

SOBRE LO VERÍDICO Y FICTICIO DE LA DUALIDAD ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL PATRIO

*On the truthful and fictitious aspects of the duality
between Roman Law and National Law*

CARLOS TORMO CAMALLONGA¹
Universitat de València-Estudi General

1. Este trabajo ha sido elaborado dentro el marco del Programa PRO-METEO 2022 (CIPROM / 2021-028) subvencionado por la Generalitat Valenciana.

Resumen: la confluencia de los derechos real y romano ha sido interpretada a menudo, por los autores modernos y la historiografía, en clave de enfrentamiento. En este estudio se niega la existencia de contradicción entre ambos órdenes, planteando una coexistencia en la que cada uno goza de preferencia en según qué ámbito. El cuestionamiento de la supremacía del Derecho propio no tiene su origen solo en su escasa presencia en la universidad, sino en la práctica de la administración de justicia.

Palabras clave: Dualidad. Contradicción. *Ius commune*. *Ius proprium*. Doctrina. Legislación. Práctica forense. Jueces. Abogados. Alegaciones jurídicas. Sentencias.

Abstract: the confluence of royal and roman laws has often been interpreted in a confrontational manner by modern authors and historiography. In this study the existence of a contradiction between both orders is denied, proposing a coexistence in which each prevailed in its field. The questioning of the supremacy of own law does not have its origin only in its scarce presence in the university, but in a justice that did not pay it the attention that the laws used to demand.

Keywords: Duality. Contradiction. *Ius commune*. *Ius proprium*. Doctrine. Legislation. Forensic practice. Judges. Lawyers. Legal arguments. Sentences.

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. La doctrina. III. Juristas valencianos. IV. La formación universitaria o su relevancia al efecto. V. En los tribunales. V.1. Las alegaciones jurídicas. V.2. *Iura novit curia* e inmotivación de la sentencia. VI. Ensayo de conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es mucho lo que se ha escrito sobre un supuesto «enfrentamiento» en los ámbitos académico y forense entre el *ius proprium* y el *ius com-*

mune, en concreto y de manera destacada, entre los derechos real y romano. Estamos ante una confluencia de órdenes jurídicos no exenta de diferencias, ante un encuentro que tiene sus orígenes en los mismos inicios de lo que conocemos como «recepción», cuando, de una manera u otra, el Derecho romanocanónico pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos de las nuevas instituciones políticoterritoriales europeas. Asistiremos desde entonces a la existencia de una dualidad, en unas ocasiones complementaria y en otras conflictiva, que se prolongará en mayor o menor medida hasta la legislación liberal y la codificación. La obra de Mariano Peset Reig sigue siendo de referencia obligatoria para el estudio de esta cuestión, en cualquiera de sus apartados, y tanto por la profusión de los trabajos como por su rigor intelectual.² Por el contrario, muchas publicaciones de otros investigadores resultan una mera repetición de lo ya dicho, y poco aportan para una misma conclusión que, en demasiadas ocasiones, creemos que no termina de formularse convincentemente.

Hablar del Derecho romano es referirnos, sin lugar a dudas, a la parte fundamental del *ius commune*, dando por supuesto que este Derecho es, ante todo, un Derecho de autores en el que su producción científica se erige, básicamente, desde y a partir de los textos romanos clásicos, en su mayor parte en la versión de la compilación de Justiniano. De sobra es sabido que el Derecho romano y, por extensión, el común no estaban vigentes en los ordenamientos regnícolas, ni siquiera con carácter supletorio respecto al real; así lo fijaba la misma legislación y así era reconocido por todos los autores contemporáneos, por mucho que algunos de ellos lo admitieran solo a regañadientes. Esta consideración, no obstante, tiene sus muchos matices. Es válida, por ejemplo, respecto al ordenamiento jurídico castellano, que será el que aquí tomaremos como referencia fundamental, pero no respecto a otros, como los de la Corona de Aragón, en los que la situación no era exactamente la misma, en tanto que el *ius commune* podía incluirse dentro de lo que se

2. Como referencia de partida, puede verse PESET REIG, M., «Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp. 273-340. Ante la prodigalidad bibliográfica con la que contamos, y para evitar listados interminables y en gran parte reincidentes en su contenido, nos remitimos a los autores y a las publicaciones contenidas en las obras que aquí iremos citando.

tenía por *bona raó* o *seny natural*. En el caso de Cataluña, además, el Derecho romano gozaba de expresa vigencia, eso sí, de manera subsidiaria respecto al propio.³ A raíz de los decretos de Nueva Planta de Felipe V, sin embargo, la práctica procesal castellana se extendió a todos los territorios de la corona aragonesa, como también lo hizo gran parte de su Derecho substantivo, lo que fue especialmente significativo en el reino de Valencia, cuya realidad jurídica, para el siglo XVIII, es la que tomaremos como referencia principal en este trabajo.⁴

El estudio sobre la vigencia y la aplicación, coincidentes o enfrentadas, entre el *ius commune* y el *ius proprium*, entre el Derecho romano y el real, se ha considerado siempre a modo de dualidad entre una «teoría» y una «práctica» en el Derecho. Cuando para el siglo XVIII hablamos de «teoría» y de autores teóricos, nos referimos al Derecho canónico y, muy especialmente, al Derecho romano justiniano, así como a sus comentaristas, mientras que cuando hablamos de «práctica» y autores prácticos nos referimos a la obra de los juristas centrados en la forma, el contenido y la ordenación de los trámites del proceso judicial, muy lejos de la intención de dogmatizar sobre instituciones jurídicas, ni mucho menos privadas.⁵ En este punto, es lógico que en muchas ocasiones hablemos no tanto de juristas como de simples técnicos o escribanos. Pero, además, por Derecho práctico y sus autores también se hablaba entonces, y nos referimos igualmente en la actualidad, a las

3. Nuevamente, ante la ya considerable bibliografía sobre esta temática, me remito, a título de ejemplo y con toda la bibliografía que aquí se puede encontrar, a la revista *Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, en su número 17, años 2011-2014.

4. TORMO CAMALLONGA, C., «La explicitación de la norma jurídica en el proceso civil del Antiguo Régimen», *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Valencia, Universitat de València, 2009, pp. 897-906; «Pactisme i el seu vessant judicial al Regne de València», *El Compromiso de Caspe (1412). Cambios dinásticos y Constitucionalismo en la Corona de Aragón*, Zaragoza, Ibercaja: Diputación General de Aragón, 2013, pp. 855-862.

5. Aun así, no hay obra de Derecho procesal, por muy práctica o pragmática que se quiera, que se resista, en mayor o medida, a incluir referencias romanistas y doctrinales en apoyo de sus formulaciones, dado que todo autor sentía la necesidad de mostrar al lector una erudición que fuera más allá de la de un simple escribano. Buena muestra de ello la *Curia Filípica* de J. Hevia y Bolaños (puede verse, entre muchas otras, la edición de 1725 publicada en Madrid).

disposiciones substantivas patrias o reales, incluso a sus autores, en tanto que eran las normas e interpretaciones que se aportaban en los escritos del proceso y que, según entendemos, debían condicionar su desarrollo y resolución. Por consiguiente, y dado que la dualidad jurídica, supuestamente conflictiva o armónica, solo existiría, en su caso, respecto a las normas substantivas, que no respecto a las procesales, creemos que tanto jueces como abogados serán operadores jurídicos que podrán ser incluidos tanto en el grupo de autores «teóricos» como «prácticos», dentro incluso de una misma causa judicial, en tanto que participaban de un procedimiento judicial regido por el *ius proprium*, mientras que en algunos de sus escritos confeccionan un discurso substantivo en el que hacían un más que generoso acopio del Derecho civil romano y de su doctrina. De entrada, pues, no podemos dar por sentada esa desconexión que en tantas ocasiones se ha visto como absoluta entre lo que era la teoría y los teóricos, por una parte, y la práctica y los prácticos, por la otra.

En las siguientes páginas no vamos a negar semejante «veredicto» sustentado por tanta doctrina contemporánea y actual, ni siquiera a cuestionarlo —el enfrentamiento entre ambos órdenes—, pero sí quisiéramos invitar a la reflexión sobre si esta manida diferencia, divergencia o, incluso, como se ha dicho en algunos momentos, incompatibilidad entre el Derecho patrio y el romano era verdaderamente tal o si, más bien, deberíamos matizar estos calificativos para relativizarlos y acotarlos a según qué sentido y ámbito o manifestación jurídica.

Vaya por adelante, y esto es importante tenerlo en cuenta, que el enfoque usado en este trabajo no será el de un romanista sino el de un iushistoriador, por lo que la metodología tal vez tampoco sea la más ortodoxa para los cánones de la romanística. Lo que pretendo aquí es presentar un conjunto de observaciones propias del que lleva estudiando, desde hace ya años, la práctica procesal española en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo. Serán unas observaciones que, si en algún momento pueden resultar poco categóricas o incluso inconexas, no harán más que reflejar una realidad con muchas aristas; una realidad que no va a permitir conclusiones definitivas ni mucho menos cerradas, y que siempre requerirán de puntualizaciones y salvedades. Las fuentes de las que nos vamos a valer, esencialmente judiciales y doctrinales, serán las propias de una larga etapa transicional en la que las discordan-

cias internas del sistema jurídico, cuando no abiertas contradicciones, serán conocidas e, incluso, asumidas por los propios operadores jurídicos. Y aunque estas palabras puedan parecer una advertencia a modo de autoexculpación ante las tachas que el lector pudiera encontrar en las siguientes páginas, no es menos cierto que es una consideración común entre todos los investigadores que se han acercado a esta materia; es una «vaguedad» del momento con la que el legalismo liberal quiso terminar.

Dicho de otra manera, lo que pretendemos aquí es que el lector se plantee otras interpretaciones ante una situación tan aparentemente insatisfactoria como irreformable para juristas y políticos de aquellos tiempos. No debemos limitarnos a repetir sin más ese supuesto y siempre equívoco desfase entre la «teoría» y la «práctica» del Derecho en el siglo XVIII.⁶ Y si la mayor parte de los estudios a este respecto se han centrado en lo dispuesto por la legislación, descuidando un tanto la vertiente doctrinal, la práctica forense ha sido desde siempre el ámbito más relegado, diríamos que incluso ignorado, tal vez por la mayor laboriosidad de su estudio o porque la diversidad de usos y prácticas procesales complica el llegar a conclusiones claras y aparentemente inequívocas y, por ende, más gratificantes para todo investigador. Sin embargo, es la parte a la que aquí le vamos a conceder una mayor atención, entre otras cosas, porque, si tenemos en cuenta que un estilo forense tan criticado a lo largo de tanto tiempo, por los autores teóricos y sobre todo prácticos del momento, seguía plenamente vigente hasta bien entrado el s. XIX,⁷

6. Sobre el sentido de los términos «teoría» y «práctica» y sus adjetivos, puede verse de manera muy concisa pero cierta, PESET REIG, M., «Gregorio Mayans y la práctica jurídica: su intervención en el pleito de sucesión del ducado de Gandía», *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*, 2 vols, València, Ayuntamiento de Oliva, 1981, II, pp. 539-571.

7. No resulta nada sencillo concretar el ritmo de esta sustitución de estilos forenses más allá de los efectos de las muy relevantes leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y del Poder Judicial de 1870, que sí resultan verdaderos puntos de inflexión, aunque tampoco necesariamente de efectos prácticos automáticos. Paralelamente, los manuales universitarios, que ya circulaban desde décadas atrás, resultaron decisivos en este cambio para el ámbito universitario, que no necesariamente para el judicial. Ahora sí, resultaban verdaderamente nacionales, más allá del de Juan Sala y el de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel Rodríguez, que todavía muestran una cierta sumisión intelectual ante el Derecho romano. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771, y SALA

tal vez fuera por algún motivo de peso en particular y, en concreto y bien probablemente, porque podía resultar efectivamente provechoso tanto para los ciudadanos que reclamaban sus derechos ante las sedes judiciales, como también para unos operadores jurídicos plenamente insertos y que respondían al sistema del momento. Así pues, debemos cuestionarnos si esa manida contradicción entre la «teoría» y la «práctica», que la bibliografía actual apenas cuestiona, tal vez no era tal o, al menos, no se vivía por los contemporáneos tal como nosotros creemos.

II. LA DOCTRINA

Nos ubicamos en los tiempos previos al «triunfo» de los derechos propios sobre el Derecho común y, por consiguiente, al momento en el que, teóricamente y de manera definitiva, se supera ese supuesto conflicto entre el Derecho romano y el patrio a favor de este último, cuestión que tanto había preocupado y ocupado a juristas y políticos, además de al mismo monarca. En verdad, son muchos los autores que en el siglo XVIII escribieron sobre la conveniencia y la utilidad del estudio y el aprendizaje de cada uno de estos derechos, sobre la vigencia y la aplicabilidad, directa o subsidiaria, de cada uno de ellos, y sobre el contenido del Derecho real en relación con el romano. Haciendo un extraordinario, aunque simplista ejercicio de reducción, y con una finalidad meramente ejemplificativa, Pablo de Mora y Jaraba y Sancho de Llamas y Molina podrían representar, a nuestros efectos y respectivamente, la postura más moderna o en mayor medida antiromanista, y la más clásica o en mayor medida romanista.

Mora y Jaraba, que más tarde llegó a ser ministro del Consejo Real de Castilla, escribía en 1745 su obra más conocida y referencia básica para los interesados en esta cuestión, *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, donde dejaba bien sentado que las leyes romanas no tenían valor ni aun siquiera con carácter subsidiario respecto a las reales. Se trataba del Derecho de «una Monarquía diversa

BAÑULS, J. *El derecho civil español con las correspondencias del romano. Tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano*, Valencia, 1803.

de la nuestra en Política y Religión», por lo que muchas de sus leyes, dictámenes y opiniones no tenían viso alguno de vigencia o aplicación práctica en suelo patrio. Más allá de instituciones tan evidentes como pusiera ser la esclavitud, muchas otras de los derechos matrimonial y sucesorio, por ejemplo, no tenían cabida en el ordenamiento jurídico castellano. Por el contrario, en este teníamos la tan importante institución, ausente en Roma, del mayorazgo. Mora y Jaraba se nos muestra como un radical antirromanista, llegando a calificar a sus «contrarios» como «sectarios idólatras», y a verter afirmaciones, ciertamente desquiciadas, como que «las leyes de Justiniano trageron a Europa la peste de tantos pleytos, hallándose antes libre de este contagio». Sin embargo, contrariamente a todo lo dicho hasta el momento, Mora y Jaraba no dejaba de reconocer la utilidad del estudio del Derecho romano en el aprendizaje de la ciencia jurídica contemporánea. Según palabras propias, «no se debe deferir a las doctrinas de los autores prácticos, sin examinar primero los textos y leyes romanas en que se fundan», lo que resultaba totalmente desacorde respecto a tantas otras de sus afirmaciones al respecto.⁸ También es cierto que, más allá de su ejercicio en el foro, era evidente la ambición de este autor por entrar y desarrollar una carrera profesional en la alta Administración real, aspiración compartida con tantos otros juristas de la época, lo que, sin duda, exigía como

8. «Bueno es que se sepa y estudie la historia del Derecho antiguo, mas esto debe ser con método propio. Un historiador, siendo su thema principal referir los hechos antiguos, se contenta con registrarlos simplemente [...] con sobriedad, sin fingir cuestiones, ni excitar dudas, ni detenerse a satisfacer los reparos que aquellas resoluciones pudieran padecer [...] La primera regla que debe preponerse cualquier profesor en el estudio y uso del Derecho romano, es no dar fuerza ni carácter de Ley a sus textos. Ni aun subsidiariamente tiene fuerza de Ley el Derecho Romano en nuestra Monarquía [...] En el Derecho romano no se tratan, como probé arriba y saben todos, las materias más principales y frecuentes de la Jurisprudencia práctica»; MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1745, pp. 179, 212-224. Recuértese que por auto acordado de 29 de mayo de 1741 (*Autos Acordados* de 1845, 2, 1, 3) Felipe V establecía la lectura del derecho real en las universidades en cátedras propias que debían establecerse. Puede verse un buen contexto del autor y su obra en PESET REIG, M., «Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols., València, Ediciones Universidad de València, 1974, II, pp. 217-260.

carta de presentación el buen conocimiento y reconocimiento en favor del Derecho más culto y original.

Medio siglo más tarde, en 1798, el por aquel entonces regente de la Real Audiencia de Valencia, Sancho de Llamas y Molina, publicaba el discurso de apertura del tribunal bajo el título *Sobre las obligaciones de los abogados*, donde defendía la necesaria formación del estudiante en el Derecho romano, así como, y esto es más relevante, su completa traslación al patrio. No obstante, guardaba completo silencio sobre la vigencia o, mejor dicho, sobre la falta de vigencia de aquel dentro de este, siendo que no había autor, por muy romanista que fuese, que cuestionase la preferente cuando no exclusiva vigencia y necesaria aplicación de este último. Sancho de Llamas decía que para cada caso había una «inmensa multitud de especies que comprehende el derecho Civil, Real y Canónico», otorgando idéntico rango a los tres órdenes. Este supuesto desliz u olvido de Llamas resulta especialmente llamativo en tanto que argumentaba que era «indispensable que el Abogado reconozca las Leyes que gobiernan en el asunto», como si él no supiera que estas leyes solo podían ser las propias. Es más, si por una parte auspiciaba la necesaria búsqueda y consulta de los mejores autores prácticos, por otra llegaba a preferir a los tratadistas antes que a los que escribían sobre causas particulares, ensalzando decisiones, consejos y alegaciones, como si no fuese suficiente con las leyes reales. Opiniones todas ellas que muestran una gran reticencia a una prelación normativa que no dejaba lugar a dudas desde, al menos, el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. La fecha tan avanzada en que se emiten las palabras de Llamas y Molina nos muestra que los ríos de tinta vertidos por tantos autores, en favor del derecho real, no terminaban de hacer mella en la vitalidad del clasicismo jurídico y jurisprudencial secular de base romanista.

Insistimos en la idea de que en Llamas y Molina no encontramos referencia alguna al extrañamiento en el ordenamiento jurídico español de las leyes romanas, máxime si nos atenemos a que, por su cargo judicial, Molina debía ser plenamente conocedor de la referida prelación de derechos y de la incuestionable preferencia del patrio.⁹

9. Desde la ley I del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348, el orden a seguir era, primeramente, la legislación real, a que la seguían los derechos munici-

Pero su admiración hacia la romanística le compelió a rehuir de una cuestión —la exclusiva vigencia del derecho real— a la que no parece conceder la misma relevancia que otros autores.¹⁰ Es precisamente su carácter de operador jurídico práctico y resolutivo, en su cargo de magistrado, lo que, entendemos, explica una actitud aparentemente contradictoria, pero que no era tal, en tanto que era bien conocedor de los modos en que la dicha jerarquía normativa fijada por ley se modulaba o directamente se alteraba en los pleitos, para dar amplia cabida al Derecho común. La suya no es más que una posición plenamente coherente con lo que nos revela la práctica curial al uso, y muy especialmente la propia de los abogados, aunque también la de unos jueces que seguían teniendo como norte en su actuación las clásicas atribuciones que debían reunir como mejor garantía de justicia.¹¹ Llamas y Molina, que, como decimos, no escatimaba reparo alguno en estimular

pales y después las *Partidas*. En caso de ausencia de norma o duda en su interpretación, cabía acudir, en última instancia, a la consulta del monarca. En ningún caso, como vemos, se habla de vigencia alguna de leyes romanas, canónicas ni mucho menos de literatura jurídica. OTERO VALERA, A., «Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del ordenamiento medieval», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 451-547.

10. «No se me oculta que en el día algunos de los que hacen profesión de Le-trados miran con desprecio las Leyes del derecho Romano, como inconducentes para el conocimiento e inteligencia de nuestras Leyes Patrias, y aun se desdeñan consultar los expositores del derecho Real, pretendiendo que las Leyes nacionales no se han de estudiar sino en las mismas Leyes; pero los que así hablan, o viven engañados o intentan engañar a los incautos, creyendo que por este medio, ahorrándose del penoso trabajo del estudio, han de conseguir que los tengan por sabios y por genios superiores a los demás; porque bien mirado, ¡a qué estreheces no quedaría reducido nuestro Derecho Real, sino se hiciese uso del Romano! [...] Por algunas alteraciones o correcciones que ha sufrido el Derecho romano en nuestras leyes en ciertos puntos, se han conservado sin comparación muchas más sin variación»; LLAMAS Y MOLINA, S. de, *Sobre las obligaciones de los abogados. Discurso que en la abertura del tribunal dixo el día 2 de enero de 1798 D. Sancho de Llamas y Molina, doctor en Sagrados Cánones de la Universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso, del Consejo de S. M. y regente de la Real Audiencia de Valencia, Valencia*, 1798, pp. 23-25.

11. AZNAR I GARCIA, R., «La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80, 2010, pp. 547-586, o «La integridad del magistrado y el buen orden político (Alocución de un regente a su Audiencia)», *Facultades y Grados*, 2 vols., València, Universitat de València, 2010, II, pp. 217-237.

entre los abogados la consulta de la doctrina, tanto de tratadistas como de comentaristas o decisionistas, tuvo que leer muchas alegaciones o informes jurídicos, y tuvo que resolver muchos pleitos en los que estos se hubieran presentado, por lo que creemos que, independientemente de su cualidad como teórico, es una voz especialmente autorizada en este trabajo como espejo de la realidad práctica más palpable.¹²

En paralelo a estos dos posicionamientos sobre los derechos romano y real, el de Mora y Jaraba y el de Llamas y Molina, sobra decir que, por muy diferentes y opuestos que pudieran parecer entre sí, los hemos expuestos de manera prototípica, en tanto que no vamos a encontrar ninguna de estas posiciones en estado puro. De hecho, como hemos expuesto, los autores prácticos compartían con los teóricos una profunda admiración hacia un Derecho, el romano, para el que siempre defendían, en mayor o menor medida, su estudio en las universidades. Y lo hacían, entre otras cosas, por considerarlo la materialización de los derechos natural y de gentes. En algo, pues, no estaban tan alejados ambos posicionamientos. Y en este sentido, la gran identificación de las normas reales con las romanas, lo que era una máxima prácticamente incuestionable,¹³ llevaba a que muchos juristas incurriesen en su ejercicio práctico en estas actitudes paradójicas, cuando no contradictorias.

En cualquier caso, para estos momentos se estaba vislumbrando un cambio como inevitable, que no quiere decir que necesariamente aplaudido por todos y en cada una de sus facetas. La codificación, primeramente ilustrada, se estaba abriendo paso por toda Europa y, por mucho que estuviese fracasando en España, llegaría el momento en

12. En defecto de la doctrina Molina aconsejaba recurrir «a los que han escrito Consejos y Alegaciones, leyéndolas con cautela y diligencia, por la desconfianza con que deben mirarse estos escritos: examinando las razones y fundamentos en que apoyan su dictamen, para abrazar no aquella opinión que sigan mayor número de Autores, sino la que se halla comprobada con más sólidos y eficaces fundamentos»; LLAMAS Y MOLINA, S. DE, *Sobre las obligaciones de los abogados...*, cit., pp. 23 y ss.

13. Y decimos «prácticamente» en tanto que algunos autores, como el mismo de Mora y Jaraba, llegaban a argumentar extensamente sobre la idea de que «en el Derecho Civil sobra la mayor parte de sus Leyes, y falta lo más precioso de la Jurisprudencia»; MORA Y JARABA, P. DE, *Los errores del Derecho civil...*, cit., pp. 156 y ss. En el análisis de las instituciones jurídicas existentes en el Derecho romano y no en el real, caso de la esclavitud, o al contrario, caso del mayorazgo, Mora y Jaraba teje un discurso exageradamente parcial además de partidista.

que se alcanzaría. Y el porqué precisamente de este fracaso es una cuestión que indefectiblemente hay que tener en cuenta a la hora de abordar nuestro estudio, pero a la que, por su extraordinaria amplitud, nos remitimos a lo ya publicado por otros investigadores. Valga retener como idea fundamental el solo moderado alcance de toda propuesta codificadora ilustrada en España, que más que pretender una verdadera y decidida reestructuración del sistema normativo desde nuevas bases, se limitaba a poco más que a una actualización más o menos superficial o profunda. Era el peso de la tradición frente a los avances del racionalismo.¹⁴

III. JURISTAS VALENCIANOS

Para el mejor entendimiento de esta cuestión resulta muy esclarecedora la correspondencia cruzada entre los valencianos Gregorio Mayans y Siscar, José Nebot y Sanz, y José Berní y Catalá, además de que nos recuerda la relevancia del género epistolar en la comprensión del Derecho histórico.¹⁵ El porqué aportamos estos autores y no otros no es baladí. La doctrina valenciana es especialmente relevante en el siglo XVIII, destacadamente respecto al Derecho privado, y muy en concreto sobre algunas materias determinadas, como era el régimen económico matrimonial, los mayorazgos y el Derecho sucesorio en general. Tras la supresión del ordenamiento jurídico propio y su substitución por el castellano con el decreto de Nueva Planta de Felipe V de 29 de junio de 1707, los juristas valencianos se acercaron al Derecho castellano con

14. Sin ánimo de exhaustividad, pero sí remitiéndonos a la bibliografía contenida en este artículo, puede verse BERMEJO CASTRILLO, M., «Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 83, 2013, pp. 9-63.

15. Sobre las numerosas e interesantes consideraciones a todo este respecto de estos autores, puede verse *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico, Transcripción, notas y estudio preliminar de Mariano Peset*, Valencia, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 1975, y *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario XXIII. Mayans y Nebot / 2 (1742-1744). Teórica humanista y práctica en el foro. Estudio preliminar de Mariano Peset. Transcripción y notas de Mariano Peset y otros*, València, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 2008.

una mirada sin duda novedosa, naciendo en ellos unos interrogantes tal vez superados por los autores castellanos, que ya debían moverse por una tradición y una inercia seculares, ajenas mayormente a la doctrina y práctica valencianas. Los conflictos originados con la discutida alegación y vigencia de uno u otro Derecho, el castellano y el valenciano, para según qué procesos judiciales, hacía que en multitud de pleitos estuviese presente el análisis comparativo entre ambos y desde sus orígenes romanos comunes.

Para Mayans y Sísacar, el más teórico y romanista de estos tres autores y, sin duda, el de mayor erudición clásica, el Derecho romano, como compendio precisamente de los derechos natural y de gentes, obligaba a todo el género humano, aunque no se hubiera convertido en leyes nacionales. Pero también Mayans se debatía entre sus deleites romanistas y una nueva realidad jurídica patria, mucho más pragmática, que sabía que terminaría y debía terminar por imponerse. Su propuesta de reforma del ordenamiento jurídico pasaba por la codificación; sin embargo, la suya es una propuesta que podemos calificar de nulo arrojo, en tanto que la formula y propone, en nuestra opinión, desde un dudoso convencimiento personal, quién sabe si a modo de globo sonda. Era una propuesta, en cualquier caso, sin visos de materializarse. Es más, no resulta sencillo saber si Mayans era plenamente consciente de la difícil, cuando no imposible, compatibilidad en la ejecución de sus mismas proposiciones.

Por su parte, Nebot y Sanz, con inquietudes eminentemente forenses, es plenamente consciente de que, al margen de las disquisiciones teóricas, el éxito de un pleito pasaba, en cuanto a las alegaciones jurídicas, por su más tradicional configuración. Y hablamos de alegaciones jurídicas y no de otro trámite procesal, en tanto que la máxima del *iura novit curia* impedía a los letrados aportar al pleito disquisiciones jurídicas por escrito hasta este trámite final.¹⁶ Lo bien cierto es

16. Para toda esta cuestión pueden verse los diferentes estudios publicados en el tema monográfico dedicado a las alegaciones jurídicas de la revista *Ius Fugit, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón*, volumen 17, años 2011-2014. Puede verse también TORMO CAMALLONGA, C., «El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII», *Saitabi*, 50, 2000, pp. 277-317; o «El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII», *Ius Fugit*, 10-11, 2001-2002, pp. 1079-1131.

que Nebot y Sanz, de manera semejante a cualquier otro jurista práctico, y en este punto también a Sancho de Llamas y Molina, argumentaba sobre las cuestiones debatidas en el pleito –por ejemplo, los requisitos que debía reunir el «miedo justo» para poder rescindir el contrato–, tal cual venían tratadas «por Derecho civil, canónico y por ley del Reyno», citando, en este orden, *Digesto*, *Decretales* y *Partidas*.¹⁷ O, en otra alegación sobre la diferencia entre fideicomiso familiar perpetuo o mayorazgo, Nebot y Sanz hablaba de las pruebas «propias de los derechos común y municipal, por los que se debe gobernar este pleyto»; como después hablaba de «los antiguos Fueros de este Reyno, por los que debe gobernar esta disposición», o que las disposiciones de los hombres debían entenderse literalmente «según la ley de Partida, municipal y común». ¹⁸ Son ejemplos, entre tantísimos otros, que muestran que Nebot y Sanz, como todos los abogados, eran profesionales acomodaticios que hablaban interesadamente para cada caso, de la vigencia y aplicación bien del Derecho propio bien del común, del real y del romano, alegando preceptos jurídicos de uno u otro, sin más criterio en su jerarquía que su servicio al mero interés privativo de su causa. Porque, como bien se refleja en las alegaciones jurídicas de finales del XVIII, la doctrina y los preceptos romanos no habían perdido ni un ápice de su vigor en la práctica procesal; al menos en sede de la audiencia.

Con parecidas posiciones pragmáticas a las de Nebot y Sanz, encontramos al también valenciano Tomás Fernández de Mesa. Como teórico-práctico que él decía ser, lo ubicamos ante idéntica dualidad

17. NEBOT Y SANZ, J., «Alegación por el Dor. Juan Cabrera, presbítero, en el pleito que en su nombre sigue Alexandro Ripoll, en grado de apelación, con Josepha María Cabrera, su hermana, mujer legítima de Carlos Benet, y en su nombre Joseph Royo, sobre la validez de la escritura que a favor del dicho Dr. Juan Cabrera otorgó su hermana», Valencia, 1738, Biblioteca Universitaria de València (en adelante, BUV), R-2/362, n.º 39, punto 20.

18. NEBOT Y SANZ, J., *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Alegación del derecho que assiste a Da. Antonio Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Gaspar Prima, Sanz y Cebrián, Doña Vicenta Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Juan Berenguer, y demás que hazen parte en el pleito que siguen contra Don Francisco Agulló y Don Antonio Cebrián, su curador, sobre si se debe juzgar por fideicomiso familiar o mayorazgo la disposición de Don Felipe Guitart*, València, 1748, BUV, R-2/360, n.º 22, pp. 5 o 7.

especulativa y pragmática.¹⁹ Fernández de Mesa, con aceptables conocimientos teóricos, adoptaba la tradicional actitud oportunista ante la administración de justicia, de ahí que el discurso jurídico de sus alegaciones en nada se diferenciara del de los abogados mayormente romanistas o sin inquietudes conocidas respecto a esta cuestión.²⁰

Frente a los autores anteriores, Josep Berní y Catalá se nos muestra como una simbiosis teórico-práctica más avanzada, lo que es decir más favorable a esta segunda orientación. Es, sin lugar a dudas, el más consecuentemente realista de los tres, defendiendo de manera vehemente y decidida el cambio de la realidad jurídica en pro del definitivo y absoluto imperio en los tribunales del Derecho patrio. Y utilizamos la expresión «realidad jurídica», porque somos de la opinión que no podemos hablar de la substitución de un Derecho por el otro, como si estuviésemos ante dos órdenes diferentes, ni mucho menos escindidos, separados o enfrentados, sino que más bien deberíamos hablar de una comunicación cruzada en la que, según el ámbito, primaban unas u otras normas, así como una metodología u otra, sin que ello conllevara la exclusión de la otra u otras. Podemos convenir en la escisión de escenarios o foros de discusión de cada Derecho, como escindidos también solían estar los individuos que escribían al respecto, en unos casos verdaderos jurisperitos y en otros más simples leguleyos; pero, aun así, no

19. FERNÁNDEZ DE MESSA, T. M., *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España, y de interpretar aquel por este y por el propio origen*. Dos tratados utilísimos, así para los teóricos como para los prácticos, València, 1747. Pueden verse sus dos alegaciones: *Jesús, María y Joseph, San Joaquín y San Felipe Neri. Alegación jurídica por D. Joaquín Villarraza, antes Descals, en el pleyto de propiedad con el conde de Faura sobre la successión del mayoralazgo fundado por Don Lorenzo Villarraza*, BUV, Varios 240, n.º 26; y *Jesús, María, Joseph y San Felipe Neri. Alegación por don Pedro Císcar, marido de doña Rosa Císcar, en los autos con don Andrés Císcar, sobre la revocación y nulidad pretendida por éste del laudo dado por el doctor Bautista Monseny, y possession tomada en su virtud de ciertos bienes sitios en la ciudad de Denia*, BUV, R-2/361, n.º 9.

20. De Tomás Fernández de Mesa es la publicación que lleva por un título tan poco sospechoso de romanista como *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas. En la oficina de Joseph Thomás Lucas*, Valencia, 1752. Aun así resulta curioso, cuando no jocoso, que el mismo autor opte por defender su posicionamiento contra la alegación de doctrina, apoyándose, precisamente, en los múltiples autores que, según él y según referenciaba, defendían su misma postura (p. 16).

había autor en estado puro. Y recordamos esto porque el mismo Berní y Catalá, tan resolutivo como era a propósito del valor de la doctrina y el Derecho romano en relación con las leyes reales, reconocía que, a pesar de todo, «si alguna vez he temido a hablar con menos acierto, es esta». ²¹ Porque Berní y Catalá –insistimos en que era el más realista de los autores que estamos viendo–, también era muy consciente de que el interés de todo abogado pasaba, como no podía ser de otra manera, por su éxito en el pleito, lo que le exigía, como hemos visto en Nebot y Sanz, hacer acopio de ese *mos italicus* procesal tan tardío y supuestamente desfasado como, a pesar de todo, rentable. Está claro que la *rentabilidad* era una de las claves de todo este asunto. ²²

IV. LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA O SU RELEVANCIA AL EFECTO

Todo lo visto hasta ahora pasa por conocer la formación en Derecho de los estudiantes universitarios, de los futuros juristas y operadores jurídicos. Si nos atenemos a la simple letra de las constituciones de cada estudio general hispánico, los escolares de Leyes y Cánones se instruían desde el mismo nacimiento de las universidades hasta las reformas ilustradas de Carlos III, exclusivamente en los derechos romano y canónico, con una ausencia absoluta del Derecho patrio, de las leyes reales y de lo que hoy entenderíamos como Derecho eclesiástico, en tanto que legislación real sobre la Iglesia. De esta consideración se ha derivado la creencia, ya clásica y en nuestra opinión excesivamente manoseada, de la falta de preparación para el foro de los egresados universitarios. Porque son dos las objeciones que hacemos a este viejo dictamen.

21. BERNÍ Y CATALÁ, J., *El abogado instruido en la práctica civil de España*, Valencia, 1763, p. 28. Algo similar podemos ver en otros autores; DE CASTRO, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, 3 vols., Madrid, 1765-1770, I, p. 141.

22. Véase de Berní, por ejemplo, la alegación *Jesús, María, Joseph, San Joaquín y San Felipe Neri. Alegación jurídica por D. Joaquín Villaraza, antes Descals, en el pleito de propiedad con el Conde de Faura, sobre la successión del mayorazgo fundado por Don Lorenzo Villaraza*, València, 1748; *BUV, Var. 240/26*.

Por una parte, ya son numerosas las investigaciones que desde hace años vienen demostrando que, al margen de lo dispuesto en las constituciones y de lo que en tantas ocasiones se ha señalado, los estudiantes también se formaban en el *ius proprium*, cosa que se hacía en lengua vulgar y no solo a través de meras concordancias, puntuales, con el Derecho romano, sino también a través de su estudio directo. Como bien exponen Mariano Peset y Paz Alonso, tres fueron las vías a través de las cuales, y a lo largo del siglo XVIII, se introdujo o reintrodujo progresivamente en las aulas el aprendizaje de las leyes propias para terminar con el exclusivismo romanista: las referidas concordancias, el estudio directo de la legislación y los manuales.²³ Además, el estudio del *ius singulare* no solo era propio del grado menor, el de bachiller, que era el que habilitaba para el ejercicio profesional, sino también del de licencia, que tenía unos enfoques más eruditos. Y es importante recordar que el estudio del Derecho propio se incrementaba más si cabe durante la pasantía, y ya no la propiamente universitaria como la llevada a cabo en el despacho de un abogado recibido y en ejercicio, pres-tándose en este último caso una especial atención a las prácticas forenses.²⁴ De las tres anteriores vías, la de los manuales, que fue la

23. PESET, M. Y ALONSO ROMERO, M.^a P., «Las Facultades de Leyes», *Historia de la Universidad de Salamanca. III. 1. Saberes y confluencias*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 21-73. GREGORIO MAYANS Y SISCAR, *Epistolario IV...*, cit., p. XLIX. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del “amor” a las leyes patrias y su “verdadera inteligencia”: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (I), 1977, pp. 529-549, pp. 537 y ss., y «*Theoria y praxis* en la enseñanza del Derecho: tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 61, 1991, pp. 451-548. Ciertos es que no todas las universidades tenían porqué seguir el mismo patrón docente. Si los estudios de estos autores se basan, fundamentalmente, en la de Salamanca, los que se han hecho para la de Valladolid, por ejemplo, reflejan, hasta lo que se sabe, una absoluta disociación entre los derechos teórico y práctico, lo que tampoco quiere decir que no se estudiara el real. Así, en esta ciudad se aprendía fundamentalmente en gimnasios universitarios y academias de jurisprudencia –además de en la pasantía–. TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., «La Formación de los Letrados en el Antiguo Régimen», *Arqueologia do Estado. 1as. Jornadas sobre formas de organização e exercício dos poderes na Europa do Sul, séc. XVIII-XVIII*, Lisboa, História & Crítica, 1988, pp. 509-536.

24. Para la pasantía universitaria puede verse BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; para la

más tardía, será la que terminará por generalizarse y consolidarse a lo largo de los numerosos planes de estudios que se fueron aprobando durante el s. XIX; unos planes en los que primaba una metodología netamente positivista y memorística, muy alejada de los seculares esquemas escolásticos.²⁵

Punto de partida legislativo a nuestros efectos podría ser la carta orden del Consejo de Castilla de 29 de noviembre de 1713, dirigida a las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares, en la que, en relación con los planes de estudios de las facultades de Leyes, decía que «se enquentran los libros y papeles más llenos de zitas de las leyes civiles que de las de nuestra propia patria». Sabemos que así era y con una gran diferencia, porque, como igualmente daba a entender la carta orden, «los catedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aún con desprecio, capacitándose así de salir de las Universidades y Colegios a regentar empleos de jueces de las Chancillerías, Audiencias y Tribunales donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reino con cierta noticia y conocimiento dellas». ²⁶ Quedaba claro

privada, ALONSO ROMERO, M.^a P. Y GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

25. Sobre estos planes puede verse, en una secuencia mayormente temporal, TORMO CAMALLONGA, C., «Vigencia y aplicación del plan Blasco en Valencia», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 2, 1999, pp. 185-216; «L'advocacia durant la vigencia del pla d'estudis de 1824», *Aulas y Saberes*, València, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2 vols., 2003, II, pp. 511-520; «Implantación de los estudios de Jurisprudencia en el Arreglo Provisional de 1836: el caso de la Universidad de Valencia», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 6, 2003, pp. 221-254; «Los estudios y los estudiantes de Jurisprudencia y Teología tras la unificación de las facultades de Leyes y Cánones», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 8, 2005, pp. 359-437. Para la segunda mitad del siglo XIX véase BLASCO GIL, Y., *La Facultad de Derecho de Valencia durante la Restauración (1875-1900)*, València, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2000.

26. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del "amor" a las leyes patrias...», *cit.*, p. 531, y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, R. M.^a, «Abogados de la Real Chancillería y Catedráticos en Valladolid. Permanencias y cambios en las élites de poder (S. XVIII)», *Investigaciones Históricas: Época moderna y contemporánea*, 20, 2000, pp. 11-38, p. 17. Fueron repetidas las manifestaciones del monarca en este sentido. En 1718 Felipe V recordó que

que en España el Derecho real no era capaz por sí mismo de generar su propia y sólida jurisprudencia, si no era a través y como individuales materializaciones del romano. El simple conocimiento del Derecho propio para su consiguiente aplicación –que es lo que se pretendía con las reformas universitarias y pretendían tantos autores–, no favorecía la doctrina de unos doctores que solo tenían ojos para el *ius commune*, culto y erudito por excelencia y compartido por todos los países civilizados.²⁷ La crítica a la ausencia y deficiencia en el aprendizaje del Derecho real contenida en la carta orden de 1713 respondía, además de al interés directo del propio monarca, a la posición de unos individuos –el fiscal Macanaz a la cabeza– que procedían en su mayor parte de los sectores profesionales directamente implicados en el proceso judicial. Tal vez entendían los estudios universitarios como un mero proceso instructivo para su oficio, circunscribiendo el debate jurídico a los estrechos márgenes de una destreza forense estrictamente práctica y no tanto científica; el Derecho como simple técnica de mediación de intereses y de resolución de conflictos.²⁸

Y es aquí donde entra en juego nuestra segunda objeción a la máxima de la falta de preparación de los egresados universitarios para el ejercicio de las profesiones jurídicas, en tanto que creemos que entender

debían aplicarse en España sus leyes y recopilaciones, pues el Derecho romano y canónico dominaban la escena jurídica. Intentó establecer cátedras de Derecho Real o Patrio, a imitación de su abuelo Luis XIV. Las tres universidades mayores, Salamanca, Valladolid y Alcalá le contestaron que ya lo estudiaban, unido con el Derecho común, y que si la Corona las quería que las dotase. Hubo que esperar al reinado de Carlos III para que apareciesen las cátedras de Derecho Español o Patrio en las facultades de leyes. Esta vez no hubo dificultad, tras la expulsión de los jesuitas y la reforma de los colegios mayores. PESET REIG, M., «Derecho romano y Derecho real en las universidades...», *cit.*, «Derecho común y Derecho real», en M. PESET REIG (coord.), *Historia de la Universidad de Valencia*, 3 vols., Valencia, Publicacions de la Universitat de València, 2000, II, pp. 251-272; o «Formación y saberes de los abogados en los siglos XVIII y XIX», en S. MUÑOZ MACHADO (director), *Historia de la abogacía española*, 2 vols., Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, II, pp. 1131-1165.

27. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del ‘amor’ a las leyes patrias...», pp. 533 y ss.

28. En realidad, la universidad, en sus orígenes más remotos, no era más que un centro de formación de técnicos, en nuestro caso de jurisperitos. Con el tiempo, sin embargo, se fue abriendo paso una faceta mayormente especulativa y no tan directamente pragmática.

la conformación de los estudios universitarios pasa por conocer, en gran medida, la realidad de la práctica forense. Y para ello podemos permitarnos la licencia de establecer un paralelismo con las situaciones universitaria y procesal actuales. Aunque pueda ser una mirada poco ortodoxa para lo que se entiende que debe ser la investigación iushistórica, creemos que resulta muy elocuente y útil en nuestro análisis. En este sentido, son muchas las voces que en la actualidad repiten hasta la saciedad que los planes de estudios de nuestras facultades de Derecho no preparan para la vida del egresado en el foro, dado, como siempre se dice, el gran desfase entre la teoría universitaria y la práctica real en su acepción forense más material o pragmática. Pues bien, creemos que se trata del mismo planteamiento de tantos autores del XVIII, y que nunca ha dejado de estar presente en el mundo académico-profesional desde entonces. Y entendemos que la explicación a este supuesto desfase no puede ser muy diferente en cada momento, debiendo pasar por la identificación del objetivo que se pretende conseguir con los estudios universitarios: si la formación de lo que entendemos por juristas en el sentido amplio y científico del término, o la de simples leguleyos, por no llamarles burócratas u operarios judiciales. Además, por otra parte, tampoco podemos restringir esta discusión al estricto mundo de la abogacía.²⁹

En cualquier caso, centrándonos en el oficio de la abogacía, que, ciertamente, es el principal destinatario de toda esta literatura jurídico-práctica dieciochesca que estamos consultando, podemos apuntar e incluso afirmar, que no es que el espacio universitario no preparara para la práctica judicial, sino que era precisamente esta práctica la que continuaba demandando una formación universitaria tal cual estaba formulada. Para que tuviera sentido cambiar los planes de estudios debía cambiar la manera de interactuar de los operadores jurídicos en el foro. Por mucho que se insistiera en el aprendizaje de las leyes nacionales, mientras la legislación no se actualizase y, especialmente es esto lo que queremos destacar, mientras los magistrados no cambiasen su proceder en los pleitos, obligados por la ley, la formación jurídica de los estudiantes y la ciencia jurídica en sí perfectamente podían seguir

29. SOLLA, M.^a J. «Justicia bajo Administración (1834-1868)», *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Centro de documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 291-324.

por idénticos derroteros, dado que los abogados se veían obligados a transitar por los caminos de siempre, los que marcaba una justicia que en nada había ni estaba cambiando.³⁰ No se trataba de cambiar la Universidad para que cambiara la administración de justicia, sino precisamente, al contrario.

V. EN LOS TRIBUNALES

V.1. Las alegaciones jurídicas

Partimos del presupuesto con el que hemos terminado el epígrafe anterior: una administración de justicia anclada en unos usos curiales inamovibles que, según entendían los prácticos del XVIII, era necesario no tanto actualizar –el problema no era el Derecho procesal en sí– como depurar y mejorar en la aplicación del Derecho substantivo que se discutía en los procesos. Y ello pasaba, ante todo, por respetar al extremo la jerarquía normativa establecida desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348: Derecho real, Derecho municipal, *Partidas* y súplica al monarca, con absoluta proscripción de la doctrina, punto este último en el que tanto insistían las leyes cuanto los operadores jurídicos incumplían.³¹ Porque es en el proceso judicial en donde la dialéctica teoría-práctica se presenta en su más depurada manifestación.

Dijimos en su momento que, cuando hablamos de la relación entre los derechos romano y patrio, la mayoría de los estudiosos actuales lo hacen desde un punto de vista esencialmente legal y académico, pero no tanto desde la perspectiva judicial.³² Se ha investigado sobre la secuencia de la legislación, sobre la docencia y el aprendizaje en las universidades,

30. TORMO CAMALLONGA, C., «Entre pedagogía y evasivas. A propósito de la motivación civil en la Ley de Enjuiciamiento de 1855», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 84, 2014, pp. 377-408.

31. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., «El Ordenamiento de Leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho», Madrid, 1754.

32. Como bien critica Mariano Peset, «en general, en España los historiadores juristas no atienden en grado suficiente a la doctrina de los autores –tampoco la jurisprudencia de los jueces–: limitados por el positivismo se centran en las leyes y des-

también respecto a lo que escribían los doctores sobre esta cuestión, pero no se ha hablado tanto sobre el modo de proceder de los abogados ante los juzgados y tribunales, sobre el Derecho que alegaban y en el que respaldaban sus posicionamientos, como no se ha hablado tanto sobre el Derecho que estos mismos jueces y magistrados decididamente tenían en cuenta a la hora de fallar el pleito. Este análisis procesal resulta, sin duda, mucho más complejo y menos agradecido para las divagaciones a las que tan aficionados somos en tantas ocasiones, dado que el secreto al que quedaban obligados los magistrados a la hora de votar la sentencia nos impide conocer la norma jurídica que, finalmente, terminaba por decidir el pleito, con exclusión del resto. De manera que en este estudio nos centramos en la presencia o ausencia del Derecho romano, del real, y de la doctrina en el quehacer de los letrados.³³

Sabemos que en los pleitos menores las partes, salvo en contadísimas ocasiones, no alegaban explícitamente en Derecho, no citaban disposición concreta ninguna; es en estos pleitos en donde mayor sentido cobraba la máxima de que «el derecho es la justicia de los hechos». Es decir, más allá del orden procesal básico, no son las disquisiciones dogmáticas, sino las fácticas, los resultados probatorios y el mismo convencimiento interno del juez, lo que condicionaba las resoluciones judiciales.³⁴ Es aquí en donde vemos que el Derecho es, sin más, esa técnica, destreza y maestría de resolución de conflictos a la que ya nos hemos referido en alguna ocasión. Pero no era en estos pleitos en los que estaban pensando los autores teórico-prácticos de que hablamos

cuidan otras fuentes del derecho»; véase en *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario XXIII...*, *cit.*, p. VII.

33. Aunque un análisis meramente cuantitativo de las citas no puede resultar concluyente en ningún sentido, no deja de indicarnos por dónde iban las preferencias de los abogados. En algunos estudios que tengo hechos a estos efectos para pleitos de Derecho privado, sobre cuestiones sucesorias en concreto, las citas de leyes romanas se aproximan al 15 %, quedando las de Derecho patrio en poco más que el 4 %, con una clara hegemonía de las citas doctrinales, con casi el 80 %; TORMO CAMALLONGA, C., «El Derecho en las alegaciones jurídicas...», *cit.*, o «El abogado en el proceso y la argumentación...», *cit.*

34. TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos; a propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, 2011, pp. 873-920; «Un modelo en transición: práctica forense y legalismo decimonónico», *Revista de Derecho UNED*, 8 2011, pp. 477-512.

aquí, sino en los mayores, en los más relevantes, los que se resolvían en las más altas instancias judiciales, en las audiencias reales. Paradigmáticos son aquellos en los que se presentaban alegaciones jurídicas, en las que los letrados ya podían ilustrar por escrito sus razonamientos jurídicos –ahora sí, pero no antes–, y donde podían alardear de su destreza ante la magistratura y ante sus propios clientes, y de bien seguro ganarse futuros.³⁵ Es, en cierto modo, una ostentación. Y es en estos escritos, antes que en ningún otro, donde mejor se evidencia la dialéctica Derecho común *versus* Derecho propio. Es en ellos donde mejor visualizamos la observancia o el incumplimiento de la normativa real sobre la prelación de derechos, porque es aquí en donde, más que en ningún otro lugar, se fuerza el significado de las palabras, de los hechos y del supuesto sentido de cada norma, de cualquier procedencia, todo ello con el único objetivo de conseguir el éxito en la defensa de la causa. Nada que nos pueda sorprender.

Vaya por delante que, dejando al margen la parca regulación legal sobre estos informes en derecho o alegaciones jurídicas, cualquier estudio que al respecto hagamos no puede ser más que parcial; la imposibilidad de consultar más allá de una simple muestra de estos escritos dificulta el concluir de manera definitiva. A lo más que podemos llegar es a hablar de pautas más o menos generales, y en las que también habrá que tener en cuenta el estilo de la audiencia en concreto, en cada momento, y todo ello con las contradicciones doctrinales a que hacemos referencia.

No pueden ser más ilustrativas las palabras del referido, furibundamente antirromanista, Pablo de Mora y Jaraba. Entre otras muchas diatribas decía que «los mismos autores que conocen y defienden que el Derecho civil no tiene entre nosotros más representación que las opiniones fundadas en razón, en llegando a una cuestión práctica

35. Estrictamente hablando, las alegaciones jurídicas no forman parte del pleito, por lo que las prohibiciones de aportar y discutir disposiciones jurídicas no les debían afectar, en principio. Sin embargo, la legislación sí establecía un máximo en su extensión, tanto en la primera presentación como en la segunda, aunque tampoco se cumplían estos límites. De nuevo, nos encontramos ante la idea ya expuesta de la relativa aplicación del Derecho en el Antiguo Régimen. TORMO CAMALLONGA, C., «El fin del *Ius commune*: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 71, 2001, pp. 473-500.

solo aspiran a encontrar un texto civil para declararse abiertamente en su defensa», para continuar diciendo «¿puede ser más notoria la inconsecuencia de nuestros autores prácticos?». Así era. No hace falta más que echar una ojeada a cualquier alegación jurídica de estos momentos, para terminar concluyendo, como el mismo Mora y Jaraba decía amargamente, que en estos escritos «se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio». ³⁶ No obstante, esta amargura realista o patriótica no era vista como tal por todos sus congéneres. El abogado Nebot y Sanz, práctico y pragmático por igual, corregía al ya de por sí gran romanista Gregorio Mayans, en cuanto al recurso a la filosofía moral y a las leyes romanas para interpretar las leyes reales: «Vmd. se equivoca en lo que piensa que estas questiones no aprovechan nada para la práctica. No aprovechan para valerse de ellas, pero aprovechan i mucho para quando algunos theoriquillos en los papeles de derecho se valen de semejantes argumentos y textos». ³⁷ Nebot y Sanz hablaba desde su sólida y reconocida trayectoria letrada.

Es obvio que la argumentación jurídica del abogado discurría en estos pleitos por los cauces del clasicismo romanista –compilación de Justiniano y doctrina–, con el objetivo de convencer al juez de que la

36. MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil...*, cit., pp. 219 y ss.

37. Gregorio Mayans y Siscar. *Epistolario XXIII...*, cit., p. 216. Las alegaciones jurídicas de Nebot y Sanz son las propias del momento, o sea, de todo letrado que quisiera tener éxito ante los tribunales. Véanse, por ejemplo, *Alegación por el Dor. Juan Cabrera, presbítero, en el pleito que en su nombre sigue Alexandro Ripoll, en grado de apelación, con Josepha María Cabrera, su hermana, mujer legítima de Carlos Benet, y en su nombre Joseph Royo, sobre la validez de la escritura que a favor del dicho Dr. Juan Cabrera otorgó su hermana*, València, 1738, BUV, R-2/362, n.º 39; *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Apuntamiento legal del derecho que assiste a Rosendo Sanchis, ciudadano, en la causa que este sigue en grado de apelación en esta Real Audiencia, contra María Inés Franch, como tutora y curadora de Domingo Thadeo Sánchez*, València, 1744, BUV, R-2/361, n.º 33; *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Alegación del derecho que assiste a Da. Antonio Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Gaspar Prima, Sanz y Cebrián, Doña Vicenta Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Juan Berenguer, y demás que hazen parte en el pleito que siguen contra Don Francisco Agulló y Don Antonio Cebrián, su curador, sobre si se debe juzgar por fideicomiso familiar o mayorazgo la disposición de Don Felipe Guitart*, València, 1748, BUV, R-2/360, n.º 22.

solución que se proponía era la que venía avalada por la mayor parte de las opiniones; es el probabilismo del *mos italicus*. Y aunque semejante acaparamiento solía acompañarse de algunas citas del Derecho real y de autores nacionales –nunca abundantes–, desconocemos hasta qué punto estas eran relevantes. Si el *ius commune* y los *iura propria* iban de la mano a partir del bajomedievo, fue precisamente gracias a la doctrina de unos juristas que, desde los textos del Derecho romano clásico construían las legislaciones que conforman los reinos y los posteriores estados modernos y contemporáneos.

Tal vez los autores que con mayor ahínco criticaban la presencia de disposiciones romanas, como Berní y Catalá, no las alegaban con tanta frecuencia, pero no renunciaban a hacerlo, como tampoco renunciaban a la doctrina, esencialmente romanista, aunque fuera a modo de apoyo. Es como un subterfugio para legitimar el Derecho real a través de su identificación con el romano, además de intentar justificar los honorarios ante los clientes y de obtener reconocimiento entre sus iguales. Como bien diría José María Manresa Navarro, a mediados del XIX, «más bien que la obra del abogado, es la obra del jurisconsulto».³⁸

Lo que tal vez no sabían la mayoría de autores antirromanistas –eso sí, con la advertencia de los más despiertos– es que ellos mismos estaban iniciando un proceso de autoanulación en el que terminarían por cavarse su propia tumba.³⁹ Pero no corramos tanto, porque en el siglo XVIII seguimos en un Derecho de casos y en una práctica también casuística, en donde la analogía y el criterio de la probabilidad se tienen como máximas a respetar, y a tales efectos la doctrina se imponía con toda lógica y sentido.

Detengámonos de nuevo, aunque sea brevemente, en la actitud del referido Berní y Catalá, por ser, según creemos, una de las más lúcidas en el juego del *ser* y el *deber ser* de la práctica forense. A pesar de su marcadísimo realismo, para este autor también era valioso contar con la doctrina, con el relevante matiz restrictivo de que lo era

38. MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, 6 vols., Madrid, 1856-69, IV, p. 142.

39. PÉREZ COLLADOS, J. M.^a, «El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del Estado», *e-SLegal History Review*, 18, 2014, pp. 1-24

solo para interpretar el Derecho romano, que no el real, ni el sustantivo ni el propiamente forense. Dos motivos aportaba para despreciar la doctrina nacional; porque seguir la interpretación de estos autores suponía cuestionar la única soberanía existente, y porque las normas reales, claras como deben ser o se presupone que son, no deben necesitarla y para ello estaba, en su caso, el monarca. Pero, a pesar de todo, el de Berní es un posicionamiento a modo de declaración de intenciones. Si las leyes reales eran tan «recogidas y puestas en orden» como incansablemente defendía, no había ningún motivo para que él mismo se preocupara tanto de comentarlas e incluso de depurarlas. Y si él mismo reconocía que las leyes posteriores podían modificar las anteriores, caso de las mismas *Partidas*, estas habría que entenderlas según su adaptación a los nuevos tiempos, cosa que no podía venir sino de la mano de los autores, de esa doctrina que tanto detestaba, pero de la que él usaba y formaba parte. Es más, el mismo Berní hacía acopio de doctrina en las alegaciones jurídicas que presentaba ante los tribunales, tanto de comentaradores de la legislación romana como de la real, eso sí y debemos destacarlo, en mucha menor medida con que lo hacían el resto de abogados.

Por otra parte, Berní reconocía la fuerza del Derecho común cuando iba junto con el real o este era ausente o insuficiente para la materia debatida en cuestión, lo que venía a ser todo un reconocimiento al valor de las leyes romanas y de la doctrina como Derecho alegable y aplicable, por mucho que fuera en su carácter de subsidiario. Obviamente, esto era así en el caso de que los abogados entendiesen que la causa que defendían se encontraba en esta situación, sintiéndose entonces legitimados para alegar doctrina y legislación romana; como podemos comprender, este era el caso generalizado. Es más, y esto es relevante, para Berní y Catalá, y centrándose en el caso de los mayordugos, existían muchas maneras de formarse en su doctrina, teniendo como más sólidas las obras de «Torre, Molina, Mieres, Roxas, Águila y Paz», como también podía ser recomendable acudir a «papeles en derecho de aquellos abogados de más fama». Esto último era todo un reconocimiento, estrictamente pragmático si se quiere, a la práctica procesal que tanto criticaba. Ni qué decir tiene el título de su propia obra, referente en este apartado, *Instituta civil y real, en donde con la mayor brevedad se explican los §§ de Justiniano, y en su seguida los*

casos prácticos, según leyes reales de España, donde antepone el Derecho teórico al práctico.⁴⁰

A modo de descargo en favor de todos estos «incoherentes» autores, se podría interpretar que el auto acordado 2, 1, 1, de 4 de diciembre de 1713, venía a legitimar esta práctica, desde el momento en que primaba los autores patrios sobre los foráneos.⁴¹ Es decir, los autores del momento perfectamente podían interpretar que este auto limitaba, pero no prohibía, ni los unos ni los otros. Y con esta disposición, con la misma ambigüedad de siempre, se mantenía abierta la puerta a la interpretación del Derecho real desde los cánones romanistas. El mismo Berní defendía *Partidas* como Derecho aplicable en primer término, y no subsidiariamente como fijaba el Ordenamiento de Alcalá, en tanto que, a su entender, el referido auto de 1713 las incluía en el mismo nivel que el resto de legislación real.⁴²

Queda claro que hasta principios del siglo XIX los abogados muestran una gran querencia por las leyes romanas y su doctrina, por mucho que supieran que solo podían tenerse presente, en su caso, ante la falta de leyes del reino, con carácter subsidiario o incluso alegar. Pero también es cierto que con el nuevo siglo empezamos a observar un cambio en el discurso jurídico, como cierto es que asistimos a la aprobación de la nueva legislación liberal. Es un cambio que nos permitirá decir que, poco a poco, iremos asistiendo al fin del *mos italicus*: las citas romanas y doctrinales irán reduciéndose a las estrictamente oportunas, mientras que lo que más abundará ahora será, además de las recientes leyes reales y constitucionales, *Novísima Recopilación* y *Partidas*. En verdad, quisiéramos decir que se trata de un cambio concluyente, pero debemos reconocer que lo tenemos que reducir a la mera observación extraída de las alegaciones jurídicas consultadas, entre las cientos que puedan existir. Es un

40. BERNÍ Y CATALÁ, J., *Instituta civil y real, en donde con la mayor brevedad se explican los §§ de Justiniano, y en su seguida los casos prácticos, según leyes reales de España, muy útil, y provechoso a los que desean el bien común*, València, tercera impresión, 1775. Para las citas referidas véase p. 163.

41. *Nueva Recopilación* 2,1,1; véase en *Los códigos españoles, concordados y anotados*, t. XII, Madrid, 1851, p. 23.

42. TORMO CAMALLONGA, C., «Berní y Catalá, el Derecho común y las Universidades», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 3, 2000, pp. 279-316.

cambio que podría obedecer a la preocupación de los legisladores liberales desde las Cortes de Cádiz porque la ley fuera expresa, clara y terminante, así como a esta misma legislación que se va aprobando en cascada desde 1810.⁴³ Por otra parte, si bien conocemos la práctica forense anterior y la posterior a este cambio, resulta muy difícil determinar el momento en que esta transformación tiene lugar de manera más o menos decisiva. Sería interesante contar con alegaciones que nos mostrasen una práctica que pudiéramos llamar «transicional», si es que se dio, para ver en qué medida se va materializando, de manera más o menos lenta o rápida, el nuevo estilo forense.

V.2. *Iura novit curia* e inmotivación de la sentencia

La motivación de las resoluciones judiciales, o más bien su ausencia, es una cuestión cardinal en este estudio. Sin embargo, sorprende que los autores del s. XVIII apenas la tratasen, como tampoco la historiografía jurídica posterior le ha dado la relevancia que creemos merece. Es cierto que el ya visto Mora y Jaraba sí propuso que las sentencias

43. Adición por Luis Insa, escribano residente en la villa de Lorca, a la alegación en Derecho escrita para el juicio de vista por parte de Josef Insa, en el pleyto que contra este siguieron los conventos [...] sobre declaración de nulidad del testamento que otorgó mosén Christóval Insa..., Valencia, 1803, Archivo del Ilustre Colegio de Abogados de València (en adelante, AICAV), 1-2755 (2). *Defensa legal por la validez del testamento de doña Teresa Soler, natural de la Villa de Elche, contra la nulidad y sucesión abintestato que pretende D. Gaspar María Soler. Valencia, en la imprenta de José Esteban, 1811, AICAV, 1-2759, n.º 8.* Caso extremo, que no creemos representativo pero sí muestra inequívoca del cambio de paradigma –solo se alegan *Leyes de Toro* y *Novísima Recopilación*–, es la alegación *Razones con que don Rafael de Pinedo excluye la instancia de don Antonio Saavedra, sobre que se declare nulo el contrato de venta de la casa plaza de Santo Domingo y tres anexas, otorgada por Don Miguel Saavedra con escritura de 9 de mayo de 1798, Valencia, en la imprenta de Oliveres, antes de Estevan, 1820, AICAV, 1-2766, n.º 8.* El hecho de que todas las alegaciones consultadas en este trabajo fueran presentadas ante la misma Audiencia, la de València, siguiendo un mismo estilo curial, nos permite sortear la objeción de que posibles diferencias pudieran responder a diferentes usos procesales de cada tribunal. Sobre los caracteres de la legislación puede verse MARTÍNEZ PÉREZ, F., «‘Ley expresa, clara y terminante’. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español», *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 3, junio 2002, pp. 1-22.

fueran motivadas, pero este no fue más que un caso aislado, como tampoco sabemos hasta qué punto era consciente de la relevancia que esta cuestión podría tener para terminar con el romanismo y ese *mos italicus* tardío que tanto detestaba. Y decimos esto en tanto que el mismo Jaraba también defendía que el juez debía inclinarse por la opinión más probable, lo que, por el principio del *iura novit curia*, suponía una tolerancia, muy generosa. Llegado el caso, ante la alegación de opiniones doctorales y leyes múltiples y de diversa procedencia.⁴⁴ En cualquier caso, nos ha parecido irrefutable en este punto Fernández de Mesa, cuando le aconseja al monarca «Mandad segunda vez, que se enseñen las Leyes de España en las Escuelas; que las registren los Letrados, y las usen, y obedezcan los Juezes», porque mucho se hablaba y cuestionaba a estudiantes y abogados, pero poca cosa se decía de jueces y magistrados, cargos, claro está, de designación real.⁴⁵

Con la casi completa unificación jurídica de la monarquía hispánica a raíz de los decretos de Nueva Planta, quedó proscriba en todos los territorios cualquier argumentación y razonamiento, fáctico y jurídico, de las resoluciones judiciales de los juzgados y tribunales reales. Con mayor o menor celeridad, desaparecía la práctica propia de los territorios de la Corona de Aragón, en donde, a diferencia de Castilla, sí se habían motivado las sentencias hasta entonces. De la misma manera que para toda decisión interlocutoria, la sentencia definitiva quedará en Valencia restringida a la identificación del pleito y de sus partes, a lo que se añadía el oportuno y siempre lacónico fallo.⁴⁶ Siendo este un tema tan vasto, tendremos que elegir y partir de alguna consideración concreta que resulte especialmente significativa a nuestros efectos. Y creemos que podría ser el nombramiento de la magistratura en el Antiguo Régimen, en la medida en que no dependía

44. PESET REIG, M., «Una propuesta de código romano-hispano...», *cit.*, p. 251.

45. FERNÁNDEZ DE MESA, T. *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas. En la oficina de Joseph Thomás Lucas*, València, 1792, p. 17.

46. TORMO CAMALLONGA, C., «Una aproximación als ‘visso’ i als ‘atento’ en la sentència civil de la València foral», *Los valencianos y el legado foral: historia, sociedad, derecho*, 2018, pp. 53-70; «L’Audiència de Barcelona i la pràctica jurídica catalana arran de la Nova Planta», en Dantí i Riu, Gil Pujol i Mauro (coords), *Catalunya entre la guerra y la pau, 1713-1813*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 866-887.

tanto de su capacitación demostrada en pruebas objetivas –todavía tardaría mucho en llegar el sistema de oposiciones estatales–, como de su fidelidad al monarca o, incluso durante gran parte del s. XIX, del Gobierno liberal de turno.⁴⁷ Dicho de otra manera, la calidad de la magistratura, al menos en sus escalafones inferiores, no podía ser su nota más destacada desde una perspectiva estrictamente jurisdiccional y menos todavía científica. Ciertamente es que todas las justicias contaban con asesores graduados y sus dictámenes les dejaban expedito el camino, pero estos tampoco debían razonar o legitimar positivamente la resolución, al menos por escrito. Y sin embargo de lo dicho, la ya clásica explicación y justificación de la inmotivación de la sentencia por parte de la historiografía y de los operadores jurídicos contemporáneos pasa, en muy gran parte, por aludir a la falta de códigos, muy en concreto del civil por ser el Derecho privado el gran adalid del liberalismo; textos que aclararían de manera concluyente –esa era una de sus intenciones– las normas vigentes y aplicables. Sin embargo, creemos que la ausencia de códigos no explica por completo la defensa de la inmotivación.

No es difícil imaginar que la prescripción de las sentencias no merecería grandes aplausos por parte de la judicatura afectada. La Audiencia de Barcelona calificaba la motivación introducida por la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, como un verdadero «manantial de discordias en los tribunales», aludiendo, entre otras muchas razones, no solo a la falta de concreción de la norma, sino de la misma jerarquía normativa, que en este caso se quería definitivamente actualizada y concretada en su confluencia con el Derecho castellano. Porque si con la legislación liberal la jerarquía normativa se vuelve más compleja y más necesitada de una más clara y definitiva concreción, el problema era más grave para los pleitos tramitados en los territorios de Derecho no castellano.⁴⁸

Aun así, la defensa de la inmotivación de la sentencia por la audiencia catalana construida sobre este argumento, no nos resulta suficiente

47. PESET REIG, M., «Estudios de derecho y profesiones jurídicas (siglos XIX y XX)», en J. M. Scholz (coord.), *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1992, pp. 349-380.

48. TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos...», *cit.*, pp. 891 y ss.

para entender esta negativa. Por mucho que la inconcreción jurídica o la ausencia de normas actualizadas fuera el argumento más persistente en boca de jueces y magistrados para respaldar la inmotivación, no creemos que la justificase en toda su extensión. Al menos, podemos ensayar otras explicaciones. Y en este punto, no estaría de más barajar la posibilidad de que nos encontrásemos ante un simple pretexto para ocultar, como hemos apuntado, la falta de destreza del juzgador y la inseguridad en que quedaría el estamento judicial y, por extensión, el nuevo orden jurídicopolítico. La confianza en el juez debía ser absoluta y no era oportuno dejar constancia por escrito de una posible impericia. Como historiadores del Derecho, sabemos que cualquier cambio pasa, más allá de su oportunidad objetiva, por los intereses más particulares de los individuos implicados y afectados. Tal vez fuera lo que apuntaba Mora y Jaraba cuando, a propósito de la cita de las leyes romanas «con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio», concluía que «este abuso pudieran los jueces reformarlo fácilmente, obligando a los abogados a que diessen juntamente la razón de los textos que citan, que yo asseguro no se citarían tantos en los informes y papeles».⁴⁹

En este sentido, la respuesta de los colegios de abogados ante la propuesta de motivación fue justo la contraria. Para los abogados, la motivación de las resoluciones judiciales era uno de los puntales de la seguridad jurídica y, a nuestros efectos, mientras no se motivase la sentencia iba a resultar muy difícil el cambio en las prácticas procesales. Sin embargo, la normativa española rompió con la tradición secular de no permitir alegar por escrito a los abogados con anterioridad a la fijación de la exigencia de motivación. Como cierto es que a los abogados se les había exigido desde siglos atrás un grado académico en Leyes o Cánones del que no necesariamente debían disponer los jueces. Es la diferencia entre el súbdito y la autoridad soberana. En época de soberanía nacional había que avanzar hacia una judicatura completamente letrada y demostrablemente consecuente con la ley positiva, pero ello llevaba su tiempo.

Independientemente de la atención o justificación que se aportaba para legitimar la no motivación de la sentencia, no parece que se fuera consciente de la importancia que tenía para la definitiva determinación

49. MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil...*, cit., p. 221.

de la normativa vigente y aplicable y, paralelamente, para dar por terminado un método secular que se sustentaba, en gran parte, en el desconocimiento por abogados y clientes de la disposición concreta tenida en cuenta en la resolución.

Eso sí, la motivación exigía una actividad creativa, que el liberalismo negaba al juez, al que no quería más allá de un simple burócrata, en tanto que la tarea creadora quedaba reservada en exclusividad al legislador. La ley no debía ser interpretada, pues eso ya suponía «crear», sino solo aplicada, lo que, en principio, tampoco requería motivación alguna. Y en este punto entraríamos en la función legitimadora extraprocesal y endoprocesal de la motivación: hacia el legislador, con la justificación de la sujeción del funcionario a los procedimientos y trámites fijados, y hacia las partes y la comunidad, demostrando que se ha concedido una justicia netamente legal y objetiva.⁵⁰ No deja de ser paradójico que en el estado jurisdiccional del Antiguo Régimen los jueces «crearan» pero no motivaran, mientras que en el liberalismo debían motivar pero bajo ningún concepto siquiera interpretar. La ingenuidad de este segundo posicionamiento pronto tendrá que ser salvado; piénsese, por ejemplo, en el recurso de casación.⁵¹

VI. ENSAYO DE CONCLUSIONES

Queda claro que debemos relativizar una historiografía, muy cabal en sus orígenes, pero reproducida sin originalidad hasta la saciedad, que nos ha insistido en un supuesto desfase entre el Derecho romano, y común por extensión, y el Derecho real, patrio o propio. Lejos de nuestra intención es cuestionar la existencia de dualidad y diferencias, pero sí negamos ese figurado estado de contradicción y conflicto per-

50. ÁLVAREZ ALONSO, C., «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c. a.)» (I) y (II), *Historia Constitucional*, 4, 2003, pp. 1-43, y 5, 2004, pp. 1-39, respectivamente.

51. Mucho se ha escrito sobre justicia y administración en los inicios del liberalismo, por lo que nos limitamos a referenciar una obra como punto de partida: GARRIGA ACOSTA, C. A. y LORENTE SARIÑENA, M., «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 97-144.

manente, porque entendemos que, aunque hablamos, efectivamente, de dos órdenes jurídicos distintos, la realidad es que, más allá del punto sobre su vigencia, ambos órdenes resultaban perfectamente válidos en sus propios registros, y tanto en ámbito de la Academia como en el de la justicia, en la *iurisprudentia* y en la *iurisdictio*. En ambos ámbitos la presencia del Derecho común seguía siendo incuestionable e imbatible en toda Europa en los inicios del XVIII, como incuestionable era su prestigio. Más allá de la vigencia exclusiva del derecho propio, el romano –también la doctrina– se mantenía en los planes de estudios y en los escritos del proceso judicial. Todo ello, tal vez, por inercia, tradición y rutina, pero también y sin duda, por su utilidad y eficacia práctica.

También es cierto que en ambos ámbitos cada vez era más sentida por gran parte de la doctrina y del propio aparato real la necesidad de una renovación, en la búsqueda, ciertamente, de una mayor presencia real, pero creemos que al servicio, sobre todo, de una mayor seguridad y economicidad procesal. Es decir, el dominio del Derecho real no solo era un objetivo en sí, sino también y destacadamente el camino para conseguir otros fines. Hasta la legislación liberal, aunque es obvio que el monarca tenía sus propios intereses, en ningún caso se vio atacado en sus prerrogativas por la universidad ni mucho menos por los tribunales, de ahí que sus intentos de renovación no tuvieran nunca el carácter de urgentes. La universidad, por muy romanista y rígida que fuese, cuando no reaccionaria y vaga ante las prescripciones reales, en ningún momento cuestionará sus prerrogativas, antes al contrario. Por su parte, a los jueces y magistrados, y aunque aplicaran el Derecho del rey sin ambages en materia pública, entiéndase hacienda, les seguía cautivando como siempre el Derecho común para las cuestiones privadas; en este pozo sin fondo, así como en el secreto de las votaciones y en la inmotivación de las sentencias, podía reposar la sacralidad del oficio y podían refugiarse de su responsabilidad técnica y científica. Poca objeción a todo ello por parte del monarca y de la propia judicatura.

Ante este estado de cosas dual, que no contradictorio, la historiografía española ha atendido mayormente al estado de una ciencia y de una codificación que, en verdad, se hallaban atrasadas en España respecto a otros países. Sin embargo, no parece que haya prestado la misma atención a la reforma de la administración de justicia, si es que los contemporáneos la tenían por tan necesaria, o, cuanto menos, al proceder de

sus operadores jurídicos. Se ha dicho que, mientras las universidades no cambiasen los contenidos en sus enseñanzas, no sería posible un verdadero cambio en y del Derecho español, entendiendo este cambio como el fortalecimiento y la preponderancia del Derecho propio frente al común y en concreto al romano. En este trabajo, sin embargo, hemos apuntado la idea de que el motor de este cambio tal vez no tendría que venir tanto de la mano de los planes de estudio de la Universidad, como de la reforma de la administración de justicia. En el momento en que esta se decidiese a implantar un nuevo estilo curial y a aplicar de manera irrefutable el derecho propio, real o nacional, desplazando decididamente el común –no necesariamente ignorándolo–, los planes de estudios se verían abocados a seguir los mismos pasos.

La legislación liberal nos deparará otra realidad, si bien es imposible abarcar en este estudio todos los ámbitos, matices y salvedades que requiere esta afirmación. Porque en España el cambio jurídico-procesal solo se impondrá, definitivamente –no conocemos todavía su ritmo– bajo el nuevo orden constitucional, empezando, eso sí, por la Universidad, para continuar con la justicia. Sin duda, y aunque el orden que hemos propuesto sea el contrario, el que se dio resultaba más sencillo y también más útil para otros objetivos, como el de crear una masa de graduados operadores jurídicos defensores del nuevo orden y estado burgueses. Pero esto no quiere decir que fuera exigencia ineludible para el cambio de la administración de justicia.

Y si los planes de estudio se estaban actualizando ya desde Carlos III, con reformas más profundas y decididas en el nuevo siglo, la ciencia jurídica no mejorará al mismo ritmo; al menos, no en el marco universitario. Se habla de «mediocridad» como calificativo que mejor describe a las facultades de derecho para todo el Diecinueve. Si hasta los cambios de que hablamos podemos hablar de un *mos italicus* repetitivo, de un escolasticismo aburrido, si se quiere abusivo, el nuevo siglo nos conducirá a un simple y pobre positivismo; es un cambio de contenidos, sí, pero también y muy destacadamente de método. Y si la ciencia se adentraba en el manualismo, la justicia lo hará en el estricto legalismo positivista, sin más cuestionamientos que los meramente fácticos.⁵²

52. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., «Sátira contra la predilección del Derecho Romano: una crítica decimonónica a un orden jurídico todavía no fenecido», *Cuadernos*

Efectivamente, uno de los objetivos claros del nuevo orden liberal era la estatalización del Derecho, lo que vendría fundamentalmente a través de la ley, y no tanto en cuanto se sancionaba, como en cuanto se ejecutaba. Era la Administración y, en caso de conflicto, la judicial, la que cumplía con este cometido, con la idea de no salir del ámbito administrativo. En ningún caso la justicia iba a crear Derecho, sino simplemente a reconocerlo y conceder el ya creado por la ley –los códigos cuando se publicasen–, resolviendo la diferencia a través, en última instancia, del recurso de casación. La justicia quedaba relegada a una función meramente administrativa, burocrática. Si el estado jurisdiccional tenía a los jueces por creadores autónomos en paralelo a la ley real, esto no lo iba a consentir el estado liberal. A los tribunales se les vaciaba de toda actividad jurídicamente creadora.

Los liberales concedían las libertades en cuanto políticos, en tanto que las sustraían en cuanto jurisconsultos.⁵³ La construcción del estado positivista supuso la muerte del jurista como *iurisprudente* tal y como se había entendido hasta entonces. La justicia dejará de ir de la mano de la ciencia para pasar a ser una parte de la Administración, para la que lo más importante era la creación legislativa y su aplicación gubernativa. Clara muestra a nuestros efectos, entre muchas otras publicaciones, es el éxito de la *Librería de jueces, abogados y escribanos* de José Febrero.

de Historia del Derecho, 12 2005, pp. 179-228. En el intermedio, a principios de la centuria, es cuando precisamente más se citan *Partidas* y *Recopilación* en las alegaciones jurídicas, que no eran normas legales precisamente contemporáneas, pero que por su carácter real anunciaban el cambio.

53. SOLLA, M.^a J. «Justicia bajo Administración (1834-1868)», *De justicia...*, *cit.*, pp. 320 y ss.