

Por folletos y revistas

RIAZA (ROMÁN).—«El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII».

El siglo XVIII español ofrece un cambio radical en muchos aspectos de la vida, debido a la penetración de la Enciclopedia, a los estudios inspirados en las ideas económicas de Adam Smith o de los fisiócratas; en lo que respecta al campo jurídico, donde confluyen tan diversas influencias, sería temerario el intento de presentar por primera vez un estudio sintético, debiendo limitarse únicamente a mostrar cómo el proceso crítico tiene también sus representantes en la producción jurídica y cómo quedan entre el fárrago de obras destinadas a olvidarse rápidamente algunos ensayos y tanteos opuestos a la admisión desenfrenada del derecho romano que constituye la trama de la vida jurídica española y que culminan en la práctica de los Tribunales; esta reacción contra el derecho romano se verifica por los planes universitarios de enseñanza, que comprenden colecciones del derecho nacional; por ensayos de exposición conjunta de los dos derechos, algunas obras históricas que inculcan la necesidad de estudiar nuestros Códigos y Recopilaciones y algunos libros de crítica, inspirados en el *Teatro* de Feijóo, que intentan dar el golpe de muerte a las corruptelas que presentan las prácticas jurídicas corrientes, tanto en la enseñanza como en la práctica; corresponde a los Borbones el honor de haber promovido en las Universidades la enseñanza del derecho castellano. En efecto, el Consejo de Felipe V dispuso que se aplicaran las Partidas, Recopilaciones y demás leyes del Reino, encargando a las Universidades que informaran

sobre los medios de perfeccionar sus planes de estudios en los años 1713, 1741 y 1770.

En el informe que presentó D. Manuel de Medina y Flores propugna la formación de un Instituto de Derecho español, y en las consideraciones que lo acompañan se declara enemigo de la tradición romanista, sin dejar de reconocer la importancia de estos estudios rectamente dirigidos, sobre todo siguiendo la orientación de sana erudición y crítica del gran Antonio Agustín.

Anteriormente, en tiempos de Felipe IV, Gaspar de Criales, Arzobispo de Regio, se proponía, como medida previa a cualquier reforma en esta materia, desterrar el estudio del derecho romano.

Antes, en 1612, Bermúdez de Pedraza publica unas Instituciones en castellano siguiendo el orden de las justinianeas con un breve resumen de la historia jurídica romana, canónica y nacional; pero advirtiendo que aquéllas no son leyes del reino.

En la esfera oficial se advierten intentos de transformación; pero si bien coinciden en las tendencias, no así en las propuestas. Pongamos como ejemplo la propuesta de Jovellanos y el informe de la Universidad de Valladolid. Jovellanos intenta llenar ese «grande y pernicioso vacío que se advierte en el plan público», aludiendo a la falta de estudio del derecho nacional; recomienda para ello las obras de Espinosa, Prieto y Sotelo y Fernández de Mesa, la carta del Padre Burriel a Amaya y la introducción a las Instituciones de Asso y Manuel, estudiándolas paralelamente a las Instituciones Justinianeas, y procurando dar razón circunstanciada de los motivos de cada ley. En cambio, la Facultad de Valladolid no cree prudente alterar el estudio vigente del derecho romano, que colma las lagunas del patrio, ya que éste, por estar contenido en innumerables volúmenes, no puede estudiarse durante los años de facultad; opina que debe enseñarse algo de nuestro derecho, pero eso sólo podrá hacerse cuando se haya metodizado y propone por el momento la Instituta de Berni o de Torres Velasco, después el Vinnio; reconoce que el derecho romano no debe aplicarse en Castilla; pero que se hace en atención a su equidad y justicia.

Esta corriente antiromanista no implica el olvido de los textos justinianeos, sino que los primeros ensayos para exponer su-

mariamente el derecho castellano se apoyan en la bibliografía romanista. Sírvanlos de modelos Gregorio Mayans y Siscar y José Berni y Catalá.

Mayans, gran polígrafo, cuya erudición invade también los dominios de la jurisprudencia en una carta a Cerdá, fechada en 1779, propugna que el jurista debe formarse sobre la base del derecho romano y el nacional, y al recomendar a su hijo para Fiscal, hace constar las obras sobre que ha trabajado, en las cuales están comprendidos los dos derechos. Berni no logra desasirse del derecho romano, aunque defiende que no rige en España, y en una de las ediciones de las Partidas alude a las polémicas romanistas, si bien trata de las leyes modificativas promulgadas para Castilla y principalmente de las contenidas en la Recopilación o en los tomos de Autos del Consejo.

El campo de los historiadores está más libre de influencias romanistas, aunque en las exposiciones de conjunto figura, en primer término, la historia de derecho romano. Así, el Padre Bu-riuel, en su carta a Amaya, defiende la legitimidad de la aplicación de las leyes romanas, acudiendo, para ilustrar su tesis, a las leyes vigentes y a nuestros escritores teólogos y juristas, en contraste con D. Joaquín Marín, para el que sólo ofrecen interés los trabajos de Grocio y sus seguidores, sin citar siquiera los nombres y los títulos de las obras de nuestros teólogos-juristas de los siglos XVI y XVII.

Que el conocimiento de la literatura extranjera no es incompatible con el planteamiento de nuestros problemas jurídicos lo demuestra el *Apparatus juris publici hispanici* de D. Pedro José Pérez Valiente, donde, junto a referencias a obras extranjeras, como las de Vico y Selden, mezcladas con otras de españoles, como Menchaca o portugueses, como Freytas, examina el auto acordado de Felipe V sobre la sucesión de la corona, haciendo una exposición del derecho tradicional castellano y un resumen sobre la discusión acerca de la existencia de brazos en las Cortes castellanas, sin que falte tampoco el conocimiento del derecho romano.

De carácter histórico y práctico y de más amplio contenido que el de Pérez Valiente, por comprender también el derecho privado, es el *Diccionario histórico y forense*, de Cornejo, en el cual se muestra enterado de nuestras antigüedades jurídicas, encontrándose en

él citados autores ya casi olvidados, como Vitoria, y obras inéditas, como los curiosos Apuntamientos de Lorenzo de Padilla.

El famoso doctor Castro, en sus *Discursos sobre las leyes y sus intérpretes*, adopta una posición intermedia. Efectivamente se lamenta de los abusos cometidos por los prácticos en la elaboración de la doctrina a base de textos romanos, pero al mismo tiempo realiza una nueva elaboración de la doctrina de las fuentes y de la interpretación; así, mientras cita la doctrina de Palacios Rubio de que hay tradición en Castilla de aplicar la pena de muerte al que alegue leyes romanas, y rechaza como disparatadas las opiniones de Gregorio López y Covarrubias sobre el modo de aplicar las Partidas concertadas con el derecho romano, reconoce por otra parte la necesidad en que se halla la jurisprudencia de valerse de los escritos de los prácticos y de los romanistas y canonistas, mientras no exista un cuerpo concertado de legislación.

La influencia de Domat y Montesquieu se percibe en el *Compendio del derecho público y común de España*, de D. Vicente Vizcaíno Pérez, que comprende las Partidas, recopilación y leyes posteriores, apuntando, con una indicación a Mayáns, la distinción entre el derecho común y el foral, referido aquél a Castilla y éste a los demás reinos.

No pueden omitirse *Las instituciones*, de Asso y Manuel, y el *Derecho público general de España*, de D. Ramón Lázaro de Dou y Bassols. Asso y Manuel recogen en la Introducción todas las consideraciones sobre la inaplicabilidad de las leyes romanas y la necesidad de acudir a nuestro Derecho con un apéndice del aragonés, y constituyen un manual del Derecho privado tan importante que lograron gran número de ediciones, adoptándose como texto en varias Universidades y haciéndose obligatoria su enseñanza por la Real orden de 5 de Octubre de 1802.

La obra de Dou trata de la Ley, del Derecho, la monarquía, arbitrio judicial, el derecho romano en Cataluña como supletorio, y no el de Castilla, advirtiéndose en ella el influjo de los juristas que preparan la codificación napoleónica.

Anterior a la mayor parte de los autores citados es D. Pablo de Mora y Jarabo, el cual en *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos* concentra, con relación al Derecho, el proceso crítico del siglo XVIII; este estudio es un ejemplar curioso del ca-

mino seguido para nacionalizar nuestro Derecho de los excesos a que lleva el alejamiento de la Historia en la interpretación de las fuentes romanas y del error que resulta de aplicar instituciones de una época a otra; intenta seguir la tradición de Luis Vives y de Feijóo, queriendo desterrar preocupaciones y antiguallas; los remedios que propone son: obtener un extracto de las leyes romanas concordantes con las nacionales, redactar una instituta en que se expusieran elementalmente las normas más importantes y redactar un vocabulario de los términos empleados, el cual facilitase el manejo de esos libros.

Ya a fines del siglo XVIII propone la reforma legislativa y critica acerbamente la situación de nuestra jurisprudencia D. Juan Pablo Forner, quien, en una obra que se conserva en la sala de manuscritos de la Biblioteca Nacional, titulada *Disertaciones sobre el modo de formar unas instituciones del Derecho de España*, propone la redacción de unas instituciones de Derecho español con cierta originalidad, aunque con resabios de Domat, y renovar estos estudios con las ideas de la nueva escuela política, aunque templadas por las ideas religiosas; pero lo más importante es la introducción, donde discurre sobre los inconvenientes que acarrea la falta de una norma fija sobre las fuentes legales vigentes en Castilla, y muestra gran conocimiento de las controversias suscitadas con el sistema de las recopilaciones, y señala los errores de los comentaristas al intentar reducirlo todo al Derecho romano.

En las *Exequias de la lengua castellana* se ensaña con los escritores de Derecho, especialmente con Paz y Antonio Gómez, y en *El Parnaso* sólo se salvan, de entre los juristas, Bobadilla y Solórzano.

La figura de Forner ofrece especialísimo interés por haber desempeñado cargos de importancia en la Chancillería de Granada y como Fiscal del Consejo, intentando resucitar, como afirma el señor Sáinz, el tipo de jurisconsulto renacentista, humanista y filósofo, suplantado por el leguleyo sin filosofía ni estilo.

Todos estos trabajos, indicadores de la tendencia a la reforma del régimen vigente, preparan las tareas codificadoras, iniciadas por Lardizábal, para la legislación criminal, continuadas en las Cortes de Cádiz y razonadas por Martínez Marina en su *Crítica de la Novísima Recopilación*, pero ofreciendo el mismo fenómeno que

las Cortes de Cádiz; pues así como éstas, al redactar la Constitución del año 1812, pretenden justificarla con las antiguas instituciones españolas de nombre análogo, pero de sentido distinto, del mismo modo, cuando pretenden huir del Derecho romano, caen en la redacción jurídica más representativa del mismo: las Partidas. Se propugna el retorno al Derecho nacional ensalzando las Partidas, cuando ya Covarrubias y Gregorio López habían manifestado su concordancia con la jurisprudencia romanista; olvidaron también que si Palacios Rubio y Antonio Gómez, al disertar sobre las leyes de Toro, habían utilizado los trabajos de los glosadores y comentaristas de las compilaciones canónicas y justinianeas, no habían hecho más que seguir la corriente romanista antiguamente iniciada.

Sólo temas de índole más política que jurídica podían presentar una desviación de tales derechos: tal la cuestión de las regalías. En lo demás, como ya lo indica Forner, nuestro verdadero Derecho había que buscarlo en los fueros municipales o en otras redacciones que, como el Fuero viejo, revelan el derecho vivido con más intensidad que en los demás.

CÓRDOVA DEL OLMO (ANTONIO): «El derecho de balcón».—*Revista de los Tribunales*, págs. 39 y siguientes.

Es un derecho real, existente fuera del Código, en el cual se plantean, como en todos los de esta clase, según D. Jerónimo González, los siguientes problemas: 1.º Si se admite un número limitado, o pueden crearse *ad libitum*. 2.º Si sus elementos esenciales pueden ser regulados de modo distinto al legal. 3.º Si los actos dispositivos de los mismos han de determinarse férreamente; y 4.º Si han de ser necesarias o coactivas las disposiciones sobre el derecho de cosas, mientras no se disponga lo contrario.

Figura de este derecho.—Este derecho es real porque tiene todas sus notas características: faculta a su titular para utilizar el balcón, cuanto dure el espectáculo en la calle o plaza, a cualquier hora del día o de la noche; suelen estar gravadas con él todas las casas de las plazas públicas en los pueblos y se adquiere y extingue por los mismos medios que los demás derechos reales. A veces el balcón corresponde al dueño de la casa,

y aunque entonces sólo representa una parte del dominio de la misma, los propietarios lo consideran como un derecho aparte, que hacen objeto de particular arriendo; otras pertenece a persona diferente.

Contenido.—Tal derecho permite a su titular usar de él en todas las ocasiones, arrendarle, cederle, etc.; para su goce es necesario utilizar el paso necesario por las dependencias que separan el balcón de la calle, así como también la habitación a que aquél corresponde; incluye, por lo tanto, también un derecho de servidumbre de paso y otro especialísimo de habitación, si bien lo separan de éste fundamentales diferencias, por ser éste inalienable, y la del derecho de balcón, enajenable, por serlo su principal.

El derecho puede gozarse: por el dueño de la casa que al mismo tiempo la habita; por la persona a quien se arrienda, ocupando el dueño las restantes dependencias; por persona a quien se lo ha subarrendado legítimamente el inquilino; por el mismo propietario o por persona a quien éste lo haya arrendado, siendo dueño de la vivienda persona diferente.

El derecho de palco.—Es muy afín al anterior, pero con notas diferenciales; una butaca, en realidad, es una finca colocada entre varias, sin acceso directo, con derecho al paso, como prescribe el artículo 584 de nuestro Código civil; el palco puede considerarse de la misma manera: o como el derecho de propiedad sobre una porción determinada y aislada de un edificio, una especie de derecho de habitación, aunque alienable, o muy semejante al derecho sobre los distintos pisos de una casa, a que se refiere el artículo 396 del mismo Código.

Ante el «ius stantiandi» el arrendatario puede subarrendar este derecho a otra persona.—En las poblaciones donde rija la legislación especial sobre arrendamiento de fincas urbanas, si este subarriendo no se pacta expresamente, ¿producirá la extinción del derecho de prórroga? Prácticamente no existe el problema, pues en los pueblos pequeños, que es donde existe tal derecho, no rige esta legislación; además, la costumbre, dada la importancia concedida a los escasos espectáculos que hay en los pueblos, establece normas completas que no dan lugar a duda; pero, en términos generales, es indudable que lo extinguiría, porque la le-

gislación tiende a evitar que el arrendatario logre un beneficio prohibido al propietario por la tasa del precio del contrato.

¿Cómo resolveremos, ante la especial situación de enfermedad, luto reciente, etc., del ocupante de la casa, cuando el propietario del balcón trate de hacer efectivo su derecho? ¿Será lícito al dueño llevar personas de mala fama, pasando por el resto de la casa y ocupando la habitación contigua?

Lo primero puede considerarse como un caso de obligación excesiva, y, siendo la lucha entre intereses privados, debe prevalecer el más justo, o sea que debe suspenderse el ejercicio. Respecto a lo segundo, la misma legislación nos brinda la solución por analogía, al privar al propietario del derecho de prórroga, si arrienda la finca compuesta de varios pisos a personas de mala fama o costumbres.

Finalmente, este derecho, como todo derecho real, se crea *erga omnes*, y, así, aunque unido físicamente con la finca, constituye una individualidad jurídica, sobre la que se operan todos los negocios jurídicos, siendo una verdadera carga real que grava la casa, y que es inseparable de ella, aunque distinta, cualquiera que sea el propietario.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ.

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.