

COTEJO DE LAS ESCUELAS HISTÓRICAS DEL DERECHO ALEMANA Y CATALANA

EL PENSAMIENTO BÁSICO DE LA ESCUELA JURÍDICA CATALANA Y SUS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES CON LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO ALEMANA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo

La orientación y características fundamentales de la escuela jurídica catalana en nada variaron con la recepción de la escuela histórica de Savigny¹. Sus introductores en Cataluña no percibieron, en un principio, las diferencias que mediaban entre esa escuela alemana y la suya.

El punto de vista desde el que aquellos hombres observaron la escuela histórica alemana pudo ser determinado, en gran parte, por el discurso inaugural del curso 1854-1855 pronunciado por el filósofo Xavier Llorens y Barba. Este discurso ha sido calificado de “testamento filosófico del maestro” por Tomás Carreras y Artau, quien estimó que, en él, tuvo una “clara visión de la unidad interna, verdadera misión y posibles desarrollos de la escuela histórica en Cataluña”².

¹ La recepción de la escuela histórica de Savigny y su difusión en Cataluña la comenzó —según Enrique Prat de la Riba (Durán y Bas III, *R.J.C.* XVIII, 1912, pp. 87 y s.)— Durán y Bas en su cátedra de derecho romano desde 1855, e hizo aplicación de sus principios a la política en sus artículos publicados en el *Diario de Barcelona*, y al derecho político y al administrativo en sus lecciones de esta asignatura de 1858 a 1862. Estanislao Reynals y Rabassa manifestó su pertenencia a la escuela histórica en 1859 en su discurso *El derecho en nuestros días* y lo reiteró en otro, en 1874, *El derecho nuevo*; y Permanyer y Tuyet lo proclamó en el Congreso, en su discurso de 7 de enero de 1861.

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

² Tomás Carreras y Artau, “La renovació de l'escola històrica catalana”, en *Una institució per la recerca del nostre dret consuetudinari*, *R.J.C.* XXV, 1920, pp. 59 y s. El referido párrafo del discurso de Llorens y Barba, reproducido por T. Carreras y Artau dice así: “Si atraídos por la variedad de su fisonomía que cada uno de los pueblos presenta, profundizamos en su vida íntima, examinamos el genio de su lengua, familiarizándonos con sus costumbres, inquiriendo sus opiniones, descifrando su religión e investigando la naturaleza de sus instituciones políticas y civiles; si estudiamos sus monumentos literarios y ponemos los ojos en sus creaciones artísticas, ¿cómo negarnos a reconocer un fondo de ideas elaboradas paulatinamente por la nación entera, hijas de un espíritu común que estampa un sello en todas sus produc-

En lo que la escuela jurídica catalana coincidía con la histórica alemana, pero desde antes de conocerla, es en la concepción histórica del derecho y en la posición inicial de ésta respecto de la codificación. En esto discrepaban los juristas catalanes de la moda francesa, propugnaba desde el poder central. Así lo ha hecho notar Camps y Arboix, quien ya, en la cubierta de su biografía de Durán y Bas, advierte de que éste fue el hombre más eficaz para Cataluña en la segunda mitad del siglo XIX, y explica, en el texto del libro³, que, hallándose el derecho catalán “a la deriva de corrientes contrarias, representadas por las tendencias del momento de tipo codificador que chocaban con las esencias y el pensamiento central del ordenamiento catalán, al que se acusaba de anacronismo, Durán y Bas salvó esta situación con un verdadero prodigio, amparándose en una doctrina entonces en boga y con prestigio universal, como la escuela histórica, para cubrir el derecho catalán con una vestidura científica y con el pararrayos del historicismo”. Así —sigue Camps— “por obra y gracia de Durán el derecho catalán pudo redimirse del complejo de inferioridad que le afligía, mitigar el pesimismo de algunos ilustres juristas catalanes y enfrentarse con la petulancia y el desdén de los uniformistas irreductibles”.

Pero, el aldabonazo, que en 1884 había dado joven Enrique Planas y Espalter, en la Academia de la Juventud Católica de Barcelona⁴, tuvo la virtud de abrir los ojos a unos y hacer explicar a otros la razón por la que seguían la escuela histórica⁵. Después, el artículo de Pla y Deniel y, años más tarde, en el centenario de la escuela histórica del derecho alemana, un discurso de Tell y Lafont y un artículo de Victorino Santamaría⁶, demostraron éstas y otras diferencias entre una y otra escuela histórica. Es conveniente, pues, resaltar las principales, que son:

a) La realización del derecho natural en la historia.

Ciertamente Savigny, en el §15, de su Sistema, habla de la influencia en el derecho del Cristianismo y del “elemento general” del derecho, donde “obra su natu-

ciones?. ¿Cómo no admitir la existencia de un espíritu nacional, debido a las condiciones históricas de cada pueblo que, viniendo a través de los tiempos y recogiendo la flor de la actividad de cada una de las generaciones, apartados los efímeros productos de las pasiones pasajeras, concentra las ideas, muestra los grandes sentimientos nacionales y determina y mantiene los rasgos de su fisonomía moral?. Si las grandes literaturas ofrecen un carácter nacional a todas luces manifiesto, tanto en las obras en que toma parte el pueblo entero, como en las que son debidas a uno o a pocos privilegiados intérpretes de los sentimientos comunes, también el pensamiento filosófico adquiere un aspecto indígena y forma parte del patrimonio intelectual de cada pueblo. Porque el pensamiento filosófico no es un nuevo elemento de la conciencia humana, sino una forma especial que el contenido de la conciencia va tomando; de modo tal, que la masa de ideas elaboradas por cada pueblo debe ser la materia sobre la cual se ejercite la actividad filosófica”.

³ Joaquín de Camps y Arboix, *Durán y Bas*, Barcelona, Aedos, 1961, pp. 111 y s.

⁴ *Cfr.* mi “Cotejo con la escuela histórica de Savigny” 13, *R.J.C.* 78, 1979, pp. 803-807.

⁵ *Cfr.* los textos de Reynals y Rabassa, Durán y Bas, Pou y Ordinas, Permanyer y Ayats y Trias y Giro, que recojo en “La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX”, 10 y 11, *A.R.A.J. y L.* 7, 1979, pp. 85-89; y en mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I Madrid, Consejo General del Notariado, 2000; *Perspectiva histórica*, 259, pp. 924 y s. y los de Antonio Mía Borrell i Soler, que citó en “Cotejo” 1, *R.J.C.* 78, 1979, pp. 598, 600 y ss.; y lo que comento de Permanyer en *Cotejo* 11, pp. 794 y ss.

⁶ *Cfr.* los textos de Durán y Bas y de Reynals y Rabassa que transcribo en *La influencia*, cit., 8, pp. 83 y s.

raleza moral” y tiene en cuenta “la dignidad moral y la libertad comunes a todos los hombres”, del que se derivan “la naturaleza de las cosas (*aequitas o naturalis ratio*)”, que “son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general”. Lo cual engañó a los principales seguidores catalanes de Savigny⁶. Pero, lo cierto es que, según éste entiende, una vez positivizado el derecho, el elemento general deja de ser jurídicamente relevante para la escuela histórica, que no estima relevante más derecho que el positivo.

En cambio, en el derecho catalán, desde los orígenes medievales había sido considerado esencial, tanto en el momento de la creación como en el de la determinación del derecho, su conformidad con el sentido natural, la buena razón y la equidad natural (*seny natural, bona rabó i equitat*)⁷. Especialmente Torras y Bages hizo notar la orientación del derecho catalán por la *perennis philosophia*⁸, y la concepción del derecho según San Raimundo de Penyafort⁹ que tanta influencia tuvo en Jaime el Conquistador¹⁰.

En el siglo XIX, los proestandartes de la escuela jurídica catalana, con Reynals y Rebassa¹¹ y Durán y Bas¹² a su cabeza mantenían la inseparabilidad del derecho y la moral.

Concepción más semejante a la de Durán y Bas y muy posiblemente emparentada con la de Joaquín Costa acerca de la realización del derecho en hechos jurídicos, aunque refiriéndolo a la encarnación “en fórmulas positivas”, es la que expuso Prat de la Riba¹³ concluyendo que “el derecho no es, existe, no pasa de la potencia al acto, hasta que la ley natural se encarna en formulas positivas”... “del propio modo que sin cuerpo la vida del alma es incompleta”, también “con la ley natural se da el mismo fenómeno: tampoco la ley natural, alcanza su plenitud hasta que se une en misterioso consorcio con los elementos secundarios y jurídicamente inferiores de lugar, tiempo, estado de cultura temperamento nacional y demás, sin los cuales es imposible que el derecho exista”... “El derecho es, pues, la parte de la ley natural que se ha hecho positiva”; y, en la terminología que él estima es la de la filosofía escolástica, juzga que “la materia prima viene constituida por los elementos secundarios”.

⁷ Cfr: mi discurso “*Seny natural*”, “*equitat*” y “*bona rabó*” en la tradición del derecho de Cataluña, el 17 de octubre de 2009, en el acto de mi investidura como Doctor “honoris causa” en la Universidad de Cervera (UNED).

⁸ J. Torras y Bages, *La tradició catalana*, II parte disertación preliminar, cfr. 2ª ed. pp. 179 y s.

⁹ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰ *Ibid.*, cap. I, I, pp. 212 y ss.

¹¹ Cfr: mi *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, 259, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, el texto de E. Reynals y Rabassa que recojo en el párrafo que lleva la nota 71 de la pág. 924.

¹² M. Durán y Bas, “La doctrina moral de Santo Tomás de Aquino”, en *Escritos*, Segunda serie *Estudios morales, sociales y económicos*, Barcelona 1885, pp. 3 y ss.

¹³ Enrique Prat de la Riba, “La ley natural y el derecho”, *Miscelanea Jurídica, R.J.C.*, I, 1895, pp. 294 y ss.

b) *El valor de las costumbres.*

Hace años cotejé ampliamente la teoría de Savigny del derecho popular, de la costumbre y de la ley con la concepción tradicional en el derecho catalán y en los autores de la escuela jurídica catalana del siglo XIX acerca del derecho popular y la costumbre¹⁴. Savigny¹⁵ sustituyó al pueblo por los juristas en la misión de expresar del espíritu del pueblo y su escuela se desentendió de las costumbres vividas en su tiempo en Alemania.

En cambio, Durán y Bas, en su *Memoria*¹⁶, discrepando de la afirmación de Savigny de que la costumbre era “menos fecunda que en otros tiempos”, expondría que “es indudable que hoy, como antes, aparecerán usos y costumbres a manera de otras tantas traducciones de la conciencia jurídica catalana”; y que, otras veces, la costumbre desenvolverá la regla de derecho escrito “en forma determinada, exteriorizándose de esta suerte el espíritu popular en la manera de hacer aplicación de la ley. Y es que la regla de derecho, como expresión de un concepto legal, se identifica con la conciencia del pueblo cuando ésta no la rechaza como exótica; y, entonces, la forma especial de darle vida e influencia en las relaciones sociales individualiza la regla de tan especial manera que, al ser esencialmente idéntica en varios territorios, aparece sin embargo distinta en su forma, en unos con respecto a otros, y como impregnada de un espíritu de localidad que le da fisonomía particular. En estos términos comprendida la costumbre, su fuerza y autoridad son de todos los tiempos y de todos los lugares, vive a despecho de la ley, la cual, lejos de rechazarla, debiera admitirla en su ceñido valor jurídico o, lo que es lo mismo, en la corta extensión de la autoridad que le es dado alcanzar en nuestros días; y ya que no para modificar la ley, pero si para completarla, favoreciendo su realidad práctica; para suplirla en su silencio o para dejarla en desuso, debiera considerarse la costumbre como fuente del derecho”¹⁷.

¹⁴ “Cotejo con la Escuela histórica de...” 16-22, *R.J.C.* 79, 1980, pp. 9-47.

¹⁵ Savigny, *Sistema XIII*, p. 86.

¹⁶ M. Duran y Bas, *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Impr. de la Casa Caridad 1883, Parte primera, cap. I, pp. 8 y ss.

¹⁷ De especial interés acerca de la costumbre, su concepción según Santo Tomás de Aquino y su valor en derecho catalán, incluso contra ley, es el estudio de Joaquín Almeda y Roig, “La costumbre como fuente del derecho”, *R.J.C.* XIV, 1908, pp. 5 y ss. (Lo extracté en “Cotejo” 19, *R.J.C.* 79, pp. 32-36). A juicio de Almeda (pp. 28 y ss.): “La costumbre vive y vivirá con la ley para juntarse”, “como dos fieles amigos con liga de perpetua paz y conformidad, si tal ley cumple su misión esencial; y vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como juez, si no cumple dicha misión”... “En vano la autoridad legislativa calificará de corruptela las costumbres contrarias a la ley y las perseguirá hasta con saña, la costumbre hará su camino, sostenida por la conciencia popular que proclamará la inconveniencia de la ley y su oposición con el bien común, y la ley será vencida porque su potencia será meramente externa, y su fuerza prestada. La ley caerá en desuso y cederá su sitio a la costumbre contraria”... “A la costumbre debe también la ley con, sin o contra su voluntad, su aplicación, siendo por ello su perfeccionadora. La interpreta si es ambigua, oscura, equivoca o adolece de cualquier defecto, que puede hacer incierto su sentido; fija el relativamente verdadero si es susceptible de varios, y robustece su fuerza y eficacia en cuanto asegura su aceptación por el pueblo”.

¹⁸ Federic Puig Samper y de Maynar, “La pubilla”, *La Notaria* 1894, n. 4, pp. 96 y ss. y *R.G.L.* y *J.* 85, 1894-2; pp. 126 y ss.

En una conferencia expuesta en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona el 28 de febrero de 1894, el notario Federico Puig-Samper¹⁸ diría que por la senda de sus *libres tradiciones*, amparadas en la *libertad civil*, los catalanes fueron y seguían estando “naturalmente inclinados a prescindir del Estado para hallar moldes y formas que sirvan de canon a los medios empleados para la satisfacción de sus necesidades jurídico-sociales; buscándolos, en cambio, en la potencia legislativa del pueblo, que entra en acción a medida que evolucionan las convicciones jurídicas y nuevas corrientes de vida despiertan necesidades nuevas”.

Consecuentemente con este modo de pensar, proliferarían en aquella época juristas recopiladores de costumbres. Los principales fueron Victorino Santamaría que publicaría las referentes a ciertas instituciones y a algunas comarcas tales: *La rabassa mortes*¹⁹. *Recopilación razonada de costumbres del partido judicial del Vendrell*²⁰. *Año agrícola en Vendrell. Venta y arriendo de las hierbas de los viñedos de la provincia de Tarragona*²¹ y *Derecho consuetudinario y economía popular en las Provincias de Tarragona y Barcelona, con indicación de las de Gerona y Lérida*²²; Federico Puig Samper y de Maynar, con su citado estudio *La pubilla*, institución eminentemente consuetudinaria; Joseph Faus i Condomines, autor de *Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)*²³, *El contrato de "empeyament" en Catalunya o venta a carta de gracia, Derecho especial de la Segarra y de otros trabajos más breves*²⁴.

Finalizando el primer tercio del siglo XX, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, en su curso 1933-1934, organizó un ciclo de conferencias acerca de variedades comarcales todas ellas consuetudinarias, del derecho civil catalán que expusieron versados especialistas, como Joseph Foguet y Marsal, *Dret comarcal gironí*; Ramón María Roca Sastre, *L'heretament fiduciari al Pallars Sobirà*; Josep Maria de Porcioles i Colomer, *Regim econòmic-familiar al Baix Urgell y Segrià*; Vicens de Moragas, *Associació a comprès y millores al Camp de Tarragona*; Joseph Faus i Condomines, *Dret especial de la Segarra* (ya citado); Oriol Anguera de Sojo y Doderó, *Dret especial de la comarca de Vic*²⁵.

¹⁹ Barcelona, tip. de Alfonso Basas, 1878.

²⁰ En “Notas sobre el derecho consuetudinario catalán”, *R.J.C.* VIII, 1902, pp. 641 y ss.

²¹ Estos tres trabajos constituyeron su colaboración al vol. II de la obra dirigida por Joaquín Costa, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Barcelona, Manuel Soler, Ed., 1902, pp. 203 y ss., y 227 y ss.

²² Madrid, Impr. del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús 1901, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

²³ *R.J.C.* XIII, 1987, pp. 201 y ss., 313 y ss. y 379 y ss.

²⁴ Todos ellos, así como el referente a la nota anterior se hallan recogidos en *Conferencias, artículos y trabajos de D. José Faus y Condomines*, Centenario de la Ley del Notariado, Sec. IV, vol. VII, Barcelona, Impr. Vda. de J. Sabarter Bros 1964.

²⁵ Conferencias pronunciadas en la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de Catalunya, en el ciclo *Conferencias sobre varietats comarcals del dret civil català*, Barcelona 1934.

Todavía después continuaron trabajos de este género; por ejemplo, los de Sebastián Parés Sabaté, *Contratación notarial agraria en el Alto Penedés durante el siglo XIX*²⁶. Alfredo Pastor, *El régimen económico matrimonial en el Pirineo catalán*²⁷.

Tras de los recopiladores de costumbres vinieron los apologistas del método práctico seguido en el derecho catalán. Comenzaremos por citar a Raimundo de Abadal y Calderó en los discursos que pronunció, como presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en las aperturas de los cursos 1903-1904 y 1904-1905, en los cuales ahondó en el tema de la libertad civil en la formación del derecho de Cataluña través de la costumbre²⁸.

c) *La utilización del derecho romano* por los juristas catalanes fue completamente diversa y con un fundamento distinto que la propugnada por la rama romanista de la escuela histórica. Tell y Lafont²⁹ destacó que ésta: “En vez de estudiar el derecho en el sentido de adaptarlo a las modernas necesidades, en vez de aceptarlo como un legado de la tradición jurídica de las escuelas, soñaron con un derecho arqueológicamente depurado con el restablecimiento de las mismas fuentes”. Así, “convertía al jurisconsulto en un arqueólogo” y “daba al traste las modificaciones... que habían penetrado en las costumbres, y que muchas veces venían a llenar verdaderos huecos que habían dejado las costumbres”.

Luis Figa Faura ha destacado que esta utilización del derecho romano por los juristas se efectuaba³⁰:

- 1) A fin de llenar un vacío dejado por la costumbre *praeter legem*.
- 2) Por un ingenuo lucimiento.
- 3) Para valorizar el derecho autóctono, dotándole de un fundamento prestigioso, que muchas veces producía una verdadera feudalización del derecho común, y no a la inversa, señalando que así se observa en las glosas de Montjuich y de Vallseca.
- 4) Para una sistematización y explicación de las instituciones catalanas que sea mejor que la ofrecida por las leyes autóctonas y las góticas; es

²⁶ *La Notaría* XXXIX, 2º trim. 1944, pp. 221 y ss.

²⁷ *A.A.M.N.* XVIII, 1974, pp. 221 y ss.

²⁸ Raimond d'Abadal y Calderó, “La llibertat en el dret civil”, *R.J.C.* IX, 1903, pp. 641 y ss.; 661 y ss. y XI, 1905, pp. 5 y ss. y 14-34.

²⁹ G. A. Tell y Lafont, *loc. cit.*, pp. 20 y ss.

³⁰ Luis Figa Faura, “Estatuto personal y patrimonial dels conjugues” II, 2º en *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundació del Congrés Jurídic Català 1972, p. 340, o, en castellano *A.D.C.* XXXVI-IV, 1973, p. 1114.

decir, de tipo pedagógico y práctico, aún con el riesgo de la conceptualización y racionalización del derecho, y así a lo largo del tratamiento de los problemas por aproximación.

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

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

El gran romanista Joseph Finestres en el siglo XVIII, sostuvo la exigüidad del derecho autóctono y la inmensidad que necesariamente quedada al derecho romano por resolver³¹, derecho que él explicaba —como romanista culto— sin atender al modo tradicional de aplicarlo en Cataluña.

Esto es un hecho al que se han referido y lamentado Pella y Forgas³² y Figa Faura³³. Este salva que en el notariado “quedó al derecho catalán un único y eficaz refugio”, porque “antes de 1862 los notarios catalanes no necesitaron, para llegar a serlo, cursar los estudios universitarios de derecho”. Tenían sus propias escuelas, tenían “visión directa de las necesidades reales, con la ayuda de los antiguos formularios y tratados de notaría de Comes y Galí”; y, después en 1772, llegó el *Viridarium artis notariae* de Vicente Gibert, traducido en 1827 por Eugenio de Tapia, con el título de *Teórica del arte de notaría*, “en la que siguen las enseñanzas tradicionales y se ignoran las de la Universidad de Cervera”³⁴.

Años después, en 1870, Félix María de Falguera, entonces Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Barcelona y Decano del Colegio de Notarios, explicó³⁵ que los “retazos” que forman las regulaciones autóctonas del derecho catalán, “cosidos como están con el derecho romano, y por cierto con mano

³¹ Joseph Finestres y de Monsalvo, *In Hermorgeniani jurisconsulti juris epitomorum*, lib. VI commentariae, Cervera, Typ. Academicis Antoniam Ibarra 1753, vol I, *Lectore benevolo vultem*, en sus dos primeras páginas, donde, después de referirse a la constitución de Jaime I de 1251, pregunta y responde: “Ad quanta occurrunt negotia neque municipali, neque canonico jure dacia? Innumera sono”. Y, refiriéndose el derecho autóctono, comenta: “Sed quem in his omnibus exigua sit pars eorum quae in tribunalibus agitare solent, nemo non intelligit”.

³² José Pella y Forgas, *Código civil de Cataluña*, vol. I, Apéndice II, cap. III, nn. II y III, pp. 117 y s.

³³ F. Figa Faura, “Mos italicus y los juristas catalanes”, en *A.A.M.N.*, vol. XXXII, vol. p. 293 *in fine* y s.

³⁴ Las consecuencias de ese intento de penetración directa del derecho romano en el catalán han sido estudiadas por Pella y Forgas (Apéndice y cap. ult. cit. IV, p. 134) y por Figa Faura *Mos italicus y...*, *loc. cit.*, pp. 293 *in fine* y s.

³⁵ Félix María de Falguera, *Conferencias de derecho catalán dadas en el Ateneo Barcelonés en 1870 y 1880*, Barcelona, La Anticuaria 1889, Conferencia primera, pp. 12 y s.

maestra, forman un vestido entero tan ajustado al carácter del pueblo catalán como si la medida hubiese sido tomada por un hábil artífice”. Nuestros antepasados “conocieron que el derecho romano era el que más se adaptaba a la gravedad de nuestras costumbres y el que más podía contribuir a la prosperidad moral y material del país, pero que en algunos puntos no armonizaba con las necesidades de la época”, y adoptaron “en el fondo el derecho romano, y, por medio de disposiciones aisladas, corrigieron lo que creían susceptible de mejora”... “Pueden considerarse las constituciones de Cataluña como una especie de novelas que van corrigiendo el derecho antiguo a medida que lo exigen las necesidades de los tiempos. El derecho romano en Cataluña representa un papel algo más elevado que el de derecho supletorio; es en rigor su derecho propio, y las constituciones catalanas sólo lo modifican en algunos puntos. Vedlas sino como se introducen en él, como discretamente lo alteran, aquí añaden, allá quitan, tan pronto amplían como restringen, y van amoldándolo a las costumbres del país. El derecho romano y el catalán son dos ruedas dentadas que encajan perfectamente y moviéndose a compás producen un movimiento uniforme”.

“Las modificaciones —hace observar— que el derecho catalán introdujo en el romano, lejos de ser empíricas obedecen a un principio, que es el aumento de la libertad civil”.

Y Joan Martí Miralles es el autor catalán moderno que mas ha ahondado en la aplicación del derecho común a Cataluña, tanto en su orientación hacia las soluciones concretas como en su método³⁶.

d) *La tradición jurídica catalana y la del “ius commune”, de que aquélla se guiaba*, sería seguida siempre por la escuela jurídica catalana desde sus primeros autores medievales. Así se observa —recordémoslo—, ya decantada, cuando decía Mieres³⁷ que la equidad había de aplicarse “*non pura naturalis sed mixta ex traditionibus iuris positivi*”, y seguía siéndolo la propugnada en el siglo XIX y la que, en el XX, fue recogida en el art. 1, 2 de la Compilación, según resulta de la integración de los preceptos de aquélla por los principios tradicionales.

Ya en el siglo XX, la tradición de los autores catalanes y la del *ius commune* sería defendida y mantenida decididamente por Martí y Miralles. Según éste sostuvo³⁸, en esos autores antiguos se hallan soluciones a los problemas no previstos en

³⁶ Joan Martí i Miralles, *El derecho civil de Cataluña en sus relaciones con el llamado derecho común*, conferencia leída en el Colegio Notarial de Valencia el 12 de mayo de 1934, p. 8, y en separata dedicada por el Colegio Notarial de Cataluña al de Valencia, p. 4.

³⁷ T. Mieres, *Apparatus II*, VIII, II, 70, p. 164.

³⁸ Martí Miralles, *loc. ult. cit.*; “Spoliatus ante omnia est restituendus”, *R.J.C.* XVII, 1911, pp. 1470, o en ediciones separadas, Barcelona, Hijos de J. Jepuis 1911, pp. 7 y ss., y Tarragona, Diputación provincial 1972; y concretamente el párrafo citado en el texto; “El derecho civil de Cataluña y sus relaciones”, *La Notaría, ult. cit.*, p. 23.

el Código ni en las costumbres; y, asimismo, es donde “pueden encontrarse reglas y doctrinas reguladoras de todo cuanto se realiza mediante la voluntad manifestada tácitamente, con lo cual se puede completar la regulación de los actos realizados mediante una voluntad expresada por escrito o por palabras. Es en dicho sector donde se encontrarán multitud de normas interpretativas de los mismos actos expresos, tanto en el orden sucesorio como en el contractual; con todas las teorías sobre conjeturas o presunciones, tan completas y razonadas, que sería imposible basarlas en los angostos límites del derecho codificado, ni en la jurisprudencia judicial y doctrinal que lo ha venido interpretando. Y es, en fin, en este mismo sector de la jurisprudencia histórica, en donde se pueden encontrar las normas orientadoras del criterio de equidad, con cuyas normas puede ser factible y seguro interpretar, adaptar, suplir el derecho escrito, y aún consuetudinario”.

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

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

e) *Las compilaciones y las codificaciones* significan dos perspectivas diferentes, que han sido observadas y matizadas por varios caracterizados autores catalanes, aún después de haber variado la escuela histórica alemana su actitud respecto de la codificación civil alemana.

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

Durán y Bas, en su comunicación al Congreso Jurídico Español, reunido en Madrid el año 1886 en la Real Academia de Jurisprudencia³⁹, efectuó las siguientes propuestas:

³⁹ Manuel Durán y Bas, *Estructura más apropiada para un Código civil español. Distinción formal entre leyes obligatorias y leyes supletorias*, Madrid, Tip. Manuel G. Hernández 1886, pp. 11 y ss., 14 y ss. y 17 y ss.

- 1) Que, en lugar de efectuar un solo Código civil con apéndices, declarando aquél supletorio en lo no previsto por éstos, era mejor que los distintos derechos españoles se codificaran independientemente, y que la elaboración de un código general se dejara para cuando su necesidad adquiriera adhesión en la conciencia de todo el pueblo.
- 2) Que la parte del título preliminar referente a las leyes debería ser objeto de una ley general, con alcance a todo el derecho y no solo al civil.
- 3) Que la libertad civil debía ser el principio informador del derecho civil, siempre y cuando “la justicia, la moral o la utilidad pública” no obliguen a mandar o prohibir alguna cosa. Por lo cual, proponía que se precisaran qué leyes tienen carácter absoluto imperativo u obligatorio, y que las demás se estimen “no permisivas sino declarativas, según el tecnicismo de los autores modernos”, en cuanto dejan “íntegra la libertad de los interesados en toda relación jurídica que se propongan crear”. A estas leyes, en otro lugar⁴⁰, las denominó “leyes supletorias, porque son como presunción de la voluntad en lo particular, cuando no se haya expresado en lo concreto de la disposición todo lo que está dentro de la voluntad”⁴¹.

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

En 1918, en una conferencia expuesta en Madrid, en el salón de actos de la Real Academia de Jurisprudencia, el presidente entonces electo de la homónima de Barcelona, Maspons Anglasesell⁴² expuso que nadie era capaz de confeccionar el apéndice del derecho civil catalán por la imposibilidad de reducir “todo nuestro régimen, todo nuestro sistema de derecho a una especie de matemáticas jurídicas, a unos artículos que redujeran para Cataluña la materialidad de redacción de otros pocos del Código”. No es, pues, de extrañar que se hicieran propuestas como las que vamos a recordar de Pella y Forgas y de Martí Miralles.

⁴⁰ *Ibid.*, “Discurso en el Senado del 27 de junio de 1889”, cfr. en *Col·lecció dels discursos en defensa de la legislació civil catalana pronunciats en lo Senat y en lo Congrés amb motiu de la presentació del Codice civil de 1889*, Barcelona, Impr. Barcelonesa 1899, p. 158.

⁴¹ La denominación “ley facultativa y supletoria” había sido aplicada años antes por Joaquín Costa en su *Teoría del hecho jurídico* 11 y 12, pp. 100 y ss.

⁴² Francesc de P. Maspons i Anglasesell, “La situación jurídica de Cataluña y la publicación de los apéndices del Código civil”, *R.J.C.* XXIV, 1918, pp. 392 y ss.

Pella propuso que en el Código civil de Cataluña se recogiera el derecho vivo, mostrado en cincuenta años de sentencias del Tribunal Supremo, mediante un sistema positivo de experimentación y gran expurgo, “que podría darle al derecho catalán su carácter biológico”; y que no se derogara el antiguo derecho compilado, siguiendo, en eso, el sistema catalán, a fin de que aquél sirviera, “cual sucede en el Código civil suizo con las leyes antiguas de los cantones, de expresión de la costumbre, cuando el texto de la ley escrita hubiere de suplirse”⁴³.

Y Martí i Miralles, años más tarde, propondría que se diese fuerza interpretativa y supletoria en toda España al derecho anterior y a la doctrina que lo ilustró, gracias a la cual se había formado antaño un fondo común “liberrimente aceptado”, en una “auténtica solidaridad jurídica”⁴⁴.

Quedaban, además, dos puntos calientes por resolver: el de la costumbre contra ley y el de la interpretación e integración de cada código por el respectivo derecho histórico, propio y común, y por sus costumbres; es decir, la cuestión de si el derecho anterior debe quedar totalmente derogado por la codificación o compilación o bien si se mantiene vigente como fuente suplementaria, pero viva, de interpretación e integración de ellas.

Ha explicado recientemente Luis María Roca-Sastre Muncunill⁴⁵ que tanto su padre como muchos otros de los juristas que intervinieron en el proyecto de compilación “eran contrarios a dicha codificación”; pero, gradualmente, “se convencieron de que no cabía otro remedio, porque, si ellos no intervenían en la elaboración, existía el peligro de que se aprobase un texto mediocre, inadecuado, insuficiente y técnicamente anticuado”. Y, en ese contexto, cita unas líneas del escritor Josep Plá (*Homenots*, segunda serie, Barcelona, 1981, p. 228) indicando “que fue entonces cuando el señor Roca Sastre llevó a término su memorable esfuerzo, el cual lo puso en primer término en la elaboración de la Compilación e infundió a ésta del espíritu que el tiempo hacía inevitable”.

También cita, como prueba, una entrevista a su padre del periodista Francisco Daunis (*Solidaridad Nacional*, 20 julio 1960), en la que éste, el día siguiente de la aprobación de la Compilación, decía: “En cierto modo era ayer jornada alegre y al tiempo triste para el notario Ramón María Roca Sastre. Y eso por el mismo hecho: la Ley aprobando la Compilación del derecho civil especial de Cataluña. Porque —dice Roca Sastre— toda compilación representa un lógico progreso, pero tam-

⁴³ José Pella y Forgas, “Código moderno y codificación catalana, y sistema de la ley escrita de las constituciones de Cataluña”, I, *R.J.C.* XVIII, 1912, p. 129.

⁴⁴ Joan Martí i Miralles, *op. loc. ult. cit.*, pp. 8 y ss.

⁴⁵ Luis María Roca-Sastre Muncunill, *Ramón María Roca Sastre, jurista en su vida y en su obra*, Madrid, Seminario Jerónimo González, Centro de Estudios Registrales, 1998, pp. 138 y ss.

bién un retroceso. Su comodidad en el manejo evita que los juristas se interesen y busquen las fuentes de los principios y normas del derecho”. A la pregunta del periodista acerca de qué exactamente había recogido esta Compilación, Roca Sastre contestó: “Codifica el derecho, aclara dudas y facilita el conocimiento del mismo. La mayoría de normas ya existían aunque no se aplicaban muchísimas veces por comodidad o ignorancia. En la codificación se ha recogido el derecho consuetudinario que no figuraba en ninguna fuente escrita, como son, por ejemplo, los heredamientos. El derecho catalán se caracteriza por una amplia libertad, que permite adaptarse a las circunstancias de cada caso. La vida es compleja y necesita esas adaptaciones”.

Por otra parte, las Cortes rechazaron dos de las propuestas contenidas en las enmiendas preparadas en Andorra por los más preclaros juristas catalanes⁴⁶, limitando la función de la “*tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes y costumbres*” para *interpretar* los preceptos de la Compilación, al suprimir la palabra *integrar* (en el art. 10, § 2), y al eliminar la norma del art. 5 del Proyecto, según la cual las normas de la Compilación “se interpretarán e integrarán por los textos originarios y conforme al siguiente orden...”⁴⁷

Estas supresiones quedaron salvadas en la Compilación de Cataluña de 29 de febrero de 1984, por el nuevo texto de su art. 1, §2: “*Para interpretar e integrar esta Compilación y las otras normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyó la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña*”.

Hace años traté de mostrar los peligros que acechaban a los derechos especiales y forales hispánicos⁴⁸ el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, el impacto de los medios masivos de comunicación audiovisuales, y, en suma, la masificación creciente por doquier. Poco más de trece años después, cuando en 1982 se publicaron mis *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico* que recogieron ese referido trabajo, añadí a modo de epílogo un largo párrafo⁴⁸ en el cual razoné que el mayor peligro que acechaba a esos derechos, formados por las costumbres, guiadas por juristas prácticos y adecuadas a las necesidades reales, se halla en el Parlamento de su propia comunidad si en él se actúa con criterios ideológicos, de modo teórico caracterizado por un racionalismo abstracto, de acuerdo con modelos puramente mentales.

⁴⁶ Cfr. lo que digo en *Perspectiva histórica* 296, a, pp. 1094 *in fine* y s.

⁴⁷ Cfr. lo que explican Francisco de A. Condomines Valls y Ramón Faus Esteve, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, Libr. Bosch, 1960, pp. 26 y ss.

⁴⁸ “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral” 16-20, en *A.D.C.A.*, XIV, “Volumen en homenaje en memoria de Mariano Alonso Lambán”, 1960-1969, pp. 114-124, y *A.D.C.* XXIII-III, 1970, pp. 509-518, recogido en mis *Estudios sobre fuentes del...*, pp. 543-556.

Y Luis Figa Faura, en el último discurso, como presidente de la *Académie de Jurisprudència y Legislació de Catalunya*, que pronunció en la apertura del curso 1991-1992, advertiría⁴⁹: “El derecho catalán no es una invención de hoy, naturalmente no es hoy el mismo que hace mil años. Hay, pero, un hilo que, de manera continua y sin interrupciones, le caracteriza y que ha recibido el nombre de tradición jurídica catalana”... “La tradición jurídica catalana es ésta: la costumbre es la que lleva a la ley, y no al revés”. El olvido de esto por el legislador, es lo que pone, como dice el título de su discurso: “*El dret català en perill*”.

⁴⁹ *Estudios, ult. cit.*, pp. 556 y s.

