



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

Maurici Pérez Simeón, “El comentario de Josep Finestres a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 457-488 (available at <http://www.glossae.eu>)

EL COMENTARIO DE JOSEP FINESTRES A LOS *IURIS EPITOMAE* DE HERMOGENIANO

THE COMMENTARY OF JOSEP FINESTRES ON THE *IURIS EPITOMAE* BY HERMOGENIANUS

Maurici Pérez Simeón
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Resumen

El presente trabajo pretende abordar uno de los aspectos menos estudiados de la obra del gran jurista catalán Josep Finestres y de Monsalvo: su exégesis humanista de los textos que conforman el Derecho romano. A nuestro juicio, una de los aspectos más relevantes de la obra de Finestres no es sólo su estudio jurídico-filológico del Epítome de Hermogeniano, sino la recepción de las controversias metodológicas vigentes durante el siglo XVIII. En suma, la obra nos parece un claro ejemplo del humanismo jurídico propio de la Universidad de Cervera.

Abstract

This paper discusses Josep Finestres y de Monsalvo's humanist exegesis of Roman law, an aspect of his thought that has not been explored. Finestres's exegesis reflects the most important methodological controversies of the eighteenth century and constitutes a clear example of the legal humanism as expounder at the University of Cervera.

Palabras clave

Humanismo jurídico, Universidad, metodología, *ius commune*, Derecho romano

Keywords

Legal humanism, university, methodology, *ius commune*, Roman law

Sumario: 1. Introducción. 2. El humanista Josep Finestres y de Monsalvo. 3. La Universidad de Cervera. 4. La concepción del Derecho de Josep Finestres. 5. La génesis del comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano. 6. El género literario del comentario. 7. El estudio introductorio de la vida y obra de Hermogeniano. 8. El método exegético empleado. 9. El análisis del principio *in dubio pro reo* en el tratado de Finestres. 10. Conclusiones: ¿es el Hermogeniano la mejor obra de Finestres o sólo la más larga? Apéndice bibliográfico

1. Introducción

En 1757 Josep Finestres y de Monsalvo publicó en la imprenta de la Universidad de Cervera la que ha sido considerada desde siempre su obra más lograda: el comentario a los seis libros de los *Iuris Epitomae*¹ de Hermogeniano. En este trabajo Finestres despliega con maestría todos los instrumentos de la exégesis humanista y lo hace con un sello muy personal que nos permite reconocer el posicionamiento concreto del autor

¹ El término epítome tiene género masculino en español (vid. voz “epítome” en MOLINER, M. Diccionario del uso del español, 2ª edición, Madrid, 1974) aunque la palabra *epitome* en griego y en latín es femenina. Nosotros seguiremos la convención de aponer artículos y adjetivos masculinos al título de la obra que es objeto del presente estudio (diciendo, por ejemplo los *Iuris Epitomae* y no las *Iuris Epitomae*).

respecto de las controversias metodológicas del momento. La obra aparece en la época final de la vida de Finestres y puede verse como el canto de cisne del humanismo jurídico de Cervera.

Tras la muerte de su autor, el comentario a los *Iuris Epitomae* será citado pocas veces y durante más de dos siglos pasará a ser un trabajo prácticamente olvidado. Sólo a mediados del siglo XX volverá a la primera fila de la romanística. Un joven Detlef Liebs (que más tarde sería catedrático de Friburgo de Brisgovia), discípulo de Franz Wieacker, empezó a preparar una tesis doctoral sobre los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano y descubrió en la obra de Finestres el punto de apoyo esencial en el que basar un análisis moderno del texto romano. Liebs descubrió que el trabajo de Finestres era mucho más preciso y acertado que la obra de H. Dirksen² (publicada en 1871). La tesis de Liebs fue publicada en Gotinga en 1964 bajo el título *Hermogenianus iuris epitomae. Zum stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*.

Liebs no analiza la obra de Finestres en su contexto histórico, sino que toma como referencia las opiniones finestresianas para elaborar su tesis siguiendo el método histórico crítico propio del siglo XX. Como era de esperar algunas de las conclusiones de Finestres quedan desautorizadas. Sin embargo el valor del trabajo de Finestres no debe apreciarse a la luz de una metodología inexistente en el siglo XVIII sino que tiene que ser estudiado como lo que es: un tratado humanista que sigue los métodos de la jurisprudencia humanista. Desde esta perspectiva el comentario a los seis libros de los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano que nos ofrece Finestres es una obra de notable interés histórico en la que podemos observar el cariz que tomó el humanismo jurídico en España durante la primera mitad del siglo XVIII.

2. El humanista Josep Finestres i de Monsalvo³

² Dirksen, H. “Über die Hermogenianus libri iuris epitomarum” *Hinterlassene Schriften* II, Leipzig, 1871, p.482 ss.

³ La biografía más completa de Finestres es la de Gallissà, L., *De vita et scriptis Iosephi Finestres et a Monsalvo iurisconsulti Barcinonensis, in Cervariensi Academia iuris civilis primarii antecessoris emeriti, comentariorum libri IIII*, Cervera, 1802, que fue traducida al catalán por Casanovas, I. y publicada, junto con otros escritos, en el libro *Josep Finestres. Estudis biogràfics*, Barcelona, 1931. También R. LL. De Dou i Bassols menciona muchos datos de la vida de su maestro en *Finestresius vindicatus*, Barcelona, 1772, obra que fue traducida al catalán con el título “Elogi funeral” y que se puede encontrar en la obra de Casanovas, I que acabamos de citar (p.219 ss.). El propio Casanovas, I publicó en lengua castellana una versión ampliada de la introducción en *Josep Finestres... cit. con el título La cultura catalana del siglo XVIII. Finestres y la Universidad de Cervera*, Barcelona, 1953. El padre Casanovas también editó los dos primeros volúmenes del epistolario de Finestres con el título *Documents per a la història cultural de Catalunya en el segle XVIII. Josep Finestres. Epistolari* (vol.1, Barcelona 1933; vol.2, *ibidem*, 1934) que fue completado con un suplemento editado por Batllori, M. el año 1969. Se puede consultar también la entrada “Finestres i de Monsalvo, Josep”, obra de Batllori, M., *Gran Enciclopèdia Catalana*, vol. 11, 2ª ed., Barcelona, 1987 p.137. Es especialmente interesante la referencia de Sánchez-Moreno Ellart, C. en la *Enciclopèdia jurídica catalana* (en curso de publicación; he podido consultar el original por amabilidad del autor) por la nueva valoración de algunos aspectos de la vida y obra de nuestro jurista. En cambio, las noticias de la *Enciclopedia Espasa* (voz “Finestres y de Monsalvo, José”, vol.23, Madrid, 1924, p.1521) y de la *Gran Enciclopedia Larousse* (voz “Finestres y de Monsalvo, José”, vol.5, Barcelona, 1988, p.4382) están repletas de errores, especialmente en lo que se refiere al título de las obras. También presenta inexactitudes notables de este tipo la obra de Capitán Díaz, A. *Historia de la educación en España. Vol.1. De los orígenes al Reglamento General de Instrucción Pública (1821)*, Madrid, 1991, p. 699.

Los estudios sobre Finestres se centran esencialmente en su vida y en aspectos generales de su metodología, pero raramente entran a examinar el contenido concreto de alguna de las obras. Sánchez-

Josep Finestres nació en Barcelona el 5 de abril de 1688 y falleció en Montfalcó el 17 de noviembre de 1777. Tuvo una vida muy larga que le permitió ser testigo del auge y del ocaso de la jurisprudencia elegante en España. Finestres no publica nada hasta 1745 y, por consiguiente, toda su obra impresa tiene un regusto crepuscular y nostálgico. Tras los textos elaborados en un latín impecable se vislumbra al viejo profesor irritado porque sus estudiantes, cansados de exégesis enrevesadas y textos milenarios, prefieren las novedades de la ilustración que, gota a gota, entran por los Pirineos.

El profesor Finestres no siempre fue un hombre ajeno a su tiempo. En su juventud fue un entusiasta innovador, que revolucionó el estudio del derecho en Cataluña introduciendo en las aulas los métodos de la jurisprudencia humanista. La formación de Finestres se inició en el colegio de Cordelles, en la Rambla de Barcelona, regentado por los jesuitas. En este centro se enseñaba el típico currículum de la Compañía, en el que tenía un peso importante los estudios clásicos. Finestres guardó siempre un grato recuerdo de su paso por el colegio y mantuvo toda la vida una predilección personal por la Compañía de Jesús. Los jesuitas hicieron de Finestres un humanista⁴.

Finestres se graduó de bachiller en la Universidad de Barcelona pero, al cerrarse este centro tras la Guerra de Sucesión, se licenció y se doctoró en Cervera, simultaneando el estudio con las primeras tareas docentes. Finestres siempre mostró un desdén por la práctica del derecho, de modo que su vocación de jurista parece responder más a los deseos de su entorno que a una íntima vocación personal. Es posible que su entrada en la vida académica se viese favorecida por el felipismo de su familia, aunque este extremo es más una conjetura que una realidad tangible.

La carrera académica de Finestres fue lenta. En una primera etapa (1715 - 1734)⁵ ocupó varias plazas de categoría menor hasta que en 1734 (cuando contaba ya con 46 años de edad) obtuvo por fin la cátedra de Prima de Leyes⁶. Finestres mantuvo esta plaza hasta que se jubiló en el año 1750, aunque, una vez emérito, siguió estrechamente vinculado a la Universidad de Cervera hasta el día de su fallecimiento⁷.

Moreno ha detectado, por ejemplo, que Figa Faura, en la p. 293 de su artículo “Mos italicus y los juristas catalanes”, *Anuario de la Academia Matritense del Notariado* 20 (1976), por error afirma que Finestres tienen un comentario al Código Hermogeniano, mientras que lo que había escrito nuestro jurista es un comentario a los *Juris Epitomae* del jurista Hermogeniano.

⁴ Vid. Casanovas, I. *La cultura catalana*, p.15 y ss. y Vila Bartrolí, F., *Reseña histórica, científica y literaria de la Universidad de Cervera*, 2ª ed., Tàrraga, 1981, p.212 ss., que recogen el testimonio de Gallissà (en Casanovas, I. *Josep Finestres*, pp. 284 ss.).

⁵ Gallissà, en Casanovas, *Josep Finestres*, pp. 287 ss. Josep Finestres comenzó a enseñar en Cervera desde el traslado de los Estudios de Barcelona ordenado el 16 de noviembre de 1714, aunque el nombramiento real no le llegó hasta después de la fundación oficial de la Universidad el año 1717. Vid. Rubió i Borràs, M., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, vol. 1, Barcelona, 1915, p. 401.

⁶ Gallissà, en Casanovas, *Josep Finestres*, p. 313 y Rubió i Borràs, vol.1, p. 407. Josep Finestres se presentó a la oposición para la cátedra de Prima de Leyes el 1725 (la primera convocatoria de la Universidad), pero la plaza se declaró desierta. En esta convocatoria Finestres ganó la oposición a una cátedra de Instituciones. Rubió i Borràs, *Historia*, vol. 1, p.401.

⁷ Vila Bartrolí, *Reseña histórica*, pp. 212 y p.261.

A diferencia de su amigo y contemporáneo Gregorio Mayans⁸, catedrático en Valencia, Finestres no fue viajero ni tuvo interés en la vida política. Finestres era un erudito vocacional, un estudioso de biblioteca. Este carácter hizo que su influencia personal sobre los gobernantes de su tiempo fuese mínima⁹.

Es posible que esta actitud no fuera sólo una consecuencia del carácter de Finestres, sino que el aislamiento de la Universidad de Cervera tuviera también un papel relevante¹⁰. Cervera se encontraba lejos de las grandes ciudades que, en el siglo XVIII, eran los principales centros culturales y, por lo tanto, invitaba a practicar un estudio monacal, vinculado con el exterior esencialmente por los libros que llegaban de toda Europa para enriquecer la biblioteca.

La devoción completa al estudio es también el rasgo más importante de la vida personal de Finestres. Su alojamiento y sus costumbres eran extremadamente frugales, y no se le conocen relaciones amorosas ni escándalos de ningún tipo. Aunque nunca fue ordenado sacerdote ni tomó estado religioso, su vida estaba inspirada por un catolicismo profundo y sincero, que lo llevaba a practicar la pobreza y la humildad cristianas con más perfección que muchos de los eclesiásticos de su tiempo¹¹. La razón por la que no quiso ordenarse¹² ni entrar en la Compañía de Jesús fue, seguramente, evitar que las obligaciones y la disciplina propias de este estado pudieran interferir en su deseo de consagrarse al estudio de la cultura clásica y del derecho.

La ideología política de Finestres viene condicionada por las tres grandes devociones de su vida, que son, en este orden: la fe cristiana, la cultura clásica y la tradición catalana. Finestres fue un firme opositor de las ideas ilustradas¹³, sobre todo

⁸ Para el contraste entre el carácter de G. Mayans y de J. Finestres cfr. Mestre, A., “Difusión de la cultura española. Mayans y el círculo de Gerard Meerman” *Influjo europeo y herencia hispana. Mayans y la ilustración valenciana*, Valencia, 1987, p.113. Aunque ambos profesores compartían su interés por la erudición humanística, Finestres tenía un espíritu mucho más convencional y conservador, que se fue acentuando con la edad, y que contrasta con las ideas (relativamente) más innovadoras de G. Mayans. Vid., por ejemplo, Sánchez-blanco, F. *La mentalidad ilustrada*, Madrid, 1999, pp. 146 ss.

⁹ A modo de ejemplo, se puede citar una significativa anécdota del año 1745: cuando Finestres fue detenido por el Canciller Alòs, que le acusaba de haberlo despreciado públicamente, tuvo que ser Mayans quien movilizó sus contactos políticos a la Corte para lograr la libertad del estudioso de Cervera, ya que los magistrados, si lo conocían, era sólo por haber leído alguno de sus libros.

¹⁰ Sobre la limitada fama de Finestres vid. Molas, P. *Gregori Mayans y Siscar, Epistolario*, Vol.11 *Mayans y Jover, I. Un magistrado regalista en el reinado de Felipe V*, Valencia, 1991, §§ 151 (p. 181), 153 (p. 183) i 156 (p. 188).

¹¹ Este aspecto de la vida privada de Josep Finestres se encuentra en todos sus biógrafos. Cfr. por todos Casanovas, *Josep Finestres*, p. 59.

¹² Finestres era clérigo tonsurado, sin órdenes sagrados. Cfr. entre otros, Batllori, voz “Finestres i de Monsalvo, Josep”, *Gran Enciclopèdia Catalana*, p.137.

¹³ Sorprende mucho que Riera i Tuèbols, S., “La Universitat de Cervera”, *Història, política, societat i cultura dels Països Catalans*, vol. 5, *Desfeta política i embranzida econòmica. Segle XVIII*, Barcelona, 1995, p. 336) considere a Josep Finestres “el màxim exponent de la Il·lustració a Cervera”, a no ser que deba interpretarse el término “ilustración” en un sentido muy amplio como sinónimo de “cultura” o “erudición”. Nosotros consideramos más bien que, como dice Sánchez-Blanco, *La mentalidad ilustrada*, p. 33: “Ilustrados no fueron todos los que disponían de una cierta cultura y expresaron alguna que otra crítica puntual sino aquellos que sometieron al análisis de la razón la realidad social sin doblegarse al dictado de la tradición; los osados que superan el miedo a la autoridad y los que tienen coraje suficiente para pensar por sí mismos; los que dejan de reverenciar lo vigente y proponen proyectos apoyándose en argumentos de experiencia y utilidad. Pero proyectos más amplios que los de una mera reforma de de estudios o un cambio de libros de texto; proyectos que entran de lleno en el

desde que, a partir de 1750, comenzaron a tener una importante difusión en los ambientes cultivados de la sociedad española. Finestres consideraba que estas innovaciones representaban un ataque a lo que él consideraba los pilares de su vida y, por tanto, hizo lo posible para evitar que las luces entraran en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cervera.

Josep Finestres no es, sin embargo, un reaccionario radical como algunos de los polemistas jesuitas del dieciocho¹⁴, sino que, en todo aquello que no afecta a la fe, tiene una mentalidad relativamente abierta. Si repasamos sus lecturas jurídicas, veremos que la mayor parte de autores que lee y que cita son protestantes y no por ello deja de admirarlos y de difundir sus ideas jurídicas en nuestro país, evitando sólo, eso sí, dar publicidad a las afirmaciones de estos autores que puedan entrar en obvia contradicción con los dogmas de la Iglesia Católica¹⁵.

La irreligiosidad de algunos filósofos ilustrados franceses no podía ser, de todos modos, suficiente para adoptar una actitud anti-ilustrada, ya que eran muchos los creyentes (católicos y protestantes) que en toda Europa propugnaban los principios de las luces, sobre todo en el marco del llamado despotismo ilustrado¹⁶. A Finestres, aparte de la irreligiosidad de algunos “*noveleros*”, tampoco le convence la tendencia simplificadora y uniformizadora que la ilustración quiere aportar al Derecho. Finestres es un humanista y, por tanto, considera que la razón necesita la ayuda de la cultura clásica para hacer progresos y para contribuir a la mejora de la sociedad presente. Para Finestres, sin la muleta de los estudios clásicos, la razón vaga perdida y desorientada, sin modelos a seguir ni hitos para descansar, por lo que frecuentemente termina destruyendo la tradición sin poder implantar un sustituto de igual calidad que haga las funciones con la misma eficacia. Al deseo racional de simplificar y de uniformizar el Derecho, propugnado por los ilustrados, Finestres opone la estética de la erudición barroca y los vínculos afectivos con la tradición local. Para Finestres, los valores estéticos del buen estilo y de la erudición tienen tanta importancia como el contenido de lo que se expresa¹⁷.

ámbito de lo político y que no se detienen ante los privilegios que disfrutaban la nobleza y el clero...” En este sentido del término, Josep Finestres es todo lo contrario de un ilustrado.

¹⁴ Vid. Herrero, J. *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Madrid, 1988, pp. 27 ss. La mayor parte de la literatura polémica anti-ilustrada se publica a partir de finales del s.XVIII, ya que sólo en esta época las ideas de la ilustración empiezan a tener una amplia difusión en España.

¹⁵ En la Biblioteca General de la Universidad de Barcelona puede encontrarse un ejemplar del comentario a las Instituciones de Justiniano de A. Vinnio (edición con las notas de J. G. Heinecio, Venecia, 1747) expurgado por el propio Josep Finestres por encargo de la Santa Inquisición el día 4 de abril de 1750, tal como consta en una nota manuscrita del propio Finestres en la primera página de cada uno de los dos tomos. La expurgación se centra en el título dedicado a las nupcias (I.1,10), ya que Vinnio expone en él una doctrina completamente contraria a la normativa aprobada en el Concilio de Trento. La expurgación de este libro se consideraba especialmente importante porque era el manual que los estudiantes utilizaban para completar las clases y, por lo tanto, su lectura no era algo reservado a profesores eruditos.

¹⁶ Por ejemplo, el benedictino B. Feijoo. Cfr. Herr, R. *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1988, pp. 31 ss. En la Iglesia católica, la oposición ferviente a la ilustración proviene, en gran medida, de la Compañía de Jesús y no hay duda de que las ideas de Finestres vienen muy condicionadas por su estrecha relación con los jesuitas.

¹⁷ En una carta dirigida a R. L. de Dou, de 28 de diciembre de 1747 (Casanovas, *Documents*, vol.3, § 1398.), dice en tono crítico: “...*en condicions de filosofia és poch atesa o aplaudida la elegància. Tot ho fa lo cridar bé i rahonar sens parar.*” Aunque esta frase posiblemente era una crítica dirigida a los escolásticos, refleja una actitud frecuente entre la intelectualidad humanista del XVIII, que basa muchas

Finestres sólo colocará por encima de sus convicciones un principio: la obediencia a la autoridad constituida¹⁸. Este rasgo de la personalidad de Finestres, que posiblemente refleja la influencia jesuítica en su formación, es esencial para comprender su actitud política. Finestres tiene una personalidad pacífica y conformista, se adapta estoicamente a las circunstancias adversas y nunca se plantea enfrentarse con el poder. Esta actitud queda patente en la sumisión incondicional que muestra ante la prohibición inquisitorial de algunos de los libros que más apreciaba, hasta el punto que está dispuesto a abandonarlos si finalmente no obtiene la licencia del Santo Oficio para retenerlos¹⁹. Pero quizá donde mejor se ve este conformismo es en su reacción frente al decreto de expulsión del jesuitas, que hizo que muchos de sus amigos más íntimos tuvieran que exiliarse. Finestres, a pesar de su afinidad con los jesuitas, no mueve un dedo ni pronuncia una sola palabra crítica con la medida adoptada por el rey²⁰. En mi opinión éste es un rasgo fundamental del carácter de Finestres que tiene interés para los estudiosos de la historia del derecho más allá de juicios morales porque explica el motivo por el que la obra de Finestres se nos presenta tan convencional y ortodoxa.

Josep Finestres es, pues, un humanista barroco que durante las primeras tres cuartas partes del siglo XVIII intentó mantener las ideas y los métodos propios del siglo precedente. En cuanto a la jurisprudencia, la Cataluña del XVII había sido una sociedad intelectualmente anclada a la baja Edad Media y, por ello, el humanismo de Finestres representó una modernización de los estudios jurídicos catalanes. Pero visto desde una perspectiva más global, Finestres encarna un enfoque humanista y conservador de la ciencia jurídica que no sobrevivirá a la revolución francesa.

3. La Universidad de Cervera

La vida académica²¹ y, en gran medida, también la vida personal de Josep Finestres estuvo consagrada a un único proyecto y a una única institución: la Universidad de Cervera²². Este centro fue fundado por Felipe V por decreto de 11 de mayo de 1717, en un momento político extremadamente delicado, ya que apenas había terminado la Guerra de Sucesión y Cataluña, como represalia por haber dado mayoritariamente apoyo al Archiduque Carlos, acababa de perder sus instituciones políticas por efecto del Decreto de Nueva Planta.

de sus objeciones frente a las obras ilustradas en el estilo o en la forma en que están escritas. Cfr. Sánchez-Blanco, *La mentalidad ilustrada*, p.88.

¹⁸ Algunos autores han visto en esta actitud un rasgo característico de toda la Universidad de Cervera. Vid. Canals Vidal, F. *La tradición catalana en el siglo XVIII ante el absolutismo y la ilustración*, Madrid, 1995, p.123 s.

¹⁹ Casanovas, *Documents*, vol.1, § 430.

²⁰ Carta a Mayans de 25 de abril de 1767.

²¹ El prestigio de Finestres entre el profesorado queda patente en el hecho de que diversas veces ocupó interinamente el càrrec de canceller. Vid. Gallissà, en Casanovas, *Josep Finestres*, pp. 336 y 338.

²² Sobre la Universidad de Cervera puede consultarse, entre otras, la obra clásica de Rubió i Borràs, M. *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, Barcelona, 1915 (vol. 1) y 1916 (vol. 2) y Cuesta y Escudero, P., *Trasllat de la Universitat de Cervera a Barcelona*, Barcelona, 1977. El año 1987 Joaquim Prats i Cuevas defendió en la Universidad de Lleida, bajo la dirección de Ricardo García Carcel, la tesis "*La Universidad de Cervera en el siglo XVIII*" que se puede consultar en la propia Universidad de Lleida o bien en la edición en microficha que se hizo en Barcelona el año 1988. Este mismo autor publicó más tarde la obra de referencia en la materia bajo el título *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, Lleida, 1993.

La creación de la Universidad de Cervera fue acompañada del cierre de todas las demás universidades catalanas, en el marco de una política de reforma global de la cultura y de la educación en el Principado impulsada por el nuevo Rey. Este hecho ha provocado que muchos historiadores catalanes hayan visto un trasfondo eminentemente punitivo en la fundación de la Universidad de Cervera²³ y heridos en su sentimiento patriótico, hayan tendido a valorar de forma extremadamente negativa la institución. Incluso aquellos historiadores que han destacado algunos méritos, casi siempre lo han hecho dejando claro que se trata de un contrapunto positivo en el marco de una experiencia globalmente negativa²⁴.

Un excelente trabajo publicado por J. Prats y Cuevas con el título *La Universidad de Cervera y el reformismo borbónico* (Lleida, 1993) propone, a la luz de nuevos documentos, una nueva valoración de la Universidad de Cervera más libre de los prejuicios románticos de muchos de los trabajos precedentes. Prats sostiene que la fundación de la Universidad de Cervera como sustituta de todos los centros catalanes abiertos hasta entonces viene impulsada por un grupo de intelectuales regalistas y regeneracionistas que quieren renovar y racionalizar la enseñanza universitaria en Cataluña mediante la creación de un centro de grandes dimensiones y con importantes recursos. Este proyecto habría encontrado el apoyo de los jesuitas, que habrían visto la ocasión de poner remedio a la secular exclusión del ámbito universitario que habían sufrido en Cataluña²⁵.

El proyecto inicial no tuvo el éxito proyectado porque finalmente no obtuvo los recursos ni el apoyo necesarios, pero su contribución a la cultura catalana del siglo XVIII fue decisiva y colocó las bases que permitieron el renacimiento cultural del diecinueve catalán²⁶.

²³ Los siete centros universitarios catalanes que había abiertos antes de la guerra se hallaban, desde hacía años, en una situación económica y cultural de innegable decadencia, de modo que su cierre no representó, ni mucho menos, una debacle cultural en Cataluña. Cfr. entre d'altres, Torras i Bages, J., *La tradició catalana. Estudi del valor ètic y racional del regionalisme català*, Barcelona, 1882, pp. 670 ss. y, más recientemente, Figueras Pàmies, M., "Alguns trets sobre el procés ideològic de la universitat a Catalunya: segles XVIII i XIX" *Miscel·lània cerverina* 2 (1984) p. 77 y *La escuela jurídica catalana frente a la codificación española. Duran y Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987, p. 54.

²⁴ Vid. entre otros, Brocà i Montagut, G., *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1985 (facsimil ed.1918) y Soldevila i Zubiburu, F. *Barcelona sense universitat i la restauració de la Universitat de Barcelona 1714-1837*, Barcelona, 1938, p. 4 y p. 66. Para una exposición histórica y crítica de los diversos enfoques del tema, con referencia a historiadores del siglo XIX, vid. Prats i Cuevas, J. *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, pp. 43 ss.

²⁵ Antes de la guerra había existido una grave oposición entre la tomista Universidad de Barcelona y el suarista colegio jesuíta de Cordelles. La clausura de la Universidad de Barcelona y la fundación de Cervera significaron la victoria de los jesuítas y de sus puntos de vista. Finestres mismo era un suarista convencido. Cfr. Figueras Pàmies, *La escuela jurídica*, p. 53. La influencia directa de la Compañía duró hasta la expulsión ordenada por Carlos III en 1767, aunque las ideas jesuíticas fueron continuadas por un sector del profesorado. La expulsión implicó que la dirección de Cervera pasase a los benedictinos y exacerbó las luchas entre el profesorado de diversas tendencias. Los reformistas no lograron imponerse y, por ello, se pasaron a la Universidad de Barcelona tan pronto se reabrió. Cfr. Lluch i Martín, E., *La Catalunya vençuda del segle XVIII. Foscors i clarors de la il·lustració*, Barcelona, 1996, pp. 122 ss.

²⁶ Así, entre otros, Razquin Jené, J. M., "La Universitat de Cervera i la renaixença de Catalunya", *Revista de Gerona* 42 (1968).

Durante su breve historia, la Universidad de Cervera pasó por varias etapas que reflejan las luchas ideológicas y culturales de la época entre los sectores tradicionalistas y la renovación ilustrada. La contraposición de estas dos tendencias se agudizó a partir de 1767 con la expulsión de los jesuitas decretada por Carlos III, ya que los partidarios de la modernización pudieron introducir lentamente cambios en algunas facultades. De todos modos, la Facultad de Derecho fue siempre uno de los reductos conservadores, en los que la huella ideológica y metodológica de Finestres ejerció una influencia fundamental²⁷. Dentro de la Universidad, Finestres y sus seguidores eran los paladines del sector conservador, partidario del enfoque humanístico de los estudios y de la docencia²⁸. Cuando, a partir de 1767, con la expulsión de los jesuitas, los sectores reformistas empiecen a ganar peso en la Universidad²⁹, el viejo Finestres, conseguirá mantener en la Facultad de Derecho un espíritu tradicional, que será continuado por su fiel discípulo R. L. de Dou y Bassols (1742-1832). Dou, a pesar de no tener la altura científica del profesor Finestres³⁰, tuvo un papel decisivo en la conservación y desarrollo del derecho catalán.³¹

4. La concepción del Derecho de Josep Finestres

El derecho privado vigente en Cataluña en tiempos de Finestres tenía una estructura dual, similar a la de muchos de los territorios europeos de la época: en primer lugar, estaba el llamado *ius proprium* o derecho propio de Cataluña, un cuerpo normativo local, de carácter incompleto y de aplicación preferente. Aparte de este derecho estaba también en vigor el *ius commune* (derecho romano-justiniano y derecho canónico), una normativa mucho más completa, que se aplicaba en aquellos casos en que el derecho propio no podía proporcionar una solución adecuada. En otras palabras: el derecho propio catalán funcionaba como una serie de excepciones puntuales a la aplicación del *ius commune*³².

²⁷ Prats i Cuevas, *La Universitat de Cervera*, p. 349.

²⁸ Un ejemplo de las tendencias anti-ilustradas de Finestres se puede ver en la carta dirigida a Dou de febrero de 1776 (*Epístoles*, vol.2, § 1177). Finestres explica a su amigo y discípulo que ha recibido y que considera muy bueno el “*Dictionnaire [sic.] antiphilosophique*”. Se refiere a la obra de L. M. Chaudon (1737-1817) publicada en Aviñón el año 1767 (reed. 1769) como respuesta y refutación del *Dictionnaire philosophique* de Voltaire y que constituye un punto de referencia del pensamiento reaccionario del XVIII.

²⁹ Prats i Cuevas, *La Universitat de Cervera*, pp. 253 ss. y, sobre todo, pp. 293 ss.

³⁰ Así lo admite, por ejemplo, Camps i Arboix, J. De, *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1956, p. 39

³¹ La difusión de la obra de R. L. de Dou R que la de Finestres en parte porque está escrita mayoritariamente en castellano y no en latín. Sobre este jurista, cfr. la monografía clásica de Brocà i Montagut, G. M. de, titulada *Biografía de D. Ramon Llätzer de Dou i de Bassols*, Barcelona, 1916. Vid también Prat, J. M., “Primer centenari de la mort del doctor Ramon Llätzer de Dou i de Bassols”, *La paraula cristiana*, Barcelona, 1933.

³² En torno a la Recepción del *ius commune* en los distintos Ordenamientos bajo-medievales, pueden verse los trabajos los valiosos estudios del profesor Obarrio Moreno, J. A., *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*. Madrid, 2009; *Estudios de tradición romanística: tutela y curatela*, Madrid, 2011; “La curatela en el Reino de Valencia”, *AHDE*, 2010, pp. 587-640; “*Remedium jurisfirmae vel mantentae* en el Reino de Valencia”, *AHDE*, 2011, pp. 575-678; “El *ius commune* y sus vías de recepción”, *RGDR* 20 (2013), pp. 1-84.

³² Lacarra, J. M^a., *La Recepción del Derecho Romano en Navarra*, *AHDE* 11 (1934), pp. 457-464.

En el siglo XVIII numerosos intelectuales propugnaban la sustitución de los derechos locales por un derecho español uniforme basado en la tradición castellana³³. En Cervera esta tendencia encuentra un abogado de primera línea en Juan Antonio Mujal, aunque el defensor más conocido de esta unificación jurídica española es Benito Jerónimo Feijoo³⁴.

Los partidarios de esta castellanización del derecho español consideraban que la universidad debía tener un papel clave en todo el proceso. La sustitución del derecho romano por el derecho real en el currículo universitario debía contribuir a reforzar la figura del rey, elevando el derecho real a la categoría de disciplina científica digna de estudio universitario. Por otra parte los innovadores querían racionalizar el estudio del derecho, aproximando los estudios universitarios a la práctica jurídica diaria, haciendo que el alumno se familiarizara ya desde la universidad con los textos que debería interpretar y aplicar a la vida profesional³⁵. Estos textos eran, en gran parte, de derecho real, de manera que esta racionalización de los estudios jurídicos conducía, a la larga, a la uniformización progresiva de todos los derechos españoles bajo la autoridad real. Finestres, como romanista y como defensor de la tradición catalana, no veía este proceso con buenos ojos.

La familia de Finestres estaba bien situada en régimen felipista y él nunca se opuso al absolutismo borbónico. Pero eso no le impidió posicionarse claramente en contra de la castellanización del derecho privado de Cataluña. Pretendía evitarlo elevando el nivel científico de la romanística catalana, de modo que un derecho romano refinado pudiera bloquear eficazmente la entrada del derecho castellano en Cataluña³⁶.

Finestres consideraba que, desde el punto de vista formativo, ningún derecho era comparable con el romano y que no podía ser sustituido al currículo universitario por el estudio ningún otro cuerpo normativo³⁷. La erudición filológica de Finestres le lleva a introducir un enfoque humanista de la exégesis textual, que resultaba innovador en Cataluña. Durante los siglos XVI y XVII habían sido muy pocos los juristas catalanes que habían recibido la influencia del *mos gallicus* y que habían intentado incorporar la exégesis humanística en sus obras³⁸. Finestres y la Universidad de Cervera revolucionaron los estudios jurídicos catalanes, poniendo fin a la tradición metodológica anterior, que se basaba en la enseñanza de los métodos de exégesis conciliadora propia del *mos italicus* medieval, aplicados tanto a las normas del Derecho local (*ius proprium*)

³³ Finestres tiene que luchar contra el movimiento codificador porque en la España de su tiempo era todavía muy minoritario. Vid. Gibert, R., "La codificación civil en España (1752-1889)", *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. 2, Florencia, 1977, pp. 908 ss.

³⁴ La crítica de Finestres a la tesis del padre Feijoo se puede ver en la carta de 1 de febrero de 1748 publicada por Casanovas, I./Batllori, M., *Documents*, vol.3 § 1403.

³⁵ De todos modos, el derecho romano era muy citado en la práctica. Vid. Peset Reig, M. "Derecho romano y Derecho Real en las Universidades del siglo XVIII", *AHDE* (1973), p. 296 ss.

³⁶ Cfr. entre otros, Sobrequés i Vidal, S. *Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta*, Girona, 1978, p.74.

³⁷ Cfr. la dedicatoria del tomo en el que se publican las *praelectiones* sobre los títulos del Digesto *De inofficioso testamento* y *De vulgari et pupillari substitutione* (Cervera, 1751). Este romanismo se ve claramente en el informe de la Universidad de Cervera de 1772 referente a la propuesta de reforma del plan de estudios, que contempla el estudio exclusivo del derecho romano durante los cuatro primeros años (bachillerato). Cfr. Prats i cuevas, *La Universitat de Cervera*, p. 296 s.

³⁸ Así, entre otros, Figa faura, L. "Mos italicus...", p. 292 y Vallet de Goytisolo, J. B. , *Reflexiones sobre Cataluña. Religión, interacción y dialéctica en su historia y en su derecho*, Barcelona, 1989, p. 267.

como las del derecho romano y las del canónico (*ius commune*). Finestres puso punto final a la edad media del derecho catalán y lo obligó a penetrar en la modernidad.

El romanismo de Finestres le lleva incluso a defender la aplicabilidad del derecho romano en Castilla. En la carta dirigida a Mayans³⁹ el 19 de febrero de 1745 Finestres aconseja a su amigo que defienda la vigencia supletoria del derecho romano en los territorios de derecho castellano, aprovechando la autoridad de Arthur Duck⁴⁰. Después dice:

“*Los catalanes estamos fuera de esa disputa, porque en la ley única, tit. 30 del dret que se a de seguir en la declaració de las causas, lib.1, que es de Felipe 2º en las cortes de Barcelona año 1599, cap. 40 se ordena que los doctores del real consejo ayan de decidir y votar las causas por los usatges y constituciones y otros drechos de Cataluña y en falta de estos por la disposición del drecho canónico y faltando éste, por la del civil y dotrinas de dotores y que no las puedan decidir por equidad menos que sea regulada y conforme a las reglas del drecho común y que traen los dotores sobre materia de equidad.*”⁴¹.

La gran admiración que Finestres tiene por el derecho romano condiciona su concepción del derecho natural y el derecho de gentes (*ius gentium*). Finestres no quiere que, como ocurre en muchos lugares de Europa, un recurso a alguno de estos dos *iura* pueda servir como excusa para inaplicar el derecho romano y, por tanto, su explicación de estos dos derechos a las *Exercitationes academicae in leg. V. Dig. de Justitia et de Jure* (Cervera, 1745) – posteriormente incorporadas al comentario a Hermogeniano - tiene como finalidad demostrar que ninguna parte del derecho romano no se puede considerar inaplicable para oponerse a la razón natural⁴².

La concepción finestresiana del derecho natural toma muchas ideas de la obra de Hugo Grocio *De iure belli ac pacis* que, a su vez, estaba muy influido por la llamada Escuela de Salamanca (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis Molina, Fernando Vázquez, Gabriel Vázquez y Francisco Suárez)⁴³. La influencia de Grocio es muy evidente en las *Exercitationes* de 1745 y es seguro que Finestres se sintió incómodo cuando la Inquisición incluyó la obra de Grocio en el índice de libros prohibidos de 1747. En una carta dirigida a G. Mayans, de 2 de abril de 1747, Finestres dice:

“...*Estimo la noticia que se sirve darme V. m. [...] de la próxima revocación de las licencias de leer libros prohibidos cuyo edicto no se [ha] publicado aún en esta ciudad, pero sí en Lérida, que está sujeta a la inquisición de Zaragoza: Yo apenas tengo libros prohibidos por expreso edicto del santo Tribunal, pero muchos de los legales que incidentalmente contienen*

³⁹ Casanovas, *Documents*, vol.1 § 415.

⁴⁰ Arthur Duck es un civilista inglés que en 1653 publicó *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*, una obra en la que defiende que el derecho civil romano es el derecho general más adecuado para todos los reinos y repúblicas cristianos, porque es el más completo y el que mejor se ajusta a la equidad. Vid. Stein, P. *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, 2000, p.144.

⁴¹ Vid. *Constitucions i altres drets de Catalunya compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de les Corts per la S.C.y R. Majestat del Rey Don Philip IV. nostre Senyor celebradas en la citutat de Barcelona any 1702*, Barcelona, 1704, pp. 89 ss.

⁴² *Exercitationes academicae XII in leg. V. Dig. de Justitia et de Jure*, Cervera, 1745, en el prefacio (*ad lectorem*).

⁴³ Cfr., entre otros, Feenstra, R., “Grocio y el Derecho privado europeo”, *AHDE* 45 (1975), pp. 607 ss. y Cavanna, A. *Storia del diritto moderno in Europa*, vol.1 (*Le fonti e il pensiero giuridico*), Milán, 1979, p. 329.

*proposiciones heréticas y delatables, para los cuales querría la licencia. De los absolutamente prohibidos tengo a Hugo Grocio “De iure belli ac pacis” y a Samuel Cocceii “Jus civile controversum” prohibido en el último edicto, que sentiría aver de dexar...”*⁴⁴

De hecho, las excelentes relaciones de Finestres con los humanistas holandeses y el constante flujo de literatura jurídica desde aquellas tierras hacen que la mayor parte de juristas citados los trabajos finestresianos sean protestantes⁴⁵. Este hecho no provocará muchos problemas en Finestres con la Inquisición durante el reinado de Felipe V, en la que el Santo Tribunal tuvo una actividad menor⁴⁶. Sólo durante el reinado de Fernando VI y tras la publicación del nuevo índice de libros prohibidos en 1747 Finestres tuvo que ir con un poco más de cuidado a la hora de citar autores protestantes en materias delicadas como el derecho natural. Quizás por esta razón durante el período 1747-1752 Finestres publicó exclusivamente obras de derecho privado romano, de carácter muy técnico, evitando adentrarse en terrenos más resbaladizos. El comentario a la obra de Hermogeniano – publicado en 1757 – transcribe las *Exercitationes* publicadas en 1745 sin expurgar ninguna de las citas a obras prohibidas en el índice de 1747. Finestres prefiere mantener la integridad de su obra a adaptarla al nuevo Índice y, por lo visto, esta actitud no le ocasionó el más mínimo problema, puesto que la nota censoria del comentario a los *Iuris Epitomae* es extremadamente favorable y pasa completamente por alto esta irregularidad.

5. La génesis del comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano

Determinar la génesis de comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano presenta la dificultad de que Finestres, en el decenio anterior a su publicación, había enviado a la imprenta como obras autónomas diversas partes de la obra.

La primera obra jurídica que Finestres publicó fueron dos ensayos académicos sobre dos textos del libro primero de los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano, el primero compilado en D.1,1,5 y el segundo en D.1,5,2 (*Exercitationes academicae XII in L. Ex hoc Jure 5 Dig. de Just. et Jure atque in L. Cum igitur 2. Digestor. De Statu hominum*, Cervera, 1745). En esta obra, en contra de lo que puede parecer desprenderse del título, los dos textos de Hermogeniano constituyen tan sólo un punto de apoyo que da pie a un pequeño tratado sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes, en el que se estudian en el origen de las guerras, de la diversidad de pueblos, los reinos, de las fronteras, del dominio, etc ...

El año 1750 Finestres publicó, también en Cervera, una diatriba sobre los divorcios sin culpa, elaborada sobre la base de un texto del libro segundo de los *Iuris*

⁴⁴ Casanovas, *Documents*, vol.1, § 430 (p. 369).

⁴⁵ En una carta de 30 de julio de 1764 (Casanovas, *Documents*, vol.2, § 899) Finestres critica al padre Antoni Codorniu porque desprecia a los autores protestantes por su religión, sin fijarse en si lo que dicen en temas laicos es acertado. Por otro lado, en diversas cartas dirigidas a R. L. de Dou (*Epístoles*, vol.2 §§ 1117 [de 24 de junio de 1774], 1118 [de 4 de julio de 1774] i 1119 [de 11 de julio de 1774]), Finestres expresa una opinión positiva de la obra de J. Domat *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, aunque el maestro de Cervera confiesa que no conoce mucho el trabajo y que le despierta un interés limitado. Domat, siendo católico, es un jurista muy vinculado a los jansenistas de Port-Royal, aunque es muy posible que ni Dou ni Finestres lo supieran.

⁴⁶ Vid., entre otros, García Carcel, R./Moreno Martínez, D., *Inquisición. Historia crítica*, Madrid, 2000, pp. 87 ss.

Epitomae de Hermogeniano compilado en D.24,1,60 y 62. Esta obra se ocupa de los divorcios por causas objetivas, tales como la esterilidad o la vejez de uno de los cónyuges o la milicia del marido, que se permitían en Roma pero que el derecho canónico había prohibido.

Finalmente en 1757 se publica, también en Cervera, el comentario a los seis libros de los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano con el título *In Hermogeniani Iuris Epitomarum libros VI commentarius*. Esta obra incorpora las *Exercitationes* en el volumen I, páginas 28 a 230 y también la *Diatriba* sobre el divorcio (volumen I, páginas 505 y ss.). La nota de censura lleva fecha de 9 de junio de 1756, de modo que la obra debió estar terminada antes de esta fecha.

A la vista de este *iter*, cabe preguntarse si la obra entera se finalizó en 1757 o bien si estaba ya escrita entera antes y Finestres se limitó a publicarla por partes. Yo sostuve la primera de estas opiniones en mi prólogo a la edición de la *Praelectio academica* sobre la sustitución vulgar y pupilar. Un análisis más exhaustivo de la cuestión me lleva a rectificarla, aunque con matices.

La carta de Mayans (publicada en el tomo 1) es de 1 de enero de 1745, es decir, coetánea a la primera publicación parcial. En ella indica que ha recibido el ensayo académico a D.1,5,2 (esto es, las *Exercitationes academicae*) y se explica su génesis. Mayans dice Finestres, pudiendo publicar ya su comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano, prefirió editar e imprimir los comentarios de Joao Velasques Altamirano a los trece primeros libros de las *Quaestiones* de Q. Cervidio Escévola.

“*Nam ex eo quo mihi communicasti consilium interpretandi Hermogenianum, feci tibi animum, ut laborem illum susciperes; et commentariis tuis feliciter absolutis Auctor tibi fui ut eos potius publicares, quam Ioannis Altamirani in Q. Cervidii Scaevolae priores tredecim libros ex viginti quaestionum commentarios a me tibi donatos. At tu praetulisti inglorium laborem emendandi Altamiranum transcribentium vitiis depravatissimum.*”

La obra de Altamirano se imprimió en Cervera en 1739. Por consiguiente, parece claro que en esta fecha Finestres ya tenía – al menos esbozado – el comentario a los seis libros de Hermogeniano. Mayans considera que las *Exercitationes academicae* son “*particula Hermogeniani tui*”, dando a entender que conoce la existencia del comentario completo. El propio Finestres en la página 5 del prólogo dice claramente que tenía terminado el comentario a los seis libros cuando mandó a Mayans el ensayo académico a D.1,5,2:

“*...itaque cum in Epitomarum Hermogeniani libros VI. paratos haberem commentarios, missi ad eum quas scripseram Exercitationes ad illius Jcti Epitomas in L. 5. de I. et I. et L. 2 de Stat. hom. cum Dissertatione de Hermogeniano et eius scriptis...*”

En este prólogo del propio Finestres se da mucha información adicional sobre las peripecias que llevaron a la publicación del comentario a Hermogeniano en Cervera.

“*Quare mihi audaciori iam facto minus molestae fuere humanissimae epistolae Cl. Viri, praestantissimique Jcti Gerardi Meermani Rotterodamensis Syndici, quibus enixissime a me eflagitavit, ut Commentarios ad Libros VI. Iuris Epitomarum Hermogeniani Jcti, quos communi amico Dn. Gregorio Maiansio edoctus sciebat me lucubrasse, et quorum particulam iam legerat in Exercitationibus meis, non gravarer typis excudendos ad se transmittere. Itaque*

quum nulla esset causa non obsequendi Celeberrimi Viri desiderio, parui lubens. Nam quamvis me graviter angebat, quod dessinasset pretiosissimo Thesaurio Iuris Civilis et Canonici, quem maximo litterariae reipub. bono summa cum industria, et studio adornat, illos inserere, hoc est, lividensem opellam adiungere Eruditorium hominum scriptis exasciatis, quae suo fulgore nostra lumina sic satis exigua penitus obscurabunt; hunc tamen timorem abieci mecum reputans rem istam proprius Cl. Meermanum spectare qui arbitrio suo usus voluerit Commentarios meos in tam illustri loco collocare, quam me, qui exoratus illos obtuli, non in hunc finem elaboratos immo neque ut in publicum prodiren unquam.

Etenim quum nescio quo animi impulsu privatae exercitationis causa coepissem levi opera aliquas Epitomas Hermogeniani explicare, postea vero occurrente quadriennio, quo per Leges Academicas libera nobis facultas indulgetur dictandi quae velimus, nihil in mundo haberem quod Auditoribus traderem praeter enarrationes ad quasdam Hermogeniani Epitomas, visum fuit non male cum illis actum iri, si a me easdem acciperent; siquidem tueri me posse videbar exemplo magni Cuiacii, cuius omnia fere Dictata Academica fuere Commentarii et Recitationes ad certorum Titulorum Leges, vel ad omnia quorundam Jctorum, quae in Pandectis extabant Fragmenta in quoddam veluti corpus collecta, et ordinata. Iam vero ubi res mihi ex animi sententia cessisse visa fuit, cetera Hermogeniani, quae in Pandectis reperiuntur Fragmenta illustrare aggresus sum, eaque Studiosis tradi quotescumque opportunam liberi quadriennii recurrentis occasione nactus fui. Inde ad Hermogeniani Epitomas Iuris Commentarius mihi enatus paulatim crevit, et tandem absolutus est.”

Según cuenta Finestres, el comentario a los *Iuris Epitomae* se fueron gestando poco a poco durante los años de docencia en Cervera. El comentario se inicio como *exercitationes privatae* pero se desarrolló aprovechando que los estatutos de esta Universidad permitían a los profesores elegir libremente cada cuatro años el tema que impartían. Finestres optó por ir explicando los textos de Hermogeniano compilados en el Digesto.

En el prólogo no se nos dice en qué años se dieron las clases. Finestres ocupó la cátedra de Prima de Leyes entre 1734 y la fecha de su jubilación⁴⁷ en 1750. Si ponemos en relación las noticias que nos proporcionan Mayans y el propio Finestres, el período más probable para la elaboración del núcleo básico del comentario a Hermogeniano es 1734-1739, esto es, los primeros cuatro cursos de su docencia como catedrático de Prima de Leyes. Una vez terminado el texto Finestres lo habría ido publicado a trozos (1745 y 1750) y, finalmente, en 1757, se habría hecho la impresión completa.

De hecho, la impresión completa debería haberse hecho en 1751. Sin embargo la fatalidad lo impidió. Según expone Finestres en el texto transcrito *supra*, Gerhard Meermann le pidió el comentario para su *Thesaurus* y le requirió a que le mandase rápidamente el manuscrito, lo cual le obligó a enviar un texto sin pulir apenas el año 1751. Sin embargo, a causa del peligro de los piratas, la llegada del manuscrito a Leyden se demoró y, cuando finalmente estuvo en manos de Meermann, el *Thesaurus* ya se había publicado y, además, con una extensión menor de la prevista inicialmente. Así lo cuenta Finestres en sus segundo prólogo del comentario a Hermogeniano:

“Nam quum ob maris tunc temporis piratis infesti pericula, serius quam res poscebat, Hollandicae navi commiteretur, eo demum per pervenerunt quum iam paene absoluta fuerat novi Thesauri editio, et quidem duobus tomis auctior, quam initio sibi proposuerat, promiseratque typographus. Quare hac spe deiectus Meermanus non destitit tamen alios typographos Batavos diligenter sollicitare, ut Commentarios meos excudendos in se reciperent. Verum incassum omnia. Cur illi petitionem Cl. Viri reiecerint, nec scio, neque ut scirem curam

⁴⁷ Vila Bartrolí, *Reseña histórica*, p. 212 y p. 261.

ullam adhibui. Credo tamen id factum sie ob formam litterarum operis illis typographicis sane lectu difficilium, praesertim quum variorum manu, et properanti calamo exscripti essent Commentarii, sive ob grave, nimisque laboriosum onus indices conficiendi; sive potius quoniam scripta nostra videbant esse Academica, quae ut apud paucos nunc pretium habent, ita et a raris expetuntur; quod certe non esse e re mercatorum, quibus maximos in excudendis libris sumptus praerogare necessarium est, nemo nescit. Equidem opellas hasce nostras suis typis indignas illis fuisse visas, haud ausim dicere; quum eruditissimo, et iuris consultissimo Meermano, aliisque doctis viris probarentur; adeo ut in Praefatione ad Tom. VII. Novi sui Thesauri iuris non dubitaverit in publicum haec emitere: Hi vero Commentarii quinque tomis forma quarta conscripti, sed qui impressi ad duos facile reidigi possent, tanta eruditione, eaque minime vulgari conscripti sunt, ut omnium eruditorum, quibus eos inspiciendi copiam dedi, et suffragium, et admirationem meruerint. Operam itaque novaturus sum, ut quantocius praelo committatur, ad quod typographos quoscumque exhortatos velim. Fateor sane haec a benevolo amici affectu supra meritum lucubrationum mearum profecta fuisse; sed ex tam honorifico celeberrimi Viri testimonio on vane mihi colligere videor, typographos Batavos ob aliam causam, diversamque a ruditate, ac tenuitate operis ab iis excudendis sese abstinuisse. Iam ver cum rescivissem Meermanum ad praela Germanica curas suas convertisse, nollemque Cl. Virum tantum laboris, molestiaeque mei causa subire, post actas, uti debui, gratias ob tam propensam in me benevolentiam, impensumque officium, serio ab eodem petii, ne gravaretur M. Spta. exemplaria ad me remittere, eidem bona fide promittens editionem quantocius meo aere curaturum. Itaque quum a viro humanissimo autographum recepissem, animum statim adieci ad implendam pollicitam Commentariorum meorum impressionem; quam, propitio Deo, typis Academiae nostrae absolvi, atque in usum studiosorum publici iuris nunc facio; multo antea quam a Belgio sollicitarer id facturum, si describendi taedium ferre sustinuissem, aut librarium, qui illud subiret, facile invenissem.”

Según nos dice Finestres, una vez constatada la imposibilidad de incluir la obra en el *Thesaurus*, Meermann intentó en vano encontrar otro editor que se aviniese a publicarlo en Leyden. No se sabe a ciencia cierta por qué se negaron a editar la obra, pero Finestres apunta que pudo ser que el carácter académico del trabajo augurase pocas ventas o que la letra del manuscrito fuese difícil de leer. Finestres admite que también podría ser que la obra no hubiese gustado, aunque no cree que esta fuese la causa, a la vista de los elogios de Meermann.

En cualquier caso, a la vista de esta situación, Finestres le pidió a Meermann el manuscrito y decidió publicarlo en la imprenta universitaria de la Universidad de Cervera, como había hecho ya con el resto de sus obras.

Las partes publicadas en 1745 y 1750 se incorporan al comentario completo sin cambios de ningún tipo. Ni siquiera se eliminan las citas a libros que fueron prohibidos en el Índice de 1747, como la obra de Hugo Grocio. Esto obedece, seguramente, a una exigencia del impresor con la finalidad de aprovechar el material que tenía y ahorrar costes.

En cambio hay indicios de que, antes de la impresión en Cervera, el texto que se publica por primera vez en el comentario a Hermogeniano sufrió una reelaboración final. En esta parte del comentario se citan muchas inscripciones romanas halladas en Cataluña (un ejemplo puede verse en el tomo segundo, páginas 722 y 1040). Finestres estaba recogiendo en los años cincuenta para su *Sylloge inscriptionum romanarum* (publicado en 1762)⁴⁸. Es difícil creer que la referencia a estas inscripciones date de los

⁴⁸ Finestres, J., *Sylloge inscriptionum Romanarum quae in Principatu Catalauniae vel extant vel aliquando extiterunt*, Cervera, 1762.

años treinta, puesto que, en esos años, el interés de Finestres por la epigrafía todavía era incipiente. Por consiguiente, lo más probable es que estas referencias se incorporasen en el último momento.

En definitiva, pues, la génesis más probable del comentario a Hermogeniano es la siguiente: Finestres habría elaborado el núcleo del texto entre 1734 y 1739. Luego iría publicando separadamente las partes que consideró acabadas (1745 y 1750) para finalmente preparar en 1751 una edición final que mandar a Meermann para el *Thesaurus*. Al no ser posible la publicación en Holanda, en 1757 Finestres decidió publicar el trabajo en Cervera. El texto final contiene sin modificaciones las partes ya previamente impresas pero el resto aparece enriquecido – por lo menos - con el fruto de sus investigaciones epigráficas más recientes (década de 1750). Al no haberse hallado el manuscrito que se mandó a Meermann, no es posible determinar si hay más innovaciones de última hora.

6. El género literario del comentario

El comentario a Hermogeniano toma como modelo remoto a diversos autores del siglo XVI que iniciaron el camino de comentar una obra concreta de un jurista romano clásico reconstituida sobre la base de los fragmentos dispersos en el Digesto. En esta primera generación destaca el comentario de Cuyacio (que sería el referente a seguir por todos los humanistas) y, en menor medida, el *Commentarius de jurisprudentia Muciana* de François Baudouin (Franciscus Balduinus) publicada en 1558. En España la obra de referencia es el comentario a Modestino de Antonio Agustín⁴⁹.

En el siglo XVII encontramos algunas obras interesantes en este género en Salamanca. Quizás la más conocida es el *Commentarius ad librum singularem questionum publice tractatarum Scaevolae*⁵⁰ de José Fernández de Retes.

Este género tuvo un fuerte auge en los años 30 del siglo XVIII. En esta década se reimprimieron muchas de las obras clave de los dos siglos anteriores (algunas separadamente y otras en colecciones, de las que destaca el *Thesaurus Iuris Romani* de Everhard Otto). En España esta moda también redundó en la publicación de obras más antiguas (el ejemplo más cercano es la publicación promovida en Cervera por el propio Finestres en 1739 del comentario de Joao Velasques Altamirano a los trece primeros libros de las *Quaestiones* de Q. Cervidio Escévola). Sin embargo también surgieron nuevos originales como el comentario a los *Digesta* de Alfeno Varo (epitomados por Paulo)⁵¹ de Francisco José de Cepeda Castro y Gudiel, publicados en Salamanca en 1734.

⁴⁹ El título de la obra es *Ad Modestinum liber singularis sive de excusationibus*. Se publicó en 1543 junto con *Emendationum, et opinionum libri IV*. Se recogió en el *Thesaurus* de Otto (ed. 2ª, 1733), vol. IV, 1425 ss.

⁵⁰ Aparece publicado en *Opusculorum libri quatuor*, Salamanca, 1650 (vol. 1) y 1658 (vol.2).

⁵¹ Cepeda Castro y Gudiel, F. J. de, *Octo libri a Publio Alpheno Varo tertiae classis J.C. Clarissimo Conscripti, et a Julio Paulo J.C. in epitomen redacti, et alij octo absque epitome per FF. Sparsi*, Salamanca, 1734. Cepeda es un jurista mucho más mediocre que Finestres.

En Cervera, bajo la dirección de Finestres, se publicó en 1736 el comentario a los textos de Africano de Francisco Borrás y Marzal⁵². Aunque el título de este trabajo es ambicioso, en realidad el contenido es muy básico, no mucho más que una somera tesina.

Este tipo de trabajos permiten desplegar toda la brillantez de la exégesis humanista, al tener como objetivo el análisis de la obra de un jurista romano en su contexto histórico y cultural. Finestres no duda en trasladar este método también a su docencia, algo que resultaba polémico entre los humanistas. Casi nadie en el círculo del humanismo jurídico ponía en duda la necesidad de obras eruditas que contuviesen un estudio histórico de las fuentes con la ayuda de testimonios literarios y epigráficos y de las técnicas de la crítica textual. Sin embargo hay una corriente entre los humanistas que considera que este enfoque es inadecuado para la docencia, puesto que los estudiantes necesitan una visión completa y general de las instituciones y pueden pasarse perfectamente sin un estudio detallado y erudito de cada uno de los textos. Este debate puede observarse en la obra de Ulrich Huber *De ratione discendi atque docendi iuris diatribe per modum dialogi*⁵³, publicado por primera vez en 1684 y luego también, con importantes cambios, en 1688, 1696 y 1724. En la obra de Huber se nos presenta un diálogo entre Johann Friedrich Böckelmann y Georgius Conradus Crusius en el que se debate si es mejor enseñar el derecho por medio de compendios sistemáticos o bien mediante la enseñanza de la exégesis humanista de textos, con especial énfasis en la crítica textual. En el diálogo Böckelmann, autor de un famoso *Compendium*⁵⁴, defiende el primero de los referidos métodos docentes mientras que Crusius, un humanista conocido especialmente por sus trabajos de crítica textual, defiende el segundo.

Finestres se halla claramente alineado con las tesis de Crusius, si bien en la obra Finestresiana la crítica textual tiene un papel mucho más marginal que en los trabajos del holandés. Mayans, en la carta publicada con el comentario a Hermogeniano, hace una acendrada defensa del método docente de Finestres:

“Si scribendi genus consideres, nullum aliud excogitari potest ad illustrandam Iurisprudentiam accommodatius. Nam neque universum Ius in compendium redigi potest, nisi singulis eius partibus perfecte prius intellectis et explicatis: neque hae perfecte intelligi et explicari possunt, nisi omnia Iustorum Fragmenta Iuris corpus componentia accipiant connexionem, et ex uniuscuiusque Iustitiae aetate, ingenio, et caractere, genuina sententia eruatur, et denique eo sensu accipatur, quem Iustinianus habere voluit.”

La defensa de Mayans suena como una *excusatio non petita* y denota que las lecciones eruditas del viejo Finestres debían ser objeto de crítica por parte de quienes pensaban que en la Facultad de Leyes debía enseñarse el derecho de la práctica y no disquisiciones filológicas o arqueológicas. El método seguido por Finestres estaba llegando a su punto final. El comentario a Hermogeniano es el último trabajo

⁵² Borrás y Marzal, F., *Africanus defensus et illustratus sive Sexti Caecilii Africani juris consulti fragmenta omnia quae in Pandectis Justinianeis supersunt decerpta ex libris IX Quaestionum cum scholiis quibusdam tumultuariis publicae disputationi exposita & favente Deo propugnanda*, Cervera, 1736.

⁵³ Sobre este trabajo, vid. el excelente estudio de Hewett, M. L., *Ulric Huber (1636-1694), 'De ratione juris docendi & discendi diatribe per modum dialogi: nonnullis aucta paralipomenis': with a translation and commentary*, Nimega, 2010, (consultable on-line <http://dare.uva.nl/record/333116>)

⁵⁴ Böckelmann, J. F., *Institutionum Iustiniani sive elementa iuris civilis in brevem et facilem ordinem redacta*, Leyden, 1679.

importante que se publicará en Cataluña siguiendo estrictamente los cánones metodológicos de la jurisprudencia humanista.

7. El estudio introductorio de la vida y obra de Hermogeniano

El comentario de Finestres contiene uno de los elementos característicos de los estudios monográficos humanistas sobre una obra concreta de un jurista clásico: la exposición de la vida del jurista romano autor de la obra comentada. Esta es, posiblemente, una de las partes más originales y más logradas de toda la obra. La prueba es que las 27 páginas de esta “disertación preliminar” constituyen, con diferencia, la parte más citada de toda la obra de Finestres.

Algunas de las conclusiones de Finestres sobre la vida y obra de Hermogeniano siguen siendo la *communis opinio* hoy en día y hay incluso algunas hipótesis que se han visto confirmadas por análisis modernos hechos con medios que no estaban al alcance de un estudioso del siglo XVIII. En otros puntos las conclusiones de Finestres se han visto superadas o relegadas a una posición marginal. El examen detallado de todos los argumentos de Finestres y su cotejo con las opiniones de los estudiosos de nuestro tiempo supera el alcance del presente artículo y requeriría, en todo caso, un trabajo específico. Baste aquí subrayar las cuatro principales cuestiones que se plantea Finestres.

La primera cuestión relevante consiste en determinar la época en la que se escribió el comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano. Hay acuerdo unánime entre los estudiosos de todos los tiempos de que Hermogeniano es un jurista tardío. Sin embargo su ubicación temporal exacta es muy controvertida porque no es fácil destilar de los fragmentos que se nos han conservado elementos claros que permitan encuadrarlo con seguridad en una época determinada. En la disertación Finestres opta por seguir a Jacques Godefroy (Jacobus Gothofredus) y considera que Hermogeniano debió vivir al final del reinado de Constantino y, seguramente, durante el de sus sucesores inmediatos. Esta opinión ha sido abandonada por la romanística moderna (T. Honoré⁵⁵) que adscribe de forma prácticamente unánime a Hermogeniano a una época algo anterior, esto es, a finales del siglo III, durante el reinado de Diocleciano y Maximiano.

La segunda cuestión histórica debatida consiste en identificar a Hermogeniano. Finestres propone la hipótesis de que pudiese ser Quinto Clodio (o Claudio) Hermogeniano Olybrio, cónsul el 379 y mencionado en una inscripción de Villa Borghese. Alternativamente, según Finestres, podría ser Anicio Hermogeniano Olybrio, cónsul el 395 o bien Clodio Hermogeniano Cesáreo, cónsul el 397. La investigación moderna ha descartado todas estas identificaciones por referirse a fechas muy tardías. La hipótesis más plausible es que se llamase Aurelio Hermogeniano y que fuese la persona mencionada como prefecto de Diocleciano en una inscripción descubierta en 1983 en Brescia⁵⁶.

⁵⁵ Honoré, A. M., *Emperors and Lawyers, Second edition, completely revised, with a Palingenesia of Third-Century Imperial Rescripts 193–305 AD*, Oxford, 1994, pp. 163–80 y 191.

⁵⁶ Chastagno, L. A., “Un Nouveau préfet du prétoire de Dioclétien: Aurelius Hermogenianus”, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 78 (1989), pp. 165 ss.

En tercer lugar, los estudiosos de la época – al igual que los actuales romanistas – se pregunta si el Hermogeniano que aparece en el Digesto como autor de los *Iuris Epitomae* es el compilador del Código Hermogeniano. Finestres considera que ambas obras son de un mismo autor, no sólo por la coincidencia del nombre, sino porque ambas presentan un género muy próximo: los *Epitomae* constituyen una colección de opiniones de juristas (parecida, hasta cierto punto, al Digesto de Justiniano) y el Código Hermogeniano es una colección de constituciones imperiales (análoga, hasta cierto punto, al *Codex* justiniano). Los análisis informáticos hechos por Tony Honoré⁵⁷ sobre el estilo de ambas obras parecen confirmar que Finestres tenía razón y que ambos trabajos tienen la misma autoría.

Finalmente Finestres aborda la cuestión de por qué los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano están escritos con un estilo tan poco refinado. Para nosotros esta cuestión puede parecer baladí pero para Finestres es esencial, puesto que el mal latín de Hermogeniano lo convertiría en un objeto de estudio poco adecuado para un humanista. Por ello no es de extrañar que Finestres salga en defensa de Hermogeniano de forma muy decidida, alegando que los vicios de estilo y la oscuridad que se encuentran en algunos textos responde a errores de copistas y no a una falta de nivel del autor. Lo cierto es que algunos textos de Hermogeniano son difíciles de entender y que el vocabulario que usa responde al léxico de su época y no a los estándares ciceronianos.

De lo visto en el somero análisis de las cuatro cuestiones anteriores puede concluirse que, el estudio histórico de Finestres, si bien está hecho con los precarios medios a su alcance y con las limitaciones metodológicas propias de su tiempo, demuestra una buena intuición y un conocimiento profundo del mundo antiguo. La disertación preliminar al comentario es, sin duda, una de las obras más logradas del erudito de Cervera.

8. El método exegético empleado

El comentario de Finestres a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano se nos presenta la dedicatoria de la obra⁵⁸ como un texto ideado para la docencia, con lo cual el autor pretende excusar una supuesta falta de rigor y profundidad. Esta misma idea se repite en el primer prólogo (pág. 7):

“Hunc qualem dictavi excudendum, legendumque exhibui: neque enim ultimam eidem manum addere potui aut perpolire, partim quod parum firma valetudine usus sum, ex quo volentem nolentem pertraxit me Celeberrimi Meermani postulatio, ut Batavis typis illos permitterem. Quare, Candide Lector, te rogatum volo, ut quae parum diligenter tractata deprehenderis, et nonnullas fortase allucinationes, quae frequentes esse solent in opere deproperato, et ad serium examen non revocato, benigno animo mini condones, atque aequi bonique consulas. Scias praeterea velim in votis meis unice fuisse, non Auditorium plausum ex his lucubratiunculis captare, sed Adolescentium mini commissorum studia pro modulo meo iuvare...”

⁵⁷ Honoré, *Emperors*, pp. 163–80 y 191.

⁵⁸ Finestres dedica la obra a la Universidad de Cervera, en especial a su biblioteca, en reconocimiento del apoyo prestado a su labor académica.

En realidad el trabajo va mucho más allá de unos meros apuntes de clase y la afirmación del prólogo debe interpretarse como una de las típicas expresiones de falsa modestia habituales en los prólogos humanistas redactados por el propio autor.

Las principales influencias metodológicas que se pueden encontrar en la el comentario provienen del humanismo jurídico español del siglo XVII y de la jurisprudencia elegante neerlandesa del siglo XVII y de la primera mitad del XVIII.

El humanismo jurídico salmantino del siglo XVII es a menudo injustamente olvidado por muchos historiadores del Derecho europeo, quizás porque aún pervive en muchos autores la creencia errónea de que la jurisprudencia humanista es un fenómeno eminentemente protestante. En realidad la escuela de Salamanca, con juristas del nivel de Francisco Ramos del Manzano, Juan Suárez de Mendoza y José Fernández de Retes constituye uno de los centros más importantes del humanismo jurídico barroco⁵⁹ del siglo XVII. Finestres conoce bien las obras de estos autores y aprecia el método y el estilo, de modo que ejercerán una influencia crucial en la obra del maestro de Cervera.

Finestres no sólo conoce y admira el humanismo jurídico salmantino del XVII, sino que, junto con G. Mayans, es uno de los principales promotores de su difusión fuera de la península ibérica. Mayans y Finestres envían a G. Meerman muchas de las obras de juristas hispanos que se publicarán en el *Thesaurus* (La Haya, 1751-53), contribuyendo así a que el humanismo hispano fuera tenido en consideración al resto de países del continente europeo⁶⁰. Por el contrario, muchos de los juristas del humanismo español del siglo XVIII no gustan mucho a Finestres. Nos referimos a personas como Sebastián Ortega, Joaquín José Vázquez Morales o Francisco José de Cepeda, juristas y humanistas mediocres que no son capaces de mantener el alto nivel de sus maestros⁶¹.

Al margen de la influencia salmantina, la obra de Finestres tiene unos vínculos estrechos con la jurisprudencia elegante neerlandesa de la primera mitad del siglo XVIII⁶². En estos años los Países Bajos y, sobre todo, la Universidad de Leyden eran uno de los centros de estudios humanísticos más importantes de Europa. En el ámbito jurídico destacan autores como Ulrich Huber, Cornelius van Eck, Cornelius van Bynkershoek, Heinrich Brenkman y Johannes Voet que se convirtieron en punto de referencia del humanismo jurídico de todo el continente. Finestres es consciente de que hay que dirigir la mirada a Leyden para encontrar las obras más acabadas y metodológicamente más perfectas de la jurisprudencia humanista de su tiempo y, por ello, dedica especial atención al estudio de las obras de estos autores y recoge las sus ideas con especial interés.

⁵⁹ Osler, D. J., "The Myth of European Legal History" *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997) pp. 400 ss., fue pionero en subrayar que el olvido de la escuela salmantina es una de las principales causas que hacen inexacta la imagen tradicional del humanismo jurídico europeo. Sobre l'humanisme jurídico salmantí vid. Peset, M. / Marzal, P. "Humanismo jurídico tardío en Salamanca", *Studia historica. Historia moderna* 14 (1996), pp. 63 ss.

⁶⁰ Sobre este proceso vid. Mestre, "Difusión", pp. 83 ss.

⁶¹ Vid. carta de 1 de septiembre de 1751 en Casanovas, *Documentos*, vol. 1 § 478.

⁶² La expresión "jurisprudencia elegante" se usa a veces en sentido estricto para referirse a juristas anticuarios como G. Noodt o A. Matthaëus. Vid. p. ex. Canoy-olthoff, A. M. M. / Nève, P. L. *Holländische Eleganz gegenüber deutschem usus modernus Pandectarum?*, Nimega, 1990, p. 4. En un sentido más amplio engloba también a juristas como U. Huber o J. Voet que, teniendo intereses humanistas, abordan también el análisis jurídico desde una perspectiva más sistemática.

Aunque Finestres nunca viajó por Europa y nunca visitó ninguna universidad extranjera, su correspondencia nos permite saber que durante toda su vida importó grandes cantidades de libros de editores foráneos, sobre todo neerlandeses, lo que le permitió conocer a fondo lo que se estaba publicando en los principales centros de estudios humanísticos del continente. Por esta vía Finestres pudo obtener ediciones de las principales obras de los humanistas franceses, italianos y alemanes de los siglos XVII y XVIII, lo que le permitió enriquecer sus obras con citas a las principales autoridades del humanismo barroco europeo. Aparte de eso, Finestres leyó con fruición los autores franceses del siglo XVI que ya se habían convertido en los clásicos del *mos gallicus* (Cuyacio, Donelo, Duareno, Hotman ...).

Finestres utiliza en su comentario todos los instrumentos de exégesis propios de la jurisprudencia humanista. Con frecuencia se hace recurso a fuentes literarias clásicas, aunque a veces lo hace más como recurso estético que por necesidad de argumentación en el discurso. Esta es una característica usual en los humanistas⁶³.

Lo mismo ocurre con las citas a fuentes epigráficas. En la pág. 722 del tomo II, Finestres nos indica que un canónigo de Barcelona amigo suyo (Francisco Pérez Bayer) le indicó que en el libro de Jan Gruter⁶⁴ sobre inscripciones romanas se cita una hallada en el claustro del palacio arzobispal de Tarragona en la que se menciona a un Calpurnio Flaco que Finestres parece identificar con el homónimo destinatario del rescripto de Adriano citado en D. 37,9,8. Finestres trata de nuevo esta inscripción en su *Sylloge*⁶⁵ (p.80) y allí es mucho más prudente en la identificación, al admitir que no puede pronunciarse sobre si ambos Calpurnios Flacos son la misma persona. Sea como fuere, la cita de esta inscripción en el comentario a los *Iuris Epitomae* no contribuye en absoluto a la exégesis del texto de hermogeniano (en este caso D.37,9,3) sino que es simplemente un *excursus* erudito para lucimiento del autor. Otro ejemplo parecido se puede ver en la página 1040 del tomo II. En este caso se citan diversas inscripciones catalanas en las que aparece un *procurator vicessimae hereditatum*, esto es, un delegado del Príncipe encargado de cobrar el impuesto sobre las herencias. Finestres aclara que el *procurator* mencionado en D.49,14,46,8 como persona competente para ordenar a un esclavo del César la aceptación de una herencia a favor del fisco no es el *procurator vicessimae hereditatum* sino el *procurator fisci*, esto es, el delegado del César encargado de administrar en fisco en un determinado territorio. En este caso el recurso a los testimonios epigráficos aducidos, si bien no es tan claramente gratuito como el otro ejemplo referido, también es esencialmente una referencia prescindible incluida sólo *ad eruditionem*.

En el comentario se citan también a fuentes jurisprudenciales anteriores a Justiniano que no forman parte del *Corpus Iuris*. Este es otro rasgo típico del *mos gallicus*. Hay citas del *Epitome Gai*⁶⁶, de las *Pauli Sententiae*⁶⁷, de la *Collatio*⁶⁸, de los *Tituli ex corpore Ulpiani* (también conocidos como *libri regularum*) y de los llamados

⁶³ Es especialmente interesante la disquisición sobre el término *calculus* en latín clásico del tomo II, pág. 666, tanto en su acepción literal como figurada.

⁶⁴ Se refiere a la obra *Inscriptiones antiquae totius orbis Romani* en 2 vols., Heidelberg, 1603, de Jan Gruter (o Gruytere).

⁶⁵ Finestres, J. *Sylloge inscriptionum Romanarum quae in Principatu Catalauniae vel extant vel aliquando extiterunt*, Cervera, 1762.

⁶⁶ pp. 203 y 756

⁶⁷ pp. 389, 439, 441, 442, 446, 490, 649, 876, 883, 956, 974, 990 y 1043.

⁶⁸ pp. 979, 981 y 987

*Fragmenta veteri iurisconsulti*⁶⁹. También se citan constituciones del Código gregoriano⁷⁰ y del Código teodosiano⁷¹, así como de la *Lex Romana Visigothorum*⁷².

Todo indica que Finestres utilizó la edición de A. Schulting *Iurisprudencia vetus ante-Justiniana* que él mismo había editado en Cervera el año 1744 y que coincide con las citas literales de estas fuentes que encontramos en el texto. En la edición de Cervera falta algún texto en griego pero hay añadidas las notas de P. Faber a los *tituli ex corpore Ulpiani*.

Por lo que respecta a la crítica textual, Finestres tiene en toda su obra un enfoque conservador, de modo que no suele separarse de las *lectiones* contenidas en los manuscritos de referencia más que de forma excepcional y por motivos de peso. A diferencia de otros humanistas contemporáneos, Finestres no abusa de la crítica textual para proponer hipótesis infundadas sobre supuestos tenores literales de las fuentes que, si bien resuelven todos los problemas de fondo, no tienen una base firme en los manuscritos y en las reglas básicas de la crítica textual.

Es difícil precisar exactamente qué edición del *Corpus Iuris* utiliza Finestres, sobre todo teniendo en cuenta que es muy posible que hiciera recurso a más de una. Es seguro, sin embargo, que al menos de forma regular, no utilizaba una de las ediciones vulgata que habían estado en uso durante la Edad Media y que aún eran relativamente usuales entre los prácticos del derecho del siglo XVIII, sino que elaboraba sus obras sobre la base de una edición humanista de las fuentes confeccionada cuidadosamente sobre la base de los manuscritos más antiguos disponibles de cada una de las partes del *Corpus*.

Lo más probable es que Finestres utilizase la edición del *Corpus Iuris* llamada Lipsiense (de Leipzig) preparada por Simon van Leeuwen, con la que se habían impreso la glosa del humanista Dénis Godefroy (Dionisius Gothofredus [1549-1622]). La primera edición de esta obra es de 1722 pero, a lo largo del siglo XVIII fue reimpressa y reeditada varias veces. Durante la confección del comentario, Finestres posiblemente utilizó la edición de Leipzig de 1740, de la que dijo, en una carta dirigida a Dou de 6 de abril de 1741 que “...són de las millors i més plenas que han exit fins ara...”⁷³.

El *Corpus Iuris Lipsiense* de 1740 tiene como anexo una edición de algunas fuentes prejustinianas (*tituli ex corpore Ulpiani*, *epítome de Gayo*, etc ...) pero Finestres no las usó en el comentario, sino que, como hemos dicho *supra*, prefirió la edición de Schulting que el propio Finestres hizo imprimir en Cervera en 1744.

Al margen de los recursos característicos de la jurisprudencia humanista, Finestres sorprende con algunos rasgos inusuales en este tipo de obras. En primer lugar, las citas de derecho medieval y moderno son frecuentes (7 de derecho catalán⁷⁴ y 11 citas de derecho castellano⁷⁵, de las cuales 8 corresponden a las Partidas y 3 a la Nueva

⁶⁹ pp. 313.

⁷⁰ pp.486.

⁷¹ pp. 232, 244, 262, 374, 386, 586, 691, 837, 863, 890 y 1008.

⁷² pp. 511, 840, 964 y 985

⁷³ Casanovas, *Documents*, vol. 3, § 1212.

⁷⁴ pp. 89, 92, 159, 330, 687 y 985 (2 constituciones).

⁷⁵ pp. 113, 118, 125 (2 textos), 127, 215, 443, 483, 777 y 938.

Recopilación; hay también 26 citas de derecho canónico⁷⁶). Este rasgo es una constante en todas las obras de Finestres, cuya finalidad es huir de un anticuarismo excesivo para hacer más actuales los comentarios jurídicos. Mayans subraya este punto característico de la obra Finestresiana en la carta que se imprime con el comentario (pág.4):

“... tu non solum Hermogenianum in eius Fragmentis (ea autem pertinente ad universum pene ius) sed in illis etiam iuris animam quaeris; adeoque non unum Jctum, sed reliquos omnes, qui de rebus iisdem scripserun, mirifice illustra; et diligenter inspectis pensiculatisque antiquorum Glossatorum, barbarorum Interpretum, recentium Eruditorum opinionibus, sententiisque, iisque collatis cum antiquitatis reliquiis, quid sentiendum sit, optime exponis.”

9. El análisis del principio *in dubio pro reo* en el tratado de Finestres

El estudio de la persona de Finestres y el contexto histórico en el que escribió su comentario resultan incompletos si no se entra en el fondo del texto. Con frecuencia se oye entre los romanistas la crítica de que en los estudios sobre obras del humanismo jurídico el análisis se centra siempre en el contexto de la obra y no en su contenido. Esta crítica tiene su parte de verdad. La razón de ello es que en los trabajos de la jurisprudencia humanista no suelen referirse a cuestiones generales sino que son puntillosas exégesis de cuestiones muy concretas, que difícilmente pueden vincularse con el interés de la jurisprudencia actual. Por ello se considera que entrar en el fondo de los trabajos puede convertir el artículo o la monografía en algo tedioso.

Por mi parte he defendido siempre que el estudio del humanismo jurídico requiere entrar en el análisis institucional concreto que hacen los juristas, puesto que este movimiento cultural es incomprensible sin tener acceso directo al trabajo que hacían. Por ello creo que el presente estudio no quedaría completo sin entrar en el fondo de las cuestiones analizadas por Finestres, aunque sea a título de muestra.

He considerado representativo del estilo general de la obra el comentario a D.48,19,42 Hermogen. 1 epit. que puede leerse en las págs. 348 y ss. del primer volumen. En este comentario Finestres se ocupa del principio *in dubio pro reo*. El texto de Hermogeniano es el siguiente:

D.48,19,42 Hermogen. 1 epit. – *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae.*

El comentario de Finestres es como sigue:

1. *Regula ista ab Hermogeniano in prolegomenis lib. 1 Jur. Epitomar. tradita, ut alibi notavimus, totidemque verbis expressa a Gratiano Can. 18 de Poenitent. dist. 1 pertinet ad interpretationem legum poenaliu: quam ait ita faciendam esse, ut poena⁷⁷ legibus inflictae potius molliantur, quam asperentur. Sic quoque dixerat Paulus in L. Factum 155 de R. Jur. “In poenalibus causis benignius interpretandum est”. Equidem quum lex poenalis ita concepta est, ut nihil dubii, aut obscuri contineat, tum quod personam, tum quod delictum, tum quod poenam attinet, nullus videtur locus interpretationi; sed etsi dura, observanda est. L. Prospexit*

⁷⁶ pp. 91, 98, 324, 399, 506 (3 textos), 511 (6 textos), 512, 515, 525, 675 (3 textos), 808, 832, 938, 982

⁷⁷ La palabra *poena* parece una errata en lugar de *poenae*.

12.§.1. *Qui & a quib. Igitur tunc lucus fiet regulae hic propositae, quum perspecta lege, non sine ratione dubitari poterit, num personam comprehendat, vel delictum aut poenam quibus de quaeritur, exprimat vel comprehendat. In dubio autem benigniorem partem accipiendam monent subinde Jcti nostri etiam quum de obscuro sensu legum non poenaliu tractant. "Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt," generaliter ait Gaius in L. Semper 56 de R.J. similiter Marcellus L. Ea quae 192.§.1 eod. "In re dubia", inquit, "benigniorem interpretationem sequi, non minus justius [est], quam tutius". Item Pomponius in L. Quotiens 20. eod. "Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum eri". Cui consonat L. In obscura 179.eod.tit. & Imperator in L. Quum inter Veteres 14. Cod. De Fideicom. Libert. v. quum in ambiguis. Similes regulae habentur in L. Semper 34. L. Rapienda 168.pr. & §.1.d.t. de R. Jur. ne ex allis titulis eas accumulem.*

2. *Palam autem est, Hermogeniani sententiam pertinere primum ad iudices, eos praesertim, qui de criminibus, vel delictis cognoscunt, deinde ad assertores, consiliarios, & jurisprudentes, a quibus consilium petitur in decernenda poena, aut iudicando de crimine. Hic tamen ante omnia notum esse debet aureum temperamentum, quod huic praecepto adhibet Marcianus in L. Perspiciendum 11.h.t. his verbis: "Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitas, aut clementiae gloria affectanda est, sed perpenso iudicio pro ut quaeque res postulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent; in gravioribus, poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi." Haec prudentissime Marcianus.*

3. *Ex hactenus traditis clare intelligi potest, Hermogeniani regulae tantum fieri locum quum agitur de levioribus delictis puniendis, vel quum obscura, & ambigua verba legis decernentis poenam, justam dubitandi causam praebet, & maxime quum non absque ratione ambigi potest, an is de cuius poena quaeritur, certo in legem commiserit. Quare si tale sit crimen, quod ob nimiam frequentiam exemplo sit opus ad ceteros deterrendos, nihil vetat maleficiorum supplicia exacerbari potius, quam leniri ut docet Claud. Saturninus in L. Aut facta 16. §.ult. h.t. L. Famosi 7. § 3. de Leg.Jul. Majest Sic propter gravitatem delicti corrumpentis edictum Praetoris dum proponitur, vel ante propositionem, etiamsi verba edicti cessent; ad eo tempore corrumpentes porrigendam esse sententiam edicti, sensit Ulpianus L. Si quis 7. § quod si 2. de Jurisdic. Similiter quamvis lex Pompeia de parricidiis non fuerit complexa eos qui pari proprioere gradu sunt cum consobrinis, atque omissae fuerint personae novercae, & sponsae; hos omnes sententia legis contineri, dixit Marcianus L.3. de Leg. Pomp. De parricid. Ad haec, si legis Juliae de vi verba inspiciamus, videbimus ea lege tantum teneri qui fecisset quominus aliquis funeraretur; & tamen iusta interpretatione Jctorum ad eum producta est qui sepulchrum violasset, L. Sepulchri 8. de Sepulc. viol. L. Qui coetu 5. ad Leg. Jul. de vi publ. Praeterea quum Scto poena fuisset imposita tutori, vel filio suo, vel sibi pupillam nuptum collocanti; recta tamen interpretatione non modo ad nepotem, sed & ad extraneum tutoris heredem poena porrecta fuit, L. Senatus Consulto 59.L.Liberum 64 § 1. de Rit. Nupt. Sic pariter mulier poena amittendae successionis plecti dicitur, non modo si tutorem pupillo filio non petierit, vero etiam si non petierit furioso, vel bonis cum praegnas esset, quamvis rescripti verba deficiant. Ulpianus L.2.§.quod si 29. & seq. ad S.C. Tertullian.*

4. *Vides casus ubi leges poenales extenduntur ad casus, & personas non expressas, & ob paritatem rationis sit interpretatio, ut poena locum habeat, quia nulla ambiguitas aut obscuritas in lege ipsa occurrit, quae nos dubios reddat, neque justa se offert excusatio personae, neque ratio cur lege non comprehendatur: Facessant igitur qui regulam istam obtrudunt: Constitutionem nempe poenalem non esse extendendam, licet sit par, vel etiam major ratio: quam regulam qui proponunt, tot exceptionibus limitant, ut hoc ipso regulae nomen nequeat sustinere. Eam praeterea oppugnat Modestinus d. L. 7. §.3.de Leg. Iul. Majest. illis verbis: Si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est.*

5 *E contrario quum anceps est legis sensus, vel probabilis dubitatio emergit, an persona sub ejus sententia comprehendatur, rapienda sane occasio est benignioris interpretationis. Exempla⁷⁸ rem illustremus. Si socius rem communem celandi animo contrectavit, non furii*

⁷⁸ Hay una errata en el texto. Debería leerse *exempla*.

actione, sed pro socio, tamquam mitiori, teneri dicemus, quum plerumque credendum sit, eum qui partis est dominus, jure potius suo uti voluisse, quam furandi consilium inire, L. Merito 51. pro soc. Pari ratione si dubitetur unde mulier bona possideat, verius, & benignius erit, si non demonstratur unde habeat, sed ea bona a viro ad eam pervenisse interpretemur, ut turpis quaestus suspicio vitetur, L. Quinctius 51. de Donat. Int. vir. & ex L. Etiam 6. Cod. eod. tit. simili benignitatis ratione statuliberum poenis liberorum, non servorum afficiendum pronuntiabimus, L. Statuliber 14 de Quaest. L. Moris 9. §. ult. De Poen. qui etsi in hoc statu nihilo paene differat a ceteris servis, ut ait Pomponius in L. Statuliberi 29. eod. tit. eaque de causa dedi possit, L. Statuliberum 9. d. t. & vendi, L. Statuliberos 25. eod. tamen ob speratae libertatis praerogativam, & ob ambiguum conditionis, non ut servus, sed ut liber puniendus est d. L. 14. Vid. Arumaeus in pandect. disput. 25 thesi 18. Denique, ut aliis exemplis accumulandis supersedamus, eodem benigniori sensu interpretanda est judicis poenalis sententia, quae legis instar inter litigantes jus facit, quum ex ambiguitate verbi quid iudex senserit, dubitari potest. Sic quum anceps sit vox vis, hoc enim jure utimur, ut quid quid omnino per vim fit, aut in vis publicae, aut in vis privatae crimen incidat, L. Hoc jure 152. de R. Jur. gravior autem sit poena vis publicae quam privatae, L. Si Praeses 32. de Poen. L. Neque 13. de Vi & de vi arm. si forte iudex vis meminerit, nec expresserit qualis ea sit, de privata ejusque poena, tanquam mitiori, interpretabimur, d. L. 32 de Poenis. Sic pariter si tutor simpliciter a tutela removeatur, nec causam decreto suo significet Praetor, benigne interpretabimur non ob dolum, sed ob culpam remotum; L. Hae enim 4. § de suspect. tut. quia illo casu fieret infamis, hoc non aequae d. L. 4. §. 2. §. suspectus 6 de suspect. tutor. Celeberrima est interpretatio triplicis sententiae apud Plinium epist. 14. lib. 8. in qua benignis videtur, ut conjungantur secundi deportantis & tertii absolventis suffragia, quibus hominis vita servatur, quam ut secundi suffragium conjugatur suffragio primi, qui mortem reo inferendam judicaverat.

6. *Ut finem faciam, bonus iudex, quamvis nihil ex arbitrio suo facere debeat, aut proprio domesticae voluntatis, sed secundum leges & jura pronunciare: non indulgere propriae voluntati, sed teneri quod legum est, monente D. Ambrosio Can. Judicet cau. 3 qu. 7 tamen quum jus obscurum est, potest & debet legis interpretatione humaniorem sensum arripere, & poenam in ea statutam minuere: quia eo casu poenae molliendae sunt potius, quam asperandae. Consuli possunt Tiraquellus Tract. De Poen. temper. Bronchorst Cent. 4 Assert 68 Fachinaeus Contr. Lib 1 cap. 75 Pacius Cent. 2. quaest. 26. Ric Zouchaeus Quest. Jur. Civ. class. 10. quest. 10. Forsterus de Interpret. Leg. Lib 2 cap. 2 § 4.*

1. Esta regla que nos proporciona Hermogeniano en los prolegómenos del libro 1 de los Epítomes del Derecho y que, tal como hemos indicado en otro lugar, Graciano nos expresa con las mismas palabras en el Decreto (D.1 c.18), se refiere a la interpretación de las leyes penales. La regla dice que debe hacerse de modo que las penas impuestas por las leyes preferiblemente se suavicen en lugar de endurecerse. También había dicho lo mismo Paulo en D.50,17,155,2 [65 ad ed.]: “En las causas penales debe interpretarse de la forma más benigna”. En todo caso, cuando la ley penal ha sido concebida de modo que no contenga nada dudoso ni oscuro, tanto en lo que se refiere a la persona como al delito o a la pena, no se considera que haya margen para la interpretación, sino que debe ser cumplida aunque sea dura. D.40,9,12pr [Ulp. 4 de adult.⁷⁹]. Por lo tanto la regla que aquí se propone se aplica sólo cuando, habiéndose examinado la ley, se haya podido dudar razonablemente acerca de si se comprende una persona o si se expresa o se comprende un delito o una pena, de las que se trata. Sin embargo, en caso de duda, nuestros juristas aconsejan decididamente que se tome la interpretación más benigna, incluso cuando tratan del sentido oscuro de leyes no penales. Gayo dice en general “En casos dudosos siempre debe preferirse lo más

⁷⁹ D. 40,9,12pr. Ulp. 4 de adult. *Prospexit legis lator, ne mancipia per manumissionem quaestioni subducantur, idcircoque prohibuit ea manumitti certumque diem praestituit, intra quem manumittere non liceat.*

benigno” en D.50,17,66 [Gai. 3 de legatis ad ed. urb.]. De forma similar Marcelo dice en D.50,17,192,1 [Marc. 29 dig.] “En un asunto dudoso seguir la interpretación más benigna no sólo es lo más justo sino que es lo más seguro.” También Pomponio en D.50,17,20 [Pomp. 7 ad Sab.]: “Siempre que la interpretación relativa a la libertad es dudosa, deberá dictaminarse a favor de la libertad”. Va en el mismo sentido D.50,17,179 y C.7,4,14,1 versículo “*dado que en los casos ambiguos...*”. Se pueden encontrar reglas similares en D.50,17,34 [Ulp. 45 ad Sab.] y D.50,17.168pr y 1 [Paul. 1 ad Plaut.], aparte de las que obtendría de otros títulos.

2. También está claro que la frase de Hermogeniano se aplica, en primer lugar, a los jueces, en especial a los que conocen de crímenes o delitos, y luego a los defensores, asesores y juristas a los que se pide consejo para fijar la pena o para juzgar un crimen. Sin embargo aquí debe subrayarse ante todo la moderación áurea que Marciano aplica a este precepto en D.48,19,11pr [Marc. 2 de publ. iud.] con estas palabras: “El juzgador debe procurar no decidir algo con más dureza o con más laxitud de lo que requiere el asunto, puesto que no debe inclinarse ni por la severidad ni por la gloria de la clemencia, sino que debe resolver, una vez ponderado el juicio, según lo que exija el asunto. Obviamente en las causas más leves los jueces deben ser más propensos a la indulgencia, en las más penas graves deben atenerse a la severidad de las leyes con alguna moderación por benignidad”. Esto es lo que dice prudentísimamente Marciano.

3. De lo expuesto hasta aquí claramente puede inferirse que sólo entra en juego la regla de Hermogeniano cuando se trata de castigar delitos menores o cuando unas palabras oscuras y ambiguas de la ley que impone la pena dan motivo para dudar y en especial cuando hay razones para cuestionarse si aquel de cuya pena se discute realmente infringió la ley. Por esta razón si fuese un crimen tal que, por su excesiva frecuencia, sea necesario un ejemplo para disuadir a los demás, nada impide que los suplicios de los malhechores se exacerben en lugar de moderarse, tal como enseña Claudio Saturnino en D.48,19,16,10 [Saturn. l. S. de poen. paganorum]. D.48,4,7,3 [Modest. 12 pand.]. Así Ulpiano opina en D.2.1,7,2 [Ulp.3 ad ed.] que, a causa de la gravedad del delito que comete quien altera o destuye el edicto, aunque los términos del edicto no se apliquen mientras se publica el edicto del Pretor o antes de su publicación, el sentido del edicto debe extenderse a quien altere o destuya el edicto en este momento. De forma similar, Marciano dijo en D.48,9,3 [Marc. 14 inst.] que, si bien la Ley Pompeya de parricidas no incluye a los que están en el mismo grado o en un grado más próximo que los primos hermanos y aunque se haya omitido a las personas de la madrastra y de la prometida, el sentido de la ley abarca a todos estos. De la misma forma, si miramos las palabras de la Ley Julia sobre la violencia, veremos que sólo queda sujeto a esta ley quien hubiese hecho que alguien fuese sepultado y, sin embargo, la justa interpretación de los juristas la ha extendido a quien violase un sepulcro. D.47,12,8 [Macer 1 publ.], D.48,6,5pr [Marc. 14 inst.]. Por otro lado, aunque el Senadoconsulto hubiese impuesto la pena al tutor que hubiese colocado el velo a la pupila, para su hijo o para sí mismo⁸⁰, sin embargo, la recta interpretación extendió la pena no sólo al nieto, sino también al heredero extraño del tutor. D.23,2,59 [Paul l. S. de adsign. libert.] y D.23,2,64,1 [Call. 2 quaest.]. Así igualmente se dice que la mujer debe ser castigada con la pena de perder la sucesión no sólo si no hubiese pedido un tutor para su hijo impúber, sino también si no lo hubiese pedido para un demente o para los

⁸⁰ Esto es, el tutor se hubiese casado con la pupila o la hubiese dado en matrimonio a su hijo.

bienes, si hubiese estado embarazada, aunque estas palabras no estén en el rescripto. Ulpiano D.38,17,2,29 [13 ad Sab.]

4. Hay casos en el que las leyes penales se extienden a los casos y a las personas que no están expresamente mencionados y, por analogía, se sostiene la interpretación favorable a aplicar la pena, porque no se halla en la ley misma ninguna ambigüedad u oscuridad que nos haga dudar, ni tampoco aparece una justa excusa personal ni una razón por la que [esa persona] no quede comprendida en la ley. Yerran, por lo tanto, quienes aceptan la siguiente regla: “*la constitución penal no puede ser extendida, a no ser que exista igual o mayor razón*”. Quienes proponen esta regla la limitan con tantas excepciones que ni siquiera se la puede llamar “regla”. Además se opone a ella Modestino en la citada D.48,4,7,3 [12 pand.], con estas palabras: “A no ser que el delito fuese uno que, o bien dimanara del tenor literal de la ley, o bien se puede vindicar por analogía con la ley.”

5. Por el contrario, si el sentido de la ley es doble, o surge una duda probable sobre si la persona queda comprendida en el sentido de la ley, ciertamente debe aprovecharse la ocasión para preferir la interpretación más benigna. Ilustrémoslo con unos ejemplos. Si un socio hubiese cogido una cosa común con ánimo de ocultarla, diremos que no queda sujeto a la acción del hurto sino a la de la sociedad, que es más benigna, puesto que debe considerarse que quien es dueño de una parte, más que haber tenido la intención de hurtar, generalmente habrá querido hacer uso de su derecho (D.17,2,51pr Ulp. 30 Sab.). Por la misma razón, si se dudase la causa por la que una mujer posee unos bienes, será lo más acertado y lo más benigno, si no se demuestra la causa por la que los tenga, interpretar que esos bienes le llegaron del marido, de manera que se evite la sospecha de un tráfico ilícito (D.24,1,51 Pomp. 5 ad Q. Muc. y también C.5,16,6). Por una razón similar de benignidad declararemos que hay que imponer a los *statuliberi* las penas de los libres y no las de los esclavos (D.48.18.14 Modest. 8 reg. y D.48,19,9,16 Ulp. de off. procons.), aunque en ese estado apenas haya diferencia respecto del resto de esclavos, tal como dice Pomponio en D.40,7,29 (ad Q. Muc.)⁸¹ y por esto mismo, el *statuliber* pueda ser donado (D.40,7,9 Ulp. 28 Sab.) y vendido (D.40,7,25 Mod. 9 diff.); sin embargo, a causa de la prerrogativa de la libertad esperada, y por la ambigüedad de su condición, no debe ser castigado como un esclavo sino como un libre. Véase D.48.18.14 Modest. 8 reg. Van Arum *In pandect. disput. 25 tesis* 18⁸². Finalmente, por no citar otros muchos ejemplos, debe ser interpretada en este mismo sentido benigno la sentencia del juez penal - que, a modo de ley, crea derecho entre las partes - si, por la ambigüedad de los términos, puede dudarse sobre lo que quiso decir el juez. Así, al ser ambigua la palabra *vis* (violencia), “*seguimos la regla de que cualquier cosa que en general se haga violentamente constituye delito o de violencia pública o de violencia privada*” (D.50,17,152 Ulp. 59 ad ed.). Esto no obstante, es más grave la pena de la violencia pública que la de la violencia privada (D.48,19,32 Ulp. 6 ad ed. y D.43,16,13 Ulp. 8 ad Sab.). Si el juez hubiese mencionado la violencia, sin haber expresado cuál fuese, interpretaremos que se refería a la pena de la privada, al ser menos severa. [Véase] la referida D.48,19,32. Así igualmente si el tutor es cesado de la

⁸¹ La referencia al título en esta cita no está clara en el original pero, por el contexto, parece referirse a D.40,7,29.

⁸² Arumaeus, D., *Disputationes ad Praecipuas Pandectarum [et] Codices leges, Consuetudines Feudales, Quatuor Institutionum libros*. Esta obra se encuentra en el catálogo de la biblioteca privada de Finestres que él mismo elaboró y que envió a G. Mayans el 8 de junio de 1738. Se puede consultar en Casanovas, I. *Josep Finestres. Estudis biogràfics*, Barcelona, 1931, pp. 502 ss.

tutela simplemente, sin que el Pretor indique en su decreto la causa, interpretaremos benignamente que no fue cesado por dolo, sino por culpa (D.26,10,4 Ulp. 1 de omn. trib.), puesto que en el primer caso se convertiría en infame, mientras que en el segundo no (D.26,10,4,2 Ulp. 1 de omn. trib.⁸³). Es muy célebre la interpretación de la triple sentencia en Plinio (Cartas 14, libro 8) en la que se considera benigno sumar los votos del segundo, a favor de la deportación, y del tercero a favor de la absolución, con los cuales se salva la vida del hombre, y no sumar el voto del segundo al voto del primero, que había condenado al reo a muerte.

6. Para terminar, el buen juez, no debe hacer nada siguiendo su propio criterio o según su voluntad personal, sino que debe pronunciarse de conformidad con las leyes y con el derecho, no debe ceder ante su propia voluntad, sino atenerse a lo que es conforme a las leyes, según indica San Ambrosio (C.3 q.7 c.4). Sin embargo, si el derecho es oscuro, puede y debe elegir por vía interpretativa el sentido más humano de la ley y disminuir la pena que en ella se impone, porque, en ese caso, las penas deben ser preferiblemente suavizadas en lugar de endurecerse. Se pueden consultar Tiraquellus⁸⁴ *Tract. De Poen. temper.* Bronchorst⁸⁵ *Cent. 4 Assert 68*, Fachinaeus⁸⁶ *Contr. Lib 1 cap. 75* Pacius⁸⁷ *Cent. 2. quaest. 26*. Ric Zouchaeus⁸⁸ *Quest. Jur. Civ. class. 10. quest. 10*. Forsterus⁸⁹ *De interpret. leg. Lib 2 cap. 2 § 4*.

El tenor literal del texto analizado por Finestres es el mismo que en de la edición de Mommsen, de modo que no se presentan problemas de crítica textual. En la exégesis de Finestres debe destacarse, en primer lugar, que el interés de Finestres no es puramente anticuario o histórico sino que se preocupa sobre las consecuencias prácticas de la interpretación que propone. De ahí que mencione la asunción de esta misma regla

⁸³ En el texto se cita también el párrafo 6, pero posiblemente es una errata, puesto que no existe.

⁸⁴ Tiraquellus, A., *De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Salamanca, 1562. Este tratado se ocupa de los criterios de graduación de las penas y toca muy de pasada el problema de la interpretación de las normas penales. De ahí que Finestres no remita a un punto concreto de la obra. La obra de Tiraqueau tiene elementos claramente humanistas, como la cita de autores griegos, pero no se centra en la exégesis textual sino que tiene un carácter más dogmático, en la línea de las obras del *mos italicus*.

⁸⁵ Bronchorst, E., *Enantiophanon centuriae quatuor et conciliationes eorundem iuxta seriem Pandectarum dispositae*, Leiden 1598.

⁸⁶ Fachineus, A., *Controversiarum iuris libri tredecim*, Colonia, 1678. Este libro también está en el catálogo de la biblioteca personal de Finestres. La cita está mal, puesto que el libro 1, capítulo 75 trata sobre si se puede apelar en las causas posesorias. Finestres lee mal 75,1 en el índice de la obra, al no reparar que el primer número se refiere a la página y el segundo a la columna (y no, como erróneamente cree él, al capítulo y al libro). De todos modos, en la página 75 columna 1 hay sólo una brevísima cita del principio general a propósito de una controversia de derecho enfiteútico. Es sorprendente que Finestres remita a sus estudiantes a un autor ajeno totalmente al humanismo jurídico que, además, no aporta nada al tema.

⁸⁷ Pacius, I., *Enantiophanon seu legum conciliatarum centuriae VII*, Spira, 1596. No hemos podido ver esta obra.

⁸⁸ Zouchaeus, R., *Quaestionum juris civilis, centuria, in decem classes distributa*, Londres, 1582. Sin embargo, la primera edición es la de Oxford, 1660.

⁸⁹ Forsterus, V. G., *Interpres sive de interpretatione juris libri duo*, Wittemberg, 1613. La cita también parece incorrecta, puesto que, en ese punto, Forster expone los tres tipos tradicionales de interpretación (extensiva, restrictiva y declarativa). A nuestro entender, debería remitirse al libro 1, capítulo 2, párrafo 41 (pág. 61 *in fine*), aunque dice muy poco. Lo interesante de citar a Forster es que se trata de un autor luterano que fue privado de su cátedra por motivos religiosos (en el propio libro se disculpa de no haber podido citar correctamente en los capítulos finales, al no tener disponible la bibliografía). Además, aprovecha el tema de la interpretación para introducir *passim* consideraciones teológicas que – a pesar de ser moderadas – no debían verse con buenos ojos en la España de Finestres.

en el derecho canónico, concretamente en el Decreto de Graciano. El enfoque de la obra es, a la vez, erudito y lo que hoy en día llamaríamos “dogmático”.

En segundo lugar, Finestres fundamenta sus tesis tanto en principios generales como en exégesis textuales, aunque ambas argumentaciones se presenten intencionalmente mezcladas. Por ejemplo, Finestres basa la idea de que en las leyes penales claras no hay margen para aplicar el *in dubio pro reo* en D.40,9,12pr Ulp. 4 de adult. pero en este texto no se dice realmente esto. Consciente de ello Finestres no lo transcribe, sino que se limita a citarlo. En realidad Finestres está pensando en el principio general expresado en el brocardo *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo no habría sido elegante citar como base de su tesis un texto que no aparece literalmente en las fuentes romanas.

En tercer lugar, Finestres debe abordar la cuestión de jerarquizar el principio *in dubio pro reo* frente a la aplicación analógica de las leyes penales. Debe subrayarse que, a diferencia de lo que ocurre en los códigos penales modernos⁹⁰, la mayor parte de los juristas del *ius commune* admitían la analogía contra reo, al no partir de un estricto principio de tipicidad⁹¹. En este contexto Finestres considera que la aplicación analógica de la norma debe ser preferente al principio *in dubio pro reo*. Según Finestres, ante la dictotomía entre la obediencia a la autoridad (la ley) y la misericordia, el Juez debe primar la aplicación estricta de la ley, quedando el principio *in dubio pro reo* reservado a aquellos casos en los que la ley es ambigua. Esta regla es la que generalmente se encuentra en la literatura de la, de modo que no es una muestra del carácter complaciente con el poder que hemos achacado *supra* a Finestres, sino una mera adhesión a la *communis opinio*.

Finalmente, resulta ilustrativo examinar a los autores a los que Finestres remite al final del texto para que el lector pueda ampliar el tema. Son de lo más variado y heterodoxo. Hay un jurista aficionado al lulismo y a la alquimia (Giulio Pace), un luterano impenitentes con veleidades proselitistas en su obra jurídica (Valentín Forster), un escolástico de la vieja escuela, cuyo método está en las antipódas del humanismo jurídico (Fachineo). La lista es sorprendente y da una idea del eclecticismo de Finestres a la hora de seleccionar la literatura jurídica digna de consulta.

10. Conclusiones: ¿es el Hermogeniano la mejor obra de Finestres o sólo la más larga?

Es indudable que el comentario a los *Iuris Epitomae* es la obra más extensa de Finestres y también es cierto que es el trabajo que más difusión tuvo, tanto en vida del autor como después de su fallecimiento. Al ser el comentario a los *Iuris Epitomae* de Hermogeniano un trabajo que se ocupa de temas muy variados no es fácil detectar qué juristas extranjeros conocen a Finestres. Esta investigación resulta especialmente difícil en el caso de Finestres porque este auto no aparece en el *Hommel Redivivus* de Th. Schimmelpfeng (Kassel, 1858). Mis lecturas de obras de *ius commune* me han llevado a

⁹⁰ Como es sabido, los modernos códigos penales prohíben expresamente la aplicación analógica de las leyes penales. En España puede verse el art. 4.1 del Código penal “*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*”

⁹¹ Sobre este punto puede verse, recientemente, Cruz Cruz, J., “La interpretación de la ley según Juan de Salas”, www.leynatural.es, post de 30 de junio de 2011, p. 51 ss.

detectar, por azar, dos citas de esta obra en dos trabajos extranjeros⁹². Puede acreditarse, por lo tanto, una cierta difusión del trabajo que supera claramente la del resto de publicaciones de Finestres.

La parte más original de la obra es el estudio biográfico de Hermogeniano que Finestres concibe como un apéndice pero que, en realidad, es la parte más interesante de toda la obra. En las exégesis de los textos de los *Iuris Epitomae* hay, sin duda, interpretaciones lúcidas, precisas y admirables pero también hay muchos fuegos artificiales barrocos, con citas literarias y epigráficas innecesarias, que buscan el efecto estético. Este extremo distingue el comentario a Hermogeniano de las *praelectiones*, a mi juicio más austeras y técnicas.

Por otro lado, tal como hemos dicho ya *supra*, el comentario a Hermogeniano es una obra heterogénea. Las exégesis de los primeros textos son muy largas y completas, hasta el punto de que constituyen un tratadillo de derecho natural y de gentes. En cambio los comentarios a los textos del segundo tomo son mucho menos profundas. Y no es una cuestión de que la temática no se preste: el comentario a D.48,4,10 (pág. 976) sobre el concepto de lesa majestad en los casos de entrega de una ciudad o de un territorio al enemigo podría haber dado muchísimo juego en un momento en el que las consecuencias de la guerra de sucesión estaban todavía frescas. Sin embargo Finestres, fiel a su divisa de no meterse en terreno resbaladizo, liquida el tema en tres páginas y prefiere comentar el texto romano evocando la traición del Conde Julián a Don Rodrigo⁹³, una anécdota que no aporta nada a la exégesis del texto de Hermogeniano ni sirve tampoco al lector para relacionar el texto con su propia época. En definitiva, por lo general, los materiales recogidos de las obras publicadas separadamente con anterioridad a 1757 son mucho más completos y apasionantes que las exégesis publicadas por primera vez en el Hermogeniano.

En definitiva, tomada en su conjunto, el Hermogeniano puede considerarse la obra principal de Finestres y el referente de toda su producción. Es un trabajo ortodoxo, bien escrito y bien documentado, al que le falta tan sólo una mayor acribia en las citas de autoridades y un mayor atrevimiento para romper con los moldes preestablecidos. En este sentido es un fiel reflejo de los puntos fuertes y débiles de la jurisprudencia humanista española del siglo XVIII.

Apéndice bibliográfico

Batllori, M., *Gran Enciclopèdia Catalana*, 11, Barcelona, 1987

Böckelmann, J. F. *Institutionum Iustiniani sive elementa iuris civilis in brevem et facilem ordinem redacta*, Leyden, 1679.

Borrás y Marzal, F., *Africanus defensus et illustratus sive Sext. Caecilii Africani juris consulti fragmenta omnia quae in Pandectis Justinianeis supersunt decerpta ex libris IX Quaestionum cum scholiis quibusdam tumultuariis publicae disputationi exposita & favente Deo propugnanda*, Cervera, 1736.

⁹² Se trata, por un lado, de Rapolla, F. (Presidente de la Cámara Real de Nápoles) *Der Rechtsgelehrte oder über die Art und Weise wie das Civilrecht richtig erlernt und erklärt wird*, Stuttgart, 1792. p.314; p.389 (traducción de Griesinger, L. F. del original en latín) y, por otro lado, de Glück, Ch. F. *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, vol.6 (Erlangen, 1800), p. 141 n.26 (cita: *Commentarius in Hermogeniani Iuris epitomarum libros VI ad L.32 D. de obligat. et action. § 33 p.615*).

⁹³ Finestres llama a Don Rodrigo “*Rex Ramirus*”, algo que parece podría ser un lapsus. No he sido capaz de encontrar esta denominación para el último rey visigodo en ninguna fuente.

- Brocà i Montagut, G. M. de, *Biografia de D. Ramon Llätzer de Dou i de Bassols*, Barcelona, 1916.
- Brocà i Montagut, G., *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1985
- Bronchorst, E., *Enantiophanon centuriae quatuor et conciliationes eorundem iuxta seriem Pandectarum dispositae*, Leiden 1598.
- Camps i Arboix, J. De, *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1956.
- Canals Vidal, F. *La tradición catalana en el siglo XVIII ante el absolutismo y la ilustración*, Madrid, 1995.
- Canoy-olthoff, A. M. M. / Nève, P. L. *Holländische Eleganz gegenüber deutschem usus modernus Pandectarum?*, Nimega, 1990.
- Cavanna, A. *Storia del diritto moderno in Europa*, vol.1 (*Le fonti e il pensiero giuridico*), Milán, 1979.
- Cepeda Castro y Gudiel, F. J. de, *Octo libri a Publio Alphenno Varo tertiae classis J.C. Clarissimo Conscripti, et a Julio Paulo J.C. in epitomen redacti, et alij octo absque epitome per FF. Sparsi*, Salamanca, 1734.
- Chastagno, L. A., "Un Nouveau préfet du prétoire de Dioclétien: Aurelius Hermogenianus", *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 78 (1989).
- Cuesta y Escudero, P., *Trasllat de la Universitat de Cervera a Barcelona*, Barcelona, 1977.
- Dirksen, H., "Über die Hermogenianus libri iuris epitomarum", *Hinterlassene Schriften* II, Leipzig, 1871.
- Fachineus, A., *Controversiarum iuris libri tredecim*, Colonia, 1678.
- Feenstra, R. "Grocio y el Derecho privado europeo", *Anuario de Historia del Derecho Español* 45 (1975).
- Figueras Pàmies, M. "Alguns trets sobre el procés ideològic de la universitat a Catalunya: segles XVIII i XIX", *Miscel·lània cerverina* 2 (1984).
- Finestres, J., *Sylloge inscriptionum Romanarum quae in Principatu Catalauniae vel extant vel aliquando extiterunt*, Cervera, 1762.
- Forsterus, V. G., *Interpres sive de interpretatione juris libri duo*, Wittemberg, 1613.
- Gallissà, L., *De vita et scriptis Iosephi Finestres et a Monsalvo iuriconsulti Barcinonensis, in Cervariensi Academia iuris civilis primarii antecessoris emeriti, comentariorum libri IIII*, Cervera, 1802.
- García Carcel, R./Moreno Martínez, D., *Inquisición. Historia crítica*, Madrid, 2000.
- Gibert, R. "La codificación civil en España (1752-1889)", *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 2, Florencia, 1977.
- Herr, R. *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1988.
- Herrero, J., *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Madrid, 1988
- Hewett, M. L., *Ulric Huber (1636-1694): 'De ratione juris docendi & discendi diatribe per modum dialogi :nonnullis aucta paralipomenois': with a translation and commentary*, Nimega, 2010.
- Honoré, A. M., *Emperors and Lawyers, Second edition, completely revised, with a Palingenesia of Third-Century Imperial Rescripts 193-305 AD*, Oxford, 1994.
- Lluch i Martín, E. *La Catalunya vençuda del segle XVIII. Foscors i clarors de la il·lustració*, Barcelona, 1996.
- Mestre, A., "Difusión de la cultura española. Mayans y el círculo de Gerard Meerman" *Influjo europeo y herencia hispana. Mayans y la ilustración valenciana*, Valencia, 1987
- Molas, P. *Gregori Mayans y Siscar, Epistolario*, Vol.11 *Mayans y Jover, I. Un magistrado regalista en el reinado de Felipe V*, Valencia, 1991
- Osler, D. J.; "The Myth of European Legal History", *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997)
- Pacius, I., *Enantiophanon seu legum conciliatarum centuriae VII*, Spira, 1596.
- Peset Reig, M., "Derecho romano y Derecho Real en las Universidades del siglo XVIII", *AHDE* (1973).
- Peset, M. / Marzal, P., "Humanismo jurídico tardío en Salamanca", *Studia historica. Historia moderna* 14 (1996).
- Prat, J. M., "Primer centenari de la mort del doctor Ramon Llätzer de Dou i de Bassols", *La paraula cristiana*, Barcelona, 1933.
- Prats i Cuevas, J., *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, Lleida, 1993.
- Razquin Jené, J. M. "La Universitat de Cervera i la renaixença de Catalunya", *Revista de Gerona* 42 (1968).
- Riera i Tuèbols, S., "La Universitat de Cervera", *Història, política, societat i cultura dels Països Catalans*, vol. 5, *Desfeta política i embranzida econòmica. Segle XVIII*, Barcelona, 1995
- Rubió i Borràs, M., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, Barcelona, 1915.
- Rubió i Borràs, M., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, vol. 1, Barcelona, 1915.
- Sánchez-blanco, F., *La mentalidad ilustrada*, Madrid, 1999
- Sobrequés i Vidal, S., *Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta*, Girona, 1978.

- Soldevila i Zubiburu, F., *Barcelona sense universitat i la restauració de la Universitat de Barcelona 1714-1837*, Barcelona, 1938
- Stein, P., *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, 2000.
- Tiraquellus, A., *De poenis legum ac consuetudinum, statutoruque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Salamanca, 1562
- Vallet de Goytisolo, J. B. , *Reflexiones sobre Cataluña. Religación, interacción y dialéctica en su historia y en su derecho*, Barcelona, 1989.
- Vila Bartrolí, F., *Reseña histórica, científica y literaria de la Universidad de Cervera*, 2ª ed., Tàrraga, 1981.
- Zouchaeus, R., *Quaestionum juris civilis, centuria, in decem classes distributa*, Londres, 1582.