

A LOITA ENTRE A TRADICIÓN E A INNOVACIÓN NAS FACULTADES DE DEREITO DO SÉCULO XVIII*

Luis Rodríguez Ennes
Catedrático de Dereito Romano
Universidade de Vigo

I

As universidades ingresan nos tempos contemporáneos con parvas modificacións ó seu modelo fundacional, de perfil medieval, tanto verbo dos seus procedementos pedagóxicos como da súa organización administrativa. Será o século XIX, o movemento liberal, o que realmente faga os axustes universitarios con que, practicamente, as universidades estiveron vivindo ata arestora. A Universidade é creación e instrumento da cultura medieval que lega a Europa unha rede académica relativamente mesta cos grandes nomes -París, Bolonia, Padua, Salamanca, Montpellier, Oxford ou Cambridge- que se manteñen o longo dos tempos modernos. Dos sesenta estudos xerais medievais, pasaráse o remate do XVIII a un número algo maior de cento vinte no que apenas son relevantes algunhas universidades de mais recente creación como Leiden ou Gotinga. O número, polo tanto, non garda proporción coa cronoloxía. Isto amosa que, en tanto avanza a idade moderna, a Universidade ve menoscaba-lo seu desenvolvemento a prol doutro tipo de institución docente ou académica mais atenta as novidades científicas ou culturais e mais liberada da tutela da Igrexa, a grande institución fundadora (1).

* Este traballo constitúe unha versión ampliada da lección maxistral: ***O Dereito romano perante a reforma dos estudos xurídicos no Século das Luces***, lida polo autor co gallo da apertura do curso académico 1994-95 na Universidade de Vigo.

(1) ALBIÑANA, *Universidad e Ilustración. Valencia en la época de Carlos III*. (Valencia 1988) p. 21.

A polémica verbo do método, o obxecto e os fins da ensinanza xurídica, moi frecuente no setecentos, entrecrúzase coa tendencia ilustrada a reformala vella universidade cos seus persistentes raigaños medievais e dar cumprimento as novas esixencias da vida práctica e ós ideais do Iluminismo. A grandes trazos pode sinalarse que o retroceso da importancia da teoloxía na cultura do dezaioito e o seu empobrecemento escolástico, o vencellamento exclusivo ó dereito romano e a escasa sensibilidade cara o real ou nacional ou hacia ó cultivo das ciencias, tenden a acrecentalo divorcio entre a Universidade e a sociedade. Iso explica que o século XVIII non cese de acumular escritos e pedimentos de reforma, de moi diversa entidade e alcance, que non logran furar de todo os mestos muros universitarios. Daráanse algúns pasos, sempre insuficientes, para poñela a Universidade mais preto do conxunto de preocupacións, saberes e demandas académicas da sociedade.

Estas mentes claras, iluminadas «polas luces da razón», non se limitaron a critica-lo caduco, senón que pretenderon reformalo sistema xurídico polo que estaba a se rexe-la sociedade. Como ten apuntado TOMAS Y VALIENTE, o que tentaban conseguir era unha sociedade estamental racionalizada e progresiva e un dereito axeitado a mesma, para o cal pensaban que este debería ser racional, uniforme e emanado da autoridade soberana, do rei absoluto (2).

Tódolos proxectos de reforma agora elaborados teñen un fundamento común: a esixencia de restitui-la vella «xurisprudencia» baseada no dereito romano, por un sistema novo feito sobre baseamentos iusnaturalistas e nacionais. A doutrina fundada no *ius commune*, que tiña constituido dende o século XIII o fundamento común do labor cotián dos xuristas e a tradición culta da que estos se fornecían, foi combatida dende distintos ángulos de tiro no «Século das Luces» (3).

(2) TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*² (Madrid 1980) p.383.

(3) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* ¹ I (Göttingen 1952) p. 313 ss.= *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp. Fernández Jardón (Madrid 1957) p. 197 ss.; THOMANN, *Influencia du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopedie et la pensée politique et juridique du XVIIIe. siècle français*, en APLD 13 (1968) p. 234 ss., coa literatura citada na nota 1 da páxina 235; COING, *Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform*, en JAWG (1970) p. 34 ss.; ID., *L'insegnamento della giurisprudenza*

Punto focal das liortas era -e non podía deixar de selo- o dereito romano e, en particular, a cuestión da súa preponderancia na ensinanza xurídica, así como a súa verdadeira utilidade para a formación do xurista. E é que os mais egrexios ilustrados, abondaban no papel ancilar e de tódolos xeitos insuficiente no que -de feito- a hexemonía da ensinanza romanística relegaba os dereitos nacionais, impedindo, polo tanto, a realización do proxecto iluminístico da creación de escolas superiores vencelladas a formación profesional das novas clases dirixentes. Sen prexuízo de que nos ocupemos mais *in extenxo* desta cuestión no derradeiro apartado deste traballo, abonda agora con aportar, dun xeito sinxelamente exemplificativo, os testemuños nidiamente concordantes de dous dos máis senlleiros espíritos da época: DIDEROT (4) E VOLTAIRE (5), verbo do paupérrimo nivel académico das facultades de dereito no seu tempo. En realidade, os editores da *Encyclopédie* (6) soamente teñen en conta o dereito natural que para eles constitúe unha

nell'epoca dell'Illuminismo, en L'Educazione giuridica. Il profili storici (Perugia 1979) p. 104 ss.; PESET REIG, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII* en AHDE 45 (1975) p. 278 ss.; encol do iluminismo polaco; *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di P. Comanducci* (Bologna 1978) p. 121 ss.; SALMONOWICZ, *Le droit romain en Pologne a l'époque des lumieres, en Studi Guarino* 7 (Nápoles 1984) p. 214 ss., con literatura en nt. 1.

- (4) «Notre Faculté de Droit est misérable. On n'y lit pas un mot de droit français; pas plus du droit de gens que s'il n'y en avait point; rien de notre code ni civil ni criminel; rien de notre procédure, rien de nos lois, rien de nos coutumes, rien des constitutions de l'Etat, rien du droit des souverains, rien de celui des sujets; rien de la liberté, rien de la propriété, pas d'avantage des offices et des contrats. De quoi s'occupe-t-on donc? On s'occupe du droit romain dans toutes ses branches, droit qui n'a presque aucun rapport avec le notre» (Cfr. DIDEROT, *Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie, en Oeuvres* 3 (Paris 1875) p. 437.
- (5) Non é menos explícito e duro VOLTAIRE:» Je suis de Paris et on m'a fat etudier pendant trois ans les loix oubliées de l'ancienne Rome; ma coutume me suffirait, s'il n'y avait pas dans notre pays cent quarante -quatre coutumes différentes (...). Ensuite on me parla de la loi des douze Tables, abrogée bien vite chez ceux qui l'avaient faite, de l'edit du prêteur quand nous n'avons point de préteur, de tout ce qui concerne les esclaves quand nous n'avons point d'esclaves domestiques (au moins dans l'Europe chretienne), du divorce quand le divorce n'est pas encore reçu chez nous. Je m'aperçus bientôt qu'on me pongeait dans un abime dont je ne pourrais jamais me tirer. Je vis qu'on m'avait donné une éducation très inutile pour me conduire dans le monde» (Cfr. *Dialogue entre un conseiller et un ex-Jésuite, en Questions sur l'encyclopédie par les Amateurs* V (s.l. 1771) p. 80 ss.).
- (6) *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, para une Societé des gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot* (Paris 1751).

parte da ciencia moral e, polo tanto, da filosofía. Este é o punto de vista máis sobranceiro da época (7).

Con todo, a hostilidade -aínda sendo máis acerba polo que fai o dereito romano-atinxe tamén a xurisprudencia en xeral, como o proba o significativo feito da parva atención que a *Encyclopédie* consagra ó dereito e a xurisprudencia (8). Entre os enciclopedistas, esta teima fronte o mundo xurídico está compensada pola tendencia propiamente omnicompreensiva que tenta de presentar tódolos coñecementos humanos. Como a *Encyclopédie* é un compendio do saber, ela debe -malia a inimiga dos seus editores- amosar dun xeito abondoso o dereito que, segundo d'ALEMBERT, «est devenu pour notre malheur un objet considérable d'études» (9). Razón pola que -como escribe DIDEROT no seu limiar o volúmen III: «La jurisprudence, cette science malheureusement si nécessaire, et en meme temps si étendue, va désormais paraître dans l'*encyclopédie* avec le détail et la dignité qu'elle mérite» (10). Podemos, pois, afirmar sen ambaxes que os adeptos o espírito das Luces eran hostiles á xurisprudencia, e, en maior grao aínda o dereito romano, calificado peiorativamente de «símbolo da rutina».

Nembargantes, dende o volúme III, que saíu do prelo en 1753, un xurista vai a aporta-lo seu concurso a *Encyclopédie* BOUCHER d'ARGIS: (11),

(7) E arquetípico verbo disto o que sinala DIDEROT: «La Morale, dont nous avons fait la seconde partie de la Science de l'Homme, est ou générale ou particulière. Celle-ci se distribue en Jurisprudence Naturelle, Oeconomique et Politique. La Jurisprudence Naturelle est la Science des devoirs de l'Homme en Famille» (Cfr. *Explication détaillée du système de la connaissance humaine*, en *Ibidem* 1, p. LXIX).

(8) Como tén demostrado WOLODKIEWICZ: «L'*encyclopédie* de Diderot consacre au droit et à la jurisprudence un nombre étonnant (20%) d'articles et de rubriques». De ahí, o a. infiere que os editores da *Encyclopédie* amósanse hostiles ó dereito e a xurisprudencia (Cfr. *Le droit romain et l'encyclopédie*, Nápoles, 1986, p. vii). A maior abundamiento fornece a súa opinión co incontrovertible dato de que o dereito e a xurisprudencia atópanse totalmente ausentes das 45 páxinas do «discours préliminaire des éditeurs» (*Ibidem*, p. X).

(9) *Encyclopédie*, 1, p. XI.

(10) *Ibidem*, 3, p. III.

(11) Trátase de ANTOINE-GASPARD BOUCHER D'ARGIS, nacido en 1708 no seo dunha nobre familia de antigas tradicións xurisprudenciais e pai, a súa vez, de André-Jean Boucher d'Argis autor dun sonado opúsculo titulado: *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France* (Ginebra 1782), do que faremos cumprida referencia. Antoine-Gaspard foi un coñecido advogado do Parlamento de Paris. Membro do Consello soberano de Dombes e de Boullion foi, o propio tempo, ademais de xurisconsulto de sona, autor fecundo e prestixioso editor. Coñécenselle

a quen se deben as voces vencelladas ó dereito romano, e que DIDEROT, no seu limiar ó volume III preséntanos como un «avocat, au Parlement de Paris, et Conseiller au Conseil Souverain de Dombes» (12), autor de moi boas obras sobre a xurisprudencia «cette science malheureusement si nécessaire». Este inciso final, amósanos a parca consideración que os saberes xurídicos suscitaban no sentir diderotiano. Isto non obsta, de ningunha maneira, para que -malia esos atrancos de saída -a competencia do a. esté salientada polo tratamento do desenvolvemento histórico das diferentes institucións e nos reenvíos que él fai de cando en vez as fontes romanas. Con iso soamente tenta de cumprir co compromiso suliñado polos enciclopedistas de aborda-las institucións «avec le detail et la dignité qu'elle mérite» (13).

O artigo *Droit Romain* abrangue soamente cinco páxinas *in folio* (14). Foi redactado por BOUCHER d'ARGIS que distingue o dereito romano arcaico do que nos foi transmitido pola compilación xustiniana. O dereito romano é así definido por él coma as leis «qui ont été adoptées par le plupart des différents nations de l'Europe, chez lesquelles ces lois sont encore en usage plus au moins étendu» (15). En toda a súa contribución á *Encyclopédie* amosa que non se pode facer un verdadeiro xurista sen un fondo coñecemento da experiencia xurídica romana (16). Aínda que queda patente a súa fidelidade

diversas monografías e varias edicións de artigos e voces xurídicas para a *Encyclopédie* de Diderot (dende o terceiro volume, ata o derradeiro, o dezaseptimo de 1765). Acusado por Marat de contrarrevolucionario foi guillotinado o 23 de xullo de 1794, algúns días antes de remata-lo Terror (Datos tomados de WOŁODKIEWICZ, *La giurisprudenza e il diritto romano nel pensiero degli Enciclopedisti*, en SSA (1986) p. 3, nt. 22, máis literatura en *Dictionnaire de bibliographie française*, 6 (París 1933) p. 112.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

(14) Seguimos aquí, basicamente a WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, cit., p. xxxvi ss.

(15) *Encyclopédie*, vol. 5, p. 137 onde califica ademais ó dereito romano como «le droit commun et général de presque tous les états d'Italie, d'Allemagne, d'Espagne, et de Portugal: on y a aussi quelque fois recours au défant des lois du pays, en Pologne, en Angleterre, et en Danemark».

(16) En *ibidem*, p. 141 afirma: «Le droit romain est la meilleure source où l'onsoit á portée de puiser la science des loix», teorizando que quen se limita a estudar as leis viventes no seu país «sans y joindre la connoissance du droit romain» no pasará de ser un «homme superficiel». «Dissons plutot -engadía- qu'il ne mériteroit point le nom de jurisconsulte, et qu'il ne servit au plus qu'un médiocre praticien». Noutra obra, o mesmo a. señala: «Ainsi le fameux M. Fourcroit disoit qu'on pouvoit bien, sans du Droit Romain, devenir un habile Praticien, et meme quelquefois faire fortune au Palais; Mais qu'on ne pouvoit pas devenir

ó dereito romano, non estamos perante un fiel incondicional. El mesmo preocupase de suliñar -xunto as virtudes do Dereito romano- os seus «grands defaults»: As antinomias entre os anacos do Dixesto e do Código; o feito de que en troques de conter decisións xerais sexan a meirande parte solucións verbo de casos concretos co que con todos estes materiais non se pode formar un sistema metódico da xurisprudencia «si l'on excepte les institutions, mais qui sont trop abreges pour renfermer tous les principes du droit».

Esta crítica ó dereito romano, que provén dos humanistas do século XVI, retorna con forza no tempo da Ilustración. Pero en BOUCHER d'ARGIS non está baseada na pretendida immoralidade de Xustiniano e os seus xuristas: «O dereito romano ten moitas institucións estrañas ós nosos costumes, por exemplo, todo o que atinxe ó goberno e á administración da xustiza, as fórmulas das accións, os escravos, a adopción, etc. «Así as cousas, iso non obsta para que noutros artigos da *Encyclopédie* debidos a súa autoría, volva a subliñar-la necesidade de coñece-lo dereito romano para ser un verdadeiro xuriconsulto. Por exemplo, a voz «jurisprudence» donde afirma: «on ne doit pas non plus prodiguer le titre de jurisconsulte á ceux qui n'ont qu'un connaissance superficielle de l'usage qui s'observe actuellement» (17).

A maneira de remate sobre deste primeiro punto, convivimos con WOŁODKIEWICZ (18) que os artigos da *Encyclopédie* acerca do dereito romano non son de certo moi orixinais. O obxectivo da obra e outro. Propúñase mostrar unha suma de coñecementos da época. Polo que fai ó dereito romano, os autores das voces amosan, en xeral, un bó coñecemento das fontes e do estado da investigación na materia e, neste senso, os artigos redactados por BOUCHER d'ARGIS merecen unha alta consideración. Nun tempo no que os cambios da era revolucionaria estaban en xestación, él fai coñece-lo dereito con competencia e imparcialidade. E é en parte gracias a él que ese mesmo dereito romano teña influido no Código Civil francés, triunfando sobre o dereito natural.

un habile Avocat, sans avoir acquis une parfaite connaissance de ce droit, qui est la mère de toutes les Loix, *Legum omnium mater* (FERRIERE, *Dictionnaire du droit, nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par Arg. Boucher d'Argis*. vol. I-II (Paris 1769) s.v. *Droit romain*).

(17) *Encyclopédie*, vol. 9, p. 70-72.

(18) WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'encyclopédie*, cit., p. xiii.

II

As obras de Voltaire, de Montesquieu, de Diderot, están a ser lidas e imitadas. Unha morea de pensadores fondos, de homes políticos e de escribáns, fornecidos de ideas novas, amósanse na escena pública. Na ciencia do Dereito, o Século das Luces consagra o triunfo da doutrina do dereito natural. Visto o papel que esta doutrina xogou na Europa ilustrada, no que atinxe a formación dunha nova actitude verbo do dereito romano e as súas prolongacións no pensamento e na praxe xudicial, parece útil consagrarlle algunhas anatacións. Que o dereito romano foi combatido con pulo crecente a medida que o racionalismo crítico da Ilustración se espallou entre nós, está lonxe de toda dúbida. Os xuristas ilustrados tomaron aversión a unhas leis que comencan a ser nomeadas como «bárbaras» e a ser rexeitadas dende as sobranceiras alturas dun racionalismo seguro da súa propia capacidade anovadora. Esta corrente anti-romanista ligaba coa idea do dereito popular -propia do iusnaturalismo- o esixir as leis unha claridade e sinxeleza tales, que poidesen ser comprendidas por todos, sen necesidade da intervención dos xuristas (19).

Durante a primeira metade do século XVIII, os iusnaturalistas emiten sobre o dereito romano xuicios e opinións que pola súa acritude lembran a crítica do humanismo sobre do *mos italicus* (20). Este ambiente hostil acrecéntase co pasar do século, como pode apreciarse a través dun artigo de J. GARAT, publicado no *Mércure de France* de 1785 (21), obxecto de forte

(19) FERNANDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón* (Roma-Madrid) p. 18.

(20) KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. Santa Cruz Teijeiro (Madrid 1955) p. 226. O propio a. en nt. 32 engade: «Así, p. ex., Thomasio afirma que «non hai libro máis insulso e sinxello que ás *Iustiniani Institutiones*». Coñecida é tamén a manifestación do iusnaturalista holandés Schorer, de que é máis fácil atopar nun cortello que no *Corpus Iuris* unha idea empregable». Tamén o título do escrito de Thomasio, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno receptae in foris Germanorum* (1703), proba a falla de simpatía verbo do dereito romano. Neste escrito pretende o seu autor probar que o dereito a reclamar indemnización polo dano aquiliano, rexiu en Alemaña por ter sido de dereito natural e que esta mesma *lex Aquilia*, en canto que se desvía dos principios iusnaturalistas que constitúen o seu fundamento, non foi recibida».

(21) Trátase dun artigo violentamente hostil ó dereito romano no que, entre outras afirmacións, sostén que tal dereito foi froito das «fantaisies bizarres» e dos «caprices tyranniques» dos emperadores e non das opinións dos xuriscultos os cales «très souvent... n'étaient que des esclaves autour d'un despote... (p. 106)».

réplica pola parte de J. BERTHELOT (22). Sería moi prolloxo deternos no exame polo miúdo das críticas contrarias ó dereito romano e das feitas a prol da súa vixencia e estudo (23). O certo é -e iso non admite dúbida algunha- que as novas ideas van a provocar un cambio de actitude no que atinxe ó dereito romano. Obsérvase en moitos países, que a volta a tradición nacional conduciu a unha actitude crítica cara ó dereito romano, considerado como factor de cosmopolitismo. Grocio, Puffendorf, representan tres etapas da evolución das ideas acerca do dereito romano que na época de actividade de Thomasius -comenzos do século XVIII- atópase violentamente atacado por este último (24). Os partidarios do dereito natural en Alemaña non podían, polo tanto, rexeitar en bloque a secular tradición do *usus modernus pandectarum*, inseparable da herdanza nacional no eido xurídico. E polo que algúns tratan de atopar unha solución de compromiso ó demostrar que as normas do dereito romano son compatibles coa esixencia da razón. Tal foi a posición de Grocio (25), ou de Domat en Francia (26). Na nosa patria -escribe VILLADIEGO, o editor do Fuero Juzgo -as leis romanas non deben empregarse como tales, senón «por ser razón natural pues los reyes españoles no están

(22) J. BERTHELOT escribiu, en defensa do dereito romano, nun ensaio titulado *Réponse á quelques propositions hasardées par M. Garat contre le droit romain* (París 1785) no que subliñaba: «Ce n'est point une question indifférente pour le Public, de savoir si le droit romain est un recueil d'absurdités ou l'expression de la raison... Il importe qu'elle [la loi romaine] ne soit pas calomniée para les hommes de l'art, en que l'on suppose des connaissances de jurisprudence». Máis literatura encol desta polémica en BOUCHER d'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris á un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, nota introductoria de WOŁODKIEWICZ, ed. anast. (Nápoles 1984) p. 24 ss.

(23) Son citados frecuentemente -polo que fai a Alemaña- FUCHSBERGER na súa tradución das Institucións: «se desaparecera o Dereito romano, volverían os homes ó seu estado salvaxe, alimentariáanse de landras e o máis forte oprimiría ó máis feble»; VIGELIUS, profesor de Marburgo, no seu *Methodus de retractu, praef.*, p. 20, no seu mesmo suposto enunciado por Fuchsberger: *mahometicae iurisprudentiae ad occidentis regna occupanda iter apertum*, co que o autor alude indubidablemente ó perigro turco. Noutro lugar di que a eliminación do dereito romano é *nilhil aliud quam vincula imperii romani dissolvere* (Cfr. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*. cit., p. 290, nt. 33).

(24) Cfr. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1 (Munich-Leipzig 1898) p. 80-82, 107-110; WOLFF, *Die Weltanschauung der deutschen Aufklärung in geschichtlicher Entwicklung* (Munich 1949) p. 22 ss.; BLOCH, *Christian Thomasius. Ein deutscher Gelehrter ohne Misere* (Berlín 1953).

(25) WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, cit. p. 175.

(26) A súa obra *Lois civiles dans leur ordre naturel 1689-1697* constitúe un ensaio de conciliar as regras da razón cos principios do dereito romano.

sometidas a ellas, ya que rescataron sus reinos de manos de sus enemigos, sólo cabe utilizarlas *tanquam ratione naturali si fundantur in ea, non tanquam legibus*» (27). Estas realidades evidentes da España moderna, continúan sen interrupción durante o setecentos. Así, o polígrafo do dezaioito MAYANS Y SISCAR pronunciárase con ideas semellantes: «El derecho romano consta de preceptos del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho meramente civil. En todo lo que está tomado del derecho natural y de las gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el derecho romano apropiándolo a sí, sino porque es derecho natural y de gentes los cuales derechos obligan a todo el Género Humano» (28).

Podería multiplica-los textos dos autores do XVIII que amosan esa conformidade -con críticas- verbo da presenza e a forza do dereito romano. Basta abrir calquera obra para que nos atopemos co seu peso aínda decisivo no tratamento das cuestións prácticas do noso dereito (29). En 1765 sae a primeira edición de JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*; o a. despois de condena-lo exceso no dereito romano como un dos inimigos capitais da praxe (30), reconece, nembargantes, o seu valor supletorio: «últimamente las leyes romanas no sólo resuenan en las escuelas, sino también en los tribunales y los escritores españoles las veneran, citan y exponen con muy largos comentarios; y por decirlo en una

(27) A. DE VILLADIEGO, *Forus antiquus Gothorum Regni Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Juzgo nuncupatus* (Madrid 1600) fol. 71.

(28) MAYANS Y SISCAR, prólogo a BERNI, *Instituta civil y real* ³ (Valencia 1775) p. XXIII.

(29) MORA Y JARABA, aínda que ataque ó dereito romano, sabe que non hai posibilidade de prescindir dos seus libros: «Lo mismo debe entenderse de los papeles en Derecho y de los informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los jueces reformarlo fácilmente, obligando a los abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan; que yo aseguro que no se citarían tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquellas digo que están bien fundadas» (Cfr. *Tratado crítico. Los errores del Derecho y abusos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1748, p. 221).

(30) «Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable flujión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos periodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto» (Cfr. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* Madrid, 1829, I, III s. Es la segunda edición).

palabra, éste es un derecho que en pluma de todos se llama común, en cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estén determinados por ley particular» (31). Con todo, o interese polo dereito romano diminúe e os espíritos oriéntanse hacia ó dereito natural, cara ás reformas humanitarias do dereito penal ou ben cara ás investigacións históricas de carácter documental.

Como foi posto de manifesto por WIEACKER (32), este cometido do dereito natural proveu da situación crítica da ciencia xurídica no mundo espiritual de comezos da Idade Moderna; isto é, por quedar relegada diante do concepto europeo do mundo xurdido nos inicios do século XVII dunha revolución industrial que tivo como focos a teoría do coñecemento de Descartes e a fundamentación da nova Física de Galileo e constituída de modo provisional, nas ciencias sociais, base precisamente dos grandes sistemas do dereito racionalista. Como fenómeno europeo, o dereito natural parece se-lo inimigo do dereito romano. Isto, sen embargo, non é verdade ou é verdade soamente en parte moi miúda. O dereito natural, como dereito de profesores que era, non podía elimina-lo dereito de xuristas, e unicamente a través da lexislación puido influír na praxe. Moitos iusnaturalistas abominan do dereito romano, nembargantes axeitadamente dí KOSCHAKER (33) que «tales abominacións son máis ben expansións temperamentais de profesores, ós que non debe concederse moita importancia». Os iusnaturalistas, sobre todo os máis egrexios representantes como Grocio ou Puffendorf, foron non só fondos coñecedores do dereito romano, senón tamén amigos seus.

As críticas ó dereito romano entrecrúzanse con outras atinxentes á «imperfección» do sistema romanístico -sobre todo na súa fase xustiniana-cualificado de ademais escuro, lacunoso, en moitos eidos contradictorio, cando non indescifrable ou ambiguo, fronte a imaxe nidia, racional, perfecta, completa dun ordenamento xurídico baseado en principios elaborados por xuristas, racionalistas, iusnaturalistas. Xa MONTESQUIEU, no seu *Esprit de lois* formulou esta esixencia (34), reiterada entre nós polo seu rigoroso

(31) *Ibidem*, I, p. 59.

(32) WIEACKER, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, cit., p. 199.

(33) KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, cit., p. 358.

(34) «Les lois ne doivent point être subtiles: elles son faites pour des gens de médiocre entendement; elles no sont pas un art de logique, mais la raison simple d'un pere de famille» (Cit. por GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne, en Livre du Centenaire*, II, 1006).

contemporáneo SARMIENTO (35). O pensamento destes autores -que podemos considerar arquetípico da época- amosa unha fonda desconfianza no tocante ó xuíz feito nas sutilezas romanísticas e un evidente desexo de prescindir del (36). Era necesario crear un novo sistema xurídico perfecto. Este sistema ideal, debería suprimir toda antinomia e toda controversia namentres que, pola contra, o dereito romano e sobre todo as fontes xustinianas e o *usus modernus pandectarum*, deixaban o chan libre ás opinións contradictorias e as concepcións diverxentes.

Esta crítica ó dereito romano aliase dun xeito paradóxico con aquela, moi feroz, ó sistema feudal do que o tardío dereito romano estaba embebido e do que o dereito xustiniano constituía un símbolo, a cotío tamén malentendido e traizoado. Nas súas memorias dirixidas á emperatriz Catalina II de Rusia, DIDEROT escribía: «Eu non sei que vencello pode haber entre o dereito romano e a constitución dun goberno feudal en toda a súa ferocidade. O feito é que os costumes mudaron sensiblemente pola aparición deste dereito. ¿Cómo foi feita esta modificación, foi co coñecemento que a nación e o soberano tiñan deste dereito? De ningunha maneira». E conclúe: «les usages furent modifiés par la force des opinions des jurisconsultes. Ces jurisconsultes ne pouvaient pas représenter la nation» (37).

Outro factor contrario á doutrina do vello *ius commune* era intrínseco á mesma e consistía na súa propia rutina. Falta de innovación, a doutrina

(35) SARMIENTO define a lei: «... conforme a Régle; norma justa y equi, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraiga del mal moral; constante, perpetua e inalterable». (Cfr. *Obra de los Seiscientos Sesenta pliegos*, v. 5, fol. 288 R, *Colección Davila*, B.N. ms. 20. 392). Encol do pensamento xurídico do P. Sarmiento, vid. noso *Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento*, en ADP 45 (1992) p. 854 ss.

(36) O propio SARMIENTO apunta: «Los Castellanos Antiguos tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta *infinidad de Hombres de Pluma*, ni había tantos *Pleytos*» (*Ibid.* fol. 272 r.). Tamén fai profesión de fe do pensamento ciceroniano de que *simplicitas legum amica*: un letrado non ten que servir para a intelixencia da lei «pues si como es ley y justicia, que esa ley está en vulgar, clarísima, y que pueden entender *todos*, qualquera la entenderá. Esto se palpa en los *Bandos*, cuyo contexto después de Pregonado, se fixa en las esquinas. Y sería necedad consultar abogados para entenderle. Y que son *leyes*, sino unos *Bandos de larga duración* (*Ibid.* fol. 266 v.). Os suliñados do texto son do a.

(37) DIDEROT, *Essai historique sur la Police de la France depuis son origine jusqu'a son extinction actuelle*, en *Memoires pour Catherine II*, ed. P. Vernière (Paris 1966) p. 2.

romanista permanecía lastrada polo seu reseso e irreversible envellecemento. Non é estrano, xa que logo, que a mediados de século se posúa conciencia nida de que os tesouros da interpretación xurídica tornáronse en grosa carga para os xuristas. Os libros dos intérpretes son áridos, dificultosos de ler; as glosas ou os tratados sobre unha materia -na que se entrelazan outras moitas- as decisións ou consellos explican escuramente as cousas e introducen non poucos erros pola variedade de opinións que conlevan; outros inclúen grandes listados de doutores para facer medra-la confusión... E un mundo longuísimoo, trapalleiro e complicado (38). MONTESQUIEU chamaba a compilación de Xustiniano «O Indixesto» (39). VERRI escribía verbo do dereito romano: «Esta morea de leis, monumento dunha grande obra mal rematada, pode parangonarse coas ruínas dun grande e informe pazo» (40). FILANGUIERI, seguindo a LEIBNIZ, aconsellaba a queima de tódolos confusos volúmenes destes intérpretes (41). En España atópase a mesma postura en DE CASTRO (42), SARMIENTO (43) e MEDINA Y FLORES (44).

(38) PESET REIG, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, cit., p. 287.

(39) MONTESQUIEU, *Remarques sur certaines objections que m'a faites un homme qui m'a traduit mes Romains en Angleterre*, en *Mélanges inédits de Montesquieu* (Burdeos-París 1892, p. 205): «Il pourroit citer contre moi une infinité des loix du Code, de l'Indigeste». ¿Feitura de Montesquieu ou dun dos seus secretarios? Según BARCKHAUSEN, *Montesquieu, considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence*, ed. rev. y asustada por... (París 1990) p. VI fue «un secretaire des plus ignorants, auquel Montesquieu a dicté les Remarques».

(40) VERRI, *Il caffè*, fol. XVI, en *Il iluminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di P. Comanducci* (Bologna 1978) p. 121, onde engade: «Comenzaron primeiro Irnerio, despois Acursio, Bártolo e Baldo e tantos célebres ignorantes a asulagar Italia con grosos volúmenes e, rodeados de libros de xurisprudencia, ficamos sen leis». E -conclúe- «Se il codice é chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli é oscuro, i commenti sono tutt'al piú un rimedio parziale; conviene rifonderlo, o abolirlo».

(41) FILANGERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, en *La scienza della legislazione e degli opuscula scelti V* (Livorno 1826-1827) p. 350 ss., onde ademáis apunta: «Os males que nasceron desta fatal liberdade [estáse a referir o *ius respondendi*] duraron ata tempos de Xustiniano, quen finalmente ensinado pola experiencia, quixo que a ninguén lle fose lícito comenta-lo novo *Corpus Iuris* promulgado por él. Pero o fanatismo dos comentadores desenrolóuse con moita máis forza despois da prohibición. Italia, Francia, España e particularmente Alemaña, viron nacer tantos comentadores» quali nell'illustrazione delle legi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificazioni, che diedero á magistrati il mezzo d'eludere il vero senso di queste leggi».

(42) DE CASTRO, *Discursos*, cit., I, 201 e ss.: «El trabajo de nuestros intérpretes es inmenso. Entrando cualquiera en casa de un abogado que, o sea verdaderamente exacto en su empleo, o sólo tenga el gusto de hacer de ella ostantación, viendo las paredes de su estudio cubiertas de libros, se confirmará en esta verdad, y mucho más si se reserva la reflexión de que allí

Un dos motivos da fonda xenreira ó dereito romano no século do iluminismo estriba en acusalo de dereito estranxeiro a antinacional. Iso obedece ó monopolio do que se viña aproveitando o dereito romano no ensino universitario que ó longo de centos de anos impediu a inclusión do dereito real nos planos de estudo. «En las Universidades -escribe MEDINA Y FLORES (45) sólo estudiamos las leyes del Derecho civil de los romanos, porque de las nuestras, ni hay Cátedras dotadas, ni maestros que las expliquen... las mismas disputas del derecho romano logran más atención y aplauso aquellos que más desvían de la pauta de nuestras leyes Reales, y así de ordinario ofrecen al palenque de los actos literarios materias de inútiles estipulaciones condiciones imposibles y otras puramente teóricas, y las anteponen a las de compra y arrendamiento y a todas las demás que pueden dejarle algún jugo o utilidad práctica».

alta la mayor parte de estos escritos (...). Esta multitud crece con los siglos, cada año produce nuevos intérpretes y nuevos escritores (...). No sólo los escritores españoles ocupan nuestras bibliotecas jurídicas, sino que también en ellas los autores extranjeros tienen un muy distinguido lugar y con ellos enriquecemos nuestra Jurisprudencia. Con la ocasión de que nos exponen el derecho romano y canónico, los leemos, citamos, y de ellos nos valemos para patrocinar nuestras causas en asuntos diferentes, sin advertir la confusión en que nos envuelven y los engaños que en su lectura recibimos».

- (43) SARMIENTO. *Obra de los 660 pliegos*, fol. 249 r. As leis deben ser «puras, sin pegotes, ni comentarios, ni fárragos». E engade no fol. 278 r.: «Los principios no pueden ser mejores para que en España reciba la literatua. Pero jamás creexe que florezca subsistiendo el embarazoso espantajo deverse inundada España de Idiotas Abogados de la Legua, que siendo a todo tirar unos meros textuarios de comentadores quieren meterse entodo lo que no entienden. En una villa de Galicia había en un año 11 Abogados; y hoy hay 8 Boticas y oí que en Monforte había 21 Escribanos. ¿Que literatura se podría introducir a vista de tantos Enemigos de la Hacienda, y de la Bolsa y de la Vida? No, no es eso lo peor, sino que han usurpado el oficio de oráculos en todas materias y Ciencias y Artes. Todos deben sujetarse a las Leyes de Dios, del Papa y del Rey; pero ninguno a los caprichos de legistas, que echan a pares o nones esas Leyes, por aferrarse y aforrarse únicamente con sus comentadores de Derecho romano».
- (44) MEDINA Y FLORES, *Representación para promover el estudio de el derecho español y facilitar su observancia* (1744), editada de novo por F. CANELLA SECADES, *El Derecho Español en 1744*, en RGLJ 52 (1878) p. 353 ss.: «Pero por el siglo décimoquarto introducido en la jurisprudencia el método escolástico, se hicieron sus profesores linceos para las disputas y topas para las resoluciones, quedaron más sutiles, pero menos sólidos; abriáanse ya los Digestos y se escudriñaban sun leyes, no para retener lo que disponen, si no es para ver en lo que se contradicen; desde entonces más se aprecia el hallazgo de una antinomia que el de cien verdades. Trocaron lo útil por lo deleitable y la doctrina por el lucimiento, y como estos abusos se hicieron naturaleza con el largo uso, quedaron tanto más perjudiciales cuanto más desconocidos».
- (45) *Ibidem*, p. 360.

En verdade, a forza do dereito romano no século XVIII sen dúbida mantense. Non só nos recunchos especulativos da Universidade, onde o seu estudio tórnase mesmo arqueoloxía, senón na praxe máis cotiá dos nosos tribunais. Alégase e senténciase con él e cos seus autores, xunto co dereito real mergullado no mar tan longo e proceloso da doutrina común. Isto semella indubidable. «Lo peor -escribía LANZ DE CASAFONDA (46)- es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las Leyes del Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchos de ellos ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados». Este exceso de romanismo -que se corraxirá ó longo do século- considerase, en boa parte, debido a presión dos colexiais, que ocupan os mellores cargos da xustiza e da burocracia dos consellos (47). E é que os colexiais consideraban por tradición que no dereito romano ficaba a sabedoría e tamén por tradición facían a súa carreira a través das cátedras universitarias; razón pola cal SARMIENTO, coa súa causticidade habitual, condena abertamente a fundación do Colexio de Bolonia porque saen xuristas que volvan a España «no a ser maestros, sino a gozar de pingües beneficios (48)» e engade: «¿no hay en España derecho divino, natural y patrio? Cómo, pues, podrán faltar jurisperitos? (49), concluíndo noutro lugar: «los comentadores españoles de leyes extrañas pudieron haberlo excusado y se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros municipales (50)».

(46) LANZ DE CASAFONDA, *Diálogos de Chindulza* ed. Aguilar Piñal (Oviedo 1972) p. 126.

(47) PESET REIG, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, cit., p. 312.

(48) SARMIENTO, *Obra de los 660 pliegos*, cit., fol.242 r. Sobor deste punto, e en xeral encol da cosmovisión do pai mestre, vid. a excelente monografía da profesora desta Universidade ALLEGUE AGUETE, *A Filosofía ilustrada de Fr. Martín Sarmiento* (Vigo 1993) *passim* e moi especialmente polo que atinxe o seu pensamento xurídico-político as páxinas 194 e ss.

(49) *Ibidem*, fol. 255 r.

(50) *Ibidem*, fol. 256 r. En fol. 247 r. afirma: «Así, dirán los émulos de España, que a lo menos lograron el que los españoles hayan abandonado sus leyes patrias; para que entre ellos reine la confusión, el chisme y la discordia, con tantas leyes hermafroditas y extrañas. La que no avía, cuando sólo se juzgaba, por las solas leyes españolas, por más de mil años, asta que vino la peste de comentadores. Dirán que estos ilustran nuestras leyes patrias, con las preciosidades de Bártolo y de Baldo ¿Y porqué no se ilustran nuestras leyes, con otras leyes nuestras? ¿Con hechos históricos nuestros? ¿Con erudición española? ¿Con señalar el origen, motivo y causa que ocasionó nuestra ley? ¿Y con una metódica análisis de toda ella?»

Pero aínda hai máis, a mesma interpretación dos nosos textos víciase de romanismo, ó ser considerados como novas traducións e adaptacións. Axeitadamente apunta SARMIENTO (51): «pero de las leyes españolas, aunque hay bastante comentadores, nada de erudición española se saca de ellos; sino una pelmaza y fastidiosa trasposición de autores lombardos, franceses y alemanes que no sabían palabra de las cosas de España». A maior abundamento, a lei patria é interpretada dende un marco de dereito común, como é o caso das Partidas coa glosa de Gregorio López (52). Como ten sinalado TOMAS Y VALIENTE (53), xa no seu día fixo Martínez Marina dúas afirmacións das que se fixo eco casi literalmente Gibert e que podemos considerar como verdades fóra de discusión: As Partidas foron sido escritas: «con majestad y elegancia, con lenguaje puro y castizo pero ese lenguaje es derecho común (canónico, romano y feudal) y no derecho de Castilla, aunque puedan encontrarse en éste algunas adiciones o huellas. Puesto que su contenido es casi exclusivamente el derecho común bajomedieval, es lógico que las principales obras de éste fuesen fuentes directas de las Partidas. Y es que se hace de todo punto imposible lograr el exilio del derecho de Roma (54)». Constitúe un exemplo paradigmático verbo disto un texto de

Más tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial. Sobre estas leyes extrañas, ay millones de volúmenes corpulentísimos. Y la mayor chusma es de autores alemanes y los más clásicos, son herejetazos, porque las miran como leyes propias».

(51) *Ibidem*, fol. 248 r.

(52) *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad* (Salamanca 1555). GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN din verbo da observancia dos preceptos da lexislación alfonsina: «Más si el Fuero Real no había caído ante las exigencias de los nobles, no ostante su espíritu foral y su mayor conformidad con las costumbres de la época, mucho menos podía esperarse que prevaleciera desde luego una legislación desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales y contrariada por las preocupaciones y los usos del país». (Cfr. *Elementos de derecho civil y penal*¹⁴ I, Madrid, 1886, p. 127). Estas realidades evidentes da España moderna, xa estaban pacificamente admitidas no setecentos. «No todo lo que se halla en nuestras leyes de Partida puede llamarse práctica (...) el cuerpo de aquellas leyes fue como una traducción del derecho civil romano, y como en éste notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que sucede lo mismo en las Leyes de Partida que de él se copiaron» (Cfr. BERNI, *Instituta civil y real*, cit., p. IX).

(53) TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cit., p. 240.

(54) O propio MONTESQUIEU, non sospeitoso en modo algún de filorromanismo, escribe: «Aunque se considere, entre nosotros, que el derecho consuetudinario es opuesto en cierto modo al derecho romano, de manera que ambos derechos dividieron los territorios, es cierto, sin embargo, que muchas disposiciones del derecho romano penetraron en nuestras costumbres, sobre todo cuando se elaboraron nuevas relaciones, en tiempos no muy alejados de los nuestros, en que dicho derecho era conocido por todos los que se destinaban a empleos

FERNANDEZ DE MESA, aparecido en Valencia no 1747 no que se dí que o «derecho romano como tal no tiene fuerza entre nosotros, no el canónico, si no es respecto de lo espiritual». Mais engade de seguido na segunda regra: «pero infinitamente debemos seguirle como a derecho o en cuanto se conforma con el derecho natural y de gentes, o en cuanto está aprobado por nuestras leyes (55)». Cando no mesmo século XVIII, BERNI amosa a súa edición das Partidas esta mesma idea -máis matizada- segue pendendo sobre o máis importante dos nosos códigos reais (56).

Tradicionalmente crese que o dereito romano quedou fóra porque a lei primeira de Toro non o enumerou entre as fontes aplicables cando sinalou a orde de prelación:

«Y lo que por las dichas leyes de Ordenamiento y Pragmáticas y Fueros no se puidere determinar: Mandamos: Mandamos: que en tal caso se recurra a las Leyes de las Siete Partidas, hechas por el Rey Don Alonso, nuestro progenitor. Por las cuales, en defecto de los dichos Ordenamientos, Pragmáticas e Fueros, mandamos que se determinen los Pleitos y Causas, así Civiles como Criminales, de cualquier calidad o cantidad que sean; guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas y no por otras lagunas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretación y declaración de dichas Leyes de Ordenamiento e Pragmáticas e Fueros, o de las Partidas, que en tal caso recurran a Nos, e a los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretación e declaración de ellas; porque por Nos vistas las dichas dudas, declararemos e interpretaremos las dichas Leyes, como conviene a servicio de Dios nuestro Señor e al bien de nuestros Súbditos y Naturales y a la buena administración de nuestra justicia» (57).

As afirmacións da Lei son nidias e tallantes pero, con todo, non son máis que sinais de impotencia que senten os reis co obxecto de tentar de evitalo inevitable; para derruba-la presenza pétrea do dereito civil ou común nas universidades e os tribunais, entre os estudiosos e a práctica (58). Antonio Gómez, o máximo dos seus comentadores, manifesta con maior verosimilitude

civiles; en tiempos en que no se hacía gala de ignorar lo que se debía saber, y saber lo que se debía ignorar» (Cfr. *Del espíritu de las leyes*, trad. esp. M. Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona 1993 p. 400).

(55) FERNANDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España I* (Valencia 1747) p. 160.

(56) BERNI, *Instituta civil y real*, cit. en nt. 28.

(57) Pode verse en A. GOMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Madrid 1780), fol. 2, o en *Nueva Recopilación*, 2,1,3.

(58) PESET REIG, *Una propuesta de Código Romano-Hispano inspirado en Ludovico Antonio Muratori*, en *Estudios Santa Cruz Teijeiro I* (Valencia 1974) p. 219.

a realidade. A interpretación só pertence ó emperador, príncipe ou rei, segundo advirte o Código de Xustiniano- como apunta PESET REIG: «hasta la limitación aparece fundada en una ley de romanos» (59)-. A falta de lei real deberá de acudirse ó dereito común. Derradeiramente, faltando todas estas posibilidades, compre recorrer ó monarca. Co devandito fica totalmente claro que na interpretación das leis reais amósase presente o dereito romano e a súa doutrina. Rematamos convindo co mesmo PESET REIG (60), en que as disposicións reais que prohiben e limitan a aplicación do dereito romano entre nós, pretenden en van despraza-lo. As normas extraídas do Código ou do Dixesto fican aí, ensinadas nas universidades e aplicadas nos tribunais. Soamente se aceptamos a miope visión dun positivismo xurídico -que xorde na historia xurídica séculos máis tarde- poderíamos dar valor a estas declaracións reais contidas na lei primeira de Toro, pensando que, en verdade e rigor, o dereito romano foi desterrado de noso ordenamento.

Outra das causas da decadencia é a falta dunha cultura axeitada e o abuso dos estudos teolóxicos e literarios, pouco útiles, en vez dos de medicina, de física, de matemáticas, etc. nos planos educativos das universidades. Diante deste panorama, un tanto caótico e de estancamento, os ilustrados experimentaron o deber de espallar unha didáctica da praxe para o ben común. De aí que se impoña a necesidade de reforma-la ensinanza en tódolos seus ámbitos. Posto que a educación -instrucción estaba destinada a fornece-lo progreso e o benestar social, non só debía de espallarse entre o maior número posible de cidadáns posibles, a todos eles se for factible, senón que tamén debía cambia-los seus contidos. Tiña que proporcionarse unha instrucción práctica.

A ciencia moderna vaise separando daquelas disciplinas que se dedican ó estudio e explotación de saberes especulativos e aínda cando manteña principios apriorísticos, o final do seu camiño, do seu método, atópase nas aplicacións prácticas (61). Así LOCKE é un pensador que limita ou mellor

(59) PESET REIG, *Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII*, cit., p. 280.

(60) *Ibidem*, p. 284-285.

(61) MARAVALL, *El principio de la utilidad como límite de la investigación científica en el pensamiento ilustrado*, en *Estudios de la historia del pensamiento español. Siglo XVIII* (Madrid 1991) p. 480.

contén o desenvolvemento da investigación científica do universo por un principio de utilidade: «Non teremos motivo para doernos da estreiteza das nosas mentes, a condición de dedicalas a aquilo que pode sernos útil, porque diso son longamente capaces» (62). CAMPOMANES, quizabes porque se atopaba máis comprometido que ningún outro na alianza e defensa ó propio tempo de ciencia e utilidade, amosa os dous frontes que se están a pelexar: «Toda la atención se la ha llevado el estudio de las especulaciones abstractas y aún en éstas ha habido la desgracia de que en las materias de ningún uso y vanas haya sabido ponerse más ahínco que en los conocimientos sólidos y usuales. Nuestra edad, más instruida, ha mejorado las ciencias y los hombres públicos no se desdennan de extender sus indagaciones sobre los medios de hacer más feliz la condición del pueblo» (63). SARMIENTO fala coa súa cotiá fasquía franca: «Si la joya que antiguamente se daba en Barcelona al que mejor discurriese sobre presuntos asuntos del arte de trovar, se hubiera determinado que algunas veces se diese al que mejor escribiese sobre puntos de Matemáticas, Física experimental, Náutica, Agricultura o Maquinaria no hubiera reinado tanto tiempo la barbarie (...) Así pues, es preciso atender primero a lo más preciso y útil y, después, también a lo ameno y deleitable» (64). Aplicando apreciacións semellantes ás que temos visto, OLAVIDE insíreas no seu Plano de Estudios da Universidade hispalsense: en lugar de estudos «fútiles e insustanciales» que fan ós homes vâns e fachendosos, hai que proporcionarlles aqueles saberes sublimes que o forman como «sincero, modesto y bueno»; hai que ensinar «las ciencias prácticas que son las que ilustran al hombre para invenciones útiles» (65). CABARRUS pide que se enseñen «sólo las cosas precisas, útiles y prácticas» (66).

FELJOO que na súa obra sinala a orixe dos progresos en tódolos eidos, protestaba xa contra a absurda cultura do seu tempo. Unha e outra vez fai

(62) LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. esp. (México 1956) p. 19.

(63) CAMPOMANES, *Discurso sobre la utilidad de los conocimientos económico-políticos y necesidad de su estudio metódico* (Zaragoza 1784) p. 30.

(64) SARMIENTO, *Discurso sobre el método que debía guardarse en la primera educación de la juventud para que, sin tanto estudiar de memoria y a la letra, tuviesen mayores adelantamientos* (Madrid 1768) cit. por SANCHEZ CANTON, *Anticipaciones del P. Sarmiento en materia de enseñanza*, en CEG (1972) p. 45 ss.

(65) OLAVIDE, *Discurso que presentó a la R. Sociedad Bascongada de los Amigos del País* (Madrid 1790) p. 7.

(66) CABARRUS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública* (Vitoria 1808) p. 77.

ver como progresan no extranxeiro, a física, a anatomía, a botánica «mientras nosotros -dí- nos quebramos las cabezas y hundimos a gritos las aulas sobre si el ente es unívoco o análogo, si trasciende las diferencias, si la relación se distingue del fundamento, etc.» (67). Na orla do Real Instituto Asturiano, fundado por Jovellanos, lese esta inscrición latina: *Quid verum, quid utile*; e na parte de enriba, en castelán, «A la verdad y a la utilidad pública» (68). Estas inscricións amosáanse reveladoras. Para Jovellanos, como para moitos dos seus coetáneos, o fin supremo da cultura é, dende logo, a eficacia. Unha instrucción práctica amplamente espallada debe ocupa-lo posto da absurda ensinanza teórica, tan paseniñamente distribuída ata entón; dela depende a rexeneración de España e a súa felicidade (69). É interesante, na miña opinión, observar esta liña que seguiron os máis dos ilustrados, que se deu nos escritores deste período ata a súa fase derradeira e que, de ningún xeito, é peculiar dos españois, senón de cantos en Europa se incorporaron á tarefa de xuntar ciencia e utilidade baixo o goberno da segunda (70).

Tal tipo de educación comenza a perder enteiros a partires do primeiro tercio do século XVIII. Hai unha innovación pedagóxica nun período de loita

(67) FEIJOO, *Cartas eruditas y curiosas* II (Madrid 1742), XVI, 14.

(68) Vid. o respecto, a portada do libro *El Instituto de Jovellanos* (Gijón 1993).

(69) SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, trad. esp. E. Alatorre, 3ª reimpr. (Madrid 1985) p. 174. É merecente ser traído a colación este anaco de JOVELLANOS por canto tén de ilustrativo ó respecto: «Tantas cátedras de latinidad y de añeja y absurda filosofía como hay establecidos por todas partes..., tantas cátedras que no son más que un cabo para llamar a las carreras literarias la juventud, destinada por la naturaleza y la buena política a las artes útiles, y para amontonarla y sepultarla en las clases estériles, robándola a las productivas: tantas cátedras, en fin, que sólo sirven para hacer que superabundan los capellanes, los frailes, los médicos, los letrados, los escribanos y sancristanes; mientras escaseen los arrieros, los marineros, artesanos y labradores ¿no estarían mejor suprimidas? (Cfr. *Informe sobre la ley agraria* B.A.E. 50 (Madrid 1955) p. 124).

(70) Este problema distaba moi lonxe de ser resolto na mesma Francia de idéntico período. VOLTAIRE, no seu suposto diálogo entre un conselleiro do Parlamento e o seu educador-un xesuíta empobrecido pola expulsión dos mesmos- pon estas verbas en boca do Conselleiro: «Verdadeiramente sodes o que educoi; nembargantes cando entrei no mundo quixen ousar a falar e burláronse de mín; podería citar as obras de Homero e a prosa dalgúns autores latinos; pero ignoraba que Francisco I caeu prisioneiro en Pavia, nin onde ficaba esa cidade e descoñecía ata o país onde nacín. Non me tedes ensinado nin as principais leis que interesan a miña patria, nin unha palabra de matemáticas, nin de filosofía; sólo aprendín latín e algunhas materias... pronto convencínme de que me deron unha educación inútil para gobernarse polo mundo... Falando con espontaneidade entre nos, debes convir connigo en que para seguir calqueira carreira dannos unha educación moi ridícula e que é infinitamente mellor a que reciben os que se adican as artes e oficios»(Cfr. s.v. *Educación*, en *Diccionario Filosófico* II, Barcelona, 1936, p. 26-28).

decisiva entre a inercia e o cambio, entre a disquisición, a especulación e os coñecementos positivos. E entendemos por positivos tamén os que compoñen as ciencias sociais. Os aires de «cultura utilitaria» soplaron pois cara ó dereito romano, disciplina omnipresente, ata entón, nas facultades de xurisprudencia. Xa na alborada do XIX, o sonado historiador do dereito MARTINEZ MARINA, escribía: «Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e intérpretes lleguen a aficionarse y mirar con gusto y menos a comprender nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano» (71), e isto proba que a loita foi longa e que -do mesmo xeito- non emerxiu un claro vencedor.

Estes textos, elixidos entre escritores de diversos xéneros e sectores, para comprobar con datos concretos a presenza desa liña doutrinal coinciden en denuncia-la utilidade e aínda o efecto danoso do estudo do dereito romano. Non sería admisible toma-las súas opinións fora do contexto histórico no que foron espalladas. Nembargantes é indubidable que o antirromanismo chegou a se converter nunha bandeira programática da Ilustración. A desvantaxe deste tipo de ensinanza sen conexión coa praxe, deixouse sentir sobre todo nos tribunais polos medios da xudicatura e os avogados, pois neles facían uso cotiá do dereito romano (72). O dereito que debía aplicarse aprendíase despois de obtido o bacharelato por dúas vías: as pasantías dos letrados e as academias dependentes da propia universidade ou as xurdidas xunto ás chancelerías, audiencias ou colexios de avogados (73). Esta concepción da aprendizaxe das leis deu lugar a que precisamente se asimilase o dereito real coa «práctica» do dereito, como se comproba a través de toda a literatura que xerou este problema, e ó dereito romano co saber teórico e, xa que logo, inútil (74). De feito un bacharel en leis a comenzo o finais de século non sabía

(71) MARTINEZ MARINA, cit. por TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cit., p. 392.

(72) PESET REIG, *Derecho romano y real en las universidades del siglo XVIII*, cit., p. 290.

(73) PESET REIG, *La formación de los juristas y el acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII y XIX*, en RGLJ 52 (1971) p. 605.

(74) E manifestamente claro o MARQUES DE LA ENSENADA cando sinala: «En las cátedras de las universidades no se leen por otro texto que el Código, Digesto y Volumen, que sólo tratan

máis que dereito romano, o que xustifica a afirmación de MORA Y JARABA de que «saben tanto los legistas que salen de la universidad como los médicos» (75), ou a do bispo LORENZANA, colexial do Maior de Oviedo, que se lamentaba de que era «inútil pasar toda la vida en conciliar antinomias y no saber responder a una vieja cómo se hace un contrato o un testimonio» (76). Esta é a razón pola que SARMIENTO chama «cátedras supérfluas» ás de dereito romano, fronte ás «cátedras necesarias» para estudia-lo dereito español, moito mais «útil» (77). Pero todas estas consideracións críticas contrarias ó dereito romano e favorables á vixencia e estudio do dereito real de pouco podían servir mentres nas universidades aquel continuase a se-lo único dereito ensinado (78).

del derecho romano, siendo útiles únicamente para la justicia del Reyno las de Instituta, porque es un compendio del derecho con elementos adaptables a nuestras Leyes, habiendo el célebre ANTONIO PEREZ formado una, con el fin de cortar el tiempo de sus estudios» (Cfr. *Informe del Marqués de la Ensenada*, 1752, tomado de SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, IV, Madrid, 1785 p. 109 ss.).

(75) MORA Y JARABA, *Los errores del Derecho*, cit., p. 56.

(76) Cit. por PALACIO ATARD en *La Casta y la Cátedra*, limiar a obra de SALA BALUST, *Visita y reformas de los Colegios Mayores de Salamanca en el reinado de Carlos III* (Valladolid 1958) p. 22.

(77) SARMIENTO, *Obra de los 660 pliegos*, cit., fol. 253 r. onde preguntase: «Sería bueno que hubiese Cátedras de Virgilio y de Ovidio? ¿Porqué pues las ha de aver de Justiniano? - engadindo- «lo peor no es que se conserban esas *Cathedras Supérfluas*; sino que han sido causa de que no se hayan fundado las *Cathedras Necesarias*, para enseñar y estudiar el Derecho Español. La fuente, origen y cabeza del Derecho Español es el *Fuero Juzgo*. Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los *Comentarios* sobre las *Leyes Romanas*, no estaríamos tan ignorantes de la *Historia de España*. Las *Leyes del Fuerdo Juzgo*, y los *Concillos Toledanos*, tienen una íntima conexión».

(78) Faise eco delo MEDINA Y FLORES cando afirma: «Lo segundo que se opondrá es lo mucho que aprovecha la lección de las leyes romanas, y según lo propuesto, parece que quiero desterrar su estudio; pero esta instancia tendría más de suposición que de verdad. No condeno yo el estudio del derecho romano, pues antes por muchos respetos lo confieso útil; sólo súplico que se truequen las suertes, *no se dediquen a él todas nuestras fuerzas* [subrayado en el original] obsérvense las más para nuestras leyes reales, puesto que son nuestro principal instituto; léase como hasta aquí, en las universidades, el derecho romano, pero en los cuatro años que median desde que se admiten al grado de bachilleres hasta que se reciben de Abogados e por qué no habrán de instruirse bien en nuestro derecho por medio de otras instituciones? (Cfr. *Representación para promover el estudio del derecho español*, cit., p. 490).

III

Un dos principais obxectivos, senón o esencial da reforma educativa do dezaioito será a renovación das estruturas universitarias. As universidades foron a maior teima dos reformistas, debido á evidente anarquía que estaba a reinar nelas, e que se manifestaba fundamentalmente nas desigualdades dos seus planos de estudio. Non existía ningunha uniformidade entre os mesmos. Cada Universidade constituíase nunha auténtica república con normas, estruturas e planos particulares. Con todo, os dous primeiros tercios de século aparecen dominados pola «inmemorial costumbre». O apego a «lo de siempre», obrar «como hicieron muchos sabios antecesores», son ditos que teñen un senso nada retórico (79).

A pervivencia ó longo dos séculos dun mesmo plano de estudos e, por tanto, das mesmas cátedras, de idénticas disciplinas e a repetición mimética dos autores indicados para a súa lectura, sintetiza negativamente o papel do ensino universitario. Tamén era preciso dota-las universidades de certo senso investigador do que carecían. Dende logo, a cultura da época, sobre todo nos seus eidos anovadores e alongando isto a tódalas ponlas do saber, non se fai no ámbito das universidades, agás rara excepción. A decadente situación das universidades a mediados do Século das Luces era difícil de ocultar. As voces a prol do cambio non deixaron de se oíren ó longo de todo o século, dende os seus comezos ata aínda despois de se abordaren as reformas. Así FEIJOO (80) apunta que «la segunda preocupación que reina en España es la lucha contra toda novedad. Dicen muchos que basta en las doctrinas el título de nuevas para reprobarlas, porque las novedades en punto a doctrina son sospechosas». Voltamos a SARMIENTO. Segundo él, as universidades «se fundaron en los siglos de la barbarie», así como as academias «en los siglos de la charlatanería» (81). E continúa o noso erudito bieito: as universidades «sólo son escuelas de vicios y ociosidades» e só se saca en limpo delas poder dicir que «están matriculados y han barrido los bancos de tal universidad»;

(79) TORREMOCHA HERNANDEZ, *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas* (Valladolid 1993) p. 10.

(80) FEIJOO, *Causas del atraso que se padece en España en orden a las ciencias*, en *Dictado de las aulas*, XVI, *Teatro Crítico*, B.A.E. vol. 56.

(81) SARMIENTO, *Discurso sobre el método que debía guardarse en la primera educación de la juventud*, en *Semanario Erudito de Valladares*, XIX (1786) p. 169.

nelas «estudiante habrá que después de muchos años no habrá oído la voz del maestro, ni el maestro la suya; ¿qué enseñanza podía haber en ese entremés de locos? (82). No limiar de MAYMO ó sonado opúsculo do «Barbadiño» expone: «Ha tiempo que los sabios españoles declaran contra el método de enseñar en las universidades. Ven con mucho dolor el tiempo que se pierde en las aulas; lo poco que se aprovecha y los siniestros que se tornan. Desean la reforma de nuestros estudios, pero nadie se atreve a hacer novedad en la materia» (83). CAMPOMANES apunta: «En las Universidades sólo se enseñaban las Artes, la Filosofía, las Leyes y Cánones, en un método puramente escolástico y metafísico, y sin aquellos conocimientos que eran necesarios para llegar a percibir y poseer las ciencias; la ignorancia, hija de la superstición, que reinó más que nunca en estos tiempos, hace mirar como delito la lectura de buenos libros, y así en la República literaria justamente se colocan y enumeran estos siglos como entre los de barbarie» (84).

O listado podíase continuar pero os argumentos son reiterativos. A causa fundamental da crise universitaria radica no seu estancamento, ó basearse unicamente nas súas antergas e inalteradas constituicións fundacionais; ó emprego dun método escolástico e ó esta-los principais empregos do reino en mans de escolásticos e metafísicos. O atraso xustificase polo temor que senten os españois a perde-la súa cultura doutros séculos, perante as novas ideas da Ilustración traídas dende o exterior. Este receo ocasionou que se estivese a ve-los extranxeiros e ós seus libros como sospeitosos de relixión, e así negábase a España o dereito de coñece-los adiantos científicos artellados nos diversos países europeos. Ditas voces non deixaron de se escoitar durante todo o século, aínda despois de se abordaren as reformas, o que proba que as trabas que ó longo de moito tempo tiñan obstaculizado unha verdadeira refacción da universidade seguían a estar vixentes nas derradeiras décadas do dezaoto (85).

(82) *Ibidem*, p. 175 y 239.

(83) VERNEY (tamén chamado «BARBADIÑO»), *Verdadero método de estudiar para ser útil a la República y a la Iglesia proporcionado al estilo y necesidades de Portugal* (Madrid 1760) p. I.

(84) CAMPOMANES, *Discurso crítico-político sobre el estado de literatura de España y medios de mejorar las universidades y estudios del reyno*, ed. García Melero (Madrid 1974) p. 11.

(85) Abundante literatura verbo disto en ALVAREZ DE MORALES, *Ilustración y Reforma de la Universidad en el siglo XVIII* (Jaén 1979) p. 48-50.

Se do marco xeral universitario descendemos ó concreto da ensinanza do dereito, o panorama era aínda máis decadente, se cabe. Os estudos xurídicos atopábanse nunha penosa situación, permanecendo no máis absoluto abandono en tódalas universidades do reino. As facultades de leis seguían a centra-la súa atención -como xa o tiñan feito durante as centurias precedentes- no dereito romano, materia única de ensinanza nas universidades hispanas. Os estatutos das universidades limitaban a explicación ó *Corpus Iuris Civilis* (86), preferindo totalmente o dereito nacional e o dereito natural e de xentes (87). A ensinanza do dereito ata moi avanzado o setecentos continuou segundo este esquema elaborado no século XVI. En Francia, pola contra, o dereito romano foi privado no ano 1679 do monopolio que ata entón ostentaba na ensinanza universitaria (88) pero sen que isto abundase para

(86) A título de exemplo -pois este método da ensinanza xurídica é case idéntico, con miudas variantes, o do resto das universidades españolas- reproduzo eiqui o plan docente da Facultade de Leis da Universidade valisoletana, vixente ata o derradeiro tercio do dezaoitto: Había dotadas sete cátedras, de anterga fundación: *Prima, Vesperas, Código Antigo, Código Moderno, Instituta Antigua, Instituta Moderna y Digesto Viejo*. Os efectos docentes, o *Corpus Iuris Civilis* -única materia de estudio- dividiase en tres partes: Dixesto, Código e Volumen. Pola súa banda, o Dixesto se estruturábase en varias partes, cada unha das cuais tiña asignada unha cátedra. A primeira era a coñecida como *Digestum vetus* que correspondía ós vintetrés primeiros libros do Dixesto e parte do seguinte, e lóxicamente se explicaban na Cátedra de *Digesto Viejo*. A segunda parte do Dixesto era a nomeada como *Infortiatum* o *Esforzado*. [Este nome ten orixe descoñecido, GARCIA GALLO sinala posibles causas desta denominación: chamóuse *Infortiatum* porque só se atopou con grande *fortia* «esfuerzo», o porque reforza a outras partes, o porque contén leis fortes o fuertes, o porque estaba infortiata, aprisionada entre as outras dúas, o porque o que as descubriu chamábase Fortes -Cfr. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1959-1962, p. 464-]. Esta materia era a asignada a cátedra *Prima de Leyes*, aínda que tampouco se pedía que se explicase nun curso. A terceira e derradeira parte do Dixesto -*Digestum Novum*-, era a materia designada para explicarse na Cátedra de *Vesperas de Leyes*. O Código explicábase nas dúas cátedras de *Código Antigo* e *Código Moderno*. As Instituciones de Xustiniano explicábanse nas cátedras de *Instituta Antigua e Moderna*.

(87) CANELLA SECADES, en su *Historia de la Universidad de Oviedo* (Oviedo 1903-1904) p. 84 escribe o seguinte: «En Leyes estaban años y años en la Instituta, sin saludar los elementos de nuestra legislación, como nueva Recopilación de Castilla, Autos acordados, Ordenamiento real, Siete Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo, etc. y, por supuesto, sin asomo ni noticia de español derecho regional. Esta preterición del derecho nacional venía de lejos: concretamente de los Reyes D. Juan II y los Católicos, aunque éstos procuraron enmendarlo en las leyes 1ª y 2ª de Toro; pero las universidades y los más ilustres jurisconsultos siguieron con su predilección por el Derecho romano en los enredadas «anthinomias» y paradojas de que nos hablan Vázquez Menchaca y D. Nicolás Antonio, fruto de aquella extraña enseñanza jurídica (...) Muchos documentos prueban la ausencia del derecho patrio en nuestras aulas durante tantos siglos».

(88) Luis XIV, pola reforma levada a efecto co edicto de St. Germain-en-Laye (1679), forneceu as universidades coa creación da figura dos *profeseurs royaux*, chamados así por recibir

rexeita-la necesidade de afrontar unha reforma profunda dos ordenamentos dos estudos xurídicos e dos seus contidos (89).

A introducción nas universidades do dereito real ou español era xa un vello desexo do nacionalismo borbónico e das súas necesidades administrativas e políticas. Os vellos textos romanos considéranse, a altura do absolutismo do dezaoitto, como insuficientes para fornecer-lo poder real; é máis, son textos alleos á vontade do soberano é en canto tales inadmisibles dende unha concepción puramente absolutista do poder. O vello dereito romano que cinco séculos denantes fora favorecido polos reis, precisamente porque estes consideraban conveniente para desenvolver unha visión centralizada do poder político, foi superado pola realidade política. Hai, pois, nesta condena fronte ó dereito romano, unha actitude política interesada (90), como o amosa o acordo do Consejo de 16 de nadal de 1713 instando ás universidades a abri-las súas portas ó dereito real: «porque los cathedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho civil de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aún con desprecio, incapacitándose de jueces de las Chancillerías, Audencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reyno y con cierta noticia y conocimiento de ellos, y de ninguna manera por el derecho civil (91). Macanaz fracasou no

do Rei o seu nomeamento e retribución; estos profesores debían ensinar derecho civil en lengua francesa e eran propostos polo Parlamento para o nomeamento real, de entre os advogados, entrando a formar parte, non sen a oposición das Facultades, do claustro das mesmas (Sobre o tema vid. DE CURZON, *L'enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, en NRHD, 1919, p. 209 ss; LEMASNE-DESJOBERT, *La Faculté de droit de Paris aux XVIIe et XVIIIe siècles*, París, 1966, p. 132 ss.).

(89) BOUCHER D'ARGIS fai unha análise impetuosa das condicións desastrosas do estado e dos métodos da ensinanza do dereito en Francia. O seu xuízo, o primeiro abuso practicado radica no «défaut de choix dans les matières que l'on y enseigne» (p. 26); o segundo é que «l'étude du Droit François, qui devoit former le principal objet des leçons, est la moins considérée et le plus négligée» (p. 32). Todo isto descrito nun cadro escandaloso: estudantes desmotivados que non frecuentaban as clases (p. 33); profesores pagados «pour n'enseigner qu'à des bancs» ou para dictar a algúns copistas nunha lingua que descoñecen, «des cahiers qu'à raison de leur ignorance on de leur avidité, ils transmettent aux étudiants alterés et informes» (p. 34); exámenes «bouffons» (p. 46); «condescendance scandaleuse» dos examinadores, naturalmente ben acollida polos estudantes: «un sclave s'est-il jamais plaint de la légerete de sa chaine» (p. 25). (Cfr. *Lettres d'un magistrat de Paris a un magistrat de province*, cit.).

(90) TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cit. p. 385.

(91) Acordo do Consello de 16 de decembro de 1713, cit. en TORREMOCHA, *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*, cit., p. 62.

intento; unha Real orden de 1741 reiteraba o desexo do Consejo (92) e máis tarde tamén o fixo Ensenada (93).

Tal pulo anovador coñecerá serios atrancos e topará con fortes resistencias trala que se atrincheiran sectores hostís o cambio, persoeiros ou grupos reaccionarios, a rixidez escolástica, a escasa sensibilidade de determinados claustros perante as disciplinas de carácter máis experimental e tamén unha mesta trama de privilexios de variada orixe -pontificio, episcopal, conventual, colexial ou municipal- que responde ós diversos momentos e modelos fundacionais das universidades hispánicas (94). Con todo, a maior resistencia ós intentos reformadores proveñen do estamento docente. Os catedráticos das universidades, na súa grande maioría, amosan unha obstinada querenza ó pasado e néganse, na medida do posible, a adoptar as reformas que puideren introducir neses organismos escleróticos un pouco de xuventude e de audacia, un pouco de curiosidade espiritual e algunha liberdade de xuízo (95).

(92) Real Orde do 22 de novembro de 1741: «En diferentes tiempos, y en especial desde el año de mil setecientos y trece, se ha tratado, así por órdenes del S.M. como del Consejo, en razón de que en las Escuelas de las Universidades Mayores de España y también en las menores, en lugar del derecho común se restablecieron la lectura y explicación de las Leyes Reales, asignando cátedras en las que precisamente se hubiese de dictar el Derecho patrio, pues por él y no por el de los romanos deben sustanciarse y juzgarse los pleitos; y considerando el Consejo la suma utilidad que producirá a la juventud aplicada el estudio de los Cánones y Leyes se dicte y explique también, sin faltar al estudio y asignación de sus cátedras los que las regentaren, el Derecho real, exponiendo las leyes patrias pertenecientes a el título, materia o parágrafo de la lectura diaria, tanto las concordantes como las contrarias, modificativas u derogativas, ha resuelto ahora que los catedráticos y profesores de ambos derechos tengan cuidado de leer con el Derecho común las leyes del Reino correspondientes a la materia que explicaren, lo que se haga saber a todos los profesores y explicantes de extraordinario, juntando el claustro a este fin, remitiendo testimonio de ello». (Esta Real Orden está recollida literalmente no *Libro de Claustros* da Universidade de Santiago, fol. 225-226 y 228 v). Máis información verbo disto en CABEZA DE LEON, *Historia de la Universidad de Santiago de Compostela*, II, Santiago 1945, p. 191 ss.).

(93) Vid. a nt. 74, deste mesmo traballo. Encol da figura do Marqués de la Ensenada: ABAD, *El Marqués de la Ensenada. Su vida y obra* (Madrid 1985).

(94) No 1771, Carlos III propónse acometer unha enérxica reforma da ensinanza universitaria; con tal fin, o Real e Supremo Consello de Castela remitiu a tódalas universidades unhas directrices para a reforma dos seus planos de estudio. Recibido o escrito na Facultade de Dereito salmantina, os xuristas rexéitano afirmando fechadosamente que a ensinanza da súa disciplina non ten que ser modificada (Cfr. SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, trad. de Eugenio Alatorre, 3ª reimpr., Madrid, 1985, p. 99).

(95) O claustro de profesores da Facultade de Dereito salmantina, co gallo da reforma carolina afirmou: «Ni nuestros antepasados quisieron ser legisladores literarios, introduciendo gusto

Proba fidedigna disto constitúeo a defensa a ultranza de que as leccións sexan dadas en latín «explicando el cathedrático *in fluxum orationis* la inteligencia del texto (96)». O latín é omnipresente na vida universitaria: leccións, disputas, concesións de graos e textos só teñen expresión nesta lingua, que é común á vida intelectual dende os tempos medievais. O longo do XVIII o latín prosegue o seu retroceso na cultura e comenza a ceder no eido universitario. E un proceso que aínda non coñecemos dun xeito preciso e detallado. Sen dúbida, esta lenta perda de presenza da lingua latina é gradual e está máis inducida pola praxe social que pola lexislación (97). Outra das susceptibilidades antirreformistas baséase na pura defensa da ortodoxia relixiosa que, constitúe para os xuristas salmantinos, o motivo básico do seu rexeitamento ó novo plano de estudos xa que -proclaman- «para explicar el derecho no necesita ningún doctor de Salamanca valerse de ajanas producciones. Basta con que la Facultad sea -segundo declaran eles- el baluarte inexpugnable de la religión» (98). Non ten nada de estraño, xa que logo, que cando en Sevilla o xove BLANCO WHITE citou o padre Feijoo para ataca-lo aristotelismo do seu mestre dominico, alporizou a este e ós seus discípulos e tivo que deixa-la escola (99). Isto proba que a meirande parte dos profesores, en xeral ultramontanos, preferían seguir ancorados na súa

más exquisito en las Ciencias, ni nosotros nos atreveremos a ser autores de nuestros métodos, porque en el caso de necesitarse alguna reforma, es empeño de suma arduidad arrancar la cizaña sin lastimar el trigo... Aunque no aprobamos la nimia adhesión a todo lo antiguo, antes bien conceptuamos de común error enristrar para todo la lanza del *quantaque*, juzgamos que inventar métodos, habiendo el de la Universidad de Salamanca, es querer numerarse entre aquellos de quienes dijo Alciato (in *Embl., Philautia*): *Quid veterum abiecta methodo nova dogmata quaerunt nilque suas praeter tradere phantasias?* (Cfr. *Plan general de estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo consejo de Castilla y mandado imprimir de su orden*, Salamanca, 1772, p. 94).

- (96) *Ibidem* p. 25. Para MAYANS: «La precisión de hablar latín en todas las funciones públicas acaso convendría que se moderase o se quitase en un todo, pero como el consejo mandó años pasados lo contrario, venero sus determinaciones. Sin embargo debo hacer presente que no hay práctica más expuesta a la barbarie y que el que frecuentemente hable latín jamas podrá escribirle con soltura» (M y J.L. PESET, *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, Valencia, 1975).
- (97) Sobre da presenza do latín na vida académica, GUTIERREZ CUADRADO, *La sustitución del latín por el romance en la universidad española del siglo XVIII* (Valencia 1987) p. 237-252. Unhas consideracións xerais acerca do problema do latín, en GARIN, *La educación en Europa 1400-1600. Problemas y programas* (Barcelona 1987) p. 245-249.
- (98) *Plan general de estudios*, cit., p. 34.
- (99) BLANCO WHITE, *The Life of Blanco White Written by Himself I* (Londres 1845) p. 12.

multisecular rutina (100). Para ilustrados pouco sospeitosos de radicalismo, as ordes relixiosas amósanse como servidoras dos intereses romanos en pleno século regalista, ocupando unha franxa da ensinanza cando se tenta propor un programa de alcance secularizador, como voceiras de toda sorte de supersticións nunha época de vontade racionalista e como sustentadoras da piedade popular, da relixiosidade barroca, que tanto rexeitamento facía xurdir na sensibilidade rigorista de moitos ilustrados.

Unha sinxela lembranza cronolóxica dá idea da envergadura dos obstáculos. A reforma dos Colexios Miores casteláns, de forte selo xesuítico e cun alongado dominio das universidades e da administración é proposta en 1770, aprobada un ano despois; nembargantes non comenza a porse en práctica ata 1777 (101). A cronoloxía estritamente universitaria é aínda mais dilatada: 1769, Sevilla; 1771, Salamanca, Alcalá, Valladolid y Zaragoza; 1772, Santiago; 1774, Oviedo; 1776, Granada y, finalmente, Valencia en 1786. Hai, pois, unha relativa concentración inicial, expresión dese primeiro intento de xeneraliza-la reforma, que axiña dá paso a unha gradual escala. Esta atenuación do ritmo pon de manifesto a febleza do poder real e a insuficiencia ou desinterese do despotismo borbónico por fornece-la dimensión civil do estudio e da sociedade (102).

As directrices xerais xurdidas do Consejo de Castilla no tocante á innovación dos estudos xurídicos, seguen basicamente o plano proposto por Campomanes (103), no que -xa con carácter definitivo- rómpanse co

(100) Os dominicanos franceses que emigraron a España fuxindo do terror revolucionario e foron acougados pola súa irmandade ficaron de súpeto atónitos segundo as súas propias verbas: saíron de Francia nos derradeiros anos do século XVIII e atopábanse en España na metade do XIV (Cfr. POSSE, *Documentos de historia española moderna, memorias de don Juan Antonio Posse*, en *La lectura XVI* (1916) p. 15-18). Sobor da súa valeira educación, vid. *Memorias del cura liberal don Juan Antonio Posse con su discurso sobre la constitución de 1812*, ed. Richard Herr (Madrid 1984), p. 23 ss.

(101) Vid., verbo disto, SALA BALUST, *Visitas y reformas de los Colegios Mayores de Salamanca en el reinado de Carlos III* (Valladolid 1958).

(102) ALBIÑANA, *Universidad e Ilustración*, cit., p. 168.

(103) «Campomanes vió los establecimientos caducos y desiguales los métodos de estudios, abandonadas las ciencias exactas y naturales, olvidadas las lenguas sabias de la antigüedad, divididos los profesores del dogma en necios, vanos y perjudiciales partidos y absolutamente ignorados los principios de la justicia universal. Regularizó la carrera de Leyes, y sobre el estudio del Derecho romano, estableció el civil y el canónico con el de nuestras leyes según los patrios y olvidados códigos» (Cfr. GONZALEZ ARNAD, *Elogio del Excmo. Sr. Conde de Campomanes*, cit. por CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo*, cit., p. 93).

monopolio romanístico, ó introduci-la ensinanza do dereito natural e de xentes e das leis do reino (104). Nembargantes, as universidades maiores de Castela seguiron a garda-la tradición romanística. Os seus estatutos, alomenos, prescribían unha formación baseada no *Corpus*, que estas non estaban dispostas a esquecer. Salamanca propuña mante-la súa vella ensinanza, minguada soamente a catro anos polas novas normas do bacharelato (105). Valladolid foi máis penetrante nas súas propostas, que foron aceptadas polo fiscal: dous cursos de *Instituta*, mañá e tarde, cun profesor que explica e esixe o texto e de tarde repasa, unhas leccións máis atrasado. O Dixesto concedeulle menos importancia, por conter só anacos de doutrina, e estudíaranse nos anos seguintes o Código e Volúmen, «que contienen leyes de Justiniano y otros emperadores cristianos, que regulan diversas cuestiones» (106). O fiscal non rachou esta formación romanista que pretendían, e aplicou para as tres universidades casteláns de Valladolid, Salamanca e Alcalá estas suxerencias con algunha modificación. Dous anos de *Instituta*, coas axeitadas concordancias, un terceiro ano de Dixesto o Pandectas e un carto curso de Código e Volume, onde ficaban os tres derradeiros libros do *Codex xustiniano* (107).

(104) «El Derecho Romano se enseñará por las Instituciones de Justiniano, las Premoniciones civiles del Doujat, con la Historia del Derecho Romano del Heinecio y el tratado de Neoport de Ritibus y de República Romana, y la explicación de las materias del Código y Digesto, supliendo los catedráticos en sus explicaciones al comentario de Vinnio que se reduce a un compendio de la obra de Nonello, y todo otro comentario. Haviendose rducido en estos últimos tiempos a sistema, y principios el estudio del derecho natural y de gentes, el del derecho público y de la Política, se establecerán en las Universidades las Cathedras, que se consideren necesarias para este estudio, y el del Arte de la Legislación, adaptándose para la enseñanza el Grocio, expurgado, y los Autores Católicos más sistemáticos y metódicos, y además de estas Cathedras se fundarán, y establecerán asimismo las que se contemplen conduzentes para el estudio del Derecho Universal de la Nazion el de cada Reyno y Provincia y sus fueros particulares. Y como para esta enseñanza, y el estudio de este derecho, no se halla formado un Cuerpo de derecho, y legislación de las leyes fundamentales, según la última constitución de la Monarquía, como le tienen otras naciones, los Maestros, el tiempo que expliquen las leyes del Reyno, suplirán este defecto con la ilustración de la Historia, las Cortes, los fueros antiguos, y los Concilios Nacionales, que son las fuentes de nuestras leyes antiguas y modernas, y la práctica de los Tribunales la enseñarán por las Manuducciones del Pichardo» (Cfr. CAMPOMANES, *Discurso crítico-político*, cit., p. 38-39).

(105) M y J.L. PESET, *Política y saberes en la universidad ilustrada*, cit., p. 99.

(106) 106. TORREMOCHA HERNANDEZ, *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*, cit., p. 71.

(107) *Colección de las reales órdenes y providencias dadas por su Majestad y su Supremo Consejo en razón de la enseñanza y gobierno de la Universidad de Alcalá de Henares, desde el año de 1760* (Alcalá de Henares 1773) p. 158, a resposta do fiscal p. 210-216. Verbo dos

Noutras universidades de máis miuda envergadura non foi posible instaura-lo sistema salmantino ou vallisoletano, pois non había suficientes cátedras. En Oviedo optouse por xuntar ámbalas dúas facultades xurídicas e ensináronse dous cursos de *Instituta*, concordada con dereito real, e outros dous de introducción ó dereito canónico, co que, indistintamente podían graduarse en leis ou cánones -despois xa se bifurca a licenciatura por vieiros distintos- (108). Santiago de Compostela puido establece-lo plano con maior desafogo e imita-las solucións de Salamanca a grandes trazos; tiña como limiar a superación dun curso de Filosofía Moral, no primeiro ano estudiábanse os dous primeiros libros da Instituta de Xustiniano, e no segundo os dous derradeiros. No terceiro ano estudiábase o Dixesto e no cuarto os nove primeiros libros do Código de Xustiniano. Entón podía recibirse o grao de bacharel en leis (109); o dereito real ficaba relegado ós graos maiores que -como xa temos visto- reservábanse a unha minoría exigua (110). Absoluto romanismo nos estudos de bacharelato (111).

Co devandito fica patente o hipotecado que estaba o espírito anovador. Con todo, a causa primeira do fracaso da reforma radica nas propias universidades; na súa escasa sensibilidade renovadora, na súa impermeabilidade -cando non activa resistencia- ó cambio (112). A maior

acaecidos reformistas desta universidade, vid. HERNANDEZ SANDOICA- J.L. PESET, *Universidad, poder académico y cambio social (Alcalá de Henares 1508- Madrid 1874)* (Madrid 1990) p. 39-49.

- (108) CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo*, cit., p. 84, onde engade: «En el Informe del Claustro ovetense de 16 de octubre de 1767 contestando a la Orden de 16 de septiembre- que insta el cambio de plan- se dice: «empezando a estudiar así se comenzaría a saber y, en el orden de los Estatutos, el más aplicado nada sabe para ser letrado. En las leyes de Partida tiene presente V.A. (El Consejo) toda la sabiduría legal, y si estas leyes se explicasen por la impresión en 4^º es preciso aumentar otra cátedra para el repartimiento de tomos por el Claustro».
- (109) PEDRET CASADO, *Las cátedras de la Universidad de Santiago*, En CEG 2 (1944) p. 244.
- (110) Este plano permanece vixente ata a reforma de 1807 foi repostado por R.O. de 14 de setembro de 1814, con nova vixencia ata o de 1836 (Cfr. CABEZA DE LEON, *Historia de la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. III).
- (111) O propio historiador da universidade compostelá, CABEZA DE LEON, nestes intres Catedrático de dereito romano, critica sen ambaxes o fornecemento romanista nestes termos: «como se ve, o estudo das obras que tan outa sona deron ó Emperador Xustiniano, inda ocupaba a metá do tempo adicado á Facultá de leis» (Cfr. *A insinanza do dereito román na Unversidá de Sant-Yago, hastra o plan de estudos de 1772*, en *Arquivos do Seminario de Estudios Galegos* 1 (1927) p. 112).
- (112) O 31 de xunio de 1794, unha Real Orden suprimiu tódalas cátedras de dereito público e de dereito natural e de xentes, alí onde estivesen establecidas e prohibiu que se ensinasen

abondamento, Campomanes ou os señores do Consello de Castela formáranse no dereito romano e non estaban dispostos a contradicir dun xeito fondo, os dictames daquelas egrexias universidades. O mesmo JOVELLANOS, que pasa por ser un dos maiores críticos do hiperromanismo xurídico do seu tempo, elabora un plano de estudos para o Colexio Imperial de Calatrava (113), no que, ademais do dereito natural e dereito público, sinálanse como troncais o dereito romano ilustrado, naturalmente, pola historia de Roma, para o cal consultaranse GRAVINA (114), CANTELLO (115) e POLETI (116). Gracias a estas guías, as *Institutions* de Justiniano e o seu comentario de Vinnio, «los individuos del Colegio, al cabo de dos años, saldrán completamente instruidos en el estudio elemental del derecho romano» (117). Hai que ter en conta que os colexiais da Calatrava están destinados a se converteren en teólogos e canonistas, non en xuristas. Na ilustración hispana non existe un cambio esencial na ensinanza do dereito romano, semellante ó que está a se producir en Alemania. Alí o humanismo xurídico foi enriquecido por novas direccións dun historicismo mais estricto; pero ademais o *usus modernus pandectarum* supuña reuni-lo dereito romano co propio Imperio ou dos Estados, reelaborando a doutrina (118). Os planos carolinos limitáronse a reorganizar as cátedras dun xeito miúdo e a propor libros que -só en parte pola súa modernidade ou o seu enfoque humanista, acadaban un coñecemento máis axeitado do dereito en Roma (119).

esas materias «donde sin haber cátedra se hayan enseñado en la de otra asignatura». (Cfr. Nov. Rec. 8,4,5). Pese a isto, a supresión do dereito natural a penas minguou a estima da que gozaba esta materia. Os libros de texto aprobados non apareceron no Índice e un contemporáneo -LLORENTE, *Historia de la Inquisición en España* (Madrid 1822) p. 24, di que o dereito natural e de xentes estudiabáse entón con maior anxeio que antes de terse suprimido as cátedras.

- (113) JOVELLANOS, *Reglamento del Colegio Imperial de Calatrava*, en B.A.E. XLVI, p. 214 b.
- (114) GIOVANNI VINCENZO GRAVINA (1664-1678), literato e xuriconsulto italiano, fundador da Academia dos Arcades; entre as súas obras de dereito hai que sinalar sobre todo as tituladas *Originis juris civilis* e *De romano imperio*.
- (115) PIERRE-JOSEPH CANTEL (1645-1684), xesuita francés, autor dun compendio das antigüedades romanas titulado *De romano republica, sive de re militari et civili Romanorum* (París 1684).
- (116) FRANCISCUS POLETUS, *Historia fori romani restituta, illustrata et aucta* (Venecia 1737).
- (117) JOVELLANOS, últ. loc. cit., 210 b.
- (118) Verbo do *usus modernus pandectarum*, vid. recentemente, FERNANDEZ BARREIRO, *La tradición romanista en la cultura jurídica europea* (Madrid 1992) p. 81 ss., con amplia e actualizada bibliografía en p. 85.
- (119) M. PESET, *L'introduction des manuels d'enseignement dans les Universités espagnoles au XVIII siècle*, en *De alphabétisation aux circuits du livre* (París 1987) p. 163 ss.

En suma, considerouse que, coa reforma do derradeiro tercio do século XVIII, o dereito patrio tiña entrado nas universidades sen afasta-la laxa que supoñía a primacía do dereito romano (120). Para solucionar esta deficiencia era necesario varia-lo plano de estudos, dándolle un papel ó dereito patrio nos cursos de acceso ó bacharelato, minguando, polo tanto a presenza do dereito romano. En 1802 procedeuse a implantar un novo sistema de estudos coa principal característica de ser común para tódalas universidades. Ademais da uniformidade, o plano destacaba por conservar aínda o dereito romano durante catro cursos, ós que seguían outros catro de dereito patrio e finalmente dous de práctica. En total dez anos de carreira (121). Este plano ficará vixente ata 1836. Será, en definitiva, o liberalismo o que realice axeitadamente o programa da ilustración, descargando ó dereito romano do seu excesivo peso, sen que iso signifique, de ningún modo, privalo do seu carácter de disciplina básica na formación do xurista moderno. Os pasos dados no século XVIII foron, pois, insuficientes para acerca-la Universidade ó conxunto de preocupacións, saberes e demandas académicas da sociedade.

(120) No 1775, o Dr.D. Antonio Fernández de Prado, Catedrático de Oviedo, manifestaba en carta dirixida a D. Juan Antonio Pastor, fiscal do Consello de Castela que «el estudio del Derecho civil de los romanos, según se enseñaba en esta Universidad, no solamente era inútil sino perjudicial a los jóvenes que se dedicaban a él aún después del plan ovetense de 1774 con la referencia y comparación que recomendaba con el Derecho nacional. Alimentados -di-los alumnos con unas doctrinas en que se ocupan constantemente por espacio de cuatro años, las cobran tanto cariño e inclinación, que miran con desdén y desprecio las del Reino, sin que aproveche cosa alguna las advertencias que, de viva voz se les haga, sobre la variación de nuestras Leyes, siguiéndose de aquí que al cabo de su carrera escolástica, no tienen el menor conocimiento de la Legislación de España, ni de la historia del derecho tan indispensable para adquirirla, habiendo consumido un tiempo muy precioso en superfluidades, cuestiones vanas, y en un estudio al fin proscrito por nuestras Leyes, porque estas solamente deben decidir los pleitos y cuestiones los Jueces y Magistrados a cuyos cargos únicamente podrán aspirar los profesores de esta Facultad» (Cfr- CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo*, cit., p. 120-121).

(121) Sobre o plano de 1802, vid. M. y J.L. PESET, *La Universidad española (Siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal* (Madrid 1974).