Prima, capítulo IV, fragmento 55, p. 87; J. P. FONTANELLA: *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, 2 vols., 1668.

¹²⁰ Cf. I. TERRADAS SABORIT: «Els orígens de la Institució d'hereu a Catalunya: Vers una interpretació contextual», en *Quaderns de l'institut català antropologia*, núm. 1, maig, Barcelona, 1980.

¹²¹ «Sale favorecido un *hereu*, y si bien parece a simple vista repulsiva la exclusión de los legitimarios en la distribución de la herencia, hay que tener presente que esta distribución hubiera disuelto la familia; sufren una molestia, pero en cambio la familia se perpetúa en las generaciones futuras. A su vez, el *hereu* tampoco es libre, sufre un fideicomiso, sufre una molestia, pero esta molestia permite también la perpetuación del patrimonio familiar», Juan de Dios TRÍAS, *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 29.

distintas generaciones, o las cruces que eran timbre de inmarcesible gloria. En la familia catalana el hoy se parece al ayer; llégase a dudar si se ausentó para un corto viaje el que descansa en la eternidad»¹²².

Según la autorizada opinión de Joan Martí i Miralles «l'hereu, segons Dret romà o català, és el successor universal de tots els bens i de tots els drets del difunt, així com també és el qui succeeix al testador en totes les seves obligacions. L'hereu es posa en el lloc i en la condició del testador»¹²³.

La finalidad de perpetuar el orden familiar exige la institución del heredero, y exige también el principio de universalidad de la herencia. Del mismo modo, y por la misma causa, el Derecho catalán asumiría también la norma, procedente del Derecho Romano, de ser incompatible la sucesión testada con la intestada, «doncs dintre d'aquest principi d'universalitat, no és concebible, ni la coexistència de dos hereus universals *in solidum*, ni tan sisquera que l'hereu d'una classe de successió coexisteixi en part amb un hereu de l'altra classe de successió; doncs aleshores els hereus no serien, ni els uns ni els altres, successors universals del difunt»¹²⁴.

Las diferencias con el Derecho civil codificado en 1889 no podrían ser mayores en este ámbito. Su artículo 764 afirmaba: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar», añadiendo (para hacer compatible la herencia testada y la intestada): «En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Como corolario de los criterios a los que hemos aludido del Derecho sucesorio catalán histórico y que, insistimos, concurren a sostener la institución familiar en el tiempo, perpetuándose más allá de la muerte de los distintos padres de familia, podemos hacer referencia dos principios esenciales: el principio *semel heres, semper heres*, por un lado, y el principio de indivisibilidad de la aceptación y repudiación de las herencias¹²⁵. Principios que posibilitan una estabilidad en el orden patrimonial familiar a través de un sistema sucesorio estable y que, desde la libertad de testar, a través del principio de universalidad sucesoria promueven la conservación de las estructuras familiares en el tiempo.

3.º Dignidad de la madre viuda

Ello quedaba perfectamente de manifiesto en la cláusula testamentaria que la costumbre había hecho ley en la práctica notarial catalana:

«Nombro a mi esposa N. Señora mayor poderosa y usufructuaria de mi universal heredad y bienes, durante su vida y mientras no contraiga otro matrimo-

¹²² J. de MORAGAS DE TAVERN: *L'Hereu*, Barcelona, 1888.

¹²³ Joan MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, 1925, p. 21.

¹²⁴ MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, p. 22.

¹²⁵ El primero de estos principios constituye una mera consecuencia del principio de incompatibilidad de la sucesión testada y la intestada, siendo el segundo consecuencia directa del principio de universalidad de la sucesión. MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, pp. 37-46.

nio, debiendo con el producto de éstos mantener en su casa al heredero y a la consorte y familia de éste, y a todos mis demás hijos hasta que tengan oficio o carrera los varones y contraigan matrimonio las hembras, suministrándoles vestido y alimentos, tanto sanos como enfermos, con tal que ellos trabajen en cuanto puedan en utilidad de la casa»¹²⁶.

Se desprende de esta cláusula la circunstancia de que era lo habitual considerar a la viuda sucesora en la posición de autoridad el marido («Señora mayor poderosa»), en la patria potestad de aquél (específicamente como tutora y curadora de los hijos), y en la administración general del patrimonio familiar («usufructuaria de mi universal heredad y bienes»), pasando a asumir ella también, y por lo mismo, el conjunto de obligaciones del que era deudor el padre de familia [«debiendo (...) mantener en su casa al heredero y a la consorte y familia de éste, y a todos mis demás hijos (...)].

En ese sentido, y porque ésa era la costumbre, se podía hablar de la dignidad de la madre viuda como principio del Derecho catalán, pero haciendo la precisión de que la práctica notarial que hemos apuntado dependía, en todo caso, de la voluntad del causante en la redacción del testamento, no siendo esta subrogación de la mujer en la posición del marido una imposición legal, sino una decisión en todo caso libre del marido, fijada en el testamento.

Este sistema se justificaba afirmando que «la conciencia jurídica de Cataluña ha preferido siempre el derecho convencional, hijo de la voluntad, a la regla inflexible nacida de la ley», lo cual determinaba, en opinión de Juan de Dios Trías, que «Cataluña se halla en el caso de pedir a los públicos poderes (...) que por medio de sus tribunales no perturbe, ni desnaturalice el engranaje y organismo de nuestras instituciones. Que no coarte por medio de sus impertinentes tutelas la libertad del jefe de familia porque el padre y el marido (no todos son desnaturalizados como *a priori* supone el Código), desde su casa, de su mujer y de sus hijos ordinariamente entiende más que el legislador que a palo de ciego legisla y reglamenta»¹²⁷.

De este modo, a pesar de que la ley sólo garantizaba a las esposas catalanas la cuarta marital (que por sí misma no superaría normalmente los límites de la indigencia), y los derechos transitorios procedentes de la tenuta y la institución del *any del plor*, se defendía como más conveniente en la práctica el ordenamiento tradicional catalán que, por otro lado, garantizaba a la esposa plena libertad en la gestión y administración de los bienes parafernales.

La tradición jurídica catalana no conoce el régimen económico matrimonial de gananciales, no concede a las esposas esa garantía patrimonial más allá del matrimonio, apostando por un régimen convencional que, materializado en ca-

¹²⁶ La cláusula en FALGUERA: *Conferencias...*, p. 35.

¹²⁷ TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 89.

El autor califica de «poco edificante el espectáculo que ofrece la familia Castellana al morir el jefe». Y describe, a su modo de ver, la situación resultante con el Código civil: «Como si la muerte del jefe fuera la liquidación de la familia, y como si este sagrado vínculo fuera una comandita mercantil se forma un balance (...) los hijos y la madre dividiendo los bienes gananciales y disputándose el haber del fallecido», *ibidem*.

pitulaciones matrimoniales, o en cláusulas testamentarias como la más arriba inscrita, permitía al padre de familia, desde su suprema autoridad, dotar a cada caso de la equidad necesaria.

En general, los juristas catalanes de mediados del siglo XIX consideraban que su Derecho civil describía una condición jurídica de la mujer especialmente dignificada, produciéndoles irritación, por lo tanto, las acusaciones que existían y que afirmaban todo lo contrario:

«Al oír estas palabras cualquiera diría que en Cataluña vivimos la vida de serrallo, o que tenemos sujetas a nuestras mujeres con camisas de fuerza, siendo así que disfrutan en el terreno jurídico una consideración que jamás alcanzaron en Castilla»¹²⁸.

Pero resulta innegable que en relación con la condición jurídica de la mujer casada, los juristas catalanes resultaron mucho menos críticos que con respecto a otras situaciones, como la que hacía referencia al hijo mayor de edad, soltero y no emancipado, para el que el mismo Falguera solicitaba mayor capacidad jurídica. Estas adaptaciones que se sugieren en relación con el Derecho tradicional Romano que se aplicaba en Cataluña no se proponían, sin embargo y en concreto, para mejorar la situación de las mujeres dentro del régimen familiar. Nada dirían los juristas de la llamada Escuela Jurídica Catalana, por ejemplo, en el sentido de dotar a las esposas de una patria potestad que les venía negada desde el Derecho Romano.

4.º y 5.º **La responsabilidad personal y la libre actividad como condición de todo acto humano en relación con los bienes**

Como recuerda Durán i Bas, «respecto a la capacidad para transmitir nuestros derechos sobre las cosas, ora sea el de dominio, ora cualquiera otro de los que reconoce la ley, también se encuentran en el derecho romano las reglas que en Cataluña rigen»¹²⁹.

Para los círculos de la Escuela Jurídica Catalana, cualquiera de los cambios que el Derecho contemporáneo pretendía imponer en el orden de la plena libertad dispositiva de la propiedad, constituía un atentado contra la tradición y el Derecho catalán que, además, contaba con la autoridad trascendente de estar basado en el Derecho Romano.

Un ejemplo en este sentido lo trajo el debate sobre la institución del censo enfiteútico, que el proyecto codificador pretendía abolir bajo el criterio de que era conveniente jurídica y económicamente procurar una reunificación de la institución de la propiedad, para superar la descomposición que la caracterizaba en el Antiguo Régimen (dividida en propiedad directa, útil, etc.).

Frente a este principio contemporáneo, un exponente tan señalado de los criterios jurídicos de la Escuela Jurídica Catalana como Félix María de Falguera diría al respecto: «El Estado no debe procurar nada y debe facilitar todo (...).

¹²⁸ TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 88.

¹²⁹ DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 111.

Déjese que el propietario reúna, separe, corte o desmenuce o aumente su propiedad». Y añadiría:

«El Estado no debe procurar nada y debe facilitar todo, porque el más rudo patán puede enseñar la manera mejor de legislación con respecto a su propia situación a los más presuntuosos hombres de Estado. Parece que se considera a todos los hombres como de menor edad cuando se quiere erigir el Estado en tutor de todos ellos reglamentando de una manera precisa e inalterable la manera como han de verificar sus negocios y especulaciones sobre la propiedad inmueble. (...) Dejen los legisladores de ocuparse con tanto ahínco en el interés privado, que el particular sabe mejor lo que le conviene que todos los que quieren erigirse en tutores suyos (...)»¹³⁰.

Este principio de libertad y plena responsabilidad como criterio de relación entre el propietario y sus bienes estaba, en todo caso, relacionado con la circunstancia de que la propiedad y su administración se consideraba vinculada a la figura autoritaria del padre de familia, institución desde la que se haría compatible esta libertad con el orden *orgánico* de una sociedad tradicional como la que se pretendía defender en Cataluña por los círculos de la Escuela Jurídica Catalana.

La actitud de los juristas catalanes ante la institución de los censos tuvo, desde un primer momento, una característica propia, al menos en su vertiente más genuinamente jurídica: *la preocupación por conservarlos encuadrados en un ámbito liberal, despojados de cualquier vertiente política o jurisdiccional y regidos exclusivamente por el principio de libertad de contratación.*

Esta adaptación jurídica de la institución del censo enfiteúutico al nuevo orden político y económico se elaboraría en la Universidad de Cervera y, desde allí, alimentaría todos los planteamientos que, años después, presentaría la Escuela Jurídica Catalana frente al Proyecto de Codificación Civil en España. A este respecto, los profesores más influyentes de la Universidad de Cervera fueron Jaime Tos i Urgellés¹³¹ y Ramón Lázaro de Dou i de Bassols¹³².

Para muchos, si algo hasta aquí hubiera de resultar evidente, sería la circunstancia de que en Cataluña la fortaleza de la clase social de los propietarios

¹³⁰ FALGUERA: *Conferencias de Derecho Catalán*, p. 84.

¹³¹ Jaime TOS I URGELLÉS: *Tratado de Cabrevación, según el Derecho y estilo del Principado de Cataluña. Sus utilidades y efectos, del modo de principiar, y seguir las causas de cabrevación. De los Privilegios y pretensiones del señor directo, o mediano, y de las excepciones que competen al reo o enfiteuta. Adicionado con la Disertación de la firma por razón de señorío y Derecho de prelación, tanteo o fadiga y adición al tratado de cabrevación.* Ambos trabajos forman un solo volumen con un índice analítico general. En ellos aparece por primera vez elaborada la doctrina que utilizará, sin ir más lejos, Manuel Durán i Bas acerca de la enfiteusis perpetua y los establecimientos a primeras cepas. Yo trabajo con la edición publicada Barcelona en 1826.

¹³² En su trabajo *La riqueza de las Naciones nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, publicada en Cervera en 1824, y desde el comentario a una obra fundamental para comprender el liberalismo económico, dedica varias páginas (pp. 185-195) a fundamentar los motivos de por qué resultaba de gran interés adaptar la institución del censo enfiteúutico al nuevo orden contemporáneo. En esa misma línea, pero ya monográficamente, en su *Proyecto sobre laudemios*, Cervera, 1824. Y, de nuevo, en su trabajo *Pronta y fácil ejecución del Proyecto sobre laudemios fundada principalmente en una autoridad del Dr. Adán Smith*, Cervera, 1831.

tenía como consecuencia su enorme interés en el mantenimiento de la institución de la enfiteusis en cualquiera de las variantes propias del territorio. Pero las cosas no resultan tan sencillas.

Para empezar, los planteamientos generales de los Proyectos examinados de Código civil chocaban frontalmente con una secular literatura catalana ilustrada¹³³ que venía explicando el progreso agrario de la región gracias a las virtudes del contrato enfiteútico¹³⁴.

Este potencial de la institución del censo enfiteútico llevaría a considerar, incluso, la posibilidad de expropiar el dominio útil de fincas yermas para su concesión en censo. Así lo haría Tos i Urgellés:

«No ignoro que no puede obligarse al dueño a desprenderse de la cosa, ni por justo precio. Mas cesa esta disposición concurriendo la pública utilidad en beneficio de la cual puede disponer el Príncipe de los bienes de sus vasallos. ¿Para una obra pública u otro motivo igual no debe cualquiera vender la finca? ¿Por qué no debería practicarse también en vista de la utilidad y fomento de la labranza, población, comercio e industria, particularmente reteniendo el dominio directo, sus productos, y el reconocimiento, como a tal del enfiteota?»¹³⁵.

Como ejemplo de esta literatura catalana se suele destacar al respecto el *Informe* de la Junta de Comercio de Barcelona de 1816, acerca de un escrito de Guillermo Oliver y Salvá¹³⁶. El planteamiento era el de considerar la enfiteusis como la base de la riqueza agraria de Cataluña, al tiempo que apuntaba la necesidad de establecer ciertas reformas en la institución: básicamente, reducir los laudemios excesivos y suprimir la fadiga.

Dou i Bassols constituiría otro autor significativo de una *tradición jurídica* que en Cataluña pretendía mantener con un criterio propio la institución de los censos. En relación con los laudemios, Dou i Bassols parte de la siguiente afirmación: «todo, incluso el laudemio, sea a contentamiento de las partes interesa-

¹³³ Cf. referencias en Pierre VILAR: *Catalunya dins l'Espanya moderna*, III, pp. 554 ss.; Ernest LLUCH: *El pensament econòmic a Catalunya (1760-1840). Els orígens ideològics del proteccionisme i la presa de consciència de la burgesia catalana*, Barcelona, 1973, pp. 23-24, 47, 57 ss., 108, 207.

Fuera de Cataluña también había importantes voces que reivindicaban la enfiteusis. Así, Pedro RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES: «el repartimiento de las tierras baldías a censo perpetuo doblaría el vecindario, y daría gran renta a los propios: así lo hacen los dueños territoriales en todo el reino, y el Real Patrimonio en Cataluña, Valencia y otras partes (...) Es necesario venir a parar en esta operación para poner el reino en su natural y posible producción», *Apéndice a la Educación Popular*, Madrid, 1775-1777, nota 332, discurso 8.º, parte 4.ª.

¹³⁴ Este punto de partida era general a cualquier estudio jurídico sobre la institución que si hiciera en Cataluña con anterioridad al siglo XIX. Cf. TOS I URGELLÉS: *Tratado de la Cabrevación*, p. I: «Si vemos nuestro Principado en tan feliz situación, aumentada la población, y el comercio. Si miramos reducidas a cultivo la mayor porción de las tierras que lo permiten, ¿quien dudará que todo se debe en gran parte a la frecuencia y uso de los contratos enfiteúticos, que en Cataluña se llaman establecimientos?».

¹³⁵ TOS I URGELLÉS: *Tratado de la Cabrevación*, p. VII.

¹³⁶ El *Informe* puede consultarse en la Biblioteca de Catalunya. Archivo de la Real Junta de Comercio de Barcelona, Libro 101. Copiador de Cartas y Representaciones y Oficios. Al respecto del mismo, LLUCH: *El pensament econòmic a Catalunya*, pp. 247 ss.; CODERCH: *La Compilación y su historia*, pp. 32 ss.

das, libre y sin sujeción a tasa alguna»¹³⁷; y precisamente por esa reivindicación del carácter contractual de la institución defendería, también, el mantenimiento de las enfiteusis preexistentes tal y como estaban, reguladas «por el derecho establecido anteriormente en la respectiva provincia».

Frente a ello, los nuevos tiempos, los liberales, sugerían cambios: «dícese que el Estado debe procurar la unidad del dominio». Criterios que eran categóricamente denunciados por los autores más representativos de la Escuela Jurídica Catalana. En este sentido, Falguera responderá sin titubeos a este presunto imperativo categórico de la modernidad: «El Estado no debe procurar nada y debe facilitar todo (...). Déjese que el propietario reúna, separe, corte o desmenuce o aumente su propiedad»¹³⁸.

«¿Por qué se contrata más en Cataluña, especialmente sobre derechos reales distintos del dominio? Porque la propiedad se divide en mayor número de elementos y de esta manera se facilita su adquisición. El que no cuenta con caudal suficiente para comprar de una vez ese compuesto que se llama dominio pleno, adquiere una fracción, llámasele censo, derecho de redimir, u otra cosa, mañana en fuerza de nuevos ahorros adquiere otra, y poco a poco se va haciendo propietario (...). Pues bien, si queréis saber el secreto por que el comercio de inmuebles y derechos reales es mayor en Cataluña, ahí está. Porque se admiten todas las descomposiciones posibles de la propiedad, y de cada una se hace un elemento vendible, y todas esas entidades se arrojan al mercado. Y con esto queda demostrado que es antieconómica su supresión»¹³⁹.

No se trataba, por lo tanto, de argüir argumentos antimodernos, todo lo contrario, *se trataba de insuflar de liberalismo las tradiciones, de manera que los nuevos tiempos no significaran una ruptura, sino una potenciación de lo tradicional*.

Al margen de lo previamente expuesto, Falguera ofrecería otro importante argumento para defender la conveniencia de la división del dominio: «existiendo en Cataluña la costumbre de nombrar un solo heredero, que parece debiera producir la acumulación y la estancación de la propiedad», serviría la posibilidad de descomponer el dominio en multitud de derechos reales para contrabalancear esa tendencia.

«(...) el enfiteusis perpetuo estaba permitido a los poseedores de bienes vinculados, sin necesidad de información ni decreto judicial, con tal de que no se pagase cantidad alguna por razón de entrada. He aquí cómo la herencia única no impide las enajenaciones, ni produce la acumulación»¹⁴⁰.

Se partía de una cuestión de mentalidades: «el enfiteusis, llamado en Cataluña establecimiento, es un contrato muy frecuente, *porque no se considera deshonoroso para los grandes propietarios, como la venta*»¹⁴¹.

¹³⁷ DOU I BASSOLS: *Conciliación Económica y Legal de pareceres opuestos en cuanto a Laudemios y Derechos Enfiteúticos*, 1829, núm. 65.

¹³⁸ FALGUERA: *Conferencias de Derecho Catalán*, p. 84.

¹³⁹ FALGUERA: *Conferencias de Derecho Catalán*, p. 89.

¹⁴⁰ FALGUERA: *Conferencias de Derecho Catalán*, p. 94.

¹⁴¹ *Ibidem*.

El *hereu*, aquel hijo que *sustituye* al padre al frente de la familia, no puede honradamente vender, no debe enajenar trozos de la historia patrimonial que están ligados a los antepasados y que son parte del proceso de construcción de la casa familiar que a todos cobija y que de todos responde. El *hereu* no puede vender, pero sí puede constituir censos sobre sus propiedades, lo cual no implica desprenderse de ellas (siguen siendo propiedad familiar), sino una forma de hacerlas rentables para, precisamente, poder acudir con solvencia a las cargas familiares. Establecer censos permitirá, sin ir más lejos, dotar a una hermana, o cubrir los derechos de legítima de un hermano que necesitase ciertas cantidades para abrirse camino en la vida; y todo ello manteniendo unido el patrimonio familiar, sin necesidad de disgregarlo, ni enajenarlo.

En este sentido, el censo enfiteútico era una institución esencial para el tradicionalismo jurídico catalán del siglo XIX, porque se adaptaba perfectamente a ese derecho de familia y sucesorio catalán que, tal y como hemos expuesto en su momento al tratar del segundo principio esencial del Derecho catalán, constituía el nudo gordiano de la sociedad tradicional catalana.

El censo enfiteútico era el procedimiento a través del cual la costumbre sucesoria catalana del *hereu* no tenía como consecuencia la vinculación y acumulación de la propiedad inmobiliaria, sirviendo de cauce para la adaptación de aquella sociedad a la modernidad y al liberalismo.

Observado desde este prisma, el movimiento jurídico a favor de la redención generalizada de los censos y de la prohibición del enfiteútico significaba *cerrar el paso a la modernidad de la sociedad tradicional catalana*, impedir que entrara en el liberalismo económico y jurídico una forma de ser y de entender el mundo que, si bien no era la única que merecería llevar el nombre de Cataluña a mediados del siglo XIX, sí que representaba a una parte importante del sentir tradicional de aquella tierra.

La importancia del asunto venía de la mano del hecho de constituir el principio de redimibilidad de los censos un atentado contra el concepto catalán de propiedad familiar: esa propiedad de la cual era titular el padre de familia, esa propiedad gravada con un conjunto de cargas morales que la dotaban de un «carácter colectiu que no pot negárseli»¹⁴².

Además, este derecho familiar de propiedad no se encontraba regulado en ninguna constitución, en ninguna norma explícita; como decía Abadal, se trataba de un «dret ques viu, del dret ques respira per aquells ques mouhen en un ambient ple de l'idea catalana en el dret, sense dubtes, sense contradiccions, sense plets»¹⁴³; lo cual convertía a esa realidad jurídica en un ordenamiento altamente delicado, un tanto etéreo y profundamente débil, en cuanto no manifestado en ningún ordenamiento explícito y palmario, que fuera específicamente defendible. Se entiende, por ello, la decidida actitud de aquel grupo de juristas que se agruparían en el nombre colectivo de Escuela Jurídica Catalana.

¹⁴² ABADAL: *Característica de la Propietat Catalana. Conferencia feta en l'Academia de Jurisprudencia y Llegislació de Barcelona el dia 21 de mars de 1898*, Vich, 1900, p. 11.

¹⁴³ *Ibidem*.

6.º La ley limitada a lo que el orden y la paz en las relaciones sociales exigen

Una concepción *orgánica* del Derecho catalán implicaba varias cosas, pero sobre todo una: *establecer una dependencia directa y excluyente entre el Derecho y las estructuras sociales, al margen, por lo tanto, de la influencia de los poderes públicos*. El Derecho no se entenderá tanto como producto de instituciones políticas o administrativas, sino como reflejo del organismo social.

Esta concepción *orgánica* del Derecho catalán, sumada a su tradicionalismo, provoca constantes dificultades en la incorporación de la tradición jurídica catalana al orden jurídico constitucional contemporáneo que se comienza a articular en España a partir de comienzos del siglo XIX.

Y es que desde la tradición jurídica catalana se vivirá como una contradicción del «Derecho moderno» la circunstancia de que conceda una amplísima libertad a los ciudadanos «en el orden político y en otros órdenes que no atañen directamente al interés del ciudadano», restringiendo, al mismo tiempo, la libertad civil. Se ponía como ejemplo de esta contradicción el Derecho de sufragio, para el que no se exigiría capacidad alguna más allá de la mayoría de edad y, sin embargo, al mismo tiempo, se estarían limitando mediante un Código civil y varias leyes especiales tradicionales libertades civiles como la libertad de testar o la patria potestad del padre¹⁴⁴.

En principio, se considerará que el Derecho debe provenir, no tanto de la ley como del convenio, del acuerdo, del pacto establecido libremente por los organismos sociales. Y estos organismos sociales tenían como referente fundamental a la familia.

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS

¹⁴⁴ TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 42.