

## LOS JURISTAS CATALANES Y LA *OPINIO DOCTORUM* (NOTAS)

Andreu Bosch, quien pasa por ser el autor catalán que con más extensión se ha ocupado del problema de la doctrina de los doctores <sup>1</sup>, nos tiene dicho en su *Sumari: La constitucio quaranta de les Cortes del any 1599, dona forsa, y valor de lley a les doctrines dels Doctors, per lo que expressament disposa que faltant lo dret municipal de Cathalunya, Rosello, y Cerdanya se aja de decidir segons les disposicions de Dret Canonich, Civil, y doctrines de Doctors faltant lo dret. Estes doctrines de Doctors son les opinions, y llibres dels Doctors que sobre dites lleys comunes municipals, y locals han escrits ab tractas, repeticions, lecturas, varies resolucions, o de altra qualsevol forma, totes son en dos maneres, les unes son opinions comunes, altres particulars de un sol Doctor* <sup>2</sup>. Más adelante, todavía en la misma sede, Bosch nos advierte: *Totes les opinions dels Doctors se han de entendre segons les lleys que allegan, de manera que se han de provar ab lley, altrament como a somni si deuen repelir, y de elles no sen te de fer mensio, com en regles de dret estiga prohibit tot modo de parlar sens lley* <sup>3</sup>. El problema relativo a si los doctores a que se refiere la decisión de 1599 son exclusivamente

---

<sup>1</sup> EGEA I FERNÁNDEZ, J ; GAY I ESCODA, J. M., «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta», en *RJC* 77 (3 julio-septiembre 1979), p. 522; SALVADOR CODERCH, P., «Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del título preliminar», en *Materiales de les II Jornades de Dret Català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982*, s.l., s a , p. 66, quien señala, a partir de la recepción tardía de la doctrina de la *communis opinio* y de las diferencias entre la realidad catalana y la italiana «la inexistencia de una amplia racionalización doctrinal del tema» en Cataluña.

<sup>2</sup> BOSCH, A., *Sumari, Índex o epitome dels admirables, y nobilissims títols d'honor de Cathalunya, Rosello i Cerdanya y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminiencies, llibertats è immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*, Perpinya 1628 (Facs Barcelona-Sueca 1974), 5.21, p. 530.

<sup>3</sup> BOSCH, *Sumari*, 5.21, p. 531.

o no los juristas catalanes carece de sentido, no sólo a partir de lo que los demás juristas catalanes veremos que dicen y alegan <sup>4</sup>, sino porque el mismo Bosch despeja, en otro lugar, las dudas: *De les opinions dels Escriptors provenen les gloses del Dret Canonich, Civil, y Municipal, les quals son fetes per Doctors, y Escriptors celebres per explicacio, declaracio, extensio, llimitacio, interpretacio de les dites lleys compilades impreses, y continuades en los mateixos llibres, com en quiscu apar, y pot veurer lo Lector. Les dites gloses son de gran auctoritat; de manera que deuen preferir com a opinions, comunament aprobades a totes les altres dels Escriptors, de les quals, y de la validitat, y forsa, se poden veurer los doctors que de elles han escrit, y en particular a la remissio de Doctors de la auctoritat de la glosa que està al sise volum dels textos nous abans les notes de Accursio, a la fi de les remissions dels Textos* <sup>5</sup>.

Sin perjuicio de que vuelva sobre Bosch más adelante, me interesa destacar, preliminarmente, los siguientes extremos: en primer lugar, que al cabo de veintinueve años de la decisión de 1599, por doctrina de los doctores se entiende, en Cataluña, lo que los mencionados doctores, fundamentalmente a través de su producción literaria, han opinado, bien a propósito del Derecho catalán, bien a propósito del Derecho común. La doctrina de los doctores se identifica, pues, con la opinión, común o particular, de los doctores; en segundo lugar, que al hacerse depender la aceptación de la opinión de los doctores de las leyes, de los textos, que los mismos alegan, la *opinio doctorum* queda configurada como expediente interpretativo del Derecho por el cual, de forma efectiva, han de decidirse las causas, y, en tercer lugar, que no es fenómeno separado de la *opinio doctorum* el conjunto de glosas que, para aclaración e interpretación de las leyes compiladas, han extendido los doctores sobre los textos de Derecho justiniano, de Derecho canónico o de Derecho propio. Entre estas glosas, aquellas que según Bosch están colocadas en el «sexto volumen», antes de las notas de Accursio, gozan de una especial autoridad <sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Baste, por el momento, advertir que Antonio de Oliba, en el prólogo de los Comentarios al *usatge Alium Namque*, dirigido a don Diego de Covarrubias, describe, en 1599, el siguiente panorama: Non enim in tribunalibus allegantur comentaria Thomae Mieres, Guillelmi Vallisiscæ, Iacobo Iudaici, Iacobi Calicij, Ioannis Socarratis, Iacobo Marquilles. non maiorum nostrorum sententiae Sed nec Bartoli, Baldi, Castensis, Alexandri dicta egregia: sed qui heri aut nudius tertius primum ad curiam venit, qui duas aut tres summum schaedulas ut cumque, composuit, pleno ore citat Avendanum, gomesos, lupos, menochium, mascardum, cuaciium, Gregorium et alios sexcentum huius clasís doctores, viros quidem doctissimos et de nostra iurisprudentia benementos, ac venerandos patres, sed in controversisque huius provinciae tractandis et dirimendis, secundos aut tertios neque enim legum nostrae provinciae antiquorum, quas usaticos nuncupamus, verba plerumque absoleta, aut aliorum iurum, quae, successivis temporibus sancita fuerunt, explanabunt itali, galli, lusitani, castellani doctores... (OLIBANI, ANTONII, *Commentarius, ad usat Alium Namq de iure fisci lib 10 Constut Cataloniae*, Barcinone, 1600, p. 3v).

<sup>5</sup> BOSCH, *Sumari*, 5 24, p. 532.

<sup>6</sup> Bosch no suele ser muy claro al escribir, y aunque pudiese pensarse que *Sumari*, 5.24, p. 532 (*Vid supra* n. 5), en su parte final, hace referencia a la autoridad de *communis opinio* que normalmente se concede a la glosa ordinaria, no deja de contener una afirmación cuando menos

La atención que presta Bosch a la doctrina de los doctores y a las glosas en las que se encuentra, a partir de la constitución de 1599, si significa que el jurista se hace eco del fenómeno de la *opinio doctorum* y de la *communis opinio*, no significa que, a partir de la misma decisión de 1599, se diese entrada en Cataluña a la jurisprudencia como fuente creadora, en la medida en que, como los mismos juristas catalanes reconocen y repiten, las sentencias de la Audiencia no tienen fuerza de ley <sup>7</sup>. Sin embargo, en la medida en que, aunque los jueces y los doctores de la Real Audiencia estén obligados a juzgar por las leyes, la forma de aplicarlas se produce según un determinado *stylus*, éste puede verse conformado por el hecho de haber tenido en cuenta la *opinio doctorum*, independientemente de la cuestión relativa a la responsabilidad *in syndicatu* en la que los jueces pueden incurrir por haberse apartado de la misma.

Sobre estas consideraciones, me propongo analizar la postura de los juristas catalanes ante la *communis opinio* <sup>8</sup>, sobre la base de que la misma, en tanto se aparece como un fenómeno ligado a la importancia del argumento *ab auctoritate* <sup>9</sup>, es un fenómeno, en palabras de Lombardi, esencialmente endojurisprudencial, en el sentido de que, en tanto cuestión vinculada a la necesidad de emitir un juicio, la doctrina de la *communis opinio* es la manifestación de los esfuerzos de la jurisprudencia por dotarse de su propia *ley* allí donde la verdadera, la ley textual, no sumi-

---

sorprendente, dadas las dificultades de identificación que plantea. Aunque pudiese pensarse que la mención a un sexto volumen cobra sentido si se tiene en cuenta la existencia de los llamados cinco libros ordinarios de Derecho civil –recuérdense los testimonios de 1335, 1359 y 1363–, lo que no tiene ya tanto sentido es que las glosas estén colocadas en un sexto, a menos que se piense en unas glosas separadas del texto. Por otra parte, la identificación de la referencia con la glosa ordinaria tampoco aparece clara, al distinguir Bosch entre glosas y notas de Accursio. Finalmente, ¿qué son, para él, los *Textos nous*?

<sup>7</sup> PEGUERA L., *Praxis civilis. additonata iuribus, decisionibusque diversorum senatum per nobiliem Don Accacium de Ripoll*, Barcinonae, 1674, p. 253; CORTIADA, M., *Decisiones Pars prima*, Bacin.(onae), 1661, Dec 24, núm. 22; FONTANELLA, *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus Tomus posterior*, Barcinonae, 1622, Cl. 7, gl. 1, p. 2, núm. 53.

<sup>8</sup> En general, BRUGI, B., *Per la storia della giurisprudenza e delle Università Italiane Nuovi Saggi*, Torino, 1921, pp. 81-96; BUSI, E., *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano, 1935, pp. 34-35; ENGELMANN, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1939, pp. 172-242; PIANO MORTARI, V., «L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali», en *RISG 90* (1953-1954), pp. 457-468, ahora en PIANO MORTARI, V., *Dogmatica e interpretazione I giuristi medievali*, Napoli, 1976, pp. 76-91, por donde cito, LOMARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1976, pp. 164-190; DOLEZALEK, G., s v «Herrschende Lehre (communis opinio)», en *HRG II Band*, Berlin, 1978, cols. 113-116; CAVANA, A., *Storia del diritto moderno in Europa Le fonti e il pensiero giuridico I*, Milano, 1982, pp. 152-155; ERMINI, G., *Corso diritto comune I Genesi ed evoluzione storica Elementi costitutivi Fonti*, Milano, terza edizione ristampa con aggiornamento deell'appendice, Milano, 1989, pp. 240-244, lo más reciente, CRESCENZI, V., *Communis opinio Doctorum*, en IGLESIA FERREIRÓS, A. (Ed.), *Actes del I Simposi Jurídíc Principat d'Andorra/Republica de San Marino El «Ius Commune» com a Dret vigent l'experiència judicial d'Andorra i San Marino*, II, Andorra, 1994, pp. 675-698

<sup>9</sup> PIANO MORTARI, *L'argumentum*, pp. 81 y ss.; WIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1966, p. 102.

nistra el grado de certeza deseable <sup>10</sup>. Efectivamente, si dejamos al margen el fenómeno de la leyes de citas <sup>11</sup>, caso en el cual es la ley quien se ocupa de atribuir un determinado grado de validez a la opinión de los juristas, el fundamento, los elementos constitutivos, las limitaciones y las ampliaciones de la doctrina de la *communis opinio*, son todas ellas cuestiones que se debaten y se fijan en y desde la propia jurisprudencia. Todo el discurso jurisprudencial sobre el valor de la *communis opinio*, en la medida en que constituye un discurso sobre la validez del discurso mismo, se presenta así como un metalenguaje jurisprudencial, lo que significa que sobre el problema del valor de la *communis opinio* puede, a su vez, generarse otra *communis opinio*. Efectivamente, así ocurre: cuando Bosch distingue entre opiniones particulares y opiniones comunes, señala, además, que deben ser preferidas las segundas, pero especialmente si son, a su vez, opiniones que versen sobre la elección de opiniones y sobre los criterios empleados para preferir unas sobre otras <sup>12</sup>.

La *opinio doctorum* se configura, en primer término, como instrumento de interpretación y aclaración de los *iura* aplicables <sup>13</sup>, pero, por esa misma razón, allí donde la ley y el Derecho son claros, no tiene lugar el recurso a la opinión de los doctores <sup>14</sup> ni el juez está obligado a requerir el *consilium sapientium* <sup>15</sup>. Como instrumento de interpretación que es, la *opinio doctorum* no puede, por ejemplo, introducir ficción alguna allí donde la ley no lo hace <sup>16</sup>. Esta íntima relación entre *opinio* e interpretación, entre opinión y texto, motiva, a su vez, el que la opinión de los doctores haya de aceptarse o entenderse, sólo, *secundum iura quae allegant* o *iuxta legem quam allegant*, como hemos visto advertir a Bosch, lo que significa, no sólo que la opinión de los doctores debe fundamentarse en los textos alegados, sino que tales textos alegados deben referirse al problema del cual se debate. No incurre en responsabilidad el juez o el abogado que se aparta de una opinión, de una doctrina o de un *dictum doc-*

<sup>10</sup> LOMBARDI, *Saggio*, p. 184; CAVANNA, *Storia*, p. 155

<sup>11</sup> Intentos hubo, en Cortes de Tortosa de 1429-1430, de implantar en Cataluña una medida no exactamente igual, pero sí parecida a la implantada por Juan II en 1427 para Castilla. *vid* EGEEA-GAY, *Eficàcia*, p. 521 y nota 55

<sup>12</sup> BOSCH, *Sumari*, 5 21, p. 530 . totes son en dos maneres, les unes son opinions comunes, altres particulars de un sol doctor, o poch, les comunes han de preferir a les particulars, mes que mes si son dels practichs sobre la eleccio de unes, y altres, y quines se han de preferir.

<sup>13</sup> MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cataloniae*, Barcinonae, 1621, pars secunda, col 9, cap. 10, núm. 29 ideo necessari sunt doctores et magistri per quos iura intelligantur, et declarentur, et in melius producat: et ideo opiniones doctorum sunt fovendae

<sup>14</sup> MIERES, *Apparatus*, pars prima, col. 6, cap 33, núm 138: Nec credo, quod propter frivolas subauditones, et glossulas huiusmodi constitutiones, et dictus usaticus vidua, debeant violari: quia ex quo est hoc clarum per hanc constitutionem, iam non habeant locum opiniones doctorum.

<sup>15</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, col 11, cap. 2, núm 76: In re clara iudex non tenebitur spectare consilium sapientium.

<sup>16</sup> RAMÓN, I, *Decisiones nullibi adhuc impressae ad materiam primae partis conferentes*, pars secunda, Barcinonae, 1689, Dec 46, núm 26: hinc itaque est, quod nullus doctor, nec aliqua doctorum opinio valet introducere hanc fictionem in casibus, in quibus à lege non fuit introducta: fictio enim est opus legis, et homine introduci non potest.

toris en los que las leyes alegadas son insuficientes, de la misma forma que no ha de ser tomada en consideración aquella doctrina en la que *lege allegata non probat*<sup>17</sup>. De aquí, la renuencia mostrada por algunos juristas a citar, sin más y de forma cumulativa, las opiniones a favor o en contra de determinados argumentos: para Fontanella, más que diligencia, es signo de negligencia, por lo que se jacta de citar a pocos autores; a Calderó, adornar las propias opiniones con la doctrina de un doctor que cita a otro, quien a su vez cita a otro y así sucesivamente, de forma que todas las opiniones dependan entre sí, le recuerda a un rebaño de ovejas, corriendo unas detrás de las otras<sup>18</sup>. El juicio, pues, no debe emitirse *ex multitudine*, sino *ex ratione et iure*<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> FERRER, F., *Commentarius Analyticus ad constitutionem ex insignioribus Principatus Cataloniae primam, sub titulo soluto matrimonio, incipientem Hac Nostra*, Ilerdae, 1629, tempus 1, decl 11, núm. 72 Cum igitur haec ita (non probabiliter) demonstrata sint, nil esse poterit, quod ardat traditioni communium omnium nostrorum pragmaticorum, etiam si inter nos viderem venerandum semper Oliban, cuius dictum (sicut in quolibet alio) cum sit intelligendum secundum iura, quae allegat vulgata regulam, tempus 3, decl. 2, núm. 86: Nam cum doctrina interpretum sint intelligendae iuxta legem quam allegat... et a iuribus expositis sint assertiones informandae, debuerant ita nostras assertiones metiri, ut non ita acriter adversus dicta per nos elaborata redarguatur: et à prime à tam diligentissimo, quem deprecor ut me excusatum habeat, si ita fusè in purgatioem imbecillitatem nostris exiguis vigilis impositatum superiora sint cummulata, ut notescat lectoribus, nos summa investigatione adhibita hanc Provinciam scribendi, nostros umeros supperantem, aggressos fuisse, et tanto magis postquam tam gravis censura super nos ceciderit dictis oportuit pro illis reddere; tempus 3, decl 5, núm 35: doctrina doctorum regulentur à iuribus allegatis in doctrinis; tempus 3, decl. 9, núm. 5 et si verum sit dicere doctores traditionis intellegendas secundum iura quae allegant... si iura allegata in decisione deficiuntur, nil erit si ab ea recedatur, XAMMAR P., *De officio iudicis et advocati*, Barcinonae, 1639, pars 1, q 3, núms. 9-10: iudicem et advocatum eligere debere opinionem quae alicui textui nititur, deficiente textu, ratione, deficiente ratione, communen, FONTANELLA, I. P., *Decisiones Sacri Regu Senatus Cataloniae*, tomus primus, Lugduni, 1688, Dec. 264, núm 2: quod iste auctor pro ipsa non allegabat nisi solum l 2. c. de Episc. et cler. quae nihil minus, quam id ad quod alegatur probabat, cum dictum doctoris debebat intelligi secundum legem, quam allegat, et secundum quod illa probat... sequitur ut lege allegata non probante, non sit curandum de doctrina, quae in ea fundatur, AMIGANT, P de, *Decisiones et enucleationes criminales seu praxis regu criminalis concili Cataloniae, curiarum inferiorum, necnum aliorum Tribunalium, Ecclesiasticorum et secularium*, vol. primum, Barcinonae, 1691, Dec 1, núm 53: exploratum sit doctorem debere intelligi per textum et doctores quod allegat.

<sup>18</sup> FONTANELLA, Dec. 584, núm. 11: qui sufficiant, reliquos videbis apud praedictos, qui sunt poene infiniti, quos ego non displicet, qui laudant diligentiam tantae cumulationis doctorum quam tamen ego voco negligentiam, et paucis soleo contentari, relinquendo reliquos apud citatos à me videndos; CALDERÓ, M de, *Sacri Regu criminales concili Cataloniae Decisiones*, pars prima, Barcinone, 1686, Dec. 27, núm. 34: Nunc ergo convicijs praescindatur Joannis Andrea commentatoris decretalium, audacia, tanquam densa nebula obductus, et cum tenebris colluctetur, et crescente cum magnitudine veneno ipsius classis, quae in eandem fallaciam cecidit, post eum sequatur Baldus in primis super proemio decretalium .. Boerius .. Gomezius... Menoch... Baiardus ad Clarum... ni enim asseclae qui Sordes illius mendacis Auctoris, alio non ducto testimonio, Hispanorum existimationem laedunt, confutati amplius non lonquantur, quorum calumnia vilesceat, et tantum poterunt, quod fluctus rupibus, et hunc quadrat quod docet Ludovicus . quod unus inde post alium currit, velut oves, vel grues; igual razonamiento, en CALDERÓ, M. de, *Sacri Regu criminales concili Cataloniae Decisiones, cum additionibus ad primam et secundam partem, et duplici indice, decisio-num et additonum*, Barcinonae, 1687, Dec 94, núm. 25

<sup>19</sup> CALDERÓ, Add ad Dec. 27, núm 34: Solet enim multitudo, seu potius turba doctorum, absque delectu rationis et legi sequi... et non ex multitudinem, sed ex ratione, et iure iudicandum est docuit lust.

Si la *opinio doctorum* es instrumento de interpretación del texto que debe aplicarse, el hecho de que sobre un asunto existan, vertidas, opiniones de los doctores no implica que la sentencia haya de ser dada necesariamente siguiendo la opinión de los doctores. Tal como advierte Mieres, independientemente de la responsabilidad *in syndicatu*, la sentencia dada contra la opinión de los doctores no es nula<sup>20</sup>. Cuestión diferente es que los jueces traten de salvar su responsabilidad invocando haber seguido la opinión común: en este sentido, se advierte que el juez que ha seguido la opinión de los doctores excusa su responsabilidad, siempre que no haya seguido una opinión *communiter reprobata*<sup>21</sup>. Si de lo que se trata es, pues, de evitar la responsabilidad por haberse apartado de la opinión común o por haber seguido una opinión comúnmente rechazada, el problema central es, entonces, el relativo a la determinación de lo que deba entenderse por *communis opinio* y, en el caso de que sobre un mismo asunto existan opiniones contradictorias, el relativo a la búsqueda de aquellos criterios que permitan elegir la más acertada.

Salvo error, la definición más clara, en Cataluña, de lo que haya de entenderse por *communis opinio* así como la fijación de sus elementos constitutivos, se encuentra en Xammar, quien probablemente sigue a Alciato<sup>22</sup>. La *communis opinio* no es aquella que simplemente y como *obiter dictum* pueden sostener los autores. Es aquella que, procedente de los doctores de mayor autoridad, es sostenida por la mayoría de los autores, *arguendo et disputando*, y es aceptada mayoritariamente en el foro<sup>23</sup>. Número y autoridad son elementos esenciales de la *communis opinio* y deben concurrir simultáneamente. El número, por sí sólo y en la medida en que una opinión puede ser seguida por un doctor tras otro, *more ovium*, no hace *communis opinio*<sup>24</sup>. De cualquier materia de la que

<sup>20</sup> MIERES, *Apparatus*, pars secunda, col. 6, cap. 24, núm. 29: Item sententia lata contra opinionem in casu ubi sunt opiniones, non est nulla, in syndicatu tamen punitur.

<sup>21</sup> MIERES, *Apparatus*, pars prima, cap. 28, núm. 27: sed nunquid excusetur iudex, vel assessor, qui facit contra ius, super quo sunt opiniones? Videtur quod non, si secutus fuerit opinionem communiter reprobata; núm. 30: excusatur tamen iudex propter opinionem doctorum, nisi fuerit secutus opinionem communiter reprobata.

<sup>22</sup> ALCIATUS, A., *Opera omnia Tractatus de praesumptionibus*, Basileae, 1582, regula prima praesumptio núm. 51: et intelligo communem opinionem illam esse non quae plures habeat auctoritates simpliciter, sed quae plures graviore habeat auctores... Item intellige istud procedere ubi tales auctores firmant illam opinionem disputando et arguendo circa ipsius veritatem et deinde resolvendo. Nam quamvis dicat aliquid incidenter, forte ad colorem alicuius sui propositi, praesertim in consiliis, non propter hoc dicuntur talem opinionem approbare (Cit. por DOLEZALEK, *Herrschende Lehre*, col. 115)

<sup>23</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 4: Aiunt communem opinionem illam esse quae habet plures auctores eam firmantes arguendo et disputando, non autem simpliciter, et perunctorie, et (ut dicitur) per transennam eam loquentes, vel incidenter aliquid dicentes, et subiciunt spectando esse doctores graviore, quorum scripta in auditorijs et in foro magis accepta sunt

<sup>24</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 3: Communis autem opinio diudicatur ex numero, et auctoritate doctorum, non autem ex solo illorum numero... nam opinionem aliquam plurimi unum alium auctorem sectari docuerunt more ovium, vel volucrum, quae plures unam praeantem sequutae, eandem viam arripiunt.

se trate, es posible individualizar una *communis opinio*, ya sea en materia teológica, ya sea en materia legal, ya sea en materia canónica, aunque no sea, a su vez, opinión común que cuando concurren dos opiniones contrarias, una de un canonista y otra de un civilista, haya que, necesariamente, aceptar la del canonista. Xammar no tiene claro este extremo<sup>25</sup> y, como veremos más tarde, puede llegar a afirmarse rotundamente lo contrario. El problema no es simple, ya que si la determinación del número es cuestión puramente cuantitativa y, como señala Lombardi, en tanto tal requisito, puede parecer una ingenuidad<sup>26</sup>, la determinación de la *auctoritas* de una opinión sobre otra exige un mayor grado de reflexión y justificación. Fontanella, quien sabemos considera negligencia el recurso a la opinión de numerosos autores y se jacta de citar sólo los necesarios, puede, así, zanjar una determinada cuestión atribuyendo a Matteo d'Afflitto una *auctoritas* que vale por mil<sup>27</sup>, o puede esgrimir, en otras ocasiones, el conocimiento más directo que los juristas catalanes tienen de las costumbres de la tierra, para justificar el que su opinión deba ser seguida<sup>28</sup>, pero a Ripoll le planteó serias dudas el comprobar que, a propósito de una cuestión relacionada con la rescisión del contrato de compraventa, no sólo la Audiencia no tenía nada decidido al respecto, sino que, además, las opiniones de los canonistas eran contrarias a la de los legistas. El problema se agravaba porque según Ripoll, la constitución de 1599, que fijaba el Derecho supletorio para el caso de que faltase norma aplicable en el Derecho catalán, ordenaba recurrir al Derecho canónico, en su defecto al Derecho civil y en su defecto, siempre según Ripoll, a la opinión común de los canonistas, y se agravaba aún más porque, a pesar de todo ello, estimaba más acertada la opinión de los civilistas que la de los canonistas. ¿Qué decidió Ripoll? Aceptar la opinión de los civilistas, según él, a pesar de la constitución de 1599, civilistas entre los cuales se encontraban

<sup>25</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núms. 7-8: iuxta subiectam rei cuiusque materiam quare si materia est Theologica, communem opinionem intelliget, quae communi Theologorum consensu recepta est. Si materia legalis est, communem opinionem censet, quam communis Iuris Civilis interpretum consensu approbatur. Si materia es canonica, communem opinionem habet, quae communi Iuris Canonici Doctorum sensu confirmatur et merito. Eaque ratione minus verum existimo quod docuit Cevallos in d. praefatio, num. 27, ubi simpliciter firmat, quando sunt duae opiniones contrariae altera Canonistarum, et altera legistarum, tenendum esse sententiam doctorum Iuris Canonici.

<sup>26</sup> LOMBARDI, *Saggio*, p. 171.

<sup>27</sup> FONTANELLA, *De pactis*, II, claus. 7, gl. 2, pars 9, núm. 13 finaliter non desunt doctores, qui in terminis terminantibus in hac propria materia hanc opinionem tenent, inter quos est Afflictus cuius auctoritas vale pro mille.

<sup>28</sup> FONTANELLA, *De pactis*, II, cl. 7, gl. 2, pars 9, núm. 8: tum etiam quia ita video nostros antiquos practicos intellixisse, atque ita à longiores temporibus Barcinone observari solitum attestatos fuisse, quibus credendum esse, extra aleam est tamquam celeberrimus doctoribus de consuetudine terra, quam ipsi in habitant loquentibus; núm. 9: inter istos nostros practicos est Iacob. de Vallesica, FONTANELLA, Dec. 53, núm. 6: Praeterea, scriptores nostri Cathalani, qui melius sciunt mores nostros, eandem opinionem tenent et sequuntur

Gutiérrez y Covarrubias, cuya autoridad –termina Ripoll– es grande en los tribunales catalanes <sup>29</sup>.

Un criterio reiteradamente sostenido a la hora de determinar, ante opiniones contradictorias, cuál de ellas escoger, es el atinente al uso. Ante dos opiniones contrapuestas, ha de seguirse aquella que haya sido *in usu recepta*, entendiendo por tal aquella que por costumbre, estilo y observancia es tenida en cuenta por los tribunales; esta regla es válida incluso en el caso en que seguir la *opinio in usu recepta* suponga apartarse de la *communis opinio* <sup>30</sup>. A su vez, han de preferirse las opiniones de aquellos doctores que atestiguan y certifican las costumbres y estilos judiciales de los tribunales <sup>31</sup>. A partir de esta interdependencia entre *opi-*

<sup>29</sup> RIPOLL, *Variae Iuris Resolutiones*, Lugduni, 1630, cap 11, núms. 428-431: Quæro ulterius, an remedium legis secundæ cap de rescind. vend. locum habeat adversus emptorem, si res perempta penes eum, absque culpa tamen ipsius emptoris, nempe an possit venditor agere contra emptorem ad recuperationem restitui pretii, quod deest ad istum valorem? In hac quaestione e contrarias esse opiniones legistarum et Canonistarum. . asserunt enim Canonistas tenere, se perempta penes emptorem, non tamen sua culpa, posse venditorem agere ad supplementum pretij, ex mente Panormitani, et aliorum . Legistas vero contrariam sententiam sequi, nempe se perempta penes emptorem absque culpa ipsius non posse venditorem agere ad supplementum pretij, moventurque legistæ ex Accursij doctrina.. hanc sententiam tamquam veriore amplexuntur Gutier. et Covarr. ubi supra. Sed nunc oritur gravis difficultas, nempe cum ex supradictis remaneat contrarie legistarum et canonistarum sententiæ, cui sit standum in Catalonia, cum habeamus constitutionem, nempe 40. curiarum anni 1599 qua dispositum et sancitum est quod deficientibus constitutionibus et pragmaticis recurrendum sit ad dispositionem iuris Canonici, et in eius defectu ad ius civile, et eo deficiente ad communem Canonistarum.. Sed salvo meliore iudicio cum decisionem nostri supremi Senatus Cataloniae non adivenerim, credo in iudicando esse hoc casu sequendam sententiam legistarum, tam quam magis rationi iuri consonam, melioribusque fundamentis fundatam, iuxta ea quæ referunt precitati Doctores... maxime cum predictam resolutionem sequatur Gutierrez ubi supra et Covar .. cuius auctoritas magna est apud nostrum Senatum, et ea sufficeret... Nec obstare videtur dispositio dictæ constitutionis 40 de anno 1599 quia ea locum habet quando Canonistarum opinio venioribus nititur fundamentis, et magis conformis iuribus est, non vero prout in nostro casu, ubi legistarum sententia melioribus nititur fundamentis.

<sup>30</sup> PEGUERA, *Decisionum Aurearum ex variis sacri Catalonia Senatus conclusionibus*, tomus secundus, Barcinonæ, 1611, cap 23, núm. 4. Praeterea sequi fuimus opinionem doctorum dicentium, quod in conflicto opinionum doctorum ea est sequenda opinio, quæ iam alias fuit usu recepta; XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 15. inter plures DD opiniones anteponeñdi esse eam quæ consuetudine et stylo approbata sit, núm. 16. communis opinio quæ non est usu recepta non est observanda, sicut statutum usu non receptum non ligat . iudicem non posse discedere ab opinione approbata per consuetudinem quamvis communis sit in contrarium; CORTIADA, Dec. 24, núm. 41. quando in una, et eadem quaestione adsunt doctores diversas opiniones tenentes, et aliqua es eis opinionibus fuerit usu, et stylo approbata, ac consuetudine confirmata, et recepta in Tribunalibus, illa enim observanda est, non obstante iuris communis dispositione... quamvis communis et verior opinio esset in contrarium; Vid también PEGUERA, *Praxis*, p. 253, FONTANELLA, Dec 303, núms. 18-19; RAMÓN, Dec 70, núm. 76, AMIGANT, Dec. 12, núm. 83.

<sup>31</sup> FERRER, *Commentarius*, tempus 1, decl.1, núm 120: in hac materia consuetudinaria attentatè debeant doctores practici procedere in attestanda consuetudine cum ut dixeramus sup. non semel doctori insigni practico excellenti, solitum est aliquando dari fides attestanti de consuetudine et stylo; FONTANELLA, Dec 531, núms. 15-16: Respondebatur ad secundum punctum, in quo quarebamus, an casu quo probatione egeret hæc consuetudo, probata illa diceretur ex



*nio in usu recepta* y virtualidad certificante de la opinión de los doctores, cuando Fontanella, a propósito del testamento sacramental, se pregunta si las mujeres pueden ser testigos, responde negativamente, pero no citando la opinión de los autores favorables al argumento, sino citando tres decisiones de la Audiencia<sup>32</sup>.

No son los expuestos los únicos criterios que las *reglas del arte* establecen en relación a la elección de la opinión que haya de seguirse. Pueden, además, señalarse los siguientes:

1. Ante dos opiniones diferentes, debe aceptarse aquella que haya sido expresada en último lugar<sup>33</sup>.
2. En caso de discordancia entre opiniones, ha de preferirse aquella otra que, conciliándolas, las reduce a concordia<sup>34</sup>.
3. Si varias opiniones se expresan en términos generales, ha de preferirse la opinión del jurista que distingue<sup>35</sup>.

---

assertionibus relatorum Doctorum, qui de ea testantur, negative, sequendo Rotam Romanam exemplar omnium tribunalium solum quod detur fides alicui doctori in una Curia valde versato circa stylos et consuetudines illius, posse admitti, quia praeiudicium non posset esse maximum; CORTIADA, Dec. 3, núm. 28: Haec consuetudo immemoriali terminandi, decidendi, et declarandi contentiones, et competendis in Principatu Cathaloniae, et Regnis Coronae Aragonum inter iudices Ecclesiasticum et secularem super iurisdictione, et immunitate Ecclesiastica remanet concludenter probata ex attestatione horum gravissimorum doctorum, quibus circa consuetudinem, usum et observantiam suorum Regnorum credendum est; Vid también TRISTANY, Dec 27, núm. 4; VILAPLANA, A. de, *Illustrationes feudales et emphyteuticales, ad constitutionem item super laudemio*. Barcin.(nonae), 1687, vers 7, núm. 80

<sup>32</sup> FONTANELLA, Dec 580, núms. 1-2: Secundus defectus est in qualitate testium quia sunt foeminae, quae non possunt esse testes in testamentis. Quod idem procedit de iure canonico, quamvis aliqui contradixerint. Et haec est communiter recepta apud nos ut constat tribus exemplaribus in quibus contradictorio iudicio declaratur. Prima declaratio adducitur per Ioannem Sunyer in suis decisionibus, dec. 125. Secunda declaratio refertur D. Cancellarium Manegat sua propria manu scripta in suis constitutionibus super d.c. 48 hic verbis... Si doctori attestanti de consuetudine suae curiae datur fides, ut communiter dicimus, quanto magis istis ne Regio consilio, tam egregis viris circa istas declarationes. Tertia et ultima declaratio fuit facta de anno 1573.

<sup>33</sup> PEGUERA, *Decisionum*, cap. 27, núm. 14: quando aliquis refert duas opiniones, et nullam elegit ex illis, in dubio videtur sequi illam quam ultimo loco refert; FERRER, *Commentarius*, tempus 3, decl 1, núm. 67: in dubio doctor referens duas sententias posterior videtur se adhaereri; XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 58: opinio posterior, scilicet quam doctor ultimo loco affirmavit et probavit.

<sup>34</sup> FONTANELLA, *De pactis*, cl 5, glo. 8, pars 9, núm. 34: in conflictu opinionem est proculdubio ea eligenda, ac preferenda, quae caeteras federe distinctiones conciliat; RIPOLL, A. A., *Practicabilia commentaria, et quotidianae, praxi frequentissima et decisiva, ad titulum D de constitutionibus et demonstrationibus, causis et modis eorum quae in testamento relinquuntur*, Coloniae Allobrogorum, 1617, p. 443, justifica así la elección de la opinión de Julio Claro: Est sciendum, quod ipsius quaestionis contrarietas et utriusque partis sequentium fundamenta adeo animos doctorum anxios reddidit, ut Iulius Clarus coactus ipsorum auctoritatibus et fundamentis decrevit, has duas ex diametro contrarias sententias, ad concordiam reducere, distinguendo; Vid XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 51.

<sup>35</sup> TRISTANY, B de, *Sacri Supremi Regni Seantus Cathaloniae Decisiones*, tomus secundus, Barcinonae, 1688, Dec. 51, p. 447: Al doctor que distinguiu, se ha de creure mes, que als que parlan generalment; perque los que distinguen, se acostan mes à la veritat, y axí se ha de aderir á

4. Ha de preferirse siempre aquella opinión que menos se aparta de la propiedad de las palabras del texto de la ley<sup>36</sup>.
5. Debe aceptarse preferentemente aquella opinión que suponga una menor derogación del *ius commune*, en la medida en que siempre es odioso apartarse del mismo<sup>37</sup>.
6. Debe preferirse aquella opinión que se acerque más al Derecho antiguo<sup>38</sup>.
7. Goza de preferencia aquella opinión que garantiza y conserva la *tranquillitas civitatis*<sup>39</sup> y que, por lo tanto, disminuye la posibilidad de que se produzcan litigios<sup>40</sup>.
8. Ante más de una opinión, debe seguirse la *opinio tutor*, entendiendo por tal aquella que aparta del pecado al que la sigue<sup>41</sup>.
9. En relación a la materia objeto de discusión, debe seguirse la opinión que sea favorable a la causa<sup>42</sup>.
10. Ante la duda sobre la justicia o injusticia de los preceptos, debe seguirse la opinión según la cual el súbdito debe acatar los preceptos del superior<sup>43</sup>.
11. En el fuero de la conciencia, debe preferirse la opinión de los teólogos; en materia legal, la opinión de los juristas. El problema se plantea en aquellas materias, como el matrimonio, que tienen su origen en el Derecho divino, pero

---

ells, CALDERÓ, Dec 101, núm. 15: Quibus standum esse videbatur, quia inter duas opiniones contrarias statur tertiae opinioni distingenti, tamquam magis verae

<sup>36</sup> FONTANELLA, *De pactis*, cl. 5, gl. 8, pars 9, núm. 34: item illa, per quam minus receditur à proprietate verborum, quibus legem conceptam apparet; igual, en XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 49.

<sup>37</sup> FONTANELLA, *De pactis*, cl. 5, gl. 8, p. 9, núm. 34: item illa per quam minus derogatur dispositioni iuris communis, XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 45: in opinionum conflictu est potius sequenda opinio per quam minus derogatur dispositioni Iuris communis.. quia omnis recessus à Iure communi est odiosus, et omnis regressus ad Ius Commune est favorabilis

<sup>38</sup> FONTANELLA, *De pactis*, cl. 5, gl. 8, p. 9, núm. 34 item illa, quae nos magis inducit ad ius antiquum et primaevum; igual, en XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 47.

<sup>39</sup> FONTANELLA, *De pactis*, cl. 5, gl. 8, p. 9, núm. 34. et denique, illa es opinio praeferenda quae tranquillum civitatis statum fovere, et conservare possit.

<sup>40</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 50: opinio per quam lites minuuntur, et illis occurrit.

<sup>41</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núms. 19-20. ex pluribus sententiis eligendam esse tutiorem, quando in caeteris opiniones illae sunt pares Ea autem dicitur opinio tutor quae censet id de quo quaestio est, esse peccatum, minus tuta autem appellatur ea, quae ait non esse peccatum. Verbi gratia est controversia an peccatum sit eligere minus dignum ad beneficia, vel publicas administrationes, digniore neglecto: tutor opinio dicitur esse ea quae credit esse peccatum, quia digniorem eligens peccatum vitamus. Minus tuta dicitur esse, quae existimat non esse peccatum, quia si eam sequuti, praetermisso digniori, minus dignum eligamus, peccati periculo nos ipsos objicimus. Igitur tutor opinio illa vocatur quam sequentes peccatum vitamus

<sup>42</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 25: in dubio praevaleat opinio pro favorabili causa; sic antefertur, quae favet matrimonio praesertim iam contracto, doti, testamento, aut libertati.

<sup>43</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 26: Subditus in dubio parere debet Superioris precepto, si dubitet an illud iustum sit necne.

acaban siendo reguladas por el Derecho canónico, en cuyo caso, dice Xammar, parece que la opinión de los juristas canonistas debe anteponerse a la de los teólogos<sup>44</sup>.

12. Debe preferirse la opinión más benigna y humana y la que más se acerque a la razón natural<sup>45</sup>.

13. Al lado de las decisiones de la Rota Romana, que tienen mayor autoridad que la *opinio communis doctorum*<sup>46</sup>, debe tenerse presente que la glosa ordinaria tiene fuerza de *communis opinio*, de forma tal que el juez que la sigue salva su responsabilidad *in syndicatu*<sup>47</sup>.

14. Ante la duda, debe seguirse la opinión de los más antiguos y de los santos<sup>48</sup>.

15. Las opiniones expresadas en comentarios y tratados son preferibles a las opiniones vertidas en *consilia*<sup>49</sup>.

16. Es preferible la opinión de aquellos autores que, sobre la materia de la que se discute, tienen escrito algún libro o tratado<sup>50</sup>.

17. Las opiniones contrarias al fisco deben probarse<sup>51</sup>.

Los criterios expuestos sirven a los juristas y a los jueces para elegir la opinión adecuada ante situaciones como la descrita por Fontanella, quien se lamenta

<sup>44</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 41: *controverti solet an Theologorum opinio, an vero Canonici, aut civilis iuris interpretum sententia sit praefenda. Et in primis. concludimus in re Theologica, atque cum agitur de foro conscientiae, et an aliquis in conscientia licet nec ne, opinionem Theologorum esse Iurisprudantium sententiae anteponendam, maximi iuris civilis peritorum, nam Iureconsulti potius res tractant, quatenus ad forum iudiciale pertinent. In re autem legali, et ad forum exterius spectanti cum eodem Azorio respondemus Iuris interpretes Theologis anteferendos esse. Maior difficultas est in censuris, matrimonijs, usuris, decimis, et similibus, quae a Iure Divino originem trahunt, res tamen sunt Iuris Canonici, et de ipsis, tum à Theologis tum à Pontificis iuris consultis disseritur et disceptatur. Hic certe regulariter Theologorum opinio postponitur sententiae Canonistarum*

<sup>45</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, n. 44: *inter duas, plures ve opiniones illa est amplectenda quae est benignior mitior et humanior, 48: opinio quae magis favet rationi naturali.*

<sup>46</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 6: *Rotae Romanae opinionem maioris auctoritatis esse quam communis doctorum*

<sup>47</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 52: *inter plurimum doctorum opiniones amplectenda magis est opinio glosae quod Accursi doctrina habet vim communis opinionis, et iudex qui eam sequitur, excusatur in syndicatu.*

<sup>48</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núms. 54 y 55.

<sup>49</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 56: *opinio quam tenuerunt doctores in Commentariis sive tractatibus suis, potius quam illa, qua in consiliis affirmarunt.*

<sup>50</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 57: *opinio eorum qui de materia de qua est ea sententia, librum aliquem sive tractatum ediderunt; Vid. FONTANELLA, De pactis, cl. 6, gl. 2, p. 7, núms. 29-31, en donde da cuenta del malestar de Marta a propósito de una votación en la que participaron cuatro doctores y en la que el único doctor que quedó en minoría impuso, sin embargo, su opinión en la sentencia, contra la mayoría, argumentando ser autor de libros sobre cuya materia se discutía.*

<sup>51</sup> XAMMAR, *De officio*, pars prima, q. 3, núm. 59: *probanda est in dubio opinio quae est contra fiscum.*

—*o res misera*— en un determinado momento de tener que decidir ante dos opiniones que vienen calificadas de opiniones comunes<sup>52</sup>. Por otra parte, el conflicto que pudiera producirse entre la opinión y la conciencia de quien debe tomar una decisión y la opinión u opiniones elegidas, o se resuelve con criterios de prudencia<sup>53</sup>, o se resuelve a través de la regla de que el juez, independientemente de cuál sea su opinión, debe, en caso de opiniones contrarias, elegir la más probable, ya que, en todo caso, debe decidir de la mejor y más razonable forma<sup>54</sup>.

La misma *probabilior sententia* debe seguirse también *in docendo*<sup>55</sup>.

Si con posterioridad al Decreto de Nueva Planta para Cataluña parece que no existen dudas en torno a la aplicación de los derechos supletorios fijados en la Constitución de 1599, durante el siglo XIX, y a consecuencia de la tardanza en la aparición de un Código Civil, el problema de la fijación del Derecho supletorio del Derecho propio catalán acabará siendo dilucidado en sede jurisprudencial<sup>56</sup>. Pues bien, las sentencias del Tribunal Supremo, hasta la aparición del Código Civil, y con los matices que ahora indicaré, destilan una doctrina claramente contraria a la admisión de la *opinio doctorum*. La sentencia de 4 de mayo de 1859, que desestimaba un recurso en el que se alegaban las opiniones de Fontanella,

<sup>52</sup> FONTANELLA, *De pactis*, II, cl 7, glo 3, p. 2, núm 34: si una ex his opinionibus foret communis, et altera non, vel magis, quam altera communis, id est incentivum, ut uni potius quam alteri cum satisfactione adhere possemus. Sed, o iterum res misera, ambae dicuntur communes ab illarum fautoribus.

<sup>53</sup> XAMMAR, *De officio*, pars secunda, q. 5, núm 6: licitum est communem opinionem eligere vel saltem tutiorem vel probabiliorum, atque si ego probabiliter putem hominum à longinquo à me visum esse Titium; contra vero alii, qui mecum una sunt, sentiant non esse Titium, possum prudenter contra meam opinionem, aliorum sententia assentiri, vel quia plures sunt, vel quia puto eos certius ac perspicacius remota cernere, ergo possum etiam in aliis, prudentes contra meam sententiam aliorum opinionem amplecti.

<sup>54</sup> XAMMAR, *De officio*, pars secunda, q. 5, núm 17: ea conclusio quod doctor sentiens contrarium potest tuta conscientia opinioni plurium probabili subscribere, propria opinione retenta, limitatur in iudice seu comiudice, quoniam iudex ubi sunt contrariae doctorum opiniones super iure, iuxta quod causa decidenda est, teneretur ferre sententiam secundum opinionem quam probabiliorum iudicat, cum enim ipse à Republica iudex constitutus sit, hoc ipso iudicio ipsius comittitur, aut causam illam dirimat, pro ut ei melius et magis consentaneum rationi videbatur.

<sup>55</sup> XAMMAR, *De officio*, pars secunda, q. 5, núm 19. doctores in docendo probabiliorum sententiam sequi debere praesertim in rebus gravibus, quod ideo illi tale munus commissum sit, ut discipulos doceat probabiliora in rebus, quam certitudo non est; MUJAL ET DE GIBERT, A. *Annotationes, benè multis iudicatis fontibus, ex quibus aquam haurire liceat*, Cervaria, 1781, p. 13: doctorum facilitatem improbat subscribendi aliorum consilia, seu de iure responsa. Id etiam nos absque rationes censet, doctorem nempe probabiliorum sententiam in docendo sequi debere.

<sup>56</sup> GAY ESCODA, J. M., «Notas sobre el Derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845)», en *Hispania Atti del incontro di studio, Firenze-Lucca, 25, 26, 27, maggio 1989*, a cura di Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente, II, Milano, 1990, 805-865; sobre el argumento, pero en ámbito cronológico algo posterior, ROCA TRÍAS, E., «El Código Civil, Derecho supletorio», en *Hispania*, II, pp. 535-572, quien vuelve todavía sobre la cuestión en «De nou sobre el Dret supletori: mètode i intenció del dret en la Història», en IGLESIA FERREIRÓS, A., (Ed.), *Estat, Dret i Societat al segle XVIII Homenatge al Prof Josep M Gay i Escoda*, Barcelona, 1996, pp. 563-579.

Luis de Reguera (*sic*) y Vives, estableció que «las opiniones de los escritores... sólo podrían calificarse como la doctrina de los doctores de que habla la Constitución única, título 30, libro 1.º de las del dicho Principado, cuando apareciese su uniformidad y la aplicación constante en los Tribunales de aquel territorio»; la sentencia de 9 de marzo de 1867, que desestimaba un recurso en donde se alegaba a Cáncer a través de Vives, falla que «la otra doctrina que se menciona con referencia a Cáncer no puede admitirse como cierta», sin prejuzgar sobre la admisibilidad o no de la alegación de la doctrina misma; la sentencia de 28 de septiembre de 1867, que estima parcialmente un recurso en donde se alegaba a Cáncer, Escriche, Vives, Peguera, Makeldy y Martí de Eixalá, considera «que se incurre en el mismo defecto de citarlos vagamente y sin expresar el texto en que se consignan sus opiniones», advirtiendo que «para que las opiniones de los escritores constituyan doctrina, como la de los doctores de que hablan las Constituciones de Catalunya, es necesario que hayan sido uniformes y constantemente aplicadas por los Tribunales de aquel territorio». A esta sentencia se remite el primer considerando de la de 19 de mayo de 1876, estimatoria de un recurso en donde se alegaba a Cáncer y el *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*. En los demás casos, la argumentación del Tribunal Supremo, con las correspondientes variantes, es siempre la misma: la opinión y la doctrina de los doctores, por muy respetables que sean y por mucha autoridad científica que se les conceda no constituye doctrina legal ni jurisprudencia inconcusa ni fundamento de casación<sup>57</sup>.

FRANCISCO L. PACHECO CABALLERO

---

<sup>57</sup> Vid Sentencias de 21 de abril de 1866, 30 de junio de 1866, 16 de diciembre de 1867, 30 de diciembre de 1867, 15 de junio de 1869, 11 de junio de 1870, 27 de octubre de 1873, 24 de diciembre de 1874, 22 de abril de 1875, 13 de noviembre de 1876, 9 de febrero de 1878, 20 de abril de 1878 y 25 de junio de 1887; todas las sentencias citadas en el texto y en la presente nota pueden verse en POZO CARRASCOSA, P. del; FERRER I RIBA, J., *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, tomo I, vol 1.º, Barcelona, 1990, y en ARROYO I AMAYUELAS, E., *El dret civil català en la jurisprudencia*, t 1, vol 2.º, Barcelona, 1995, para los tiempos posteriores al Código Civil, ROCA, *El Código*, p. 571 y n. 63 y 64