

¿CRISIS DEL SISTEMA DE DERECHO COMÚN EN LA LITERATURA JURÍDICA GALLEGA DEL SIGLO XVIII? JUAN FRANCISCO DE CASTRO Y SUS DISCURSOS CRÍTICOS*

EMMA MONTANOS FERRÍN

*Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: Se analiza el desarrollo del sistema de derecho común en Galicia durante el siglo XVIII a través de la obra *Discursos críticos* del jurista gallego Francisco de Castro, abogado de la Real Audiencia del viejo reino. Se aporta claridad sobre esta fase de desarrollo del derecho común y se contribuye a la demostración de que el *ius commune* en sus diversas etapas ha marcado de forma irrenunciable la identidad del derecho europeo continental como complejo de principios y de reglas. El cambio dinástico del siglo XVIII, que supuso el advenimiento de la Casa de Borbón a la Corona de España, plantea en el ejercicio del 'sistema', desde el punto de vista doctrinal, la tensión entre el derecho regio y el *ius commune*. El 'nuevo' planteamiento tuvo repercusiones de importancia en el campo de la elaboración de los 'Planes de Estudio' de las Facultades de Derecho de la Monarquía española – incluida la de Santiago de Compostela –, y no de tanto relieve, como se pretendía, en la realidad jurídico-práctica del Reino de Galicia en donde el derecho común permanece como derecho vital, no pudiendo hablarse de 'crisis' del 'sistema' de *ius commune*.

PALABRAS-CLAVE: Francisco de Castro, Discursos críticos, sistema de derecho común, reino de Galicia, mayorazgo, Juan de Matienzo, leyes de Toro, enfiteusis, Paolo di Castro, Baldo degli Ubaldi, Enrico da Susa, Giovanni d'Andrea, Niccolò Tedeschi, Oldrado da Ponte, Alberico da Rosciate, Antonio Gómez.

ABSTRACT: We examine the build up of Galician common law through the XVIII century on Francisco de Castro work entitled *Discursos críticos*, this lawyer belonged to the Old kingdom Royal Audience.

* Investigación financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad con cargo al proyecto DER 2012-31265 (Juristas de formación europea entre Europa y las Indias, siglos XVI a XVIII) del que la autora, Emma Montanos Ferrín, es investigadora principal.

Our aim is to throw light on this phase of development of the common law contributing to show how *ius commune* through their various steps had clearly marked continental European law as a complex network of principles and rules. The dynastic change of XVIII century in Spain, represented by the accession to the throne of the Borbon House, arises in the exercise of the "system" the doctrinal stress between the royal right and *ius commune*. The "new" approach had, of course, impacted on those responsible for devising studies planning on the Schools of Law of the Spanish monarchy -including Santiago de Compostela one- but its influence was not so relevant as it was pretended in the real legal practice in Galicia Kingdom where the *ius commune* still was a vital right. This does not allow us to recognise on that period a real crisis on common law.

KEY-WORDS: Francisco de Castro, *Discursos críticos*, Common Law system, Galicia Kingdom, primogeniture, Juan de Matienzo, Toro laws, enfiteusis, Paolo di Castro, Baldo degli Ubaldi, Enrico da Susa, Giovanni d'Andrea, Niccolò Tedeschi, Oldrado da Ponte, Alberico da Rosciate, Antonio Gómez.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO II. NECESIDAD DE UN NUEVO CUERPO DE LEYES III. EL MAYORAZGO, NOTABILÍSIMA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO REAL IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Con la finalidad de observar el desarrollo del 'sistema de derecho común' en el reino de Galicia y en el siglo XVIII es interesantísimo seguir la obra del jurista gallego Francisco de Castro. A través del pensamiento de este jurista trato de aportar cierta claridad sobre esta fase de desarrollo del derecho común y de contribuir a la demostración de cómo el *ius commune* en sus diversas etapas ha marcado de forma irrenunciable la identidad del derecho europeo continental como complejo de principios y de reglas.

El cambio dinástico del siglo XVIII, que supuso el advenimiento de la Casa de Borbón a la Corona de España, plantea en el ejercicio del sistema del derecho común, desde el punto de vista doctrinal, la tensión entre el derecho regio y el *ius commune*. Como es sabido, el 'nuevo' planteamiento tuvo repercusiones de importancia en el campo de la elaboración de los 'Planes de Estudio' de las Facultades de Derecho de la Monarquía española – incluida la de Santiago de Compostela² –, y no de tanto relieve como se pretendía, al menos en la realidad jurídico-práctica del Reino de Galicia³. Naturalmente estas nuevas 'exigencias' son

2 Como una manifestación más del absolutismo monárquico alcanzado en España en el siglo XVIII, el monarca comienza a atribuirse el gobierno y control de situaciones e instituciones que hasta el momento le habían sido más o menos ajenas: es el caso de la Universidad que se va a ver afectada por directas y abundantes disposiciones regias, determinando la enseñanza del derecho real en los estudios universitarios de las Facultades de Leyes, si bien bajo la fórmula determinada en el Auto Acordado de 1741 de que se estudiaran "junto al Derecho de los romanos" las leyes del reino. De esta forma se dio pie a la realización del estudio 'comparado' entre el Derecho real y el Derecho romano, debiendo el gran impulso a las reformas universitarias que en la década de los '70 fueron llevadas a cabo por Carlos III. Esta cuestión ha sido abordada desde diversas perspectivas por una completa historiografía; de ésta, personalmente me parece que siguen mereciendo puesto de honor las obras de PESET, M., "Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII", *Anuario de Historia del Derecho Español* 45 (1975) pp. 273-339 y de ÁLVAREZ DE MORALES, A., *La Ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII* (Madrid, 1971). Por mi parte, y concretándome en la Universidad de Santiago de Compostela, he seguido y dado a conocer los 'planes de estudio' de su Facultad de Derecho durante el último tercio del siglo XVIII, vid. MONTANOS FERRÍN, E., "El *Ius Commune* en los albores de la 'codificación' en el Reino de Galicia: Fundamento de su literatura jurídico-doctrinal; Su mantenimiento en los 'Planes de estudio' de la Facultad de Leyes compostelana y su aplicación en la Real Audiencia", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 1 (1997) pp. 387-401; "La aplicación del *Ius Commune* en Galicia en el siglo XVIII", *La aplicación del Derecho a lo largo de la historia. Actas II Jornadas de Historia del Derecho*. ed. SÁINZ GUERRA, J. (Jaén, 1997) pp. 45-65.

3 En anteriores trabajos he realizado un muestreo de lo que pudo ser la práctica jurídica vivida en Galicia, a través de diferentes expedientes que recogen situaciones jurídicas litigiosas muy diversas. He analizado un buen número de pleitos de los siglos XVII y XVIII recogidos en expedientes custodiados en el Archivo del Reino de Galicia sobre materias jurídicas muy diferentes. En todos ellos he podido constatar cómo a través de 'informes', 'dictámenes' que parecen alegar las partes en conflicto, se 'motivan' las diferentes sentencias. Se trata, probablemente, de 'dictámenes modélicos' que debieron de remitirse al Consejo, pudiendo ser que, incluso, hubieran sido expresamente solicitados. En general, estos expedientes incluyen en sus alegaciones, motivaciones y dictámenes invocaciones a obras correspondientes a una literatura jurídica claramente comprensiva del *ius commune* y también referencias a las leyes reales, siempre en comparación con textos del derecho común, vid. MONTANOS FERRÍN, E., "El *Ius Commune* en los albores de la 'codificación' en el Reino de Galicia cit. y La aplicación del *Ius Commune* en Galicia en el siglo XVIII" cit.

la respuesta a un pronunciamiento social que en el siglo XVIII se manifiesta amparado por el triunfo de la formulación teórica del poderío real absoluto. Esta posición, desde siglos antes, había sido objeto de pronunciamientos favorables por parte de juristas y filósofos políticos y como sabemos y hemos dicho, alcanza su máxima dimensión con Felipe V en la monarquía de España. Desde el punto de vista doctrinal no cesan las críticas contra el *ius commune*. En concreto, no son infrecuentes las alusiones al derecho romano como "saber teórico, "inmovilizado", dañino", como tampoco lo es la consideración de ofensa a la soberanía nacional el "regirse por leyes extranjeras", o la afirmación de "restituir a los romanos su derecho". Se trata de una corriente doctrinal bien conocida en la que yo no insisto y con la que se pretende, según ha puesto de manifiesto Manlio Bellomo, "dar espacio al derecho del príncipe", o bien "racionalizar las normas jurídicas para hacerlas instrumento más adecuado en las manos del príncipe y sobre todo del estamento forense"⁴. Solamente quiero poner de relieve, por lo que se refiere al reino de Galicia, la obra de este jurista gallego que, de forma clara, se enmarca en este tipo de literatura jurídica: *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo, y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia*, publicada en el año 1765⁵ y cuyo autor es Juan Francisco de Castro, abogado de la Real Audiencia del Reino de Galicia⁶. En el año 1770 este jurista publicó un nuevo volumen de la obra mencionada

- 4 BELLOMO, M., "Compartiendo, respondiendo, añadiendo. Reflexiones en torno al *Ius Commune*", *Rudimentos Legales. Revista de Historia del Derecho* 3 (Jaén, 2001) pp. 9-19. Se trata de la versión en lengua española y adición de notas del texto – levemente modificado – que BELLOMO presentó con ocasión del 114th *Annual Meeting of the American Historical Scholarship* (Chicago, 6-9 de enero del 2000).
- 5 FRANCISCO DE CASTRO, "Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo, y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia" (Madrid, 1765) 2 vols. Yo misma me he ocupado de estudiar una obra que supone una buena muestra de la literatura jurídica gallega en este sentido. Se trata del "Derecho Práctico y Estilos de la Real Audiencia de Galicia ilustrada con las citas de los autores más clásicos que la comprueban" (Santiago de Compostela, 1^a ed. 1764; 2^a ed. 1844; la 3^a ed. realizada sobre la segunda fue editada en La Coruña en el año 1975 por iniciativa del Colegio de Abogados de esta ciudad). Se trata de una exposición del derecho procesal usado en Galicia hasta el primer tercio del siglo XIX y cuyo contenido está esencialmente fundamentado en literatura jurídica de lo que podemos entender como ámbito comprensivo del *ius commune*, vid. MONTANOS FERRÍN, E., "Notas sobre la práctica jurídica gallega en el siglo XVIII", *Anuario de Historia del Derecho Español* 22 (1982) pp. 710-732 y "El *Ius Commune* en los albores de la 'codificación' en el Reino de Galicia" op. cit.
- 6 JUAN FRANCISCO VITORIO DE CASTRO, nació en Lugo el 25 de febrero de 1721 y falleció el 24 de diciembre de 1790. Sobre el desarrollo de su vida y el contenido de su obra, vid.: ROIG, J.M., *Apuntes sobre Juan Francisco de Castro* (Lugo, 1841); NEIRA de MOSQUERA, A., "Juan Francisco de Castro", *Semanario Pintoresco Español* (27 de junio, 1852); MARTÍNEZ de MURGUÍA, M., *Diccionario de Escritores Gallegos, s.v. Juan Francisco de Castro* (1862); LAVERDE RUIZ, G., "El Dr. Don Juan Francisco de Castro", *Ilustración Gallega y Asturiana* (28 de septiembre, 1881); VEIGA VALIÑA, A., "El Dr. Don Juan Francisco de Castro", *Boletín de la Comisión Provincial de Monumentos Históricos y Artísticos de Lugo* (Lugo, 1945) II; COUCEIRO FREIJOMIL, A., *Diccionario bio-bibliográfico de Escritores* (Santiago, 1951); OGANDO VÁZQUEZ, J.FR., "Los grandes juristas gallegos", *Faro de Vigo* (número especial conmemorativo del centenario del origen del "Faro de Vigo", Vigo 1953); GIL MERINO, A., *La obra del Doctor Juan Francisco de Castro Fernández en la cultura gallega del siglo XVIII: Sus discursos críticos sobre las leyes. Discurso leído o día 13 de diciembre de 1975, no acto da sua recepción polo ilustrisimo señor don Antonio Gil Merino* (inédito, Archivo da Real Academia Galega); TAU ANZOÁTEGUI, V., "El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: Los Discursos críticos de Juan Francisco de Castro", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980) pp. 375ss = "Index" 14 (Napoles, 1986) pp. 69 ss.; MONTANOS FERRÍN, *El Ius Commune en los albores de la 'codificación' en el Reino de Galicia* cit. y *La aplicación del Ius Commune en el siglo XVIII en Galicia*, op. cit.

titulado *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes: incertidumbres y detrimentos de los mayorazgos y otras disposiciones análogas en el bien común, su defensa a la población, agricultura, artes y comercio, necesidad de remedio y tentativa de algunos medios*⁷.

Me planteo ahora seguir el desarrollo del escenario jurídico del reino de Galicia en el último tercio del siglo XVIII de la mano de este gran jurista gallego y a través de sus *Discursos críticos*. Esta elección me parece muy oportuna porque me va a permitir reafirmarme en el criterio metodológico bellomiano que impulsa mi investigación desde los años '90 y que me lleva a afirmar que, si bien es cierto que en la evolución político-social y jurídica mucho cambia en este siglo, sin embargo el sistema de derecho común permanece en perfecta articulación en este reino; en efecto, el *ius commune* es y permanece como derecho vitalísimo y no puede determinarse este período como época de crisis del derecho común "atribuyendo al término crisis un significado negativo, señal y presagio de muerte"⁸.

Este trazado lo voy a plantear a través de dos enfoques: en primer lugar seguiré la primera parte de los *Discursos críticos* de Francisco de Castro como un claro exponente de jurisprudencia práctica de este gran jurista, buen conocedor de los *libri legales* y, por tanto, buen depositario del derecho común. En segundo lugar dejaré este planteamiento más general y me centraré en el análisis de la segunda parte de esta obra en la que el jurista gallego hace un recorrido histórico-jurídico siguiendo el hilo conductor de una institución de claro raigambre, el mayorazgo, desconocido para el derecho romano, pero claramente reconstruido en el desarrollo del *ius commune* al adoptar *figurae* jurídicas incorporadas en éste para dar explicación a instituciones como la que nos ocupa en este momento.

7 Sobre la obra completa se llevó a cabo una segunda edición en el año 1829 – que de aquí en adelante manejaré y citaré – en dos volúmenes y que únicamente difiere de la primera edición en que a esta segunda se le han añadido ilustraciones con citas de la Novísima Recopilación. Después del Prólogo que precede el desarrollo de esta obra, comienza el libro I "Compendio Histórico del Derecho" que desarrolla en seis "Discursos": I "Del origen y noción del Derecho"; II "Del Derecho Romano"; III "Del Derecho Canónico"; IV "Compendio Histórico del Derecho español". Continúa el libro II "Consideraciones generales sobre el Derecho, su autoridad, interpretaciones" cuyo estudio abarca a su vez siete "Discursos": I "Reflexiones generales sobre el Derecho Romano"; II "Reflexiones generales sobre el Derecho Canónico"; III "Reflexiones generales sobre el Derecho real"; IV "Sobre los Estatutos"; V "Sobre la costumbre, o Derecho no escrito"; VI "Exemplares demostrativos de la incertidumbre, e irrationalidades que entran en la costumbre" y el VII "Sobre las leyes tácitas; esto es, sobre la verdad, equidad y arbitrio en el Derecho". El contenido del Libro III "De la interpretación de las Leyes" comprende: un "Discurso" I "Sobre los intérpretes"; el II "Sobre las obras de los Intérpretes y su autoridad"; el III "Del origen y confusión de las opiniones"; el IV "Sobre la naturaleza, distinción y qualidades de las opiniones" y el V "De la incertidumbre de las opiniones y dificultades insuperables en elegir entre ellas seguro partido". Bajo la rúbrica "De la renunciación de la ley" se desarrolla el libro IV, cuyo "Discurso" I plantea el tema "De la renunciación en general"; el II "De la virtud, y eficacia del juramento en la renunciación de las leyes"; el III "Sobre los otros varios efectos del juramento en debilitar las leyes"; el IV "De la renunciación, y juramento de los menores de edad"; el V "Sobre los remedios contra la renunciación de las leyes y contratos jurados"; el VI "En que se proponen algunos exemplares en manifestación de las incertidumbres propuestas en este Libro"; el VII "Sobre los remedios legales contra el desorden, e incertidumbre del juramento". La obra se concluye con un "Apéndice de los quatro Libros de los Discursos Críticos sobre las Leyes, y sus intérpretes".

8 BELLOMO, M., *Compartiendo, respondiendo, añadiendo reflexiones en torno al ius commune* cit. p. 14. De forma muy clara este autor afirma además que: "no comparto el juicio, difundidísimo y corriente, justo porque la muerte anunciada tardará en llegar, inútilmente esperada durante siglos. Es por esto que no comparto el juicio de cuantos piensan que la crisis, imaginada como anuncio de un final, constituya la razón de la distinción entre la primera fase y la segunda fase de la historia del *ius commune*".

II. NECESIDAD DE UN NUEVO CUERPO DE LEYES

Francisco de Castro constituye un exponente de la jurisprudencia práctica europea que traslada a la realidad gallega la "necesidad de un nuevo Cuerpo de Leyes" dado el evidente estado de confusión existente a la hora de administrar justicia⁹. Como un claro eco de la pretensión jurídico-política que, tanto en el reino de Galicia, como en la monarquía de España, como en el confronto europeo pretenden destacar la atribución de los 'nuevos príncipes' de legislar afirma con rotundidad que "siendo la España un reino que no conoce otro superior temporal que su Soberano, solo éste, y no otra potestad, puede darle leyes", por lo que "sería muy conveniente al sosiego público el que las leyes romanas enteramente se desterraran no sólo de los tribunales, sino también de las Escuelas" dado que "el derecho romano no tiene fuerza de ley en España en los casos decididos por ley del Reino". Insiste en la necesidad de conocimiento del derecho real para poder ejercer de forma práctica el derecho cuando afirma que "el profesor en derecho cesáreo en la Universidad, sin ulterior estudio del derecho real, debe quedar para el bien de la república en completa inacción". Este planteamiento lo hace extensivo a los que solo poseen conocimientos en cánones antiguos quienes desde el punto de vista de la práctica deben de quedar sin ejercicio y solamente para "bien de la Iglesia"¹⁰. Sin embargo, ya se notan las primeras 'claudicaciones' en estas afirmaciones y todavía más cuando propone, como toda la doctrina europea del momento, la conveniencia de estudiar estas leyes reales "sobre su acomodamiento y concordia con las romanas y sus intérpretes"¹¹. A mayor abundamiento y, a mi modo de ver, como una clarísima demostración de que el sistema del derecho común es el operante, evidencia que tanto los principios del derecho romano como los del derecho regio "se hallan hoy tan íntimamente ligados en nuestros autores que, a no ser imposible, es sumamente difícil entender uno sin ayuda del otro" e insiste en este sentido cuando afirma que para completar el estudio del derecho real es necesario el derecho romano¹².

Resulta claro que Francisco de Castro conoce bien el contenido del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici* porque el conocimiento del *ius commune* era necesario también en estos momentos para ser buen jurista y resulta claro también que a lo largo de su obra

9 FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, Prólogo. En éste y de forma muy expresiva pone de relieve la situación jurídica del momento al afirmar que "entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable alusión de buenos y malos libros nacionales y extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada apenas cierto y seguro, y en el que más alcanza solo llega, después de encontrarse en los últimos periodos de su vida... a poder más que otros, por propia experiencia certificar esta verdad, y asegurar lo inextricable de este laberinto...".

10 FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, Libro II "Consideraciones generales sobre el Derecho, su autoridad, interpretaciones, y su estudio, Discurso II "Reflexiones generales sobre el derecho canónico", p. 66.

11 Todas estas afirmaciones están recogidas en el Libro II "Consideraciones generales sobre el Derecho, su autoridad, interpretaciones y su estudio, Discurso I "Reflexiones generales sobre el Derecho Romano", de la obra de FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, p. 58.

12 "Por lo que mira al estudio que se suele hacer del derecho real, se puede inferir que lo que queda dicho en el discurso sobre el derecho romano... Éste es necesario para completarlo", FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, Libro II "Consideraciones generales sobre el Derecho, su autoridad, interpretaciones, y su estudio, Discurso III "Reflexiones generales sobre el Derecho Real", p. 102.

se evidencia que el jurista está al servicio del moderno estado nacional que en el siglo XVIII alcanza en la monarquía de España el nivel de absoluto, posicionando a los juristas al servicio de la *potestas* del príncipe. Resulta claro además que este mismo poder real se sustentará en los contenidos de ese derecho común en que Francisco de Castro está formado. De esta manera, no puede resultar extraño, y es bien significativo, que también el contenido de su obra esté cimentado en la literatura jurídica del *ius commune* y que el conocimiento de la misma le permita incluso emitir juicios críticos acerca de la *autoritas* de comentaristas como Bartolo o Baldo y de juristas posteriores claramente exponentes del derecho común como, por ejemplo, Antonio Gómez. Utiliza con gran soltura y conocimiento en sus *Discursos críticos* las obras de todos estos juristas a pesar de que afirma que "felizmente en España, para evitar mayores incertidumbres se abrogó la ley que autorizaba la doctrina de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el abad Panormitano"¹³.

III. EL MAYORAZGO, NOTABILÍSIMA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO REAL

No pretendo realizar un análisis institucional sobre el mayorazgo, así como tampoco es mi intención evaluar la minuciosa y precisa elaboración jurídica de Francisco de Castro sobre la misma y ni siquiera seguir el pensamiento crítico de este jurista sobre su desarrollo en una época y en una realidad social que conoce perfectamente¹⁴. Mi intención es mostrar la construcción por parte de los juristas y dentro del 'sistema de derecho común' de una institución como el mayorazgo, originada por el derecho real y desconocida por el derecho romano. Es decir, mi pretensión es seguir el trazado de elaboración por parte de la literatura jurídica de una institución desconocida por el derecho romano y reconstruida por los juristas del derecho común con *figurae* del derecho romano y canónico. Por fin, mi objetivo

13 El conocimiento de estos juristas y de sus obras lo sitúa en posición de poder emitir valoraciones críticas sobre los mismos y así mantiene, por ejemplo, que: "Es muy difícil llegar a establecer un juicio de cuáles son las opiniones y los autores más aceptables... El concepto que unos escritores hacen de otros tampoco puede servir de regla para el aprecio de sus opiniones, pues en esto deben tener lugar los mismos motivos que obran en seguir una opinión más que otra... Bartolo que debe ser reputado por un doctor ingenioso y laborioso en sus interpretaciones, y de quien comúnmente hablan con respeto los doctores, no es más en la opinión de Baldo que un doctorcillo, afirmando que de tales doctorcillos se ha de hacer poco caso... Baldo tiene su crédito en antiguas leyes reales, dando preeminencia a su opinión después de la de Bartolo... Antonio Gómez, tiene la común reputación de maestro, y este común concepto no puede dudarse fundado en probabilidad...", FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, Libro III "De la interpretación de las leyes", *Discurso V* "De la incertidumbre de las opiniones y dificultades insuperables en elegir entre ellas seguro partido", p. 243.

14 CLAVERO dice al respecto que el pensamiento de De Castro sobre el mayorazgo "se mueve entre dos polos, definidos por la conveniencia, de un lado, del mayorazgo según la política y su inconveniencia de otro según la economía", CLAVERO, B., *Mayorazgo, Propiedad feudal en Castilla 1369-1836* (Madrid 1974) p. 308. En este mismo aspecto, sobre la consideración del jurista gallego sobre los mayorazgos y su desarrollo en Galicia, insiste PESET al afirmar extrayendo el pensamiento de DE CASTRO que los ataques de éste a esta institución "están ligados al daño que hacen a la población, que considera sumo bien, conforme al mercantilismo francés de la época. La población en España se encuentra frenada por diversos motivos..., el fundamental es función de la agricultura, la industria y el comercio... Y los mayorazgos tienen buena culpa del atraso en el aumento de la riqueza...", PESET M., "Derecho y propiedad en la España liberal", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-77) p. 466.

es demostrar que Francisco de Castro utiliza para su desarrollo sobre el mayorazgo estas elaboraciones de los juristas del *ius commune* y las asume en su integridad.

El mayorazgo operó en todos los reinos de la monarquía y muy probablemente De Castro elabora su estudio sobre esta institución por el desarrollo extraordinario que tuvo en Galicia en donde muchas veces, por referirse a pequeñísimas entidades, produjeron grandes perjuicios económicos y sociales¹⁵.

Ante la evidencia de desconocimiento por el derecho romano de esta institución, Francisco de Castro¹⁶ trata de buscar el origen e intenta explicar un cierto paralelismo con los fideicomisos contemplados por la legislación romana y afirma "no habiendo leyes en el reino, que lo regulase (el mayorazgo), expuestos a la decisión de las leyes romanas, necesariamente debían experimentar las aventuras de los fideicomisos"¹⁷; evidentemente este paralelismo no es convincente puesto que en los fideicomisos no operan los elementos de perpetuidad, ni orden de primogenitura o única sucesión "sucediendo al mismo tiempo todos los que se hallan en un mismo grado"¹⁸.

Reconoce De Castro que en la legislación antigua española no hay la más mínima mención al mayorazgo y que hay que esperar a las Leyes de Toro para ver contemplada por primera vez esta institución "con establecimiento de decisiones en su observancia"¹⁹. Y así es, en efecto, el derecho romano no conoce el mayorazgo que se desconoce en la legislación castellana hasta el año 1502 en que aparece desarrollado en la ley 41 de Toro. De manera que se trata de una impronta del derecho real castellano, lo que hace afirmar a De Castro que "en esto indujo dicha ley una notabilísima diferencia entre el derecho romano y el derecho real"²⁰. El jurista gallego aprecia bien la ausencia de esta figura en el derecho romano y su

15 Tan es así que GIL MERINO nos recuerda que en el Archivo Histórico del Reino se hallan no menos de 15.000 litigios sobre vínculos y mayorazgos correspondientes a los siglos XVII y XVIII, GIL MERINO, A., *La obra del doctor Juan Francisco de Castro*, op. cit.

16 FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, incertidumbres y detrimentos de los mayorazgos, y otras disposiciones análogas en el bien común. Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos* (Madrid, 1770).

17 FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 25

18 FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 25

19 "En las leyes antiguas españolas no se hace la mas leve memoria de los mayorazgos. Nada de ellos se lee en las del Fuero, en las del Estilo, ni aun en las de las Siete Partidas, aunque hechas con ánimo de formar un cuerpo completo de jurisprudencia. Tampoco se hace conmemoración de los mayorazgos en las del Ordenamiento Real. Las Leyes de Toro promulgadas en el año de mil quinientos y dos, son las primeras en las que se lee la voz Mayorazgo con establecimiento de decisiones en su observancia", así como que "antes de esta ley se usaban solo fideicomisos, según los principios del derecho romano... No se dudaba pudiese el testador dexar su herencia, o porción señalada de bienes a uno con varias substitutiones, para que muerto el primer nombrado pasase a otro, y muerto éste a otros consecutivamente, prohibiendo toda enajenación, a fin de que los bienes se conservaran en la familia...", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos* pp. 24-27.

20 "... Según el romano, o más propiamente griego, tomado de una constitución nueva del emperador Justiniano, la prohibición de enajenación, o traspasación de bienes fuera de la familia del testador, tenía solo eficacia hasta la cuarta generación: pasado este grado, ya dicha prohibición no tenía efecto alguno, y los bienes se hacían de público comercio, sin que la parentela pudiera reclamarlos... El caso que propone (Justiniano) y cuya decisión quiere sea ley general, es de un testador que usó en su disposición de unas frases, que sin equívoco declaran efficacísima voluntad de que los bienes a toda perpetuidad se mantengan en la familia sin salir de la cognación, y no obstante, refrena

creación por el derecho real. No se trata de "falta de noticias" en las historias antiguas del reino sobre esta institución como había advertido en el siglo XVI el consejero de Felipe II, Luis de Molina en su obra sobre los primogénitos en España²¹. Esas historias 'antguas' no podían recoger una institución que ve la luz en el año 1502 en Castilla y que el derecho romano desconoce.

Quizás sea ésta una de las instituciones en las que de forma más expresiva podamos apreciar el perfecto equilibrio de los dos elementos que componen el sistema, *ius commune-ius proprium*, si partimos de lo que debe de ser nuestro punto de arranque: el derecho romano no conoce el mayorazgo; pero sí, el *favor iuris primogeniturae*. De Castro es buen conocedor de la literatura jurídica del derecho común y se da cuenta de que es precisamente uno de estos juristas, el indianista Juan de Matienzo quien construye dentro de este sistema de derecho común una institución desconocida para el derecho romano que actuará en este caso como *genus (favor iuris primogeniturae)* y el derecho castellano en que se contempla la *species* (mayorazgo). El jurista gallego había advertido la diferencia entre el derecho romano y el derecho real; conoce perfectamente la obra del jurista indiano y a ella se remite en la elaboración de esta parte, *Época de los mayorazgos en España*, de su obra sobre *Mayorazgos*. Es decir, De Castro acepta la forma de construcción jurídica del *ius commune*: la utilización de *figurae* romanas para dar estructura a instituciones desconocidas por el derecho romano y creadas por el derecho propio, por el derecho real en este supuesto que nos ocupa.

En efecto, De Castro no podía haber hecho mejor elección porque precisamente del mayorazgo se ocupa de forma muy extensa y detenida Juan de Matienzo en sus *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Regni Castellae*, en los que hace gala a través de toda su argumentación expositiva de su magnífico conocimiento y manejo magistral del sistema del *ius commune*, lo que supone el tener como punto de partida un depósito jurídico-cultural estupendo de los contenidos del *ius commune* europeo, con los que justifica e ilustra cada uno de los puntos de argumentación de sus Comentarios. El pensamiento y razonamiento de Matienzo es perfectamente claro en este sentido. Al comenzar en el título séptimo, "De los mayorazgos", del libro quinto de sus *Commentaria*, sus observaciones y comentarios a la ley primera, "Que pone tres maneras como se puede provar los bienes ser de mayorazgo", se puede ya comenzar a seguir la argumentación del gran autor indianista, en la que al lado de su conocimiento de las leyes de Castilla (*ius proprium*) articula su clarificador y exhaustivo conocimiento de la literatura jurídica del *ius commune* europeo.

El jurista gallego reitera que es en las Leyes de Toro en donde por primera vez "se lee la voz mayorazgo"²² y a continuación se remite de nuevo a la construcción de Matienzo

el emperador su deseo, conteniéndole en los límites de la cuarta generación...", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 28.

21 LUIS DE MOLINA, *De Hispan. Primogen.in Operis prefatione*.

22 Son varias las disposiciones contenidas en la legislación de Toro que analizan el mayorazgo: la ley 40, "De la voluntad del hombre en orden a disponer de sus bienes: de los mayorazgos, fin y utilidad de ellos, de los daños y perjuicios que causan y cuáles y cómo se pudieran evitar subsistiendo mayorazgos; la ley 41, "De la licencia del rey, y si deba preceder a la fundación del mayorazgo"; la ley 42, "De la licencia del rey, y si deba preceder a la fundación del mayorazgo"; la ley 43, "Que la licencia no espira por la muerte del rey que la dio"; la ley 44, "Cuando por el fundador

que es verdaderamente rica y bien entramada. El indianista, a propósito de la ley 41 de las de Toro, "Que pone tres maneras como se puede provar los bienes ser de mayorazgo", destaca las diversas formas en que se demuestra que éstos pueden ser considerados objeto de transmisión por vía de mayorazgo. Matienzo busca el *genus* de esta *species* y articula esta institución que, insisto, es desconocida para el derecho romano, de una forma magistral en el marco de la vasta e impresionante cultura jurídica del *ius commune (genus)* que conoce y maneja a la perfección y de lo que da buena cuenta a lo largo de los 21 puntos de que se compone la que constituye su primera glosa a esta disposición castellana, en la que arranca ya de que, *Maioratus seu primogeniturae diffinitio*: "maioratus seu primogenitura est ius prioris aetatis honorificum et utile competens filio primum nato"²³. Al desarrollar el punto 2, *Primogeniti in his quae sunt dignitatis caeteris praeferuntur...*, advierte: "Dicens in his, qui sunt dignitatis, primogenitos caeteris esse praeferendos"²⁴ y, al hacerlo, encuadra los elementos del mayorazgo dentro del concepto jurídico del *favor iuris primogeniturae* y expresa que en concreto este criterio de la 'dignidad' y del respeto por la voluntad del difunto se puede fundamentar en un canon del *Liber Extra*²⁵, y en la misma glosa al canon²⁶: "ut adnotavit glo. in c. licet. de voto..."²⁷. No sólo en la *Glossa ordinaria*, sino también en obras de importantes juristas, exponentes de una significativa doctrina jurídica medieval, como las del Ostiense (Enrico da Susa), Giovanni d'Andrea, Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitanus), y otros como Oldrado da Ponte, Alberico da Rosciate, Carlo Ruini, Tiraquellus...²⁸. De este último precisamente destaca una frase en la que manifiesta cómo los mayores son preferidos en muchas cosas y diversas situaciones: "reddit rationem latissime probans seniores iunioribus in pluribus esse preferendos", poniendo solamente como situación excepcional aquella señalada por Salomón, en la que por saber y por prudencia se prefiere al joven: "licet hoc limitet... si moribus et prudentia sunt superiores, ex sententia Salomo(nis)..."²⁹.

De forma muy expresiva y clara liga Juan de Matienzo este *favor maioris aetatis* con el *ius proprium*, articulando así el sistema del *ius commune* al decir, en la rúbrica del número 5, *Maioratus, maioratus vel maioria apud Hispanos idem significat quod primogenitura*, y desarrollando esta idea en el contenido de la glosa: "Apud nos autem hoc in regno ius

se puede revocar el mayorazgo, y cuándo no"; la ley 45, "De la posesión y los remedios posesorios"; y la ley 46, "De los edificios y obras hechas en cosas de mayorazgos".

23 IOHANNES MATIENZO, *Commentaria* [sic]... *in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tit. VII, de los mayorazgos. l. I, que pone tres maneras como se puede provar los bienes ser de mayorazgo, gl. mayorazgo, nr. 1 (Mantuae Carpentanae 1580) fol. 164ra. En el párrafo sucesivo Matienzo declara recoger la definición que Luca da Penne, en su *Comentario a los Tres Libri*, había dado del instituto del mayorazgo: "Hanc diffinitionem colliges ex Luca de Penne in l. I, col. 6, de privilegiis eorum qui in sacro palatio militant. l. I (C.12.28[29].1)".

24 MATIENZO, *Commentaria*, loc. cit., nr. 2, fol. 164rb.

25 X.3.34.6, *de voto et voti redemptione. c. licet universis*.

26 En modo particular al final del *Casus*: "... qui non adimplet voluntatem defuncti privari debet successione illius".

27 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

28 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

29 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

istud primogeniture maioriam, maioratum et maioricatum appellamus"³⁰. Y la apoyatura lo es de nuevo en juristas medievales que, en este caso, han elaborado también *consilia* sobre el mayorazgo, como Paolo di Castro, Ludovico Romano, Carlo Ruini, Alessandro Tartagni, Bartolomeo Socini, Oldrado da Ponte, intercalando al mencionado propósito una alusión específica también a las leyes de Toro, disposición normativa sobre la que ha desarrollado su rica glosa.

Me parece interesante advertir cómo, al referir el contenido de la institución del mayorazgo, manifiesta de forma tajante que no acepta la *diffinitio* de Antonio Gómez ("sed non admitto hanc diffinitionem"): "maioratum ait esse quandam dignitatem et prerogativam cum successione, quam habet primogenitus in cognatione sua"³¹. El jurista indianista, en este punto, y buscando el *argumentum ab auctoritate* en el mundo clásico (Cicerón, Boezio), recuerda a un jurista menor de su tiempo, Ferdinandus Vázquez Menchaca³², según el cual este instituto jurídico se refiere, sobre todo, a los bienes "que maioratus nuncupantur", que no se pueden dividir y respecto de los cuales deben de observarse determinadas formas sucesorias: "non possint aliquo modo dividi, nec alienari, sed in temporum successione serventur certa forma"³³. Pero tiene en cuenta también el pensamiento y la advertencia de Giovanni Nicoletti da Imola, siguiendo una indicación del mismo Vázquez Menchaca, que "citát Imo. in regno loquentem in c. licet, in fi. de voto (X.4.34.6)", y añade, refiriéndose a la definición quizás imprudentemente dada por Vázquez Menchaca: "verum, ut vides, hec diffinitio eodem morbo laborat, meritoque dices cum iurisconsulto omnem diffinitionem in iure esse periculosam, l. omnis diffinitio. ff. de regulis iuris (D.50.17.202)", y de este modo parece hacer suya la reflexión que cualquier jurista, en general, tiene que mantener sobre el delicado y peligroso problema de las definiciones jurídicas, sacando muy a propósito a relucir el célebre pasaje del *Digestum, de regulis iuris*, así como las *auctoritates* de Cicerón o Gellio, grandes exponentes de la antigüedad y a los que considera *doctissimi*, a quienes no les gustaba dar definiciones.

A pesar de toda esta argumentación, Juan de Matienzo no renuncia a dar una definición del mayorazgo: "Maioratus est ius proximo maiorique competens ad dignitatem et bona vinculata, a rege vel maioribus suis relicta seu donata, perpetuoque alienari prohibita, ut nomen eius familiae perpetuo conservetur. Ex hac diffinitione facile colliges substantiam maioratus..."³⁴.

De Castro intenta aportar algún dato sobre una segunda e interesantísima línea argumentativa construida por Matienzo. Me refiero a la búsqueda y justificación por el

30 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 5, fol. 164rb.

31 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

32 Ferdinandus Vázquez Menchaca vive entre 1509/1512 y 1566. Su tratado *De successionum creatione, progressu, effectoque resolutione. Prime partis libri tres (successionum creationis materiam tractantes)* fue publicado varias veces. La primera edición ve la luz en Salamanca en 1559. Siguieron ediciones en Venezia en 1564 y en 1573.

33 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, fol. 164rb-vb: "... aliter definit Ferd(inandus) Mencha(ga), li. 3. de successionum creatione. § 26, nu. 90, dicens hoc nomen maioratus nihil aliud esse apud iurisperitos, nisi quod talia bona, que maioratus nuncupantur, non possint aliquo modo dividi nec alienari, sed in temporum successione serventur certa forma..."

34 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 6, fol. 164va.

jurista indiano de un paralelismo entre la relación *rex-regnum*, basada en la concepción del derecho común del imperio que sostiene la imposibilidad de división o alienación del reino, y los señores de "jurisdicciones inferiores" como marquesados, ducados, o mayorazgos con jurisdicción, que le lleva a la conclusión de que, por las mismas razones, tampoco el objeto de estos últimos puede ser materia de disponibilidad entre varios, sino que han de recaer por línea de mayorazgo en el primogénito. El jurista gallego utiliza esta argumentación y la apoya en datos reales de Castilla y, concretamente, en el testamento de Enrique II (+1379) quien había llevado a cabo muchas concesiones patrimoniales a favor de la nobleza; las ratifica en sus disposiciones testamentarias como premio de señalados servicios y añade: "que los bienes que comprehenden, los gocen las personas gratificadas por mayorazgo, sucediendo en ellos el hijo mayor, y muriendo sin hijo legítimo, vuelvan a la Corona"³⁵. Con esta concreta alusión el jurista gallego está abundando en la construcción del jurista indiano que gira en torno a la afirmación de que el reino no se puede dividir. Y las apoyaturas filosófico-jurídico-doctrinales de Matienzo apuntan todas ellas en el sentido de buscar parangón en la no posibilidad de dividir el reino: "Cumque non sit divisibile, successor in regno debet esse unus et non plures, ut melius regi et gubernari possit..., et hic erit primogenitus vel maior natu, dummodo proximior sit ultimo possessori, et alios in pari gradu existentes debet maior natu precedere..."³⁶, según manifestaciones de autores como Antonio Gómez, Baldo y Angelo degli Ubaldi, Paolo di Castro, quienes insisten en el sentido de que en esta sucesión no pueden suceder varios, sino uno y en este caso aquel *natus maior* e incluyen similares expresiones Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitanus) y Oldrado da Ponte, quienes reflexionan que así como el reino no se puede dividir, de la misma manera el mayor nato, más vecino al último poseedor, le debe preceder en grado porque nació antes. Expone de nuevo su buen conocimiento de la literatura jurídica y añade sobre este punto consideraciones de Tiraquellus, "plures rationes reddens in tractatu de primigeniis"³⁷. Por otra parte, es interesante señalar que, abundando en el paralelismo *rex-regnum*, la legislación de Partidas incide en el mismo aspecto al determinar "que el fijo mayor ha adelantamiento, e mayoría sobre los otros sus hermanos" y que es éste quien debe de heredar el señorío del reino a la muerte de su padre³⁸. Esta disposición es perfectamente interpretada por De Castro llevándole a afirmar, en el sentido advertido por Matienzo (paralelismo *rex-regnum*), que "ninguna otra ley podía servir de mejor regulación a estos mayorazgos, que la que regulaba

35 "... Este testamento y su cláusula quedó como olvidado por muchos años. Y aunque el año de mil cuatrocientos ochenta y seis los señores reyes Don Fernando y Doña Isabel lo mandaron observar como ley general, no logró mucha atención hasta el reinado del señor rey Don Felipe II que con nuevo mandato de este soberano se insertó en la Nueva Colección de leyes, que en su tiempo se hizo, y tiene el nombre de Nueva Recopilación", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradojas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 23.

36 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 9, fol. 164va.

37 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 9, fol. 164vb.

38 Partidas 2,15,2: "... que el señorío del reyno non lo oviesse si non el fijo mayor después de la muerte de su padre...". Esta disposición fue objeto de una interesantísima glosa elaborada por Gregorio López y que es claramente merecedora de un estudio aparte que ya tengo prácticamente concluido.

la sucesión del reino"³⁹; todavía perfila más esta construcción jurídica cuando afirma que "la misma ley que determinó la sucesión en la Corona, determinó la de los mayorazgos"⁴⁰.

El indianista también busca la argumentación desde otros puntos de vista y consideraciones, demostrando ser también conocedor de la obra tomista y traslada una reflexión de Santo Tomás acerca de cómo es mejor que una multitud de gente asociada sea gobernada por uno, lo que *ad abundantiam* incorpora también como *argumentum* en el pasaje en el que éste: "probat utilius esse multitudinem hominum congregatam per unum regem quam per plures..."⁴¹, al que añade Matienzo una específica razón, "porque el Rey ese deve de ser uno"⁴², lo que según manifiesta queda expuesto en el extenso *Tractatus de primogenitura* realizado por Tiraquellus, "ubi autoritate plurium antiquorum et recentiorum et pluribus rationibus probat unius gubernationem quam multorum esse et potiore et nature magis convenientem"⁴³.

Traslada este mismo pensamiento a los Comentarios que Antonio Gómez hace a propósito de la ley 40 de las de Toro, que refiere el contenido institucional del mayorazgo, al insistir en dos extensos sobre aquellos supuestos en los que el príncipe hubiera hecho a alguno donación de villa, lugar, fortaleza u otro territorio con título de duque, marqués (que calificará De Castro como mayorazgos grandes⁴⁴) "como se presume ejecutarla con la prerrogativa inherente a estas dignidades [jurisdicción y vasallaje], deben seguir los bienes donados por vía de mayorazgo en el mayor de los hijos y descendientes, sin dividirse como si fuera caudal libre entre los hermanos", situación que se da también en los bienes particulares porque "asimismo esta voz mayorazgo consiste en bienes particulares, unidos é incorporados y prohibidos de enagenarse, cuya posesión reside en alguna persona particular". En este mismo aspecto son objeto de su atención las reflexiones que Gregorio López lleva a cabo sobre la ley 2 del título 15 de la Partida segunda, en la que se manifiesta la superioridad de la "mayoría" sobre la sucesión de los otros hermanos y la situación de preferencia que por esta razón se tiene sobre los bienes, privilegios y prestaciones que el padre tiene y así "consideratur respectu dignitatis", al tiempo que insiste en que "semper intellegitur perpetua

39 "... sirviendo de exemplar este gran mayorazgo, ó mayorazgo mayor a todos los inferiores...", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 25.

40 "... guardándose en estos, como en aquel, un mismo orden, fuera de los casos en que la diversidad de razón deba hacer decisión particular...", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 26. En este aspecto insistirá también Álvarez de Posadilla al afirmar que los mayorazgos de España seguirán el mismo orden que la sucesión del reino", ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen* (Madrid, 1826) p. 213.

41 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

42 En este punto el mismo Matienzo remite a las *Siete Partidas*, II.1.2 y II.15.2

43 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 9, fol. 164vb; recuerda también que Tiraquellus había utilizado extensamente obras muy difundidas en su tiempo, como aquellas más antiguas de Alberico da Rosciate y de Luca da Penne, o como aquellas más recientes de Ludovico Pontano, Antonio Corsetti, etc.

44 "Pero sin duda los mayorzgos antiguos, y de que habla el testamento enriqueño, eran mayorazgos grandes, en títulos de duques, condes, marqueses, y semejantes...", FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, p. 23.

in regnis, ducatibus et comitatibus, et quid in aliis majoriis", porque su naturaleza es perpetua: "de sui natura debet esse perpetua"; perpetuidad en la que insistirá también nuestro jurista gallego al declarar la posibilidad de fundar mayorazgos con perpetuidad de sucesores "y de no menos duración y efectos que el fundado con facultad real"⁴⁵.

Expuestas en estas bases científicas sus primeras argumentaciones, Matienzo pone de manifiesto una tercera línea parangonal que, desde el punto de vista institucional, justifica de nuevo los dos pilares del sistema del *ius commune*: la no posibilidad de alienación de bienes feudales (*ius commune*) y la existencia de esta misma situación jurídica respecto de los bienes que constituyen el objeto del mayorazgo. Me parece que podemos afirmar que el punto de arranque de estas últimas consideraciones sobre textos legales hispánicos que han sido objeto de comentarios, interpretaciones y glosas por claros exponentes de la literatura jurídica hispánica, como hemos visto, está en la constitución *de prohibita feudi alienatione* de Federico I, Barbarroja, a la que también hace concreta alusión Juan de Matienzo, que dispone la no posibilidad de alienar ningún tipo de dignidad inferior que deberá de pasar íntegra al primogénito: "sed et in dignitatibus inferioribus, nempe ducatus, comitatus et marchionatus, idem esse ut minime dividantur vel alienentur, sed primogenito vel proximiori deferantur"⁴⁶. El contenido de esta constitución, como es sabido, pasó a ser fuente de los *Libri Feudorum* que, desde finales del siglo XII, constituyeron la décima *Collatio*, después de las nueve *Collationes* de las *Novellae* de Justiniano, integrando de esta manera una parte del *ius commune*⁴⁷. Su contenido es utilizado por una notable literatura jurídica europea y apelada al tiempo por Juan de Matienzo como un argumento más a la hora de enmarcar el mayorazgo en los perfiles del derecho común.

Apela de nuevo a la literatura clásica y en concreto a Cicerón cuando plantea un problema que en la realidad cotidiana puede darse, que podría sintetizarse en la pregunta acerca de si hay situaciones en las que de forma lícita se puede excluir al primogénito de una sucesión por mayorazgo: "Sed hic opportune quaeri poterit, qui, licet primogeniti sint, non possint in regno, ducatu vel comitatu aut in bonis maioratus particularis succedere?"⁴⁸. Al leer a nuestro indianista hay un momento en que nos encontramos con la taxativa respuesta de que el primogénito deberá de tener *natura habilis*, de tal manera que tanto el demente como el *furiosus* y el *mentecaptus* quedan excluidos por su propia naturaleza: "Et in primis demens, furiosus vel mentecaptus a natura excluditur a successione regni vel dignitatis marchionatus, ducatus vel comitatus, quoniam consuetudo vel lex deferens primogenito regnum vel aliam similem dignitatem licet minorem debet intelligi, quod talis primogenitus sit natura habilis ad succedendum et regendum..."⁴⁹. Apoya su argumento en obras de autores

45 FRANCISCO DE CASTRO, *Paradoxas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgos*, fol. 30.

46 Matienzo, *op. e loc. cit.*, nr. 10, fol. 164vb. El jurista indiano, además, cita y utiliza obras de algunos de los más célebres juristas que sobre el plano del *ius commune* habían ilustrado y comentado la constitución de Federico I, Barbarroja: entre muchos, por ejemplo, Iacopo Belvisi, Andrea d'Isernia y Baldo degli Ubaldi.

47 *Libri feudorum*, II.55, *de prohibita feudi alienatione per Fridericum. l. imperialem decet solertiam*.

48 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 14, fol. 165ra.

49 MATIENZO, *op. y loc. ult. cit.*

del *ius commune* como Bartolo degli Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Luca da Penne, Niccolò Tedeschi, Andreas Tiraquellus, Martino da Lodi (Martinus Laudensis), Antonio Corsetti, Iacopo da San Giorgio, Ripa, Socino, Ferdinandus Vazquez Menchiaga, pero no olvida, por el *ius proprium*, autores como Antonio Gómez en sus comentarios a las leyes de Toro y Gregorio López en sus glosas a Partidas⁵⁰.

Se trata de situaciones de exclusión que juegan solo en el supuesto de sucesión por mayorazgo que lleve anexa jurisdicción, lo que advierte claramente Antonio Gómez en el num. 69 a la ley 40 de Toro: "Siendo digno de advertir que el loco mentecato, y demás en quienes concurre semejante defecto, bien sea por naturaleza o por accidente; no son incapaces de suceder en mayorazgo consistente en bienes particulares; pero sí en el que tenga anexa jurisdicción, como Reynado, Ducado..., siempre que á el tiempo de suceder en éste se verificaba aquel vicio...", porque en definitiva y según Gregorio López el mayorazgo implica una facultad que "semper intelligitur perpetua in regnis, ducatus et comitatibus, et quid in aliis majoriis...".

En base a toda la literatura jurídica a la que acabo de referirme, sostiene también Juan de Matienzo que el mayorazgo en bienes particulares funciona siempre con relación al primogénito: "succedit primogenitus etiam si sit furiosus vel demens, seu mentecaptus, quippe qui cuiuscunque successionis ex testamento vel ab intestato est capax, sicut quilibet sanementis..."⁵¹.

En definitiva, he pretendido resaltar cómo en los *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Regni Castellae* de Juan de Matienzo que asume en su integridad Francisco de Castro, en concreto sobre la institución del mayorazgo, se puede apreciar y concluir lo siguiente.

En primer lugar, el hecho de que Matienzo hace aparecer el mayorazgo como una *species* dentro del *genus* que está incarnado en el *favor maioris aetatis*, basando toda su argumentación en *auctoritates* procedentes tanto del mundo clásico (reveladoras del gran influjo humanístico de su pensamiento), como del *ius commune*, a través de diferentes y muy variadas aportaciones y construcciones que numerosos autores llevaron a cabo en forma de comentarios, *consilia*, *quaestiones*, tratados. Y siendo más trascendentes podemos afirmar que este juego es revelador de la inexistencia en Matienzo de la pretendida oposición entre lo que un amplio sector de la historiografía hace aparecer como *mos italicus* y como *mos gallicus*⁵². En segundo lugar, el importante parangón institucional que lleva a cabo la doctrina jurídica del derecho común entre la concepción del imperio y la del reino, o bien entre la figura del *imperator* y la del *rex*, en la que Juan de Matienzo se fundamenta y traslada a jurisdicciones inferiores como ducados o marquesados o mayorazgos con implícita jurisdicción, para concluir que de la misma forma que el Imperio, tampoco estas jurisdicciones se pueden dividir y han de recaer por mayorazgo en el primogénito. Matienzo hace en este

50 Donde resalta una expresión incluida en la que hace a *Partidas* 2.15.2, en que a propósito de la sucesión del reino y después de comentar que debe de recaer en el primogénito, especifica: "seyendo ome para ello".

51 MATIENZO, *op. y loc. cit.*, nr. 15, fol. 165rb.

52 Así también BELLOMO, M. 'Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?', *op. y loc. cit.*

punto un excelente juego de trasplante institucional y elabora toda su construcción sobre la amplia doctrina jurídica que recoge. En tercer lugar consigue construir otro importante paralelismo entre los bienes que son núcleo de mayorazgo y la imposibilidad de alienación de bienes feudales en base a la constitución *de prohibita feudi alienatione* de Federico Barbarroja, que pasará a ser fuente del *ius commune*, comentada por la doctrina jurídica, y sobre la que determina la no alienación de los bienes que constituyen el núcleo patrimonial o jurisdiccional del mayorazgo.

Resulta evidente que Francisco de Castro sigue en la elaboración de esta parte de sus *Discursos críticos*, dedicada a las *incertidumbres y detrimentos de los mayorazgos*, la construcción jurídica que sobre la misma había llevado magistralmente a cabo Juan de Matienzo quien la realiza utilizando *figurae* del derecho romano para una institución que este ordenamiento desconoce. Es decir, la obra del jurista gallego publicada en el año 1770 asume una absoluta elaboración del derecho común sobre una institución de derecho real ejercida de forma intensa en la realidad del reino de Galicia en el siglo XVIII.

IV. CONCLUSIÓN

Los *Discursos críticos* de Francisco de Castro son una clara muestra de la imposibilidad de señalar el siglo XVIII en el reino de Galicia como período de crisis del 'sistema de derecho común', y al tiempo constituyen una prueba más de clara demostración sobre el ejercicio del *ius commune* que, también esta etapa, ha marcado de forma irrenunciable la identidad del derecho común europeo como complejo de principios y de reglas dentro de un ambiente político social en el que el derecho común y los juristas están al servicio del poder de un rey *solutus* en la Monarquía hispánica.