

Esponera y Cabañero, José Francisco

**Origen y principales fuentes del derecho español :
discurso leído en la Universidad de Madrid / por
Jose Francisco Esponera y Cabañero, en el acto
solemne de recibir la investidura de doctor en la
Facultad de Jurisprudencia.**

Madrid : Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-
Mudos y de Ciegos, 1848.

Vol. encuadernado con 23 obras

Signatura: FEV-AV-M-01429 (15)

La obra reproducida forma parte de la colección de la Biblioteca del Banco de España y ha sido escaneada dentro de su proyecto de digitalización

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Profesionales/Biblioteca/Biblioteca.html>

Aviso legal

Se permite la utilización total o parcial de esta copia digital para fines sin ánimo de lucro siempre y cuando se cite la fuente

15

Origen y principales fuentes del derecho español.

DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID,

POR

D. JOSÉ FRANCISCO ESPONERA Y CABAÑERO.

En el acto solemne de recibir la investidura

DE

DOCTOR EN LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.



MADRID:

IMPRENTA DEL COLEGIO NACIONAL DE SORDO-MUDOS.

—
1848.

Origen y principales fuentes del
derecho español.

DISCURSO

1818

EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID

POR

D. JOSE FRANCISCO ESPINOSA Y CABAÑERO

En el acto solemn de recibir la investidura



MADRID

IMPRESA DEL GOBIERNO NACIONAL DE BORGOS-MUNDA

1818

ILUSTRISIMO SEÑOR:

LA legislación Española há sufrido tantas y tan variadas épocas, han sido tan diversas las fuentes de su creación, que no puede menos de ofrecernos en materia tan importante un verdadero interes, su origen, sus adelantos, y su estado actual. La historia de nuestro derecho es de la mayor esencialidad para el estudio de la jurisprudencia, porque sin ella no se podrian adquirir acerca de esta mas que muy superficiales é insignificantes nociones. La historia nos manifiesta las diversas necesidades de los tiempos y los medios de satisfacerlas, las razones filosóficas que se han tenido presentes para la formación de las leyes, los caprichos de los soberanos absolutos que generalmente no consultaban mas que á su interes particular, y finalmente todo lo que debe tenerse presente para enmendar los errores admitidos y para evitarlos en lo sucesivo.

Envuelta la legislación de nuestros primitivos tiempos en un denso y espeso velo al traves del que, con dificultad podriamos averiguar los usos y costumbres que regian durante la existencia de nuestros mayores, careciendo de ñatos históricos que nos manifiesten con certeza los sucesos de la antigüedad ante-

riores á la dominacion de los cartagineses, se consideran y debemos considerar fabulosos é imaginarios los hechos á aquella época referidos. Ocupada la península por varias naciones atraídas por lo infinito de sus producciones agrícolas, por la abundancia de sus minas en metales preciosos y por su agradable clima, tan solo pensaron en aprovecharse de la sencillez de sus moradores explotando las grandes ventajas que les ofrecia, tanta inmensa riqueza. Antiguos y modernos historiadores unicamente manifiestan conjeturas acerca de su legislacion y si alguno ha querido afirmar de un modo positivo los sucesos de época tan remota como desconocida, sus aseveraciones han sido desechadas manifiestamente.

Pero no sucede lo mismo desde que la conquista de nuestra patria fué objeto de la política romana. Después de grandes y sangrientas guerras fué vencida y destruida Cártago por el inmortal Escipion, quedando la España reducida al poder de los romanos por espacio de siglos enteros. Alucinados los españoles con la artificiosa política de tan gran nacion, temerosos de sus armas fueron insensiblemente adoptando sus leyes, sus usos, y sus costumbres, convirtiéndose la península en una provincia de su imperio considerada como la joya mas rica que poseian. Los heroes que auxiliados de su patriotismo intentaron sacudir tan abominable dominacion combatiendo por la libertad de su patria, sucumbieron á la grandeza de Roma. Entonces se estableció toda su legislacion, procurando hacer olvidar la que antiguamente regia. Los gobernadores, los tribunales, los magistrados, eran iguales á los que en

Roma estaban constituidos, los litigios se decidían con arreglo á sus códigos y con todos los demas negocios sucedía lo mismo. Varios de los ciudadanos españoles dividieron con los de Roma los honores de la magistratura y aun la purpura de los emperadores, sus poblaciones en cuya mayor parte se gozaba del derecho itálico, se ostentaban ricas y florecientes y aun se conservan magníficos y admirables restos de su antiguo esplendor.

La legislación romana indudablemente ha sido una de las mas sabias y mas perfectas que con arreglo á las necesidades de la época, se han formado durante la existencia de las naciones como lo prueba suficientemente la opinion de eminentes jurisconsultos y la estimación con que es mirada en la actualidad. Una sucinta reseña nos dará á conocer la verdad de mi aserto y creo necesario hacerla porque la legislación romana es considerada como la primera y principal fuente de la nuestra.

La constitucion de los primeros romanos fué liberal en extremo pero no tanto que no envolvese algunas tendencias despóticas. El pueblo reunido en comicios era el que hacia las leyes. era el verdadero soberano. Pero ciertas reservas y facultades concedidas á sus reyes, hacian ilusorios tan sagrados derechos, sosteniendo aquellos el despotismo por medio de ardides y cautelas. Escarmentados al fin con su dominacion y particularmente con la de Tarquino el Tirano, Junio Bruto fingiéndose demente logró tramar una conspiracion que cambió en un todo el orden establecido. La república fué fundada y los cónsules revestidos de

omnimodas facultades en union con el senado estaban encargados de velar por la felicidad de la patria; fueron abolidas las antiguas leyes reales gobernándose el estado á voluntad de sus representantes. Conociendo los tribunos los grandisimos inconvenientes que este sistema ofrecia, propusieron la formacion de un código; el senado manifestó alguna oposicion pero al fin fué aprobado este proyecto y se enviaron á Grecia tres comisionados encargados de recoger las leyes mas convenientes. Se escribieron las Doce Tablas las que tanto por los romanos como por los estrangeros fueron reputadas por el *non plus ultra* de la sabiduria humana, de tal modo que Dionisio Halicarnáseo decia hablando de ellas «quien haga profesion de la jurisprudencia y de la política, la encontrará en las Doce Tablas, que son un retrato verdadero del gobierno mas perfecto. Y en otro lugar.... Mas que todo el mundo clame contra mi, yo creo que solo este pequeño libro vale mas que las bibliotecas de todos los filósofos. Del mismo modo pensaba Ciceron.

Despues de las Doce Tablas varios proyectos hubo para formar nuevos y cumplidos códigos durante la existencia de la república, mas esto no llegó á verificarse hasta que se constituyó el imperio. Componian el derecho romano leyes sueltas é inconexas, órdenes de los emperadores, edictos de los magistrados, pretores, rectores, hasta que el emperador Adriano puso freno á la autoridad de estos prohibiendo la publicacion de nuevos edictos y mandando juzgar por el que trabajó Salvio Juliano con el título de edicto perpetuo. Desde esta época la legislacion romana fué tomando un

nuevo aspecto. Aumentado maravillosamente el poder de Roma, fué perfeccionandose hasta ser la mas completa de cuantas se conocian. El código Gregoriano y Hermogeniano se formó despues de la conversion del gran Constantino por temor sin duda de que las leyes que contenian no fueran dadas al olvido, y aun cuando fueron trabajados por particulares y sin encargo del gobierno, regian en los tribunales. En este estado se encontró la legislacion de la primera nacion del mundo, hasta que por orden y encargo del jóven Teodosio se publicó el código Teodosiano; su imperfeccion se manifiesta tan solo con citar la ley que autorizaba la decision arbitraria en caso de duda. Fueron dándose leyes sobre leyes, decretos sobre decretos ademas de los comentarios para su aclaracion, de tal modo que con dificultad se habrá visto un caos mas completo. Por fin el emperador Justiniano encargó á varios jurisconsultos la formacion de las Pandectas, las Instituciones del derecho y un nuevo código. Estos con algunas otras leyes intituladas Novelas, contenidas en el cuerpo del derecho civil romano, son los elementos y primera fuente del civil Europeo y mas particularmente del Español. En ellos se estableció la diferencia de condicion entre las personas y esclavos, la patria potestad tan absoluta cuyo fundamento era el dominio quiritario que constituia á los hijos respecto de sus padres en cosas que podian ser enagenadas, las nupcias, las tutelas y curatelas, las adopciones, la propiedad, las servidumbres, las donaciones, la testamentifaccion, en fin todo aquello perteneciente á la esencialidad de una legislacion completa. Los jurisconsultos del impe-

rio trabajaron para que los referidos códigos se aproximaran á la perfeccion, mas á pesar de todos sus esfuerzos algunas de sus disposiciones aparecen injustas y bárbaras, aunque tal vez serian oportunas en aquellos tiempos. Nada perdió la España en adoptar esta legislacion cuando no tenia ninguna.

Si los romanos hubieran conservado su primitiva pureza, en vez de presenciar la total destruccion de su imperio con la rapidez de una exalacion, hubieran conservado su grandeza por largos siglos. Corrompidas sus costumbres por la molicie y el lujo escandaloso de que se veian rodeados, estenuados con sus vicios y debilitados por su misma ambicion, se encontraron sin fuerzas suficientes para contrarrestar y defenderse de las irupciones del norte que cual si fueran oleadas de inmenso oceano invadian sin cesar las tierras de oriente y occidente llegando á apoderarse hasta de la misma Roma. La destruccion de poder tan colosal es atribuida no al número de los barbaros que descendieron del norte, sino á la debilidad y decadencia en que se veia sumido el imperio por las infinitas riquezas que se habian atesorado en la metrópoli. Asi como los primeros ciudadanos de la república consiguieron engrandecer su nacion de la nada en que se fundó á la mas elevada altura por medio de su valor y de sus virtudes cívicas, asi sus descendientes no pensando mas que en los placeres apresuraron su ruina por medio de sus vicios. Destruido el imperio necesariamente había de verificarse un cambio en las costumbres y legislacion de las provincias y ciudades conquistadas. Asi sucedió en España despues de haberse establecido en ella los visi-

godos , los suevos y los vándalos. Dividido el territorio cada uno se gobernó por sus propias leyes y aun concedieron á los naturales el uso de las suyas convencidos de las dificultades que ofrece un cambio repentino en materias tan importantes. Estas costumbres de los godos son otro de los manantiales de nuestro derecho. Oriundos de la Germania, no abandonaron con la conquista su modo de vivir. La propiedad rural que es considerada en las naciones cultas como el fundamento mas solido de la felicidad pública, no solamente era menospreciada entre ellos sino aborrecida como el mayor enemigo de la libertad y de las buenas costumbres. Toda su consideracion estaba fijada en la milicia y para ser tenido por ciudadano y gozar de los derechos concedidos á los hombres libres, era necesario que diesen pruebas de su pericia en el manejo de las armas. La guerra en vez de ser tenida por una calamidad, era apetecida y deseada como el mas ventajoso medio de existir. Con estas belicosas ideas, dificil era que permanecieran mucho tiempo en estado de paz. Los germanos se gobernaban por reyes; la dignidad real no era hereditaria ni despótica sino dependiente en su adquisicion y en su ejercicio de las juntas generales en las que todos los ingenuos tenian derecho de votacion. Bajo estas mismas bases se constituyó en España la monarquia goda en sus principios, si bien civilizándose los godos con el trato de hombres mas adelantados, se convencieron de la necesidad de introducir algunas innovaciones que les serian muy convenientes. La relacion con las demas gentes que no eran de su nacion, el habitar en poblaciones y otras muchísimas cosas de

ellos desconocidas, fueron causa de que variasen insensiblemente sus bárbaros usos. La propiedad rural fué admitida y esta sola novedad produjo otras infinitamente ventajosas. Hasta el reinado de Eurico se gobernaron los godos sin mas leyes que sus antiguas costumbres trasmitidas por tradicion desde la mas remota antigüedad, y él fué el primero que mandó escribirlas en un código que se denominó Fuero Juzgo, cuya formacion hizo pasar su nombre á la posteridad aunque á la verdad manchado con el horrible crimen del asesinato y de la ferocidad y encarnizamiento con que persiguió á los cristianos. Algunos han asegurado que el Fuero Juzgo ha sido obra de setenta obispos consejeros de Eurico y quieren probarlo con un manuscrito y un breviario que se conservan al parecer de aquella época; difícilmente se concibe esto porque ademas de no existir tal número de obispos en España por aquel tiempo, la persecucion que tanto martirizó á los cristianos hace creer que estos no serian admitidos en asuntos de tanta importancia. El código de Eurico asi como los de las demas naciones bárbaras se compone de unas ordenanzas criminales ó reglamentos de las penas y multas correspondientes á los delitos y para cuya graduacion se atendia á la naturaleza y condicion de las personas. Rigió en la nacion española hasta que Alarico II siguiendo la política de algunos de sus antecesores, formó una compilacion llamada Breviario de Aniano y que fué extractada del código de Teodosio.

El objeto de los reyes godos al introducir las costumbres romanas en su nacion, no fué otro que el de afirmar y amplificar la autoridad real; el medio mas

útil para el logro de sus deseos era el hacer agradables ó menos odiosas las leyes de Roma entre las cuales al lado de algunas sabias y justas se encontraban otras favorables al despotismo.

Estendida la dominacion de los godos en casi toda la peninsula despues de haber vencido á los suevos, cántabros, y otros pueblos, Leobigildo estableció el oficio Palatino, usó de las insignias y distintivos reales, y fijó su residencia en la imperial Toledo; esto no pudo menos de producir efectos muy semejantes á los que presencié Roma durante el reinado de sus emperadores. Con la creacion de nuevos empleos, honores, títulos y privilegios, se afianzo completamente el poder real, los principes adquirieron mayor fuerza y llegaron á ser verdaderos soberanos. En este estado prescindiendo de leyes en contrario y no cuidándose de las reclamaciones de los concilios, gobernaban á su antojo, sin que nada pudiera oponerse á su capricho. Leobigildo reformó el Fuero Juzgo aboliendo muchas de sus leyes superfluas y sancionando otras necesarias. Se ignora si esta reforma la hizo con intervencion de los concilios á quienes estaba encargada la formacion de las leyes, la eleccion del soberano, y la decision de todos los asuntos esenciales. Mas adelante cuando Recaredo abrazó la religion cristiana, sin duda con el objeto de atraerse una secta que tan maravillosamente se habia estendido por el orbe entero, se concedieron esenciones y privilegios á los obispos y al clero, de tal modo, que su poder casi llegó á superar al de sus soberanos. Fueros particulares regian en todo lo que les pertenecia y aun en muchos negocios peculiares de los legos

tenian potestad de decidir segun sus leyes. Estos son los principios de la jurisdiccion eclesiástica.

La causa que con mas eficacia destruye el poder de una nacion sumiendola en el mas profundo abismo es sin duda su mal gobierno. Los godos habian degenerado de sus antepasados contribuyendo á ello las defectuosas disposiciones de su legislacion; en vez de desear la guerra para manifestar su valor, tan solo se ocupaban en intrigas cortesanas, asi es que debilitados con sus costumbres se vieron en la necesidad de sucumbir cuando los sarracenos se presentaron en sus fronteras. Conquistada la peninsula en un breve tiempo, los vencedores respetaron la propiedad, la religion, las leyes, usos, y costumbres, siendo bastante diversa la suerte de los pueblos conquistados. A pesar de esto la legislacion goda fué dada al olvido y no se restableció hasta el reinado de D. Alonso II llamado el Casto en el que dando este soberano alguna mas firmeza al gobierno, al trono y á la soberanía, ordenó que rigiesen las antiguas leyes godas y que se volviera á usar el oficio Palatino. A consecuencia de este restablecimiento se celebró en Oviedo un concilio en el que se reconoció aquella silla por metropolitana, y se decretaron varios cánones para el mejor gobierno eclesiástico y civil de aquel nuevo reino. Sin embargo de esto y aun cuando en los estados cristianos se conservó pura la religion católica, la potestad eclesiástica no dejó de sufrir alguna disminucion porque delante de las armas no se observan las leyes, se trastorna el orden, falta la justicia y goza y gana mas el que mas puede. Las preeminencias concedidas á los soldados necesarias

en una época en que el estado de guerra era mas comun que el estado de paz, la precision en que se vieron los reyes de privilegiar á los nobles y ricos homes para poder sostener estas mismas guerras, fueron causa del engrandecimiento del sistema feudal. La riqueza, los enlaces, la educacion militar, un resto de las costumbres góticas y sobre todo la debilidad del trono, dieron á la nobleza tal preponderancia que hasta llegó á ejercer derechos soberanos. Las insurrecciones de los grandes contra la soberania y contra los derechos nacionales fueron muy frecuentes, mas los reyes no pudieron combatirlos abiertamente porque algunos que lo intentaron fueron sacrificados. El mejor medio para conseguirlo era vigorizar al pueblo disminuyendo insensiblemente la esclavitud y envilecimiento que sufría, enriqueciéndolo y restituyéndole los derechos perdidos. Este fué el objeto principal de los fueros municipales aunque tal vez poco advertido por sus mismos autores. Los fueros de Leon, Nájera, Sepulveda, Jaca, Logroño, Salamanca, Toledo, San Sebastian, Zamora, Cuenca, el Fuero viejo de castilla el Fuero Real, fueron apareciendo sucesivamente y amplificando la representacion del estado general, hasta hacerlo temible y formidable. No obstante su variedad aparente, casi todos ellos coinciden en sus puntos principales dirigidos á procurar la libertad, y á asegurar la soberania. Los grandes inconvenientes que esta diversidad de fueros originaba, los abusos de la autoridad eclesiástica y la necesidad de una legislacion mas uniforme y racional fueron causa de que D. Alonso el sabio realizase los benéficos proyectos de San Fernando. El completo código de las

partidas fué publicado restaurando con él el derecho romano, si bien con algunas variaciones.

Diversos juicios se han formado acerca de ellas, pero lo cierto es que ocasionó un considerable trastorno en la legislacion, particularmente con la institucion de los mayorazgos, y la amplificacion de la potestad pontificia y la jurisdiccion eclesiástica que se hizo tan estensa, que apenas se encontraba causa ni negocio alguno espiritual ni temporal en que no pudiera ejercitarse. Mas D. Alfonso el oncenno celoso por la defensa de las regalías y la conservacion del justo equilibrio entre los derechos del altar y del trono, sostuvo los de la potestad civil sin faltar al respeto debido á la Santa Sede y á los obispos.

Con la jurisprudencia Ultramontana se habian introducido en el foro español todas las fórmulas y sutilezas del derecho romano con las cuales se multiplicaban y hacian los pleitos interminables, y sumamente dispendiosa la administracion de justicia. D. Alonso pensó remediar estos abusos con la publicacion del ordenamiento de Alcalá, pero lejos de haber remediado con él los daños que se causaban, no sirvió mas que para aumentarlos. Las leyes de Toro, la nueva y la Novísima Recopilacion fueron las que las siguieron, y aun cuando en estas últimas se observa menos desigualdad en la condicion de las personas, no por eso han sido suficientes para formar una legislacion completa.

El poder soberano siempre en continua lucha para afianzarse contra la nobleza y contra el clero, há conseguido su objeto por medio de una sabia política. Desterrado el sistema feudal, disminuida la inmensa

potestad eclesiástica en negocios ajenos de ella, todas sus facultades se hallan reasumidas en la corona y la verdadera sociedad há recobrado sus legítimos derechos. Es verdad que por siglos enteros há dominado el despotismo, pero el sistema filosófico moderno desterrando las preocupaciones y manifestando la realidad, há contribuido á la grande obra cuya tendencia se refiere á que el hombre sea considerado en todos sus derechos.

Los principios que en la actualidad nos rigen son originados segun he manifestado, del derecho romano, de las costumbres godas, del sistema feudal y de los adelantos de los siglos; nuestra legislacion todavia incompleta há tenido grandes adelantos; el código de comercio, el sistema representativo por el que tanta sangre se há derramado, la instalacion de los juzgados, el código penal, son producto de su necesaria reforma; la filosofia unida á la ciencia es la que puede perfeccionar el derecho español indispensable para nuestra felicidad.—Hé dicho.

José Francisco Esponera.

