

## IV. LAS “INSTITUCIONES” EN LA HISTORIA DEL DERECHO

Conforme al plan que nos hemos trazado para el desarrollo de este trabajo, toca hacer referencia a nuestra obra como representativa de una tradición jurídica muy antigua: como texto elemental para la enseñanza del derecho.

En la época clásica del derecho romano se comenzaron a formar obras destinadas a la enseñanza del derecho, que recibieron la denominación de “instituciones”. Algunos países en los que se recibió el derecho romano, siguieron este ejemplo, y también en ellos se elaboraron instituciones para facilitar el aprendizaje del derecho a los alumnos que iniciaban sus estudios jurídicos. Dentro de las obras de este tipo haremos referencia a las de Gayo, Justiniano, Heineccio y Asso y de Manuel, ya que a más de la profunda influencia que, directa o indirectamente, tuvieron en nuestro autor, existen en ellas algunas características que las hacen afines. Entre otras podemos señalar: el tipo de jurista que las redacta, el método que utilizan y el tipo de fuentes que las conforman.

Como se verá, la obra de Álvarez se inscribe dentro de la necesidad de elaborar pequeños compendios del derecho vigente, en una sociedad determinada, para su utilización en los primeros niveles de las escuelas de derecho. Ninguna de estas obras revolucionó la ciencia jurídica de su tiempo. Ciertamente no fue este el objetivo de sus autores. Pero tienen una importancia capital, porque son redactadas en momentos en que el derecho de una sociedad ha pasado de una etapa formativa o creadora —que muchas veces resulta anárquica—, y cierran una fase de la evolución del derecho de la sociedad en que se presentan. En el caso concreto de nuestro Álvarez, su obra representa el último eslabón del derecho colonial y el primero de lo que serán los derechos nacionales.

## A. *Institutiones de Gayo*

*Instituta* fue la expresión que, según el uso latino, empleaban más frecuentemente los jurisconsultos romanos como sinónimo de elemental, para designar a los compendios de derechos destinados a la enseñanza del mismo, y que contenían los elementos o principios fundamentales de esta ciencia.<sup>196</sup>

La elaboración de *Instituta* se logró en Roma después de una lenta evolución del derecho. La secularización de éste permitió su estudio y enseñanza públicos. A pesar de que ya desde la época republicana se enseñaba esta disciplina, dicha actividad sólo alcanzó un amplio desarrollo académico durante la época del emperador Adriano.<sup>197</sup>

Dentro de la literatura jurídica clásica, la obra de los jurisconsultos ha sido dividida en varias categorías. Las instituciones pertenecen a la de obras elementales<sup>198</sup> en las cuales se sigue una exposición sistemática y sumaria del derecho privado; las de Gayo pertenecen a esta categoría. Esta obra ha llegado casi completa a nuestro conocimiento.<sup>199</sup> No obstante que sabemos que varios textos recibieron esta denominación, sólo dos se conservaron de la época clásica: el de Gayo y un fragmento de *Instituta* que se atribuye a Ulpiano.<sup>200</sup> De acuerdo con el *Digesto* debieron existir, además las de Calístrato, Paulo, Marciano y Florentino.<sup>201</sup>

Para el estudioso actual la vida de Gayo sigue en el terreno de las hipótesis y las conjeturas. A pesar del misterio que todavía rodea a este autor, se ha podido concluir que aún vivía y escribía hacia el año 178 d.C.<sup>202</sup> Por no ser un jurista citado por los jurisconsultos de su época parece evidente que careció de *ius publice respondendi* y que

<sup>196</sup> César Augusto Abelenda: "Instituta", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XVI, pp. 124-25.

<sup>197</sup> Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 156. En la opinión de este autor, la creciente burocracia requería del aprendizaje de los principios fundamentales del derecho, lo cual ayudó al desarrollo de las escuelas de esta disciplina.

<sup>198</sup> Pietro Bonfante, *Storia del Diritto Romano*, prefazione di Emilio Betti, Milano, Dott. A. Guiffré-Editore, 1958, vol. 1, p. 30.

<sup>199</sup> Schulz, igual que muchos otros autores, centra la importancia de esta obra en el hecho de que es el único autor clásico que ha llegado hasta nosotros casi completo, *op. cit.*, p. 141.

<sup>200</sup> Abelenda, *op. cit.*, p. 125.

<sup>201</sup> Ma. Antonia Leonfanti, "La sistemática en el Derecho Civil", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 3ª época, año X, núm. 44, Santa Fe, Argentina, 1945, p. 79.

<sup>202</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 421.

sus mejores esfuerzos estuvieron dedicados a la enseñanza del derecho, probablemente en Oriente.<sup>203</sup>

A este respecto no hay diferencia de criterio: Gayo, más que un gran jurista fue un gran "didacta del derecho". En las *Instituciones* no encontramos "atrevidas proposiciones doctrinarias, sino la exposición de los principios jurídicos, siendo Gaius el pionero en tal clase de elaboraciones".<sup>204</sup> Su estilo claro y elegante, su exposición lúcida y sencilla le ha ganado la popularidad que no tuvo entre sus contemporáneos.<sup>205</sup> A juicio de Bonfante, Gayo fue "un compilador genuino... el primer compilador puro que encontramos en la historia del derecho romano".<sup>206</sup>

No por sabido hemos de dejar de mencionar que su obra está dividida en tres partes: personas, cosas y acciones, y que esta forma de división comprendía cuatro comentarios: Comentario primero: Proemio general del derecho, 1-8; El derecho de las personas, 9-200. Comentario segundo: El derecho de las cosas, 1-289. Comentario tercero: El derecho de las cosas (continuación), 1-225 y Comentario cuarto: El derecho de las acciones 1-187.

Respecto a este plan expositivo no encontramos un criterio uniforme sobre si el orden seguido es original o no lo es. De Francisci opina que "por el mismo modo en que se expresa Gaius puede pensarse que tal forma expositiva no fue una novedad, sino una forma escolástica tradicional".<sup>207</sup> Schulz, por su parte, sostiene que Gayo siguió, con una sola modificación poco feliz, el esquema adoptado por Q. Mucius Scaevola en su obra *Ius civile*.<sup>208</sup> No son éstas las únicas hipótesis sobre el tema,<sup>209</sup> pero de cualquier manera se puede afirmar, por lo

<sup>203</sup> Bonfante, *idem*, p. 422.

<sup>204</sup> Alfredo di Pietro, en Gaius, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por... La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967, p. XI.

<sup>205</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 422.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 423.

<sup>207</sup> Pietro de Francisci, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, prólogo de Ursicino Álvarez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 427.

<sup>208</sup> Se ha podido reconstruir el esquema de este autor. El libro I sería, el derecho de las herencias (sucesiones); el libro II, el derecho de las personas; el libro III, el derecho de las cosas; el libro IV, el derecho de las obligaciones. Scaevola fue el único autor de la época republicana que hizo una exposición sistemática del derecho privado. *Vid.*, Schulz, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>209</sup> Vicenzo Arangio Ruiz, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Editorial Reus, 1943, pp. 348-9. Savigny en su obra *El sistema del Derecho Romano Actual*, traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2ª ed., Madrid, Centro Editorial Góngora [s. f.], vol. I, p. 294, opina que el sistema de clasificación de Gayo debe considerarse "como una idea particular de este jurisconsulto, y por consiguiente, desposeída de la importancia histórica que se le ha querido atribuir".

menos, que se trata de “la primera obra conocida en que se sigue ese método expositivo”.<sup>210</sup>

El plan conforme al cual se realizara la obra de Gayo, ha recibido la denominación de clásico o romano-francés<sup>211</sup> ya que ha sido adoptado, con variantes, para la sistematización del derecho civil en varios países pertenecientes a la familia romano-canónica y en aquéllos que recibieron ese derecho, y al plasmarse en obras doctrinales o legislativas ha debido sufrir algunas alteraciones por la dificultad de colocar el tratado de las obligaciones.<sup>212</sup>

Los historiadores del derecho romano no están de acuerdo sobre cuáles hayan sido las fuentes que utilizó Gayo para elaborar su obra. De cualquier manera, siguiendo a Schulz, se puede afirmar que no obstante que no existe una edición propiamente científica de las *Instituciones* en la que estuvieran consignadas, éstas son un testimonio muy importante del derecho clásico.<sup>213</sup> Finalmente, hemos de señalar que esta obra fue adoptada para la enseñanza de los elementos del derecho y utilizada, con variantes, hasta la época justiniana.<sup>214</sup>

Nuestro Álvarez se vio influenciado por la obra de Gayo solamente en aquello que de él sobrevivió en las *Instituciones* de Justiniano, ya que hasta los primeros años del siglo XIX el texto de Gayo sólo era conocido a través del de Justiniano y de un *Epítome* plasmado en la *Lex Romana Visigothorum*.<sup>215</sup> Creemos difícil que hasta los alejados territorios de las Indias Occidentales hayan llegado antes de 1818, noticias del descubrimiento que, en 1816, realizara Niebuhr de un palimpsesto que contenía el texto original de las *Instituciones* “libre de retoques y de glosas”.<sup>216</sup> Este hecho, y el que Álvarez hiciera mención a las *Instituciones* de Justiniano en el prólogo de su obra,<sup>217</sup> refiriéndose a ellas como la “Instituta de los Romanos”, nos obligan a pensar que sólo esta obra conoció y siguió.

<sup>210</sup> Rodolfo Fontanarrosa, “Instituciones”; en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XVI, p. 118.

<sup>211</sup> José Castán Tobeñas, *La ordenación sistemática del derecho civil*, Madrid, Editorial Reus, 1954, p. 25.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 30. Savigny las denominó *Res incorporales*.

<sup>213</sup> Schulz, *op. cit.*, p. 165. En esta misma obra deben ser consultadas las páginas 159-166. En ellas, Schulz señala algunos de los puntos que deben ser tomados en cuenta para la identificación de las fuentes gayanas.

<sup>214</sup> Sobre todo en las escuelas orientales. Schulz, *idem*, p. 275.

<sup>215</sup> Francisci, *op. cit.*, p. 427.

<sup>216</sup> *Idem*, p. 428.

<sup>217</sup> José María Álvarez, *op. cit.*, vol. I, p. X.

## B. *Instituciones de Justiniano*

En el año 533, mientras aún se estaba realizando el *Digesto*, Justiniano mandó a Triboniano, Teófilo y Doroteo, compilar, “para uso de los escolares, un pequeño tratado elemental que sustituyese a las *Instituciones* de Gayo”.<sup>218</sup> Dentro de su labor recopiladora y sistematizadora del derecho de su época, no olvidó la redacción actualizada de unas Instituciones “para que la inteligencia sencilla del estudiante, preparada con los primeros elementos, pueda llegar más fácilmente al estudio de la jurisprudencia más elevada”.<sup>219</sup> El encargo fue cumplido con rapidez, y con la constitución *Imperatoriam Maiestatem* se publicaron las nuevas *Instituciones*.<sup>220</sup>

Dejemos que sean las palabras del propio emperador las que nos permitan conocer la génesis y el objetivo de estas *Instituciones*:

A la juventud deseosa de aprender las leyes... Concluido esto [el *Codex* y el *Digesto*] hemos llamado a Triboniano, varón magnífico, maestro y excustor de nuestro sacro Palacio y a Teófilo y Doroteo,<sup>221</sup> ilustres profesores de derecho estos últimos —todos los cuales han dado reiteradas pruebas de su capacidad de su ciencia jurídica y de su fidelidad a nuestras órdenes— y les hemos comisionado especialmente para compilar, con nuestra autoridad y consejos, unas *Instituciones*, a fin de que os sea posible recibir las primeras nociones del Derecho de la majestad imperial, sin necesidad de acudir a las obras antiguas y sin que nada inútil o fuera de lugar perciban vuestros oídos y vuestro entendimiento...<sup>222</sup>

<sup>218</sup> Arangio, *op. cit.*, p. 465.

<sup>219</sup> Constitución *Deo auctore* del emperador Justiniano, en *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. d'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968, vol. I, p. 17.

<sup>220</sup> Arangio, *op. cit.*, p. 465.

<sup>221</sup> Triboniano fue el encargado de hacer los borradores de la obra y responsable de la misma. Doroteo, era director de la Escuela de Derecho de Beirut, fundada en el siglo III y afamada por su alta calidad, su orientación histórica, y su latinidad —aunque la enseñanza era en griego—. Por su parte, Teófilo era profesor de la Universidad de Constantinopla, de la cual poco se sabe y sólo llevaba un siglo de vida. *Vid.* A. M. Honoré, “Justinian's Digest: Work in progress”, en *The Law Quarterly Review*, vol. 88, January, 1977, pp. 33-35. Sobre el método con el que trabajó la comisión puede verse del mismo autor “The background to Justinian's codification”, *Tulane Law Review*, vol. 48, núm. 4, June, 1974, pp. 879-880.

<sup>222</sup> Constitución *Imperatoriam Maiestatem*, traducida y comentada por Francisco Hernández Tejero, en “La constitución *Imperatoriam Maiestatem*” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nueva serie, vol. XVI, núm. 43, Madrid, 1972, p. 230.

Para la redacción de la obra se tuvieron en cuenta “los materiales antiguos especialmente. . . los comentarios de Gayo, tanto sobre las instituciones como sobre la práctica jurídica”.<sup>223</sup> Así pues, se sustituía el viejo texto de Gayo por otro que se adaptaba a las condiciones y el derecho de su tiempo y que emanaba de la voluntad imperial,<sup>224</sup> al cual una vez aprobado, Justiniano le dio fuerza de ley.<sup>225</sup>

Depurado y ordenado el derecho vigente, el emperador reformó los planes de estudio de aquella disciplina. Antes de la compilación justiniana, la enseñanza del derecho se había desligado de la realidad en virtud de que eran muchos los textos en que estaba contenido el derecho de la época y poco lo que era realmente enseñado a los alumnos. Y aún esto era de escasa utilidad. Justiniano pretendió modificar esta situación y mandó que las *Instituciones* “ocupen el primer lugar en todo el curso de estudios, pues procuran los primeros pasos de cualquier ciencia”.<sup>226</sup> En el texto de la constitución *Omnem reipublicae* el propio emperador señala que Gayo era uno de los pocos autores que se seguía utilizando para la enseñanza del derecho.

Por mandato imperial, las *Instituciones* debían ser estudiadas en el primer año, ya que habían sido “seleccionadas de todas las antiguas colecciones de ‘Instituciones’ y canalizadas desde todas las fuentes turbias a un límpido estanque”.<sup>227</sup> Así, como las que las precedieron, estas *Instituciones* siguieron siendo utilizadas para la enseñanza elemental del derecho de su época.

No fueron las *Instituciones* de Justiniano una obra original, sino una compilación en la que, a diferencia del *Digesto*, no se consignaron las fuentes que sirvieron para redactarlas.<sup>228</sup> Sin embargo, se ha podido identificar, en buena medida el origen de los fragmentos que las forman.<sup>229</sup> Están constituidas fundamentalmente por extractos de obras clásicas; <sup>230</sup> su fuente más importante, tanto en el plan como en el contenido, es sin duda Gayo. No obstante los compiladores tuvieron presentes otros tratados elementales y las constituciones vigentes.<sup>231</sup> En

<sup>223</sup> *Idem*, p. 230.

<sup>224</sup> Ángel Latorre Segura, “Instituciones de Justiniano”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XIII, p. 82.

<sup>225</sup> Constitución *Imp. Maies*, versión citada, p. 231.

<sup>226</sup> Constitución *Omnem reipublicae*, en *El Digesto* . . . , p. 18.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>228</sup> Arangio, *op. cit.*, p. 466; De Francisci, *op. cit.*, p. 703 y Schulz, *op. cit.*, p. 304.

<sup>229</sup> Arangio, *op. cit.*, p. 466.

<sup>230</sup> Schulz, *op. cit.*, p. 283.

<sup>231</sup> Francisci, *op. cit.*, p. 703; Schulz, *op. cit.*, p. 304.

## LAS "INSTITUCIONES"

91

ellas se consignó el derecho prejustiniano que aún se adaptaba a las realidades del momento y en aquello que era inutilizable se optó por el derecho justiniano.<sup>232</sup>

El plan seguido para sistematizar el material es el de Gayo, con pequeñas variantes. También Justiniano aceptó la división tripartita de: personas, cosas y acciones, repartidas en cuatro libros,<sup>233</sup> "atendiéndose más bien a la proporción o dimensión de los mismos que a una ordenación sistemática".<sup>234</sup> El tratado de las personas ocupa el libro I; las cosas son tratadas en los libros II y III y los primeros cinco títulos del libro IV, y las acciones pueden ser localizadas a partir del título VI del libro IV.<sup>235</sup>

La muerte de Justiniano condujo al abandono paulatino de algunos de los territorios reconquistados, pero esto no significó el olvido del derecho justiniano en Occidente. En efecto, hay pruebas de que las *Instituciones*, el *Codex* y las *Novelas* fueron conocidos y estudiados durante la Edad Media<sup>236</sup> directa e indirectamente. A partir del siglo XI se inició en Europa el estudio sistemático de la producción justiniana, sobre todo, el *Digesto*.<sup>237</sup>

A pesar de las diferencias que existían en los planes de estudio de las universidades europeas, desde el siglo XIII la cátedra *Instituta* se enseñó, con ligeras variantes, en los primeros cursos de la enseñanza de derecho civil.<sup>238</sup> En las universidades americanas, al igual que las europeas, la cátedra de *Instituta* se impartía en los primeros niveles de enseñanza. Álvarez, explicó en Guatemala esta materia, siguiendo el orden de la "Instituta de los Romanos" procurando acomodarse "a las definiciones, principios y comentarios de las recitaciones de Heineccio"<sup>239</sup> porque la experiencia le había enseñado que era "su método el más a propósito para el aprovechamiento de la juventud."<sup>240</sup>

<sup>232</sup> Tal es el caso de la parte correspondiente a acciones. Latorre Segura, *Nueva Enciclopedia...*, p. 82, opina que comprenden: a) parte de las *Instituciones* de Gayo, que constituyen la base fundamental de la obra; b) otras obras clásicas o atribuidas a juristas clásicos; c) textos jurisprudenciales tomados del *Digesto*, y d) constituciones imperiales recogidas hasta 533.

<sup>233</sup> Urcisino Álvarez, *op. cit.*, p. 29.

<sup>234</sup> Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 25.

<sup>235</sup> *Vid.*, el índice de las *Instituciones* y Urcisino Álvarez, *op. cit.*, p. 29; De Francisci, *op. cit.*, p. 703 y Arangio, *op. cit.*, p. 466.

<sup>236</sup> Guillermo Floris Margadant, *El significado...*, pp. 17-18.

<sup>237</sup> No hemos de hacer referencia aquí al curso de la penetración del derecho justiniano en Occidente, el cual puede ser consultado en cualquier manual de derecho romano.

<sup>238</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, pp. 312-316.

<sup>239</sup> José María Álvarez, *Instituciones...*, vol. 1, p. X.

<sup>240</sup> *Idem*, vol. 1, p. XI.

### C. Recitaciones de Heineccio

Es precisamente esta obra la que más influyó en la elaboración de las *Instituciones* de Álvarez, según afirma él mismo,<sup>241</sup> pero no es ella la que permite encontrar un punto de equiparación entre ambos autores, sino los *Elementa iuris germanici*, primera obra de conjunto del derecho privado alemán,<sup>242</sup> elaborada por Heineccio.

El derecho romano fue recibido en Alemania a fines del siglo xvi, apoyado en la idea cultural de Roma y aureolado con el nimbo imperial y representa un elemento importante para lograr la unificación jurídica de los fraccionados territorios germánicos vivificando la idea imperial.<sup>243</sup> La recepción del derecho romano en Alemania es muy posterior a la de los demás países europeos, y no obstante este retraso, los derechos germánicos no pudieron oponer resistencia a la penetración del romano,<sup>244</sup> y no por su inferioridad, sino por su particularismo y dispersión; la denominación “derecho alemán” aparece sólo esporádicamente en el siglo xv.<sup>245</sup>

El rasgo característico de la recepción del derecho romano en Alemania (final del siglo xv y el xvi), se encuentra en el “número relativamente grande, de normas positivas del Derecho romano que alcanzaron vigencia práctica”.<sup>246</sup> Así pues, la recepción del derecho romano alcanzó en Alemania una importancia que no tuvo en otros países; la tradición del Sacro Imperio Germánico determinó que no se sintiera al derecho romano como un derecho ajeno,<sup>247</sup> y la legislación justiniana alcanzó en Alemania fuerza de ley.<sup>248</sup>

El derecho romano recibido en Alemania, y que sería derecho común en el Imperio, fue el elaborado por los comentaristas. Al aprovechamiento del *Corpus Iuris* modernizado y germanizado se le ha denomi-

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Jo. Gottlieb Heineccii, *Iure cons. Quondam Celeb. ac, Consil. S. Reg. Mai, Borussiae intimi. Opera Omnia*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1771.

<sup>243</sup> Pablo Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*, traducción de José Santa Cruz Tejeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 341.

<sup>244</sup> *Idem*, p. 221.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 333.

<sup>246</sup> Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, traducción de Juan Miguel, 3ª ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, p. 194.

<sup>247</sup> Guillermo Floris Margadant, *El derecho privado romano*, 3ª ed., México, Editorial Esfinge, 1968, p. 83.

<sup>248</sup> Koschaker, *op. cit.*, p. 320. Puede verse una explicación muy clara y concisa del fenómeno de la recepción de los derechos extranjeros en Alemania en Heinrich Brunner, *Historia del Derecho germánico, según la octava edición alemana de Claudius von Schewerin*, traducción de José Luis Álvarez López, Barcelona, Editorial Labor, 1936, pp. 266-272.



nado *Usus Modernus Pandectarum*,<sup>249</sup> es decir, la manera moderna de aprovechar el *Corpus Iuris* mezclado con normas germánicas "razonables", derechos locales y ciertos principios iusnaturalistas.<sup>250</sup> Esta corriente se localiza en el centro de Europa durante el siglo xvii, y paulatinamente recibió la influencia del iusnaturalismo.<sup>251</sup> Frente a otras corrientes de la época, es más pragmática y menos erudita.<sup>252</sup> El *Usus Modernus Pandectarum* fue "la forma que tomó la aplicación del derecho romano después de su recepción en el ámbito alemán".<sup>253</sup>

A finales del siglo xvii hay una declinación del derecho romano, derivada de la del poder imperial, y empieza a penetrar el derecho natural "en forma de derecho profesional".<sup>254</sup> Heineccio (1681-1741) está dentro del grupo de juristas, que sin formar parte de una escuela determinada realizan investigaciones romanistas<sup>255</sup> y profesan el derecho natural.<sup>256</sup>

Paralela a la penetración del derecho natural, a lo largo del siglo xviii hubo una corriente de estudios germanísticos centrados en el aspecto histórico-jurídico.<sup>257</sup> Heineccio también se inscribe en esta corriente con su obra *Elementa Iuris Germanici*.<sup>258</sup> Así pues, este autor, incluido por Koschaker entre los representantes de la "jurisprudencia elegante"<sup>259</sup> y por Wieacker dentro de la corriente del *Usus Modernus Pandectarum*,<sup>260</sup> se ocupa del derecho romano y el alemán, con preponderancia del primero y todavía no se encuentra tan profundamente influido por el derecho natural como lo estarían, posteriormente, los llamados enciclopedistas.<sup>261</sup> Heineccio se encuentra, pues, en la época de tránsito del *Usus Modernus Pandectarum* y la "jurisprudencia elegante" hacia el "iusnaturalismo racionalista".

Desde diversos puntos de vista el siglo xviii es un siglo de reformas

<sup>249</sup> Rodolfo Sohm, *Instituciones del Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, traducción de Wenceslao Roces, México, Editora Nacional, 1975, pp. 83-84.

<sup>250</sup> Guillermo Floris Margadant, *Introducción a la historia universal del derecho, desde los orígenes a 1900*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1974, tomo I, p. 288.

<sup>251</sup> *Idem*, p. 234.

<sup>252</sup> *Idem*, pp. 286-288.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 287.

<sup>254</sup> Koschaker, *op. cit.*, p. 354.

<sup>255</sup> Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, *Derecho Romano*, 2ª ed., 2 vol., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966, pp. 326-327.

<sup>256</sup> Koschaker, *op. cit.*, p. 357.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 227.

<sup>258</sup> Peña Guzmán y Argüello, *op. cit.*, p. 326.

<sup>259</sup> Koschaker, *op. cit.*, p. 326.

<sup>260</sup> Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción de Francisco Fernández Jordán, Madrid, Aguilar, 1957, p. 289.

<sup>261</sup> Koschaker, *op. cit.*, p. 277.

imbuidas por el racionalismo vinculado al movimiento ilustrado. Los “déspotas ilustrados” de distintos países europeos tratan de renovar las formas de vida, la educación, el derecho, etcétera. En Alemania, el derecho racionalista, vinculado a la Ilustración, está ligado a la fundación de universidades, entre ellas la de Halle, en 1694, que fue donde enseñó Heineccio.<sup>262</sup>

La reforma general de la educación llevada al cabo por los déspotas ilustrados se refleja en las universidades. En ellas comienza a abandonarse el modelo de la antigüedad clásica que era el que había prevalecido en la baja Edad Media, la filosofía aristotélica comienza a ser sustituida por la cartesiana, la Iglesia pierde su importancia como educadora, y se inicia la “educación nacional”.<sup>263</sup>

En las facultades de derecho, el movimiento de la Ilustración hizo que se sustituyera el derecho romano, como base de la enseñanza, por el derecho natural,<sup>264</sup> movimiento que se va consolidando a lo largo del siglo XVIII. En Alemania, la Universidad de Halle fue la que estuvo más vinculada al movimiento ilustrado, al mismo tiempo su influencia en otras instituciones resultó muy amplia por la importancia cada día más grande que iba adquiriendo el Estado prusiano.<sup>265</sup>

Fundada en 1694, la Universidad de Halle, se encuentra en pleno florecimiento en la primera mitad del siglo XVIII. No obstante que sus estatutos muestran una universidad tradicional y que en su facultad de derecho se enseñaban las cuatro cátedras normales: Decretales, código, pandectas e instituciones y derecho feudal, los mismos estatutos dejan ver que en su seno ya latían las ideas racionalistas e ilustradas. En efecto, estas materias tradicionales habían de completarse con la enseñanza del *Ius publicum* y sobre todo, en esta facultad ya se impartía la cátedra de derecho natural y de gentes.<sup>266</sup> Por otra parte, desde sus comienzos, se utilizaron en Halle para la enseñanza, libros de texto que debían ser explicados por el profesor.<sup>267</sup>

Heineccio fue profesor en Halle, Franacker (Holanda), Frankfurt y en 1733 retornó a Halle. Fue uno de los juristas más famosos del siglo XVIII. Su fama la debió a la amplia divulgación que tuvieron sus

<sup>262</sup> Wieacker, *op. cit.*, p. 277.

<sup>263</sup> Helmut Coing, “Las facultades de derecho en el siglo de las Luces, o de la Ilustración”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XV, núm. 42, Madrid, 1971, pp. 473-475.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 475.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 480.

<sup>266</sup> *Idem*, p. 481.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 482.

obras en toda Europa y, como hemos de ver, en América. Pero no obstante su prolijidad como escritor y la aceptación que tuvieron sus obras, no fue un gran jurista, es decir, no llegó a ser un gran teórico del derecho.<sup>268</sup> Sin embargo, fue escritor claro y metódico y sobre todo un infatigable trabajador.<sup>269</sup> Situado cronológicamente después de Wolff y Thomasius y antes de Kant, no alcanzó nunca la jerarquía que éstos llegaron a tener en la ciencia jurídica de su tiempo.<sup>270</sup>

Su obra es muy amplia, abarca sobre todo estudios de derecho romano, pero también se ocupó del derecho natural y de gentes y del germánico,<sup>271</sup> y en conjunto es un retorno a la jurisprudencia humanística europea, que con este autor encuentra un florecimiento tardío. En ella, se juntan la jurisprudencia humanística y el derecho racionalista "como la nueva concepción de la teoría del Derecho europeo".<sup>272</sup> Se encuentra además entre los precursores del estudio del derecho alemán, ya que sus *Elementa Iuris Germanici* es la primera exposición de conjunto sobre este derecho.<sup>273</sup>

Sus libros sobre el derecho romano fueron utilizados en varias universidades europeas como Halle, Basel, Pavía, Nápoles, Alcalá y Bolonia,<sup>274</sup> y traducidas en el siglo XIX al castellano.<sup>275</sup>

Álvarez no conoció ninguna de las versiones castellanas de la obra de Heineccio, sino que la tradujo en sus clases para sus alumnos.<sup>276</sup> Pero no fue ésta la única obra de Heineccio que trasladó al idioma castellano. En efecto, Mariano González nos informa que, fuera de clase, en su casa, Álvarez traducía para sus estudiantes los *Elementa*

<sup>268</sup> Federico Kraemer-Diethardt, "Heinecke Johann (Heineccius)", *Novissimo Digesto Italiano*, loc. cit., p. 93.

<sup>269</sup> M. E. Lermnier, *Introducción general a la historia del derecho*, Barcelona, Librería de D. Antonio Sierra, 1840, p. 183.

<sup>270</sup> *Idem*.

<sup>271</sup> Kraemer-Diethardt, *op. cit.* Este autor elabora una lista de las principales obras de Heineccio. No todas fueron editadas por Heineccio; correspondió a su hijo, Johann Christian Gottlieb, publicar los manuscritos de su padre.

<sup>272</sup> Wieacker, *op. cit.*, p. 291.

<sup>273</sup> *Idem*, p. 289. En 1643, Arminio Conring publicó la obra *De origine iuris germanici liber unus*, iniciadora de la tendencia en contra del predominio exclusivo del derecho romano. En ella busca en las fuentes jurídicas alemanas la fundamentación del derecho alemán. *Vid.*, Heinrich Brunner, *Historia del derecho...*, p. 280; y Hans Planitz, *Principios de derecho privado germánico*, traducción de Carlos Melón Infante, prólogo de Alfonso García-Gallo, Barcelona, Bosch, 1947, p. 11.

<sup>274</sup> Coing, *op. cit.*, p. 491.

<sup>275</sup> Phanor J. Eder, *Law Books in Spanish Translation*, Gainesville, University of Florida Press, 1966, pp. 64-65.

<sup>276</sup> *Vid.*, Prólogo de las *Instituciones* de Álvarez.

*juris naturae et gentium*, por considerar que a la enseñanza del derecho patrio y el romano debía servir de introducción el derecho natural y de gentes.<sup>277</sup> A juicio de este discípulo de Álvarez, Heineccio era, por la claridad de su método, el autor favorito de aquél. Y gracias a Álvarez, ya podían caminar paralelas la enseñanza del derecho romano en las *Recitaciones* y la del patrio en las *Instituciones* del jurista criollo.<sup>278</sup>

En la obra de Heineccio, las *Recitaciones*, se encuentran dentro de la serie que sobre las *Instituciones* justinianeas realizara: *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem; Recitationes in illa Elementa y Observationes Theoretico-Practice ad Institutiones*.<sup>279</sup> Por su simplicidad y correcta redacción alcanzaron gran éxito, y Álvarez las utilizó de modelo para la elaboración de sus *Instituciones*. No varió sustancialmente su redacción, pero apoyó el texto de las *Recitaciones* en derecho castellano complementado con el indiano. La obra del jurista guatemalteco presenta, sin embargo, por razones obvias, instituciones que no se encuentran en la del alemán y que pertenecían a la realidad americana. Las múltiples ediciones de la obra de Álvarez realizadas a lo largo del siglo XIX en los países americanos, semejan las de las *Recitaciones* que fueron reeditadas en distintas ocasiones añadiéndoles el derecho aplicable al tiempo de la edición. Es decir, ambas sirven de modelo para la realización de manuales utilizados para la enseñanza del derecho en los que está contenido el derecho supuestamente vigente. De Álvarez diría José del Valle en el dictamen que sobre las *Instituciones* realizó en 1818:

prefirió el estilo que usa el laconismo exacto o concisión clara de Heineck y los que imitándole formaron después la Instituta de Castilla.

No hay novedad en el plan de la obra ni en la partición de títulos. Pero ha habido la infatigable paciencia de acopiar leyes, Reales órdenes y cédulas aplicables a cada uno de ellos: hay discernimiento en las citas y elección en las doctrinas.<sup>280</sup>

No conocemos ningún estudio que se ocupe de analizar pormenorizadamente las fuentes de las *Recitaciones*, pero el propio Heineccio nos da la pauta en el *Proemio* de éstas, para averiguar cuáles fueron

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. X.

<sup>278</sup> *Idem*, p. XII.

<sup>279</sup> Heineccio, *Opera Omnia...*, vol. V.

<sup>280</sup> José del Valle, "Dictamen sobre las Instituciones de Derecho de Castilla y de Indias, escritas por el Dr. José María Álvarez", *Obras de Valle*, tomo II, p. 51.

aquellas.<sup>281</sup> El cuadro puede completarse con la revisión del texto de las *Recitaciones*. Fácilmente puede detectarse la existencia de dos tipos de fuentes: las propiamente jurídicas y las doctrinarias e históricas, que permiten la interpretación y sirven de complemento a las primeras.

1) Dentro de las propiamente jurídicas —en esa época el derecho romano era aplicable en los tribunales alemanes— se encuentra el *Corpus Iuris*, fundamentalmente las *Instituciones*, aunque no son pocas las referencias al *Digesto*, el *Codex* y las *Novelas*. Respecto de las *Authenticae* de los emperadores germánicos, y los cánones apostólicos, advierte que forman parte del cuerpo del derecho y no tienen aplicación en el foro.<sup>282</sup> Por otra parte, incorpora disposiciones del derecho feudal común, las cuales no forman parte del *Corpus* pero constituyen el derecho germánico.<sup>283</sup> Por lo antes dicho, podemos observar que como humanista trata de separar el derecho romano puro, de aquél que se fue formando con la labor de glosadores y comentaristas. De Francisci ha señalado que frente a los humanistas se encontraba toda una masa de fuentes: el *Corpus Iuris*, con la glosa y los comentarios; las *Authenticae* de los emperadores germánicos, los libros de los feudos, las leyes eclesiásticas, los estatutos comunales, y las colecciones de las costumbres locales, y que ellos tratan de encontrar su orientación en el derecho romano, "manantial inagotable de sabiduría".<sup>284</sup>

2) Dentro de las doctrinarias e históricas, podemos señalar que en las *Recitaciones* están presentes diversas corrientes jurídicas de la época en que escribió Heineccio y que confirman su adscripción a la escuela del humanismo jurídico, así como sus vínculos con la jurisprudencia elegante, *Mos gallicus* y iusnaturalismo. A este respecto, vale la pena señalar las frecuentes referencias a Cujacio, perteneciente al *Mos gallicus*. Entre los autores adscritos a la llamada jurisprudencia elegante los más citados son Vinnio (cuyos *Comentarios* recomienda como complemento a las *Recitaciones*),<sup>285</sup> Noodt y Bynkershoek. Asimismo, también para dicho fin, remite a las *Praelectiones* de Huber.<sup>286</sup> Son nu-

<sup>281</sup> Utilizamos la versión española de Vicente Salvá, 2a. ed., París, Librería de don Vicente Salvá, 1847.

<sup>282</sup> *Idem*, vol. I, pp. 87-89.

<sup>283</sup> *Idem*, pp. 88-89.

<sup>284</sup> Pietro de Francisci, "Renacimiento y humanismo vistos por un jurista", *Revista de Derecho Privado*, año XXXVIII, núm. 4+3, febrero, 1954, Madrid, p. 97.

<sup>285</sup> *Recitaciones*, op. cit., vol. I, pp. 88-89.

<sup>286</sup> Gabrieli nos dice de Huber que vivió en Holanda (1636-1691), en donde enseñó derecho público. Romanista de espíritu independiente, se dedicó a la búsqueda de interpolaciones con método sistemático. La obra a que hace referencia

meras las remisiones a humanistas como Pufendorf y Grocio, y dentro de esta corriente, cita a Thomasius, maestro suyo y primer profesor, en Halle, en 1705, de la cátedra de derecho privado alemán.<sup>287</sup> Por otra parte, prácticamente no hace referencia a Bartolo y a Baldo, salvo para disentir de sus opiniones.<sup>288</sup> Remite a menudo a su propia obra, tanto a los *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem* como a *Antiquitatum Romanorum jurisprudentium illustratum syntagma*,<sup>289</sup> esta última recomendada también como complemento a las *Recitaciones*.<sup>290</sup> Sólo resta agregar que son también numerosas las citas a Livio y Cicerón, y finalmente a fuentes de derecho vulgar como el *Codex Theodosianus* y las *Sentencias de Paulo*.<sup>291</sup> Sus fuentes, son pues, de derecho romano común, es decir, derecho romano, canónico y en menor medida feudal. Por ser el derecho romano el aplicado en los tribunales imperiales, no se puede detectar en qué medida participa Heineccio con sus *Recitaciones* en la polémica derecho real contra derecho romano, que se da en Alemania en época posterior entre germanistas y romanistas. Sin embargo, en común con nuestro Álvarez tiene, los *Elementa iuris Germanici*, primer tratado de derecho alemán privado, al que ya se hizo alusión.<sup>292</sup>

#### D. Las Instituciones de Asso y de Manuel

Uno de los obstáculos para la enseñanza del derecho español en las universidades era la ausencia de un libro de texto sobre el que pudiera centrarse dicha actividad. La obra de Asso y Manuel llenó esta laguna. Este texto contiene una introducción histórica al derecho castellano por medio de la cual se va relatando el estado de la legislación en los diversos períodos por los que atravesó.<sup>293</sup>

Heineccio son las *Praelectiones ad Pandectas, vid.*, también *Recitaciones...*, *op. cit.*, vol. I, p. 64.

<sup>287</sup> Hans Planitz, *Principios del derecho privado...*, p. 11.

<sup>288</sup> Por encontrarse Heineccio dentro de la corriente del humanismo jurídico, sus posiciones son contrarias a las de estos comentaristas que pertenecen al *Mos italicus*.

<sup>289</sup> Ambas en *Opera Omnia, cit.*

<sup>290</sup> Vicente Salvá, *op. cit.*, p. 64.

<sup>291</sup> La relación de las fuentes de la obra de Heineccio no pretende ser en manera alguna exhaustiva, simplemente se han tomado algunas referencias, las más repetidas, para poder constatar la ubicación del autor y su obra en la ciencia jurídica de su tiempo.

<sup>292</sup> *Vid., supra.*, pp. 92 y 93.

<sup>293</sup> Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, *op. cit.* La primera edición es de 1771, pero manejamos la tercera, corregida por sus

## LAS "INSTITUCIONES"

99

El plan conforme al que se elaboró fue el de Gayo: personas, cosas y acciones. Su mérito principal estriba en que las citas de la obra son de derecho español. Los autores expresan que el fin de esas *Instituciones* fue:

... presentar las verdades, y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar leyes del Derecho Romano, probando toda proposición con sola la ley nuestra supletoria, y aun apoyando aquellas proposiciones, que no expresan nuestras leyes, y cuyo conocimiento es necesario, con autoridad de solo Autor Regnícola, y clásico...<sup>294</sup>

Explican que en el plan de la obra han tratado de alejarse del de Justiniano en sus *Instituciones*;<sup>295</sup> sin embargo, la obra aparece dividida conforme a la más pura tradición gaiana.<sup>296</sup> En la introducción histórica, al relatar los cuatro estados por los que ha pasado la legislación, aluden a leyes conciliares, fueros, leyes de Cortes, decretos, pragmáticas, cédulas y cartas acordadas.<sup>297</sup> En estas páginas, van dando noticia de la lucha por implantar el derecho real; por ser aragoneses, su provincia les merece particular atención. Sin embargo, la obra está dedicada a toda la nación.

Ya ha sido destacada la ubicación de esta obra dentro de la polémica derecho real contra derecho romano.<sup>298</sup> Resta pues, solamente hacer mención a sus fuentes en virtud de que pocas noticias logramos obtener sobre sus autores. Respecto de sus fuentes, cabe hacer la siguiente observación: el derecho castellano real a que hacen referencia, es aquél que encuentra su origen en el romano justiniano estudiado en las universidades medievales y elaborado por el rey y sus funcionarios. Así pues, el contenido de las normas no se diferencia sustancialmente de las romanas justinianas. Lo que varía, y en esto estriba la importancia de la obra, es la remisión a su órgano creador, es decir, el rey o sus funcionarios. Asimismo, la doctrina consignada en este texto es de autores regnícolas o de derecho común.<sup>299</sup>

autores. *Vid.*, la introducción histórica, pp. 1-76. En ella se hace referencia a todos los reyes castellanos y contiene un apéndice de Aragón.

<sup>294</sup> *Idem*, p. IV.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> Castán Tobeñas, *La ordenación sistemática...*, p. 79.

<sup>297</sup> Asso y de Manuel, *op. cit.*, p. V.

<sup>298</sup> *Vid.*, *supra.*, capítulo correspondiente.

<sup>299</sup> De su amplia difusión nos convence el hecho de que haya sido traducida al inglés en 1825: *Institutes of the civil law of Spain*, London, 1825, *vid.* S. A. Ba-

En una obra con las características que hemos señalado, por supuesto que su fuente fundamental lo fueron las *Partidas*; sin embargo también ocupan un lugar destacado la *Recopilación* de 1567, el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*. Asimismo registran diversas cédulas no recopiladas que les permiten ir perfilando las instituciones con mayor precisión, así como instrucciones, autos y decretos.

Las *Instituciones* de Asso y de Manuel, fueron base de la enseñanza del derecho español en Valencia a partir de 1786<sup>300</sup> generalizándose después su estudio. La *Recopilación* de 1805 hizo que quedaran anticuadas, pero siguieron utilizándose en la cátedra, quedando el maestro con la responsabilidad de corregir los errores “en viva voz”.<sup>301</sup> Gracias a esta observación, contenida en la real cédula de 12 de julio de 1807, pudo Álvarez elaborar sus propias *Instituciones*.

### E. Las *Instituciones* de Álvarez

Ya habíamos apuntado al iniciar este capítulo que las obras a que haríamos referencia tenían características que las hacían afines. Después del somero análisis de dichas obras en relación con su tiempo, el tipo de autor que las redacta, el método que utilizan y las fuentes que las conforman, creemos que ha llegado el momento de formular algunas observaciones a guisa de conclusiones:

1. Álvarez, como en su época Gayo, Triboniano, Teófilo y Doroteo, Heineccio y Asso y de Manuel, no fue un representante importante de la ciencia jurídica de su tiempo.

2. Siguiendo los esquemas que se utilizaron en épocas anteriores, Álvarez redactó su obra de *Instituciones* para la enseñanza elemental del derecho. El modelo seguido, como el que siguieron los autores que lo preceden en dicha tarea, fue el gaiano; el cual, a pesar de las objeciones que pudieran hacersele, había probado su eficacia a lo largo de varios siglos.

3. Como los que lo precedieron en la elaboración de este tipo de obras, Álvarez se ubica en una época de transición. En su caso, esta transición tiene dos variantes: por una parte la polémica derecho real contra derecho romano recibida en América con las características que se han señalado; por otra, la transición de la fase colonial a la época

yitch, *Latin America and the Caribbean. A bibliographical guide to works in English*, New York, Oceana Publications and University of Miami Press, 1967, p. 24.

<sup>300</sup> Peset y Peset, *La Universidad Española...*, p. 288.

<sup>301</sup> Álvarez, *Instituciones...*, prólogo, vol. I, p. 1.



## LAS “INSTITUCIONES”

101

independiente. Esto determina que las nuevas naciones al buscar textos jurídicos acordes con las necesidades del momento tomaran como punto de partida la obra de Álvarez, adicionándola con aquellas disposiciones que venían a caracterizar a la nueva época.

4. En cuanto a las fuentes de que se valió nuestro autor para la elaboración de las *Instituciones*, cabe advertir que aunque el contenido de los preceptos no varía sustancialmente de los principios generales del derecho romano justiniano, estos preceptos encuentran su justificación en el órgano que los crea que es, naturalmente, real. Esto quedará suficientemente demostrado en el capítulo siguiente.

La independenciam de las naciones americanas no significó en manera alguna el olvido o la sustitución del derecho castellano, real, basado en el romano. Sólo aquellas instituciones que vinieron a chocar con la nueva realidad fueron abrogadas pero en general se conservó el derecho que habían recibido a raíz de su conquista y colonización.

Por su parte, los otros autores a que venimos haciendo referencia también son epígonos de una época, recurren a las fuentes correspondientes a la que cierran y constituyen el punto de partida de la que se inicia.