

Estatuto personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña

LUIS FIGA FAURA

Notario

El Derecho no es un fenómeno simple que puede ser explicado geoméricamente como el desarrollo de unos cuantos —pocos o muchos— principios fundamentales; ciertamente, *non omnium quæ a maioribus constituta sont, ratio raddi potest*; pero esto no quiere decir que tengamos que admitir el Derecho vigente como un dato indiscutible ni que la tradición tenga que ser el único fundamento de su legitimidad. Han pasado los tiempos en que el Derecho era una cosa sagrada e intocable; la norma jurídica quiere una constante interpretación y reinterpretación y, en determinados momentos, puede exigir una mejora y una más perfecta adecuación a unas circunstancias sociales cambiantes.

Si es cierto que no siempre se pueden hallar razones de lo que fue establecido por nuestros antepasados, esta circunstancia no es suficiente a excusar el intento. Ante un precepto que no tiene otra fuerza que la de su antigüedad no se puede hacer otra cosa que someterse a él; pero si encontramos su fundamento y sus razones podremos llegar a saber si este fundamento y estas razones son válidas hoy; si han sufrido algún cambio, si puede ser justificada una determinada interpretación o si se puede preconizar una determinada modificación.

Son demasiado frecuentes, en las legislaciones actuales de todos los países, los preceptos que sin ninguna razón de orden público que lo justifique chocan con lo que el rey Jaime llamaba la *raó natural*, para que podamos ahorrarnos el trabajo de buscar su fundamento actual o pretérito. La sentencia de Neracio, según el cual *rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his quæ certa sunt, subvertuntur*, no vale para los momentos actuales; creemos precisamente lo contrario; y esta *inquisitio* solamente puede intentarse teniendo en cuenta que los preceptos jurídicos no son normas aisladas, sino aspectos parciales de realidades más amplias y estudiando la realidad social de la que forman parte, considerando su paulatina modificación a lo largo de los tiempos. Lo cual supone un trabajo de justificación histórica emprendido, no *ad ostentationem tantum*, sino con una finalidad estrictamente utilitaria: la de encontrar la *ratio legis* de un precepto o de un conjunto de preceptos; *ratio legis* que no hace referencia sólo a la solución

que entre todas las soluciones posibles el precepto adopta, sino a la *ocasio* de su nacimiento y a la estructura social a la cual inconscientemente se refiere por la sencilla razón de que él mismo forma parte de ella.

Tratándose de nuestro Derecho, existe otra razón de peso que hay que tener en cuenta desde el principio: el párrafo segundo del artículo primero de la Compilación de Derecho civil especial para Cataluña ordena que para interpretar sus preceptos sea tenida en cuenta “la tradición jurídica catalana encarnada en sus antiguas leyes, costumbres y doctrinas de los cuales aquellos derivan”. Este precepto no sólo permite sino que obliga al estudio histórico de nuestras instituciones como etapa previa a toda honesta interpretación de los artículos de la Compilación —y, hay que decirlo, de muchos artículos del Código civil que rigen en Cataluña como si fueran Derecho supletorio cuando, en realidad, esconden normas de Derecho catalán y plantean el divertido problema de la *homonimia jurídica*.

En el estudio del estatuto personal-patrimonial de marido y mujer nuestra tarea se verá dificultada por dos razones: la primera es que la división del Derecho en diversas ramas —entre ellas el Derecho matrimonial y el Derecho sucesorio— si por un lado tiene un fundamento pedagógico muy justificado, rompe por el otro una realidad continua e inseparable; y con esto queremos decir que el Derecho matrimonial y el Derecho sucesorio son, en algunos aspectos, una misma cosa de difícil división y que, en consecuencia, no podemos hablar de uno sin hablar del otro.

La segunda es que dentro del Derecho matrimonial se encuentra un aspecto importante que se plantea, inicialmente, fuera de esta rama del Derecho: el estatuto de la mujer, casada o no. Averiguar si el trato jurídico que la mujer casada recibe en nuestro Derecho se debe a que es *casada* o, sencillamente, al hecho de ser *mujer*, complica bastante las cosas y es circunstancia que no se puede perder de vista en ningún momento.

Para empezar tenemos que referirnos a una cosa aparentemente muy alejada del tema de la ponencia: la consideración y el estatuto social y jurídico del *trabajo* como medio de subsistencia; y hay que considerar este tema por la sencilla razón de que se trata de algo que se encuentra en el núcleo de todos los ordenamientos jurídicos occidentales nacidos y desarrollados antes de nuestro siglo. El trabajo, desde la antigüedad hasta hace poco, ha sido considerado como algo propio de esclavos y siervos: el trabajo —si es un medio de subsistencia— envilece. No es necesario, ya que es algo bien sabido y repetido, invocar textos jurídicos, filosóficos y literarios procedentes de todas las épocas y de todos los países. El Cristianismo, que tiene como elemento esencial la dignificación del trabajo y por el trabajo, no pudo luchar contra un convecimiento tan universalmente enraizado como es el del desprecio del trabajo y del hombre que tiene que trabajar para poder subsistir. Es preciso llegar a finales del Renacimiento y a la época contemporánea para encontrar algo,

hasta cierto punto, diferente: el trabajo llega a ser considerado y reverenciado como una virtud, pero nunca llega a ser una cosa prestigiosa. No es necesario hablar más sobre este punto porque creemos que se trata de algo sólidamente establecido.

Jurídicamente, este desprecio del trabajo tiene una consecuencia importante: se supone que solamente hay una fuente de ingresos digna de ser regulada jurídicamente: el patrimonio productor de rentas. Si las cosas son así, este patrimonio se convierte en la preocupación máxima de sus titulares y el ordenamiento jurídico.

Es necesario convencerse de que los hechos mencionados no son una mera curiosidad histórica; son hechos que se encuentran en la raíz de las sociedades occidentales y, por tanto, de todos los ordenamientos jurídicos, desde la Ley de las Doce Tablas hasta los Códigos que están inspirados en el de Napoleón —entre otros, el español de 1889—. El Código napoleónico remata la aniquilación del sistema señorial; pero sus efectos sociales, y muy particularmente la ascensión de las clases que trabajan a sueldo, no se produce hasta un siglo más tarde. Esto quiere decir que todos o casi todos los ordenamientos jurídicos europeos —y no digamos el nuestro, tan enraizado en sus antecedentes históricos— rezuman aquella visión de las cosas: del trabajo como cosa despreciable e indigna de la atención del legislador —y de los juristas— y del patrimonio como único medio decoroso de subsistencia.

A la estimación social explicada se añade otro factor: la inseguridad económica consustancial con las épocas pasadas y la insuficiencia o rareza de medios de producción. Vivir del propio trabajo es siempre cosa incierta y aleatoria. Sólo la posesión bien asegurada de bienes de producción —y el único bien de producción fue, durante muchos siglos, la tierra— es garantía para el futuro, propio y de la propia descendencia.

Las leyes antiguas sólo pueden ser entendidas teniendo en cuenta que hablan de patrimonios y de hacendados, nunca de trabajadores; porque el trabajo, si es a sueldo, no llega, hasta nuestro siglo, más que a cubrir las más elementales necesidades vitales —en el mejor de los casos; el trabajo a sueldo permite la subsistencia, pero no la acumulación.

El patrimonio, como objeto del Derecho civil, se caracteriza por las siguientes notas:

Primera: se trata de un patrimonio inmueble y, en su parte más importante, agrícola; la tierra es la única fuente de rendimientos. El comercio tarda mucho en ser considerado socialmente decente; se tendrá que llegar al siglo XIV para que, con el movimiento municipalista, se dé beligerancia a las actividades mercantiles; con todo, la tierra será durante muchos siglos el elemento seguro, inmutable y prestigioso; en este hecho es preciso ver el origen del tratamiento diferente que jurídicamente tienen los bienes inmuebles frente a los muebles.

Segunda: se trata de un conjunto de bienes pertenecientes a una familia —a una stirpe— que se transmite por herencia. Su

conservación, su aumento y su transmisión a los hijos son las principales preocupaciones de cada anillo de la cadena de titulares.

Tercera: si el patrimonio pertenece a una estirpe, el peor peligro se encuentra en la posibilidad de que salga de ella. Es natural que a falta de hijos pase a los padres, a los hermanos y hasta a colaterales mucho más alejados.

Cuarta: el patrimonio entendido así, al encontrarse con el hecho del matrimonio de su titular plantea un problema de difícil solución: cómo asegurar la existencia de la mujer en caso de disolución del matrimonio, y muy especialmente de viudedad, evitando, al mismo tiempo, el peligro de que el patrimonio familiar pase a la familia de la mujer.

Estas cuatro notas se encuentran en todos los ordenamientos civiles: tanto en Roma como en los países germánicos; tanto en las leyes visigóticas como en los sistemas medievales —como el nuestro— y en los Códigos del siglo pasado. En todos ellos se encuentra el especial —y hoy injustificado— estatuto de los bienes inmuebles; la administración de patrimonios —del menor, del sujeto a tutela, de las personas morales, de la mujer— como pieza esencial; la sucesión intestada de carácter marcadamente troncal con la preferencia de los colaterales lejanos sobre la viuda; y los capítulos matrimoniales como ley constitucional patrimonial del matrimonio, dirigida, principalmente, a resolver el problema de aquella.

Por tanto, no nos hallamos ante ninguna especial peculiaridad de nuestro derecho. El Derecho Catalán choca con las mismas realidades sociales que los demás derechos contemporáneos suyos —y que muchos otros Derechos posteriores— y es, como ellos, un Derecho de hacendados. La especialidad de nuestro Derecho se encuentra en la particular manera de resolver los problemas dados y en la particular evolución que, a lo largo de los siglos, siguen aquellas realidades sociales y, de rechazo, estas soluciones jurídicas.

Esta constatación nos permite dar otro paso en la aproximación al Derecho Catalán que nos hemos propuesto. ¿Cuáles son las particulares realidades sociales de nuestra tierra? Creemos que las principales son éstas:

A. La derivada del nacimiento y organización social y política de la Cataluña posterior a la invasión musulmana. Los demás reinos peninsulares son independientes; se consideran sucesores de la monarquía visigótica y no deben a nadie su existencia; fuera de Cataluña hay reyes con plenitud de facultades, legitimación y soberanía. En Cataluña, no: se trata de una Marca dividida en condados y los condes deben su nombramiento al rey de los francos y, por lo menos teóricamente, están sometidos a ellos —hasta el año 1258—. Los condes catalanes no tienen título real y, por lo tanto, según la ley gótica, no están legitimados para legislar por su cuenta. Los *Usatges* —y, posteriormente, las *Costhumas de Catalunya* y las *Commemoracions de Pere Albert*— son recopilaciones de costumbres que obtienen su reconocimiento legal vistiéndose de costumbres *præter legem* aunque nadie dude de su verdadera condición. (A me-

diados del siglo XII se une a nuestro primer Código el “usatge” *Cum Dominus* donde se quiere justificar legalmente la osadía legislativa que se atribuye a Ramón Berenguer el Viejo y a Almodis.) Durante todo este período se respira el temor a la extralimitación de facultades, el prurito de dar explicaciones, de fundamentar la inevitable actividad legisladora. Quizá no sería demasiado equivocado colocar en esta etapa histórica el origen del convencimiento —aún vigente hoy en Cataluña— de que, sea lo que sea lo que digan las leyes escritas, la costumbre *præter* y *contra legem* y la norma que tiene su origen en el pacto y no en la soberanía prevalecen por la sencilla razón de que son las fuentes primarias y más abundantes del Derecho.

B. Diferenciándose del resto de los reinos peninsulares, los condados catalanes se organizan según el modelo feudal. Si en toda la península la base jurídica se localiza en el *Liber Judiciorum*, el Derecho Catalán superpone a éste un conjunto de normas eminentemente y *estrictamente feudales*. Queremos decir que estas normas *solamente* regulan la relación feudal (“*Costumes de Catalunya entre senyors e vassalls*” es el título exacto de las Conmemoraciones de Pere Albert”) y dejan el resto de la vida jurídica bajo el imperio de la ley gótica y de la costumbre. Este hecho es trascendental por sus consecuencias: cuando el mundo feudal desaparece, no deja otro resto que una normativa jurídica del régimen de la tierra que acabará transformándose en la enfiteusis. El resto del mundo jurídico se rige por unas mismas leyes y unas mismas costumbres: no hay un derecho para los señores y otro derecho para el pueblo, sino unas normas iguales para todos. En Castilla, por ejemplo, la conveniencia o la necesidad de la conservación íntegra de los patrimonios se obtiene por medio de una interpretación forzada del Derecho Romano que lleva, con la sustitución fideicomisaria perpetua, a las vinculaciones y mayorazgos de carácter eminentemente privilegiado y señorial; hay una legislación, favorable a la conservación y acumulación de patrimonios, para los señores, y otra visigótica, favorable al desmenuzamiento patrimonial, para los que no lo son; los resultados, hoy plenamente visibles, tenían que producirse fatalmente. En Cataluña la misma conveniencia o necesidad lleva a una legislación que, si principalmente se adopta pensando en las casas principales, aprovecha por igual a todos los patrimonios, grandes, medianos y pequeños. Esto quiere decir que, después de los años de confusión y de violencia y una vez agotadas las posibilidades económicas de la *aprisio* y de las *razzias*, el patrimonio inmueble —en general, no sólo el patrimonio señorial— adquiere aquí una importancia que no tiene en el resto de la península; y el problema que plantea el matrimonio, en relación con la necesidad de asegurar al mismo tiempo la conservación del patrimonio y la subsistencia de la viuda, si en un primer momento había adoptado la solución gótica —dote del marido—, acaba en el “*Usatge*” *Vidua* que recogerá una costumbre y un convencimiento vigentes hasta hoy mismo.

C. En la vida jurídica de Cataluña hay un hecho esencial que es preciso observar; y es el dominio absoluto del concepto de lo

que hoy llamaríamos *función* por encima y en contraposición a los conceptos de *derecho* y *obligación*. Tanto el cabeza de familia del siglo XII como el actual propietario de un negocio o gerente de una sociedad familiar personalizan la *casa* y le ofrecen el sacrificio de su entera existencia. Ni el padre de familia ni el heredero ni la usufructuaria universal se consideran sujetos privilegiados de derechos, sino titulares sacrificados de funciones. Es curioso el hecho de que el catalán, constitucionalmente incapaz de anonadarse al servicio de ideales abstractos, por grandiosos o sublimes que sean, encuentra tan natural el consagrar su existencia a realidades cercanas y seguramente prosaicas, pero que considera esenciales. Desgraciadamente el Derecho privado Romano, que se encuentra en la raíz del Derecho visigodo y que acaba siendo el Derecho de Cataluña, no conoce la *función* como concepto jurídico. Para el Derecho Romano hay derechos y obligaciones —perfectamente individualizados y clasificados—; y la *función* no puede ser construida, dentro del sistema romano, más que como una suma algebraica de obligaciones y de derechos, con cuya construcción se escapa todo el espíritu de la realidad. El mismo Derecho feudal, sirviéndose de elementos romanos, llega a construir su relación básica como si fuera la suma del *hommagium* y el *beneficium*; algo parecido ha ocurrido, antes y después de la recepción del Derecho Romano, con todas las instituciones fundamentales del Derecho Catalán. La consecuencia ha sido la perpetua inadecuación de la regulación jurídica a la realidad; la necesidad de regulación y de claridad jurídicas —es decir: de conceptualización— nunca ha logrado ser compatible con el respeto a la realidad social. Hoy mismo la lectura de la legislación vigente en Cataluña tiene que ir acompañada de una buena información sociológica a fin de llegar a saber realmente de qué se trata. La imagen que la ley da del heredero, el padre de familia, la mujer casada, el legitimario o de la usufructuaria, prácticamente en nada se parece a la realidad —porque al regular el aspecto más externo distorsiona su contenido esencial: quien ejerce una función no tiene derechos sino *facultades* ni tiene obligaciones sino *deberes* y, por encima de todo, *responsabilidades*. Y esto queda reflejado en el hecho que, a lo largo de los tiempos, será principal característica del Derecho Catalán: la libertad que se concede —porque la necesita y la reclama— a quien es titular de una función. La responsabilidad que toda función entraña merece la plena autonomía de decisión y la reducción al mínimo de limitaciones y normas de conducta. Se reconoce la necesidad de la protección de terceros y del respeto a las razones de orden público; fuera de estas dos causas de limitación y de regulación imperativa, se tiene que entender que el Derecho civil es Derecho privado —no Derecho público—. Esto explica que las intervenciones legislativas hayan sido a lo largo de nuestra historia de carácter eminentemente liberador —liberador de formulismos, de límites, de prohibiciones—; y también explica que el catalán rechace y no entienda la legislación gratuitamente imperativa dictada con el sólo deseo de

unificar prácticas o de evitar hechos que ya tienen su correspondiente remedio jurídico.

Estas son las tres características esenciales de nuestro Derecho. Pero si nuestro trabajo tiene que ser el estudio de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, tendremos que examinarlas a lo largo de nuestra historia jurídica; intentaremos hacerlo dividiendo ésta en tres etapas, separadas por las dos recepciones del Derecho Romano.

EL DERECHO MATRIMONIAL CATALAN ANTERIOR A LA PRIMERA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

Durante esta etapa la única fuente del Derecho es la costumbre. Pero cuando hablamos de "costumbre" no hay que imaginar algo que surge espontáneamente de la nada; toda costumbre viene dirigida por los estamentos letrados y es aceptada —o rechazada— por el convencimiento popular de su justicia —o injusticia—; y aquellos estamentos no inventan nada: generalmente recuerdan y recogen antecedentes y precedentes más o menos alejados y prestigiosos. En Cataluña —como en el resto de España— el Derecho había sido legislado y sistematizado soberanamente en el *Liber Judiciorum*; el hundimiento de la monarquía visigoda y el paso —breve, pero real— de las formas de vida musulmanas habían hecho desaparecer el "Liber" como fuente escrita de Derecho, pero no habían destruido su vigencia social —tan debilitada, con el paso de los años, como se quiera. Por otra parte, no hay que olvidar que la reconquista y repoblación de Cataluña fue conducida por godos refugiados en la Septimania —los *hispani*— y que el Derecho vigente en aquella comarca era, aún, la *Lex Romana Wisigothorum*. El nacimiento —o renacimiento— de Cataluña supone, por tanto, la vigencia de unas costumbres que no hacen más que recordar —muchas veces vagamente— el "Liber" y el "Breviario". Pero este recuerdo no tiene pretensión alguna de exactitud: las circunstancias sociales son totalmente distintas y del Derecho antiguo se recuerda lo que conviene y en la forma que conviene. Por tanto, no se puede hablar de vigencia de la ley goda, sino de una costumbre formada con el recuerdo y adaptada a la nueva situación. Cuando Jaime I prohíbe la alegación de la ley goda y del Derecho común no deroga nada: ni la ley goda ni el Derecho común han tenido nunca vigencia legal en nuestros condados. De esta manera no tienen que extrañar la casi total inexistencia de textos escritos del "Liber" ni la deformación que sus leyes sufren a manos de la costumbre; el Derecho que nace es un Derecho nuevo —sean cuales sean los materiales con que se construye—. Como consecuencia conviene ir con mucho cuidado al intentar encontrar antecedentes de nuestras costumbres medievales; el Derecho visigodo no rige: rige la costumbre de aplicar su recuerdo modificado, debilitado y selectivo.

Por otro lado hay hechos sociales totalmente nuevos. El régimen feudal nace, también, de la costumbre, cuyo origen no se encuentra en la monarquía visigótica, sino en la monarquía franca; y dado que el tipo de relaciones a que se aplica no tiene par en la sociedad ni en las leyes godas, no tiene que extrañar la formación de un cuerpo paralelo de costumbres que nunca llega a fundirse con el que tiene aquella inspiración.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, es perfectamente natural que las relaciones civiles carezcan de precisión. En el terreno que nos corresponde —el Derecho matrimonial— sería anacrónico hablar de instituciones claramente delimitadas. Una visión de conjunto nos permite ver la existencia de una especie de comunidad familiar aunque, dentro de ella, pueden identificarse ciertos derechos de límites no demasiado precisos. Hay que recordar que en la ley goda se regula la dote del marido, que no puede exceder de la décima parte de los bienes presentes; la comunidad de adquisiciones proporcional a los bienes propios de cada cónyuge; la posibilidad y validez de las donaciones entre marido y mujer una vez pasado el año de matrimonio y el usufructo de la viuda sobre una parte viril de los bienes del marido. Dejemos de lado, porque no pertenece al Derecho estrictamente matrimonial, la legítima de los ocho quinceavos y la sucesión intestada parecida a la del Derecho anterior a Justiniano.

¿Qué queda de todo esto una vez cribado y deformado por la costumbre?

I. *La dote del marido.*—El *Liber* no regulaba otra dote que la del marido, establecía su límite máximo en la décima parte de los bienes presentes del marido —que se suponía godo— y permitía la repetición de aquello que, en contravención a la ley, se hubiese dado de más. En Cataluña, hasta el siglo XII —y excepcionalmente en fechas más avanzadas— no hay otra dote que ésta, tal como ha puesto de relieve Lalinde (*Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 33). A los ejemplos que este autor exhibe puede añadirse la afirmación de que la adquisición o titularidad de bienes por parte de la mujer por razón, la “décima” se encuentra documentada en centenares de documentos; la frase *advenit nobis per comparatione vel per meam decimam* se repite en los documentos de la época una y otra vez. Es difícil, con el estudio de estos documentos, saber exactamente de qué se trata; pero la impresión general que se saca de ello es la siguiente: que la denominación empleada es popular y no tiene pretensiones de exactitud; más bien se trata de un recuerdo lejano de la ley goda, ya que esta décima no se refiere a ninguna porción exacta ni es considerada como límite máximo. Por otro lado, es evidente —y muchas veces consta expresamente— que esta participación de la mujer en los bienes del marido no lo es de bienes presentes al contraerse matrimonio, sino de bienes adquiridos con posterioridad. Es preciso tener en cuenta, también, que la denominación usada es un nombre *que en ningún caso tiene una significación numérica*: la mujer tiene una cotitularidad

en una porción indeterminada en los bienes del marido —o una propiedad plena sobre alguna cosa concreta, que nunca se sabe si no llega o si excede la exacta proporción de la décima parte.

Esta dote, con los tiempos, va desapareciendo y es sustituida, con la recepción del Derecho común, por la dote de la mujer. Pero hay un aspecto que debe ser subrayado: se ha dicho que este cambio se debe a la influencia del Derecho común y creemos que la apreciación es errónea; la dote del marido se encuentra en todos los pueblos conquistadores y en todos los países de frontera —se trate de la Marca Hispánica del siglo X o del Far West del siglo XIX— por una razón prosaica, pero importante: porque las mujeres escasean. Cuando se da esta circunstancia, el hombre tiene que comprar su mujer —tan fina y educadamente como se quiera—. En las sociedades establecidas y sedentarias, la situación se invierte: son los hombres los que escasean y es la mujer o sus padres quienes tienen que ofrecer algo más. El paso de la dote del marido a la dote de la mujer se produce, precisamente, en el momento en que nuestra tierra comienza a estabilizarse y el recuerdo de las razzias musulmanas se va perdiendo. Y es precisamente este hecho el que lleva al país a inclinarse por el sistema dotal romano. Es decir: el recuerdo, más o menos real de la legislación goda ya no sirve para la nueva situación del país, y los catalanes reclaman un Derecho más adecuado a las necesidades realmente vividas. No se tienen que perder de vista estas consideraciones porque nos dan una lección esencial: no es el Derecho quien cambia las costumbres, sino las nuevas costumbres las que crean —o encuentran— el Derecho que necesitan.

II. *Las donaciones entre marido y mujer.*—No es sencillo llegar a hacerse una idea razonablemente clara de cuál ha sido la disciplina legal de las donaciones entre marido y mujer en la alta Edad Media. Del Derecho Romano Vulgar —que ha sido estudiado por D'Ors y Samper— nos han llegado textos demasiado confusos y contradictorios para que podamos llegar a conclusiones ciertas. Del Derecho vigente en la Septimania Franca —Breviario— parece deducirse que entre marido y mujer eran válidas las donaciones *mortis causa* —y que éstas tenían una sola causa de revocación: la premoriencia del donatario—, al igual que sucedía con el Derecho prejustinianeo. En cuanto al *Liber* la cosa resulta pasablemente clara: la Ley *Cum de dotibus* (III, 1, 5) dice: ... *si iam vir habens uxorem transacto scilicet anno pro dilectione vel merito coniugalis obsequii ei aliquid donare elegerit, licentiam incunctater habebit*; en cambio, antes del matrimonio no se puede hacer otra donación que la dote —en la cantidad máxima que hemos visto antes— a menos que el donante se encuentre en inminente peligro de muerte.

No es éste el único precepto que el *Liber* dedica a las donaciones entre marido y mujer; en el libro V, título séptimo, la ley séptima establece sus solemnidades; la ley quinta fija el destino de la cosa dada en caso de segundo matrimonio y de vida deshonesto de la viuda donataria; y la ley cuarta regula los derechos de la donataria,

según que haya o no hijos y según que muera o no intestada. Respecto de esta última ley (ley *Si mulier a marito*) se tiene que señalar el hecho de que, si en su primitiva redacción debida a Recesvinto y procedente de Eurico (*antiqua*) era de una claridad ejemplar, las interpolaciones ervigianas, con el afán de regular conjuntamente donaciones y legados la convierten en un texto sin sentido, ya que entre otras cosas ordena que, si la mujer muere intestada y sin hijos, lo que haya recibido *por herencia* del marido pasará a éste *si superstitis extiterit* (!).

Estos pueden ser los antecedentes legales de la costumbre catalana; porque el hecho es que, en un principio, no hubo en la Marca Hispánica ninguna duda relativa a la firmeza e irrevocabilidad de este tipo de donaciones. Ya Lalinde ha aducido textos que lo prueban plenamente. A las afirmaciones que este autor hace sólo tenemos que añadir la siguiente:

En primer lugar, no parece que, en la costumbre catalana, haya nada que limite el valor máximo de las donaciones entre marido y mujer; por un lado la palabra *aliquid* usada en el *Liber* no puede tener ningún sentido limitativo, dado que no lo tiene gramaticalmente y que la detallada regulación contenida en las seis últimas leyes del título segundo del libro quinto no puede referirse a donaciones minúsculas —del tipo de las reguladas en el último inciso del artículo 20 de la Compilación—. Por otro lado, las donaciones que encontramos en la documentación de la época no hacen referencia directa ni indirecta a otra *limitación legal* que la de que se hagan pasado el primer año del matrimonio; así pues, no puede extrañar que en la documentación de la época se encuentre más de una realmente importante.

En segundo lugar conviene dejar claro que la ley no transforma estas donaciones en donaciones *mortis causa*; según la ley *Si mulier a marito*, en el caso de premoriencia de la donataria, la cosa dada no vuelve al marido más que en el caso de que la mujer muera sin testamento y sin hijos del matrimonio —con la particularidad de que en este último caso, el texto legal no habla de *revocación* sino de *reversión*.

Finalmente, conviene subrayar que la práctica de las donaciones firmes entre marido y mujer se encuentra documentada en todas partes, *no solamente como vestigio de la legalidad visigótica, sino como costumbre enraizada y opuesta al Derecho Común*. En el Archivo del Palacio de Perelada (Sección C, doc. 139) se encuentra la escritura de donación que, en fecha tan avanzada como el 19 de agosto de 1306, hace Ponç de Catllar a su mujer Ermessendis; se trata de un documento que rezuma Derecho Romano por todas partes y en el que, además de otorgarse una donación *irrevocable y entre vivos* se renuncia a las consecuencias de la falta de insinuación —como si en el propio cuerpo de las leyes romanas de donde proceden estas acciones no hubiera la posibilidad de revocación *ad libitum* de tal tipo de donaciones.

III. *Las compras conjuntas entre marido y mujer.*—Ya ha sido demostrado repetidamente que la costumbre catalana, antes de la recepción, hace que marido y mujer otorguen los actos de disposición —activa y pasiva— *conjuntamente*. No es necesario aducir documentos porque se encuentran centenares de ellos donde la fórmula se repite sin casi ninguna excepción. No es fácil decidir si esta práctica es o no un procedimiento técnico usado con el fin de asegurar los derechos de la mujer. No faltan documentos que lo dicen claramente: por ejemplo, el 3 de marzo de 1020, Ermessendis, viuda, hace donación a Gondemar de una tierra *qui mihi advenit per comparatione quem feci cum viro meo Arnulfi qd. et qui me contingit per meum decimum* (Cartulario de San Cugat del Vallés, vol. II, doc. 476). De momento, y hasta que la cosa no haya sido más investigada, no se puede asegurar que existiese una norma general; hay compras conjuntas reales y compras conjuntas hechas con la finalidad de proteger el *décimo* de la mujer. Tampoco es posible llegar a averiguar el régimen jurídico de estas titularidades conjuntas. Es tentadora la idea de que en este tipo de donación se encuentra el inicio de la costumbre, que ha llegado hasta nosotros y ha admitido y regulado la Compilación, de las compras con pacto de supervivencia; pero la documentación examinada no nos permite seguir esta línea de razonamiento: encontramos, por ejemplo, la venta hecha por Belliardis, viuda, y sus hijos Franc y Bernat, de una finca *qui mihi advenit ad me Beliards per mea compara vel per meum decimum et per luctuosum de filio meo qd. Miro et de filia mea qd. nomine Richildis et ad me Francho et Bernardo de genitores nostros* (10 de junio del año 988. Cartulario de San Cugat del Vallés, vol. I, doc. 222) que permite suponer una compra conjunta de marido y mujer, la muerte del primero y la transmisión hereditaria a los cuatro hijos (*no a la mujer por pacto tácito de supervivencia*) y la posterior muerte de dos hijos y la consiguiente transmisión intestada de su parte a la madre. (*Luctuosa: hereditas liberi quare advenit parenti, turbato ordine mortalitatis*. Fr. 15 Dig. 5, 2 y Fr. 28 Cod. 3, 28.)

Lo que sí puede llegar a decirse es lo siguiente:

a) La cotitularidad a que da lugar la compra conjunta ni es solidaria ni lo es de partes numérica y exactamente establecidas. La indeterminación es norma general sin ninguna excepción conocida.

b) Esta costumbre va desapareciendo con el cambio social y jurídico del país. De una exploración estadística hecha en el Archivo de la Catedral de Barcelona se desprende que este tipo de adquisición llega a un punto máximo hacia el año 1100 y disminuye fuertemente hasta desaparecer hacia el año 1300; paralelamente puede observarse la iniciación y el aumento —en un principio lento, rápido hacia 1200— de las cartas dotales (dote de la mujer) y esponsalicios. El significado que esto pueda tener —fácilmente deducible— sólo podrá ser claramente establecido después de un estudio más riguroso de la documentación disponible. Pero conviene señalar que

éste no debe ser un estudio de documentos concretos, por interesantes que sean, sino de naturaleza estadística.

IV. *El Usufructo de la viuda.*—La norma establecida por el *Liber* (Libro IV, tit. 2, ley 14) concedía a la viuda el usufructo vitalicio de una parte viril de la herencia del marido. Este usufructo se configuraba como un derecho individual de carácter estrictamente económico, ya que la viuda podía hacer suyos *todos* los frutos de su parte y disponer de ellos a su antojo —incluso favoreciendo a un hijo en perjuicio de los demás. Pero la costumbre catalana fue diferente; el “Usatge” *Vidua* establece:

Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore, bene nutriendo filios vixerit, habeat substantiam viri sui quamdiu steterit sine marito. Si adulteraverit et cubile viri sui violaverit amittat honorem suum et totum avere viri sui; et veniat honor in potestate filiorum, si in aetate fuerint, vel aliorum propinquorum. Ita tamen ut non perdat suum avere si in presenti aparuerit, nec sponsalitiu amittat quamdiu vixerit; postea reddant ad filios vel propinquos.

Contra lo esperado no se encuentra rastro alguno de este usufructo universal en la documentación de la época. Podrá decirse que esto es debido al hecho de que el “Usatge” es tardío (fue añadido a la colección por Jaime I); pero hay que tener en cuenta —según dicen todos los autores antiguos y modernos que han estudiado la institución— que el texto recoge una antigua costumbre del país. ¿Cuáles pueden ser los motivos de aquella falta de constatación documental?

Si estudiamos el problema más de cerca toparemos con una particularidad notable; parece claro que el “Usatge” 147 tiene como antecedentes lejanos la ley “Mater” del *Liber*, de la cual recoge el carácter vitalicio del derecho de la mujer, y la ley *Nulli videatur* del Breviario (Libro III, título 8, ley 3) del cual adopta su condición universal. Pero hay una diferencia importante y significativa: estos antecedentes legales conceden explícitamente un derecho de *usufructo* y usan repetidamente estas palabra; en cambio, el “Usatge” habla de la viuda que vive en *la honor* del marido y de él tiene *la seva substància*, y de la pérdida de dicho *honor* y *haver* del marido. (*Honor* equivale aquí a patrimonio inmueble. Véase el “Vocabulari Jurídic Català” de FOLCH I. SERRALLONGA); los derechos de la viuda sobre los frutos percibidos no son mencionados.

Si nos representamos la realidad de la época, la solución del problema puesto no tiene dificultades: los documentos no hablan del usufructo de la viuda por la sencilla razón de que *la viuda no tiene ningún usufructo*; lo que tiene la viuda es la *regencia* de la familia y del patrimonio familiar, es decir: la viuda se convierte en *cabeza de familia* —aunque los hijos sean mayores de edad. La conclusión es importante porque nos coloca en el origen de una convicción que ha llegado hasta hoy y que ha sido resumida de una manera precisa: en Cataluña —se ha dicho— no es la muerte lo que disuel-

ve la familia sino las segundas nupcias. Cuando muere el padre, la madre ocupa su lugar: es dueña y señora. Podrá no tener facultades dispositivas sobre el patrimonio —pero es la autoridad máxima de la familia.

Esta posición de la viuda no es un derecho subjetivo del que se tenga que hablar en las escrituras; es una *función* con sus deberes y sus facultades. Se puede hablar, como facultad, de usufructo, pero, al hacerlo, se cometerá una inexactitud; no se trata de un derecho subjetivo, independiente e individual sino de una simple consecuencia de su posición social y jurídica y, si precisamos un poco más, de un *derecho de uso* y de alimentos (derecho a disfrutar de un patrimonio según las propias necesidades) más que de un derecho de usufructo. Por más que queramos no podremos representarnos a la viuda dueña y señora percibiendo los frutos del patrimonio y disponiendo de ellos *como cosa propia*; no tiene ninguna necesidad de ello ni lo encontraría decente —como tampoco lo considera decente el actual marido administrador de los bienes parafernales de su mujer.

Al lado de esta costumbre nace, en *Barcelona*, otra que, por uno de los errores más desgraciados de nuestra historia jurídica, llegará a ser Ley general del Principado. Pero, a fin de precisar su significación y alcance es preciso decir algo sobre lo que fue su base social.

La población barcelonesa, hasta finales de la Edad Media, tiene las siguientes características:

a) Sus estamentos principales son artesanos y mercantiles, principalmente marítimos, para los que el patrimonio familiar no es un elemento esencial.

b) El estamento agrícola —que no falta— no está constituido por economías cerradas —como en el resto del país— sino abiertas y participantes en la economía monetaria de la ciudad.

c) Los barceloneses son hijos de barceloneses; queremos decir que el crecimiento de la ciudad es vegetativo y no se nutre, como más adelante, de la emigración campesina (bastante trabajo tienen los campesinos en repoblar un campo yermo y desierto) ni es influida por los esquemas mentales de la población agrícola.

Si echamos una ojeada a las costumbres barcelonesas tal y como han sido recogidas en el *Recognoverunt Proceres* (fecha: 3 de los idus de enero de 1283), encontraremos una organización que se opone fuertemente a la que hasta ahora hemos visto. El mantenimiento de la legítima larga visigótica —Capítulo II— y la regulación de los derechos de la viuda —Capítulos IV, V y VI— nos hacen ver un tipo de núcleo familiar que se desintegra —o que puede desintegrarse fácilmente— con la muerte del padre. Ciertamente, que estos últimos Capítulos admiten la solución “conservadora”; pero la redacción de la Constitución *Hac Nostra* permite suponer que lo que ocurría prácticamente era que la mujer tenía que aceptar, con la restitución de la dote y el pago del esponsalicio, la pérdida de todo otro derecho en los bienes y de toda la autoridad en la familia.

Dicho de otra manera: la viuda, en Barcelona, no es dueña y señora, sino titular de derechos estrictamente individuales y económicos que pueden ser —y son— pagados inmediatamente.

Es preciso decir, empero, que esta manera de plantear el problema no es la de *todos* los estamentos de la ciudad y que, la inmigración campesina importará esquemas mentales diferentes precisamente en el momento —1351— en que la Constitución *Hac Nostra* los rechaza; y que, con esta Constitución, se intenta generalizar unas soluciones propias de grupos que, a pesar de su dinamismo y brillantez externas, tenían una importancia económica y social mínimas dentro del conjunto de nuestro país. No hay que olvidar lo que dice Robert S. López (*Naissance de l'Europe*, París, 1962, página 319):

“Il sembla, pendat quelques années, que Barcelone allait éclipser Gênes et Venise; les villes catalanes jouissaient de l'appui armé de la noblesse terrienne et de la bienveillance du roi. Les villes catalanes succombèrent, comme par contagion, à l'inertie du royaume dans lequel elles s'encastraient. Le royaume se composait presque entièrement de provinces rurales... Ses ports n'étaient que la façade de marbre d'un edifice d'argile.”

V. *Capacidad de la mujer casada*.—Durante toda esta etapa histórica, la capacidad de la mujer, casada o no, es absoluta. En nuestra tierra nunca se ha hablado en términos de *imbecillitas sexus* ni de licencia marital. Y hay pruebas abundantes de ello. No sólo las costumbres 22 y 36 de las “Conmemoraciones de Pere Albert” admiten para el derecho feudal que la mujer pueda, sin intervención del marido, hacer homenaje al señor y prestar juramento de fidelidad que personalmente tendrá que cumplir *si la cosa no és feudal, e és prefernal*, sino que, mucho más adelante, pasa lo mismo incluso en negocios para los que sería justificada la intervención del marido; el año 1303, Elisenda, mujer de Pere de Sobrerroca, se hace mujer propia y sólida de Dalmau de Rocabertí, señor de Navata, sin intervención del marido (Archivo, en Palma de Mallorca, de los Marqueses de la Torre. Ar. C 4, doc. 1.440; transcrito en: Miquel Galobardes: *Els remences*, vol. II, pág. 88). Esta plenitud de capacidad y la falta de efectos restrictivos personales del matrimonio es fácilmente visible en el hecho de que las primeras alusiones documentales al Senadoconsulto Velejano —que como veremos incluye la Auténtica *Si qua mulier*— que podemos encontrar se refieren a la renuncia de sus beneficios; dicho más claramente: beneficio y renuncia al beneficio entran en Cataluña simultáneamente —lo cual quiere decir, sin ninguna clase de exageración, que el Senadoconsulto y la Auténtica *no fueron recibidos en Cataluña*.

De la exposición hecha puede deducirse la visión general siguiente:

Durante esta etapa la sociedad catalana se construye sobre el núcleo básico familiar constitutivo de una economía cerrada. Este núcleo —familia y patrimonio— no se puede descomponer en elementos más simples ni, jurídicamente, en derechos subjetivos indi-

viduales; marido y mujer —o el que sobreviva de ellos— son regentes del patrimonio; hombre y mujer tienen plena capacidad jurídica y actúan conjuntamente. No se puede hablar del problema de la subsistencia de la viuda: habiendo hijos —que es el caso normal— la mujer ocupa el lugar del marido como si no hubiese pasado nada. La dote es un *precio* —como las “arras” del derecho castellano— que hace suyo el padre de la novia; no contribuye a hacer frente a las cargas del matrimonio ni está pensado en función del aseguramiento de la viuda.

No podremos entender el sistema —que aunque continúe vigente en la conciencia popular será desfigurado con la recepción del Derecho común— si nos empeñamos, obstinadamente, en mirarlo a través del concepto moderno del derecho subjetivo; es un sistema hecho de *funciones* sociales sin traducción posible a nuestros esquemas doctrinales.

En Barcelona y en las villas ocurre todo de manera distinta: es más difícil hablar de *la casa*, dadas las particularidades económicas de la ciudad; la dote y el esponsalicio tienen una finalidad primordialmente aseguradora de la subsistencia de la mujer en el caso de viudez y de desintegración de la familia.

Es evidente la diferencia —la contraposición— entre un sistema y otro; entre la ciudad y el campo.

LA PRIMERA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

La recepción del Derecho común en el Principado es un fenómeno extraordinariamente complejo que no ha sido objeto del estudio detenido que merece. Desde un punto de vista totalmente externo se han fijado sus hitos principales —1255, 1409 y 1599— y se han estudiado las normas legales que la reflejan o la llevan a término. Los trabajos de Hinojosa, Brocá, Font i Rius, Lalinde, García, etc., son esenciales y han abierto el camino a investigaciones más detalladas. Si los tomamos como fundamento de un estudio hecho en profundidad tendremos que admitir que no todos los aspectos del proceso de recepción tienen el mismo alcance ni la misma importancia.

En primer lugar se da la recepción de aquellos elementos del Derecho común más adecuados para regular los vacíos que la costumbre *praeter legem* se esfuerza en llenar; una muestra la tenemos en las *Costums de Catalunya* directamente inspiradas en los *Libri Feudorum* incorporados al *Corpus Iuris* y tomados del Derecho feudal longobardo por el camino del *Liber Papiensis* y la *Lex Longobarda*. En segundo lugar hay aquella recepción de ingenuo lucimiento con la cual se pretende dar un fundamento prestigioso al Derecho autóctono; se trata casi siempre de un intento que no lleva a otra cosa que a coger por los pelos los textos romanos y, en el mejor de los casos, a una verdadera feudalización del Derecho común. Basta leer las glosas de Montjuich y de los Vallseca a los “Usatges” para encontrar muestras abundantes de todo ello. En tercer

lugar hay la recepción de normas de Derecho común que sistematizan y explican mejor que las autóctonas o las góticas las instituciones catalanas. El objeto primario de este tipo de recepción es pedagógico y práctico; pero el resultado verdadero es, por un lado, la conceptualización y racionalización del Derecho y la desaparición —a la larga— de la confusión, los difuminados y el tratamiento de los problemas por aproximación; por otro lado, ya hemos dicho que la racionalización lleva a la pérdida de conceptos esenciales —como el de *función*— y a la desfiguración de la realidad social. Finalmente, y además de la recepción *secundum* o *praeter legem vel consuetudinem*, hay una recepción contra la ley o la costumbre vigente que tiene dos manifestaciones: la primera es aquella que descubre en el Derecho común la solución adecuada a problemas mal resueltos por el Derecho autóctono (por ejemplo, la legítima corta); la segunda supone la introducción indiscriminada de normas que no tienen nada o casi nada que ver con nuestro Derecho; en el mejor de los casos complementan de forma aberrante instituciones conocidas (por ejemplo, las donaciones entre marido y mujer); en el peor, introducen formas e instituciones desconocidas, cuando no contrarias a nuestro espíritu y talante (por ejemplo, el Senado-consulta Velezano, la Auténtica *Si qua mulier* y la presunción Muciana).

Pero esa, digamos, clasificación no es, ni mucho menos, toda la historia ya que olvida su mecanismo y su dinámica internas. No es ningún descubrimiento afirmar que la recepción del Derecho común no es un hecho instantáneo sino un proceso —un largo y atormentado proceso—; pero quizá lo sea decir que este proceso no se puede reducir a una progresiva infiltración de un sistema legal forastero que, cuando llega a la saturación, obtiene el reconocimiento oficial. Un proceso social queda desfigurado si se describe como si fuera un proceso mecánico, es decir: como una fuerza frente a la cual se opone una resistencia, que es, finalmente, vencida. Las cosas no son tan sencillas; lo más importante de todo proceso social no es el triunfo de una tendencia, sino los fenómenos de adaptación que se producen durante la lucha —que hacen que aquel triunfo final no sea tan brillante ni absoluto como las apariencias permitirían afirmar.

Tratándose de la recepción del Derecho común, este proceso y los mecanismos de adaptación que de él nacen, condicionando su resultado final, puede ser descrito así:

La infiltración del Derecho común se presenta, históricamente, como un hecho inevitable; basta con echar una ojeada a la documentación correspondiente a finales del siglo XII y principios del XIII para hacerse cargo del caos monumental que las costumbres feudales habían introducido en nuestro mundo jurídico. Hasta el año 1150 —aproximadamente— hay una perfecta claridad: se encuentran derechos de propiedad y de usufructo, compras, donaciones, préstamos y pignoraciones; y esta claridad se refleja perfectamente en la documentación de la época que diferencia en cada caso de

qué negocio jurídico se trata y nunca se olvida de constatar el título de adquisición del transmitente. A partir de aquella fecha, el cambio es total: los documentos omiten sistemáticamente la titulación y el transmitente transmite *los derechos que pueda tener* sobre la cosa. Por si fuera poco, el negocio jurídico tradicional —compra, donación, pignoración— desaparece y se impone como modelo único la *deffinitio* —es decir, la transacción.

Este estado de cosas no podía continuar y se hizo necesaria la promulgación de normas aclaratorias autóctonas —o la importación de un derecho forastero prestigioso; lo que ocurrió fue lo último y Arcadio García nos ha explicado cómo la iniciativa de enviar gente a estudiar a Italia fue tomada por las autoridades eclesiásticas decididas a aclarar fuese como fuese, la naturaleza de sus derechos.

Cuando en el año 1255 el rey Jaime I prohíbe la alegación de la ley goda y del derecho común, la situación es ésta: tanto el derecho común como la ley goda son *costumbres* judiciales —es decir, eruditas— que se enfrentan con las costumbres feudales y las del pueblo; el pacto elimina la costumbre y, por tanto, se convierte en el procedimiento normal de evitar su aplicación. Pero lo que resulta notable es que el pacto normalmente es construido y redactado por un letrado —por un erudito— que, poco a poco, se acostumbra a hacer lo que ya, desde mucho antes, se venía haciendo más allá de las Alberes: paralizar la aplicación del Derecho romano mediante procedimientos sacados del propio Derecho romano. La cosa podrá parecer extraordinaria pero se trata de un hecho perfectamente comprobable: las armas empleadas para luchar contra una invasión total del Derecho común se encuentran en el propio arsenal del Derecho invasor; esto permite dos cosas: la primera, que la recepción puede ser selectiva. Aquel *immensus aliarum super alias coacervatarum legum cumulus* que es el Derecho romano, no acaba dominando totalitariamente la vida jurídica del país, sino que es filtrado, elaborado, deformado y parcialmente admitido cuando se cree que regula —o que regula mejor— una relación jurídica determinada. La segunda es que la recepción oficial del Derecho romano en el año 1409 es inocua porque supone la admisión paralela de los procedimientos técnicos necesarios a fin de continuar aquella recepción selectiva; y la supone por la sencilla razón de que estos procedimientos técnicos están regulados en textos que forman parte del mismo derecho recibido. Con todo, la consecuencia más importante de este proceso es que nuestro Derecho dispone de los medios que le permitirán continuar siendo un Derecho consuetudinario y evolutivo.

¿Cuáles son estos procedimientos técnicos? Fundamentalmente, los tres siguientes: el *pactum de non petendo*, la *renuntiatio* y el juramento confirmatorio.

A) *Pactum de non petendo*. El texto fundamental que admite y regula este pacto se encuentra en las Instituciones de Justiniano:

Debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur... Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnare, defenditur per exceptionem pacti conventi. (Fr. 3 Inst. 4, 13).

La doctrina elaboró el concepto ampliando su alcance y llegando a las siguientes conclusiones:

a) De acuerdo con el fragmento transcrito y contra el parecer de Baldo que afirmaba que quien pacta no reclamar renuncia a su derecho, se establece claramente que el Derecho queda subsistente en toda su integridad.

b) El resultado práctico del *pactum de non petendo* es la atribución de una *exceptio litis finitae* que no sólo permite paralizar la acción de reclamación de la deuda, sino que atribuye la facultad de repetir lo que fue pagado por error a pesar de la existencia del pacto.

c) El *pactum de non petendo* es posible no solamente respecto de créditos personales, sino de derechos y acciones de todas clases; así nacen y se practican abundantemente el *pactum de non agendo*, el *pactum de non veniendo contra*, el *pactum de controversiam non faciendo*, etc., etc. Es fácil darse cuenta de la extraordinaria utilidad que estas últimas formas podían tener respecto de contratos y negocios jurídicos de toda clase hechos con infracción de algún precepto legal.

d) De acuerdo con lo que se prevé en el fr. 8, 7 Dig. 2, 14, se distingue cuidadosamente entre el *pactum de non petendo in personam* y el *pactum de non petendo in rem*. El primero, concebido personalmente (*ne a persona petam*), sólo se puede oponer por aquel a quien se prometió; el segundo (*ne petam*) se puede oponer por cualquier persona contra quien lo prometió. El carácter relativo del pacto, pues, depende de cómo se formula.

e) Si el *pactum de non petendo* deja subsistente el Derecho, se produce un efecto de gran importancia práctica: el Derecho de que se trata no acrece a los cotitulares como pasa con la renuncia y la repudiación.

La aplicación de este pacto como instrumento técnico de recepción del Derecho común fue constante. Como ejemplo basta con hacer referencia a la cláusula que cierra, durante siglos, todos los contratos y que aproximadamente reza así: *Quod si nos que contra hanc scriptura venerit ad inrumpendum, non hoc valeat vindicare sed in duplo componat in in antea ista donatio (vinditio, etc.) firma permaneat omnique tempore.* (Hay variantes literalmente aterradoras: *Siquis vero contra hanc donationis mee scripturam demens factus ad dirumpendum venerit imprimis sit maledictus et excommunicatus in cum Juda Domini proditore et cum Datan et Abiron eum vivum absorbeat terra et cum reprobis omnibus mittatur in inferno inferiori cereatque utroque lumine oculorum et in paradiso nequamquam intueatur faciem Dei cum ceteris sanctis.*)

En esta cláusula que, como hemos dicho, se repite en miles de documentos, hay, presupuesto, un *pactum de non veniendo contra*

reforzado por una cláusula penal (el hecho de que hable de composición no tiene importancia alguna, ya que se pacta la firmeza del negocio, lo que hace que, más que de composición, se trate de penalización).

B) La *renuntiatio*. Son muchos los fragmentos en que se establece de una u otra manera la posibilidad de la renuncia de derechos y facultades. Fundamentalmente, el dicho de Paulo: *Invito beneficium non datur* (Fr. 69 Dig. 50, 17) y sus desarrollos: ...*Licet sui iuris persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriore constituere* (Fr. 46 Dig. 2, 14) ...*alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare* (Fr. 29, Cod. 2, 3) así como otros numerosos fragmentos (pueden verse: Fr. 41 Dig. 4, 4; Fr. 156 Dig. 50, 17, etc., etc.).

Quizá la renuncia de derechos y facultades sea uno de los conceptos más trabajados por los juristas clásicos de todos los países. No acabaríamos nunca siuviésemos que hacer referencia a la elaboración doctrinal que lleva a la definición del concepto y a su diferenciación de otros conceptos afines: *resignatio*, *cessio*, *remissio*, *repudiatio*, etc., etc.

Por lo que al caso se refiere basta con hacer referencia al fundamental problema del *objeto de la renuncia*. La doctrina clásica comienza haciendo una clasificación de las titularidades, que poco o nada tienen que ver con la que, trabajosamente, intentan hacer los actuales civilistas. Fundamentalmente las cosas o derechos nos pueden corresponder *ex iure quaesito* o bien *ex iure quaerendum*; el primer caso se da cuando una cosa o derecho *vere et proprie nostrum est atque ita nobis quaesitum ut alterius factum aut traditionem ullam minime desideret*. En cuanto a lo que nos corresponde *ex iure quaerendum*, puede tratarse de un *ius quaerendum praesenti ex causa praesenti*, de *futuro ex causa praesenti* y *futuro ex causa de futuro*; en el primer caso nos encontramos ante un *ius delatum* que no puede ser objeto de renuncia sino de repudiación; en el segundo caso nos encontramos con un derecho de crédito o una facultad, y, en el tercer caso, con una *spes*. La norma general es que pueden renunciarse los derechos *quaesitum* y los *quaerendum nondum delatum*. Ahora bien: tiene que tratarse de *derechos* en el pleno sentido de la palabra, cosa que se puede formular positiva y negativamente. Positivamente: todo derecho que nos pertenezca principal y privativamente puede ser renunciado. Negativamente: no se puede renunciar al derecho *quod principaliter non est inductum favore renuntiantis*.

Como consecuencia del principio general explicado, no pueden ser objeto de renuncia:

- a) Los derechos naturales.
- b) La solemnidad y forma de los actos y negocios jurídicos.
- c) El derecho concedido por razón de incapacidad (*propter incapacitatem*).
- d) Los derechos que se conceden por utilidad privada y pública inseparablemente.

- e) Los derechos que afectan a las buenas costumbres.
- f) Los derechos públicos.
- g) Los derechos que no pertenecen al renunciante, sino a otro.
- h) Los derechos concedidos *in odium*.

Puede suponerse, sin miedo a equivocarse, la enorme cantidad de literatura a que llevó la explicación de cada una de las ocho excepciones transcritas —principalmente las *a)*, *d)* y *h)*. Muchos autores se entretuvieron en hacer la enumeración de todos y cada uno de los derechos que consideraban renunciables —lo que dio lugar a la publicación de infolios de tamaño muy considerable. Por ejemplo, Galleratus, a lo largo de setecientas páginas, analiza nada menos que doscientas renunciaciones.

La aplicación práctica del procedimiento de la *renuntiatio* como medio técnico para seleccionar la recepción del Derecho común fue extraordinariamente abundante y se encuentra en todos los formularios notariales de la época. Y si a las que podríamos llamar *renunciaciones ortodoxas* se les añade la costumbre de hacer renunciaciones sin eficacia legal, introducidas *ad timorem tantum* —como dice Rolandino—, se comprenderá que esta materia fuera, en la época de las codificaciones, absolutamente intratable.

Muchas renunciaciones, sin embargo, consiguieron su propósito: crear una costumbre que, más tarde, sería admitida como Derecho vigente. No pocas normas legales de los Códigos modernos —y de nuestra Compilación— no son otra cosa que el reconocimiento tácito de la eficacia de las renunciaciones pretéritas; en sentido negativo, no faltan preceptos dictados con la intención de anular el efecto de aquellas renunciaciones; basta leer la regulación que de la donación hace el Código civil español para encontrar pruebas abundantes de ello.

Pero la renunciación no era un medio suficiente para las finalidades perseguidas. Si el *pactum de non petendo* no puede impedir la subsistencia del derecho —a pesar de la promesa de no reclamarlo— tanto este pacto como la renunciación tienen otras limitaciones. Son éstas:

a) Ninguno de los dos procedimientos puede nada contra los defectos de forma; para que la renunciación a un derecho tenga eficacia tiene que hacerse con las formalidades exigidas por la ley.

b) Tampoco tiene ninguna fuerza frente a la nulidad derivada de la falta de capacidad *civil* del renunciante. El problema se complica si la especial posición de la mujer —o de la mujer casada— se califica como de incapacidad.

c) Hay el problema de la *cercioratio*; la doctrina establece que para renunciar a un derecho, facultad o beneficio, el renunciante tiene que saber exactamente de qué se trata; qué es aquello a lo que renuncia. La cosa puede tener sus dificultades —en materia de prueba, principalmente— como veremos al tratar del Senadoconsulto Vellyano.

d) Finalmente, hay el problema de la *renuntiatio spei* que nunca fue resuelto por la doctrina, pero que, en determinados casos:

—herencia futura, dote contenta— exigía una solución. Esta fue hablada en el juramento confirmatorio.

C) *Juramento confirmatorio*. La historia de esta institución es algo accidentada. Por lo que parece, hacia el año 230 un tal Florentino reclamó de Alejandro Severo que le relevase de cierta promesa que, antes de los veinticinco años, había hecho con juramento; con imperial sarcasmo se le contestó que si esperaba que el Emperador le autorizaría al perjurio estaba equivocado. *Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum idque etiam jurejurando corporaliter praestito servare confirmas NEQUE PERFIDIAE NEQUE PERIURII ME AUCTOREM TIBI FUTURUM SPERARE DEBUISTI* (Fr. 1 Cod. 2, 28). La solución era, evidentemente, arriesgada y no muy ortodoxa; especialmente teniendo en cuenta que no regulaba un caso concreto con una norma imperativa concreta, sino con una norma general —el perjurio no debe ser nunca admitido— que podía tener consecuencias graves. No tiene que extrañar pues, que al producirse el renacimiento italiano del Derecho romano, el precepto fuera objeto de estudios apasionados. Forma parte de la divertida historia de la enemistad personal entre Bulgaro y Martino el hecho de que el primero opinase que se trataba de un acto inicialmente válido y, por tanto, que en la petición de Florentino solamente se trataba de la posibilidad de *restitutio in integrum*; Martino creía, por el contrario, que se trataba de un acto nulo *ipso iure* que quedaba *confirmado* por virtud del juramento. El problema llegó muy lejos; tanto, que Martino —cuentan que con procedimientos poco honestos— obtuvo del emperador Federico I, probablemente en el año 1155, la famosa Constitución *Sacramenta Puberum*, que reza así: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur*. El texto legal decide claramente que se trata de una *confirmación* de contrato nulo de pleno derecho; pero no sólo aclara la Constitución de Alejandro Severo, sino que cambia su sentido: si ésta da una norma general, sin precisar si se trata de una validación de lo que es civilmente nulo, el texto de Federico afirma rotundamente que se trata de la confirmación de actos civilmente nulos, pero no da una norma general, aplicable a todos los casos de juramento, sino un precepto especial referido a los contratos hechos, con juramento, por los menores de veinticinco años.

El proceso no acabó aquí; el derecho canónico tenía que topár tarde o temprano con el problema del juramento. La decisión tuvo lugar el año 1206 en el famosísimo Canon *Cum Contingat*:

Cum contingat interdum quod constante matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus et donationibus propter nuptias consentiant, ne ulterius contraveniant proprio sacramento firmando, ac soluto processo temporis matrimonio contravenire mitantur; utrum hoc eis liceat, a nobis tua fraternitate requisivit. Nos autem f.t.t.r. quod etsi mulierum consensibus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen praetextu viam contin-

gat perjurii aperiri; mulieres ipsae servare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo sponte praestita cum in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae.

El texto es extraordinariamente interesante porque lo que en realidad hace es sumar los resultados parciales de los dos fragmentos del Código poco ha transcrito: por un lado configura el juramento como medio de confirmación de lo que, no siendo así, sería nulo de pleno derecho; por otro lado da una norma general aplicable a todos los casos de juramento —y no tan solo el juramento hecho por la mujer casada. Las posibilidades que ofrecía la decisión eran extraordinarias— y fueron aprovechadas debidamente. La doctrina llegó a las seguras conclusiones siguientes:

a) La confirmación que del contrato hace el juramento tiene como única finalidad evitar el pecado de perjurio.

b) Como consecuencia, es válido el juramento hecho por toda persona que tiene capacidad de pecar —es decir, el juramento hecho por persona púber.

c) No es válido el juramento hecho bajo coacción, el juramento de hacer algo contra el derecho natural o contra las buenas costumbres y, en general, el que de ser cumplido lo sería *in dispendium salutis aeternae*, o perjudicaría a terceros.

d) No se puede ir contra el propio juramento, aunque sea nulo, sin la previa *relaxatio* —absolución— acordada por el correspondiente Tribunal eclesiástico.

En los países en que la legislación canónica no regía como Derecho civil el juramento tenía como consecuencia ineluctable la traslación del fuero judicial: de todas las cuestiones a que pudiera dar lugar un negocio jurídico en el que se hubiese prestado juramento, solamente era competente el Tribunal de la Iglesia; esto dio lugar a muchos problemas y causó muchas fricciones entre ambas potestades. En Castilla, los Reyes Católicos intentaron atar corto al estamento eclesiástico que, con la doctrina del juramento, tantos perjuicios producía a los intereses económicos reales y señoriales, sin conseguir nada. (Véase las leyes 6 y 7 tit. y Libro X de la Novísima Recopilación.)

En los países —como el nuestro— en que el Derecho canónico se impuso como supletorio en materia civil, eran los tribunales civiles los que tenían que aplicar el Canon *Cum Contingat* —y sus alargamientos doctrinales— quedando para el Tribunal Eclesiástico, solamente, la resolución del procedimiento preliminar de relajación del juramento.

Como consecuencia de la doctrina explicada, con el juramento, la renuncia o el *pactum de non petendo* pueden neutralizarse las limitaciones legales no deseadas, siempre que no se trate de nulidades por incapacidad *natural* o coacción, o de materias que afecten al derecho natural o a las buenas costumbres o perjudiquen a terceras personas. Esta es la razón por la que hemos dicho que la recepción del Derecho común dejó a nuestro derecho en situación de permitirle cualquier evolución imaginable: se trataba solamente de aplicar estos

procedimientos con ponderación y obtener su confirmación jurisprudencial.

Por lo que acabamos de ver, podemos afirmar que cuando el jurista práctico se sirve del *pactum de non petendo*, de la renuncia o bien —en casos extremos— del juramento, no hace nada extraordinario. Se limita a rechazar un Derecho sin dejar de aplicarlo con la máxima escrupulosidad; y esto tanto pasa antes de 1409 como después de esta fecha sin que nunca se pueda tan solo suponer que su actitud sea heterodoxa. La absoluta legalidad de estos procedimientos es reconocida no sólo por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, sino por el mismo legislador. Cuando en el año 1302 Jaime II firma una pragmática con la que se propone limitar los estragos de las actividades usurarias, no tarda más de siete meses en poner las cosas en claro con otra pragmática en la cual dice que con la primera no se ha propuesto limitar ni prohibir los juramentos que según derecho o costumbre tienen que hacer las mujeres casadas o los púberes en los contratos que no serían válidos sin la intervención del juramento. Mucho más tarde —el 8 de junio de 1739— Felipe V firma una Real Provisión por la que se confirma la de 27 de noviembre de 1736 en la que se ordenaba que “sólo se permita el juramento en escrituras que para su validación se requiere, como compromisos, contratos de dotes, ventas, enajenaciones de bienes, donaciones”.

Antes de analizar cuál fue el Derecho matrimonial que surgió de esta primera recepción del Derecho común, tenemos que hacer alusión a un problema importante. Se trata del valor que estas cláusulas escriturarias de *pactum de non petendo*, renuncia y juramento, podían tener como *cláusulas de estilo*.

Este problema —planteado en forma general— siempre ha dado lugar a dos posiciones opuestas e irreconciliables: la primera es que la cláusula de estilo se incluye en los contratos por el Notario sin conocimiento de las partes, que no tienen noticia de ello, o no conocen su significación; como consecuencia, y a menos que se demuestre lo contrario —es decir: que los interesados las quisieron y las exigieron—, no tienen ninguna eficacia contra los otorgantes. La segunda mantiene el criterio de que, si el Notario incluye una cláusula de estilo lo hace bien porque se trata de un hecho sabido por todo el mundo y del que ni tan sólo tiene que hablar, bien porque los interesados se limitan a decir al Notario lo que quieren y éste redacta la escritura con todas las cláusulas necesarias a fin de que produzca los efectos requeridos. Lo que es importante —se dice— es el *qué*, no el *cómo*; del *qué* se preocupan los interesados; del *cómo* se preocupa el Notario.

Desde un punto de vista doctrinal, creemos que hay que distinguir dos casos diferentes, según se trate de una legislación positivamente vigente, en toda su integridad, o bien se trate de una legislación extraña cuya vigencia no tiene origen soberano. En los países alemanes y en la península italiana el Derecho romano rige porque es el Derecho del Imperio —y se trata de países que forman parte del Imperio, por muy grande que sea la buena volun-

tad que haya que poner al hacer esta afirmación. Si hay un precepto que choca con el sentido popular —o erudito— no hay más remedio que ingeniárselas para encontrar procedimientos *legales* a fin de neutralizarlo. Toda la doctrina del *Pactum de non petendo*, la renuncia y el juramento nació y se desarrolló en estos países. La consecuencia es que aquellos procedimientos tienen que aplicarse, digamos, *honestamente*; no existe renuncia si quien la hace no sabe a lo que renuncia; no hay juramento si no hay una cierta solemnidad y la convicción de que se contrae un vínculo sagrado. Esta es la razón de que, en estos países, el juramento tenga tantos privilegios; si el juramento es una cosa seria y sagrada hay la presunción *juris et de jure* de que el que jura lo ha pensado mucho antes de hacerlo; también esto explica la confirmación o validación de la mayor parte de los contratos que sin el juramento serían inválidos —por falta de madurez y reflexión en el otorgante. Si el Derecho positivo exige unas solemnidades o una edad determinada, lo hace, principalmente, con el fin de asegurarse de la seriedad del acto y de la firme voluntad de quien lo contrae; una y otra quedan suficientemente patentes con el juramento hecho seriamente.

Pero la situación es distinta en aquellos países —como el nuestro— en que el Derecho común entra consuetudinariamente para llenar el propio vacío normativo; el Derecho común es, ciertamente, considerado como un cuerpo homogéneo, completo y coherente: es la *ratio scripta* que no se puede admitir fragmentariamente; la recepción obliga a la aceptación íntegra del cuerpo legal forastero —y, con él, de normas contrarias a la propia costumbre, de instituciones desconocidas y extrañas si se quiere hacer servir aunque sea una sola considerada necesaria. La pereza legislativa lleva a esta consecuencia del todo o nada. Pero hay un remedio con el que se puede canalizar este alud normativo; aprovechar la doctrina nacida en tierras del Imperio, importar, junto con el precepto deseado, el procedimiento que lo neutraliza y adoptar la costumbre de hacer uso de él.

En el período consuetudinario, si se trata de una institución que viene regulada por el derecho forastero de manera no compatible con la costumbre del país —por ejemplo las donaciones entre marido y mujer—, se puede continuar como antes sin mayores males. Ya hemos visto que, en Cataluña, estas donaciones se otorgan en forma explícitamente irrevocable y no se hace caso del Derecho romano —ni del Derecho canónico—. Si se trata de una institución desconocida —pongamos por caso el Senadoconsulto Velejano— su importación es simultánea a la adopción de la costumbre de renunciar sus beneficios.

En el período *oficial* —queremos decir a partir de 1409— los dos casos exigen la adopción de los mismos procedimientos: admisión de la norma —porque no hay otra solución— y costumbre repetida sin excepciones de rechazarla con algunos de los procedimientos antes descritos.

La consecuencia de este mecanismo es que el *pactum de non pe-*

tendo, la renuncia y el juramento se utilizan como instrumentos técnicos convertidos en puros formulismos sin contenido real. Como ya puede suponerse, no faltaron puristas que se indignaron ante esta falta de respeto; bastó citar el integrismo jurídico de Peguera, para quien el juramento y las renunciaciones tienen que ser serias y hechas con pleno conocimiento y reflexión, y no valen cuando son introducidas por el Notario sin una exigencia previa de los interesados (véase *Decisiones*, cap. 148).

Pero la realidad no iba por este camino. Es preciso tener en cuenta que, tal y como ordena la ley (véase Pedro III en las Cortes de Perpiñán de 1351), los interesados sólo intervenían y firmaban un primer borrador del documento que el Notario tenía que completar posteriormente —en un plazo de dos meses a partir de la firma, a menos que el Notario pidiese la intervención de un *sabio*, en cuyo supuesto el plazo se empezaba a contar a partir de esta intervención— mediante el procedimiento perfectamente conocido, regulado e incluso doctrinalmente estudiado, del *allargament*. Cuando Jaime II, en la pragmática que ya hemos visto, prohíbe a los Notarios recibir ciertas escrituras con juramento, lo prohíbe en *l'allargament de l'escriptura*; práctica, pues, perfectamente establecida que duró, para los Notarios catalanes, hasta el año 1736, y para los de Barcelona, hasta el 1755. Los Notarios redactaban la escritura con posterioridad a su firma, incluyendo en ella todos los juramentos y renunciaciones necesarios a fin de que tuviera plena eficacia jurídica —sin noticia ni consentimiento expreso de los interesados—. Esta larga práctica, admitida en todas partes como lícita y totalmente de acuerdo con la legislación vigente, tuvo consecuencias importantes de las que más adelante hablaremos.

La doctrina desarrollada allende los Pirineos, relativa a la renuncia y al juramento fue, naturalmente, conocida, comentada y admitida por nuestros juristas: Mieres habla extensamente de ella en su *Apparatus* (Collatio 6.^a, *De donationibus minorum viginti annorum*, párrafos 49 a 62); Peguera dedica a ella la rúbrica primera de su *Praxis Civilis*; Cancr trata de ella en el capítulo octavo de la segunda parte de sus *Variae Resolutiones*; Fontanella la estudia en sus *Decisiones* 77, 397, 400, 408, 418 y 581. Pero el uso que de ella hacen los Notarios —como ya hemos visto— y la confirmación que recibe de los Tribunales, aunque parezcan una misma cosa, tienen un contenido y una significación diferentes. Dicho brevemente: los juristas teóricos admiten las renunciaciones y los juramentos como aplicación seria y estricta de ciertas normas legales; los Notarios y los Tribunales —juristas prácticos— tienen más en cuenta su carácter instrumental y formal. Los choques fueron frecuentes (una muestra casi divertida se encuentra en las *Decisiones* 399, 400 y 401 de Fontanella), pero siempre dominó la posición más sensata —la que permitía que nuestro Derecho civil pudiese seguir siendo un sistema abierto y elástico—.

Finalmente, hay un hecho importantísimo: se trata de la diferencia de trato que, frente a los procedimientos técnicos de neutraliza-

ción examinados, tienen, por un lado el Derecho autóctono —Derecho municipal— y, por otro, el Derecho supletorio —Derecho común—. La pone de relieve Fontanella (*Decisiones*, decisión 581, párrafo 25) y la presupone toda la doctrina jurídica catalana: *Contrariamente a lo admitido para el Derecho común, los beneficios concedidos por el Derecho municipal no son renunciables, ni son confirmables por medio del juramento los actos que éste prohíbe*. Esta particularidad —*absolutamente esencial*— tendría que ser objeto de un estudio detenido y particularizado. Para no alargar demasiado este capítulo creemos que son suficientes —y necesarias— las siguientes consideraciones:

a) Esta diferencia de trato justifica la posición de los prácticos del Derecho que no ven en las renunciaciones y juramentos otra cosa que procedimientos formales de recepción o de rechazo del Derecho común.

b) Los efectos de las renunciaciones y de los juramentos —y su disciplina— nada tienen que ver con los de la costumbre *contra legem*. La costumbre *contra legem* prevalece contra cualquier norma jurídica —de Derecho común o de Derecho municipal— mientras sea esto: *costumbre*; la renuncia y el juramento sólo prevalecen contra una norma del Derecho común —incluso tratándose de un acto aislado.

c) Esta diferencia de trato —que no encuentra justificación alguna en los textos del *Corpus Iuris*— hace ver que el Derecho municipal y el Derecho común no solamente tienen un *contenido* diferente, sino que la naturaleza de su *vigencia* no es la misma. El desconocimiento de este hecho dio lugar a la segunda recepción del Derecho romano, con la que se modificó fundamentalmente, no sólo el contenido de nuestras instituciones, sino —cosa mucho más importante— la misma estructura del Derecho civil catalán.

EL DERECHO MATRIMONIAL CATALAN POSTERIOR A LA PRIMERA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

I. *El sistema dotal.*

Con el cambio de la situación social del país la posición del hombre y la mujer en el matrimonio se modifica sustancialmente. Ya hemos dicho antes cuál fue la función real de la dote del marido; con la estabilización del país esta función es ejercida por la dote de la mujer: es ésta —o su familia— quien tiene que ofrecer lo que antes tenía que ofrecer el hombre; con el tiempo, la mujer sin dote tendrá muchas dificultades para encontrar marido —y se llegarán a multiplicar las fundaciones que tienen por objeto dotar doncellas pobres, es decir: facilitar el camino del matrimonio a quien no dispone más que de sus cualidades personales.

Es natural que esta evolución se produjera antes en las ciudades y en las villas que en el campo, pues es en aquéllas que la estabilización social se produce más pronto. También es natural que, ante el silencio del *Liber Iudiciorum* con respecto a la dote de la mujer, la

costumbre del país se dirigiese a la única legislación completa, prestigiosa y coherente de la institución: el Derecho romano, con las pequeñas correcciones aportadas por la legislación canónica.

La dote de la mujer ofrecía posibilidades hasta entonces no conocidas —o no aprovechadas—. Por un lado puede contribuir no tan solo a la satisfacción de las *onera matrimonii* (*alere uxorem et liberos, dotare filias et huiusmodi*, dice nuestro Mieres) sino que, lo que es más importante, puede aumentar el patrimonio familiar, si hay hijos, y puede asegurar la subsistencia de la viuda sin peligro para el patrimonio originario. Tres funciones que se reparten, a lo largo de los tiempos y según los lugares, la prioridad.

En el campo, las funciones primera y segunda dominan netamente, en especial la segunda —ya que el aseguramiento de la viuda está cubierta con el usufructo universal que hemos visto antes—. En la ciudad —y principalmente en sus estamentos mercantiles— el usufructo universal ni tiene tradición ni encaja mucho con la naturaleza del patrimonio familiar —cuando lo hay— ni con las actividades de los ciudadanos; entonces la dote de la mujer sirve tanto para aumentar las posibilidades económicas del marido como para asegurar la subsistencia de la viuda de una manera más adecuada que con el usufructo vidual. En cuanto a la función que podríamos llamar de *precio* del matrimonio, tiene tanta importancia en el campo como en la ciudad —no en vano se dice de la mujer que es *post partum laboriosa, in partu dolorosa et ante partum onerosa*—.

El *Recognoverunt Procères*, que tuvo vigencia tanto en Barcelona como en las principales ciudades y villas de Cataluña da como perfectamente establecida la institución ya en el año 1283; la redacción de sus capítulos permite pensar tanto en la compatibilidad entre el sistema dotal romano y el establecido por el “Usatge” *Vidua*, como en su carácter abierto que permite llegar a cualquiera de las dos posibilidades extremas: *derecho de la mujer* a reclamar la dote —a cambio de perder su condición de dueña y señora—, o bien *derecho de los herederos* de hacerle perder esta condición mediante la restitución de la dote y pago del esponsalicio. Es evidente que la primera solución era más indicada para las economías campesinas y que la segunda lo era más para los estamentos mercantiles.

Tenemos razones para pensar que durante mucho tiempo no hubo una solución legal única; hay un cierto dramatismo en el hecho de que, en dos escrituras de capítulos —con muy pocos años de distancia entre una y otra— la situación jurídica básica implícita sea opuesta. En la primera, con fecha 21 de marzo de 1329 (redactada, por cierto, por un notario gerundense) se pacta un derecho de usufructo de garantía de la restitución de la dote en forma parecida a la regulada en el Capítulo VI del *Recognoverunt Procères*; en la segunda, con fecha 27 de febrero de 1339, se pacta el usufructo vidual universal. Es decir: las dos soluciones *son pactadas* porque no hay seguridad respecto de cuál de ellas prevalece legalmente. (Archivo del Palacio de Perelada, sección E, documento 70 y sección C, docu-

mento 212; transcritos en: Miguel Galobardes, *Els remences*, vol. II, págs. 112 y 120, documentos 113 y 119.)

Esta situación no duró mucho tiempo; Pedro III, en las Cortes de Perpiñán de 1351, aprobó la Constitución *Hac Nostra* con la que, adoptando los precedentes que se encuentran en el *Recognoverunt Proceres*, da vigencia en todo el Principado a la solución más extrema: el *derecho de los herederos* de poner término, después del año de luto, al usufructo vidual con la restitución de la dote y pago del esponsalicio. Si la viuda es indotada no tiene más remedio que vivir de lo que sea suyo, del propio trabajo, del patrimonio de su familia o, en último término, de la ayuda que le proporciona la *Auténtica Praeterea*: la cuarta marital. El problema planteado por la viuda —la necesidad de proveer a su mantenimiento— se resuelve de la manera más drástica, más barcelonesa y más impopular. Porque no se trata de un problema de *quantum* sino de algo mucho más importante; no se trata de sí —en caso de intestado del marido— la viuda tendrá el usufructo de la totalidad o de una parte más o menos importante del patrimonio; se trata de la privación del estatuto de *dueña y señora* y de *cabeza de familia* que hasta aquel momento la viuda había tenido.

Es realmente curioso el hecho de que aquel carácter accesorio y limitado del usufructo vidual universal que hace que se parezca más a un derecho de uso o de alimentos que a un verdadero usufructo —carácter que, por su absoluta lógica y por la costumbre generalizada aquí y fuera de aquí, fue recogido en la famosa *Consuetudo Bulgari*— una vez suprimida desde su raíz la vigencia del “Usatge” *Vidua*, pase, por obra de nuestros juristas clásicos, a los escasos derechos que la *Auténtica Praeterea* concede. La *Consuetudo Bulgari* (véase Savigny: *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, cap. XVIII, 1) fijada por el famoso glosador —que estableció que el usufructo vidual universal tenía que entenderse limitado a los vestidos, habitación y alimentos y comprendía la coadministración, junto con el heredero, del patrimonio familiar y comentada por todos los grandes juristas clásicos (véase la bibliografía contenida en Jacobi Menochii. *De praesumptionibus*, Libro IV, Presunción 189), fue aplicada sin contemplaciones a la cuarta marital que se configuró por nuestros autores y por la Jurisprudencia como un puro *derecho de alimentos* y se admitió como remedio subsidiario en el caso de la pobreza de la viuda y de sus padres y hermanos. (Fontanella: *De Pactis Nuptialibus*, vol. II, Cláusula V, Glosa VIII, parte octava, párrafos 40 y siguientes.)

Ya puede suponerse cuál fue la popularidad de la Constitución *Hac Nostra* —y cuál fue la bienvenida que se dio, exceptuados los estamentos interesados en su vigencia, a la *Auténtica Praeterea*. Ciertamente, el “Usatge” *Vidua* iba demasiado lejos, ya que imponía su solución imperativamente y en todo caso; pero la Constitución *Hac Nostra* llevaba las cosas al otro extremo y obligaba a resolver el problema de manera voluntaria —cuando no contractual—. Y esto fue lo que ocurrió: es a partir de entonces cuando empieza la cos-

tumbre ininterrumpida de conceder el usufructo universal testamentariamente o —cosa más importante— capitularmente. Todos los formularios notariales —utilizados hasta comienzos de nuestro siglo— son testimonio de ello. El mismo Fontanella, en el modelo de Capítulos Matrimoniales que sirve de base a su obra y que han usado durante siglos los notarios catalanes, incluye dicho usufructo en la Cláusula IV y lo explica largamente en la Glosa XXII; Josep Comes (*Viridarium Artis Notariatus*, Gerona, 1706, vol. II, cap. II, *De Pactis Nuptialibus*) y Jaume Morello (*Colección de contratos, pactos públicos y últimas voluntades*, Barcelona, 1827, vol. II, página 7 y ss.) no se abstiene de establecerlo como cláusula normal que no falta en ningún pacto capitular de herencia universal a favor del hijo que se casa.

Porque —y este hecho es importante— el pacto de usufructo universal vidual nunca se otorga entre los futuros marido y mujer, sino entre los padres heredantes; es el padre quien, al otorgar heredamiento a favor del hijo que se casa, reserva a favor de la madre el usufructo con el título de *dueña y señora*; parece como si, al contraerse el matrimonio, hubiese una primera etapa expectante durante la cual queda reservada la posibilidad de decidirse, según el aspecto que tomen las cosas en el nuevo matrimonio; pero cuando este matrimonio ha ido adelante, ha tenido hijos y casa su heredero, ya se sabe por dónde van las cosas y ha llegado el momento de asegurar plenamente la posición de la viuda —antes protegida, solamente con la propia dote y el esponsalicio prometido—.

El Derecho matrimonial catalán, en su etapa más brillante, se construye, pues, sobre la institución dotal —lo que presupone un régimen básico de separación de bienes y un origen voluntarista—, es decir, capitular. Los Capítulos matrimoniales se encuentran al principio de todo matrimonio que aspire a merecer la atención del Derecho Privado; y si estos Capítulos son la fundamental constitución patrimonial de la familia sirven siempre —como se ha visto— para corregir los efectos no deseados de la Constitución *Hac Nostra*.

Y esto hasta finales del siglo XIX; pero hay una circunstancia de la cual es preciso hablar: si hacia el siglo XIII el hecho de la falta de corriente migratoria del campo a la ciudad hace que nazcan dos costumbres contrarias e irreconciliables, que se produzca la victoria legislativa de la costumbre de la ciudad y que el campo la neutralice con el pacto capitular, ya no se puede decir lo mismo de toda la época posterior; con el establecimiento de la economía monetaria y el desarrollo de ciudades y villas, la inmigración campesina se inicia y aumenta hasta unas proporciones inicialmente impensables; pero con esta inmigración entra en Barcelona y en las otras ciudades una buena parte del espíritu del campo que se funde definitivamente con el pensamiento y espíritu urbanos. Desde el siglo XVII, Barcelona será, hasta hoy mismo, una mezcla de espíritu ciudadano y campesino. Por lo que se refiere a nuestro caso, con esta inmigración entra en las ciudades el concepto de *dueña y señora* y la veneración por la viuda *cabeza de familia*. Y serán los

Notarios de Barcelona los que introducirán en los testamentos —en Barcelona no se hacen heredamientos capitulares— la cláusula de usufructo universal vidual; costumbre que arraigará y continuará sin excepciones hasta mediados de nuestro siglo, momento en que otro cambio social obligará a repensar las cosas y a encontrar nuevas soluciones.

II. *Las donaciones entre marido y mujer*

El texto fundamental que, con la recepción del Derecho Común, obtiene vigencia en el Principado, pertenece al capítulo octavo de las Decretales (IV, 20) y dice así:

Donatio quæ constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta ex quo alter locupletior et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur: quæ tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite, vel expresse, vel qui donatum accepit, prius debitum naturale persolvat.

Este texto es un reflejo, actualización y resumen del título primero del libro XXIV del Digesto; y basta con leerlo para darse cuenta de que se trata de una regulación que se opone violentamente a la costumbre y convecimiento catalanes. No tiene que extrañar, pues, que nuestro país pusiese en movimiento los procedimientos técnicos que ya conocemos a fin de obstaculizarle el paso y conseguir su neutralización.

Neutralización que tenía, Europa adentro, una tradición muy larga. Si Bartolo ya se había pronunciado respecto de la posibilidad de confirmar con el juramento los actos civilmente nulos (Comentario al fr. 56 Dg. 46, 1), habían sido los canonistas quienes habían resuelto la cuestión. En el comentario del Abad Panormitano al Canon *Cum Contingat* (*Secunda Pars domini Abbatis super secundo Decretalium*. Lión, 1511. *De iureiurando, Canon Cum contingat* párrafo 30) se dice que si el juramento no convalida los actos prohibidos en beneficio de tercero, por razón de buenas costumbres o por pública utilidad, este no es el caso de la prohibición de las donaciones entre marido y mujer que fue establecida en beneficio de los propios interesados. Más directamente, el mismo autor, al tratar de la prohibición establecida en el Cuarto de las Decretales, antes transcrita, se hace eco del argumento que aduce que este tipo de donación *fuit prohibita propter bonos mores, ne maritus et uxor ex nimio amore se spoliarentur adinvicem, sed iuramentum contra bonos mores non valet ut in regula non est obligatorium*; pero opone el hecho de que los doctores opinen lo contrario, ya que tiene que establecer la diferenciación entre *bonos mores naturales* y *bonis moribus civilibus*; distinción establecida por la misma ley en muchos casos, perfectamente comprobables, en que la eficacia del juramento es admitida en contra de las prohibiciones legales (Abbatis Panormitani. *Commentaria in quartum et quintum Decretalium*. Lión, 1586, hoja número 57).

Esta posición fue abiertamente sostenida por civilistas y canonistas. Fuera de España, Seraphinus de Seraphinis (*De privilegiis iura-*

mentorum, Francfort, año 1610) trata extensamente de la cuestión en el Privilegio LXXI (páginas 320 a 331) admitiendo como cosa indiscutida, la validación e irrevocabilidad de estas donaciones si se hacen con juramento. La misma opinión tiene Paulus Galleratus (*De renuntiationibus*, Venecia, año 1661) que trata del problema en la Centuria 89 (vol. II, páginas 256 y ss.). Lo mismo pasa en España: entre los canonistas Tomás Sánchez (*De matrimonio*, vol. I, Libro VI) trata extensísimamente de este tipo de donación planteándose en la Disputatio XI el problema *utrum donatio invalida inter coniuges confirmetur iuramento*, que, con una fabulosa erudición, contesta afirmativamente; entre los civilistas Juan Gutiérrez (*Tractatus tripartitus de iuramento confirmatorio*, Venecia, 1585 y 1609, Cap. III) sigue la misma opinión que es absolutamente dominante en todos los autores conocidos y estudiados.

¿Y en Cataluña? A nadie podrá sorprender que la doctrina citada fuese ampliamente aprovechada y admitida como solución única e indiscutible. Entre los civilistas, Cancr —que, conviene no olvidarlo, era un romanista más bien estricto— comienza por establecer la regla general: *De donatione inter virum et uxorem dic idem quod dictum est donatione inter patrem et filium, ut non valeat. Confirmatur tamen morte donantis, præcedente traditione donatorie superstitis* (*Variæresolutiones, Pars Prima*, cap. VIII “De donationibus”, párrafo 92), pero no se olvida de la doctrina admitida: *Estque sciendum hæc donatio inter virum et uxorem confirmatur iuramento*.

El mismo Fontanella, al tiempo que elude el problema, puesto que se trata de una cuestión no directamente contemplada en su *De pactis Nuptialibus*, no olvida referirse a la opinión de Sánchez que hemos visto antes (vol. II, cláusula X, Glosa Unica, Parte I).

Esto por lo que se refiere a la teoría; pero es más importante la pregunta de cuál fue la práctica catalana. En espera de la investigación a fondo del Archivo Histórico de Protocolos del Colegio de Notarios de Barcelona, basta por el momento con examinar los formularios y manuales de Derecho de que se sirvieron los notarios. Jeroni Gali (*Opera Artis Notariæ*, Barcelona, 1682) no admite otra fórmula de donación entre marido y mujer que la que es irrevocable y se hace con juramento (página 446); es curioso el carácter “teórico” de la cláusula fundamental:

Renuntio expressæ titulis sive legibus ff. Cod. de donationibus inter virum et uxorem factis et aliis quibuscumque legibus prohibentibus donationem fieri inter virum et uxorem et cuicumque alii lex dicenti, dictorium iurium renuntiationem non valere: adhærens me opinionioni nonnullorum Doctorum dicentium ac affirmantium donationem factam inter virum et uxorem iuramento validari et confirmari, quam opinionem sequendo ministerio iuramenti, firmam reputo et validam semper esse volo dictam donationem per me vobis dictæ uxori meæ factam, non autem ullo tempore revocabilem. Et ut prædicta, etc Iuro, etc.

En la explicación que seguidamente da, dice que, si bien las donaciones simples son jurídicamente nulas entre cónyuges si son

hechas después de la consumación del matrimonio, ya que no es posible que ellos se den nada, a fin de evitar que por un excesivo amor se arruinen el uno al otro, según la mayor parte de los autores estas donaciones se pueden confirmar mediante el juramento.

Josep Comes (*Viridarium Artis Notariatus*, Gerona, año 1706) admite, en el vol. I, Cap. 21, párrafo quinto, número 45, la misma teoría que aplica en el Volumen II, Cap. I, Sección V, página 125, transcribiendo una fórmula parecida a la de Jeroni Gali.

Vicens Gibert, en su *Theorica Artis Notariæ*, publicada en Barcelona el año 1772, traducida al castellano el año 1828 y reeditada y comentada por Félix María Falguera el año 1875, que fue hasta hace poco la obra de obligada consulta de los notarios catalanes, es'ablece que sin duda alguna, aunque por derecho común no son válidas las donaciones entre marido y mujer, si son confirmadas con juramento obtienen plena validez.

Jaume Morello (*Colección de contratos, pactos públicos, testamentos y últimas voluntades*, Barcelona, año 1827) sigue en el modelo de escritura contenido en la página 171 y ss. del volumen primero el ejemplo de Jeroni Gali:

“... Y prometo a la misma mujer que esta donación tendré siempre por valedera constante y no revocable por razón de ingratitud, pobreza, necesidad u ofensa ni por otro motivo; y para ello renuncio a la ley o Derecho que permite tal revocación y a las demás de mi favor; *y también en virtud del juramento infraescrito* renuncio expresamente a los títulos o leyes *ff. cod.* de las donaciones hechas entre el marido y la muger y demás leyes que prohíben tal donación y a la ley que dice que la renunciación de las dichas leyes y derechos no vale; aderiéndome a la opinión de algunos doctores que afirman y dicen que la donación hecha entre el marido y la muger, roborada con juramento es válida y se confirma; y siguiendo esta opinión con el ministerio del juramento infraescrito reputo por firme y quiero que siempre valga y que en ningún tiempo pueda ser revocable. Y para mayor firmeza de lo ante dicho voluntariamente, juro ante Dios N. S. que esta donación y todo lo arriba referido tendré siempre por firme y permanente y contra ello no vendré por ningún motivo o causa. Y la susodicha Clara N. acepto esta donación por el nombrado mi carísimo marido a mi favor otorgada, con demostración de gratitud.”

Finalmente, queda por ver cuál fue la posición de los Tribunales ante el problema. Creemos que es suficiente la referencia a la opinión de Celsius Hugonis (*Consilia*, Lión, año 1586) que, al tratar en el Capítulo 115 de los efectos del juramento en la donación entre marido y mujer, dice que considera innecesario entrar en el *pelagus illud conflictus in utramque partem* de si estas donaciones son o no válidas: *In hac patria Cataloniae —dice— cessat hic conflictus opinionum quoniam Regiæ Audientia pro affirmativa consuevit sententiam ferre unde facit ius stabile pro dicta affirmativa.*

La doctrina, pues, tanto extranjera como española —de aquende y allende el Ebro— y tanto civil como canónica, admite la válida-

ción de esta especie de donaciones si se hacen con juramento; los formularios notariales permiten suponer sin grandes dudas que ésta fue la práctica constante —una práctica que había comenzado en el *Liber Judiciorum* y que a fuerza de ingenio y de erudición pudo ser mantenido hasta finales del siglo XIX—. Y la jurisprudencia no puso a ello ningún obstáculo; más bien al contrario, aclaró las cosas e impidió su discusión.

Esta fue, creemos, la realidad; el Derecho *realmente* vigente hasta la segunda recepción del Derecho Romano.

III. *El estatuto de la mujer casada*

a) *La capacidad contractual de la mujer.*—A lo largo de la etapa que estamos estudiando, la situación de la mujer casada y la medida de su capacidad jurídica no sufren cambio alguno. La opinión de los autores es unánime —tanto si se trata de teóricos como prácticos—. Caneja afirma rotundamente *rem esse extra controversiam, cum mulier sine licentia viri contrahere et obligare se possit, præterquam super rebus dotalibus in quibus viro præjudicare non potest* (*Variæ Resolutiones*, parte III, Cap. I, párrafo 155). Fontanella parte de esta base (*De Pactis*, vol. II, Cláusula VI, Glosa II, Parte VII) y lo mismo hacen todos los autores que se preocupan de la cuestión. A finales del período, Broca y Amell (*Instituciones del Derecho civil Catalán*, Barcelona, 1886, vol. I, página 367) son del mismo parecer e igualmente opina un práctico, Félix María Falguera (notas en: Vicens Gibert: *Teórica del Arte de Notaría*, Barcelona, año 1875, página 118, nota XX) al decir que, en cuanto a los bienes parafernales: *la mujer puede contraer libremente sobre ellos, venderlos y en otra manera enajenarlos o gravarlos sin consentimiento ni intervención de su marido*. De la Costum 22 de las *Commemoracions* de Père-Albert hasta la segunda mitad del siglo XIX, nuestro Derecho, por lo que hace referencia a la plena capacidad de la mujer casada, no sufre variación alguna.

b) *La intercesión de la mujer a favor del marido.* Hay que reconocer que, con la primera recepción del Derecho común, entrarón en nuestro país cosas ciertamente extrañas. Quizá la más extraña de todas sea el Senadoconsulto Velejano; no deja de producir una cierta sorpresa el hecho de que durante siglos se haya dicho y repetido que este Senadoconsulto —con todos sus añadidos y complementos— era vigente en nuestro país, cuando desde un principio lo que realmente se convierte en costumbre enraizada es la renuncia a sus beneficios. Con los ojos actuales resulta bastante grotesco hablar de un beneficio que se puede renunciar en el mismo momento de contraer la obligación y que se renuncia siempre, porque sin esta renuncia el derecho del acreedor es más bien ilusorio; uno se pregunta si puede haber algún acreedor que admita la obligación con la reserva del beneficio —y, especialmente, si se puede contraer una:

obligación *de buena fe*—, reservándose el privilegio Velejano. La costumbre catalana es manifiesta: la primera noticia que tenemos del Senadoconsulto, durante la época de la recepción consuetudinaria, la tenemos, solamente, por su renuncia explícita: la hemos encontrado en el Cartoral de San Cugat del Vallés en el año 1234 (vol. III, doc. 1.236, página 440 y ss.) y con posterioridad; casualmente la hemos encontrado también en el Archivo de la Catedral de Barcelona (Diversorum A 2.472) en el año 1274. Pero la redacción de estos documentos hace creer que la cosa venía de mucho tiempo atrás, ya que es muy trabajada y hace referencia a materias tan sofisticadas como la *cercioratio* —calificada por los autores posteriores de *apicibus iuris*.

Hablamos del Senadoconsulto Velejano, ya que la doctrina romanística partió siempre del principio de que la Auténtica *Si qua mulier* no era otra cosa que una aplicación de aquél al caso particular del *afianzamiento de deudas del marido con un remedio más radical que el concedido en la norma general contenida en el Senadoconsulto*; esto hacía que la teoría general comprendiese también este caso particular sin perjuicio del estudio de sus especialidades.

La teoría general vigente en todas partes —y no digamos en Cataluña— era la siguiente (una exposición completa de la materia se puede encontrar en Seraphinus de Seraphinis, *De privilegii iuramentorum* Privilegio 63 — *Iuramentum habet vim certiorationis*, Privilegio 64 — *Iuramentum inducit præemptionem maioris deliberationis*, Privilegio 99 — *Mulier cum iuramento potest renuntiare S. C. Velleiano*): el beneficio del Senadoconsulto es perfectamente renunciabile; la renuncia no es válida si el renunciante no sabe cuáles son sus derechos; por tanto, la eficacia de aquella renuncia sólo se produce si el interesado ha sido *cerciorado* de ella; no es suficiente que el notario afirme el hecho de la *cercioratio* —por la sencilla razón de que puede tratarse de una cláusula de estilo sin contenido real—. Pero si se ha dicho que el juramento crea la presunción *iuris et de iure* de reflexión y de conocimiento, aquella renuncia si va acompañada de juramento, es inatacable.

Como ilustración de esta teoría podemos hacer referencia a la anécdota divertida —y probablemente inventada— que explica Gali (*Opera Artis Notariæ*, cit., página 81): un notario había incluido en la escritura el pacto en que una mujer renunciaba al Senadoconsulto Velejano y que la había cerciorado de sus derechos; habiéndose producido pleito y habiendo alegado la mujer la falta de *cercioratio*, fue interrogado el notario, el cual se ratificó en lo que decía la escritura; pero preguntado el notario sobre cuáles eran los derechos y los beneficios que el Senadoconsulto concedía, contestó que lo ignoraba; como consecuencia, el notario fue condenado como falsario.

Tratándose de la nulidad establecida por la Auténtica, tampoco hay dificultades. El mismo Seraphini —y, con él, todos los autores que hemos podido consultar— sostiene, en el Privilegio 118, que, por un lado, se presume *cerciorata* la mujer que, con juramento,

intercede por su marido; y, por otro, que, con el juramento, queda confirmada la obligación y neutralizada la nulidad. La misma doctrina encontramos en Galleratus (*De renuntiationibus*, citado, Libro II, Centuria 63) y en Gutiérrez (*De iuramento confirmatorio*, citado, Capítulos 20 y 55).

La posición de los autores clásicos catalanes, perfectamente de acuerdo con la expuesta más arriba, ya ha sido expuesta por Angel Latorre ("Revista jurídica de Cataluña", número extraordinario del 75 aniversario, año 1970, páginas 115 a 136). A lo que este autor dice tan acertadamente solamente podemos añadir lo que sigue:

Cancer (*Variæ Resolutiones*, Parte III, Cap. I, párrafo 105) admite la plena eficacia de la intercesión hecha por la mujer a favor de su marido, con juramento, haciendo constar que, si como consecuencia de esta intercesión, queda la mujer *in totum vel in magna parte indotata, præsumi factam metu reverentia et etiam iuramentum metu extortum*. (Véase, en el mismo autor y obra, el Capítulo 15 de la Parte III.) Con este antecedente, se entiende perfectamente la posición de Fontanella quien, dada la enraizada costumbre de renunciar y jurar, ni tan sólo se preocupa de discutir ni de demostrar su eficacia; se limita a tratar —muy extensamente: Cláusula VII, Glosa II, partes 5 a 8 del *De pactis Nuptialibus*, citado, vol. I— de las causas de nulidad del juramento y, muy particularmente, de la intimidación y de la *læsio enormissima* considerada como presunción de intimidación.

La práctica siguió el mismo camino ya iniciado a principios de la recepción: Jeroni Gali (*Opera Artis Notariæ*, citada, página 81) lo demuestra claramente al decir:

Et aliud est iuris auxilium mulieribus competens, sumptum ex auctentica incipientei Si Qua Mulier, Cod. ad Velleianum, dicit, quod si quæ mulier se obligaverit cum marito in aliquo instrumento, vel seipsam obnoxiam pro marito fecerit, talis obligatio, seu consensus nullus est, servatur mulier ilaesa, nisi manifeste probetur quod pecunia inde habita fuit in utilitatem mulieris conversa, et potest renuntiare si certioretur et tunc tenet obligatio et huius renuntiationis forma in instrumento sic scribi potest: Et renuntio ego dicta mulier, specialiter et expresse, cum iuramento, certiorata prius per Notarium infrascriptum beneficio auctenticæ incipientis, Si Qua Mulier, Cod. ad Velleianum et omni alii iuri mihi quoquomodo iuvanti.

De la misma manera, Vicens Gibert (*Teorica Art Notariæ*, citada, título 15) presupone la renunciabilidad de la Auténtica; y es sintomático que un autor tan exigente en materia de renunciaciones como Félix María Falguera admita, en la nota que pone en la edición de 1875 de la obra de Gibert, esta renunciabilidad como costumbre establecida y admitida (página 57). Broca y Amell (*Instituciones*, citada, vol. II, página 256) llegan a afirmar los plenos efectos de la renuncia de la Auténtica, aunque se haga sin juramento.

c) *La Presunción Muciana*. Otra de las instituciones extrañas a nuestro Derecho e importada con la recepción del Derecho común fue la Presunción Murciana. Desdichadamente, la renuncia (?) a esta

presunción no tiene ningún sentido, lo que hace que su neutralización sea consecuencia más del no uso que de una costumbre contraria. Sus reflejos en nuestros expositores son escasísimos: Mieres (*Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium*, Barcelona 1621, parte primera, página 313) hace, en la *Collatio Sexta*, Capítulo de *Emancipatione et foriscasatione*, una referencia incidental a ella de un par de líneas (párrafo 25). Cancer se plantea algo más extensamente el problema *an præsumptionem illam opponere potest alius quam vir eiusve hæredes*; la respuesta es contundente y absolutamente negativa, porque *quid enim ad extraneum de turpi suspicionem ex quo constat mulierem acquisivisse?* El planteamiento y la respuesta demuestras suficientemente que el Fr. 15, Dig. 24,1, fue considerado como un precepto de carácter preferentemente ético y solamente fue establecido *evitandi autem turpis quæstus gratia circa uxorem* —como dice el mismo fragmento.

No hemos encontrado ninguna otra referencia a esta presunción; ni Fontanella ni los autores posteriores hasta la segunda mitad del siglo XIX hablan de ella —cosa que no tiene que extrañar a nadie: si la costumbre establecida en Cataluña permite la validez e irrevocabilidad de las donaciones entre marido y mujer y si, como dice Cancer, la presunción se ha establecido sólo en beneficio del marido y de los herederos, su importancia se vuelve mínima —para no decir nula— a pesar de la atención y los esfuerzos que a ella ha dedicado la doctrina foránea. (Véase Jacobus Menochius, *De pæsumptionibus*, Liber tertius, Præsumptio 51, especialmente los párrafos 28 y ss.) Las cosas cambiarán —¡y no poco!— con la segunda recepción del Derecho Romano.

APENDICE

EL SISTEMA LEGITIMARIO Y LA SUCESION INTESTADA

No quedaría completo este resumen de nuestro Derecho matrimonial hasta finales del siglo XIX sin una alusión a los sistemas legitimario y sucesorio intestado. Pedagógica y sistemáticamente se trata de una materia perteneciente al Derecho sucesorio; pero no hay que olvidar que esta separación rompe una realidad no divisible: el derecho matrimonial y el Derecho sucesorio forman una totalidad y, en nuestra tierra, están estructurados e íntimamente ligados con una principal finalidad: la conservación y transmisión familiares del patrimonio —a ser posible sin disminución ni desmenuzamiento.

Nominalmente el sistema legitimario fue establecido en la ley gótica: la legítima de los ocho quiceavos —a partir por partes iguales entre los hijos—; los siete restantes podían atribuirse desigualmente como mejora (excepto en Barcelona, donde parece que por el Capítulo segundo del *Recognoverunt Proceres* el padre podía disponer de ellas libremente). Si fue o no fue aplicada esta norma no es fácil averiguarlo. Lo que sí se ha probado (véase Eduardo de Hinojosa: *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*,

Madrid, 1905, páginas 158 y ss.) es que la exigencia de indivisión de las prestaciones feudales —y más tarde enfitéuticas— impuesta por los señores, lleva, poco a poco, a la costumbre del heredero único —de tanta tradición en nuestra tierra—, costumbre que, curiosamente, establece la posibilidad de conservación de los patrimonios medianos y pequeños, mientras los patrimonios señoriales y condales continúan sujetos a la necesidad de división entre los hijos —cosa que se practicó con gran entusiasmo y no poco daño para la vida política de Cataluña—. La institución de heredero único se hizo legalmente posible con la constitución aprobada en las Cortes de Montblanc de 1333, que ordenó para toda Cataluña la limitación de la legítima a la tercera parte; la Pragmática derogatoria del Capítulo segundo del *Recognoverunt Proceres* del primero de marzo de 1343, que estableció, para los barceloneses, la legítima de la cuarta parte; y la extensión a todo el Principado de este privilegio y la posibilidad de pagar la legítima con dinero que permitió la Constitución aprobada en las Cortes de Monzón en el año 1585.

Ya hemos dicho antes cuáles fueron los efectos —totalmente favorables para la economía del país— que estas disposiciones produjeron.

En cuanto a la sucesión intestada, refleja, desde los inicios condales de nuestro Derecho hasta hoy mismo, el carácter marcadamente patrimonial de nuestro Derecho matrimonial y sucesorio; éste tiene un objetivo obsesivo: evitar que el patrimonio salga de la familia; en este sentido, la mujer es un grave peligro que hay que evitar: la dote del marido, la posterior de la mujer, el esponsalicio y los capítulos matrimoniales tienen como finalidad conseguir que el aseguramiento de la subsistencia de la viuda no afecte al patrimonio familiar; las leyes que establecen el orden sucesorio intestado forman parte del sistema: en el *Liber* la viuda no sucede al marido mientras haya descendientes, ascendientes o colaterales hasta el séptimo grado; con la recepción del Derecho común y hasta la ley del 16 de mayo de 1835, la mujer tiene derecho a la herencia después de los colaterales de décimo grado; desde esta Ley, después de los colaterales de cuarto grado. (El derecho feudal introdujo la *intestia* —que no desapareció hasta el siglo xv con los *mals usos*—, pero constituye una desviación abusiva y vejatoria al margen del sistema.)

Sea cual fuere el grado de los colaterales llamados, este conjunto de preceptos no tiene ningún sentido si no se considera como medio establecido con el fin de asegurar la permanencia de un patrimonio antiguo dentro de una familia —por eso hemos hablado de la vigencia de un sistema *troncal*; existe el pensamiento tácito de que se trata *siempre* de un patrimonio familiar que se mantiene a lo largo de las generaciones. Y no se puede negar que algo hay de cierto en esta suposición; al menos hasta mediados del siglo xix, momento en que se cierra la época en que el Derecho civil es exclusivamente un Derecho de hacendados.

LA SEGUNDA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

En el año 1883 se publica, difunde y alcanza un enorme éxito la *Memoria acerca de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña* que, de acuerdo con lo que prevé el artículo cuarto del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, había escrito don Manuel Durán y Bas. Esta Memoria va seguida de un articulado de sus conclusiones y precedida de una extraordinaria Introducción a la que haremos continuada referencia.

Se trata de una obra fundamental tanto en la historia de nuestro Derecho como en el *currículum* de su autor; de un hito que cierra una época e inicia otra, pretendiendo presentarse como un resumen cuidado, meticoloso y exacto del Derecho civil vigente en Cataluña. Por lo que se refiere al Derecho aplicable a las relaciones entre cónyuges, fija los siguientes principios:

a) la plena y absoluta capacidad de la mujer casada para la administración, disposición y defensa de los bienes parafernales, contrariamente a lo que ya entonces venía siendo práctica, impuesta por el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros, de la licencia marital. Este principio está enunciado y desarrollado en los artículos 92 y siguientes del articulado.

b) la plena y absoluta vigencia del canon 20, Capítulo VIII, del Cuarto de las Decretales en el sentido de la revocabilidad *ad libitum* de las donaciones entre marido y mujer —incluso las remuneratorias—. Su formulación se encuentra en los artículos 98 al 107 del articulado.

c) la plena y absoluta vigencia del Senadoconsulto Veleyano y de la Auténtica *Si qua mulier*; los beneficios del primero son renunciabile, pero no los de la segunda, ya que se trata de un caso de nulidad; pero considera subsistente el privilegio barcelonés del Capítulo II del *Recognoverunt Proceres*. Su formulación se encuentra en el artículo 187.

d) la plena y absoluta vigencia de la presunción Muciana que se preconiza pase a ser norma de vigencia general en el futuro Código civil —se recoge en el artículo 99.

En cuanto a las posibilidades de renuncia y juramento, además de los que se ha dicho del Senadoconsulto Veleyano, hay dos normas especiales:

a) posibilidad de que la mujer pueda vender la cosa dotal inestimada si obtiene el consentimiento del marido y jura (artículo 54).

b) validez de la renuncia a la legítima si se hace, en vida del padre, al otorgarse alguna donación en pago de la misma; y esto, aunque no haya juramento (artículo 285).

Pero más importante que todo lo que se ha dicho es lo que Durán y Bas admite respecto del juramento; según la Memoria, es nulo el juramento hecho bajo violencia, con lesión enorme, en perjuicio de tercero o añadido a un acto ilícito según el Derecho natural o el canónico. En el articulado va un poco más allá y dice:

El juramento promisorio tiene fuerza de obligar ya a favor de ausentes, ya en contra de los menores por sus actos, siempre que haya justa causa, sea lícito el acto y tenga discernimiento y libertad el que lo preste. El dolo, la lesión enorme, la falta de verdad y la fuerza o miedo lo invalida.

Para accionar o excepcionar a pesar del juramento es indispensable que haya precedido la relajación de él, a los efectos civiles por la Autoridad eclesiástica, del que lo ha prestado.

Es decir: el juramento sólo es posible en los casos concretos en que la misma ley, explícitamente, lo acepte.

El contraste entre la formulación de Durán y Bas y lo que, según hemos visto antes, era derecho realmente vivido, no puede ser más total; y es obligado que nos preguntemos cuáles fueron las causas y motivos de lo que se presenta como una violenta solución de continuidad en la historia de nuestro Derecho civil.

La historia empieza en un muy concreto y preciso 11 de septiembre y tiene una duración de siglo y medio, lo cual quiere decir que, dada la duración del proceso, sus protagonistas —con la extraordinaria excepción de Durán y Bas— lo viven sin darse cuenta de lo que está pasando.

Ya hemos visto cuál era la situación de las instituciones matrimoniales catalanas; pero no hemos hablado mucho de algo más importante: de la estructura de nuestro Derecho a principios del siglo XVIII.

El Derecho civil catalán es, no sólo fundamentalmente, sino *radicalmente*, consuetudinario; su desarrollo histórico ha hecho que, tratándose de intereses privados, se entienda que prevalece el pacto libremente convenido —y que, a falta de pacto, *consuetudo item potest quod pactum*, como dice Socarrats. Esta *consuetudo* no quiere decir, sin embargo, conducta repetida: esto sería someterse a un tradicionalismo esterilizador. *La costumbre jurídica* —dice Durán y Bas— *no es la expresión de una tradición sino de una idea común, de un modo general de concebirse por la conciencia popular la regla jurídica* (Introducción, citada, página X). Lo que es decisivo no es la repetición de actos sino la existencia de lo que el mismo autor llama *conciencia social* (Introducción, página XLIII); y es esta conciencia social, esta coincidencia en una misma tabla de valores, en un mismo concepto de lo que es justo, la que se encuentra tanto en el origen como en el posterior desarrollo de nuestro Derecho civil.

Si, a fin de ilustrar su estructura básica, buscamos sus raíces históricas, nos encontramos con unos fundamentos romanos —inicialmente contenidos en el *Liber*, más tarde sistematizados por la escuela de Bo'lonia— que constituyen el estrato indiferenciado y *común* a todos los Derechos peninsulares y continentales. El Derecho no se constituye sobre la nada; sobre este color de fondo —común a toda Europa— consuetudinaria e inconscientemente vivido se va dibujando, por contraste, las instituciones catalanas. Decir que nuestro Derecho es fundamentalmente romano es una verdad a medias.

enunciada en forma ambigua y desorientadora; porque esta no es una característica del Derecho Catalán, sino, al contrario, lo que le hace asemejarse —lo que tiene de *común*— con todos los Derechos europeos: *todos los Derechos continentales son fundamentalmente romanos*. Lo que es característico catalán —o castellano, o francés o alemán o italiano— se construye *contra* el Derecho común; aquí es la enfiteusis, los capítulos, las herencias, el derecho de pagar la legítima con dinero, las sustituciones fideicomisarias, el legitimario no heredero, el esponsalicio, las renunciaciones, los juramentos, etc., etc.; y todo esto se introduce lentamente, por pacto, por costumbre y, cuando no hay más remedio, porque ni el pacto ni la costumbre pueden alcanzar el resultado que el sentido de la justicia exige, por la ley paccionada que nunca es *quod principe placuit*, sino cristalización y formalización de lo que socialmente se cree justo. La costumbre *secundum, præter* o *contra legem* es soberana, porque no es otra cosa que la *conciencia social* y ésta prevalece sobre las leyes escritas; y esto tanto si se trata de la conducta privada como de los deberes de los Tribunales: *hic non curamus de legibus et canonibus, nisi in quantum sunt rationalia*, como dice Mieres (*Apparatus*, Collatio II, 162). Si la ley lleva a un resultado justo, mejor que mejor; si el resultado a que lleva es injusto, peor para la ley: *ubi ratio vincit legem, possumus facere contra legem, rationi adhaerendo* (Collatio 7, capítulo I, párrafo 26). La doctrina catalana no admite, sobre eso, duda alguna: *propter casus emergentes* —dice el mismo Mieres— (*Apparatus*, col. 6, cap. I, párrafo 11), *licitum est transgredi leges, et ubi est necessitas vel evidens utilitas, iustum est recedi et constitui novum et contra illud quod olim iussum fuit et ita fuit factum, et hanc servamus inconcusse*. Lo mismo opina Peguera (*Decisiones*, Capítulo 51): *aut evenit casus in quo lex universalis quæ ut in pluribus rectitudinem continet, deficit; et in illo caso in quo deficit, observatio ipsius legis declinat a rectitudine adeo quod iniquum esset in illo casu legem illa non servare*.

A la costumbre como fuente primordial del Derecho sigue la ley autóctona —que no es más que *recordatorio* del Derecho consuetudinario—, a fin de que *així lletrats com no lletrats e mers llecs e per consegüent* —dice la Constitución aprobada por las Cortes de Barcelona de 1413— *mills puixen saber llur dret e justícia*. *Scriptura non intervenit ut ius scriptum per eam fiat* —dice Socarrats— *sed ut memoria commendetur*; la ley no es otra cosa que la fijación escrita de la costumbre: *quoties consuetudo transit in legem scriptam, perdit nomen consuetudinis et vocatur lex*. Y esta fijación nunca es definitiva porque, si procede de la costumbre, de la costumbre depende: *nullum est enim ius mere positum quos consuetudine mutari non possit*.

A la ley autóctona sigue el Derecho común —*siempre que no lo contradiga el pacto*—; tratándose de Derecho común, no de Derecho municipal, tratos rompen leyes; y es aquí donde entra la disciplina de las renunciaciones y los juramentos confirmatorios. Esto hace que la denominación “derecho supletorio” tenga doble significado; el De-

recho común es supletorio del Derecho autóctono, pero también lo es del pacto, lo cual quiere decir que *siempre es Derecho dispositivo, nunca norma imperativa* que pueda pasar por encima de la voluntad de los interesados.

La consecuencia de todo lo que se ha dicho es que, en el terreno práctico, el Derecho Catalán sólo puede conservar su espíritu si se dan las dos condiciones siguientes:

Primera. Un constante cuidado y vigilancia por parte de los propios interesados. Nuestro Derecho es eminentemente voluntarista; con muy pocas excepciones, las relaciones jurídicas quedan reguladas por la voluntad privada: el catalán tiene que adoptar una posición activa en la regulación de sus intereses. Hay un Derecho básico —el Derecho común— que no concuerda mucho con el espíritu del país, lo que hace que, con los procedimientos que ya hemos visto, tenga que ser constantemente neutralizado. Es esencial tener en cuenta que, en Cataluña, la costumbre no es la simple repetición de actos, sino la conciencia social de la justicia de ciertas normas de conducta; aunque se cuenten por millares las veces que se haya renunciado a los beneficios del Senadoconsulto Velezano o a la revocabilidad de las donaciones entre marido y mujer, no por esto se crea una costumbre contra la ley; si no se quiere que la obligación pueda ser excepcionada o la donación revocada, tiene que incluirse en el contrato la correspondiente renuncia o juramento; por muchas veces que se pacte capitularmente o se disponga testamentariamente el usufructo vidual —aunque sea siempre y que no se dé ningún caso en que el pacto o la cláusula falten— el descuido, el olvido o la voluntaria omisión dan paso a la norma jurídica supletoria de la voluntad. Nuestro Derecho está constituido por un conjunto de elementos que se encuentran en equilibrio *dinámico*; no se trata de un sistema de normas vigentes y *basta*, sino de un sistema en el cual un número muy elevado de normas tiene una *vigencia neutralizada* por el pacto. Nuestro Derecho está construido como una *catedral gótica*: protege porque planea por encima de los que se cobijan en él; no aplasta porque los arbotantes —renuncias y juramentos confirmatorios— la sostienen. El equilibrio es magnífico, pero, al mismo tiempo, peligroso: la vigilancia por parte de los propios interesados tiene que ser constante.

Esto, que puede parecer injustificado y extraño, tiene dos consecuencias importantes: en primer lugar, el catalán se acostumbra a ser un hombre *jurídicamente consciente*; el sistema, como dice Durán y Bas, se basa en la previsión de los contratantes que no viven en la confianza de que la ley lo resuelva todo, sino con la conciencia de que es el propio interesado quien tiene que prever libremente las cosas. En segundo lugar, esta necesaria vigilancia da un papel socialmente importante al notario —el que conoce las leyes y sus peligros e informa de ello a los interesados, el que incluye en los actos y contratos todas las cláusulas necesarias para que produzcan el efecto conscientemente querido. Nuestro Derecho da un margen de libertad

extraordinario —e impone un no menos extraordinario sentido de responsabilidad, opuesto a todo providencialismo jurídico.

Segunda. Si ni la ley ni la costumbre tienen nada que ver con la voluntad del Príncipe; si la palabra *Derecho* no equivale a la palabra *Ley*, y si la *vigencia* no se confunde nunca con la *promulgación*, la función del *Juez* se vuelve primordial, difícil y delicada. El juramento de los Jueces castellanos (*Ordenanzas Reales de Castilla*, Libro II, título 4, Ley 8) dice así:

Juramos a vos el rey y la Reyna que así como vuestros oidores y jueces obedeceremos vuestros mandamientos que vos, el dicho señor rey y la Reyna y cualquier de vos nos hicieredes por palabra o carta o mensajero cierto; ...Otrosí, que los pleitos que antes nos vinieren, que los libraremos lo más aína y mejor que pudiéremos, bien y lealmente por las leyes de los fueros y derechos y leyes y ordenanzas de vuestros reynos.

En contraste total, el juramento de los jueces catalanes (*Constitucions*, vol. I, llibre I, títol 48, llei 8) dice así:

Jur jo a vós el rei e a tot el poble de la mia vegueria que en aquesta vegueria en la qual vos me metets m'hauré llealment mantinent dret e justícia ...e los plets qui vendran en mon poder espatxaré, de mon poder, com pus tost poré segons dret e raó.

El *Juez* tiene que juzgar *segons dret e raó* —lo cual hace que la *justicia*, la *equidad* y el *arbitrio judicial* sean los protagonistas de nuestro sistema y que, si el juez tiene que conocer el *Derecho* escrito, tiene que conocer más aún la *conciencia social*, el sentido popular de lo que es justo y de lo que no lo es, que puede constituir una costumbre contra la ley o puede hacer que, en un caso particular, la ley tenga que ser olvidada.

La consecuencia es clara: el *Juez* no puede ser ni un teórico ni uno extraño a la psicología del país; tiene necesidad de conocer aquella conciencia social —y, para conocerla, tiene que vivirla, tiene que sentirla y tiene que participar en ella como un miembro más de la comunidad; el *Derecho* —que se identifica con el sentido de lo que es justo— no se puede aprender, se tiene que vivir. A cambio de esto, el juez tiene una amplia libertad para decidir —comprendiendo antes la conciencia social— lo que es justo y lo que no lo es; y puede hacerlo directamente, sin ocultarse ni decidir en justicia fingiendo —porque la ley se lo exige— que está *interpretando* la Ley escrita.

No tiene que extrañar, pues, la importancia que en Cataluña tiene la jurisprudencia; las Cortes de 1542 y 1547 ordenaron la publicación —a cargo de la Diputación del General— de las decisiones de la Real Audiencia; a lo largo del siglo XVIII las obras jurídicas más importantes —de Fontanella, Cortada, Caldero, Tristany, Peguera, Ramón, Ripoll, Xammar— son comentarios a las Sentencias de los Tribunales.

Sobre esta realidad uno puede preguntarse cuáles fueron los efectos del hundimiento de 1714. Hay que hablar, naturalmente —y

se ha hablado mucho de él—, del Derecho de Nueva Planta y de la supresión de nuestro principal órgano legislativo. Pero creemos que el hecho no tuvo, en el campo del Derecho civil, demasiada importancia; nuestro sistema jurídico era, ya, una estructura abierta, adaptable y no excesivamente necesitada de leyes, al menos mientras no se produjeran cambios sociales revolucionarios. Es suficiente recordar que a lo largo del siglo xvii, no se dictó ni una sola disposición —Constitución o Pragmática— de alcance civil. El Decreto de Nueva Planta es consecuencia y aplicación de algo más importante y decisivo que su promulgación: la importación de un espíritu radicalmente contrario al nuestro. La formulación precisa y exacta de este espíritu fue hecha años antes en el Decreto con el que desaparecían los privilegios de Valencia y Aragón (29 de junio de 1707. *Novísima Recopilación*, Libro III, Título III, Ley 1ª).

“... y tocándome el *dominio absoluto* de los referidos Reynos —dice Felipe V—, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del *justo derecho de la conquista* que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión; y considerando también que *uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes*, las cuales con la variedad de los tiempos y mudanza de las costumbres podría yo alterar, aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello...; he juzgado por conveniente (así por eso como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente como desde luego doy por abolidos y derogados todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observada; *siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las leyes de Castilla* y al uso y práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada.” (Los subrayados son, naturalmente, nuestros.)

El Decreto es un verdadero *programa* y la expresión de una concepción del Derecho que, desde entonces, se intentará aplicar en toda su extensión y sin compromisos ni claudicaciones. No falta nada en él: el *dominio absoluto*, el *derecho de conquista*, la *uniformidad* —que, como se puede ver, no quiere decir una imposible armonización de los Derechos peninsulares, sino la simple imposición en todas partes de las leyes de Castilla *tan loables y plausibles en todo el universo*. Pero, dejando de lado estos detalles, nos interesa más subrayar la importante afirmación de que *uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de las leyes* —y la no menos importante real decisión de derogar algo tan poco derogable como son *las prácticas y costumbres*: esto equivale a decir que el Derecho es lo que place al príncipe —o al legislador.

Las consecuencias de este programa —consecuencias que se irán imponiendo lentamente— son:

a) La sustitución de un Derecho vivo, sentido, adaptable, consuetudinario, por un Derecho escrito, rígido y oficial; el Derecho no es la justicia, sino la Ley; y ésta sólo puede ser modificada por otra Ley.

b) El establecimiento del principio de legalidad: quien actúa dentro de los términos de la ley tiene plena seguridad jurídica —aunque la sociedad entera proclame la injusticia de su comportamiento.

c) La posibilidad —que acabará no escandalizando a nadie— de la perfecta legalidad de comportamientos socialmente no decentes —y de la ilegalidad de comportamientos perfectamente decentes.

d) La generalización del concepto de jurista como hombre conecedor de textos oficiales —no del Derecho ni de la sociedad a la que se aplica la norma ni de la tabla de valores de aquélla. El jurista teórico o práctico no sólo puede ser nómada, fungible y apto para serlo en todas partes, sino que puede aplicar el Derecho a distancia sin conocer tan sólo la sociedad de que se trata.

e) Fundamentalmente, el Derecho es la Ley y la Ley se encuentra ya establecida y fijada, no solamente en las publicaciones oficiales, sino en tratados y manuales. Basta con poseer *el libro* —cuanto más pequeño y resumido mejor— para poseer el derecho y la capacidad de aplicarlo. Si existe algún Derecho no resumido ni fijado en un pequeño libro —como el Derecho Catalán— pueden pasar y pasarán las cosas más insospichadas.

Hemos dicho que con Durán y Bas se produce una fractura, una solución de continuidad; pero creemos que la solución de continuidad esencial —porque se produce en los mismos fundamentos del sistema— se encuentra aquí: en el espíritu cesarista, legalista, literalista que se superpone a un sistema jurídico que, se dice, continúa vigente en toda su integridad.

La historia social del siglo XVIII, ya ha sido escrita y se puede resumir fácilmente: después de 1714, los catalanes adoptan la actitud que han adoptado al día siguiente de cada paliza histórica: se desentienden de una política peninsular de la que sólo saben que se propone, bajo la consigna de la unidad nacional, la supresión de las “diferencias” territoriales; dejan la política y la administración del país, porque no pueden hacer otra cosa, en mano de los *botiflers* de turno, y dedican la propia actividad a lo único que les es permitido: trabajar y enriquecerse. La historia jurídica no ha sido escrita y no somos nosotros quienes podamos llenar este vacío. Basta con saber que deja de enseñarse el derecho catalán y que la obra más importante que durante este siglo se publica no es otra cosa que un pequeño manual para prácticas: la *Theorica Artis Notariæ*, de Vicens Gibert (año 1772). Por tanto, podemos decir que, en el campo jurídico, en Cataluña se hizo un silencio como de un siglo; pero el espíritu introducido —o radicalizado— por la nueva dinastía iba produciendo sus resultados inevitables: se revelan claramente cuando en el año 1820 —en plena fiebre codificadora y unificadora— se produce la polémica, que hoy puede parecer grotesca, sobre el Derecho supletorio

de Cataluña (la historia de los hechos puede leerse en la *Historia del Derecho de Cataluña*, de Guillermo María de Broca, páginas 426 y siguientes), polémica en la cual se pueden ver los efectos de la lenta sustitución de los juristas catalanes por los forasteros y la desnaturalización de la idea del Derecho que se produce entre los mismos catalanes. El Fiscal de la Audiencia nos habla de “lo difícil que era el que los Fiscales que venían de otras provincias siguiesen un método uniforme y constante en la sustanciación de las causas cuando el particular de aquí *no se enseña en ninguna Universidad ni Academia Pública*, sino sólo se aprende con el *estudio de libros* de este país poco conocidos fuera de él y con la práctica de sus Tribunales y Juzgados”; “apenas hay en la Audiencia pleito alguno en que no se citen leyes generales del Reino juntamente con las canónicas y romanas... y en muchísimas se ve que los abogados se valen de las primeras contra lo establecido en las que componen el Derecho supletorio de Cataluña si así les conviene para sostener las pretensiones de sus clientes”.

Y es sintomático del caso introducido por la manera como se aplicó nuestro Derecho durante un siglo el hecho de que un hombre de la categoría de don Lázaro de Dou, que tuvo el valor de decir que “siendo corto el número de Jueces que han de venir a estas provincias respecto de la población de sus súbditos... es más fácil instruirse ellos que no el que novecientas mil almas que habrá en Cataluña deban mudar sus costumbres y prácticas”, desconozca ingenuamente la esencia de nuestro derecho y admita que “para facilitar el conocimiento del Derecho Catalán a los juzgados convendría que V. M. ... propusiese un premio al que *reduzca a un compendio* el derecho de que gocen los particulares, naturales o habitantes de Cataluña”, lo que equivale a aceptar, como cosa natural, lo que podríamos llamar *formación jurídica acelerada*.

Dos fueron las consecuencias de esta polémica; la primera que, como consecuencia de su envenenamiento, el Derecho Romano pasó a ser el objeto principal de la discusión y, por tanto, a ocupar un lugar privilegiado y a ser considerado por todos como la misma esencia del Derecho Catalán. A mediados del siglo pasado decir “derecho catalán” equivalía a decir “derecho romano” —circunstancia que, si de un lado daba a nuestro Derecho, más allá del Ebro, el prestigio de las cosas difíciles, antiguas y, especialmente, desconocidas, sirvió de otro lado para desfigurarlo completamente. La segunda es que llegue a admitirse que el Derecho sea un conjunto de normas ya fijadas, permanentes y solidificadas —o, por lo menos, reducibles al tamaño de un manual.

A principios del siglo XIX, con la victoria de los principios “filosóficos” —jusnaturalismo racionalista— que llevan a la unificación y codificación napoleónicas, parece que la política absolutista y unificadora no podrá ser ya detenida. Pero es precisamente en este momento que nace y crece la escuela histórica, capaz de enfrentarse con el jusnaturalismo. En España la lucha fue encarnizada; pero esta vez, a campo abierto y en el terreno intelectual. Sorprendentemente,

la figura extraordinaria de Durán y Bas obtiene una victoria total ante las corrientes codificadoras y unificadoras. Contribuyen a esta victoria tres factores: la falta de preparación filosófica de los representantes de la corriente unificadora, el historicismo del krausismo, representado por Giner de los Ríos, único grupo madrileño con categoría intelectual reconocida, y —hay que decirlo— una inevitable desfiguración del Derecho Catalán. Durán y Bas, enemigo de la codificación porque sabe que codificar no solamente significa *inmovilizar* —lo cual ya sería suficiente— sino *unificar* —cosa que, tratándose del Derecho Catalán, quiere decir suprimir—, tiene también perfecta conciencia de que *lo que en el fondo se discute es la respectiva preferencia de la costumbre y de la legislación* (página X de la *Introducción* citada). Tácticamente, Durán y Bas no tiene más remedio, para salvar lo esencial —la supervivencia de un Derecho Catalán—, que ceder en dos cosas: en la presentación del Derecho Catalán como Derecho Romano, lo que hace que pueda tener de su lado el fabuloso prestigio de Savigny, y en la admisión del criterio codificador: *la supremacía de la legislación sobre la costumbre* —dice— *es lógica y, por tanto, inevitable: la costumbre existirá todavía, pero por ley histórica, en estado de inferioridad y subordinación* (*Introducción*, página XI).

A la admisión por parte de Durán y Bas de tales ideas, profundamente reformadoras de nuestro Derecho, contribuyeron tres hechos característicos de nuestro siglo XIX:

Primero: *La desaparición del juramento confirmatorio como pieza fundamental de nuestro sistema*. Este hecho tiene muchas causas —unas lejanas y otras próximas—. Hay el desprestigio de los Tribunales Eclesiásticos y el anticlericalismo ambiental de la época. Pero también hay causas pretendidamente científicas: en el año 1829 se publican los *Discursos Críticos sobre las Leyes y sus Intérpretes*, de don Juan Francisco de Castro, que, con referencia a la situación jurídica de Castilla, presenta las renunciaciones y los juramentos confirmatorios poco menos que como manifestaciones de la picaresca más rudimentaria. La obra fue muy leída en nuestro país y fueron aceptadas sus conclusiones sin tener en cuenta que si en Castilla no se perseguía con estos procedimientos otra cosa que la sumisión a la jurisdicción eclesiástica, en Cataluña el procedimiento era perfectamente ortodoxo y durante siglos había demostrado su finalidad y su eficacia. En el fondo, nuestros juristas llegaron a creer que la eliminación de las renunciaciones y de los juramentos confirmatorios llevaba a la supresión de elementos bárbaros y poco recomendables y a la reconstrucción del verdadero Derecho Romano en su inicial pureza. A finales del siglo —y a lo largo del nuestro— no faltan autores que, sin la erudición de don Juan Francisco de Castro ni conocimientos históricos de clase alguna, nos presentan las renunciaciones y los juramentos confirmatorios como vulgares corruptelas notariales sin otro valor que el de su pintoresquismo.

Segundo: *La deformación del concepto de seguridad jurídica*.

Clásicamente, la seguridad jurídica se obtenía muy fácilmente: procurando que la propia conducta quedara absolutamente dentro del área de la decencia y absteniéndose de querer llegar hasta el límite de lo socialmente permitido. Pero, en el campo mercantil las cosas no eran exactamente así: inicialmente, el hecho de que el comercio llegase a ser internacional y produjese vínculos jurídicos entre sujetos distanciados y, por tanto, difícilmente incluíbles dentro de una misma área de *conciencia social*; posteriormente, el hecho de que la actividad mercantil prescindiese del concepto de *precio justo* y se montara sobre la posibilidad de la especulación, hicieron que el derecho no fuese considerado como *norma jurídica*, sino como *regla de juego*, y pudiese ser utilizada como arma ofensiva en los tratos mercantiles. Y, si esto se generaliza entre los comerciantes, el siglo XIX presenta el espectáculo de las clases burguesas, mercantiles y ciudadanas, deseosas de extender este concepto del Derecho y de considerar mercantiles incluso las operaciones últimas —las que ponen en contacto al comerciante con quien no lo es—. Hacia el año 1850 el concepto de *seguridad comercial* —que resulta de la existencia de normas escritas, precisas, exactas y anticipadamente conocidas— se impone el concepto de *seguridad jurídica* —la que resulta de la honradez y del comportamiento justo y moderado—. Esta evolución es uno de los factores que más ayudan a crear un clima favorable a la codificación —a la fijación de la norma y a su interpretación lo más literal posible—. A partir de la codificación, los jueces sólo podrán tener en cuenta la justicia aparentando aplicar la legalidad.

Tercero: *La quiebra de los órganos de expresión de la conciencia social*. Con cierta imprecisión Durán y Bas hace referencia a este fenómeno al decir que *el propio Savigny se ve obligado a admitir que, cuando en el curso de las edades la fuerza creadora del Derecho se retira del pueblo, continúa en sus órganos uno de los cuales es la legislación*. Lo que no tiene en cuenta Durán y Bas es que la fuerza creadora del pueblo *nunca* puede expresarse por ella misma y *siempre* tiene necesidad de ciertos órganos de exteriorización: que estos órganos son —por encima de la legislación— el notario (jurisprudencia cautelar) y el juez (jurisprudencia contenciosa); y que lo que ha pasado en Cataluña a lo largo de los siglos XVIII y XIX ha sido que se ha montado una judicatura, privada de toda facultad arbitral y obligada a aplicar la ley escrita —o la costumbre *alegada y probada*—, no la sentida y vivida. El juez, como hemos visto, no puede decidir en justicia y según derecho y razón más que aparentando hacerlo según la legalidad vigente —e incluso esto, no le es muchas veces posible y, por grande que sea su buena voluntad, tiene que limitarse a reconocer que la ley es dura, pero es la Ley. Ante este hecho —inevitable porque las leyes procesales lo imponen— el notario no puede correr riesgos: y adopta una actitud temerosa que le lleva a redactar documentos seguros —es decir, documentos que recogen el derecho *oficial*, no la conciencia social, porque sabe que el juez está obligado a atenerse a aquél y poco puede hacer para respetar a ésta.

Es obligado reconocer que todos estos factores no cristalizaron por primera vez en la *Memoria* de Durán y Bas; éste recoge una manera de entender nuestro Derecho que ya se encuentra en obras anteriores; en el *Manual de Derecho civil*, de Elías y Ferrater (año 1842) —el libro más consultado por los juristas catalanes del siglo pasado— y las *Instituciones de Derecho civil Catalán*, de Broca y Amell (año 1880) —la obra más consultada hasta la aparición de la de Borrell—. Pero la *Memoria* tiene, detrás de sí, el inmenso prestigio del jurisconsulto, del político, del economista y del dirigente de la escuela histórica que es Durán y Bas; esto hizo que, especialmente fuera de Cataluña, y aquí, entre los juristas no catalanes, tuviese un éxito inmenso y fuese *el libro* en el que se podía aprender el Derecho Catalán *sans larmes*. Porque, si se prescinde de la *Introducción*, con sus reticencias e impertinencias apenas disimuladas, la *Memoria* es corta, de agradable lectura y va seguida de un articulado que pone de relieve un Derecho suficientemente folklórico y campesino para que se le pueda admitir sin demasiadas prevenciones, e incluso, con un gesto de amable condescendencia.

Con su éxito, lo que hace la *Memoria* es acabar un proceso de destrucción de los arbotantes que neutralizaban el peso de la bóveda del Derecho común; el juramento queda configurado como una pieza pintoresca, inútil, respetuosa con las creencias tradicionales y perfectamente suprimible. Y el Derecho Romano, mantenido a raya durante siglos, limpio ya de excrescencias y corrupciones, químicamente puro, cae como una losa sobre la vida jurídica catalana.

Para acabar de caracterizar nuestra situación jurídica a finales del siglo pasado, hay que hacer referencia a dos hechos decisivos, consecuencia ambos de la circunstancias de que el rechazo del jusnaturalismo racionalista y la aceptación, por los juristas catalanes, de los principios y conclusiones de la escuela histórica no se originan espontáneamente como consecuencia natural del estudio y desarrollo de nuestro Derecho, sino que se produjeron para dar fundamento a una posición defensiva. Ante el peligro del anonadamiento, Durán y Bas, y con él todos los juristas catalanes, adoptan una posición filosófica nacida y crecida fuera de Cataluña; nuestro historicismo no es catalán, sino alemán. Por extraordinaria que fuese la preparación de Durán y Bas y por mucha que fuese su capacidad de trabajo, no le fue posible crear de la nada los fundamentos de un historicismo propio —ni llevar a término sus consecuencias científicas.

El historicismo de Savigny se montó sobre una extraordinaria labor de investigación histórica del Derecho vigente en los países germánicos. Sin este trabajo no habría sido posible —no era posible— un historicismo de primera mano, como tampoco era posible una formulación cuidada de nuestro Derecho. Durán y Bas tiene plena conciencia de ello: en la *Introducción* viene a decir explícitamente que si escribe la *Memoria* y formula su resumen articulado, lo hace porque no hay más remedio, porque si no lo hace se puede perder todo; ya que este trabajo no es posible sin una previa investigación

histórica que, reconoce, aún está por empezar. La *Memoria* es un trabajo de salvamento, de urgencia —como más adelante lo será la *Compilación*—, falto de un elemento esencial. La investigación histórica empieza con la generación siguiente —la de Balari, Pella i Brocá— por el escalón más bajo: el de la historia *oficial*, la de los *barones de Cataluña*, que estaba aún por hacer; e, incluso, ésta fue interrumpida —después de Hinojosa y Carreras Candi— mucho antes de que con Jaume Vicens Vives, se empezara a pensar en la historia total, la del pueblo y de las cosas vivas.

Hay otro hecho aún más importante: el racionalismo del siglo XIX, infiltrado en la escuela histórica, lleva a ésta a la afirmación de que el Derecho vivido, histórico, tiene también, y en grado más elevado que el Derecho de laboratorio de la escuela filosófica, una lógica interna que hay que poner de relieve. Es decir: el Derecho vivo, resultado de una evolución de siglos, es lógicamente coherente y puede ser sistematizado (la obra fundamental de Savigny tiene por título "*Sistema*" del *Derecho Romano actual*). La consecuencia natural de la influencia racionalista sobre la escuela histórica fue la creación y brillante desarrollo de una pandectística. Pero en Cataluña faltaron juristas con suficiente empuje para crearla: Ramón María Roca Sastre se haría esperar, aún, medio siglo. La consecuencia —realmente extraordinaria— fue la importación a nuestro país de la pandectística alemana. Las fuentes esenciales de nuestro Derecho supletorio ya no se buscaron en los viejos infolios del *Digestum Vetus*, el *Infortiatum*, el *Digestum novum*, el *Codex* y el *Volumen*, sino en la edición crítica del *Corpus* de Kriegel, Hermann y Ossenbrüggen, traducida por García del Corral; el Derecho recibido y aceptado en nuestro país dejó de ser el explicado por los glosadores, comentaristas y autores clásicos, y fue el sistematizado por los pandectistas alemanes —de categoría indiscutible, pero totalmente extraños a nuestro Derecho vivido. Los nombres familiares de Accursio, Azón, Panormitano, Andrés, Placentino, Bellapertica, Cino de Pistola, Bartolo, Baldo, Pablo de Castro, Saliceto, Socino, Decio, Tiraquello, Alciato, Menocchio, Covarrubias y tantos otros desaparecen; en la nota bibliográfica del *Dret Civil Vigent a Catalunya* de Antoni M. Borrell i Soler —obra en la que este proceso se hace absolutamente patente— sólo se pueden encontrar los de Maynz, Savigny, Arndts, Ihering, Serafini, y Windscheid; más adelante surgirán Puchta y Dernburg y Bonfante, y Albertario, y Biondi, y Voci. Nadie se dio cuenta de que el Derecho común, elaborado, escogido, cribado, deformado, impuro —pero maravillosamente vivo— había sido sustituido por la reconstrucción arqueológica del Derecho Romano de la época justiniana.

Al finalizar esta etapa se han producido los hechos siguientes:

Primero. La lenta eliminación de la costumbre —de la conciencia social— como fuente primordial de nuestro Derecho privado y su sustitución por los preceptos escritos —leyes generales, Constituciones, cánones y fragmentos del *Corpus*. Debido a una equivocación

da concepción de la seguridad jurídica, la función judicial ha sido construida sobre fundamentos claramente positivistas, dejando de lado la equidad como criterio a tener en cuenta en la solución de los pleitos civiles. Y si, en una sociedad diferente, este sistema por lo menos habría llevado a la seguridad jurídica deseada, en la nuestra, constitutivamente incapaz de someterse a criterios abstractos y de eliminar el aspecto humano de los problemas jurídicos, lleva —paradójicamente— a una radical inseguridad: el juez español, espejo de la sociedad española, aplica la Ley, pero no puede olvidar la justicia; esto tiene, como consecuencia, una cierta ambigüedad en su función que lleva a la multiplicación de los pleitos donde una de las partes alega la justicia, mientras la otra está protegida por la letra de la Ley; en estos casos, la sentencia es imprevisible porque depende del criterio personal y absolutamente respetable que tenga el juez respecto del lugar preciso donde que se encuentra la línea que separa la *interpretación* de la *infracción* de la Ley.

Segundo. La lenta desaparición del juramento confirmatorio y de las renunciaciones como instrumentos jurídicos de recepción —o de rechazo— del Derecho común. Los notarios, influenciados por el ambiente social —cada día más secularizado— y por las críticas indocumentadas, dejan de incluirlos en las escrituras sin atreverse a sustituirlos por procedimientos menos anacrónicos. Esto lleva a la transformación del sistema que, de admitir el Derecho común como *Derecho dispositivo*, pasa a soportarlo como *Derecho imperativo*, transformación que se caracteriza por afectar fundamentalmente a la sustancia de nuestro Derecho privado, incluso teniendo como tiene su causa en la desaparición de un sencillo procedimiento instrumental y técnico —desconocido por la mayor parte de los que resultan afectados.

Tercero. Ninguna de estas líneas de evolución tiene su origen en la conciencia social, ni son, por tanto, *costumbre* en el sentido riguroso del término; son soluciones que dan los técnicos, soluciones eruditas y oficiales a las que les son perfectamente aplicables las palabras de la Constitución de Fernando II a las primeras Cortes del Barcelona del año 1481:

“Desitjants que los Usatges de Barcelona, Constitucions de Cathalunya, Capítols de Cort, Usos, Prácticas e Consuetuts, Privilegis dels Ecclesiàstics, Militars, Ciutats, Vilas e Locs del Principat de Cathalunya sien inconcussament observadas, e observats, statuim, e ordenam, que per qualsevol ús, o verdaderament abús fet, e practicat per nós, e nostres Officials, e que de aquí avant se faran, o practican contra los dits Usatges, Constitucions de Cathalunya, Capítols de Cort, Privilegis, Usos, Prácticas, e Consuetuts, encara que tals Usos fossen observats per tant temps, que no fos memoria del contrari, no sie ne puga esser derogat, ne perjudicat a las ditas Constitucions, Usatges, Capítols de Cort, Privilegis, Usos, Prácticas e Costums: ans reprobant tals Usos a Abusos, com a nulles volem, que las ditas Constitucions, Usatges, Capítol e actes de Cort, Privilegis, Usos, e Costums, romangan vàlits, e sien inviolablement observats.”