

**¿EL ESCUDO COMO *INSTITUTA*? *IUS COMMUNE*/
IUS PROPRIUM EN ESCOCIA Y VIZCAYA BAJO LA
ILUSTRACIÓN: UNA COMPARACIÓN**

Escudoa *Istituta* gisa? *Ius Commune*/*Ius Proprium* Eskozian eta
Bizkaian Ilustrazioan: konparazioa

The Escudo as *Instituta*? *Ius Commune*/*Ius Proprium* in Scotland and
Biscay in the Enlightenment: a comparison

Javier GARCÍA MARTÍN
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Fecha de recepción / Jasotze-data: 29 de diciembre de 2017

Fecha de evaluación / Ebaluazio-data: 23 de mayo de 2018

Fecha de aceptación / Onartze-data: 19 de julio de 2018

Frente a la interpretación restrictiva que de las *Instituta* de derecho local, como género característico de ámbitos protestantes, ha tendido a hacer la historiografía jurídica europea desde F. Wieacker –y con ella la española–, este estudio compara el diverso desarrollo que este fenómeno, presente en realidad en toda Europa, tuvo en Escocia y Vizcaya. Se trató, en ambos territorios, de un medio con el que afirmar el derecho propio, en el primer caso frente al *common law* inglés y, en el segundo, frente al “derecho común del reino”. No obstante, entre ambos territorios se constatan importantes diferencias. Si, en el caso escocés, el fenómeno de las *Instituta* tuvo un amplio desarrollo, que permitió su continua actualización desde la segunda mitad del s. XVII con la obra del Vizconde de Stair y durante todo el s. XVIII, incluso tras el *Union Act* de 1707, en el caso vizcaíno, las restricciones impuestas por la censura que conllevaba la regalía de imprimir, no permitieron sino la elaboración de un texto, el *Escudo de la más constante fe y lealtad*, atribuido al jurista vizcaíno Fontecha y Salazar, que sin embargo, nunca pudo imprimirse como texto independiente. Con todo, no sólo la censura explica la diferencia entre ambos territorios, ya que el recurso a la Historia propia como medio con el que fundamentar este tipo de publicaciones fue muy diferente en el caso escocés, donde no chocó con la concepción dominante de una historia británica común y en el caso vizcaíno, en el que, desde el principio, entró en colisión con una historia jurídica uniformada de España, que partiendo de los monarcas visigodos como reyes legisladores, trató de construir la Ilustración jurídica bajo los Borbones.

Palabras clave: *Instituta* escocesas. *Ius municipale*. Fuero de Vizcaya. Derecho común de la Provincia. Ordenanzas de Chinchilla. Pase foral.



Europako historiografia juridikoak F. Wieackerrez geroztik –eta horrekin batera Espainiakoak ere– interpretazio murriztailea egin du toki-zuzenbideko *Instituta*ei buruz, eremu protestanteen genero bereizgarri gisa. Horren aurrean, bada, Europa osoan presente egon zen fenomenoak Eskozian eta Bizkaiaren izandako garapen desberdina konparatzen du azterlan honek. Bi lurraldeetan, zuzenbide propioa baieztatzeko bitarteko bat izan zen: lehen kasuan, *common law* ingelesaren aurrean eta bigarren kasuan «erreinuaren zuzenbide erkidearen» aurrean. Nolanahi ere, desberdintasun garrantzitsuak daude lurralde batetik bestera. Eskoziaren kasuan, garapen zabala izan zuen *Instituta*en fenomenoak, eta, horri esker, etengabe eguneratu zen XVII. mendearen bigarren erdiaz geroztik Stairreko bizkondearen lanarekin eta XVIII. mende osoan zehar, are 1707an Eskoziak eta Ingalaterrak bat egiteko legea onartu ondoren ere. Aldiz, Bizkaiaren kasuan, inprimatzeko erregalia zekarren zentsurak ezarritako murrizketak zirela eta, testu bakarra osatu zen, hain zuzen ere Fontecha y Salazar jurista bizkaitarrari egozten zaion *Escudo de la más constante fe y lealtad*, baina ezin izan zen inprimatu testu independente gisa. Guztiarekin ere, zentsurak bakarrik ez du azaltzen bi

lurraldean arteko desberdintasuna; izan ere, mota horretako argitalpenak oinarritzeko historia propiora jotzeko baliabidea oso bestelakoa izan zen Eskoziaren eta Bizkaiaren kasuan. Eskoziaren kasuan, bada, ez zuen talka egin historia britainiar komun baten ikuskera nagusiarekin. Bizkaiaren kasuan, bestalde, talka egin zuen hasiera-hasieratik Espainiaren historia juridiko uniformatu batekin –errege legegile ziren monarka bisigodoetatik hasita, Ilustrazio juridikoa borboitarren pean eraikitzen saiatu zen–.

Giltza hitzak: *Instituta* eskoziarrak. *Ius municipale*. Bizkaiko Forua. Probintziako zuzenbide erkidea. Chinchillako ordenantzak. Foru-baimena.



In contrast to the restrictive interpretation deriving from the *Instituta* of local law as a characteristically Protestant genre that has tended to shape European – and with it Spanish – legal historiography since F. Wieacker, this study compares the different way in which this phenomenon, actually present throughout Europe, developed in Scotland and Biscay. It was, in both territories, a means with which to affirm the land's own law, as opposed to English «common law» in the first case and as opposed to the «common law of the kingdom» in the second. However, there are important differences between the two territories. If, in the Scottish case, the phenomenon of the *Instituta* had an extensive application, which allowed it to be continuously updated from the second half of the 17th century, through the work of the Viscount Stair, and throughout the 18th century, even after the Act of Union of 1707, in the case of Biscay, the restrictions imposed by the censorship that the royalty of printing entailed only allowed the elaboration of a text, the *Escudo de la más constante fe y lealtad* (Shield of the most constant faith and loyalty of Biscay), attributed to the Biscayne jurist Fontecha y Salazar, which, however, it was never possible to print as an independent text. However, censorship alone does not explain the difference between the two territories, since the recourse to one's own history as a means to substantiate this type of publication was very different in the Scottish case – where it did not clash with the dominant conception of a common British history – and in the case of Biscay, which, from the beginning, came into conflict with a 'standardised' legal history of Spain, which, starting from the Visigoth monarchs as legislating kings, the Legal Enlightenment attempted to construct under the Bourbons.

Key-words: Scottish *Instituta*. *Ius municipale*. Foral system of Biscay. Common law in the province. 'Ordenanzas de Chinchilla'. 'Pase foral' (foral right).

* Este trabajo se inscribe en el ámbito de los Proyectos de Investigación del MINECO DER2017-83881-C2-1-P, que coordina el Prof. Jon Arrieta Alberdi en la EHU/UPV y DER2017-84733-R, que dirige la Prof^a María Salvador Martínez en la UNED. Agradezco al Dr. Dámaso de Lario la paciente revisión y comentarios que me ha hecho del mismo.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. EL FIN HISTÓRICO-SISTEMÁTICO DE LAS *INSTITUTA* Y SU SIGNIFICADO POLÍTICO ENTRE LOS SIGLOS XVII y XVIII. LAS CONSECUENCIAS PARA ESCOCIA Y VIZCAYA. II. LA PRÁCTICA DEL *IUS MUNICIPAL* COMO *IUS COMMUNE* EN ESCOCIA. 1. Ausencia de censura y dinámica textual de las *Instituta* escocesas. 2. *Statuta* y *consuetudine* como fuentes del «derecho municipal» escocés tras la *Union Act* de 1707. La labor interpretativa de los tribunales y los juristas escoceses. III. EL *FUERO* de VIZCAYA COMO *DERECHO COMUN DE LA PROVINCIA* Y EL PROBLEMA DE LA *INTERPRETATIO*. LA DOCTRINA VIZCAÍNA EN LOS CONFLICTOS SOBRE LA IMPRENTA Y EL PASE FORAL. 1. Costumbre e *interpretatio* regia. La regalía de imprimir y la cuestión foral en el s. XVIII. 2. El Fuero como ley y su interpretación. El «redescubrimiento» de las Ordenanzas de Garci López de Chinchilla en relación con el «pase foral». 3. El *Fuero de Vizcaya* como fuero municipal no necesitado de prueba. La Ilustración y el derecho local-territorial en la práctica judicial. IV. CONCLUSIONES. V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

«Don Lope Zuria, hijo de otro Don Lope, gran caballero de gran estado en Vizcaya, y de una infanta de Escocia... congregados los vizcaínos so el árbol de Guernica en Junta General, le tomaron y eligieron por Protector y Señor de Vizcaya» [FONTECHA Y SALAZAR, Pedro (atribuido), *Escudo de la más constante fe y lealtad [del Muy Nobles y Muy Leal Señorío de Vizcaya]*, Bilbao EHU/UPV, 2015, pp. 818, n° 81].

I. INTRODUCCIÓN¹. EL FIN HISTÓRICO-SISTEMÁTICO DE LAS *INSTITUTA* Y SU SIGNIFICADO POLÍTICO ENTRE LOS SIGLOS XVII Y XVIII. LAS CONSECUENCIAS PARA ESCOCIA Y VIZCAYA

No, el *Escudo de la mas constante fe y lealtad* no pertenece estrictamente al género de las *Instituta*. De hecho, no parece poder adscribirse a un género de

¹ Siglas: AHFB: Archivo Histórico Foral del Señorío de Vizcaya. AHN: Archivo Histórico Nacional. BNE: Biblioteca Nacional de España. FN: Fuero Nuevo de Vizcaya (1526). Mss.: Manuscrito. R: Recopilación castellana de 1567 (Nueva Recopilación).

literatura jurídica determinado. Como mucho, conforme a su mejor conocedor, Jon Arrieta, podría calificarse de « gran dictamen» o «suma de dictámenes», orientados a «la defensa del ordenamiento vizcaíno». El *Escudo* no se corresponde de manera precisa –indica este autor– «con obras que persiguen la exposición del derecho e instituciones de un territorio», como ocurre en Cataluña o Valencia².

Y sin embargo, no deja de ser significativo que en su ordenación se observe una voluntad consciente de *dispositio* que el Señorío, más allá de si la autoría corresponde exclusivamente a Fontecha –que parece que no–, asumiría plenamente³, entendiendo por *dispositio*, conforme al propio J. Arrieta, «la dotación de medios para que el conjunto normativo e institucional surta sus efectos, sea suficientemente conocido y pueda ser tratado como un producto editorial»⁴. Como tampoco creo que deba prescindirse del hecho de que su edición impresa en 1762 fuese pensada –frente a lo que afirmaron M. Basas o A. E. Mañaricúa⁵– para ser encuadrada con el *Fuero Nuevo* [FN] –confirmado ya como ley por los Borbones desde Felipe V el 2-5-1702⁶, aunque transcurrirían cinco años des-

² ARRIETA ALBERDI, J., Estudio introductorio. En FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo de la más constante fe y lealtad [del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya]*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2015, pp. 627-631. El autor hace referencia, en concreto, al *Summari dels títols de Honor de Catalunya* de Andreu Bosch o el *Tractatus de Regimine Regni Valentiae* de Lorenzo Matheu y Sanz.

³ Como advirtió A. E. de Mañaricúa, las menciones al autor en las actas de las Juntas son sólo casuales. Parece existir una voluntad de ocultarlo o de presentarlo, como una obra del propio Señorío en tanto corporación, como había ocurrido ya con el manuscrito sobre hidalguía vizcaína de Andrés de Poza en el s. XVI [GARCÍA MARTÍN, J., El Fuero de Vizcaya en la doctrina y la práctica judicial castellanas. En ARRIETA, J., GIL, X. y MORALES, J. (coords.), *La diadema del rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao: EHU/UPV, 2017, pp. 53-168, p. 57]. Sólo en el acuerdo de la Diputación General del 30 de julio de 1762 en el que se hace constar el pago al copista del manuscrito dado a la imprenta, se hace una referencia al «escrito intitulado *Escudo de la mas constante fue y lealtad de Vizcaya*, dispuesto por el Licenciado Don Pedro de Fontecha», que Mañaricúa interpreta como «un descuido del escribano secretario, a los diez años de muerto Fontecha» [MAÑARICÚA Y NUERE, A. E. de, *Historiografía de Vizcaya (Desde Lope García de Salazar a Labayru)*. 3ª edición corregida con numerosas adiciones, Bilbao: Universidad de Deusto, 2012, p. 203].

⁴ ARRIETA ALBERDI, J., Estudio introductorio, *op. cit.*, p. 626.

⁵ Mañaricúa, aun admitiendo que «ya a partir del siglo XVIII, son numerosos los ejemplares del *Escudo* que se encuadernan juntamente con el texto del *Fuero de Vizcaya*, hacía suya en los años 70 la opinión de M. Basas [Fontecha y Salazar reeditado en 1866, *La Gaceta del Norte*, 15-3-1966, p. 3] de que no puede afirmarse que se consideraran en ningún momento «parte integrante o complementaria del Fuero» [MAÑARICÚA Y NUERE, A. E. de, *Historiografía, op. cit.*, p. 220, n. 1079].

⁶ Resulta significativa la inmediata edición del *Fuero* en 1704 –la utilizada en su impresión con el *Escudo*–, con pretensiones de continuidad respecto al período de los Austrias, añadiendo la confirmación al final del mismo de Felipe V (pp. 269-271) bajo el título de *Fueros, franquezas, libertades*,

de que Fernando VI accediese al trono (1746) hasta que lo confirmó en 1751, sólo una vez finalizada una visita en curso al Señorío⁷-. El objetivo posiblemente habría sido, siguiendo de nuevo a J. Arrieta, hacer coincidir su edición con la llegada al trono de Carlos III y la confirmación casi inmediata que de él haría el nuevo monarca (17-3-1760) –algo parecido a lo que ocurriría en 1866, una edición inmediata a la impresión de FN en 1865-. La pretensión, parece claro, era servir –y esta es la clave– de complemento «necesario» al propio Fuero⁸.

De hecho, lo incompleto del FN se constataría en la segunda mitad del s. XIX, cuando F. de Sagarmínaga, en su afán por mantener actualizado el fuero vizcaíno bajo el constitucionalismo canovista, se viera en la necesidad de afrontar un problema que observaba en él: lo escaso de su regulación jurídico-pública («preceptos ... que no podrían hoy darse al olvido en una reforma constitucional»), lo que le llevaba a recurrir al «uso y la costumbre» como vía con la que argumentar a favor de la potestad exclusiva de las Juntas generales de Vizcaya respecto al Fuero y la consiguiente sanción regia en su posible reforma para adaptarlo a la Constitución⁹.

Posiblemente, por ello, el Señorío pudo concebir en el s. XVIII el *Escudo* como obra doctrinal-práctica que podía ilustrar la aplicación del FN¹⁰. En concreto, es muy significativo que uno de los objetivos fundamentales indicados por él fuese que:

buenos esos y costumbres del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya, confirmados por el Rey Don Felipe Quinto, Nuestro señor y por los Señores Reyes sus Predecesores, Bilbao: Antonio de Zafra, 1704. Un dinamismo textual que continuaría durante los ss. XVIII y XIX.

⁷ SAGARMÍNAGA, F. de, *El gobierno y el régimen foral del Señorío de Vizcaya desde el reinado de Felipe II hasta la mayor edad de Isabel II*, Bilbao: Tipografía Católica de José de Astuy, 1892, v. IV, pp. 149-150.

⁸ ARRIETA ALBERDI, J., Estudio introductorio, *op. cit.*, pp. 81-87. Una prueba significativa de lo acertado de la interpretación es que en algunas de las ediciones se añade no sólo el FN sino también otros documentos, en especial, Reales cédulas de confirmación de privilegios del Señorío o la confirmación de FN por Carlos IV el 7-10-1789.

⁹ «Y así podremos establecer, como firmísimo principio, que los usos y costumbres de Vizcaya son las vicisitudes naturales de su legislación, que cambia y se muda cuando la necesidad de las cosas lo reclama, y que en este sentido, significan, comprueban y suponen el derecho que tienen los vizcaínos, de reformar sus leyes, siempre que lo juzguen conveniente, sujetando las alteraciones y reformas á la aprobación de la Corona, como acontece en todas las monarquías constitucionales» [SAGARMÍNAGA, F. de, *Memorias históricas de Vizcaya*, Bilbao: Impr. y Lib. de Juan E. Delmás, 1880, p. 68].

¹⁰ Para F. Elías de Tejada, incluso, el «Escudo es obra magistral en su género y excede los límites de los alegatos para ascender a lección excelsa de doctrina. Hasta sus días fue la máxima codificación de los principios políticos de la teoría tradicional del Señorío» [ELÍAS DE TEJADA, F., *El Señorío de Vizcaya (Hasta 1812)*, Madrid: Ed. Minotauro, 1963, p. 211].

«Ofreciéndose duda práctica sobre la inteligencia de alguna de las leyes de este Fuero, se deberá tomar la mas favorable a Vizcaya, por no ser sus leyes de la naturaleza de los estatutos, sino que muy propiamente tiene concepto de derecho común de los vizcaínos, por haberlas establecido ellos en tiempo [en] que no reconocían superior en lo temporal»¹¹.

Como es sabido, a mediados del siglo XVIII, esta pretensión encontraría como límite la censura y prohibición que la Monarquía borbónica imponía de imprimir textos como éste –en tanto regalía exclusiva del monarca–, en su pretensión de construir un «derecho común del reino»; algo de lo que el Señorío, como trataré de mostrar, fue consciente desde el primer momento.

De hecho, no creo erróneo considerar que el propio título de «*papel en derecho*» con el que vendría impreso, tal y como recoge en su catálogo de impresos vizcaínos J. Allende Salazar¹², respondía a una estrategia seguida por la Diputación foral para burlar la censura de libros del Consejo Real, cada vez más estricta, puesto que los considerados como «papeles», en principio, no tenían que ser sometidos a censura y aprobación antes de ser impresos. Al menos hasta 1750¹³. Es más, no faltan testimonios de que el Señorío solía autorizar la impresión de memoriales y otros «papeles» de poca extensión para su difusión interna, sin necesidad de autorización. Así, en 1754, no se dudaba en hacer referencia a:

«la *costumbre y uso* que el Señorío, sus Juntas y Diputaciones generales han tenido en mandar imprimir, así decretos de Juntas generales, como memoriales, despachos circulares y ordenes reales para comunicar a sus pueblos, especial-

¹¹ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, pp. 763-1017 n° 83, p. 820.

¹² «Libro anónimo que carece de portada, de indicación de año y lugar de impresión... Se conjetura que fue escrito en 1747 é impreso en Bilbao en 1748 ó 1749, por la viuda de Zafra. Se imprimió como un simple *papel en derecho*, según entonces se decía» [ALLENDE SALAZAR, Á., *Biblioteca del bascófilo: ensayo de un catálogo general sistemático y crítico de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra*, Madrid: Imp. y Fundición de Manuel Tello, 1887, n° 718, p. 243]. También las Juntas Generales harían mención el 16-7-1750 al pago hecho a los herederos de la viuda de Antonio Zafra de 2375 reales y 6 maravedíes de vellón por «lo travajado de orden de los Señores del Gobierno de este Señorío en razón a **vn papel** yntitulado la *constante lealtad*» [AHFB, AJ00104/001, Gobierno y asuntos eclesiásticos, *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya de 1-8-1748 a 31-7-1750*, Diputación General 16-8-1750, f. 114 v.].

¹³ Posiblemente por ello, coincidiendo con la reimpresión del Fuero en esos años «por la urgente necesidad que de ellos existe para repartir así en los Reales Consejos y Chancillerías como en los demás Juzgados donde se tratan pleitos de este Ilustre solar» -una estrategia de publicidad de la norma foral que había sido habitual en los siglos anteriores como ha mostrado MERINO MALILLOS, I., «*Ayunos del Fuero*. La distribución de ejemplares del Fuero Nuevo de Vizcaya por las instituciones provinciales vizcaínas (c. 1575-1700). Una aproximación» en *e-Legal History Review* 26 (2018), pp. 2-43, en una Diputación general de 1762, decidiría solicitar licencia al «Real y Supremo Consejo», incluyéndose en

mente cuando las reales ordenes piden brevedad en su cumplimiento, y así se ha practicado en Vizcaya desde que en ella se conocieron impresiones, ni es compatible la brevedad con la retardación que causarían estas licencias en tanta distancia del camino como ay desde esta villa a Madrid, su retorno y solicitud de ellas en aquel supremo Consejo o Superintendencia»¹⁴.

La situación, no obstante, cambió desde finales 1749 –año en el que empezó la impresión del *Escudo*–, al exigir una Real Cédula de 15 de diciembre de 1749 que, con el fin de evitar los insultos y sátiras que a veces contenían los papeles titulados «manifiestos, defensas legales y otros semejantes», no se pudiese imprimir papel alguno, «de volumen grande o pequeño sin que primero se presente manuscrito al Consejo o Tribunal en que esté pendiente el Negocio de que se trate» (Nov. R. 8.16.19)¹⁵.

¿Contribuiría esta norma a que la primera impresión hecha en la imprenta de la viuda de Zafra terminase en las 164 primeras páginas –en concreto en el párrafo 287-288– de los 448 de los que constaría la versión completa de 1762?¹⁶ Se volverá sobre el tema al tratar más adelante sobre el conflicto entre la regalía de impresión y el Fuero en los años 50 del s. XVIII. Interesa ahora analizar el contexto de difusión europea de las *Instituta* y la obra del *Escudo*.

ella «las Reales confirmaciones Provisiones y demás Cédulas que este expresado señorío ama logrado después de la última impresión» (AHFB, AJ00110/001, Gobierno y asuntos eclesiásticos. *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones de 1-8-1760 a 31-7-1762*, Diputación general de 28-7-1762, f. 13 v.). La solicitud de ese permiso no consta en la Actas de la Juntas de 1704, en las que únicamente se hace mención al pago al impresor del Señorío de «todo lo que le debiese, por el trabajo que avia tenido en la Impresión de los Fueros de este Señorío (AHFB. AJ00941/006, Gobierno y asuntos eclesiásticos, *Actas de las Juntas Generales del Señorío de Vizcaya de 23 a 28-6-1704*, Junta de 27-6-1704, f.17).

¹⁴ AHFB. Administración AJ00002/033. *Informe de 4 de octubre de 1754 de Agustín Pedro de Landzuri con consulta del licenciado Dudagoitia*, f. 80. Se trata de los reparos expuestos en 1754 por los Consultores del Señorío a la subdelegación exclusiva que el entonces Juez de imprentas Juan Curiel haría en el Corregidor de Vizcaya para que sólo el Consejo de Castilla concediese licencias para imprimir cualquier tipo de papel. Se volverá sobre ello.

¹⁵ Vid. GARCÍA MARTÍN, J., *El juzgado de imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una Monarquía vicarial*, Bilbao: UPV/EHU, 2003, p. 233. Frente a lo que suele pensarse, aunque se reduce se el protagonismo de la Inquisición, la tendencia del s. XVIII sería la de incrementar el ámbito material de la censura regia, tratando de abarcar todo tipo de impresos y materias. La disposición original, *Real Decreto de Fernando VI y Provisión del Consejo de 15 de diciembre [de 1749], sobre la forma de imprimir papeles en derecho*, en REYES GÓMEZ, Fermín de los, *El libro en España y América. Legislación y Censura (siglos XV-XVIII)*, Madrid: ARCO/LIBROS, 2000, v. II, pp. 952-954.

¹⁶ Sobre la primera impresión en 1749, MAÑARICÚA Y NUERE, A. E. de, *Historiografía, op. cit.*, pp. 217-218. Si bien es imposible saber si para entonces el *Escudo* estaba terminado en su totalidad, habiendo detectando algunos análisis textuales añadidos de autores posteriores a P. Fontecha, parece razonable pensar que el resto de la obra «estuviera disponible o al menos esbozado o proyectado» [ARRIETA ALBERDI, J., *Estudio introductorio, op. cit.*, p. 100].

Si por *Instituta* [de derecho local]¹⁷ se entiende, entre los ss. XVII y XVIII, un género de dimensión internacional¹⁸ que pretende caracterizar, desde categorías del *ius commune*¹⁹, lo peculiar de un «derecho propio»/«derecho patrio, en tanto conceptos contruidos que varían en el tiempo²⁰, definidos desde la *praxis* –la palabra mágica en aquel período–, con fines de «ordenación», pero también de «enseñanza» o «instrucción», puede decirse que el *Escudo* contiene de forma *sui generis* estos rasgos.

«Ordenación», por tanto, como se ha señalado, pero también «enseñanza», aunque no como un texto universitario, sino para que sirviese a la práctica judicial del Señorío. De hecho, el propio *Escudo* manifestaba en sus últimas líneas su pretensión de que redundase en:

«beneficio de este esclarecido solar, cuyos hijos y naturales podrán ilustrarse de las noticias puntuales de los hechos verídicos que incluye y razones legales que para los puntos del Fuero, su indemnidad y observancia se apuntan»²¹.

La importancia de este tipo de *Instituta* resulta observable en toda Europa, si se tiene en cuenta que, como expuso ya en los años 80 el historiador del derecho escocés W. Cairns, la proliferación de las *Instituta* durante el s. XVIII es un fenómeno que no puede considerarse exclusivo de la Europa continental²²

¹⁷ Tomo la expresión de WATSON, A., *La formazione del diritto civile*, Traducción italiana de Nicoletta Sarti a partir de la edición inglesa de 1981, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 93-121, pp. 96-97 sobre el origen del fenómeno.

¹⁸ LUIG, K., *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, Ius Commune*, 3 (1970), pp. 64-97, insiste en el carácter internacional del género, del que entiende que el caso español es uno de los que lo representan «am besten»: «Dagegen war römisches Recht als propädeutisches Fach Gegenstand der Institutionenlehrbücher. Diese Fach blieb weiterhin international, wie insbesondere die grosse Verbreitung des Institutionenkompendiums von Heineccius zeigt» (p 69). En la misma línea, PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 363-370.

¹⁹ De hecho, el método institucionista no contribuyó sino a mantener en el tiempo las exclusiones que el *ius commune* había definido. Vid. CLAVERO, B., *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad 1789-1800, Anuario de Historia del Derecho español [AHDE]* (1975), pp. 307-334.

²⁰ BIROCCHI, I., *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*. En BIROCCHI, I. y MATTONE, A. (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma: Viella, 2006, pp. 17-71 y BIROCCHI, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turín: G. Giapichelli, 2002, pp. 51-54.

²¹ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo, op. cit.*, n° 448, p. 1017.

²² Baste mencionar, a modo de ejemplo, entre las más tempranas, VINNIUS, A., *Commentarius locupletissimus, academicus et forensis in quatuor Libros Institutionum imperialium*, Lugduni Batavorum, 1642; HOPPE, Joachim, *Commentatio succincta ad Institutiones Justinianeas*, Frankfurt, 1715 o *Examen institutional imperialium*, Frankfurt, 1733; STRUVE, G. A., *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, Jena, 1760, HEINECCIUS, J. G., *Recitaciones in Elementa iuris civilis secundum ordinem*

–esto es, del *ius commune*–, puesto que significativamente tuvo también su eco en Gran Bretaña²³.

En concreto, no puede olvidarse que los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1789) de Sir William Blackstone (1723-1780), auténtica *Instituta* del derecho inglés sería una obra decisiva en la construcción doctrinal del *common law* como «derecho nacional» de Inglaterra opuesto al *civil law* –el *ius commune*–, al que no duda en calificar de extranjero, haciendo uso, para ello, de la interpretación *whig* de la tradición histórica que hacía remontar a un derecho anterior a la conquista normanda el origen de la peculiaridad jurídica británica²⁴.

Y por lo que a la Europa continental se refiere –aunque no sólo–, donde una de las aspiraciones comunes de los siglos XVI y XVII sería sintetizar «*uno libro comprehensum*» el derecho del reino expuesto en modo claro, fácil de memorizar y en modo que solventase cualquier duda²⁵, uno de los libros más difundido en buena parte de Europa sería, como es sabido, el del jurista holandés Arnold Vinnio (1588-1657)²⁶. Su obra, además de ser un resumen de las nociones básicas del *ius ciuile*, aportaba una serie de reglas argumen-

Institutionum... Ticini Regii, 1748; ARGOU, G., *Institution au Droit françois*, París, 1719, 2 vols.; BOUTARIC, F. de, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le Droit français*, Toulouse, 1738-40; SERRES, C. *Les Institutions du Droit rançais suivant l'ordre de celles de Justinien, accommo-dées à la jurisprudence moderne...*, París, 1753. Entre las primeras en el caso español, TORRES Y VELASCO, A., *Institutiones hispanae practico-theoricae comentatae*, Madrid, 1735; FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, A., *Historia del Derecho Real de España*, Madrid, 1738 y FERNÁNDEZ DE MESA, T., *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen*, Madrid, 1747. Se volverá sobre las *Instituta* españolas posteriores a éstas, publicadas en la segunda mitad del s. XVIII.

²³ CAIRNS, J. W., *Institutional Writings in Scotland Reconsidered*. En KIRALFY, A. y MACQUEEN, H. L. (eds.), *New perspectives in Scottish Legal History*, Londres: Frank Cass, 1984, pp. 76-117.

²⁴ CAIRNS, J. W., *Blackstone, an English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State*. En CAIRNS, J. W., *Law, Lawyers and Humanism. Selected essays on the History of Scots Law*, Edinburg: University Press, 2015, pp. 413-481, pp. 455-458. En la línea institucionista, las *lectures* de Blackstone «were not aimed at professional law students, but at country gentlemen and clergymen who needed an outline knowledge of the legal system; yet his was the first attempt since *Bracton* to expound the whole of the law in a rational, albeit elementary, method. The publication of the lectures in 1765-69 as the *Commentaries of the Laws of England* provided law students with a primer, and rendered further lectures for the time being less necessary» (BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, Londres: Butterworths, 2002 (4), pp. 170-171).

²⁵ STOLLEIS, M., *Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung im 17 Jahrhundert*. En *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt.*, 1984, p. 110.

²⁶ VINNIUS, A., *In IV libros Institutionum imperialium comentarios academices et forenses*, Amsterdam, 1642, con diferentes ediciones en Francia, España y Portugal.

tativas²⁷ y ejemplos de casos prácticos locales («*mores nostri*») –un aspecto fundamental–, que explican el éxito de sus numerosas ediciones en distintos países, más allá de que la división entre naciones protestantes y católicas (*Vinnius damnatus* y *Vinnius castigatus* en el caso español) concluyese en más de una ocasión, como ha mostrado L. Beck, en un auténtico «expurgo espontáneo» de los editores²⁸.

Lo que nos interesa, de todos modos, es que, uno de los ámbitos donde el género tuvo especial desarrollo fue en Escocia. Aquí contribuyó decisivamente a preservar el propio derecho, muy permeable al *ius commune* frente al *common law* inglés, llegando estas obras, en algunos casos, a ser incluso alegadas como criterio de autoridad en los tribunales²⁹. Esto además de trascender las divisiones religiosas europeas –cuestión crítica de cualquier intento de comparación histórico-jurídica europea³⁰– muestra cómo el concepto humanista, en el que el fenómeno habría tenido su origen, de intentar interrelacionar mediante axiomas

²⁷ Es posiblemente en Heineccio donde más claramente se observa este método axiomático que parte del texto justinianeo y que busca, como Wolff, que «eine Ordnung gewählt werden muss, bei der jeder Satz aus den vorhergehenden verständlich ist» [SCHRÖDER, Jan, *Rechts als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*. 2. Auflage, Munich: C.H. Beck, 2012, p. 186].

²⁸ BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 153-168 y 333 y ss. sobre ejemplos concretos.

²⁹ Para J. W. Cairns, «For the Scottish institutional writers, an institutional work was a comprehensive systematic exposition of Scots law patterned after Justinian's *Institutes*. Such a work was often, but not necessarily, elementary in nature» [CAIRNS, J. W., *Institutional Writings in Scotland*, *op. cit.*, p. 94]. Entre tales escritos, un auténtico género en Escocia, deben mencionarse, conforme a este autor: DALRYMPLE, J., Viscount Stair, *The Institutions of the Laws of Scotland*, Edimburgo, 1681; MACKENZIE OF ROSEHAUGH, G., *The Institutions of the Law of Scotland*, Edimburgo, 1684; FORBES, W., *The Institutes of the Law of Scotland*, Edimburgo, 1722 (vol. 1) y 1730 (vol. 2); INNES, J., *Idea Juris Scotici: or a summary view of the Laws of Scotland*, Londres, 1733; MACDOUALL, A., Lord Bankton, *An Institute of the Laws of Scotland in civil rights: with observations upon the agreement of diversity between them and the Laws of England in four books, after the general method of the Viscount of Stair's Institutions*, Edimburgo, 1751-53, 3 vols.; ERSKINE, J., *The Principles of the Law of Scotland: in the order of Sir Georg Mackenzie's Institutions of that Law*, Edimburgo, 1754, 2 vols. y ERSKINE, J., *An Institute of the Law of Scotland...*, Edimburgo, 1773; BELL, G. J., *Principles of the Law of Scotland, for the use of students in the University of Edinburgh*, Edimburgo, 1829. De ellas, las que gozaron de reconocimiento autorizado en los tribunales fueron las de Stair, Mackenzie, Erskine y Bell. Vid. CAIRNS, J. W., *Institutional*, *op. cit.*, pp. 98-104.

³⁰ Sobre los objetivos de una comparación histórico-jurídica crítica, atenta a la distinción entre técnicas y valores o entre derecho y política o derecho y religión, más allá de ortodoxias teóricas o tradiciones jurídicas no heredadas sino construidas, vid. SOMMA, A., *Introducción crítica al Derecho comparado* (2008) en www.jus.unitn.it/Cardozo/review2008somma1.pdf, pp. 33 y ss. y 50 y ss. Sobre la obra de A. Somma, vid. MORENO CRUZ, P., Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma, *Revista de Derecho Privado* n° 32 (en.-jun. 2017), pp. 491-512., pp. 499-500.

el *civil law* –o el *common law*– y el *ius proprium* para promover éste, tuvo, en realidad, una difusión mayor, en los ss. XVII y XVIII, de lo que podría parecer.

Su difusión, en este sentido, no se habría limitado a Holanda, Francia o Alemania, lo que, sin duda, contribuye a cuestionar visiones de la historia jurídica europea como la de F. Wieacker –comúnmente aceptada, en general, por una historiografía jurídica española que no ha dudado en considerar a España durante la Edad Moderna anclada en el *mos italicus* (la «diferencia española»)³¹–. De hecho, F. Wieacker, tal y como muestra D. Osler, en su afán por ensalzar los «logros del protestantismo» del norte de Europa no dudó en excluir de ellos tanto a España como a Gran Bretaña³², y dentro de ellas a Escocia y Vizcaya –de ahí la coincidencia que sirve a la comparación en este estudio–.

En el caso escocés, la obra nuclear es, sin duda, la del jurista al que J. H. Elliott considera el cerebro de la oposición escocesa al rey Jacobo II/VII³³, James Dalrymple, *Vizconde de Stair* (1619-1695), autor en 1681 de unas *Institutes of the Laws of Scotland*³⁴, a partir de las cuales la reivindicación de un derecho propio (*municipal law*) como *common law* escocés sería la nota dominante de todo el s. XVIII. De hecho, a él se debe el recurso, por vez primera, a la *Instituta* como instrumento –específico de Escocia, frente a Francia o España– con el que llevar a cabo la ordenación y conciliación de las fuentes que entonces conformaban el derecho propio: la costumbre, los derechos feudal y canónico-romano y las leyes del Parlamento (*statutes*)³⁵.

³¹ Un ejemplo significativo en contra es la obra de Andrés de Poza, formado en Flandes y próximo al humanismo jurídico, cuya definición de la nobleza vizcaína, con amplia fundamentación en el derecho europeo de la época sería aceptada casi literalmente por Juan Gutiérrez y Alfonso de Acevedo. Vid. ARRIETA ALBERDI, J., El licenciado Andrés de Poza y su contribución a la ubicación de Vizcaya en la Monarquía hispánica. En ARRIETA, J., GIL, X. y MORALES, J. (coords.), *La diadema, op. cit.* pp. 169-229, esp. «Poza y la doctrina jurídico-política de su tiempo» (pp. 214-218).

³² OSLER, D. J., The myth of European legal history, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), pp. 393-410: «No. It is time to forget the French 16th century, with its Budaeus and Balduinus and Brissonius et tout ces garçons là. It is time to stop equating the 17th-18th centuries with the Dutch elegant school. The jurists of the Netherlands were Dutch and those of Spain Spanish; the equation Dutch jurist=European legal history; Spanish jurist=Spanish national legal history, is simply the distorted logic of a nationalistic, not to say racist, 19th century myth. Europe in the modern period is a conglomeration of divergent legal systems, some of which have a little bit more in common than others» (p. 47).

³³ ELLIOTT, J. H., *Catalanes y escoceses. Unión y discordia*, Madrid: Taurus, 2018, p. 104.

³⁴ Vid. sobre el tema, BASTON, K. G., *Charles Areskine's Library. Lawyers and their books at the dawn of the Scottish Enlightenment*, Leiden-Boston: Brill, 2016 y BASTON, K. G., Humanist Books and Lawyers' Libraries in early Eighteenth-Century Scotland: Charles of Areskine of Alva's Library. En PLESSIS, P. J. du y CAIRNS, J. W. (ed.), *Reassessing Legal Humanism and its Claim. Petere fontes?*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2016, pp. 348-376.

³⁵ CAIRNS, J. W., Institutional Writings in Scotland, *op. cit.*, p. 89.

Es precisamente en la *ordenación* de la práctica forense y en las *decisiones* de los tribunales donde radica la originalidad de la obra de Stair frente a sus contemporáneos, quien, a diferencia de ellos, recurría directamente además a normas y autores del *ius commune*, con las que justificarla, conformando así el derecho escocés como «derecho nacional» («*systema iuris*») del que deducir una serie de principios («rational discipline»)³⁶.

Y junto a esta obra, y como complemento de la misma –no como contraposición, aunque su estructura sea distinta– también a finales del s. XVII, se sitúa la obra de G. Mackenzie. Autor de diferentes tratados sobre derecho escocés, en especial en materia penal³⁷, en ellos tratará de exponer cómo eran la ley del Parlamento escocés y la costumbre –por este orden– fuentes que, en última instancia, daban autoridad al *ius commune* escocés, frente al *common law* inglés, aspirando a elaborar en sus *Instituta* un tratado elemental, dirigido fundamentalmente a la docencia³⁸.

Lo que resulta determinante es la autoridad que se reconoce a esos juristas, no que se siguiera una u otra estructura. De hecho, la diversidad de estas obras en sus objetivos y ordenación pone de manifiesto que lo importante no era seguir la estructura de la *Instituta* justiniana –personas, cosas y acciones– ya que todas ellas acababan introduciendo decisivas variantes respecto al diseño ideal de aquélla³⁹. Lo importante era la ordenación de un *ius proprium* que de-

³⁶ FORD, J. D., *Law and Opinion in Scotland during the Seventeenth Century*, Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2007, pp. 84-89.

³⁷ George MACKENZIE es autor de *Laws and customs of Scotland in matters criminal* (1678), *Institutions of the Law of Scotland* (1684), *Observations on the Acts of Parliament* (1686)

³⁸ CAIRNS, J. W., *Institutional Writings in Scotland*, *op. cit.*, pp. 90-91. La mayor proximidad de las *Institutions* de Mackenzie al modelo justiniano lleva a A. Watson, de forma extrema, a contraponer esta obra a la Stair. Vid. WATSON, A., *Some notes on Mackenzie's Institutions and the European Legal Tradition*, *Ius Commune* 16 (1989), pp. 303-313, pp. 310 y ss.

³⁹ Ocorre también en España. J. W. Cairns llama la atención sobre el hecho de que, si bien todas las *Instituta* toman como referencia última a Justiniano, la diversidad incluso en el título y organización es el rasgo dominante: «It will have been noted that [Juan] Sala [*Ilustración del Derecho real de España*, 1803] did not use the term 'institute' or 'institution' in the title of their mentioned works: this does not affect the argument. Sala definitely based his book on the *Institutes* of Justinian and Erskine avowedly copied the structure of Sir George Mackenzie's *Institutions*. Mackenzie said of such works in general: 'The Natural way of Learning all Arts and Sciences, is to know first, The Terms used in them, and the Principles upon which they are founded, with the Origins of the one, and the Reasons of the other. A Collection of these Terms and Principles, is in Law called *Institutions*...' While Bell commented that: «An institute explains the general outlines of the law, with the connexions and dependencies of its component parts. In the *avertissement* to the posthumous editions of Argou's *Institution [au droit français, 1719]*, other works entitled «institutions» or some variation thereof were criticised as not being 'perfect' and as belonging to a different genre by virtue of their not containing systematic account of the whole *droit français*» [CAIRNS, J. W., Blackstone, *op. cit.*, pp. 422-423].

finiese jurídicamente el derecho del reino o de una provincia (de ahí la importancia que estas *Instituta*, apartándose de la de Justiniano, concederán, como observa H. J. Berman a la regulación jurídico-pública⁴⁰), en el que un elemento común decisivo es la inclusión de una *parte histórica* –un aspecto clave– desde la que acotar el «derecho patrio».

En el caso escocés, no obstante, si bien la referencia a la Historia está también presente en los ss. XVII y XVIII, la idealización que se haría del derecho más antiguo (*Gothic constitution*), al margen del Imperio romano⁴¹, podía ser compartida con los ingleses en tanto británicos (*Britons*), en la medida en la que venía utilizada para defender las libertades frente a la tiranía, que en el caso escocés se habría basado en el recurso voluntario, en un momento determinado, al *civil law*⁴². De este modo, los juristas escoceses no harían referencia a la Historia propia para considerar su derecho como aislado o estrictamente «nacional» en términos de soberanía, sino como un «set within the context of the wider law of nature and nations from which national laws derived their ultimate authority»⁴³.

Así lo ponía claramente de manifiesto el vizconde Stair en su *Instituta* (1681) –modelo, como se ha indicado de las posteriores– al observar respecto al derecho escocés, del que insistía en su carácter consuetudinario, que:

«Our customs, as they have arisen mainly from equity, so they are also from the civil, canon and feudal laws, from which the terms, tenors and forms of them are much borrowed: and therefore these (especially the civil law) have great weight with us, namely, in cases where a custom is not yet formed. But none of these have with us the authority of law, and therefore are only received according to their equity and expediency, *secundum bonum et aequum*»⁴⁴.

⁴⁰ BERMAN, H. J., *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*. Cambridge (Massachusetts)-Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 298 en referencia a los *Commentaries* de W. Blackstone.

⁴¹ KIDD, C., *British identities before nationalism. Ethnicity and nationhood in the Atlantic World, 1600-1800*, Cambridge: University Press, 1999, pp. 84-87.

⁴² CAIRNS, J. W., *Natural Law, National Laws, Parliaments and Multiple Monarchies: 1707 and Beyond*. En CAIRNS, J. W., *Law, lawyers, op. cit.*, pp. 115-143, pp. 131-132, a partir de la obra de Francis Grant (c. 1660-1726), *Law, religion and education, considered in three essays with respect to the youth who study law* (1715).

⁴³ KIDD, C., *Eighteenth-Century Scotland and the Three Unions*. En SMOUT, T. C. (ed.), *Anglo-Scottish relations form 1603 to 1900*, Oxford, The British Academy- Oxford University Press, 2005, pp. 171-187, pp. 177-178. Sobre el recurso al derecho natural, HAAKONSEN, K., «Natural Law and the Scottish Enlightenment» en *Man and Nature* 4 (1985), pp. 47-80.

⁴⁴ Utilizo, DALRYMPLE, J., Viscount of Stair, *The Institutions of the Law of Scotland deduced from its originals and collated with the civil, canon and feudal laws with the customs of neighboring nations*. New edition with notes and illustrations by John S. More, Edimburgo: Printed for Bell and Bradfute, 1832, v. I, p. 13, n° 16. Y respecto al «derecho civil» señalaba: «The law of each society of

Pero Stair no era el único. También insistiría en ello, en el s. XVIII, un autor como James Innes, que trataría de acercar el derecho inglés y el escocés, explicando a un *young Gentleman* que hubiese estudiado derecho inglés cómo antes de salir al extranjero a conocer otras costumbres y leyes, debía esforzarse en entender «the Constitution of North, as well as of South Britain»⁴⁵. Partiría, para ello, de considerar que tanto los principios del *Civil Law* como del *Feudal Law* eran bien conocidos en Inglaterra y en Escocia, definiendo el derecho escocés como «a Science which teacheth how to do *Justice*». Encontraba, por ello, la división característica del Derecho romano de la que partía en su exposición:

«As the Civilians Objecta Juris are Persone res, et Actiones: so Persons, Rights and Actions are the subject Matter of the Scots-Law and of the following Sheets»⁴⁶.

Es quizás en esta cuestión, donde la diferencia entre las *Instituta* escocesas y el *Escudo vizcaíno* resulta más patente. La historia propia está muy presente a lo largo de todo este último. De hecho, aunque a A. E. Mañaricúa le pareciese exagerado, A. Allende Salazar en el s. XIX no dudó en calificar al Escudo de «verdadera historia de derecho de Vizcaya»⁴⁷.

Que la definición de Vizcaya como sujeto con entidad jurídica propia –¿una *Instituta* de derecho local?– debía encontrar su fundamento en la Historia como vía de argumentación jurídica («desde su origen conservó en sus pobladores la verdadera fe y religión... retuvo la primitiva lengua del vascuence, la nativa libertad, usos, costumbres y fueros»⁴⁸), lo ponía de manifiesto ya el *Escudo*, desde el inicio, recurriendo para ello al propio *Corpus Iuris Civilis*:

«el origen primitivo... es el que en cualquier materia se lleva la primera atención: por él se viene en conocimiento del sujeto, se va derivando el progreso

people under the same sovereign authority, is called *the civil law*, or the law of the citizens of that commonwealth, though that name be appropriated to the civil law of the Roman commonwealth or empire, as the most excellent. And because of that affinity that the law of Scotland hath with it (as have also the laws and customs of the chief nations to which the victorious arms of the Romans did propagate it, and its own worth, even after the ruin of the Roman empire, *hath commended it*) even though it be not acknowledged as a law binding for its authority, yet being, as a rule, followed for its equity...» (p. 8, n° 12)

⁴⁵ INNES, J., *Idea Iuris Scotici: or a Summary View of the Laws of Scotland*, Londres: In the Savoy, printed by E. and R. Nutt and R. Gosling, 1733, In the Preface, (i).

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 1-2.

⁴⁷ ALLENDE SALAZAR, Á., *op. cit.*, n° 718, p. 243, *Biblioteca MAÑARICÚA*, A. E., *Historiografía*, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁸ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, n° 1, p. 765.

como fuente y raíz, y a él debe referirse el evento, incluyendo en la segunda causa la primera», se sentenciaba a partir del D. 1.1.1 (*de iustitia et iure*) y C. 10. 36.1.6⁴⁹.

El problema, sin embargo, es que por la apropiación de la «España antigua» como sujeto histórico originario pugnarían igualmente los juristas ilustrados de la época que tratando de contraponer los Borbones a los Austrias –a los que se identifica con una etapa de decadencia–, recurrirían también a los cántabros para prefigurar la unidad de los primeros tiempos⁵⁰.

Por ello, no faltan en una de las primeras *Historias del Derecho real de España*, obra del abogado A. Fernández Prieto y Sotelo (1738), que contó con respaldo oficial⁵¹ –es importante señalarlo– y una amplia difusión posterior como manual⁵², el afán por situar en las épocas más antiguas el origen de un *derecho unitario*, no tanto de fundamento consuetudinario como elaborado por reyes que dictaban leyes –el paralelo con los Borbones legisladores parece evidente–⁵³, cuestionando, para ello, algunas de las afirmaciones que vemos luego recogidas en el *Escudo*.

⁴⁹ *Ibidem*, n° 10, p. 769.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P., Dinastía y comunidad política: el momento de la patria. En FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P. (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid: Marcial Pons-Casa de Velázquez, 2002, pp. 485-532, pp. 514-515 y 520-21 y STIFFONI, Giovanni, *Verità della storia e ragioni del potere nella Spagna del primo '700*, Milán, 1989, pp. 86-135. «La búsqueda de la más antigua historia de España –indica C. Ortiz de Urbina–, su enlace a través del texto de Josefo con la cronología bíblica y su vinculación con la lengua y pueblo vasco, incrustan á este, desde los primeros momentos, en los propios orígenes nacionales, algo que los escritores vascongados no pueden dejar de aprovechar y sostener con energía» [ORTIZ DE URBINA MONTOYA, C., *El desarrollo de la arqueología en Álava: condicionantes y conquistas (siglos XVIII y XIX)*, Vitoria-Gasteiz: Museo de Arqueología de Álava, 1996, p. 45.

⁵¹ FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, A., *Historia del Derecho real de España, en que se comprende la noticia de alguna de las primitivas Leyes y antiqúisimas Costumbres de los Españoles: la del Fuero antiguo de los Godos, y las que se establecieron después que comenzó la Restauración de esta Monarquía, hasta los tiempos del Rey Don Alonso el Sabio, en que se instituyeron el Fuero Real y las Siete Partidas, dedicada al Rey Ntro. Señor*, Madrid, En la Imprenta de Antonio Sanz, 1738. «Antes de esta Historia estaban las noticias divididas, y sin particular estudio era difícil encontrarlas» –indicaba en su dedicatoria–, presentando el censor Fray Diego Tello Laso de la Vega a su autor como «el primer investigador de las sirvientes del Derecho de España... dando luces muy estimables à la Historia de la Nación, y aun à las de las Leyes de los Reyes y Reynos».

⁵² Lo impondría como libro de texto, para el estudio del derecho real en el quinto curso, el *Plan de Estudios de la Universidad de Salamanca*, aprobado por el Consejo Real, de 1772. Vid. MARTÍNEZ NEIRA, M., *Lecturas antiguas y lecturas ilustradas. Una aproximación a los primeros manuales jurídicos, Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija 1* (1998), pp. 71-164, p. 74

⁵³ Insiste en este carácter, VALLEJO, J., De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio. En FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P. (ed.), *Los Borbones, op. cit.*, pp. 444-451.

Así, para Fernández Prieto y Sotelo, no habría sido Túbal, nieto de Noé, el primer poblador de Hispania, lo que sólo encontraba fundamento en la «mera contemplación de ser opinión común [San Jerónimo-San Isidoro-Rodríguez de Rada-Juan de Mariana], como si estuviésemos obligados à creerlo de fe», sino Tharsis, hijo de Javán, otro nieto de aquél, en la medida en la que conforme al testimonio de Estrabón, los tartessos habrían contado con los primeros reyes legisladores –la referencia es clave–, creencia que, en cualquier caso, entendía como «un acto de voluntad»⁵⁴.

Y junto a ello, no dudaba en aceptar el testimonio de Justino en su resumen de la Historia de Pompeyo Trogo para sostener que «Augusto sujetó la Cantabria, y reduciéndolas en forma de Provincia, dio Leyes à tan bárbaro Pueblo: con lo cual se concibe, que las demás Provincias, que años havia estaban en poder de los Romanos, vivirían con sus Leyes»⁵⁵. La uniformidad legislativa, en definitiva, habría sido característica común a esa España antigua que sólo habría culminado en el período visigodo con la conversión al catolicismo de los monarcas legisladores, punto de partida –o de continuidad– en época medieval en los «fueros municipales» que no habrían sido sino reflejo consuetudinario de las leyes visigodas anteriores⁵⁶ –la interpretación no difería mucho de la oficial en la historiografía jurídica española bajo el franquismo, a partir de los años 50–.

No creo que el *Escudo*, redactado en la década de los años 40 del s. XVIII, deba desvincularse de una posible respuesta a esta obra, que, sin embargo, no es citada en ningún momento, pero que, significativamente, figura entre las obras que conformaron la biblioteca de Fontecha y Salazar⁵⁷. Puede ser que esta referencia permita entender lo amplio de la parte histórica en el *Escudo*.

Esto explicaría la amplitud de páginas y el número de citas que el *Escudo* dedica a refutar los dos episodios citados de Prieto y Sotelo, haciéndolo precisamente en los dos primeros capítulos, cuyos títulos –significativamente– se corresponden con los dos pilares en los que se fundamenta toda la obra: «Que los vizcaínos profesaron siempre la verdadera religión» y «Que Vizcaya nunca perdió la nativa libertad y fueros». Las conclusiones al respecto resultan suficientemente expresivas:

⁵⁴ «Supongo que no es Artículo de Fé Divina, ni tampoco Humana, que Tharsis fue el primer Poblador. Cada uno creará lo que guste: porque el creer en semejantes casos es acto de voluntad» [FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, A., *Historia del Derecho real*, *op. cit.*, p. 21].

⁵⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 282 y ss. VALLEJO, J., De sagrado arcano, pp. 449-450.

⁵⁷ BASURTO, R., *La biblioteca de Pedro Fontecha Salazar. Jurisconsulto vasco del siglo XVIII*, Vitoria-Gasteiz: Eusko Bibliographia, 1990, p. 76, n° 282: «Historia del dro Real de España» (pergamino) (1 Tomo)».

Así, respecto a la presencia de Túbal, se concluía:

«Asentado el principio cierto, que Túbal pobló en Cantabria, bien podemos asegurar indubitablemente que de sus primeros pobladores quedó en Vizcaya y provincias vecinas establecida la Divina Ley»⁵⁸.

Y por lo que se refiere al sometimiento de Cantabria a las leyes romanas en época de Augusto, el *Escudo* hacía suya, sin embargo, a falta de testimonios históricos fiables, la técnica del jurista para aceptar indicios:

«Aquí entran dudando los historiadores, si Cantabria quedó solamente apaciguada y confederada, o enteramente rendida por Augusto y sus capitanes... Faltando otros documentos y testigos de aquellos tiempos, se deben buscar necesariamente conjeturas, a las cuales en tales casos se ha de estar por disposición de derecho... De esta calidad son las que acreditan que quedaron por su religión, libertad y fueros los cántabros contenidos en las tres provincias, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, que es la parte superior septentrional de la antigua Cantabria y terreno el más fraguo, áspero y terrible de toda España, y por eso el más oportuno para defenderse de los romanos...»⁵⁹.

Ambas obras, en definitiva, la de Fernández Prieto y Sotelo y la del *Escudo*, en la primera mitad de siglo, pugnaban por definir, desde la historia jurídica, un derecho propio, que debía definirse ahora en ambos casos por oposición al «derecho romano» (*ius ciuile*) considerado por los ilustrados como «extranjero», a partir de disposiciones simbólicas como el Auto Acordado de 4 de diciembre de 1713 (A.A. 2.1.1) que instaba al cumplimiento del orden de prelación de fuentes de la ley I de Toro, considerando como derecho subsidiario, no al *ius commune* sino a las Partidas y al *ius interpretandi* regio. Y en la misma línea irían diferentes normas regias de 1741 y 1771 que buscaban llevar el estudio del «derecho patrio» a las Universidades, una cuestión, en definitiva, de soberanía, calificando de «desayre a la Magestad», como recuerda M. P. Alonso, a partir de V. Vizcaíno Pérez en 1784, el recurso al derecho romano⁶⁰.

Con todo, la construcción, en cuanto a las *Instituta*, no partiría, entre todos los ilustrados españoles de la primera mitad del s. XVIII, de la elaboración de un cuerpo histórico-normativo de carácter unitario. De hecho, inicialmente no faltó, entre los propios juristas de la Corona de Aragón, la pretensión de que

⁵⁸ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo, op. cit.*, n° 20, p. 774.

⁵⁹ *Ibidem*, n° 56-57, pp. 801-802.

⁶⁰ ALONSO ROMERO, M. P., Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna. En *Salamanca, escuela de juristas*, Madrid: Universidad Carlos III, 2012, pp. 327- 362, pp. 332-335. También, PESET, Mariano, El Derecho romano y el derecho real en las Universidades del siglo XVIII, *AHDE* 45 (1975), pp. 273-339, pp. 302 y ss.

se elaborasen *Instituta* diferentes en función de los distintos reinos, como pone de manifiesto la correspondencia entre Gregorio Mayans y Josep Finestres, en la que si este último asumía la redacción de una *Instituta* catalana que finalmente no vería la luz, Mayans lo hacía de otra para el reino de Valencia, que tampoco llevó a cabo⁶¹.

Más aún, a principios del siglo, en 1703, Gerardo Ernesto de Frankenau había publicado como propio –con los añadidos que hoy resulta imposible conocer⁶²– un trabajo de Juan Lucas Cortes en el que si bien se pretendía definir Hispania como unidad, partía, sin embargo, de una diversidad de *iura propria*, –y, en este sentido susceptibles de ser recogidos en *Instituta* diferentes⁶³–, que extendía incluso a la propia Castilla, dentro de la que se hacía mención además de a Vizcaya, con sus «*leges et statua seu foros et privilegia*» e incluso con su propia glosa manuscrita o comentario de la que, sin embargo, hoy no se tiene constancia: la que habría hecho Juan Bautista de Larrea al Fuero de Vizcaya⁶⁴, obra desconocida también para el autor o autores del *Escudo* –de ahí la necesidad que existía de éste–.

En los *Sacra Themidis Arcana* se trataba de Vizcaya, en concreto, para indicar –siguiendo al FN de 1526– que sus habitantes eran los que gozaban de más privilegios y libertades de toda la Monarquía, habiendo sido concedidos

⁶¹ CASANOVAS, I., *Josep Fineses. Epistolari*, Barcelona: Biblioteca Balmes, 1933, v. 3, pp. 163-165. En carta de 7 de agosto de 1751, Mayans proponía a Finestres: «Si Vm. se animase a escribir sobre el *Derecho de Cataluña*, yo escribiría sobre el de Valencia y publicaríamos una y otra obra juntos», sin que antes faltase –significativamente– la referencia a la historia de cada uno de los territorios: «Ahora de cada día, querrá Vm. escribir mejor, i yo quisiera que nos diera la *Historia del Derecho de Cataluña*, cosa que, si no Vm., nadie puede hacer... Yo tengo los materiales para escribir la *Historia del derecho municipal de de Valencia*, en estando desocupado» (1-V-1751). El proyecto parece que había surgido ya en 1728, en propuesta epistolar de Finestres a Mayans. (Cfr. MESTRE SANCHÍS, Antonio, *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia: Ayuntamiento de Oliva, 1970, pp. 258-259. También, PESET, M., *El Derecho*, *op. cit.*, pp. 333-334, nota 101).

⁶² VALLEJO, J., De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio. En FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P. (ed.), *Los Borbones*, *op. cit.*, pp. 423-484.

⁶³ Incide sobre la diversidad en cuanto a *ius proprium* presente en ella, HORN, N., *Literaturgeschichtliche Aspekte der Rezeption in Spanien*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 37 (1969), pp. 489-514. Para J. Vallejo, la obra de Frankenau/Lucas Cortés es «un libro de Derecho que utiliza la historia como vía de acceso al conocimiento de las leyes», con una pretensión final de unidad (*Themis Hispana*), aunque partiendo de la diversidad histórica (*Arcana*) (VALLEJO, J., *De sagrado arcano*, *op. cit.*, p. 437).

⁶⁴ Utilizo FRANKENAU, G. E. [LUCAS CORTÉS, J.], *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 460-462, n° XVIII: «...*nec huic Biscainorum fororum corpori suum deesse commentatorem. Joannes is est Baptista de Larrea... Commentaria eum inter alia plura ingenii monumenta exarasse in ordinationes seu fueros Biscajae auctor est Aegidius Gonsalez Davila, tum in Historia Salmantina, tum in Theatro Ecclesiae Conchensis, ubi de Didaco Ramirez de Villaescusa, Conchensis illius collegii fundatore, disserit Antoniusque noster*».

como leyes particulares por los antiguos condes y señores y luego confirmados por los reyes castellanos desde Isabel la Católica en 1473⁶⁵.

La fuente fundamental de Cortés/Frankenau, en este sentido, no era otra que el propio Fuero Nuevo, que el autor calificaba de «nuevo sistema de fueros» de Vizcaya («*novum fororum humus gentes systema*»). Y no era sino el resultado del encargo que la Junta general del Señorío había hecho a juristas expertos en el Derecho civil vizcaíno y castellano, para que pusiesen en «orden» todas las leyes antiguas y modernas bajo capítulos y títulos («*in ordinem redigendo*»). Y era en FN 36.3 donde se había establecido oficialmente –con la propia sanción regia de Carlos I– la relación («orden») del derecho vizcaíno con el derecho castellano, dejando claro –tal y como sería admitido en la práctica de las Chancillerías castellanas desde mediados del s. XVI frente a interpretaciones restrictivas como la del fiscal García de Saavedra– que:

«no solo en el señorío de Vizcaya, sino también en las chancillerías de Valladolid y Granada y en cualquier otra parte en que se hubiera de impartir justicia a los vizcaínos, no debería hacerse más que por aquel derecho y fuero vizcaíno, y a falta de este, debía pronunciarse como los pleitos de los reinos de España y Castilla»⁶⁶.

La Historia jurídica para la *Sacra Themidis*, actuaba como agente explicativo de la *diversidad hispana*, que, en el caso de Vizcaya, encontraba expresión en el propio FN a través del que deducía que ya «en tiempos antiguos» habían tenido «fueros y leyes consignados por escrito». Se trataba, sin duda, del Fuero Viejo (1452) que Cortés/Frankenau no decía conocer sino a través del FN, describiéndolo como un «cuerpo» [normativo] de «tiempos sencillos», redactado «al arbitrio de hombres buenos», por carecer el Señorío de jurisconsultos; un libro que el corregidor habría entregado en 1526 a los juristas encargados de reformarlo, sin que nunca llegase a imprimirse.

No se piense, sin embargo, que en la diversidad no encontraba Juan Lucas Cortes/Frankenau una cierta unidad jurídica peninsular previa⁶⁷. La referencia originaria más antigua no era, sin embargo, como en el *Escudo*, el período anterior a Roma –y esto resultará fundamental para los juristas posteriores– sino el

⁶⁵ «*sufficiat affirmasse eos vel ex omnibus illius monarchie regnorum ac ditionum civibus et subiectis maxims gaudier privilegibus liberrimosque vivere*» (*Ibidem*, p. 460, n° XVII).

⁶⁶ «*ut non modo in dominio Biscajae, sed et in cursis supremis, Vallisoletana ac Granataniensi et ubicumque alias jus Biscainis dicendum foret, non id secundum aliud ac idem illis Biscainum jus ac forum fieri debita; eo autem deficiente secundum Hispaniae ac Castellani regnorum lites pronunciandum sit; conf. Praefatio et Lex 3, Tit. 36*» (*Ibidem*, p. 458, n° XVI).

⁶⁷ La continuidad con respecto al período visigodo se presentaba, de hecho, como exclusivamente castellana, a través de Partidas, vid. VALLEJO, J., *De Sagrado Arcano*, *op. cit.*, pp. 437-439.

derecho visigodo –el punto de partida, en general, de los juristas dieciochescos favorables a la afirmación del poder regio de la nueva dinastía ya desde Melchor de Macanaz, como introductor de la idea⁶⁸–, entendiendo que en cuanto a las «*leyes y estatutos*» vizcaínos –la denominación es relevante–, «no hay duda de que ellos vivieron primero sometidos a las leyes godas», pues «no pude –afirmaba Frankenau– encontrar leyes escritas o impresas de antes de la época del emperador Carlos V, excepto las generales gótica e hispánica»⁶⁹.

La definición histórica de la Monarquía hispánica –o vicaria– se fundamentaría de hecho, en el s. XVIII, en la negación oficial de aquello que se pretendía excluir: los derechos considerados extranjeros, esto es, las decretales pontificias y el *ius ciuile*, lo que se concretaba en una dimensión *ad extra* que pasaba por la afirmación de las regalías de la Corona mediante la exaltación transformadora de la ley regia –que de categoría, como explica J. Vallejo, pasa a considerarse, en esta época, como «realidad presente»⁷⁰–. Y en sus orígenes, en el caso hispano, no parecía haber otra referencia primigenia que el *Liber iudiciorum* visigodo, traducido/adaptado en el s. XIII al castellano como *Fuero Juzgo* o *Libro iulgo*⁷¹, presentado como mera continuación de aquel.

En él se encontraba además el instrumento con el que afirmar el carácter de «reino civil» –con importantes precedentes napolitanos como la *Istoria civile* de P. Giannone–frente a Roma, que tanto interesaba a la Monarquía borbónica y que tendría su manifestación más temprana en la «Historia civil» de Fray Nicolás Belando (1740-45), retirada significativamente de la circulación por la Inquisición⁷². A ello contribuirían además los Autos Acordados ya citados que ponen de manifiesto la pretensión del Consejo de Castilla de reducir lo dilatado de los

⁶⁸ Parecen haber sido las lecturas galicanas de Melchor de Macanaz, en especial, Gerard Dubois, las que le llevarían a reivindicar «para la monarquía visigoda y para Alarico la sucesión pacífica, convenida y consentida del impero romano en España y las Galias» [MALDONADO MACANAZ, J., Noticia biográfica. En MALDONADO DE GUEVARA, F., *Melchor de Macanaz. Testamento político. Pedimento fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, pp. 1-89, p. 64.

⁶⁹ «Quod ergo leges et statuta seu, ut ipso loqui amant, foros et privilegia eorum adinet, eos primum Gothicis semper legibus obnoxios vixisse dubium non est, nec alias successu temporis et sub Castellae regibus ac iisdem et Castellae iuribus aliqua ex parte paruisse suspicamur; nullas tamen ante Caroli V imperatoris tempora reperire mihi licuit leges scripto traditas aut typis impressas, que alias ac generales Gothicae Hispanicaeque fuerint» [FRANKENAU, G. E. [LUCAS CORTÉS, J.], *Sagrados Misterios*, *op. cit.*, p. 452, n° 10.

⁷⁰ VALLEJO, J., *De Sagrado Arcano*, *op. cit.*, p. 426.

⁷¹ Sobre la adaptación que el *Fuero Juzgo* supuso en realidad del *Liber iudiciorum* al derecho consuetudinario entonces dominante, vid. PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, Madrid: Universidad Complutense, 2004, v. II, pp. 790-792.

⁷² Vid. GARCÍA MARTÍN, J., 1707, los límites del orden. Ley y religión en los reinos *civiles* de Nápoles y España, *E-Legal History Review* 3 (enero de 2007), pp. 1-45, esp. pp. 32-33.

pleitos, evitando la cita de autores extranjeros con el fin de acortarlos («siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios Autores») y con ello, la construcción selectiva de una «tradición jurídica hispana» que estaría en la base de un «derecho común del reino»⁷³.

Así lo ponía de manifiesto el Auto de 1713 (A.A. 2.1.1 y Nov.R. 3.2.11), en el que claramente se indicaba cómo:

«las [leyes] civiles no son en España leyes ni deven llamarse assi, sino sentencias de Sabios que solo pueden seguirse en defecto de lei en quanto se ayudan por el Derecho Natural i confirman el Real, que propiamente es el Derecho Comun i no el de los Romanos...»⁷⁴.

Pero era necesaria también una dimensión *ad intra*, sobre la que si, como se ha visto, no dejaron de plantearse opciones de *Instituta* que contemplaban la diversidad peninsular, un cambio decisivo tendría lugar a partir de los años 40 –momento clave en el que se escribe el *Escudo*–. Resulta, en concreto, muy significativo que a la altura de 1744 no falten peticiones, entre los juristas ilustrados, de que se elaborase una *Instituta* «oficial».

Así lo manifestaba en un *memorial* dirigido al rey el abogado y miembro de la Real Academia de la Historia, Miguel de Medina y Flores, para quien «el medio único para remediar los males ponderados [la dependencia del derecho canónico-romano] es la edición de unas perfectas *Instrucciones hispánicas* (sic) publicándolas en nombre de nuestro Monarca». Este actuaría al modo de Justiniano o Alfonso X, lo que le permitía insistir en las bondades del género:

«Con este arbitrio hurtamos al Derecho romano los méritos que tuvo para introducirse en España y los que ha tenido para entrometerse en los reinos más políticos. Lo metódico y claro de esta especie de escritos, ayudando á la memoria hacen más retenibles las especies... Lo majestuoso y preceptivo de las voces, dándoles a entender que les habla el Príncipe les infunde con el respeto una alta idea de lo que profesan... Su artificiosa disposición y lo lacónico de su estudio hace correr la prosa por el dictado campo del derecho. En el estrecho campo de cien fojas se descubre toda la jurisprudencia, como en breve mapa

⁷³ Sobre el tema, GARCÍA MARTÍN, J., En los orígenes del Derecho comparado. Pierre Rebuffi (1487?-1557) y la creación de una tradición jurisprudencia salmantina en el comentario del derecho regio. En DIOS, S. de, INFANTE, J. y TORIJANO, E. (Coords.), *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca: Universidad, 2009, pp. 13-79, esp. pp. 75-76.

⁷⁴ *Tomo Tercero de Autos Acordados que contiene nueve libros, por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación, i van en él las Pragmaticas, que se imprimieron el año de 1723, al fin del Tomo tercero todos los Autos acordados del Tomo quarto de ella, i otras muchas Pragmatica, Consultas resueltas, Cedulas, Reales Decretos, i Autos Acordados, que se han aumentado*, Madrid: en la imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745 (facs.), Auto 2.1.2, p. 68.

por las claraboyas de los textos. En éstos, ó se encuentra para las dudas refugio, o en breves giros se notan las fuentes donde se han de beber las resoluciones. Y finalmente son el verdadero arte de la memoria para nuestros facultativos»⁷⁵.

La intervención gubernamental, por ello, habría de resultar decisiva. En primer lugar, con la pretensión no sólo legal sino también jurisprudencial de favorecer el estudio del «derecho patrio» en las Universidades y la cita de autores hispanos en las alegaciones jurídicas, para lo que la elaboración de una *Instituta* que definiese el «derecho común del reino» ajustándose a estos parámetros habría de resultaba obligado⁷⁶.

Y a ello contribuiría, sin duda, una cierta afirmación de la política propia de los Borbones españoles frente a Francia, que parece registrarse a partir de 1739⁷⁷.

Pero además, y en segundo lugar, resultaba decisivo el afán de perfilar una definición «oficial» de cómo debía entenderse la historia jurídica española. Es conocido, en este sentido, cómo el 3 de septiembre de 1750 Fernando VI creó una *Comisión* de estudiosos encargada del reconocimiento de archivos y bibliotecas con el fin de recabar información sobre la historia eclesiástica española, aunque desde 1752 se amplió a los archivos civiles. La finalidad era fundamentar teóricamente el llamado regalismo⁷⁸ –la defensa de las regalías del monarca hispano respecto al Papado en plena disputa con Roma sobre el Patronato Universal–, cuando se estaba negociando con la Santa Sede el Concordato de 1753⁷⁹.

Al frente de esa Comisión de Archivos, estaba el jesuita Andrés Marcos Burriel (1719-1762) que, como coordinador, debía informar puntualmente al

⁷⁵ MEDINA Y FLORES, M., Representación que para promover el estudio del derecho Español y facilitar su observancia, hace al Rey Nuestro Señor, que Dios guarde, por medio del Excmo. Sr. Cardinal de Molina, Obispo de Málaga y Comisario general de la Santa Cruzada y Gobernador del Consejo, el Doctor Miguel de Medina y Flores, Abogado de los Reales Consejos de el Colegio de esta Corte y Académico de numero de la Academia Real española de la Historia, 1744, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52 (1878), pp. 353-367 y 481-495, pp. 486-487.

⁷⁶ PESET, M., El Derecho romano, *op. cit.*, p. 310. Es significativa la identificación que, conforme a este autor, se hace en esta época entre los intereses de los Colegios mayores y el mantenimiento del derecho canónico y romano en la práctica judicial, frente al interés ilustrado de introducir en la Universidad las cátedras de «derecho patrio» (p. 313).

⁷⁷ FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P., Dinastía y comunidad política, *op. cit.* pp. 512-513.

⁷⁸ GÓMEZ GÓMEZ, M., Crítica histórica y archivos. El caso de España en el siglo XVIII, *Historia, Instituciones, Documentos*, 12 (1985), pp. 199-231, pp. 217 y ss.

⁷⁹ STIFFONI, G., Conciencia histórica e historiografía. En STIFFONI, G. (ed.) *Intelectuales, Sociedad y Estado. La época de los primeros Borbones*. II. La cultura española entre el Barroco y la Ilustración (circa 1680-1759). En *Historia de España de R. Menéndez Pidal*, Madrid: Espasa Calpe, 1985, v. 29, pp. 300-345, p. 324.

Ministro de Estado, José Carvajal y Lancaster, de lo que se fuese encontrando. La Comisión duraría hasta 1756, cuando la llegada de un nuevo Ministro de Estado, Ricardo Wall, hizo que Burriel se viese obligado a entregar al gobierno todos los manuscritos relativos a la Comisión –había transcrito unos 2.000 documentos–, que hoy se conservan en la Biblioteca Nacional.

Entre ellos, y por lo que aquí interesa, destacan unos comentarios manuscritos, que creo atribuibles al propio Burriel, sobre la historia jurídica vizcaína que ya F. Elías de Tejada, aunque considerándolos anónimos, manejó⁸⁰.

La caracterización jurídica que Burriel hace en ellos del derecho vizcaíno, desde perspectiva regalista, resultaría decisiva para la posterior consideración que otros autores harían del mismo, en especial los aragoneses Ignacio Jordán de Asso y Miguel De Manuel⁸¹, autores, como es sabido, de la *Instituta* castellana (1771) de más difusión no sólo en España sino en Europa –sobre la que se volverá–, como consecuencia de su traducción al inglés a principios del s. XIX⁸². En línea interpretativa con los *Sacra Thémidis Arcana* el momento originario de la historia jurídica española, era, para Burriel, el reino visigodo, presentando el *Liber Iudiciorum*, –con su continuación medieval en el *Fuero Juzgo*–, como un texto jurídico territorial de una Hispania uniforme –el ideal en la época⁸³–, lo que no dejaba de tener decisivas consecuencias en su consideración del derecho vizcaíno:

«Que Vizcaya se governo en tiempo de los Godos por el Código visigótico –afirmaba– no parece disputable. Que después de la invasión de los sarracenos se conservaron las mismas Leyes a lo menos como usos y costumbres, aunque corrompidas en parte, como sucedió en todo España, tampoco merece duda; y por consiguiente el origen de las costumbres de Vizcaya se debe sacar de las leyes Godas»⁸⁴.

⁸⁰ Se trata de BNE, Ms. 13080. Vid. ELÍAS DE TEJADA, F., *El Señorío*, *op. cit.*, p. 39.

⁸¹ Sobre ello, CLAVERO, B., *Leyes de la China: orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, *AHDE* (1982), pp. 193-221, p. 196, n. 9.

⁸² JORDÁN DE ASSO, I. y MANUEL, M., *Institutes of the civil law of Spain. Translated from the Spanish, with notes, an appendix and index by Lewis F. C. Johnson*, Londres: Joseph Butterworth and Son, 1825, a partir de la 6ª edición española de 1805.

⁸³ «... nuestro derecho de Castilla, lejos de darse como favor á Provincias beneméritas, se ha dado como castigo à Provincias conquistadas, á quienes se derogaron sus Fueros (sin que por esto deba yo de creer con el señor Sandoval, á el principio de la historia de Don Fernando Magno, que fuera bien que todas las Provincias de la Monarquía de España fueran una en gentes, leyes y costumbres, con que los Reyes fueran mas poderosos, y los corazones de sus vasallos uno, y así el reyno invencible» (BURRIEL, A. M., Carta del Padre Burriel a Don Juan de Amaya. En *Cartas eruditas y críticas del P. Andrés Marcos Burriel, de la extinguida Compañía de Jesús, dalas a luz don Antonio Valladares de Sotomayor*, Madrid: en la Imprenta de la Viuda é Hijo de Marin, [s.f.] p. 46).

⁸⁴ BNE, Ms. 13080, f. 251.

La afirmación, en este sentido, de las leyes visigodas como origen del Derecho hispano vendría a coincidir con la visión de ministros ilustrados tan relevantes como Campomanes, quien, con pretensiones políticas, encontraba en la monarquía goda convertida al catolicismo la referencia primigenia de un poder político independiente tanto del Imperio como del Papado, suscribiendo, asimismo, la continuidad, por vía consuetudinaria, de la legislación visigoda durante el período medieval⁸⁵.

Lógicamente esta visión de la historia oficial no podía sino chocar, tanto con la que propugnaba la diversidad como la del *Escudo*. Este, por su parte, tras una amplia argumentación en la que negaba la dominación romana de Vizcaya⁸⁶, procuraba pasar de puntillas por el período visigodo –eso sí, con acopio de autoridades: Landeras Puente, Henao, Juan Gutiérrez–, defendiendo que sólo tras la conversión al catolicismo de los visigodos, los cántabros decidieron aceptar la amistad y protección de los reyes godos, aunque «preservando siempre con ciertos pactos la pura observancia de los usos, costumbres, fueros, leyes y ritos»⁸⁷.

Pero si la incidencia de Burriel en situar en época visigoda el origen de una común legislación hispana tenía consecuencias para cualquier consideración que otros autores planteasen sobre el carácter consuetudinario del derecho vizcaíno, mucho más lo tendría otro argumento nuevo en la época: su interpretación de las Ordenanzas de Chinchilla de 1487⁸⁸, un cuaderno de penalidad agravada, dado por el corregidor García López de Chinchilla, en un momento de cruentos enfrentamientos entre las villas y la Tierra Llana, que servía a Burriel para argumentar a favor de la intervención legislativa regia en Vizcaya:

⁸⁵ «Porque la potestad real en todos los dominios de España, entonces divididos, siempre se mantenía alusivamente al origen de la Monarquía goda, de que todos derivaban... Sobre estos cimientos procedió la legislación sucesiva en todos estos reinos... siendo en aquellos fueros a variedad muy corta, de modo que en lo principal se pueden mirar como uno solo» [Recogido en GARCÍA HERNÁN, E., Construcción de las Historias de España en los siglos XVII y XVIII. En GARCÍA CÁRCEL, R., *La construcción de las Historias de España*, Madrid: Fundación Carolina-Marcial Pons, 2004, pp. 127-193, p. 184].

⁸⁶ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, n.º 65, p. 807: «Tan enajenados y separados como todo esto, estuvieron siempre los vascongados de los romanos. Prueba evidente de que nunca les estuvieran sujetos los que permanecieron en su lengua nativa, pues así como tomar la extranjera es señal de impero y sujeción, el retener la materna debe ser indicio cierto de libertad y exención. Si algún mando tuvieron los romanos, fue limitado, más que dominantes de confederados, supuesto –añadía citando a Juan Gutiérrez– que habían mandado por ley general, que los españoles usasen solo la lengua romana; y nunca quisieron tomarla los vascongados, porque no sufrían estar sujetos a Roma»

⁸⁷ *Ibidem*, n.º 77, pp. 814-815.

⁸⁸ Significativamente, en el inventario bibliográfico hecho tras la muerte de A. M. Burriel, por R. O. de 24 de junio de 1762, con el título *De los manuscritos pertenecientes a Su Majestad que se hallaban en el aposento del Reverendo padre Andrés Burriel*, figuraba como n.º 41 «un legajo sin cubierta que con-

«Por estas capitulaciones de el Licenciado Chinchilla, y su confirmación se restringieron algunas costumbres, usos y privilegios de Vizcaya; se castigó á algunos de los que turbaban la quietud publica por extender sus privilegios y mantener usos dañosos: se puso freno a la demasiada libertad y se mando que los Oidores y Juez Mayor tuviesen traslado de estas capitulaciones y que juzgasen por ellas, y estas son las que se citan en el Fuero impreso Ley 2. tit. 7 de los Juicios, y demandas con el titulo de Ordenanzas de el Licenciado Garci Lopez de Chinchilla. Merecen que se tengan presentes pues parece se pretende obscurecerlas. En nuestros días, viendo rehusado el cumplimiento de una provisión de la Chancillería, se les conmino con las penas de estas Ordenanzas, que llegan a la de muerte contra los que no obedecen las Cartas de S. M y de la Chancillería»⁸⁹.

El afán de Burriel por sacar a la luz estas Ordenanzas, que, como es sabido, sólo serían objeto de impresión por decisión regia en 1788⁹⁰, parece paralelo al interés que mostraría en dar a la imprenta el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, sólo publicado como tal –no como parte de la Recopilación de 1567–, en 1774, por las gestiones, fundamentalmente, de Ignacio Jordán de Asso, considerándolo Burriel («Nueva es, y dura parece esta conclusión», afirmarí el mismo) como «*derecho común español auténtico*, legítimamente promulgado, recibido, confirmado y al qual se debía estar en tercer lugar después de la Recopilación, y leyes de Toro, ante que á las Partidas, i que al Fuero Real»⁹¹. No resultaban superfluas estas ediciones, puesto que, como indica J. Vallejo, se trataba de «no perder la memoria del tenor originario de las normas, incluso de las recopiladas»⁹².

tiene cinco copias: la 1ª, sobre capitulaciones del Licenciado Chinchilla en Bilbao y las cuatro restantes sobre fueros de Vizcaya» GALENDE DÍAZ, J. C., Repertorio bibliográfico de la biblioteca del padre Burriel. En *Espacio, Tiempo y Forma. Historia moderna*, 8 (1994), pp. 241-268, p. 265 para la cita.

⁸⁹ BN Ms. 13080, f. 252.

⁹⁰ *Real Provisión de los Señores del Consejo en que se manda a la Diputación General del Señorío de Vizcaya, su Corregidor, y demás Justicias de él, observen como parte de los Fueros del mismo Señorío, el Capitulado, Concordia y Ordenanzas insertas, hechas por el Licenciado Garci-López de Chinchilla, de orden de los Señores Reyes Católicos, con lo demás que se expresa*, Madrid, en la Imprenta de Pedro Marín, 1788. Esta Real Provisión de 31 de mayo de 1788, a la que se añadía el Capitulado sería remitida por el gobierno al corregidor de Vizcaya para que la comunicase a todo el Señorío, ordenando que en la siguiente reimpresión del Fuero se incorporase en ella, lo que nunca se cumplió. Vid. GÓMEZ RIVERO, R., *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*, San Sebastián: Diputación Foral de Guipúzcoa, 1982, p. 19.

⁹¹ Recogido en CONDE NARANJO, E., *Medioevo Ilustrado. La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*, Sevilla: Universidad, 1998, p. 70.

⁹² VALLEJO, J., El Fuero Real bajo las luces o las sombras de la edición de 1781. En IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *Estat, Dret i Societat al serle XVIII. Homenaje al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona: Associació Catalana d'història del Dret «Jaume de Montjuïc», 1996, pp. 611-643, p. 638.

La edición de ordenamientos y ordenanzas respondía, por tanto, a la pretensión del jesuita de construir un *derecho patrio*, sacando a la luz normas olvidadas. En definitiva, un «derecho común hispano», que iba a chocar, como se ha indicado, con la pretensión del *Escudo*, de construir un *derecho común de la provincia* en torno al *Fuero Nuevo*, más acorde con la diversidad peninsular de la que partían las *Instituta* de la primera mitad de siglo.

Sin duda, sería la relevancia que el debate sobre la trascendencia de las Ordenanzas de Chinchilla empezaba a tener en la Corte –y que tendría entre los juristas proclives a la ley regia como fuente fundamental⁹³–, lo que llevaría a Fontecha y los consultores a publicar en un capítulo específico del *Escudo* parte de su contenido (nº 213-221), sin cuestionar su vigencia, pero interpretando –la defensa de la *interpretatio* del FN como atributo del Señorío es, como se verá, uno de los objetivos fundamentales del *Escudo*–, que las Ordenanzas, por vía de excepción («cuando el Príncipe verdaderamente entienda ser conveniente a su servicio y a la buena administración de justicia de las villas y ciudad»), habían extendido la jurisdicción del Corregidor a las villas, pero para establecer una regla general: «que se guarden los privilegios y no les sea dado ni deban admitir otro, ni más juez foráneo, por estar limitada la convención a solo uno»⁹⁴.

Y, sobre todo, de la propia redacción del FN, que prescindía del Capitulado de Chinchilla, podía deducirse la exclusión en Vizcaya de otro juez foráneo, que no fuese el Corregidor:

«sin nominar las Villas y Ciudad, por no haber sido de fuero, uso ni costumbre, que en ellas hubiese juez foráneo, ni tampoco se dijo que en adelante hubiese de haber corregidor en ellas, sin embargo que había precedido la convención del licenciado Chinchilla el año 1487, porque el ponerle o no, había quedado al arbitrio del Príncipe»⁹⁵.

La interpretación de Burriel, sin embargo, iba más allá, hasta cuestionar el carácter de ley del propio FN, lo que chocaba frontalmente con la referencia

⁹³ «Al impreso de los fueros, ó costumbres de los Vizcaínos están mandadas añadir las declaraciones que los Señores Reyes Católicos hicieron de resultas de la pesquisa del Licenciado Chinchilla de su Consejo, cuya publicación es muy necesaria para la conservación de los derechos de la Corona, y debida práctica de estas leyes ó usos municipales en Vizcaya» [SANZ Y COSTANZO, A. F., *Glosa expedita ó Índice General de la Nueva Recopilación, en la qual se demuestran por el orden y metodo de la glosa puesta en las ediciones de 1745, 1772 y 1775...* Madrid: Joachin Ibarra, Impresor de Camara de S. M., 1779, p. XV].

⁹⁴ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, nº 222 y 223, pp. 902-903.

⁹⁵ *Ibidem*, nº 224, p. 903.

voluntarista –en tanto sancionada por el propio rey– de la que partía el *Escudo*, que defendía la interpretación «al pie de la letra» del mismo⁹⁶.

Para el jesuita, por el contrario, la confirmación que Carlos I había hecho del Fuero de Vizcaya en 1527 no había sido «*in forma especifica*» sino meramente «*in forma comuni*», subrayando que no había tenido en cuenta la norma anterior que a él le interesaba rescatar del olvido, las Ordenanzas del Corregidor Chinchilla:

«Sobre lo que se nota que el Fuero presentado, caso de ser impreso, no fue el confirmado por los Reyes Catolicos antes de las Ordenanzas de Chinchilla, si no el reformado: por lo que las preces fueron *obreticias*, diciendo lo avían confirmado los Reyes, cuando se acababa de hacer en el año antecedente. Los Reyes han confirmado lo que sus antecesores, y assi no es seguro que todo lo que esta escrito en el fuero impreso, se debe observar a bulto; pues lo que hizo el Lic (do) Pedro Giron de Loaisa año de 1526, quitando y añadiendo, puede ser contrario a las Ordenanzas del Lic(do) Chinchilla, y no estar antes confirmado *in forma especifica*, ni incluido en otro fuero lo que se añadió y altero»⁹⁷.

Paradójicamente, lo que pone de manifiesto esta crítica es que, frente a lo que podría parecer, la ley posterior sancionada por el rey podía, aún en el s. XVIII, no ser la fuente fundamental a ojos de los ilustrados sino los propios criterios del *ius commune*, cuando no criterios fundamentalmente políticos.

La constatación, de hecho, puede observarse, en un jurista de la relevancia de R. Floranes, quien tras atribuir a A. de Acevedo una «soberbia mayor» que a J. Gutiérrez en su crítica a las tesis del Fiscal Juan García de Saavedra sobre la necesidad de prueba de la nobleza vizcaína, seguía considerando una cuestión debatida si FN 1.16 («Que todos los naturales, vecinos y moradores de este dicho Señorío de Vizcaya... eran notorios Hijosdalgo») era una norma meramente enunciativa (súplica del Señorío al rey) o dispositiva:

«en medio del eficaz y extraordinario cuidado que se puso en suprimir y tildar hasta no dexar rípio ni memoria de ello, quanto avia escrito este Fiscal togado de la Chancillería en orden á la Nobleza Vizcaína, todavía lo primero quedó existente lo contenido al nº 26 de la Glos. 7 en que se agita acérrimamente

⁹⁶ *Ibidem*, nº 239, p. 912: «Por el tenor de ellas [las leyes del FN] se ve, que son muy diversas de las universales de la Monarquía, y que su inteligencia, y practica ha de ser al pie de la letra, como dispone la décima tercia del Titulo siete: no depende de subtileza ni ápices de derecho como lo acredita la tercera del título treinta y seis; sino del uso y estilo que fue el que las estableció, y en que regularmente deven estar mas bien instruidos los Juezes nativos, y Ordinarios, que los Delegados».

⁹⁷ BN Mss. 13080, f. 252 v. A lo que añadía la referencia a las alteraciones sufridas en el Fuero con ocasión de su reimpresión en 1577 y 1704: «En el año 1577 se reimprimió el fuero [y dicen los que conocen lo de Vizcaya que se alteraron algunas cosas y assi no parecen fueros de la primera impresión. En el año 1704 se hizo la impresión que tenemos, y esta se puede cotejar con la segunda].

aquella question si es ley decisiva ó mera suplica que hazia el Señorío a su Soberano Carlos V, la que se lee en la 16 tit. 1º del Fuero sobre que el Gutiérrez intento responderle desde el nº 39 de dichas sus 99 practicas 17 y 18... el Señorío en esta parte no obtuvo su pretensión y que el Consejo estimo ser una question problemática en que cabia la disputa y decir cada uno simplemente su parecer»⁹⁸.

La «Historia patria», en definitiva, a diferencia de lo ocurrido en Escocia, se revelaba como objeto principal de debate por su valor discursivo en el propio s. XVIII. Se trataba de la interpretación extensiva o restrictiva del Fuero respecto al poder regio a partir de la historia de su formación, que necesitaba ser explicada –la finalidad de la *Instituta*– y para ello el poder central no iba a admitir otra versión que la oficial. Lo que explica la recogida de los ejemplares del *Escudo* de la que sería objeto en 1767 puesto que, como ha hecho notar J. Arrieta, la clave era el tratamiento que hacía de determinados «asuntos de estado» –jurisdicción, ejercicio del pase foral, etc.– de modo que «toda la aportación de datos históricos, ligados con detalle y coherencia, tiene como fin la demostración de un principio político: el de la relación contractual entre la comunidad y el príncipe, sometido este a límites y condiciones»⁹⁹.

En este contexto, una *Instituta* ilustrada acabaría adquiriendo carácter «oficial» en la España dieciochesca: las *Instituciones de Derecho civil de Castilla* (1771) ya citadas, que se convertirían, conforme a los planes de estudio respectivos, en libro de texto con el que estudiar el «derecho patrio» en las Facultades de Derecho de las Universidades de Granada o Valencia (1787), y lo hacía «sin omitir –se decía en el de esta última– la introducción que da una breve noticia histórica de nuestra legislación»¹⁰⁰.

La disposición de estas *Instituta*, divididas en personas, cosas y acciones, se apartaba de las surgidas durante la primera mitad de siglo, que conservaban la forma de concordancias entre *ius commune* y derecho patrio. Ahora, por el contrario, en el último tercio de siglo, aun sin prescindir del derecho canónico-romano, tenderían a identificarse o presentarse como *derecho patrio* en exclusiva (incluyendo, con sentido unitario, a la Corona de Aragón)¹⁰¹, pero, en ellas

⁹⁸ BN Mss. 11179, FLORANES, Rafael, *Memorias históricas de varios Jurisconsultos celebres del siglo XV y de algunos Cuerpos de legislacion...* [posterior a 1785-86], ff. 62 v.-63 v.

⁹⁹ ARRIETA, J., Estudio introductorio. En FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, p. 621.

¹⁰⁰ PESET REIG, M., Derecho romano y derecho regio, *op. cit.*, p. 334. Sería también el libro recomendado en el Plan Caballero en 1807 que dedicaba el quinto año «a la Historia y elementos de del derecho español». Vid. MARTÍNEZ NEIRA, M., Los orígenes, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰¹ PESET REIG, M., Derecho romano y derecho regio, *op. cit.*, p. 333.

—de forma significativa— la parte histórica no resultaba excesivamente extensa, como en Prieto y Sotelo.

No obstante, la *introducción histórica*, fundamentada en buena media en los manuscritos de Burriel —aunque también en A. Navarro de Larreátegui y G. Henao—, objeto de ampliaciones y revisiones posteriores por los propios autores, trataba de poner de manifiesto cómo el FN («*Fueros del Estado de Vizcaya*») no tenía más antigüedad que el *fuero municipal* por excelencia dado a las villas vizcaínas, el *Fuero de Logroño*:

«Vizcaya estuvo muchos años baxo el gobierno de sus Señores particulares bien que estos siempre fueron feudatarios de los Reyes de Leon ó de Castilla, y aun de los de Navarra en ciertos tiempos... Sobre este principio nos persuadimos que los Fueros de Vizcaya traen su origen del pacto ó condiciones con que fue cedido aquel terreno á el expresado Don Diego López de Haro... no pueden tener más antigüedad... Los Personages anteriores a este Caballero... no fueron mas que unos meros Gobernadores en nombre de los Reyes á quienes prestaban obediencia... Si cotejamos varias Cartas pueblas de las Villas y Lugares de este estado concedidas por sus Señores feudatarios desde el expresado Don Diego, y por los Reyes sucesores, es fácil sacar por consecuencia, que las Leyes Vizcaynas fueron unas mismas con las del *Fuero de Vitoria*, concedido por Don Sancho el Sabio de Navarra año 1181, trasladadas de las del *Fuero de Logroño*, que tiene más antigüedad»¹⁰².

Esto es, aunque no hacían mención a las Ordenanzas de Chinchilla, que tanto interesaban a Burriel, insistían en la equiparación del Fuero de Vizcaya con un *fuero municipal (statuto)* —el *Fuero de Logroño*, que confesaban no haber visto— al modo de los concedidos por los monarcas a las villas, y como tal, modificable por ellos:

«Todas estas Cartas pueblas y otras que no han llegado á nuestra noticia prueban, que en Vizcaya sus Señores no ocurran á otras Leyes en aquel estado para dar á sus pueblos, que a las del Fuero de Logroño; lo que hace para mayor fundamento de lo que dejamos dicho arriba sobre las Leyes Vizcaínas»¹⁰³.

De ahí que sea muy significativo que el *Escudo* insistiera, frente a este relato, en negar el carácter estatutario del derecho vizcaíno para afirmar su condición legal y como tal la de «derecho común de Vizcaya», es decir, un derecho no sometido en su aplicación a un derecho externo¹⁰⁴.

¹⁰² Utilizo JORDÁN DE ASSO, I. y DE MANUEL, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid: en la Imprenta de Ramón Ruiz, 1792 (facs.), pp. XXXIII-XXXIV.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. XXXV-XXXVI.

¹⁰⁴ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo de la más constante*, op. cit., n° 438, p. 1013.

No era ésta la preocupación fundamental en el caso de Escocia, donde tras la *Union Act* de 1707, el Parlamento inglés apenas legisló respecto al derecho escocés, lo que permitió que éste se desarrollase, no a partir de un fuero o un libro de «legislación recopilada», sino de las sentencias de los tribunales escoceses, objeto de sucesivas colecciones, en especial, la *Court of Session*, a lo que además contribuiría, frente a lo que suele afirmarse, la ética política y la filosofía jurídica de autores como Adam Smith¹⁰⁵. ¿Era muy diferente la situación en el caso vizcaíno? Se intentará llevar a cabo, en las páginas que siguen, una caracterización de estos aspectos en los dos territorios.

II. LA PRÁCTICA DEL *IUS MUNICIPALIS* COMO *IUS COMMUNE* EN ESCOCIA

La historiografía jurídica escocesa se ha mostrado unánime, desde al menos mediados del s. XX, a la hora de considerar que a finales del s. XVII las obras de Stair y Mackenzie lograron consolidar un cuerpo doctrinal de derecho propio que oponer a las pretensiones de afirmación del poder regio de los Estuardo, que haría innecesaria incluso la «revisión y codificación» del derecho escocés proyectada por una comisión reunida en diferentes ocasiones entre 1681 y 1697, pero que no llegó a cuajar¹⁰⁶.

El punto de partida de la diferencia con el *common law* inglés hay que situarlo, en cualquier caso, conforme a una interpretación reciente, en la construcción, desde la Baja Edad Media, de un *common law* escocés a partir de los *Briefes* regios –semejantes a los *writs* ingleses– y una propia literatura jurídica del s. XIV (la *Regiam Majestatem* y la *Quoniam Attachiamta Regiam*), que toma como modelo el texto inglés de Glanvill¹⁰⁷.

Y, junto a ello, la creación a partir de 1532 de un tribunal escocés específico, la *Court of Session*, que si bien inicialmente actuaría con carácter subsidiario respecto al tribunal del Parlamento, logró desarrollar todo un procedimiento y una jurisprudencia, en buena parte fundamentados en el *ius commune* continen-

¹⁰⁵ CAIRNS, J. W, Ethics and the Science of Legislation: Legislators, Philosophers, and Courts in Eighteenth-Century Scotland, *JRE* 8 (2000), pp. 159-180, pp. 162, 171 y ss.

¹⁰⁶ SMITH, J. I., The rise of modern Scots Law 1660-1707. En VVAA, *An introduction to Scottish Legal History*, Edimburgo: The Stair Society, 1958, pp. 44-49.

¹⁰⁷ SIMPSON, A. R. C. The Scottish Common Law, c. 1124-c. 1500. En PIHLAJAMÄKI, H., DUBVER, M. D. y GODFREY, M., *The Oxford Handbook o European Legal History*, 2018, pp. 450-473, esp. pp. 467-469. Para este autor, en definitiva, «the medieval Scottish common law, while modeled on the English common law, was a rather distinctive legal system» (p. 470).

tal (en cuanto a la terminología utilizada y los autores citados), que no sólo no entraría en conflicto con el derecho local tradicional sino que lo reforzaría¹⁰⁸.

Esta influencia del *ius commune* –no tanto recepción, que supondría dar autoridad por sí a los autores citados– habría tenido lugar, por lo tanto con anterioridad a la unión dinástica de 1603 entre Inglaterra y Escocia bajo James VI (Jaime I de Inglaterra). Esto es, no habría empezado a producirse como un medio de preservar el derecho escocés frente al *Common law* inglés, puesto que la unión nunca conllevó la unificación jurídica –a pesar de que la percepción inglesa de la época habría sido la de una unión más estrecha que la existente entre los reinos de la Monarquía hispana¹⁰⁹–, sobre todo, en el ámbito del derecho privado, lo que hubiera conllevado la puesta en cuestión del sistema de propiedad de las élites escocesas¹¹⁰. Pero tampoco hubo unificación en el ámbito procesal y penal, como pone de manifiesto el mantenimiento de la tortura como medio de prueba en los tribunales penales escoceses para delitos graves como la traición y la sedición, y algunos comunes, frente al *common law* inglés, que la habría suprimido por razones más políticas que jurídicas¹¹¹.

Por el contrario, el origen de la influencia del *ius commune*, en opinión de W. Gordon, en la propia formación de los juristas escoceses, muchos de ellos –hasta al menos mediados del s. XVIII– estudiantes en universidades continentales, en especial holandesas, así como en la influencia de la doctrina jurídica en las decisiones de los tribunales escoceses, que más allá de aceptar o no una interpretación concreta habrían encontrado en ese derecho la fuente fundamental en la que buscar soluciones a nuevos problemas jurídicos, y no en el *common law* inglés¹¹². De ahí lo importante de la temprana existencia de colecciones

¹⁰⁸ GODFREY, A. M., *Ius commune, practick and civil procedure in the Sixteenth-Century Court of Session*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 72 (2004), pp. 238-295, pp. 284-287. Asimismo, SIMPSON, A. R. C., *Legislation and authority in early-modern Scotland* en GODFREY, A. M., *Law an Authority in British Legal History, 1200-1900*, Cambridge: University Press, 2016, pp. 85-119.

¹⁰⁹ Vid. al respecto, ARRIETA, J., *Forms of Union: Britain and Spain, a Comparative Analysis*. En ARRIETA, J. y ELLIOTT, J. H. (eds.), *Forms of Union: the British and Spanish Monarchies in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. *Revista Internacional de Estudios Vascos*. Cuadernos 5 (2009), pp. 1-176, pp. 23-52, esp. pp. 32-36 y 45-49.

¹¹⁰ CAIRNS, J. W., *Scottish Law, Scottish Lawyers and the status of the Union*. En ROBERTSON, John (ed.), *A Union for Empire. Political Thought and the British Union of 1707*, Cambridge: University Press, 2003, pp. 243-268, p. 248.

¹¹¹ La situación (política) respecto a la tortura como medio de prueba habría sido así la opuesta entre Escocia y Vizcaya durante el s. XVII, vid. MERINO MALILLOS, I. y GARCÍA MARTÍN, J., *Vizcaya atormentada. La interpretación del Señorío de Vizcaya sobre la exención de tormento en el siglo XVII*, con una breve comparación con el reino de Escocia, *Clio & Crimen* 15 (2018), pp. 143-173.

¹¹² GORDON, W. M., *The Civil Law in Scotland*. En GORDON, W. M., *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, pp. 324-339.

manuscritas de decisiones judiciales, obra de juristas privados, cuya difusión se mantendría en el s. XVIII¹¹³.

En este sentido, es claro que al mantenimiento del «derecho propio» escocés tras la Unión dinástica de 1603 habría contribuido, de forma decisiva, tanto la doctrina jurídica como la continuidad de la estructura institucional, ahora sin la presencia continua del rey. De hecho, entre 1603 y 1707 perviviría el *Parlamento escocés*, con capacidad legislativa en su ámbito territorial (*statutes*) frente al Parlamento inglés, el *Privy Council*, controlado por oficiales regios, encargados de la administración y la aplicación de las leyes, los *sheriffs* locales, por entonces auténticos oficios hereditarios a los que correspondía, entre otras funciones, la ejecución de los *writs* regios, los *royal burghs* (que se reunían regularmente en la *Convention of Royal Burghs*) y los *burghs of barony*, unos y otros con amplia autonomía. Y, por lo que al ámbito judicial se refiere, pervivieron también la citada *Court of Session*, con su propio *stylus curiae*, con jurisdicción en el ámbito civil o *private law* –que significativamente subsistiría tras la Unión de 1707–¹¹⁴, y la *Justiciary Court* o tribunal penal. Correspondía juzgar a los jurados, en un procedimiento similar, aunque no idéntico al de Inglaterra. Por lo que a la justicia local se refiere eran los *sheriffs* quienes reunían tanto la jurisdicción penal como la civil, y aunque los *burghs* mantenían su propio tribunal sólo el de Edimburgo excluía la jurisdicción del sheriff¹¹⁵.

Ambos aspectos, en definitiva, el recurso doctrinal al *ius commune* y el mantenimiento de las instituciones que definían a Escocia como reino, hicieron posible la pervivencia en el s. XVII del *ius proprium* escocés. No obstante, sólo en ese siglo puede decirse que la doctrina jurídica se esforzó en *ordenar* la relación entre las fuentes que conformaban ese derecho propio primero en la obra de Thomas Craig, *Ius feudale* (1590-1606), tardíamente impresa en 1655, y para el que no resultaba un problema incluir el derecho feudal entre las fuentes de derecho escocés, ya que Craig lo consideraba una especie de «derecho universal» al que hacía participar del derecho natural¹¹⁶; y más tarde, con los *institucionistas*,

¹¹³ WILSON, A. L. M., The Transmission and Use of the Collected Legal Decisions of Sir Richard Maitland of Lethington in Sixteenth-and Seventeenth-Century Scotland, *The Library*, vol. 19. n.º 3 (septiembre 2018), pp. 325-359. Agradezco a Imanol Merino el haberme facilitado una copia del texto.

¹¹⁴ GODFREY, A. M., Scotland: The Court of Session from its foundation to 1800. En RHEE, C. H. van y WIJFFELS, A., *European Supreme Courts. A portrait through History*, Londres: Third Millennium, 2013, pp. 180-197.

¹¹⁵ CAIRNS, J. W., Natural Law, National Laws, *op. cit.*, pp. 118-121 y CAIRNS, J. W., «Historical Introduction» to REID, K. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *A History of Private Law in Scotland. I. Introduction and Property*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 14-184, pp. 120-125.

¹¹⁶ Para J. W. Cairns «the construction of some of the titles of *Jus Feudale* in some ways resembles that of those of Stair's *Institutions*». Vid. CAIRNS, J. W., *The Breve Testatum* and Craig's *Jus Feudale*,

entre los que las posturas no resultarían unánimes. Conforme a la interpretación de J. W. Cairns¹¹⁷, podían reducirse a finales del s. XVII a dos:

La del vizconde de Stair, para quien debía darse preferencia a la *custombre* sobre la ley [del Parlamento] (*statutes*), costumbre que se plasmaba en las decisiones de los tribunales, en especial la *Court of Session*, lo que coincidía con su pretensión política de limitar la potestad del monarca por referencia a un derecho previo.

Y la de George Mackenzie –posiblemente la más extendida entre los juristas escoceses–, defensor de las prerrogativas del monarca, en especial en relación al Parlamento, que daba preferencia a los *statutes* procedentes de éste, como pilar fundamental del derecho escocés, dado su carácter jurídico-público. En última instancia, frente a las decisiones de los jueces, en las que Stair confiaba, que tenían el riesgo de la arbitrariedad, Mackenzie proponía seguir la *communis opinio* de los doctores del *ius commune*.

Así, la literatura institucionista, con continuidad en el s. XVIII, se revelaba fundamental para la definición del propio derecho escocés como *derecho común* del reino, conforme a la polisemia que el término presentaba ya en la Europa de la época¹¹⁸.

1. Ausencia de censura y dinámica textual de las *Instituta* escocesas

El *status* de reino independiente permitió a Escocia mantenerse al margen de la regulación inglesa en materia de imprenta, en especial el *Printing Act* de 1662, que reafirmaba un sistema de control que hacía compartir la censura y la concesión de privilegios a las autoridades regias y la *Stationers' Company*, la cual restringía a Londres, Oxford y Cambridge, los centros de impresión de libros¹¹⁹.

The Legal History Review 56.3 (1988), pp. 311-332, p. 317. «In sum –añade– *Jus Feudale*... is a work professedly giving a shape to the inchoate mass of Scots law by comparing it with, and setting it against, the general feudal law and the laws of other nations» (pp. 318-319).

¹¹⁷ CAIRNS, J. W. *Scottish Law, Scottish Lawyers*, *op. cit.*, pp. 256-259 y CAIRNS, J. W., *Natural Law, National Laws*, *op. cit.*, pp. 134-136.

¹¹⁸ Para la diversidad de situaciones a partir del concepto inicial de *ius commune* como derecho canónico-romano sujeto a la *interpretatio* de los juristas: CARVALE, M., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bolonia: Monduzzi Editore, 2005.

¹¹⁹ TREADWELL, M., *The stationers and the printing acts at the end of the seventeenth century*. En BARNARD, J. y MCKENZIE, D. F. (eds.), *The Cambridge History of the Book in Britain. Volume IV. 1557-1695*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 755-776, pp. 756-757.

En el caso escocés, donde no regía el monopolio londinense, dos instituciones no gubernamentales gozaban del privilegio de imprimir: la Iglesia y, sobre todo, los *Scottish burghs* (Aberdeen, Edimburgo y Glasgow), que desempeñarían un papel decisivo, por lo que aquí interesa, en la censura, licencia y regulación del comercio del libro incluso con ultramar, un sistema de control que recordaba más al holandés que al inglés¹²⁰, y que, en cualquier caso, lo alejaba del estricto sistema de control español.

Con todo, el predominio de la cultura manuscrita y el escaso desarrollo de la imprenta escocesa hasta mediados del s. XVII harían que sólo a partir de 1670 se empezasen a publicar colecciones de sentencias y casos en gran número¹²¹. Lo que coincidió con el establecimiento de impresores oficiales en las ciudades y las Universidades.

Se deberá a Stair en esos años la primera publicación impresa de decisiones de tribunales en Escocia, 2 volúmenes editados en 1683 y 1687 respectivamente¹²². Y de esa década son también las primeras ediciones impresas de *statutes* escoceses, de 1681 y 1682, obra de Sir Thomas Murray of Glendook, lo que permitiría a G. Mackenzie publicar unos años después sus *Observations on the Acts of Parliament* (1686). Es significativo que la labor de Stair y Mackenzie como editores de fuentes coincida con sus posiciones doctrinales enfrentadas en torno a la jerarquía de fuentes del derecho escocés, tal y como se ha expuesto.

Y no parece casual, desde luego, que fuese en esos años cuando se publicaron las primeras *Instituta*, –precisamente las de estos autores–, destinadas a la enseñanza, aunque con una vocación ordenadora del derecho escocés más marcada que en fechas posteriores.

La diferencia con respecto al *Escudo*, en cuanto a la libertad de imprenta, resultará, a este respecto, decisiva.

Es más, a lo que se asiste es a la sucesión de diferentes ediciones de *Instituta* tanto de la obra de Stair como de la de Mackenzie¹²³, con variaciones entre ellas, a veces relevantes, que ponen de manifiesto lo decisivo de cada coyuntura en la voluntad de ordenación presente en ellas.

¹²⁰ BEVAN, J., Scotland. En BARNARD, J. y MCKENZIE, D. F. (eds.), *The Cambridge History*, *op. cit.*, pp. 687-700, pp. 687-688.

¹²¹ *Ibidem*, p. 692.

¹²² *The Decisions of the Lords of Council and Session...observed by Sir James Dalrymple of Stair*, 1683, 1687.

¹²³ CAIRNS, J. W., The moveable text of Mackenzie: Bibliographical Problems for the Scottish Concept of Institutional Writing. En CAIRNS, J. W., *Law, lawyers, op. cit.*, pp. 498-513.

Tras el *Act of Union* de 1707 se aprobó para toda Gran Bretaña, en 1710, el *Copyright Act [Statute of Anne]* que, aunque tenía en cuenta a los autores, seguía manteniendo los privilegios de los libreros londinenses¹²⁴. Frente a ello, en el caso escocés, el monopolio londinense vendría quebrado por la capacidad que el propio *Copyright Act* otorgaba a la *Court of Session* de entender en las reclamaciones por piratería si afectaban a editores escoceses (cap. 21), lo que fue aprovechado por este tribunal para dictar dos resoluciones de 1747 y 1748 referentes a Escocia en las que se acababa con el carácter perpetuo del *copyright* –limitándolo a un período de entre 14 y 28 años–, si involucraba a escoceses. Ello permitió el desarrollo en Escocia, a partir de 1740, de una floreciente industria de reimpresión¹²⁵.

2. *Statuta y consuetudine* como fuentes del «derecho municipal» escocés tras el *Union Act* de 1707. La labor interpretativa de los tribunales y los juristas escoceses

La tendencia en Europa, a partir de finales del s. XVII, sería la de la definición legal de los territorios en el marco de un orden internacional que, entre la Paz de Westfalia (1648), la Paz de los Pirineos (1695) y el Tratado de Utrecht (1713), pretendería el mantenimiento en el tiempo de un supuesto «orden europeo» favorable al intercambio comercial –de ahí la importancia de la definición de los territorios y las fronteras– más que a la imposición religiosa¹²⁶.

En este contexto, la unión parlamentaria de 1707 –unión política, no jurídica, en especial en cuanto al derecho privado, que presenta importantes semejanzas en su definición legal con los Decretos de Nueva Planta españoles¹²⁷– introduciría a través del *Union Act* dos cambios decisivos que reflejan la tendencia a la afirmación de la ley como instrumento jurídico al inicio del s. XVIII:

¹²⁴ ROSE, Mark, Copyright, authors and censorship. En SUÁREZ, M. F. y TURNER, M. L., *The Cambridge History of the Book in Britain. Volume V 1695-1830*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 118-131, pp. 118-119.

¹²⁵ MCDOUGALL, W., The emergence of the modern trade. Copyright and Scottishness. En BROWN, S. W. y MCDOUGALL, W., *The Edinburgh History of the Book in Scotland. II. Enlightenment and Expansion 1707-1800*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2012, pp. 23-39, pp. 23-24 y 27-28.

¹²⁶ MALETTKE, K., Les traités de Westphalia (24 octobre 1648) et l'idée de l'ordre européen. Mythe ou réalité? En KINTZ, J.-P. y LIVET, G., *350e anniversaire des Traités de Westphalia (1648-1998). Une genèse de l'Europe, une société à reconstruire*. Estrasburgo: Presses Universitaires, 1999, pp. 161-173.

¹²⁷ ARRIETA, J., The Anglo-Scottish Union and the Nueva Planta. En DADSON, T. J. y ELLIOTT, J. H. (eds.), *Britain, Spain and the Treaty of Utrecht, 1713-2013*, Leeds: Legenda, 2014, pp. 40-45.

- (1) La capacidad del nuevo Parlamento británico para modificar las leyes escocesas (art. 18) si se entendía que contribuían al bien común de los escoceses, proponiendo la aplicación de las mismas normas en materia de comercio, costumbre e impuestos indirectos (*excise*)¹²⁸.
- (2) La resolución de las apelaciones por la *House of Lords*, ya que, si bien el art. 19 del Tratado aseguró el mantenimiento de los altos tribunales de justicia escoceses (la *Court of Session*, creada en 1532 y el *High Court of Justiciary* en 1672), debiendo dar cabida aquélla a 16 pares escoceses, nada se indicaba expresamente sobre las apelaciones, lo que fue aprovechado por la *House of Lords* para resolverlas recurriendo, en la práctica, al derecho inglés; una vía de influencia, sin duda, del *common law* en el derecho escocés a partir de entonces¹²⁹.

Todo ello habría contribuido, en la práctica –suele afirmarse– a alejar durante el s. XVIII el derecho escocés del *ius commune*¹³⁰, para aproximarlo al *common law*, un acercamiento que para algunos autores habría tenido lugar de forma espontánea desde antes de la Unión de 1707 en materias como el derecho penal y el derecho mercantil¹³¹.

Sin embargo, la historiografía tiende a hablar hoy de jurisdicción mixta para significar la existencia, durante el s. XVIII, de una doble influencia: del *ius commune* y el *common law*¹³².

De lo que no hay duda es del interés, tanto teórico como práctico, que los juristas escoceses empezaron a mostrar, tras la Unión, por el derecho inglés en relación con el propio derecho escocés.

John W. Cairns ha llamado la atención, en este sentido, sobre el significativo propósito, desde 1708, del abogado William Forbes, profesor desde

¹²⁸ «... all other Laws in use within the Kingdom of Scotland doe after the Union and notwithstanding thereof remain in the same force as before... but alterable, by the Parliament of Great Britain» [Cfr. SCULLION, D., The Union of 1707 and its impact on Scots Law, *Aberdeen Student Law Review*, 111 (2010) pp. 111-118, p. 112].

¹²⁹ MACLEAN, A. J., The 1707 Union: Scots Law and the House of Lords. En KIRALFY, A. y MACQUEEN, H. L., *New perspectives*, *op. cit.*, pp. 50-75.

¹³⁰ PATON, G. y CAMPBELL H., The Eighteenth Century and later. En VVAA, *An introduction*, *op. cit.*, pp. 50-63, p. 52

¹³¹ WIJFFELS, A. A British *ius commune*? A debate on the Union of the laws of Scotland and England during the first years of James VI/I's English reign, *Edinburgh Law Review* 6 (2002), pp. 315-55.

¹³² GORDON, W. M., Scotland as a Mixed Jurisdiction. En GORDON, W. M., *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, pp. 343-351, pp. 350-51.

1714 de *Civil Law* en la Universidad de Glasgow, de escribir un «complete body of the law of Scotland» en el que se pusiesen de manifiesto las similitudes y diferencias con el derecho inglés «with incident comparative views of the modern constitutions of other nations in Europe». No prosperó, sin embargo, el propósito inicial de Forbes, pero, como expuso en 1714, siguió pretendiendo enseñar en su cátedra universitaria:

«the Harmony, Analogy, and Differences betwixt the Roman Law, and the Law of Scotland; and also how far either of these Laws do agree with and differ from the Law of England»¹³³.

Entre los *institutistas* escoceses, J. Erskine, que tomaba como modelo la obra de G. Mackenzie insistía, en la segunda mitad del s. XVIII, en recordar que, entre el derecho escrito (*statutory law*) se incluían los *Acts of Parliament*, pero aclaraba:

«not those only which were made in the reign of James I of Scotland, and from thence down to our union with England in 1707, but such of the British statutes enacted since the Union as concern this part of the United Kingdom»¹³⁴.

No obstante, las diferencias se hacían patentes fundamentalmente en el ámbito del derecho privado como la propia *Union Act* (art. 18) se había encargado de recoger, diferenciándolo del derecho público, pudiendo sólo este último ser modificado por el nuevo Parlamento británico:

«With this difference betwixt the Laws concerning public Right, Policy, and Civil Government, and those which concern private Right; That the Laws which concern public Right Policy and Civil Government may be made the same throughout the whole United Kingdom; but that no alteration be made in Laws which concern private Right, except for evident utility of the subjects within Scotland».

Se garantizaba así, en el propio Tratado de la Unión, el mantenimiento de un derecho privado particular escocés, que la doctrina a través de las *Instituta* –divididas en personas, cosas y acciones– se encargaría de consolidar.

Pero, significativamente, el afán de preservarlo encontraría en la costumbre escocesa, como «ley municipal» aceptada en los tribunales, la principal forma de identidad normativa reivindicada. Si, como ha puesto de manifiesto J. W.

¹³³ CAIRNS, J. W., *Scottish Law, Scottish Lawyers and the status of the Union*. En ROBERTSON, John, *A Union for Empire. Political Thought and the British Union of 1707*, Cambridge: University Press, 1995, pp. 243-268, pp. 243-244.

¹³⁴ Utilizo, ERSKINE, J., *Principles of the Law of Scotland. Fourteenth edition, containing extracts from the lectures of George Moir and notes by William Guthrie*, Edimburgo: Bell & Bradfute 12 Bank Street-William Maxwell & son London, 1870, n° 12, pp. 5-6.

Cairns, durante el s. XVII la referencia fundamental para un derecho escocés propio fue, en general, la legislación regia a través del Parlamento escocés, desde principios de ese siglo, juristas como Thomas Craig y John Skene reivindicarían fundamentalmente la costumbre, que identificaban –J. Erskine es un buen ejemplo¹³⁵– con la práctica de las decisiones del tribunal supremo en Escocia (*the Session*), como la fuente fundamental.

Además, la *consuetudine* podía acabar siendo derogada por la *desuetudine*, lo que tampoco aseguraba que los estatutos por el hecho de serlo se mantuviesen en vigor, si no contaban con la sanción de los altos tribunales. En todo caso, esto se refería exclusivamente al derecho privado¹³⁶ –el fundamento último de la diferencia escocesa–.

Eran éstas, en última instancia, las bases de la peculiaridad escocesa como *municipal law*, –el concepto rechazado en Vizcaya– que venía inscrito, a su vez, por las *Instituta*, en el más amplio del *ius naturale*, y, junto a ello, en el recurso al *ius commune* (*civil and canon law*) de gran influencia en Escocia, a decir de J. Erskine, de modo que:

«The powers exercised by our sovereigns and our judges have been justified upon no other ground than that they were conformable to the civil or canon laws»¹³⁷.

En la tesis de J. W. Cairns, la clave del mantenimiento del derecho escocés habría radicado, no en sus fuentes, sino en su construcción como cultura jurídica propia fundamentada, desde Stair, en la primacía del derecho natural en su dimensión internacional (*ius gentium*) sobre el derecho municipal –y en este sentido más abierta que el derecho inglés–, como forma de preservar este último:

«Scots lawyers' location of their law within the context of natural law and the law of nations in the late seventeenth and early eighteenth centuries was not limited to academic or theoretical treatises; it will be shown that the procedures of the courts required lawyers to place Scots law within this framework and to

¹³⁵ «A uniform tract of the judgements or *decisions* of the Court of Session is commonly considered as part of our customary law; and, without doubt, where a particular custom is thereby fixed or proved, such custom of itself constitutes law: but decisions, though they bind the parties litigating, have not, in their own nature, the authority of law in similar cases: yet, where they continue uniform, great weight is justly laid on them» [ERSKINE, J., *Principles of the Law of Scotland, op. cit.*, n° 17 p. 8].

¹³⁶ «But this power of custom to derogate from prior statutes is generally confined by lawyers to statutes concerning private right, and does not extend to those which regard public policy» [*Ibidem*, n° 16, p. 7].

¹³⁷ *Ibidem*, n° 15, pp. 6-7.

argue legal issues by referring not only to Scottish sources of law but also to the *ius naturale* and the *ius gentium*. Pleadings could thus discuss law using the language of the law of nature and nations¹³⁸.

Eso explicaría el mantenimiento del derecho escocés vinculado a las decisiones de los Tribunales en el s. XVIII, pese a la supresión del Parlamento propio

III. EL FUERO DE VIZCAYA COMO DERECHO COMUN DE LA PROVINCIA Y EL PROBLEMA DE LA INTERPRETATIO. LA DOCTRINA VIZCAÍNA EN LOS CONFLICTOS SOBRE LA IMPRENTA Y EL PASE FORAL

Como dos caras de la misma moneda, el *ius commune* –la construcción de los postglosadores– atribuía al soberano-legislador dos funciones asociadas: la de establecer (*condere*) y la de interpretar las leyes (*interpretare*), de modo que quien podía dictar y revocar leyes, podía también *limitare, derogare, excipere a lege*¹³⁹.

Ahora bien, durante los ss. XVI y XVII, el *ius interpretandi regio*, o lo que es lo mismo, la decisión regia en caso de laguna normativa en León y Castilla, a pesar de venir consagrada como cláusula de cierre del orden jurídico en las Leyes de Toro de 1505 (ley I), se había entendido siempre como excepcional (interpretación *necesaria*), recurriéndose en los altos tribunales, por lo general, en estos casos, a la *communis opinio* de los juristas del derecho común (interpretación *posible*)¹⁴⁰. En el caso de Vizcaya, eso había permitido que FN 36.3 estableciese su propio orden de aplicación del derecho: Fuero de Vizcaya, derecho castellano, *ius commune*¹⁴¹.

Conforme al *Escudo*, el hecho de que las leyes de Vizcaya hubiesen sido «establecidas por el pueblo o al tiempo de la elección de señor» y que hubiesen

¹³⁸ CAIRNS, J. W. *Scottish Law, Scottish Lawyers*, *op. cit.* p. 249.

¹³⁹ STOLLEIS, M., *Condere leges et interpretari*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁰ GARCÍA MARTÍN, J., Las Bibliotecas y las Alegaciones Jurídicas impresas de los abogados en Castilla (siglos XVII y XVIII). El problema de las *communis opinio*. En MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Historia de la abogacía española*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, v. I, pp. 717-765, esp. p. 722, a partir de Juan López de Palacios Rubios, Diego del Castillo y Francisco Bermúdez de Pedraza.

¹⁴¹ GARCÍA MARTÍN, J., El *Fuero de Vizcaya* en la doctrina y la práctica judicial castellanas. En ARRIETA, J., GIL, X. y MORALES, J. (coords.), *La diadema del Rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao: EHU/UPV, 2017, pp. 53-168, pp. 60-61 y ss.

sido sancionadas por el rey mediante juramento, impedía cualquier interpretación restrictiva de las mismas —el sentido último del concepto «derecho común de la provincia»—:

«sin embargo que esté proveído lo contrario por otra cualquiera ley positiva del soberano, la cual no será poderosa para dar *interpretación* extensiva ni restrictiva que pueda extender, limitar o corregir directa ni indirectamente lo que se halla ordenado en estos Fueros, porque demás de prohibirlo el derecho [la mención es a la doctrina jurídica: Cáncer, Crespí de Valdaura], lo resiste ley especial de este mismo Fuero [la 36.3]»¹⁴².

De ahí que el *Escudo* diera especial importancia a la *interpretación* que pudiera hacerse de las leyes de FN («*porque es acto aún de más potestad que el hacerlas*»), lo que tenía implicaciones para la soberanía tanto en lo uno como en lo otro, según se ponía de manifiesto:

«debe concurrir el requisito de que consientan los vizcaínos congregados solemnemente so el árbol de Guernica, y sin esta formalidad sustancial no se puedan alterar sus leyes y fueros»¹⁴³.

Los argumentos no respondían a una construcción doctrinal improvisada, habían sido expuestos ya en el s. XVII entre las alegaciones jurídicas impresas presentadas por el Señorío al rey, tras hacer uso del pase foral, en las que, a partir de Juan Gutiérrez, se llegaba a afirmar la posibilidad de que en defecto de ley del FN podía recurrirse —al modo navarro— no al derecho legal castellano —como establecía FN 36.3— sino directamente al *ius commune*:

«Permitase dezir que a el Señorío pudiera tocar la interpretación de sus fueros, pues el los ordeno, los estableció y forma en el tiempo que pudo, quando se encomendó al Rey Quintilla, antes de la perdida de España y después della a don Zuria y por vltimo a los señores Reyes de Castilla por ver sido la vnion del Señorío a estos Reynos *simpliciter principaliter*, como se presume, y se prueba de ayer siempre retenido el nombre de Señorío y sus antiguas leyes, fueros y costumbres y por esto en defecto de ley suya no se ha de recurrir a las destos Reynos, sino a las del derecho común»¹⁴⁴.

El panorama, no obstante, cambiaría en el s. XVIII, en el que aparece un nuevo factor: el rechazo al *ius commune* como «derecho extranjero». Porque la

¹⁴² FONTECHA Y SALAZAR, P. de, *Escudo*, op. cit., n° 84, p. 821.

¹⁴³ *Ibidem*, n° 85, p. 822.

¹⁴⁴ BN Ms. 4371, Licenciado don Juan José Morote Vázquez: *Querrela legal presentada por el muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya, a la magestad Catholica Real del Señor Don Felipe III. su Señor, Rey de las Españas, siempre Clemente contra El Licenciado don Ambrosio Areualo Sedeño de la Carcel, Teniente general de Corregidor del mismo Señorío sobre Quebrantamiento de algunos fueros*, ff. 123-147 r, ff. 128 r. y 128 v.

preocupación fundamental de los ilustrados sería asegurar el recurso al *derecho regio* como derecho supletorio del que la interpretación debía partir en los diversos territorios peninsulares.

La pretensión tendría consecuencias decisivas fuera de Castilla, en territorios como Cataluña y Navarra. Lo evidencian las afirmaciones, en 1747, del regalista T. Fernández de Mesa —en lo que no dejó de contar con la crítica severa de G. Mayans¹⁴⁵— al defender que Navarra y los reinos de la Corona de Aragón si bien no debían renunciar a sus «*leyes municipales*»:

«en falta de su propio derecho, juzgo que es inobservancia el no usar de estas leyes generales, é irse á buscar las estrañas... pues por el mismo Derecho Romano, en defecto de las propias leyes y costumbres y de lo que es á ellas consecuente, se debe seguir el Derecho que se guarda en la Corte. Y últimamente, parece que debieran seguir el Derecho de Castilla, por más inmediato y más conforme á las costumbres de los Reynos unidos por la mutua comunicación con la Corte de Castilla...»¹⁴⁶.

Una interpretación semejante encontraría eco asimismo en algún otro autor catalán de la segunda mitad del s. XVIII, favorable a la nueva actitud regia, quien además se vería obligado a hacer suya la censura regia de las obras doctrinales que lo interpretasen de otro modo¹⁴⁷.

En Cataluña, de hecho, el orden de prelación de fuentes recogido en una Constitució de Cort de 1599, sancionada por Felipe III (de Castilla)/II (de Cataluña), remitía no al derecho regio, sino al *ius commune* como derecho supletorio último y dentro de él daba preferencia, conforme a la doctrina de Tomás Mieres,

¹⁴⁵ «Me parece que no sabe U. M. que las leyes solamente obligan a aquellos súbditos a cuya obligación se enderezan; y por esso da U. M. a las de Castilla mayor extensión que la que tuvieron al principio, queriendo que obliguen en el Reino de Aragón, en el de Navarra i en el Principado de Cataluña» (MAYANS Y SISCAR, G., *Obras completas*, Valencia: Ayuntamiento de Oliva-Diputación de Valenca, 1985, v. IV, p. 522).

¹⁴⁶ Utilizo, FERNÁNDEZ DE MESA, T. M., *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen...* Madrid: en la Imprenta de Don Benito Cano, 1802, pp. 114-115.

¹⁴⁷ MUJAL ET DE GIBERT, J. A. de, *Noviter digestae Justiniani Institutionum juris et Patrii Catalauniae Annotationes, bene multis indicatibus fontibus ex quibus aquam haurire liceat*, Cervera, 1781, pp. 9-10, que se hacía eco de la *nota censoria* puesta por el Consejo de Castilla a la obra Cristófol de Potau (vid. n. 109), en el sentido de considerar subsidiario en Cataluña no el derecho canónico o el *ius commune* en general, sino el derecho regio castellano. Sobre esta obra y la de Cristófol de Potau, GAY ESCODA, J. M., Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Plangta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845). En CLAVERO, B., GROSSI, P., TOMÁS Y VALIENTE, F., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán: Giuffrè, 1990, t. II, pp. 805-865, p. 813].

al derecho canónico sobre el civil¹⁴⁸. Sin embargo, en el s. XVIII, el cambio de mentalidad generado con el Decreto de Nueva Planta de 1716 hizo que el poder regio pusiese en cuestión la vigencia de aquella Constitución, censurando incluso las obras doctrinales –necesitadas de licencia de impresión– que la considerasen en vigor, remitiendo reiteradamente a la decisión regia –el *ius interpretandi*– frente al derecho canónico¹⁴⁹, en lo que insistiría con posterioridad el conde Campomanes en 1768 –en el contexto del conflicto con Roma por el Monitorio de Parma y con él de la pretensión ilustrada de limitar la aplicación en España del derecho canónico¹⁵⁰–, aunque, como puso de manifiesto J. M. Gay Escoda, no parece que con éxito, ya que la práctica judicial siguió teniéndola en cuenta¹⁵¹.

Y por lo que a Navarra se refiere, resulta significativo que el erudito al que el poder real encargó la búsqueda en siglos pasados de normas y doctrinas favorables al *ius interpretandi* regio, el citado A. de Marcos Burriel, se propusiese resucitar una interpretación doctrinal del orden de prelación de fuentes minoritaria en el s. XVI, como era la del abogado navarro Juan Martínez de Olano, que servía mejor a los intereses regalistas que se pretendía defender¹⁵².

¹⁴⁸ PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, Madrid: Universidad Complutense, 2004, v. II, pp. 1485-86.

¹⁴⁹ Es el caso de la obra de Cristófor de POTAU i d'OLLER, *Articuli Iuris, in duas distributi Partes, in quibus forenses quaestiones...*, Barcelona: ex officina Caroli Sapéra et Jacobi Ossèt, 1759, a la que la *censura regia* obligaría a incluir respecto a la Constitución de 1599 la nota siguiente: «*Haec autem procedebant jure veteri, atamen jure novo ad Principem recurrendum est, et servir deben ea quae estantia sunt Regio Phelipi V die decimosexto January ando millessimo septemgentesimo decimosexto sive auto acordado sexto titul. 2 libr. 3 Collections Regiarum Constitutionum Hispaniae idemque observari oportet in his quae in hoc opone dicta sunt de ritibus et estilo Audientiae vetareis Cathaloniae que ad novas forma poenitus redacta tuit et hoc jure utimur*» [Recogida en GAY ESCODA, Josep Maria, Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Plangta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845). En CLAVERO, B., GROSSI, P., TOMÁS Y VALIENTE, F., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán: Giuffrè, 1990, t. II, pp. 805-865, pp. 812-814].

¹⁵⁰ «Quando las antiguas constituciones se establecieron, en Cataluña tenía sus Cortes y gobierno separado, pero actualmente es cosa muy diversa, porque aquella provincia hace una parte integrante de la Monarquía y de las leyes y usos generales de el Reino trascienden a ésta y demás provincias que la componen y lo demás sería someter la autoridad real a un derecho extraño e incompetente» [ALONSO, J., *Colección de las alegaciones fiscales del Excmo Señor Conde de Campomanes*, Madrid: Imprenta de Repullés, 1841, II, pp. 40-99 y 331-438].

¹⁵¹ GAY ESCODA, J. M., *Notas sobre, op. cit.*, pp. 833-836.

¹⁵² Martínez Olano, que partía de considerar la incorporación de Navarra a Castilla no como *acquae principaliter*, sino como *addictum* et *summissum*, -como accesión y sumisión- representaba una postura minoritaria en la doctrina jurídica navarra del s. XVI y, de hecho, sus argumentos iban dirigidos a no negar que en la práctica de los tribunales se recurriese habitualmente al *ius commune* como derecho supletorio sino a defender su pretensión de cambiar esa costumbre arraigada entre los jueces navarros para que recurriesen de forma supletoria al derecho castellano, como derecho del reino vecino (*proximum*), al que el reino navarro se había incorporado («*deficientibus legibus et consuetudinibus propriis*

Para Martínez de Olano, de hecho, la costumbre generalizada en Navarra de recurrir al *ius commune*, como derecho supletorio, que las Cortes de Pamplona de 1576 sancionaron como ley, debía ser sustituida por el recurso al derecho castellano como derecho supletorio, en tanto derecho del reino al que Navarra se había incorporado. Partiendo de esta interpretación, A. M. Burriel –como también luego Campomanes– aprovecharía para insistir en la importancia de indagar en el origen de la normas:

«á los Letrados de los reynos y Provincias, que dentro de España se gobiernan por su propio Fuero. Navarra, por exemplo (y lo mismo habrá de decirse de Vizcaya, Alava y Guipuzcoa) tiene su Fuero privativo. Sin embargo, un Juez y un Abogado de Navarra, después del Fuero, ¿qué deberá estudiar, saber y entender mejor? ¿El Derecho civil ó el Derecho de Castilla? Yo quiero que responda un insigne Navarro, noble y oriundo de Estella, qual fue Juan Martínez de Olano, que... en la larga y linda prefación de su obra supone bien (n. 13), contra Burgos de Paz, que *Ius commune non habet vim legis nec in Navarra...* Pasa luego á tratar si, faltando ley de Fuero de Navarra, debe el Juez y Abogado Navarro alegar uno, y sentenciar otro por Derecho Romano, ó por el de Castilla. Responde firmemente, que por el de Castilla; y lo prueba con vivisimas razones»¹⁵³.

La referencia a Álava, Guipúzcoa y Vizcaya ponía de manifiesto la semejanza que A. M. Burriel encontraba entre ellas y Navarra.

De hecho, no faltan menciones en el *Escudo* a la exclusión del derecho castellano a través de la *interpretatio* –como se ha visto ocurría en el s. XVII, cuando el FN adquiere su plenitud–, basando la argumentación, como cabía esperar, en el *ius commune* o, cuando menos, en comentaristas hispanos del mismo.

Así, por ejemplo, la referencia a la no aplicación en el Señorío tanto de *P[artidas]* 7.24.6 como de una ley de los Reyes Católicos de 1480, luego recogida en 1567 en *R[ecopilación]* 7.9.1, en las que, por una parte, se permitía a los conversos acceder «a todos los oficios, é las honras» y, por otra, daban libertad

alicuius provinciae, ius quod proximum ei est, tenentur servare»): una cuestión, en definitiva, política. Vid. GARCÍA PÉREZ, R. D., *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán: Giuffrè, 2008, pp. 103-106. MARTÍNEZ DE OLANO, J., *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris comunis ac regia Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, et quàmplurium legum regiarum, communiumque intellectus, et recta praxis causarum forensium explicantur. Cui additae sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, et regni Navarrae...* Burgos, 1575, *Praefationes eiusdem authoris*, nº 22.

¹⁵³ BURRIEL, A. M., Carta del Padre Burriel a Don Juan de Amaya. En *Cartas eruditas y críticas del P. Andrés Marcos Burriel, de la extinguida Compañía de Jesús, dadas a luz don Antonio Valladares de Sotomayor*, Madrid: en la Imprenta de la Viuda é Hijo de Marin, [s.f.], pp. 206-207.

de asentamiento a cualquier súbdito en cualquier parte del reino. Frente a ellas, el *Escudo* recordaba cómo el Señorío obtuvo de la reina Juana I el 8 de septiembre de 1511 una Real Cédula –el *ius interpretandi*–, luego inserta en FN 1.14, en la que se prohibía el asentamiento en Vizcaya, a diferencia del resto de los territorios de Corona de Castilla, de cualquier descendiente de judío o musulmán «por la distinción de fueros, leyes y costumbres, preservadas en la elección del Señor, para mantenerse en la pureza de la fe católica y conservar indemne la libertad y su infanzonía y nobleza de sangre...». En apoyo de esa argumentación el *Escudo* citaba al canonista aragonés Pedro Jerónimo Cenado y a Manuel Arredondo Carmona¹⁵⁴ –corregidor de Vizcaya en 1748–, autor en 1732 de un comentario a los Autos Acordados del Consejo de Castilla¹⁵⁵.

Pero también la inaplicación en Vizcaya de P. 2.11.1 y P. 3.20.7, referentes a la potestad exclusiva del monarca de fundar nuevas villas, cuando FN 1.8 consagraba como ley una *costumbre vizcaína*: la de la necesaria aquiescencia del Señorío para ello, a pesar de que «por derecho común y leyes del reino –aclaraba el *Escudo*–, sea una de las regalías reservadas al soberano la facultad de hacer poblaciones, unir y separar provincias y asignarles términos, por la contraria razón de ser del Príncipe los ejidos y baldíos»¹⁵⁶.

Es desde la defensa de un *ius interpretandi* específico de Vizcaya, desde donde se entiende que el *Escudo* se mostrase contrario a la consideración del Fuero de Vizcaya como mero *estatuto*, afirmando su condición de *derecho común de la provincia*, ya que, conforme a la doctrina jurídica del s. XVIII, favorable a la ley regia, el derecho particular, «a quien se da el nombre de Municipal o Estatutario»¹⁵⁷, debía siempre interpretarse, según J. F. de Castro, que escribe en 1765, en sentido restrictivo:

¹⁵⁴ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo, op. cit.*, p. 827, n° 93. Sobre los autores citados, vid. la nota comentada n° 267 de Jon Arrieta Alberdi.

¹⁵⁵ ARREDONDO CARMONA, E., *Senatus Consulta Hispaniae illustrata sive Commentaria ad Novissimas Recopilationis leges, prout extant in quarto tomo nuper adiecto, in quo Decreta Senatus Castellae (nostri Autos Acordados apellant) continentur*, Vallis-Oleti: ex Typographia Ildelfonsi a Riego, Universitas Typographi, 1729, Auto XXIV, p. 83, n° 39-42: «*Inter alia vero privilegia quibus Vizcaini gaudent, est illud, quod ne nobilitatis sua claritas in posterum arrumbretur, nequeat in sua Province Iudaeus, sive Sarracenus, quive ex infesta eorum radice proficiscatur admitti: et hoc per leg. 13 et 15 de el Fuero de Vizcaya quae confirmante per Regiam Schedulam que, et ibi inferitur et ita se habet: Doña Juana por la gracia de Dios...*».

¹⁵⁶ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo, op. cit.*, p. 835-836, n° 109.

¹⁵⁷ El concepto de derecho estatutario o municipal es muy amplio: «Este consiste en Ordenanzas que las comunidades particulares hacen para su dirección y gobierno. Ya sean ciudades ó villas, universidades, colegios, cabildos, iglesias, obisposados, provincias y otras sociedades eclesiásticas ó seculares» Utilizo, CASTRO, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra*

«sin que de ellos pueda salir á otros casos, aunque milite la misma ó superior razón, judaizando, segun expresión del Cardenal de Luca [*De Judiciis*, disc. 35, n. 66] en su letra los intérpretes. Este rigor se merecen bien los estatutos por desviarse de las leyes generales por donde se rige toda la sociedad»¹⁵⁸.

Frente a ello, el objetivo del *Escudo* –a partir del propio Cardenal de Luca– sería, como se ha visto, consolidar la interpretación más favorable al FN, «por no ser sus leyes de la naturaleza de los estatutos, sino que muy propiamente tiene concepto de derecho común de los vizcaínos, por haberlas establecido ellos en tiempo que no reconocían superior en lo temporal»¹⁵⁹.

Ello conllevaba, por otra parte, afirmar la unidad territorial vizcaína en torno al FN, pese a los conflictos, en ese siglo, con las Encartaciones¹⁶⁰. Así el *Escudo* recurría una vez más a la Historia para afirmar que, desde al menos el s. IX, la Merindad de Durango, «se ha conservado y conserva unida accesoriamente, rigiéndose en todo y por todo por las Leyes y Fueros del Señorío»¹⁶¹. Y añadía, basándose en Rodrigo Suárez, Antúnez de Portugal y Arredondo Carmona, que:

«en el Señor Don Juan el Primero se unieron a la Corona de Castilla, el Señorío de Vizcaya, las Villas, Ciudad, Encartaciones y Merindad de Durango, con las propias leyes, nativos fueros, usos y costumbres y privilegios que tenían antes de la unión, y que con esta calidad y no sin ella adquirió el Señorío, y en la misma conformidad le transfirió a sus sucesores»¹⁶².

En el s. XVIII el debate es, pues, el de la definición legal del *derecho supletorio* –en tanto regalía del monarca que excluye ahora al *ius commune*–. Lo que preocupa al poder regio es, no sólo el control de los textos normativos (la ley), sino también –o, sobre todo– sus comentarios (la *Instituta*). Ello explica el conflicto respecto a la impresión del *Escudo* y el pase foral, en la medida en la que puede ser un medio para limitar la efectividad de la ley regia en el Señorío. Veamos cada uno de estos dos aspectos.

la incertidumbre de estos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de derecho, para la recta administración de justicia, Madrid, Imprenta E. Aguado, 1829 (Ilustrada con las citas de la Novísima Recopilación) disc. IV, p. 102.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 104.

¹⁵⁹ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, p. 820, n° 83. Vid las notas comentadas por Jon Arrieta, n° 243 y 244.

¹⁶⁰ El conflicto traía causa de los siglos anteriores, vid. MONREAL, Gregorio, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el s. XVIII)*, Bilbao: Diputación de Vizcaya, 1974, pp. 252 y ss.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 828, n° 97.

¹⁶² *Ibidem*, p. 838, n° 113.

1. Costumbre e *interpretatio regiae*. La regalía de imprimir y la cuestión foral en el siglo XVIII

Desde que en 1528 Carlos I autorizase la impresión del *Fuero Nuevo* de Vizcaya, la preocupación del Señorío por controlar no sólo las sucesivas ediciones de éste sino también su distribución entre las distintas instituciones y autoridades se hace patente tanto en los propios gastos dedicados a ello¹⁶³, como en el salario pagado a sus impresores, que experimenta un ascenso desde 1722¹⁶⁴.

Consciente además de su importancia para la práctica judicial de los tribunales castellanos, el control trató de hacerse extensivo también a los comentarios impresos hechos al mismo. Prueba de ello, en el mismo s. XVI, es la revisión que sus consultores llevaron a cabo de los comentarios de los propios Juan Gutiérrez y Alfonso de Acevedo en lo referente a Vizcaya, exigiendo, en el caso del primero, en 1591, que, en su comentario a R. 2.2.8, no limitase la condición nobiliaria a los habitantes de la Tierra llana sino que la extendiese también a «los que biben en las villas y ciudad»¹⁶⁵. Asimismo, la respuesta, encargada por el Señorío a Andrés de Poza, al tratado del fiscal García de Saavedra referente a la necesidad de prueba de la hidalguía vizcaína, conflicto que se saldó, en cuanto al texto impreso, como es conocido, con la orden regia de 30 de enero de 1590, de expurgar la obra del fiscal en lo referente a Vizcaya, recogiendo para ello el libro original y los impresos¹⁶⁶ –el *Escudo* se encargaría de recordarlo insertando en él la real provisión (nº 345-346)–.

El control del contenido impreso antes de la aprobación regia resultaba fundamental a un doble fin: su aplicación literal en los tribunales superiores, en concreto en la Chancillería de Valladolid como fuero privilegiado de sus natura-

¹⁶³ MERINO MALILLOS, I., *Ayunos del Fuero*, *op. cit.*, p. 7 y ss. Sobre los gastos en la edición del FN y su distribución, así como los de dos obras doctrinales del s. XVIII, en especial el *Escudo* (en 1750 y 1762) vid. LÓPEZ ATXURRA, R. *La Administración fiscal del Señorío de Vizcaya (1630-1804)*, Bilbao: Diputación Foral, 1999, pp. 671-673.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 651-652.

¹⁶⁵ SESMERO CUTANDA, E., ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y LORENTE RUIGÓMEZ, A., *Juntas y Regimientos. Tomo V (1591-noviembre 1595)*, Bilbao, Bizkiako Batzar Nagusiak-Juntas Generales de Bizkaia, 1999, pp. 173-174. Vid. sobre la discrepancia entre el Señorío y Juan Gutiérrez en esta materia, MUÑOZ DE BUSTILLO, C., Estudio introductorio. En GUTIÉRREZ, J., *Fueros vascos: fundamentos de derecho (1593)*, Madrid: CEPC, 2006, pp. CXIV-CXV.

¹⁶⁶ «hagáis recoger y recojáis el dicho libro original y los que por él se hubiesen impresos que se hallaren en vuestra jurisdicción hechos por el dicho Juan García nuestro fiscal... y ansi recogidos los hagáis enmendar y enmendéis» [LABAYRU, E. J., *Historia general del Señorío de Bizcaya*, Bilbao: La Gran Enciclopedia Vasca, 1971 (facs. de 1900), v. IV, nº 84, pp. 831-832]. Lo recogía también, de forma significativa, el *Escudo* (nº 345-346).

les con *vis atractiva* fuera del Señorío; y como texto de referencia en el interior del propio Señorío, a partir del que definir, por parte de éste, el «derecho común de la provincia» frente a la diversidad territorial interna, lo que pasaba por el «monopolio» final en su *interpretación*. Concretamente, y de modo relevante, el *Escudo* hacía derivar ésta de la posibilidad que FN (tit. 29) atribuía a los *Diputados Generales* («los que... hacen que se observen los fueros, exenciones, libertades... buenos usos y costumbres») de conocer en las apelaciones de los autos y sentencias del corregidor, aunque era su aceptación como práctica consuetudinaria lo que le daba en última instancia su carácter de ley («observado y practicado inconcusamente, sin cosa en contrario, cuya práctica, observancia y costumbre de juzgar, aunque no hubiese ley, tiene fuerza de ella») ¹⁶⁷.

Pero si durante los siglos XVI y XVII, la autoridad de los juristas castellanos que comentan, con su recurso final al *ius commune*, pudo contribuir a mantener este monopolio –una afirmación que sería necesario contrastar con la práctica judicial–, el recurso privilegiado, en el s. XVIII, a la ley regia como vía con la que hacer efectivas las regalías del monarca, frente a los fueros locales o particulares, tendría su reflejo también en materia de impresiones.

Es el caso del conocido auto de 22 de noviembre de 1752 del entonces juez de imprentas Juan Curiel –aprobado tras algunas modificaciones del Consejo de Castilla por resolución regia de 27-7-1754 (*Nov. R.* 8.16.22)–, que pretendió poner en marcha una jurisdicción privilegiada en materia de censura previa (licencias) y control posterior (embargos, visitas) en toda España, que hiciese innecesaria la intervención de la Inquisición, mediante la creación de una red de 39 subdelegados de imprentas sólo dependientes del citado ¹⁶⁸, lo que habría de afectar a la jurisdicción ordinaria definida, en el caso de Vizcaya, por el FN.

El control, además, para entonces, empezaría a ser no sólo jurisdiccional sino también de contenido. Constan, de hecho, en el caso de Navarra, prohibiciones de publicar libros en *euskara*, sobre lo que el conde de Aranda escribía al Consejo Real de aquel reino para que tuviese en cuenta el «reparo político de no convenir hacer impresiones en otra lengua que la castellana, inteligible a toda la nación», exigiéndoles que se denegase, por regla general, su impresión «sin especial licencia mía» ¹⁶⁹.

El conflicto, en el caso vizcaíno, que coincide con los años en los que se publica el *Escudo*, se haría patente durante el año 1754. El 11 de septiembre de

¹⁶⁷ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, pp. 999 y 1007, n° 406 y 425.

¹⁶⁸ GARCÍA MARTÍN, J., *El juzgado de imprentas*, *op. cit.*, pp. 240-247.

¹⁶⁹ Recogida en SESÉ ALEGRE, J. M., *El Consejo Real de Navarra en el s. XVIII*, Pamplona: EUNSA, 1994, p. 454.

ese año, Juan Curiel nombraba subdelegado de imprentas en Vizcaya al Corregidor Andrés de Maraver Vera «para proceder en las causas que contravengan las ordenanzas –el auto de 1752-54– establecidas para impresores y tratantes de libros»¹⁷⁰. La comisión se le había dado a este corregidor, al que había recurrido ya el poder regio para hacer compatible en el Señorío la jurisdicción especial creada por el marqués de la Ensenada mediante la conocida Ordenanza de Montes de la Marina de 31 de enero de 1748¹⁷¹ con la propia del Señorío.

La tensión con el Señorío en materia de imprentas surgiría como consecuencia del encargo que se le hacía, como subdelegado de imprentas, de atender en exclusiva a todas las denuncias civiles y criminales relativas a la imprenta, «no admitiendo las apelaciones en los Casos y Cosas que, conforme a derecho, se deban otorgar para otro tribunal que el supremo Consejo de Castilla»¹⁷².

Por ello, el informe de los Síndicos del Señorío –emitido el 4 de octubre de 1754 a partir del previamente elaborado por el consultor Juan de Dudagoitia–, contrario a la citada subdelegación, no se haría esperar. En opinión de los Síndicos, se oponía al FN en cinco aspectos fundamentales: (1) creaba una jurisdicción nueva, aunque se concentrase en el corregidor, (2) establecía que la documentación procesal y los detenidos saliesen del Señorío cuando sólo se permitía en los casos de Corte, entre los que no estaban los de imprenta; (3) imponía que las apelaciones fuesen al Consejo de Castilla cuando el FN sólo contemplaba como tribunal de apelaciones la Chancillería de Valladolid; (4) se contemplaba en algunos casos la pena de confiscación de bienes, cuando los bienes troncales de la tierra llana eran inembargables y (5) establecía, en última instancia, la centralización en el Consejo de Castilla –y dentro de él, en el Superintendente General de Imprentas– de las licencias para cualquier impreso («de cualquiera calidad y tamaño que sea»), cuando en el Señorío existía una práctica contraria descrita por Juan Dudagoitia, consultor vitalicio desde 1754, tras la muerte de Fontecha¹⁷³ fundamentada en:

¹⁷⁰ AHFB, AJ00002/033 Gobierno y asuntos eclesiásticos. *Carta de la Superintendencia de Imprenta al Corregidor de Vizcaya* de 11-9-1754, f. 55 v.

¹⁷¹ Sobre la misma y los conflictos a los que dio lugar su aplicación en Guipúzcoa, vid. AYERBE IRIBAR, M. R., *Origen y desarrollo del Derecho y de la Administración forestal en España y en Guipúzcoa. El Servicio Forestal de la Diputación de Guipúzcoa. I. Desde los orígenes a 1925*, Astigarraga (Guipuzkoa): Diputación Foral de Guipuzkoa, 2005, v. 1, pp. 128-141. Respecto a la actuación del corregidor Maraver Vera en Vizcaya, ORTEGA GALINDO DE SALCEDO, J., *Los Caballeros Corregidores del Señorío de Vizcaya (Siglos XVII y XVIII)*, Bilbao: Ediciones de la Librería Arturo, 1965, pp. 242-244.

¹⁷² AHFB, AJ00002/033 Gobierno y asuntos eclesiásticos. *Carta de la Superintendencia de Imprenta al Corregidor de Vizcaya* de 11-9-1754, f. 56 r.

¹⁷³ LÓPEZ ATXURRA, R., *La Administración fiscal*, op. cit., p. 625.

«la *Costumbre y uso inveterado* que el Señorío, sus Juntas y Diputaciones generales han tenido en mandar imprimir; así decretos de las Juntas generales como Memoriales, despachos, circulares y ordenes Reales para comunicar a sus Pueblos las veces que se ofrece, por requerir el asunto comprendido en ellas, brevedad, y lograr con presteza y sin retardaron su cumplimiento, de suerte que dicho Capitulo, no solo se opone a la costumbre y uso continuado desde que se conocieron en Vizcaya impresiones, si también el exacto cumplimiento de las Reales Ordenes que tienen para que luego se pongan en ejecución, y si se hubiese de ocurrir por las licencias a la Corte en tan dilatada distancia de camino, precisamente se causaria la retardaron que se deja ver, llegando a esto que *los usos y buenas costumbres se tienen en Vizcaya por ley*»¹⁷⁴.

La respuesta de Juan Curiel al informe de los Síndicos insistiría, sin embargo, en que su propósito no era «*ofender, ni perjudicar los fueros y privilegios del Señorío*», sino asegurar el cumplimiento de la legislación contra los impresos que contuviesen doctrinas sospechosas contra la «*Religión, las buenas costumbres y las Regalías del Soberano*»; de ahí que entendiera que los reparos que los Síndicos ponían, «*tienen fácil salida, siendo este un negocio particular y muy separado de los ordinarios de las demás causas*».

Para él, no era relevante si la comisión la desempeñaba el corregidor con posibilidad de apelar luego al Juez mayor de Vizcaya, o el corregidor como subdelegado responsable directamente ante él como Juez de imprentas, en lo que insistían los Síndicos. Por ello, la solución que proponía al Corregidor Andrés de Maraver era que hiciese uso de la subdelegación «*como encargo particular mío*», que no habría de afectar ni a los bienes troncales excluidos del embargo por el Fuero, ni a los impresos menores que no necesitasen licencia especial; esto, sin embargo, no suponía aceptar las costumbres y usos que impidiesen la aplicación de los 19 capítulos de su auto, frente a lo que –advertía– tomaría las medidas oportunas:

«...por lo que separándose V.S. de la Subdelegacion, y usando de ella como encargo particular mío trate V.S. solo como corregidor el cumplimiento de lo mandado en los diez y nueve capítulos, sin que pueda ser de embarazo el que por el capitulo 4º se prevenga la confiscación de vienes, pues según el fuero no deberán entenderse los troncales, y tenidos por tales, ni menos la costumbre que se alega contra lo prevenido en el capº 1º porque los impresos de la calidad que refiere el Sindico general aun en estos Reynos se acostumbran imprimir sin especial licencia siendo Ordinarios, y de publicación, no conteniendo particularidad alguna digna de reparo en lo impresso.

¹⁷⁴ AHFB, AJ00002/033 Gobierno y asuntos eclesiásticos. *Reparos que se objetan a la Delegacion que el Sr. dn. Juan Curiel a echo en el Señor Corregidor como Superintendente Xral de Ymprentas y Libros*, ff. 81-81v.

Sobre tales supuestos V.S se serbira comunicarlo todo, visto antes por el Sindico general, con los caballeros diputados generales y avisarme de su resolución; protestandoles que no deseo perjudicar en nada sus fueros... y si no obstante esto, resistiesen la observancia de las reglas dadas en los 19 capítulos, porque confíen mas de sus costumbres, usos y libertades, me será a mi precisso *solicitar el resguardo de Castilla con todas las precauciones* que sean necesarias sin poder evitar que sean sensibles al comercio de esos puertos y antes de pasar â semejantes providencias espero una respuesta categórica de estos señores que me asegure de justo motivo qualquier providencia»¹⁷⁵.

En este contexto tendría lugar el embargo, ordenado entre el 26 de enero y el 26 de febrero de 1767 por Juan Curiel al entonces corregidor de Vizcaya, Juan Ignacio Pizarro, de los pliegos del *Escudo* que habían sido impresos por encargo y dotación de la Diputación en la casa del impresor Antonio de Egusquiza¹⁷⁶, que, por lo que resulta del expediente, no contaban con la licencia del corregidor como subdelegado de imprentas –de hecho no constaba en la portada ni el nombre del autor, del impresor, ni el lugar, ni el año, como la regulación de Curiel requería–¹⁷⁷.

Frente a la orden de embargo, no obstante, el Señorío aunque no le oponía el pase foral, se reservaba el derecho de recurrir mediante representación al Consejo de Castilla, esgrimiendo como argumento –significativamente– la

¹⁷⁵ AHN, *Consejos. Serie Comisión y Juzgado de imprentas*, leg 50693. Carta de Juan Curiel al Subdelegado de Bilbao de 28 de octubre de 1754 y AHFB, AJ00002/033 *Gobierno y asuntos eclesiásticos* 4 de noviembre de 1754, f. 83r.-84v.

¹⁷⁶ «Sus señorías acordaron despachar libramiento ... a favor de Antonio de Egusquiza de la cantidad de diez y siete mil trescientos y veinte y tres Reales y diez y siete maravedes de vello por el traujo de la impresión del Escrito intitulado Escudo de la más constante fe y lealtad de Vizcaya» [AHFB, AJ00110/001, *Gobierno y asuntos eclesiásticos, Libro de Actas de las Junta Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya de 1-8-1760 a 31-7-1762*, Diputación general de 28 de julio de 1762, f. 2].

¹⁷⁷ La orden de Juan Curiel establecía «que se embarguen quantos exemplares ympresos, se hallen en poder de Mercaderes, o en otras personas, donde paren para venderse, o repartirse del *papel en folio* yntitulado escudo de la más conste (sic) fe y lealtad y que los que hubiere en el Archibo se saquen con quenta y razón... procediendo también dicho señor corregidor contra los ympresores que hubiesen ynterbenido en el todo o parte de la referida Ympresión, por prision y embargo de las prensas y demás Vtensilios de la oficina y sus vienes» (La orden era recibida y acatada el 7-3-1767). A lo que seguía el Auto del Corregidor de 11-3-1767 que la hacía efectiva en la que se hacía constar que tras el registro se había encontrado «un crecido Volumen de pliegos Impresos sueltos, y sin cubierta alguna, Intitulados: *Escudos de la más constante fe y lealtad*, los cuales por orden de su señoría dicho señor Corregidor se des-ataron y ... se hallo que componían trescientas y doze piezas o cuerpos de pliegos, descosidos de dicho *Escudo*, que cada uno se compone de trescientass y cuarenta y un fojas de letra de Imprenta» [RODRÍGUEZ HERRERO, Á., *Un documento inedito sobre el Escudo de la mas constante fe y lealtad. Estudios vizcaínos. Revista del Centro de Estudios Históricos de Vizcaya* 1 (en.-jun. 1970) pp. 179-190, concretamente, pp. 185 y 187].

costumbre que había en el Señorío de imprimir, sin autorización, escritos menores, como papeles, reales órdenes, etc., entre los que pretendía que se situase el *Escudo* como «papel en derecho»:

«Acordaron y Decretaron sus señorías se obedezcan, guarden y cumplan como en ellas se contiene, sin que en ninguna manera en la práctica de las diligencias que se encargan, se baia, ni contra benga a las leyes del fuero de este Mui Noble y Mui leal señorío de Vizcaya, sus Decretos y resoluciones de Juntas y Regimientos, y Diputaciones generales, y con la reserva de hacer la correspondiente representación, e ynforme al consejo, sobre que los impresores que ha tenido, y tiene este señorío asalariados, sirven vnicamente de Ymprimir las reales ordenes de su Majestad y señores Ministros togados y Militares, que comunican y dirigen a este dicho señorío, y a sus señores Corregidor y Diputados, como Decretos y determinaciones de su consecuencia; acuerdos de Juntas, regimientos y Diputaciones, para dirigir por Vereda a la ciudad, Villas Anteyglesias, encartaciones y merindad de Durango, de lo comprehensivo de este señorío, a fin de que por este medio se dé el mas puntual y efectibo cumplimiento a los assumptos casos y negocios que son del seruicio del Rey nuestro señor y obserbancia del fuero, buenos Vsos y costumbres...»¹⁷⁸.

La situación, no obstante, había cambiado desde 1749, cuando, como ya se ha dicho, cualquier tipo de impreso –incluyendo las alegaciones en derecho– empezó a ser objeto de control por el Consejo de Castilla. No obstante, el que se estuviese imprimiendo como *papel en derecho* en 1762, el mismo año en que las Juntas Generales deciden reimprimir el FN, para lo que sí se solicitó la preceptiva licencia al Consejo de Castilla¹⁷⁹, pone de manifiesto que el *Escudo*, tal y como acertadamente interpreta J. Arrieta, se pensó para ser impreso con el Fuero –¿a modo de *Instituta*?–. En cualquier caso, la censura impidió el desarrollo de cualquier genero semejante a ésta.

El afán de control del contenido de lo impreso, era por tanto, el criterio esgrimido por el poder regio frente a la costumbre de la que el Señorío se presentaba como intérprete.

De esta suerte, la impresión de obras jurídicas referentes a Vizcaya –donde, como se ha visto, la Historia era un referente fundamental– se convertía así, frente a Escocia, en ámbito decisivo de conflicto entre el poder real y el Señorío,

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 185.

¹⁷⁹ «Acordaron sus señorías se implore y logre licencia en el Real y supremo Consejo para la reimpresión de los referidos fueros incluyendose en ellos las Reales confirmaciones, Provisiones y demás Cédulas que este expresado Señorío aia logrado después de la ultima impresión disponiéndose para el efecto las humildes representaciones» (AHFB AJ00110/001, Gobierno y asuntos eclesiásticos, *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya de 1-8-1760 a 31-7-1762*, Regimiento 21-6-1762, f. 14.

que tendría además su manifestación más significativa no sólo respecto a la costumbre sino también respecto a la interpretación y modificación del mismo FN, como ley, a través de la posible impresión de otro texto jurídico: las Ordenanzas de Chinchilla.

2. El Fuero como ley y su interpretación. El «redescubrimiento» de las Ordenanzas de Garci López de Chinchilla con relación al «pase foral»

La vinculación entre el pase foral y el problema de la *interpretatio* en el s. XVIII se pone claramente de manifiesto en el *Escudo*. Del tenor literal de FN 1.11 [*«que sea o ser pueda contra las Leyes o Fueros de Vizcaya directa o indirecta»*] deducía aquél que la *interpretación* que debía hacerse de las leyes forales debía ser *extensiva*, a partir de la consideración ya señalada de que éstas no tenían la condición de estatutos, en la medida en la que se habían establecido en tiempo en que los vizcaínos «no reconocían superior en lo temporal». De modo que:

«para que la carta o provisión sea obedecida y no cumplida, basta cualquiera duda de que pueda oponerse a los Fueros ya sea directa o indirectamente. En cualquiera de estos casos es de sobreseer en la ejecución, y sin pecado no se puede proceder a ella, porque sería exponerse al peligro de quebrantar la ley»¹⁸⁰.

Rasgo característico del s. XVII había sido, de hecho, no sólo la aplicación estricta del FN sino, conforme a F. Elías de Tejada, su *interpretación extensiva* en caso de contrafuero, «intentando ensanchar la temática del fuero a extremos rayanos en inusitada demasía; tales, entre otros... la atribución de facultades de veto en los casos en que el pase foral no cabía dentro de las leyes vigentes»¹⁸¹.

Y, para demostrarlo, hacía alusión a la negativa dada por la Junta General el 5 de abril de 1688 a obedecer una provisión del Consejo de Castilla, por la que, en época de guerra con Francia, se imponía la saca de hierro del Señorío, a lo que éste optó por oponerse dando pruebas de resistencia tajante, sin hacer referencia alguna al derecho foral, sino a los perjuicios económicos que podía solo a él causarle, un planteamiento que acabaría rectificando¹⁸².

¹⁸⁰ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, pp. 819-820, nº 82.

¹⁸¹ ELÍAS DE TEJADA, F., *El Señorío*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁸² MARTÍNEZ LAHIDALGA, A., GARCÍA ARBAIZA, J. I., ROYELA ZUMARRAGA, J. E., SESMERO CUTANDA, E. *Juntas y Regimientos de Bizkaia. Actas. Tomo XIX 1685-Febrero 1690*, Bilbao: Juntas Generales de Bizkaia, 2009, Junta General de 6 de abril de 1688, pp. 239-240 «obedeciendo como obedecía con el rendimiento debido los reales mandatos, ordenes y provisiones de su majestad su rey y señor natural, su cumplimiento y ejecuzion, ablando con la modestia debida, no permitía, porque fuera para ruyna total de este dicho Señorío por lo que miraba a la exstincion de sus herrerías y manteni-

Pero si ésta era la interpretación extensiva que el Señorío podía hacer del pase foral en el s. XVII, las cosas serían muy diferentes en el s. XVIII. No hay duda de que el pase se mantuvo, como explica J. M. Portillo, como un medio, en última instancia, de dar cumplimiento a las normas regias en Vizcaya que el *ius commune* no sólo permitía sino fomentaba. Por ello, acabaría convirtiéndose en «una de las herramientas esenciales en manos del gobierno provincial para la definición cotidiana del orden interior»¹⁸³. Sin embargo, las tensiones con el poder central surgieron desde el reinado de Felipe V, al tratar los gobiernos de los Borbones de encontrar una vía expeditiva de aplicación de las reales órdenes (las cartas reales) a través de los corregidores, derivando a una posterior reclamación judicial la vulneración del derecho vizcaíno alegado por los Síndicos del Señorío. Lo ponía claramente de manifiesto una carta orden de 24 de enero de 1760, comunicada a través del Gobernador del Consejo, obispo de Cartagena, en la que, exigiendo al corregidor Manuel de Azpilcueta que se sacase del Señorío por razones políticas al vizcaíno Manuel Vial, para conducirlo a Pamplona –un contrafuero conforme FN 7.1 («Que los vizcaínos en primera instancia, no puedan ser sacados de Vizcaya»)- explicaba claramente la exclusión que el gobierno consideraba debía hacerse del pase foral en los casos que calificaba como «providencias gubernativas» frente a las judiciales:

«que las providencias gubernativas que S. M. toma usando de su Real Soberanía y Potestad, no están sugetas a la obserbancia de las Leies del Fuero, que solo deben entenderse quando se prozede Judicialmente contra los naturales del Señorío, cuius practica ha experimentado V. S. en otras providenzias que, guvernativamente, se han tomado por la superioridad para evitar escandalos y otros excesos, en que no conviene proceder Judicialmente, y el hazerlo sería dejarlos sin castigo, y espuesto a graves inconvenientes, quando median matrimonios y otros reparos: Me ha mandado S. M. haga esta advertencia á V. S. y que, en adelante, escuse semejantes representaciones, en la inteligencia de que el Corregidor no necesita comunicar tales ordenes a la Diputacion de V. S., sino es ovedecerlas por sí, por no oponerse en nada a la disposición del fuero»¹⁸⁴.

miento de sus naturales pobladores y vecinos... y que sin embargo de este acuerdo y decreto su señoría el dicho señor corregidor quisiere pasar a dar cumplimiento a dichas reales provisiones y demás que se despacharen en razón de los que dicho es, su señoría de dichos señores de dicho Gobierno Universal en nombre desta dicha Junta se le opongán y embarasen por todos los medios posibles y honestos, y no siendo bastantes hagan, obren y ejecuten todo aquello que bien visto les fuere en observancia de las dichas leyes del Fuero de este Señorío». Recogido parcialmente en ORTEGA Y GALINDO, J., Importancia del corregidor en la Historia del Señorío de Vizcaya. Casa de Austria, *Estudios de Deusto* 14 (en.-abr. 1966), pp. 93-126, p. 121.

¹⁸³ PORTILLO VALDÉS, J. M. *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias vascas (1760-1808)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 503 y 516.

¹⁸⁴ AFSB AJ00109/001 Gobierno y Asuntos Eclesiásticos, *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya de 1-8-1758 a 31-7-1760*, Diputación de 6 de

Para hacer efectiva la excepcionalidad que esta pretensión suponía, interesó, desde los años 40 a los fiscales del Consejo de Castilla, servirse de algún precedente en el que fundamentar la intervención regia. Y lo encontraron en las Ordenanzas de Chinchilla, ya mencionadas, que en su cap. 14 conforme a la edición de 1788, prohibirían, con carácter excepcional y para pacificar el territorio, el ejercicio del pase foral, tanto en las villas como en la Tierra Llana, castigando con la pena de muerte a quien lo hiciese efectivo¹⁸⁵ –una situación excepcional entre lo recogido en el Fuero Viejo de 1452 [«qualquier carta que el Señor de Vizcaya diere contra fuero de Vizcaya que sea obedecida y no cumplida»] y FN 1.11 y 36.36 [«todo lo que en contrario se sentenciare o determinare o se proveyere, sea en sí ninguno y de ningún valor»], que expresamente lo contemplaban–.

El interés por las Ordenanzas de Chinchilla, de hecho, se manifiesta pronto. En fecha tan temprana como 1744 enviaba el corregidor Manuel Navarrete un informe a la Corte en el que respondía a la orden real de que informase «*con todo sigilo*» sobre si las Ordenanzas de Chinchilla «están en uso y no lo estando de los motivos porque se deja de hacer». Tras hacer notar las dificultades que había tenido para encontrar una copia, el corregidor respondía señalando que frente a lo establecido en aquéllas, la práctica «de muchos años a esta parte», había sido:

«que todas las Reales Provisiones y ordenes de SM de sus Tribunales y Ministros... aunque sean del inmediato servicio de SM cometidas al Corregidor y otros Jueces para su prompta excepción, se entregan al Sindico del Señorío, para que conceda o niege el uso y paso, remitiendo este quando le parece a la Diputación ô Regimiento, y estos no pocas veces a la Junta general, causando por este medio dilaciones perjudicialísimas... porque consistiendo su execucion en el secreto se harían ilusorias, comunicándolas al Síndico»¹⁸⁶.

febrero de 1760, ff. 102 r. y v. Recogido parcialmente en ORTEGA GALINDO, J., Importancia del Corregidor en la historia del Señorío de Vizcaya. II. Casa de Borbón, *Estudios de Deusto* 14, (en.-abr. 1966), pp. 301-342, p. 326.

¹⁸⁵ «Otrofí: Que en ninguna Junta que se faga de Villas, ni Tierra llana, general, ni particular, no se juzgue, ni den por desaforadas las Cartas de su Alteza, firmadas de sus nombre, y de los nombres de los de su muy alto Consejo, ni de los Oidores de su Audiencia, ni de los otros sus Jueces, que son superiores del dicho Condado; pues para aquello no tiene jurisdicción, ni autoridad, ni facultad, ni Previilejo alguno, y es notoriamente en grande ofensa, de la Magestad Real... so pena que qualquiera Procurador de Juntas y sus Jueces, y Diputados que lo contrario hicieren, *mueran por ello*, y asimismo los Letrados que tal consejo dieren, y la Parte que la Carta presentáre en tal Junta, é pidieren que la dén por desaforada; y el Escribano que el tal Juicio é Escritura signare, ó diere fé de ella, pierda el oficio, y le corten la mano» [*Real Provisión, op. cit.*, f. 23 v.].

¹⁸⁶ AJ00226/007, Gobierno y Asuntos Eclesiásticos, *Informe del Corregidor del Señorío de Vizcaya sobre las Ordenanzas del licenciado Chinchilla fechado el dieciséis de octubre de 1744*, f. 306 v.

Señalaba, en cualquier caso, que «del tiempo en que pudo comenzar a establecerse esta práctica» no podía decir nada, pero –añadía– «no será difícil averiguarlo, mandando V. M. reconocer los oficios del Juzgado maior de Vizcaia y Archivo de la Chancillería... pues... para la instrucción del proceso es forzoso que... se hallen los usos» –la referencia al uso en la Chancillería no es de importancia menor–. Por lo cual proponía para hacer más efectivas las reales órdenes que, dado que en las leyes de FN no se especificaba la necesidad de comunicarlo previamente al Síndico, fuese el corregidor o sus tenientes –«que son forasteros y libres de pasión y parentesco»– los que determinasen su aplicación o no¹⁸⁷, lo que finalmente el monarca acabaría estableciendo en real orden de 17 de abril de 1752, comunicada por el Marqués de la Ensenada, conforme a la cual, a partir de entonces, debía corresponder al corregidor la decisión sobre el pase, previo informe del síndico –algo ya ensayado por Grimaldi en 1714–¹⁸⁸.

En su respuesta, el Señorío enviaría a la Corte diferentes memoriales entre 1743 y 1746, haciendo constar dos argumentos principales. En primer lugar, que el Capitulado de Chinchilla de 1487, que separaba las villas de la Tierra llana no estaba en uso desde, al menos, la Concordia entre villas y Tierra llana de 1630, puesto que Vizcaya constituía «una sola Republica sin distincion»¹⁸⁹, lo que coincidía con la idea de *derecho común de la provincia*, expuesta en el *Escudo*¹⁹⁰.

Y, en segundo lugar, que el uso o pase interpuesto por la Diputación o la Junta General, a partir del previo informe de los Síndicos y Consultores, era una exigencia de FN pero también una «inconcusa práctica», que los propios

¹⁸⁷ *Ibidem*, f. 307 r.

¹⁸⁸ Extensamente, sobre ello, PORTILLO VALDÉS, J. M., *Monarquía*, *op. cit.*, p. 509 y ss.

¹⁸⁹ AJ00226/008, Gobierno y Asuntos Eclesiásticos, *Memoriales dirigidos al Consejo Real para que ningún ministro ni escribano haga ejecutar reales cédulas ni otros despachos que lleguen al Señorío de Vizcaya si no tienen el pase foral (1743-1746)*. «Memorial dispuesto en Madrid y dado a los Ssres del Consejo [s.f.]: [El Señorío] ha tenido por preciso poner en la alta consideración de V. S. los poderosos fundamentos que ay para desvanecer la subsistencia del referido Estipulado, que nunca ha estado en practica, especialmente el séptimo Capitulo de él, que previene, que en ninguna Junta de Villas, y Ciudad no se den por desaforadas Cartas, y Provisiones de su Magestad, ni de los Señores de sus Reales Consejos, y Chancillerias. Estos y todos los demás capitulos contenidos en dicha Convencion, que establecieron nuevo modo de Gobierno, quedaron para con las Villas y Ciudad sin efecto por la Escritura de Concordia que otorgaron con las 72 Ante-Iglesias del Señorío el año de 1630, mediante la aprobacion, y confirmacion de su Magestad en Real Cedula, y Provisión señalada de la Real mano... y en el Capitulo quinto se conformaron, en que assi las Ante-Iglesias, como Villas, y Ciudad, hubiesen de ser una *Republica sin ninguna distincion*».

¹⁹⁰ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, p. 820 , n° 83. Lo que afectaba, como se ha visto, a la interpretación: «Entonces, de ninguna manera puede haber lugar aquellas interpretaciones restrictivas que se admiten sobre estatutos y ordenaciones de súbditos confirmadas por el soberano... no atravesándose peligro de la salud eterna, perjuicio de las costumbres o daño principal de la república» (p. 821, n° 84).

corregidores habían mantenido como parte del juramento que hacían del FN¹⁹¹, equiparándola «al modo que el Consejo de Navarra lo practica en aquel Reyno, en la inspección de las Reales Ordenes de V. Mag. para arreglar su execucion à las patrias, leyes y costumbres»¹⁹².

En este mismo sentido, el *Escudo* insistía en mostrar que el Capitulado de Chinchilla representaba una excepción a una regla general. La regla sería que las villas y ciudad no estaban sujetas a juez foráneo, y la excepción: que lo podía ser el corregidor «cuando el Príncipe verdaderamente entienda ser conveniente a su servicio y a la buena administración de justicia de las mismas Villas y Ciudad»; pero FN 2.2 seguía sin mencionar las villas, haciendo referencia a un corregidor y veedor en el Señorío, Encartaciones y Duranguesado, «sin embargo que había precedido la convención del licenciado Chinchilla el año 1487».¹⁹³

A pesar de ello, el Capitulado de Chinchilla se convertiría, a partir de entonces, para los Borbones, en el texto de referencia para Vizcaya, que, no obstante, a mediados del siglo XVIII, seguía permaneciendo inédito. Ello explica, a partir de 1750, la pretensión, entre otros, de Burriel de publicarlo, en su afán por editar textos legales pasados favorables al poder regio que consideraba en vigor –más allá de su uso–, de forma semejante, al Ordenamiento de Alcalá. Pero también del paralelo simbólico que procurarían establecer entonces, como propone J. M. Portillo, entre la visita al Señorío del fiscal del Consejo de Castilla, Pedro de Samaniego desde enero de 1748 hasta 1751, a cuyo inicio suspendería ya la aplicación del pase foral¹⁹⁴ y la «visita» del corregidor de Chinchilla bajo los Reyes Católicos¹⁹⁵.

¹⁹¹ *Ibidem*, *Sobre uso de los Síndicos por mandado de D. Antonio de Pando*: «Esta practica se ha observado puntualmente de tiempo muy antiguo a esta parte, y para ello ay repetidos decretos de Juntas, Regimientos y Diputaciones generales, mandando especialmente a los escribanos, que sin uso de cualquiera de los Síndicos no hagan diligencia alguna que mire al cumplimiento de semejantes despachos pena de prisión de cincuenta Ducados... los Corregidores se han arreglado en la execucion sin exceder en las qualidades o limitaciones del uso y así lo han debido y deben executar en Justicia y conciencia por ser el fuero estilo y costumbre que todos los Corregidores en el ingreso y posesión de sus empleos antes de dárselos hacen Juramento de guardar y cumplir las leyes del fuero, usos, costumbres e inmunidades y preeminencias de Vizcaya», ff. 11 v.-12 v. n.º 2-5.

¹⁹² *Ibidem*. *Uso de los Despachos. Memorial que se remitió al Agente en 25 de Abril de 1745*, f. 3.

¹⁹³ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo*, *op. cit.*, pp. 902-903, n.º 222 y 224.

¹⁹⁴ Pedro de Samaniego llegó a Vizcaya el 7 de enero de 1747. Asumiendo las atribuciones del corregidor, entre otras disposiciones, tal y como señala R. Ayerbe «mandó a los diputados, síndicos y consultores que, en virtud del capítulo 19 de su instrucción, no admitiesen en adelante los reales despachos que les presentasen para dar o negar su uso... so pena de incurrir en desobediencia en materia tan grave como era la de oponerse a la soberanía del Rey», vid. AYERBE, M. R., *Defensa de las regalías y beneficio de la causa pública*, de Don Joseph de Zabala y Miranda (Vizcaya, 1746). En ARRIETA, J., GIL, X. y MORALES, J., *La diadema...*, *op. cit.*, pp. 231-304, pp. 271-272.

¹⁹⁵ PORTILLO VALDÉS, J. M., *Monarquía*, *op. cit.*, pp. 507-509.

De hecho, el objetivo de los gobiernos ilustrados fue, a partir de ese momento, que el Capitulado de Chinchilla se imprimiese junto con el FN, lo que tras un informe fiscal de Campomanes vendría sancionado en una real orden de 4 de mayo de 1773, orden que, sin embargo, hubo de ser reiterada en 1778 y todavía en el último año del reinado de Carlos III. La resistencia del Señorío a cumplirla se hacía patente en las propias Juntas Generales, como prueba el que en las de 5 de junio de 1788, tras una nueva comunicación de la real orden a través del Corregidor, se acordase seguir realizando diligencias a fin de «hallar el Capitulado del Licenciado Garci Lopez de Chinchilla», pero en caso de hallarse «se comunique ante toda ulterior diligencia al Sr. Síndico Procurador General de este Ilustre solar para que en su vista y de las Cartas ordenes que ban mencionadas exponga y pida ante Su Señoría el señor Corregidor quanto hallase por combeniente»¹⁹⁶ o que aún en Junta general de 19-2-1789 –ya impreso por el gobierno– se decidiese negar el pase foral a una Real Provisión de 31 de mayo de 1788 que ordenaba la observancia, «como parte de los Fueros», del Capitulado, Concordia y Ordenanzas del Licenciado Garci-Lopez de Chinchilla –se decía–, y «se incorpore uno y otro á los Fueros, cuidando de que así se execute quando se reimpriman»¹⁹⁷.

La resistencia del Señorío parece haber tenido éxito, puesto que el 21 de octubre de 1789 la Diputación General informaba de la confirmación, en los mismos términos que los predecesores, del FN por el nuevo monarca Carlos

¹⁹⁶ AFSB Gobierno y Asuntos eclesiásticos AJ00123/001, *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya 1-8-1786 a 31-7-1788*, Junta general de 5 de junio de 1788, f. 128 r.

¹⁹⁷ «Enterada la Junta... acordó que obediéndolas con el mayor acatamiento y veneración en cuanto à lo efectibo de su cumplimiento se represente á SM... para que no se altere el gobierno y constitucion actual de este dicho Señorío con el establecimiento de dicho Capitulado, Concordia y ordenanzas... sin que en manera alguna se inquiete à este Noble Señorío en el exercicio y quasi Posesión de su gobierno: con todo lo demás que sea conveniente a la conservación de sus fueros, franquezas, libertades, buenos usos y costumbres à cuyo fin los Señores Diputados Generales hagan la representación mas eficaz y conveniente, con todo lo demás, que corresponde a favor de este intento» [AFSB Gobierno y Asuntos eclesiásticos AJ00124/001, *Libro de Actas de las Juntas Generales, Regimientos y Diputaciones del Señorío de Vizcaya 1-8-1788 a 31-7-1790*, Junta general de 19 de febrero de 1789, f. 128 r. y v.]. Vid. LARREA, M. Á. y MIEZA, R. M. (dirs.), *Legislación foral del Señorío de Vizcaya (1528-1877). Registro de los actos legislativos dispuestos por las Juntas del Señorío, sus Regimientos y Diputaciones Generales*, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1992, núms. 5939, 5951 y 5955.

¹⁹⁸ *Ibidem*, Diputación General de 21-10-1789, f. 81 r. «...el señor Don Carlos quarto... en haver confirmado los Fueros, Leyes, buenos usos, costumbres, Privilegios, franquezas, libertades, Mercedes, Lanzas, Tierra, oficios y Monasterios à este dho Señorío, sus Nobles Anteiglesias, Villas, Ciudad, Encartaciones, Merindad de Durango y valle de Orozco, en común, a los Cavalleros, Escuderos, Hijos Dalgo, y cada uno de ellos en particular, à representación hecha à nombre de este nominado Señorío el dia veinte y cinco de Mayo próximo pasado».

IV¹⁹⁸, habiéndose ordenado un año antes, el 31 de mayo de 1788 su reimpresión sin el Capitulado.

Así pues, pese a la relevancia que la ley regia parece adquirir en el s. XVIII, eran la práctica y el uso judicial característico del *ius commune* lo que, como pasaría en Navarra y Cataluña, seguiría resultando determinante. De hecho, las propias Ordenanzas de Chinchilla, frente a la prohibición general de aplicar la fórmula «obedézcase pero no se cumpla», abrían ya la vía a la reclamación judicial en el caso de que un particular se sintiese agraviado por una carta regia («que la parte contra quien fuere la tal Carta de su Alteza, pueda responder á ella ó alegar ante el Juez á quien se dirigiese, que es injusta, ó ninguna, ó contra su Privilejo, ó fuero, y oponer todo lo que quisiere contra ella»).

Todo ello, servía al Señorío para argumentar que el pase foral se había mantenido en Vizcaya como «*inmemorial costumbre*» sancionada por los altos tribunales castellanos, para lo que se citaban una serie de resoluciones que lo ponían de manifiesto:

«Esta practica se ha tenido en Vizcaya por libertad suya, no en fuerza de Privilegios adquiridos por donativos, que muchas veces hacen perjuicio á la Real Hacienda, sino por la inmemorial costumbre, calificada con multiplicados actos judiciales antiguos, y modernos, expresamente consentida, y nunca hasta esta ocasión reprobada por el Consejo, por la Real Chancillería, ni por alguno de sus Reales Ministros, para cuya comprobación pudieran darse innumerables ejemplares, en que suspendido por el Syndico el uso de algunas Reales Cédulas, Ordenes, ò Provisiones, por rozarse clara, ò dudosamente con los Fueros, acudiendo después la Parte à pedir Sobrecarta, en el primer caso de oposición clara, se le ha negado, y en el segundo de dudosa, se han despachado nuevas Provisiones, disolviendo la duda, y mandando derechamente al Syndico, Diputación o Regimiento, que le negó, ó suspendió, dar el uso; estimando justamente, que este requisito debe preceder indispensablemente à la execucion, y cumplimiento de las Reales Cédulas y Provisiones, que se dirigen à las Justicias y Naturales de Vizcaya»¹⁹⁹.

La práctica y el uso consuetudinario sancionados por los tribunales regios –la clave, como ahora se explicará– se entendía así el fundamento decisivo úl-

¹⁹⁹ *Ibidem*, f. 3. Y añadía: «Si algo ha quedado en el Consejo de esta inveterada costumbre, se ha despreciado su pretensión, como sucedió el año 1661, en que Don Jacinto de Romarate, vecino de la Ciudad de Orduña, y Pedro de Santibañez, Escribano, vecino del Concejo de Zalla, dieron querrela, y acusación criminal en el Supremo Consejo de Castilla contra el Corregidor, Diputados y Síndicos Generales del Señorío de Vizcaya, y demás, que decían culpados, por haver hecho cierto Acuerdo... y aunque interpusieron suplicación, expressaron agravios y salir a la causa el Fiscal del Consejo, adhiriéndose à lo pedido por Romarate y por el Escribano... se confirmó y mandó guardar y cumplir el Auto, en que el Consejo proveyó no haver lugar lo pedido por los Acusantes... en Madrid a 6 de Diciembre, año 1662 (ff. 3r.-3v.). Y añadía otras sentencias en el mismo sentido de 1718, 1722, 1727 o 1732.

timo del mantenimiento del pase foral que el propio Señorío debía costear sin renunciar a su defensa, puesto que hacerlo era tanto como admitir que había decaído por falta de uso:

«este reintegro [del pase foral] vendría à ser (salva la Real clemencia) en efecto un desafuero universal del Señorío, por ser lo mismo coartarle las facultades de repulsar el agravio por el lícito medio de los Reales Tribunales de V. Mag. (quando comprende, que se le hace à la observancia de sus Fueros) que creer que se aniquilan con el abandono: siendo forzoso, que cifrados todos ellos en franquezas, libertades y exemptiones de los Naturales originarios del Señorío, nunca falte emulación à este especioso derecho privilegiado, que pide necesaria defensa...»²⁰⁰.

3. El *Fuero de Vizcaya* como fuero municipal no necesitado de prueba. La Ilustración y el derecho local-territorial en la práctica judicial

Durante el s. XVIII la *ley regia*, en la medida en la que era presentada sobre un fundamento teológico-moral o hacía efectivos «intereses generales de la nación» sería considerada por los juristas ilustrados como la fuente jurídica por excelencia, tanto respecto a la costumbre como al *ius commune*.

Desde planteamientos regalistas, el catedrático de Leyes de la Universidad de Cervera Juan Antonio Mujal y de Gibert, ya mencionado, no dudaba en afirmar, tras repasar diferentes definiciones que «la ley manda, y que lo que manda es justo y honesto»²⁰¹. La ley adquiriría además en el s. XVIII como en Francia, un fundamento «educativo»²⁰², un cierto carácter ideal, aunque con consecuencias prácticas inmediatas, en cuanto a la interpretación judicial.

El propio Mujal y de Gilbert, explicaba cómo en su cátedra de *Instituta* había defendido, siguiendo un dictamen del Colegio de Abogados de Madrid de 8 de julio de 1770, que «no pueden los súbditos sin consentimiento del Principe introducir costumbre contraria a la ley» (*sine scripto jus venit, quod usus approbavit. Hanc deinde jure optimo emittimus protestationem*). La ley, por ello, si

²⁰⁰ *Ibid.*, f. 5.

²⁰¹ MUJAL Y DE GIBERT, J. A., *Desengaño al publico con pura y solida doctrina. Tratado de la observancia y obediencia, que se debe á las Leyes, Pragmáticas Sanciones y Reales Decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado Monarquico de las costumbres, que sin consentimiento del Principe se introducen en contrario é interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente que no depende el valor ó fuerza de la ley del Soberano de la aceptación de los Súbditos, ni estos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla*, Madrid: En la Imprenta de Francisco Xavier García, 1774, p. 4.

²⁰² WISNER, David A., *The Cult of the legislator in France 1750-1830. A study in the political theology of the French Enlightenment*, Oxford: Voltaire Foundation, 1997, pp. 39 y ss.

era tal, no necesitaba prueba de uso, como afirmaba el citado Auto Acordado 2.1.1 de 4 de diciembre de 1713, ya citado.

De ahí que el *Escudo* defendiese que:

«Vizcaya siempre ha conservado aquellas sus primitivas leyes como especiales y particulares, sin perderlas aunque el Señorío entro en la Corona, porque su ingreso fue por adhesión y unión igual y principal, no extintiva, con que conservó en todo su primer ser, y aquellas Leyes suyas no se pueden decir estatutos sino derecho común de este Señorío y estas son las que les obligan, pero las demás leyes comunes»²⁰³.

La distinción no era menor. El concepto restrictivo del «derecho municipal» (los *estatutos*), en sentido amplio, manejado por los juristas ilustrados les llevaba no sólo a una interpretación limitativa del mismo, sino a admitir su derogación por desuso –de ahí la necesidad de prueba del mismo–, tratando de limitarlo al mero gobierno económico de un territorio:

«Parece se hallaria remedio contra la incertidumbre de esta parte de legislacion, reduciendo la estension de los estatutos á las circunstancias de un gobierno económico, segun las que particularizan á cada sociedad, sin tocar en cosa alguna al gobierno general, á que todos los particulares, como miembros de este gran cuerpo, deben estar sujetos, á imitación de un prudente padre de familias, que sin eximirse del gobierno civil, dispone entre sus domésticos sábias ordenanzas para el gobierno de su casa»²⁰⁴.

En este contexto, resulta significativo que si el FN tendió a considerarse, en la doctrina y la práctica judicial castellanas de los ss. de ss. XVI y XVII como ley territorial no necesitada de prueba²⁰⁵, con el s. XVIII se afiance, entre los ilustrados, su identificación con un *fuero municipal* aunque, como la ley, sin necesidad de que debiese probarse su uso. Sin duda es el fiscal de la Chancillería de Valladolid, Antonio de Robles Vives, quien mejor lo describe:

«Los fueros de Vizcaya, Guipúzcoa y otros son fueros locales, ó municipales, de aquel condado o Provincia y los tribunales juzgan por sus leyes sin probarse su uso, del mismo modo que juzgan por las leies de Castilla los pleitos de la Corona: luego no es necesario probar el uso actual de los fueros municipales para que se juegue por ellos»²⁰⁶.

²⁰³ FONTECHA Y SALAZAR, P. (atribuido), *Escudo, op. cit.*, pp. 1012-1013, nº 438.

²⁰⁴ CASTRO, J. F. de, *Discursos, op. cit.*, Disc. IV, p. 104.

²⁰⁵ GARCÍA MARTÍN, J., *El Fuero de Vizcaya, op. cit.*, pp. 149-151. A la monarquía le interesaba, por razones políticas, consolidar, en los ss. XVI y s. XVII, el concepto de ley territorial del FN, como forma de unificar, mediante su aprobación, las distintas unidades territoriales.

²⁰⁶ BN Mss. 11264 (9) *Autoridad de los Fueros Municipales por D. Antonio de Robles Vives, oy del Consejo de Hacienda, antes Fiscal de lo Civil en la Real Chancillería de Valladolid donde lo es-*

Lo cual no significaba que la consideración de FN como fuero municipal no tuviese consecuencias. En concreto, a partir del Ordenamiento de Alcalá (28.1) y la ley I de Toro, Robles Vives insistía en la subsidiaridad de los fueros municipales con respecto a la ley regia («*los fueros sirven para llenar los vacíos de las Pragmáticas y Ordenamientos*») y, en consecuencia, la sumisión de los «Fueros de Vizcaya» al Ordenamiento de Alcalá –al que tanta relevancia daba Burriel–, de modo, que:

«tiene S. M. desde que su Augusta familia heredo este feudo dos distintos derechos sobre Vizcaya, uno de soberano y otro de Señor y aunque como Señor esté obligado a la observancia de los fueros, como soberano es sobre ellos, y puede corregirlos, ó aniquilarlos»²⁰⁷.

Su consideración como fuero municipal no significaría, sin embargo, que FN no se presentase como derecho de aplicación preferente respecto al *ius commune*, en especial en relación con el derecho canónico y a la extendida amortización eclesiástica, que tanto preocupaba a los juristas ilustrados, como ponen de manifiesto los límites introducidos por el poder regio a la fundación de capellanías y obras pías, a las que, desde 1763, se exigiría licencia regia para su constitución [Nov. R. 1.5.22]. En el caso de Vizcaya, en este sentido, se acordaría en distintas Juntas generales, a partir de 1753 (16 de marzo), que no se hiciese donación a las comunidades religiosas de bienes troncales de la Tierra Llana o el Duranguesado, para lo que se apelaba a FN 21.10, que permitía donar, si se quería fundar una capellanía, hasta 1/5 de bienes muebles de libre disposición, y sólo subsidiariamente bienes raíces. En 1753, ante los perjuicios que estas donaciones causaban a las familias, que no hacían uso de su derecho de retrotraer bienes troncales por temor del poder de las comunidades religiosas «se mandó que si los agraviados en sus justos derechos piden auxilio a los Síndicos, han de salir estos á la causa de defensa del Fuero»²⁰⁸.

El conflicto, en realidad, surgiría en torno a la *interpretación* que los fiscales del Consejo de Castilla harían ahora de FN como *fuero municipal* y *no como ley territorial*. Lo prueba, en 1728, el intercambio de argumentos entre aquéllos y los Síndicos del Señorío referentes a un conflicto suscitado con el Consejo de Castilla para que se remitiesen los autos originales y las personas

*crivio. Esto y quinto va de mi letra es añadido por mi, D. Rafael Floranes, ff. 48r.-58v., f. 55 r. para la cita. Vid. sobre la autoría e importancia del texto, GARRIGA, Carlos, Sobre la autoridad de los fueros municipales en el siglo XVIII. Una lectura regalista de la primera ley de Toro. En *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universitat, 2007, v. I, pp. 681-695.*

²⁰⁷ BN Mss. 11264 (9) *Autoridad... op. cit.* f. 55 v.

²⁰⁸ Parcialmente en SAGARMÍNAGA, F. de y AREITIO, D., *El gobierno, op. cit.*, t. IV, pp. 184-185.

implicadas en el asesinato cometido por un vizcaíno de origen –FN tenía *vis atractiva*– que había dado muerte al alcalde mayor de la villa de Fuertes con un arma de fuego. Si el fiscal del Consejo aducía que FN no podía tener la consideración de *ley*, al haber sido derogados sus efectos en esta materia *por una pragmática de 1668 (R. 8.23.17) que privaba de valor a todo fuero particular cuando hubiese armas de fuego de por medio*, el Síndico respondía circunscribiendo la citada pragmática a Castilla –*no a Vizcaya*– por su unión *aquae principaliter* a la Monarquía, de modo que esa prohibición, «*solo se estiende a los Reynos de Castilla unidos accesoriamente pero no a los Reynos, condados o provincias con leyes propias*»²⁰⁹.

El argumento, que chocaba con la definición soberana de la potestad normativa regia en el s. XVIII –esto es, el derecho jurídico-público–, no era nuevo, aunque la novedad residía quizás en el recurso que se hacía a autores casi exclusivamente peninsulares para conformar la «*communis opinio*»:

«el Azeved[o]... dize que se devia hazer expressa derogacion, que entonces auia de ser con citación del Señorío, por tener Fuero, para que el Principe de aquella Provincia no pueda añadir, ni quitar á las leyes, y Fueros del Señorío, ni hacer otras de nuevo, sin que se junten los Procuradores de los Pueblos del Señorío y den su consentimiento y que por las leyes de Toro y Tordesillas, no se pudo perjudicar á los Fueros del Señorío... Vltra, que dicha Pragmática [de 1668] solo se estiende a los reynos de Castilla que están unidos accesoriamente, y se gobiernan por unas mismas leyes... En los mismos términos lo resuelve y funda el señor Don Chistoual Crespi en la obseruat. 15 n° 43 et 44, vbi: Que se consideran como si estuviesen en diferentes Principes, y en la forma que estavan antes que se vieran por sucesión, matrimonio ú otro medio... Supuesto esta doctrina, nadie ha dudado que quando el Señorío tenia sus Señores primitivos, el Señor Rey de Castilla, ni otro alguno, exercía jurisdicción en aquel territorio en ningún caso. De que se infiere que oy no podrán los Tribunales de su Majestad ejercerla en aquel Condado, por aver la misma razon de prohibición. Toca la duda con gallardía el Burgos de Paz *in l. 1 Tauri, num. 450 et 451*, en terminos del Reyno de Aragon y Nauarra... Y resuelve que no se han de observar las Leyes de Toro en los otros reinos que tienen sus leyes y estatutos particulares, donde refiere muchos autores *in comprobationem*. Y en los términos del Señorío de Vizcaya, lo resuelve Acevedo *in proem. tit. 2, lib. 6 Recop. n° 240*: vbi: Que según los Fueros del Señorío, se debe juzgar por estar jurados y confirma-

²⁰⁹ AHFB AJ60/001/0030. Gobierno y asuntos eclesiásticos, Registro de tres Provisiones Reales pertenecientes al MN y ML Señorío de Vizcaya que comprende 26 piezas, n° 24. *Memorial y papel en derecho en el pleito con el fiscal del Consejo Real de Castilla sobre que se diese cumplimiento a una provisión despachada por el Sr. Juez maior de Vizcaia a fin de que se le entregue la persona y autos seguidos por la sala de Alcaldes de Corte contra don Inigo de Avendaño en razón de diferentes muertes.*

dos; y que las leyes de Toro no perjudicaron las del Señorío, que coadjuva el Mieres de maioratib. 3 part. quaest. 8 num. 14, vbi: Que el Señorío por la unión á las Corona de Castilla no perdió los Privilegios que antes tenia»²¹⁰.

Pero más allá del debate sobre la interpretación de la naturaleza jurídica de FN, a la altura de 1770, también en Vizcaya –como ocurría en Escocia– el recurso al *precedente judicial* procesal seguía resultando decisivo, y con ello, en definitiva, el *ius commune*. Lo pone de manifiesto el decreto de las Juntas de 30 de octubre de ese año en las que se trata de la obtención de «dos certificaciones dadas por los Escribanos de Camara del Juzgado de Vizcaya, y Real Chancillería de Valladolid, que acreditan corresponder al Tribunal del Señor Juez Mayor el conocimiento de las causas seguidas contra Naturales y Originarios de este Ilustre Solar», haciendo una extensa relación de los casos en los que el Consejo de Castilla o la Chancillería se habían inhibido en beneficio del Juez mayor de Vizcaya²¹¹.

La clave, por tanto, judicial-procesal, propia del *ius commune*, resultaba argumento decisivo para la práctica jurídica con la que el Señorío lograba el mantenimiento de sus fueros y privilegios. Y esto más allá de la propia ley, como muestra el que la real orden de 1773 de que se añadiese al FN impreso las Ordenanzas de Chinchilla, nunca llegase a cumplirse. De ahí el contenido de memorial o alegación jurídica que seguiría presentando el *Escudo*.

La doctrina jurídica de referencia, en cualquier caso, frente a lo ocurrido en Escocia o en el caso del propio Andrés Poza, en el s. XVI, que, como constata J. Arrieta, acude poco a la doctrina castellana²¹², no sería sino la proveniente de una «tradición jurídica peninsular» ahora construida²¹³ –presente también en el *Escudo*– a partir, fundamentalmente de autores hispanos (Gutiérrez, Acevedo, Crespí, Arredondo Carmona, que el AA 2.1.2 [Nov. R. 3.2.11] favorecía frente a los «extrangeros»). Desde ella vendría ahora definido el *ius municipale/pro-*

²¹⁰ *Ibidem*, ff. 11 v.-12 v., nº 59 a 66.

²¹¹ AHFB, AJ02548/112, Gobierno y Asuntos eclesiásticos, *Certificado expedido por Juan Bautista de Hormaechebarria, secretario del Señorío, del acuerdo de las Juntas Generales de octubre de 1770 por el que se ordenó la realización de diversas copias autorizadas, que se incluyen, de varias certificaciones sobre la pertenencia privativa al Juez Mayor de Vizcaya de los procesos judiciales de los vizcaínos*,

²¹² ARRIETA ALBERDI, J., El licenciado Andrés de Poza, *op. cit.* p. 223.

²¹³ Sobre ello, GARCÍA MARTÍN, J., En los orígenes del derecho comparado. Pierre Rebuffi (157?-1557) y la creación de una tradición jurisprudencial salmantina en el comentario del derecho regio. En DIOS, S. de, INFANTE, J. y TORIJANO, E. (Coords.), *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca: Universidad, 2009, pp. 55-79, pp. 75-76

prium como derecho común de la provincia *dentro* de un *ius publicum* castellano, cuyo doble fundamento –la religión católica y la historia legal más antigua (no la costumbre)– eran compartidos –y disputados– por ambos.

Por ello, la disputa más que por la ley regia, residiría en la posible limitación de las versiones oficiales de la Historia de España que afectasen a Vizcaya²¹⁴, en la medida en la que para poder definir un *derecho común de la provincia*, era necesario el reconocimiento de un sujeto de fundamento histórico que sólo una *Instituta* podía, en la práctica, proyectar al exterior.

IV. CONCLUSIONES

El *Escudo*, si bien no es estrictamente una *Instituta* –en la Biblioteca de Fontecha apenas hay obras de este género, aunque sí la *Historia del Derecho real de España* de Prieto y Sotelo (1738)– coincide en el tiempo con un movimiento europeo –continental y anglosajón– de raíz humanista, que pretendió glosar los derechos particulares a modo de derecho común de cada territorio. Ello, sin embargo, no conllevaba desligarse del *ius commune* como derecho canónico y/o romano en tanto en cuanto no supusiese una limitación para el derecho regio, ahora interesado en hacer prevalecer la ley sobre la costumbre en materia de *interpretación*. Esto es, en definir el derecho supletorio al que recurrir en primer lugar y en qué medida éste podía modificar el *ius proprium*.

En este contexto, una diferencia importante entre Escocia y Vizcaya sería el desarrollo que en aquélla alcanzaron, tanto en el s. XVII como en el XVIII, las *Instituta*, consolidadas como género desde las del vizconde de Stair y Mackenzie, al no existir una sistema censor como el existente en Castilla. Y junto a ello, la labor desempeñada por las universidades, lo que permitió el desarrollo de una Ilustración jurídica que favoreció el mantenimiento, frente a Inglaterra, del *ius commune* en las alegaciones jurídicas. En este sentido, la desaparición, a partir de 1707, del Parlamento escocés no impidió que el derecho siguiese actualizándose, gracias fundamentalmente a la *Court of Session*, con su propio *stylus*, que contribuyó a consolidar en Escocia el derecho propio frente al *common law* inglés.

²¹⁴ Así en la Junta General de 22 de julio de 1768 se acordaría que se examinase «el libro intitulado *La Cantabria*, que ha escrito el Padre Maestro Fray Enrique Flórez, en el que se vierten expresiones indecorosas y opuestas á las prerrogativas, exenciones y antigüedad de este ilustre solar» (SAGARMÍNAGA, F., *El gobierno foral*, *op. cit.*, v. IV p. 449). Sobre la crítica al libro de Miguel de Manuel, *Memorias para la vida del Santo rey don Fernando III*, «compuestas por Andrés Marcos Burriel», vid. ELÍAS DE TEJADA, F., *El Señorío*, *op. cit.*, pp. 262-263.

En el caso de Vizcaya, sin embargo, la extensión dieciochesca de la censura civil a todo tipo de impresos –no sólo los libros– impidió el desarrollo de una tradición *institutista* semejante, aunque se intentase camuflar el *Escudo* bajo la forma de un «papel en derecho» o ser apéndice de FN, para el que sí se contó siempre con licencia de reimpresión. Y ello, a pesar de que dos siglos antes, obras como la de Andrés de Poza, apuntaban ya al posible desarrollo de una doctrina jurídica defensora de la especificidad del derecho vizcaíno. De hecho, no sería sólo Vizcaya donde el gobierno regio trató de controlar, en el s. XVIII, la publicación de obras doctrinales semejantes, como pone de manifiesto, según se ha visto, el caso catalán.

Otros aspectos, como el diferente recurso que en las *Instituta* se hace a la Historia en Escocia y en Vizcaya, deben tenerse también en cuenta para explicar las diferencias entre los dos espacios objeto de comparación. Mientras en el reino escocés, la preocupación fundamental es vincular su derecho al derecho natural recurriendo a autores del *ius commune* (de ahí el término de *ius municipale* o estatuto) y, lo que es más importante, del derecho internacional a través de Grocio, en el Señorío de Vizcaya, por el contrario, la preocupación sería establecer los orígenes de un «derecho común de la provincia» –no un estatuto–, mantenido en el tiempo, que los reyes castellanos habrían acabado sancionado como ley, lo que chocaba con el interés ilustrado mostrado, en competencia con Vizcaya, por construir una versión originaria del derecho español más antiguo, que debía contribuir a fundamentar la imagen del rey legislador introducida por los Borbones. En el caso vizcaíno, por tanto, la referencia era fundamentalmente hispana basada tanto en la religión (la *Monarquía católica*) –que, por el contrario, no resulta decisiva en el caso escocés–, como en la voluntad de los monarcas castellanos a través de la Historia, de considerar el derecho vizcaíno como ley territorial –frente a la importancia dada a la costumbre en Escocia–, a partir de FN.

El momento de conflicto, no obstante, se hace evidente a finales del siglo XVIII, coincidiendo con el interés creciente del poder público en extender el estudio del «derecho regio», para lo que resultarían fundamentales las *Instituta* –el modelo, sin duda son las de Asso y de Manuel– en las que la parte histórica sería decisiva a la hora de construir uno u otro sujeto intemporal.

Cuestión distinta, que precisa de estudio, es el grado de incidencia mayor o menor del humanismo jurídico –concepto objeto de reformulación en la actualidad– en Escocia y en Vizcaya, donde el *Escudo* parece presentar una referencia mayor a autores peninsulares más vinculados –teóricamente– al *mos italicus* de lo que lo harían los escoceses, a diferencia, sin embargo, de lo ocurrido en el s. XVI con la obra de Poza.

Por último, la referencia casi exclusiva al derecho privado en el caso escocés, permitió a las *Instituta* de aquel reino seguir la división tripartita de personas, cosas y acciones, mientras que, en el caso vizcaíno, el conflicto subsistente de carácter jurídico-público explica que adquiriese relevancia fundamental la parte histórica. La opción regia española, mediante censura, de favorecer, no la redacción de *Instituta* por cada uno de los reinos o territorios peninsulares, sino una *Instituta* común de fundamento castellano –momento en el que empezaría a recurrirse, como ponen de manifiesto las *Instituciones* de Asso y de Manuel, a la división tripartita indicada–, hizo que el debate sobre la Historia, empleada como argumento jurídico con categorías del *ius commune*, siguiese siendo el hilo conductor del *Escudo*, y lo fuese aún en el siglo XIX...

V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes

ALONSO, José, *Colección de las alegaciones fiscales del Excmo Señor Conde de Campomanes*, Madrid: Imprenta de Repullés, 1841.

ALLENDE SALAZAR, Ángel, *Biblioteca del bascófilo: ensayo de un catálogo general sistemático y crítico de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra*, Madrid: Imp. y Fundición de Manuel Tello, 1887.

BELL, G. J., *Principles of the Law of Scotland, for the use of students in the University of Edinburgh*, Edimburgo, 1829.

CASANOVAS, Ignasi, *Josep Fineses. Epistolari*, Barcelona: Biblioteca Balmes, 1933.

CASTRO, Juan Francisco, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de estos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de derecho, para la recta administración de justicia*, Madrid, Imprenta E. Aguado, 1829.

DALRYMPLE, James, Viscount of Stair, *The Institutions of the Law of Scotland deduced from its originals and collated with the civil, canon and feudal laws with the customs of neighboring nations*. New edition with notes and illustrations by John S. More, Edimburgo: Printed for Bell and Bradfute, 1832.

ERSKINE, John, *Principles of the Law of Scotland. Fourteenth edition, containing extracts from the lectures of George Moir and notes by William Guthrie*, Edimburgo: Bell & Bradfute 12 Bank Street-William Maxwell & son London, 1870.

- FERNÁNDEZ DE MESA, Tomás Manuel, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen...* Madrid: en la Imprenta de Don Benito Cano, 1802.
- FRANKENAU, Gerardo Ernesto [LUCAS CORTÉS, Juan], *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- LARREA, M^a Ángeles y MIEZA, Rafael M^a (dirs.), *Legislación foral del Señorío de Vizcaya (1528-1877). Registro de los actos legislativos dispuestos por las Juntas del Señorío, sus Regimientos y Diputaciones Generales*, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1992.
- MALDONADO MACANAZ, Joaquín, Noticia biográfica. En MALDONADO DE GUEVARA, F., *Melchor de Macanaz. Testamento político. Pedimento fiscal*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972, pp. 1-89.
- MARTÍNEZ LAHIDALGA, Adela, GARCÍA ARBAIZA, José Ignacio, ROYELA ZUMARRAGA, José Esteban, SESMERO CUTANDA, Enriqueta, *Juntas y Regimientos de Bizkaia. Actas. Tomo XIX 1685-Febrero 1690*, Bilbao: Juntas Generales de Bizkaia, 2009.
- MAYANS Y SISCAR, Gregorio, *Obras completas*, Valencia: Ayuntamiento de Oliva-Diputación de Valencia, 1985.
- MEDINA Y FLORES, Miguel, Representación que para promover el estudio del derecho Español y facilitar su observancia, hace al Rey Nuestro Señor, que Dios guarde, por medio del Excmo. Sr. Cardenal de Molina, Obispo de Málaga y Comisario general de la Santa Cruzada y Gobernador del Consejo, el Doctor Miguel de Medina y Flores, Abogado de los Reales Consejos de el Colegio de esta Corte y Académico de numero de la Academia Real española de la Historia, 1744, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52 (1878), pp. 353-367 y 481-495.
- SAGARMÍNAGA, Fidel de, *El gobierno y el régimen foral del Señorío de Vizcaya desde el reinado de Felipe II hasta la mayor edad de Isabel II*, Bilbao: Tipografía Católica de José de Astuy, 1892.
- SAGARMÍNAGA, Fidel de, *Memorias históricas de Vizcaya*, Bilbao: Impr. y Lib. de Juan E. Delmás, 1880.
- SANZ Y COSTANZO, Agustín Fernando, *Glosa expedita ó indice general de la Nueva Recopilación en la que se demuestran por el orden y método de la glosa puesta en las ediciones de 1745 y 1775, las Leyes y Autos Acordados con sus respectivas remisiones, que hasta el presente tiempo se han recopilado y conducen á la perfecta y cierta inteligencia de la Sanción en que se citan...* Madrid: Joachim Ibarra, Impresor de la Camara de S. M., 1779.

SESMERO CUTANDA, Enriqueta, ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, Javier y LORENTE RUIGÓMEZ, Araceli, *Juntas y Regimientos. Tomo V (1591-noviembre 1595)*, Bilbao, Bizkaiko Batzar Nagusiak-Juntas Generales de Bizkaia, 1999.

2. Bibliografía

ALONSO ROMERO, María Paz, Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna. En *Salamanca, escuela de juristas*, Madrid: Universidad Carlos III, 2012, pp. 327- 362.

ARRIETA ALBERDI, Jon, El licenciado Andrés de Poza y su contribución a la ubicación de Vizcaya en la Monarquía hispánica. En ARRIETA, Jon, GIL, Xavier y MORALES, Jesús (coords.), *La diadema del rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao: EHU/UPV, 2017, pp. 169-229.

ARRIETA ALBERDI, Jon, Estudio introductorio. En FONTECHA Y SALAZAR, Pedro (atribuido), *Escudo de la más constante fe y lealtad [del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya]*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2015, pp. 627-631.

ARRIETA, Jon, Forms of Union: Britain and Spain, a Comparative Analysis. En ARRIETA, Jon y ELLIOTT, John H. (eds.), *Forms of Union: the British and Spanish Monarchies in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. Revista Internacional de Estudios Vascos. Cuadernos 5* (2009), pp. 1-176, pp. 23-52.

ARRIETA, Jon, The Anglo-Scottish Union and the Nueva Planta. En DADSON, Trevor J. y ELLIOTT, John H. (eds.), *Britain, Spain and the Treaty of Utrecht, 1713-2013*, Leeds: Legenda, 2014, pp. 40-45.

AYERBE IRIBAR, María Rosa, *Origen y desarrollo del Derecho y de la Administración forestal en España y en Guipúzcoa. El Servicio Forestal de la Diputación de Guipúzcoa. I. Desde los orígenes a 1925*, Astigarraga (Guipuzkoa): Diputación Foral de Guipuzkoa, 2005.

AYERBE, María Rosa, Defensa de las regalías y beneficio de la causa pública, de Don Joseph de Zabala y Miranda (Vizcaya, 1746). En ARRIETA, Jon, GIL, Xavier y MORALES, Jesús (coords.), *La diadema del rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao: EHU/UPV, 2017, pp. 231-304.

BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, Londres: Butterworths, 2002.

BASTON, Karen G., *Charles Areskine's Library. Lawyers and their books at the dawn of the Scottish Enlightenment*, Leiden-Boston: Brill, 2016.

- BASTON, Karen G., Humanist Books and Lawyers' Libraries in early Eighteenth-Century Scotland: Charles of Areskine of Alva's Library. En PLESSIS, Paul J. du y CAIRNS, John W. (ed.), *Reassessing Legal Humanism and its Claim. Petere fontes?*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2016, pp. 348-376.
- BASURTO, Román, *La biblioteca de Pedro Fontecha Salazar. Jurisconsulto vasco del siglo XVIII*, Vitoria-Gazteiz: Eusko Bibliographia, 1990.
- BECK VARELA, Laura, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BERMAN, Harold J., *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Re-formations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachusetts)-Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- BIROCCHI, Italo, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turín: G. Giapichelli, 2002, pp. 51-54.
- BIROCCHI, Italo, La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento. En BIROCCHI, Italo y MATTONE, Antonello (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma: Viella, 2006, pp. 17-71.
- CAIRNS, John W., Blackstone, an English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State. En CAIRNS, John W., *Law, Lawyers and Humanism. Selected essays on the History of Scots Law*, Edinburg: University Press, 2015, pp. 413-481.
- CAIRNS, John W., Ethics and the Science of Legislation: Legislators, Philosophers, and Courts in Eighteenth-Century Scotland, *JRE* 8 (2000), pp. 159-180.
- CAIRNS, John W., Historical Introduction. En REID, Kenneth y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *A History of Private Law in Scotland. I. Introduction and Property*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 14-184.
- CAIRNS, John W., Institutional Writings in Scotland Reconsidered. En KIRALFY, Albert y MACQUEEN, Hector L. (eds.), *New perspectives in Scottish Legal History*, Londres: Frank Cass, 1984, pp. 76-117.
- CAIRNS, John W., Scottish Law, Scottish Lawyers and the status of the Union. En ROBERTSON, John (ed.), *A Union for Empire. Political Thought and the British Union of 1707*, Cambridge: University Press, 2003, pp. 243-268.
- CAIRNS, John W., Scottish Law, Scottish Lawyers and the status of the Union. En ROBERTSON, John, *A Union for Empire. Political Thought and the British Union of 1707*, Cambridge: University Press, 1995, pp. 243-268.
- CAIRNS, John W., The *Breve Testatum* and Craig's *Jus Feudale*, *The Legal History Review* 56.3 (1988), pp. 311-332.

- CARAVALE, Mario, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna: Monduzzi Editore, 2005.
- CLAVERO, Bartolomé, La disputa del método en las postrimerías de una sociedad 1789-1800, *Anuario de Historia del Derecho español* [AHDE] (1975), pp. 307-334.
- CLAVERO, Bartolomé, *Leyes de la China: orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, AHDE (1982), pp. 193-221.
- CONDE NARANJO, Esteban, *Medioevo Ilustrado. La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*, Sevilla: Universidad, 1998.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *El Señorío de Vizcaya (Hasta 1812)*, Madrid: Ed. Minotauro, 1963.
- ELLIOTT, John H., *Catalanes y escoceses. Unión y discordia*, Madrid: Taurus, 2018.
- FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo, Dinastía y comunidad política: el momento de la patria. En FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid: Marcial Pons-Casa de Velázquez, 2002, pp. 485-532.
- FORD, John D., *Law and Opinion in Scotland during the Seventeenth Century*, Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2007.
- GALENDE DÍAZ, Juan Carlos, Repertorio bibliográfico de la biblioteca del padre Burriel, *Espacio, Tiempo y Forma. Historia moderna*, 8 (1994), pp. 241-268.
- GARCÍA HERNÁN, Enrique, Construcción de las Historias de España en los siglos XVII y XVIII. En GARCÍA CÁRCEL, Ricardo, *La construcción de las Historias de España*, Madrid: Fundación Carolina-Marcial Pons, 2004, pp. 127-193.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, 1707, los límites del orden. Ley y religión en los reinos *civiles* de Nápoles y España, *E-Legal History Review*, 3 (enero de 2007), pp. 1-45.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, El Fuero de Vizcaya en la doctrina y la práctica judicial castellanas. En ARRIETA, Jon, GIL, Xavier y MORALES, Jesús (coords.), *La diadema del rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, Bilbao: EHU/UPV, 2017, pp. 53-168.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, *El juzgado de imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una Monarquía vicarial*, Bilbao: UPV/EHU, 2003.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, En los orígenes del Derecho comparado. Pierre Rebuffi (1487?-1557) y la creación de una tradición jurisprudencia salmantina en

- el comentario del derecho regio. En DIOS, Salustiano de, INFANTE, Javier y TORIJANO, Eugenia (Coords.), *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca: Universidad, 2009, pp. 13-79, esp. pp. 75-76.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, Las Bibliotecas y las Alegaciones Jurídicas impresas de los abogados en Castilla (siglos XVII y XVIII). El problema de las *communis opinio*. En MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Historia de la abogacía española*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, v. I, pp. 717-765.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael D, *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán: Giuffrè, 2008.
- GARRIGA, Carlos, Sobre la autoridad de los fueros municipales en el siglo XVIII. Una lectura regalista de la primera ley de Toro. En *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia: Universitat, 2007, v. I, pp. 681-695.
- GAY ESCODA, Josep Maria, Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845). En CLAVERO, Bartolomé, GROSSI, Paolo, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán: Giuffrè, 1990, t. II, pp. 805-865.
- GODFREY, A. M., Scotland: The Court of Session from its foundation to 1800. En RHEE, C. H. van y WIJFFELS, Alain, *European Supreme Courts. A portrait through History*, Londres: Third Millenium, 2013, pp. 180-197.
- GODFREY, A. Mark, Ius commune, practick and civil procedure in the Sixteenth-Century Court of Session, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 72 (2004), pp. 238-295.
- GÓMEZ GÓMEZ, Margarita, Crítica histórica y archivos. El caso de España en el siglo XVIII, *Historia, Instituciones, Documentos*, 12 (1985), pp. 199-231.
- GÓMEZ RIVERO, Ricardo, *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*, San Sebastián: Diputación Foral de Guipúzcoa, 1982.
- GORDON, William M., Scotland as a Mixed Jurisdiction. En GORDON, William M., *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, pp. 343-351.
- GORDON, William M., The Civil Law in Scotland. En GORDON, William M., *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, pp. 324-339.
- HAAKONSSSEN, Knud, Natural Law and the Scottish Enlightenment, *Man and Nature*, 4 (1985), pp. 47-80.

- HORN, N., Literaturgeschichtliche Aspekte der Rezeption in Spanien, *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, 37 (1969), pp. 489-514.
- JORDÁN DE ASSO, Ignatius y MANUEL, Miguel, *Institutes of the civil law of Spain. Translated from the Spanish, with notes, an appendix and index by Lewis F. C. Johnson*, Londres: Joseph Butterworth and Son, 1825, a partir de la 6ª edición española de 1805.
- KIDD, Colin, *British identities before nationalism. Ethnicity and nationhood in the Atlantic World, 1600-1800*, Cambridge: University Press, 1999.
- KIDD, Colin, Eighteenth-Century Scotland and the Three Unions. En SMOUT, T. C. (ed.), *Anglo-Scottish relations form 1603 to 1900*, Oxford, The British Academy-Oxford University Press, 2005, pp. 171-187.
- LABAYRU, Estanislaio J., *Historia general del Señorío de Bizcaya*, Bilbao: La Gran Enciclopedia Vasca, 1971 (facs. de 1900).
- LÓPEZ ATXURRA, Rafael, *La Administración fiscal del Señorío de Vizcaya (1630-1804)*, Bilbao: Diputación Foral, 1999.
- LUIG, Klaus, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, *Ius Commune*, 3 (1970), pp. 64-97.
- MACLEAN, A. J., The 1707 Union: Scots Law and the House of Lords. En KIRALFY, Albert y MACQUEEN, Hector L. (eds.), *New perspectives in Scottish Legal History*, Londres: Frank Cass, 1984, pp. 50-75.
- MALETTKE, Klaus, Les traités de Westphalia (24 octobre 1648) et l'idée de l'ordre européen. Mythe ou réalité? En KINTZ, Jean-Pierre y LIVET, Georges, *350e anniversaire des Traités de Westphalia (1648-1998). Une genèse de l'Europe, una société á reconstruire*. Estrasburgo: Presses Universitaires, 1999, pp. 161-173.
- MAÑARICÚA Y NUERE, Andrés E. de, *Historiografía de Vizcaya (Desde Lope García de Salazar a Labayru)*. 3ª edición corregida con numerosas adiciones, Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.
- MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Lecturas antiguas y lecturas ilustradas. Una aproximación a los primeros manuales jurídicos, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 1 (1998), pp. 71-164.
- MCDOUGALL, Warren, The emergence of the modern trade. Copyright and Scottishness. En BROWN, Stephen W. y MCDOUGALL, Warren, *The Edinburgh History of the Book in Scotland. II. Enlightenment and Expansion 1707-1800*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 2012, pp. 23-39.
- MERINO MALILLOS, Imanol y GARCÍA MARTÍN, Javier, Vizcaya atormentada. La interpretación del Señorío de Vizcaya sobre la exención de tormento

- en el siglo XVII, con una breve comparación con el reino de Escocia, *Clio & Crimen*, 15 (2018), pp. 143-173.
- MERINO MALILLOS, Imanol, *Ayunos del Fuero*. La distribución de ejemplares del Fuero Nuevo de Vizcaya por las instituciones provinciales vizcaínas (c. 1575-1700). Una aproximación, *e-Legal History Review*, 26 (2018), pp. 2-43.
- MESTRE SANCHÍS, Antonio, *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia: Ayuntamiento de Oliva, 1970.
- MONREAL, Gregorio, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el s. XVIII)*, Bilbao: Diputación de Vizcaya, 1974.
- MORENO CRUZ, Pablo, Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma, *Revista de Derecho Privado*, 32 (en.-jun. 2017), pp. 491-512.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Carmen, Estudio introductorio. En GUTIÉRREZ, Juan, *Fueros vascos: fundamentos de derecho (1593)*, Madrid: CEPC, 2006.
- ORTEGA GALINDO DE SALCEDO, Julio, *Los Caballeros Corregidores del Señorío de Vizcaya (Siglos XVII y XVIII)*, Bilbao: Ediciones de la Librería Arturo, 1965.
- ORTEGA GALINDO, J., Importancia del Corregidor en la historia del Señorío de Vizcaya. II. Casa de Borbón, *Estudios de Deusto*, 14, (en.-abr. 1966), pp. 301-342.
- ORTEGA Y GALINDO, J., Importancia del corregidor en la Historia del Señorío de Vizcaya. Casa de Austria, *Estudios de Deusto* 14 (en.-abr. 1966), pp. 93-126.
- ORTIZ DE URBINA MONTOYA, Carlos, *El desarrollo de la arqueología en Álava: condicionantes y conquistas (siglos XVIII y XIX)*, Vitoria-Gasteiz: Museo de Arqueología de Álava, 1996.
- OSLER, David J., The myth of European legal history, *Rechtshistorisches Journal*, 16 (1997), pp. 393-410.
- PADOA SCHIOPPA, Antonio, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 363-370.
- PATON, G. y CAMPBELL H., The Eighteenth Century and later. En VVAA, *An introduction to Scottish Legal History*, Edimburgo: The Stair Society, 1958, pp. 50-63.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Historia del Derecho español*, Madrid: Universidad Complutense, 2004, 2 vols.
- PESET, Mariano, El Derecho romano y el derecho real en las Universidades del siglo XVIII, *AHDE*, 45 (1975), pp. 273-339.

- PORTILLO VALDÉS, José María, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias vascas (1760-1808)*, Madrid: Centro de Estudios
- REYES GÓMEZ, Fermín de los, *El libro en España y América. Legislación y Censura (siglos XV-XVIII)*, Madrid: ARCO/LIBROS, 2000.
- RODRÍGUEZ HERRERO, Ángel, Un documento inedito sobre el Escudo de la mas constante fe y lealtad. *Estudios vizcaínos. Revista del Centro de Estudios Históricos de Vizcaya* 1 (en.-jun. 1970) pp. 179-190.
- ROSE, Mark, Copyright, authors and censorship. En SUÁREZ, Michael F. y TURNER, Michael L., *The Cambridge History of the Book in Britain. Volume V 1695-1830*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 118-131.
- SCULLION, Dominic, The Union of 1707 and its impact on Scots Law, *Aberdeen Student Law Review*, 111 (2010) pp. 111-118.
- SCHRÖDER, Jan, *Rechts als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933). 2. Auflage*, Munich: C.H. Beck, 2012.
- SESÉ ALEGRE, J. M., *El Consejo Real de Navarra en el s. XVIII*, Pamplona: EUNSA, 1994.
- SIMPSON, Andrew R. C. Legislation and authority in early-modern Scotland. En GODFREY, Mark, *Law and Authority in British Legal History 1200-1900*, Cambridge, University Press, 2016, pp. 83-119.
- SIMPSON, Andrew R. C. The Scottish Common Law, c. 1124-c. 1500. En PIHLAJAMÄKI, Heikki, DUBVER, Marcus D. y GODFREY, Mark, *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, University Press, 2018, pp. 450-473.
- SMITH, J. Irvine, The rise of modern Scots Law 1660-1707. En VVAA, *An introduction to Scottish Legal History*, Edimburgo: The Stair Society, 1958, pp. 44-49.
- SOMMA, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho comparado* (2008) en www.jus.unitnit.it/Cardozo/review2008somma1.pdf.
- STIFFONI, Giovanni, Conciencia histórica e historiografía. En STIFFONI, Giovanni (ed.) *Intelectuales, Sociedad y Estado. La época de los primeros Borbones. II. La cultura española entre el Barroco y la Ilustración (circa 1680-1759)*. En *Historia de España de R. Menéndez Pidal*, Madrid: Espasa Calpe, 1985, v. 29, pp. 300-345.
- STIFFONI, Giovanni, *Verità della storia e ragioni del potere nella Spagna del primo '700*, Milán, 1989.

- STOLLEIS, Michael, *Condere leges et interpretari*. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung im 17 Jahrhundert. En *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abt.*, 1984.
- TREADWELL, Michael, The stationers and the printing acts at the end of the seventeenth century. En BARNARD, John y MCKENZIE, D. F. (eds.), *The Cambridge History of the Book in Britain. Volume IV. 1557-1695*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 755-776.
- VALLEJO, Jesús, De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio. En FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid: Marcial Pons-Casa de Velázquez, 2002, pp. 444-451.
- VALLEJO, Jesús, El Fuero Real bajo las luces o las sombras de la edición de 1781. En IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *Estat, Dret i Societat al serle XVIII. Homenaje al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona: Associació Catalana d'història del Dret «Jaume de Montjuic», 1996, pp. 611-643.
- WATSON, Alan, *La formazione del diritto civile*, Traducción italiana de Nicoletta Sarti de la edición inglesa de 1981, Bolonia, Il Mulino, 1986.
- WATSON, Alan, Some notes on Mackenzie's Institutions and the European Legal Tradition, *Ius Commune*, 16 (1989), pp. 303-313.
- WIJFFELS, Alain A British *ius commune*? A debate on the Union of the laws of Scotland and England during the first years of James VI/I's English reign, *Edinburgh Law Review*, 6 (2002), pp. 315-55.
- WILSON, Adelyn L. M., The Transmission and Use of the Collected Legal Decisions of Sir Richard Maitland of Lethington in Sixteenth-and Seventeenth-Century Scotland, *The Library*, vol. 19. n° 3 (septiembre 2018), pp. 325-359.
- WISNER, David A., *The Cult of the legislator in France 1750-1830. A study in the political theology of the French Enlightenment*, Oxford: Voltaire Foundation, 1997.