

EL MÉTODO EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Por Rafael GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA.

Catedrático de la Asignatura.

SUMARIO

PRELIMINAR

I. EL PROBLEMA DEL MÉTODO

- 37. Método e Historia del Derecho
- 38. El método histórico
- 39. El método crítico
- 39 bis. Tendencias sociológicas y comparativísticas

II. FUENTES DE LA HISTORIA DEL DERECHO

- 40. Concepto y clasificación
- 41. La ley
- 42. La costumbre
- 43. La jurisprudencia judicial (1947)
- 43 bis. La jurisprudencia judicial (1964)
- 44. La literatura jurídica
- 44 bis. La doctrina jurídica
- 45. Documentos de aplicación del derecho
- 46. Fuentes no jurídicas (1947)
- 46 bis. Fuentes no jurídicas (1964)

PRELIMINAR

Si alguna duda había acerca de la oportunidad de publicar esta Memoria de Cátedra, redactada en 1947, retocada en 1949 y rehecha más a fondo de lo que yo creía en 1964, mayores son las que ha suscitado al autor y mayores aún las que al posible lector, tratándose de la segunda parte, relativa al Método, para la que me ha parecido aligerador empezar una nueva numeración de las copiosas notas. Porque siendo el autor, no discípulo —palabra que nos molestaba a ambos—, sino ayudante de don Galo Sánchez, luego su sucesor en la primera y única cátedra en la Universidad de Madrid (¡la patria en San Bernardo!), resulta que don Galo se burlaba del Método. Es verdad que en el expediente de sus Oposiciones, anteriores al régimen que estableció este segundo ejercicio, ya que he consultado a otros efectos en el Archivo de Alcalá de Henares, no recuerdo que hubiera un ejercicio equivalente al segundo del régimen vigente desde 1932 o 34, sino que destacaba, como primero, un paquete de trescientos o cuatrocientos temas particulares de la asignatura, pero, por otra parte, la casualidad me ha hecho conocer un manuscrito, de juvenil maestría, de don Ramón Menéndez Pidal, su «Memoria preliminar» para opositar a la cátedra de Filología comparada del latín y castellano, en el 1899, tras el 98; un prodigio de síntesis, visión clara y para decirlo con un término que aplicó Eugenio d'Ors a los productos literarios, esbeltez; una maravilla no sé si publicada; un espléndido principio; pues bien, esta Memoria, que contiene un esquema ideal y perfecto, fue redactada para cumplir el artículo 6.º del Reglamento de Oposiciones a Cátedra. Ya he dicho que para redactar la mía de 1947 me sirvió de modelo, guía y fuente la de don José Maldonado y Fernández del Torco, a quien me es grato renovar mi gratitud por todo el favor, la orientación y la protección que me dispensó en el largo comienzo de mi dedicación a la Universidad y a la Asignatura, por lo demás, inmerso en la gran tarea no sólo científica, sino también humana, cordial, amistosa que él ejerció y ejerce en la Escuela de Hinojosa. Pero es lo cierto que tengo una idea más clara de la tradición observada en este género académico en Derecho Romano —Asignatura por varios conceptos ejemplar— aunque no se han librado sus titulares de cierta actitud vergonzante, al pretender disimular el carácter oficial de estas memorias, yo, cada día más enamorado de lo oficial, lo convencional, lo ceremonial y lo formal, al contrario, deseo ponerlo de relieve. Pero, en fin, cuando don Ursicino Álvarez presenta su Horizonte actual del Derecho Romano, como primer volumen en 1944 de unos Estudios Matritenses, declara en su «propósito» trabajo que éste era «una obra de juventud, que acaso aun hoy redactaría su autor de muy distinta manera y que fue terminado en el año 1940». Si tenemos en cuenta que el profesor había ya obtenido la Cátedra en 1935, podemos suponer que el núcleo de su trabajo databa de esa fecha. Ahora bien, tuvo que hacer nuevas oposiciones en el 41 o 42; yo tuve la fortuna de presen-

ciarlas, eran entonces un frecuente y brillante espectáculo y una ventaja para los alumnos madrileños sobre los provincianos, y para este torneo tal vez la actualizó, evidentemente en cuanto a la nueva bibliografía. Pues bien, ese Horizonte ... fue prologado, en abril de 1944, por don Felipe Clemente de Diego, el magno civilista, ya jubilado en 1936 (†), pero ahora culminante en su carrera de jurista como Presidente del Tribunal Supremo. Y Ursicino aludía, como precedente de su propio libro, a una espléndida Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano que don Felipe había publicado en Madrid, cuando era catedrático de dicha disciplina en Compostela, y «que representaba, quizás, la última obra creadora que, al fijar el estado de la ciencia romanística en aquel tiempo, pareció marcar, simultáneamente, un hito en la investigación española, que se detuvo entonces, sin continuar el camino marcado por el maestro». Triste destino que tal vez requiriera una más detallada investigación. Señalemos, no obstante, que esa especie de renacimiento de la Romanística española se vinculaba por don Ursicino a los «estudios históricos del Derecho, a la Escuela de Hinojosa y al Anuario de Historia del Derecho Español... que aspira(ba), en su actual reorganización, a extenderse a los estudios de Derecho Romano». En efecto, el volumen XIV del Anuario... Pero ésa es otra historia. Lo cierto es que don Felipe, en su elocuente prólogo, aprobaba el nuevo Reglamento de Oposiciones que había restablecido y ampliado el arriba mencionado requisito del artículo 6.º (ahora vemos que del Decreto de 27 de julio de 1894), al exigir ahora que los opositores presentaran «un trabajo sobre el concepto, método, fuentes y enseñanza de la disciplina en cuestión. Esta exigencia —añadía— (la memoria expositiva del método de enseñanza, en 1894) había dejado de existir por mucho tiempo», lo que explica que don Galo, seguramente, no redactara esa Memoria. Ahora veo que el Curso, tan preciso en sus palabras como en su silencio, no pone las palabras concepto ni método de la historia del Derecho, de la que sólo dice que es una ciencia en formación, y tengo fijo el recuerdo de haberle oído decir que sólo había que leer los textos y fijarse en cómo habían actuado los autores de las «investigaciones consiguientes», como dice en el Curso. En cambio, el Romanista, en una Memoria que tuve muy presente, los Presupuestos Críticos de don Álvaro d'Ors (Salamanca 1943), inicia su Concepto con una referencia agradecida al autor del Horizonte... «por el favor de haberle permitido consultar esta obra antes de su publicación»; y, en efecto, en la suya daba por conocido todo rico material, y él, por su parte, se limitaba, con mayor brevedad, a tomar posición frente a una serie de importantes problemas generales que el Derecho Romano tenía planteados: punto de arranque y una orientación. Esta práctica de sana continuidad y renovación explica la opinión que el propio-autor-que-hemos-seguido opinase acerca de las Memorias de Cátedra, entonces muy en auge, aunque en número no tan elevado como felizmente al presente. Con cierto retintín se refirió el maestro a las Memorias que se requerían «todavía hoy, y en las que los opositores se explayaban. Las memorias y el correspondiente ejercicio de trinca ocupaban todavía —como si se esperasen tiempos mejores— un lugar destacado». Aparte plantear la cuestión del doble sentido de la palabra fuente —cuya es la propia sede— en Derecho Romano y en cualquier otro, si existe, opinaba el autor que hacer el opositor un resumen de ellas carecía de todo valor, y que existiendo libros como el Wenger era inútil todo esfuerzo en este sentido, opinión semejante a aquella que sostenía que viviendo, y por muchos años lo veamos, Alfonso García Gallo era inútil emprender cualquier cosa en la Historia del Derecho Español. Destacó los

excesos pedantes y ridículos que se cometían a veces, y confirmó su modo de ver: que la Memoria debía ser una exposición de la actitud científica del opositor y tratar de las cuestiones fundamentales que tuviera planteada la asignatura, y respecto de las cuales sería necesario adoptar posición. Curiosamente, el contenido que podemos contemplar en la citada Memoria de Menéndez Pidal, hace noventa años, y hacia el que se encaminan, según me parece el moderno sistema, con el feo nombre de Proyecto Docente, y aun de Ofertas docente e investigadora. Oferta, dos por uno, como en supermercados. Pero en fin, tanto en los pocos Tribunales a cátedra en que he participado, con el odio inextinguible de los que no voté, y el rencor misterioso de los que he ayudado, como en los más recientes e instantáneos concursos a plazas de agregados y titulares, he podido apreciar, a través de rápidas ojeadas en voluminosas y en la más vivaz y unitaria audición de los ejercicios orales, junto a un fondo de cosas conocidas, tradicionales, los despuntes sonoros de las innovaciones, el progreso creciente de nuestra asignatura, como las desviaciones a los campos lindantes de la Sociología, también con precedentes, el atractivo del estructuralismo, el más poderoso del marxismo, que ahora vemos derribarse, tampoco es para tanto, que al fin El Capital es un libro para la Historia de ellos. Me hubiera complacido establecer las coincidencias y acaso las distancias con esas producciones. En parte, conocidas en lo que tal vez se deba considerar incurso en el secreto de las deliberaciones de un Tribunal; otras, aparecidas con la veste de estudios de investigación, propios del Anuario. Alfonso García Gallo, aparte de su Metodología del Derecho Indiano (Chile 1971), en parte transportable a nuestro campo, dio en el segundo tomo de su Manual de 1959 una Metodología Histórico-Jurídica, sumamente práctica, aparte de completa y ordenada en la orientación bibliográfica (pp. III-LV). José Manuel Pérez-Prendes ofrece a los alumnos de su vasto imperio trescientas densas páginas de fundamentos conceptuales y metodológicos, precedidos de las más extensas y profundas raíces especulativas. A ellos me remito para quienes deseen un tratamiento sistemático y moderno de la materia. José Antonio Escudero reúne en su volumen Historia del Derecho: historiografía y problemas (Madrid 1973) algunos estudios íntimamente relacionados con las cuestiones tradicionales de las Memorias, a cuyo origen hace expresa referencia, tratándolos con agudeza y originalidad. Por último, séame permitido elogiar la Memoria redactada en 1974 sobre «Concepto, Método, Fuentes y Programa», por mi doctor Rafael Zurita Cuenca, como un modelo de Memoria breve, esencial, discreta, atemperada, al día y fiel a la Escuela, con algún eco de las conversaciones con don Galo, con el dato elegante de no haber tenido éxito, una vulgaridad. Una Memoria que yo quisiera haber escrito, menos con ese efecto, claro. Muy vacilante acerca del mérito científico de la Memoria que ahora doy a la luz, me anima a hacerlo el que cumplo un deber reglamentario, pues si en los últimos tiempos se pone tanto énfasis en la condición de pública de la Universidad, y para mí lo son todas en cuanto a su enseñanza y al valor de sus títulos y grados, no es conveniente que permanezca en la escondida esfera de lo privado y aun de lo secreto el documento fundamental de la función que hemos ejercido. Si su análisis lleva a la convicción de los más jóvenes que nunca debí haber sido catedrático, lo siento; ya no hay tiempo, pues lo he sido, tan deficiente como demuestran éstas y otras páginas.

I

EL PROBLEMA DEL MÉTODO

37. Método e historia del derecho

Método es el camino que debe recorrer la inteligencia para conocer la verdad ¹. El conocimiento científico es esencialmente metódico; está sometido a ciertas normas que deben ser observadas para alcanzar su objeto. Establecer y fijar estas normas es el cometido propio de la metodología, que ha podido ser definida como ciencia de la ciencia ². «En la investigación metodológica la ciencia misma se torna objeto de nuestra reflexión» ³. Unir los términos ciencia y método es casi una redundan-

¹ BALMES, *Lógica Elemental*, lib. III, cap. I, lo define: «Orden que observamos para evitar el error y encontrar la verdad». P. Zeferino GONZÁLEZ, *Filosofía Elemental*, 2.^a ed., Madrid 1876, pp. 198 ss., trata filosóficamente del Método. Narciso GARCÉS, *Compendio de Metodología Científica Elemental*, Madrid 1945. Curiosa bibliografía para iniciar un estudio del método en historia del derecho, pero se imponía el tema si interesa la verdad. Interesaba.

² CARNELUTTI, en su *Metodologia del Diritto*, Padua 1939, la define como «ciencia de la ciencia del derecho».

³ Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho Civil*, Madrid 1946, p. XIV, obra reeditada. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología Jurídica*, Civitas, Madrid 1988; obra fundamental, en la que destacamos su capítulo XI relativo al método de la escuela histórica alemana y el de los foralistas españoles. El revisar el texto para su reimpresión, la aparición

cia⁴. La confesión personal de Descartes, «cuanto sé lo debo al método», es una confesión de la ciencia moderna⁵. Es imposible lograr el

del libro de don Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología Jurídica*, ed. Civitas, Madrid 1988, me permite remitir a una exposición básica y magistral que sobre el fundamento de la sana filosofía, antigua y moderna, y con la experiencia de la práctica desciende a todos los aspectos del saber jurídico, dentro del cual la historia también tiene lugar. Todos los tópicos tratados en esta parte de mi memoria, y aun en la primera, desde el concepto del derecho, la teoría de las fuentes, el derecho como ciencia y como arte, positivismo, racionalismo, formalismo, judicialismo, historicismo, sociologismo, encuentran en este libro un tratamiento adecuado. En torno a una convicción general, coherente y unitaria, encontrará el lector una copiosa información que le ha nutrido, y le ofrece una rica diversidad de perspectivas, desde una posición firme y adherida a los principios clásicos sin dejar por ello de presentar el panorama de las alteraciones contemporáneas y ofreciendo las claves de la confusión dominante. Las aportaciones de algunos autores de antiguo mencionados en nuestra asignatura —Vico, Montesquieu, Savigny (respecto a éste interesa su valoración de los foralistas españoles)— son objeto de una clarísima y elemental explicación. El retorno al Derecho Natural, del que partíamos para precisar el concepto de la disciplina, sirve a la conclusión del autor, en diálogo con el autor citado al principio, en la redacción primitiva de esta memoria, y que en su discurso de apertura del curso 1983-84 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, había disertado sobre el tópico.

4 1947: La importancia del método para la ciencia está fuera de toda discusión: unir ambos términos es casi... La observación de ORTEGA Y GASSET, de que el método había permitido en Alemania el aprovechamiento del tonto (*Goethe desde dentro*, 1933, p. 279) encarece su mérito. Añadía el autor: «En definitiva, los métodos históricos sirven sólo para surtir de datos a la historia». Más adelante, en 1947, elevó su consideración hacia el método histórico: «en él se trata de descubrir cuál es la realidad completa, enteriza, el auténtico todo a que referir el acto humano de que se trata», OCCC VIII, p. 563.

5 Para los aficionados a las alturas, podemos remitir, sobre esta afinidad entre Método, Modernidad y Descartes, al mismo ORTEGA Y GASSET, su estudio sobre Leibniz (1947 ss.) que en la época en que se redactó esta memoria esperaba desesperadamente don Eulogio Varela Hervás, director de la Hemeroteca Municipal, pues lo necesitaba como estudio preliminar a una edición de una obra de Leibniz, pp. 240-245; aparte del título, *Discurso del Método*, «su vida era metódica». Paul VALERY, en su discurso de 1937 acerca de Descartes: «Chercher une méthode, c'est chercher un système d'operations exteriorisables qui fasse mieux que l'esprit le travail de l'esprit...» (*Oeuvres*, La Pléiade I, 1957, p. 800), lo que está más de acuerdo con el aprovechamiento del tonto, siempre que a éste se le proporcionen los datos, para lo cual, a su vez, sería necesario el método. 5.X.89.

dominio de una materia, si no se domina de antemano su lógica inmanente ⁶.

Una reacción contra la metodología se ha manifestado particularmente en el campo de la ciencia jurídica. Radbruch expresa así una opinión generalizada: «La ciencia sana y el hombre sano suelen saber muy poco de sí mismos ⁷. Se advierte también la tendencia a tratar las cuestiones de índole metodológica dentro de la labor científica particular y concreta y menos como una especulación independiente ⁸. «Longum est iter per praecepta; breve et efficax per exempla» (Séneca). Las mejores normas metódicas se encuentran en las páginas de los buenos trabajos científicos. Quizá tampoco es inútil el intento de anotar al margen de los grandes ejemplos los preceptos del arte.

6 1947: En cuya expresión se define acertadamente lo que es el método respecto a la ciencia. KERSCHENSTEINER, *El alma del educador*, Labor, Barcelona 1928, p. 136.

7 1947: Pero acerca de si conviene insistir en la indagación especial sobre el método, se advierte una reacción contraria, que se ha manifestado particularmente en el campo de las ciencias jurídicas. La ingeniosa comparación de Radbruch (*Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Recaséns, Madrid 1930; aunque este libro era manejado por todos, tengo la casi seguridad de que esta oportuna cita está tomada de la Memoria de don José Maldonado, o quizá se trata de una inevitable asociación de ideas, porque él era un hombre muy sano) expresa tal estado de ánimo. En ambos casos, suprimir lo que haya de enfermizo en la autoobservación, no debe ir contra la observancia de un método, que favorece toda salud.

8 1947: Lo mejor que puede hacer en la reacción antimetodológica, que no antimetódica, es una inclinación a que las preocupaciones de esa índole se desenvuelvan más dentro de la labor científica particular y menos como una... Alguna vez se ha intentado exponer una teoría metódica en un trabajo de investigación concreta; nada mejor puede acreditarla. Vid. PERROT, «Les études d'histoire locale sur le regime seigneurial», en *Revue Historique du Droit*, 1925, p. 94. Alfonso GARCÍA GALLO, «El hombre y la tierra en León», inédito (publicado después: «El hombre y la tierra en la Edad Media Leonesa. El prestimonio agrario», *RFDUMadrid* I, 2, 1957, pp. 319-372, con uns «observaciones previas sobre el método histórico-jurídico». La erudición latina que seguía era, naturalmente, de segunda mano, aunque avalada: «Vale el aforismo...»).

La unidad y la diversidad de las ciencias lleva consigo que existan unas normas metódicas generales y otras especiales ⁹. Habrá, por lo tanto, una metodología especial de la historia del derecho. Su conveniencia se acentúa por dos razones, una permanente y otra circunstancial. La historia del derecho tiene, puede decirse, una sola materia y dos formas que imprimir en ella, no alternativa sino conjuntamente. Su normal desenvolvimiento exige una cuidadosa solución al problema de los límites metodológicos. El desequilibrio entre lo histórico y lo jurídico significa una desvirtuación. Por otra parte, la renovación de las investigaciones histórico-jurídicas en España se originó fuera de su campo propio, en el de la historia general, con un claro predominio de la técnica histórica, lo que constituye un sólido fundamento, pero obliga a intentar una especial, no independiente, metodología ¹⁰.

Hay un método de investigación científica para hallar la verdad y un método de enseñanza para transmitirla. Es estrecha la vinculación entre ambos métodos, especialmente en la esfera universitaria, y se recomienda

9 1947: Pues, como dice Balmes, la diferencia de verdades exige diferencia de medios para alcanzarlas.

10 1947: Junto a la especialidad metodológica derivada de la materia científica sobre que versa, hay otra especialidad que se funda en la situación de la verdad que se trata de adquirir. Esta verdad puede ser aún desconocida objetivamente, y entonces es preciso adquirirla mediante la investigación; o bien estar obtenida por ésta, y entonces se trata de comunicarla a quienes no la conocen. Nota: En la definición de Z. González (loc. cit.) se contienen ambos aspectos: «modo de proceder ordenada y rectamente en la investigación y enunciación de la verdad». Análogamente, KURTSCHIED, *Methodologia Historiae Juris*, 1941. Hay un método... (Pero hace mucho tiempo he prescindido de esa distinción convencional, que se sintetiza en el estudio superior, o simplemente cultivo del saber, que estaba previsto en lo que sigue, pero se hizo práctico en el glorioso tiempo del tumulto).

enseñar «por un proceso de elaboración semejante al que el investigador siguió para hallar la verdad»^{11, 12}.

El método de la historia del derecho participa de un doble carácter, pero la síntesis no se obtiene por la mera agregación de un método histórico a otro jurídico, sino que ambos se condicionan mutuamente. El primero se someterá a la condición de que el pasado que tiene por objeto posee la peculiar estructura de lo jurídico. El segundo, a la condición de que la realidad jurídica que ha de captar se encuentra en el pasado, y es preciso reconstruirla por sus huellas; y además a la condición de que no es una realidad estática, sino en movimiento.

Sistema jurídico, pasado, evolución son las tres premisas del método histórico jurídico. Las dos primeras, cada una, se refieren a técnicas previa-

11 Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, 1944, p. 244. Sobre la conveniencia de mostrar en la enseñanza la formación de las doctrinas y los tanteos de la investigación, Santiago RAMÓN Y CAJAL, *Reglas y consejos sobre la investigación científica*, Madrid 1913, p. 29. (De esta obra, en su origen un discurso de ingreso en la Academia de Ciencias, 1897, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, sucesivos presidentes don Alejandro Nieto y don José Elguero, obsequió a la VI.^a Semana de Historia del Derecho Español, 1983, ejemplares de una reedición titulada *Los tónicos de la voluntad*, subtítulo anterior, CSIC, Madrid 1982, con una presentación por el primero; ocasión en la que reafirmaba el carácter científico de nuestra disciplina). Claro está que una cita sólo tiene sentido si nos lleva al conjunto de un libro como éste, que es un clásico de la investigación, y como dice Nieto «añejo y al mismo tiempo singularmente actual». El intento fracasado, como suele ocurrir, de localizar esa cita en la nueva edición, nos ha llevado a apreciar cantidad de observaciones útiles para cualquier género de investigación, también la histórico-jurídica, a salvo la distancia que impone su posición antimetáfrica, su ingenuo positivismo, su exclusividad por la ciencia natural. Con todo, una lectura sumamente sugestiva para el estudioso. A la misma tradición literaria, no sin coincidencias y discrepancias significativas y en todos los sentidos más cerca de nosotros, el escrito de Alvaro d'ORS, «Especialización, universalidad y acribia», en *Nuestro Tiempo* (1954) 124-138, luego en *Papeles del Oficio Universitario*, Rialp, Madrid 1961, con otros escritos que equivalen a unas nuevas *Reglas y Consejos*, seguras y autorizadas.

12 1947: Haciendo recorrer al que aprende el mismo camino que siguió la investigación. Pero las normas metódicas en particular son distintas y el espíritu de las respectivas actividades tiene que serlo también. «La enseñanza —dice Alain— debe ser resueltamente retardataria». La investigación es, por concepto, un avance. (La cita de Alain, a través de André Maurois, pero su afirmación, tomada entonces con entusiasmo carece de sentido una vez negada la distinción entre investigación y enseñanza en el estudio superior). Incluso etimológicamente, cfr. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, p. 276, *steigen*, avanzar, subir.

mente delimitadas: la jurídica y la histórica. La evolución jurídica requiere una íntima fusión entre las dos anteriores y nos conduce a la entidad sustantiva de la historia del derecho: un sistema jurídico que se desenvuelve en el tiempo. El método de investigación, fundado en la reconstrucción histórica y en la elaboración dogmática, tratará de obtener una síntesis de ambas direcciones hacia el conocimiento de un sistema histórico-jurídico ¹³.

38. El método histórico

El desarrollo de la ciencia histórica va unido al progreso del método crítico. «La documentación preparada y críticamente depurada es la sangre vital de la razón histórica» ¹⁴. La metodología crítica ha venido después, pero el método crítico es consustancial con el saber histórico. El historiador pretende conocer los hechos, y normalmente no le es dado el contemplarlos directamente, sino a través de los documentos. La mera comprensión de lo que el documento dice no se obtiene sin someterlo a un análisis. Además, los documentos están más o menos lejos de la realidad; multitud de circunstancias voluntarias o no pueden hacer que el documento tal como fue elaborado o en su transmisión hasta el presente ofrezca una visión inexacta de aquélla ¹⁵.

13 1947: Y éste será sometido a un plan y modo de exposición que constituye el método de enseñanza en sus diversos aspectos.

14 1947: En la medida en que éste (método crítico) se ha aplicado, el trabajo del historiador ha sido trabajo científico. (Aquí seguía la cita del P. Fidel FITA, en B.R.A.H. 49, 1906, p. 371, donde sorprende el tópico de la razón histórica, llamado a las alturas). La forma más simple de notación histórica —el relato de un suceso directamente observado— tiene aquel carácter si el narrador se aseguró acerca de los hechos observados sometiéndolos a su propia observación a una crítica. Si hubo de contrastar las opiniones de otros testigos, la cosa aparece más clara.

15 1947: Una visión falsa de aquélla. Langlois consideraba desfavorable la posición del historiador, respecto a cualquier otro científico, pues como éste, necesita analizar hechos y ordenarlos, pero se encuentra en la situación de un químico que tuviera que conocer una serie de experiencias por las relaciones del mozo del laboratorio (LANGLOIS, SEIGNOBOS, ob. cit., supra en n. 47 de la primera parte, *Concepto*, este *Anuario* 4, 1986, p. 327). No sin temblor se hacía esta referencia a un autor, cuando estaba fresca la ironía con que Eugenio d'Ors,

La conocida división de la historia en narrativa, pragmática y genética, de Bernheim, no se refiere al método crítico ¹⁶. Pues cualquier tipo de relación histórica, aunque se proponga simplemente narrar o pretenda aleccionar, puede ser valorada en cuanto a su crítica. Aparte de su finalidad, hay un contenido, cuya exactitud le otorga el carácter científico ¹⁷. La historiografía anterior a la metodología crítica, consciente y reflexiva, puede ser apreciada desde su punto de vista. Existe una profunda unidad de la ciencia histórica si se toma el método crítico como criterio. Los intentos de elaborar la ciencia histórica de otra manera que no sea la crítica caen fuera del ámbito de la ciencia histórica. Así, la construcción de las grandes culturas, por Spengler, con el método fisiognómico, da por supuesta la labor histórica. La invitación de Ortega y Gasset a que la ciencia histórica dé más de sí en la dirección señalada por Hegel, exige

en su Novísimo Glosario había saludado a «Seignobos en la Central», aun así conocida, aunque había dejado de serlo legalmente. Pero es mejor dejar a los químicos tranquilos en sus laboratorios.

16 1947: La clásica división de la historia en narrativa, pragmática y genética no hace relación al método crítico, como parece indicar Bernheim al presentar unido éste con la última modalidad. (No he manejado este manual, y la referencia está tomada seguramente del *Manual* de Riaza y García Gallo, 1934, pp. 1-3).

17 1947: Un contenido, unos hechos, cuya exactitud constituye su calidad científica. El escritor antiguo que sin discernimiento aceptó todos los relatos anteriores o dio crédito a noticias fantásticas —aparte del mérito literario de su obra— no cuenta entre los creadores de la ciencia histórica. No es cierto que la tarea historiográfica anterior a la elaboración de la metodología crítica sea ajena en absoluto a la observancia de tal método. Éste es el fundamento del mayor o menor crédito que hoy se da a los relatos y compilaciones históricas. Es indudable que el escritor medieval también se encontraba con dos o más versiones del mismo acontecimiento. Pues cuando ha preferido una de ellas por entender que era la más ajustada a la verdad, y no por conveniencia o por discernimiento, la elección supone una visión crítica.

Las precedentes observaciones no se dirigen a reivindicar el carácter científico de aquella labor historiográfica a la que generalmente se considera ajena al método crítico. (Nota: Según MONTERO DÍAZ, «Stoicismo e historiografía», *Revista de la Universidad de Madrid*, III, Letras, 1943, pp. 67 ss., el estoicismo da a la historiografía un afán deductivo, comprobativo, crítico. La historia, en Polibio, se ocupa ya de comprender, demostrar y comprobar. En Polibio hay una sistemática crítica histórica), sino a probar la profunda unidad que existe en la ciencia histórica si se toma aquél como punto de referencia.

de esta clase de conocimientos más de lo que está llamado a dar: la exactitud de los hechos, «una vista sobre el pasado» (Huizinga) ¹⁸.

En la historiografía española ¹⁹, el Gerundense y Ocampo avanzan en la depuración de las fuentes de la historia antigua ²⁰. Ambrosio de Morales representa con Jerónimo Zurita la mayor aproximación a la historia crítica. Desaparece tras ellos esta tendencia para recibir un nuevo impulso con influencias extranjeras en el siglo XVIII. Además Morales amplía la noción de documento histórico, reducido antes a la tradición narrativa y ampliado por él con objetos de todas clases ²¹. En nuestra

18 Vid. nota 4 de *Concepto*, este *Anuario* 4, 1986, p. 311, y notas 5 y 64, pp. 312 y 334. 1947: Intentos de elaborar la historia de otra manera que no sea la crítica están sencillamente fuera del ámbito de la ciencia. Así, cuando Spengler intenta su construcción de las grandes culturas con un método que denomina fisionómico, realmente da por supuesta la labor propiamente histórica, en la que se determinan los hechos que en ella interpreta en un sentido más bien filosófico. La pretensión un poco airada (más bien, airada, de filosófica ira) de Ortega y Gasset, de que la ciencia histórica dé más de sí en una dirección semejante a la de Hegel, realmente exige de la ciencia histórica más de lo que ésta puede dar: la exactitud de unos hechos, una «vista sobre el pasado», como dice sencillamente Huizinga. (*Sobre el estado actual*, p. 118, y en realidad todo el volumen que ahí culmina). (Ya entonces parecía trasnochado mencionar a Spengler; no obstante los improprios que paralelamente le dedican los dos grandes coetáneos, puede ser conveniente volver a quien en definitiva fue el autor de un libro. *Ciencia de la Cultura y Razón Histórica*, póstumas ambas, lo llegaron a ser. La metahistoria Jurídica, preconizada e incoada por el-autor-que-seguimos abre otra vez el horizonte que la prudente limitación de Huizinga nos cerraba, y requiere volver a la tradición de ese género historiográfico que va más allá. Cfr. Alvaro d'ORS, «Para una metahistoria jurídica», en *Verbo*, 253-254, 1987, 2-5-308; el mismo, en «Objetividad y Verdad en Historia», Ib. XXIII, 1984, 325-336, había alcanzado a la Teología histórica sin abandonar la tierra de la lectura crítica de los textos, a la que se refiere este párrafo. 9.X.89, S. Dionisio de París, con la cabeza en la mano).

19 1947: La formación reflexiva del método crítico puede observarse en las obras de los propios historiadores. Concretamente en la historia de la historiografía española... B. SÁNCHEZ ALONSO, *Historia de la historiografía española*, I, II, CSIC, Madrid 1941 y 1945; mi reseña en AHDE 16 (1945) 780-784. (De una nueva lectura de este libro proceden las siguientes referencias al método crítico, excepto cuando se indica un origen diferente).

20 1947: Avanzan en el intento de depurar la historia antigua de España, seleccionando sus fuentes. El holandés hispanizado Vaseo expone críticamente la historiografía hispánica (SÁNCHEZ ALONSO, II, pp. 19-22).

21 1947: Ambrosio de Morales significa para el método no sólo el rigor de la crítica de los textos y de los hechos, sino la muy importante ampliación de lo que se entiende por

disciplina está unido a su nombre el haberse conservado el monumento único de las Fórmulas visigóticas ²².

En 1566 Jean Bodin publica su *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, que lo revela como precursor de la metodología crítica. Bodin hace de la historia el fundamento del derecho universal y de la filosofía; es el «definidor de la tendencia erudita a la seria investigación»; sitúa la filología como ciencia auxiliar y valora con un sentido crítico los autores que deben ser preferidos para el conocimiento de cada país ²³.

documento histórico, antes reducido a la tradición e incrementado por él con los restos. SÁNCHEZ ALONSO, II, 25-30, 61, 84, 89, 90; autor más mencionado de libros que merecen una lectura desde el derecho y las instituciones, por ejemplo su enigmático *Discurso sobre los privilegios*, Córdoba 1586. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, en sus notas a BAUER, *Introducción*, aprecia sobre todo su personalidad de historiador: 217, n. 160, 328, n. 163.

22 «El formulario mutilado que halló y copió en Oviedo Ambrosio de Morales», noción acuñada por el *Curso* de don Galo, pp. 55-56, con la descripción más acabada y perfecta en su concisión, que sólo ha perdido en exposiciones más modernas y progresivas. La allí desautorizada opinión de MARTÍN MÍNGUEZ, *Las fórmulas tenidas por Visigodas. Cuestión histórica de derecho español en la Edad Media, propuesta y desarrollada* por Bernardino MARTÍN MÍNGUEZ, archivero, bibliotecario y arqueólogo titular, Madrid 1920, tirada aparte de «Las llamadas fórmulas visigodas», en la *Revista de Ciencias Jurídicas y sociales*, órgano de la Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Madrid, director D. Rafael de Ureña, en sus años II-1919 y III-1920, con nueva paginación, 179 pp. y una lista de su copiosa producción publicada e inédita, anónimas y pseudónimo. El autor es un mártir del método crítico, por lo que merece ser aquí mencionado. Su tesis ha sido severamente juzgada por don Alvaro d'ORS, *Estudios Visigóticos I*, Cuadernos del IJE, CSIC, Roma-Madrid 1956, p. 124: «es muy probable que, al menos en parte, este formulario proceda de época muy posterior. Esta tesis fue sostenida por M. Mínguez, pero de manera tan poco fundada y científica, que quedó como condenada al silencio. El estudio de la cuestión debe hacerse con rigor lingüístico». Pero don Bernardino ha sobrenadado. En parte se aceptan sus posiciones por A. GARCÍA GALLO, en «Consideraciones críticas», AHDE 44 (1974) 400-409, y por su editor Juan GIL, *Miscelanea Wisigothica*, Universidad de Sevilla. Martín Mínguez proporciona una traducción española de las fórmulas. Además, el libro contiene apreciables observaciones de este esforzado adversario de Marcelino Menéndez Pelayo y Eduardo de Hinojosa.

23 GARCÍA VILLADA, *Metodología y crítica históricas*, p. 25.

1947: En Bodino tiene un precedente el historicismo cuando hace a la historia... conteniendo su obra atisbos sobre la filología como disciplina auxiliar. SÁNCHEZ ALONSO, *Historia de la historiografía*, II, p. 13. Francisco Javier CONDE, «El pensamiento político de Bodino», AHDE 12 (1935) 5-96: «la causalidad histórica obedece a principios matemáticos... La concien-

En España durante el Siglo de Oro surge una teoría de la historia casi limitada al estilo de la exposición; se insinúan algunas orientaciones críticas ²⁴. En el siglo XVII empieza a forjarse el método histórico-crítico

cia histórica del gran publicista, su lucidez maravillosa para percibir lo singular en la historia» (pp. 41-53), pero no parece haber manejado el *Methodus*; sí apunta el tema de «una nueva historiografía y la historia como objeto de meditación filosófica». Martín de ALBUQUERQUE, *Jean Bodin na Peninsula Ibérica*, Fundación Gulberkian, París 1978, p. 45, con bibl. El autor sí ha tenido en cuenta el *Methodus* (1566), que obtuvo las atenciones de la Inquisición, como antecedente de la *Republique* (1576), pero en cuanto a sus ideas políticas y de derecho público. 1947: Siendo Voss (*Ars historica*, Leyden 1623), Leibniz y Lenglet de Fresnoy (*Methodie pour etudier l'histoire*, 1713, y *Supplement*, 1740) los que fijan inicialmente las normas de la «nueva ciencia». (Párrafo de ignorada procedencia, prudentemente suprimido en 1964, ahora restablecido por afecto a la tradición. Con Johan Heinrich Voss, «berühmte Übersetzer», conversó Niehbur en 1778. CHRIST, ob. cit., supra, en *Concepto*, nota 2, p. 310, en p. 27. Según IRSAV, *Histoire des Universités*, II, París 1935, p. 12, fue encargado por la Universidad de Leyden de refutar la obra de Baronio, allí, bibl. Leibniz (1646-1716) es más conocido, como iniciador de las grandes colecciones documentales, emprendida por él la de la casa de Brunswick-Luneburg, cuya historia se le había encargado y para la cual viajó por Alemania e Italia entre 1687 y 1690, y autor de sus Anales. BAUER, cita a Lenglet y describe su obra, p. 535. Nada sabemos de ellos, pero borrar sus nombres...).

24 1947: Tendencias críticas. Santiago MONTERO DÍAZ, «La doctrina de la historia en los tratadistas españoles del Siglo de Oro», en *Hispania*, Revista de Historia, IV, CSIC, Madrid 1941, pp. 3 ss. 1947: En el humanista Juan Luis Vives (1492-1540) se ha visto un precursor de la corriente erudita, y en efecto, en distintas obras de carácter político, pedagógico y filológico hace interesantes observaciones sobre la historia y sobre las obras de los historiadores. (BONILLA SAN MARTÍN, *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento* ², II, Madrid 1929, pp. 305-328; USON, «El concepto de la historia en Luis Vives», en rev. *Universidad*, n. 3, Zaragoza 1925, pp. 516 ss.). Fox Morcillo, en el diálogo *De Historiae institutiones* (1557), Juan Páez de Castro (m. 1570) y Juan Costa (m. 1597) dan simplemente reglas retóricas y el elogio de las excelencias de la historia. (Cfr. SÁNCHEZ ALONSO, II, pp. 8-12, juicio de estos autores y noticia de sus obras). En el período siguiente Bartolomé Leonardo de Argensola (1562-1631) impugna las fantasías con que se suele rellenar la historia de los tiempos primitivos (SÁNCHEZ ALONSO, *Historiografía* II, pp. 16 -167. Fray Jerónimo de San José, en su *Genio de la Historia* (1651) aun aparece apegado a la concepción humanista, en la que se forma un ambiente favorable a la renovación del método, pero este mismo no se formula con claridad (Ib. pp. 279-282). SÁNCHEZ ALONSO (pp. 164-165 y 167-169) «trata de otros dos teóricos de la Historia, Luis Cabrera de Córdoba, *De Historia, para entenderla y escribirla*, 1611, y Antonio de Herrera (1549-1625), *Discursos sobre los provechos de la Historia*, ambos de escaso valor». Hoy no diría eso. Independientemente de su eventual valor para la ciencia histórica, estas obras de autores, cronistas de la monarquía y titulares de otros oficios, intere-

en el trabajo sobre las fuentes, que alcanza su apogeo en el siglo XVIII ²⁵. Los benedictinos franceses, Muratori en Italia, Leibniz en Alemania, dirigen importantes colecciones documentales. Enrique Flórez con su *Clave Historial* (1743), y con la dirección de la *España Sagrada* pone las bases de la reelaboración crítica de la historia española ²⁶. Forner en su *Discurso sobre el modo de escribir y mejorar la historia de España* vislumbra nuevas corrientes históricas y el método para depurar sus materiales ²⁷.

La nueva era historiográfica que encierra el siglo XIX afirma la crítica en todas sus dimensiones, hasta producir una impresión destructiva. Pero en seguida la ciencia histórica realiza los mayores avances, bajo el impulso de ese método. La historia antigua y medieval, las historias nacionales modernas, de la literatura y del arte, se expresan en obras que han

san no sólo como teóricos de la Historia, sino también en cuanto monumentos del antiguo derecho público, u Organización, en la terminología del-autor-que-seguimos, facilitados sus acceso y lectura por este Sánchez Alonso, a cuyas páginas remitimos de modo general, como base de una HD como H de LL, que serán apreciados con criterio jurídico (28.I.90, Sto. Tomás de Aquino).

25 Agustín MILLARES CARLO, «El siglo XVIII español y los intentos de formación de un Corpus diplomático», en RABM, Madrid II (1925) 515-530.

26 1947: Leibniz en Alemania, que aun rechazando para sí la tarea de la transcripción, dirige importantes colecciones. Enrique Flórez y sus seguidores en España, ponen las bases de la elaboración crítica de la Historia. La teoría marcha paralelamente y Fray Jacinto Segura en su *Norte Crítico* (1736), Fray Miguel de San José en su *Biblioteca Crítica* (1740), el marqués de Llió José de Mora y Catá, con sus *Observaciones* (1756), reflejan la nueva tendencia fijándola en preceptos. (Por supuesto, no conocía ni conozco estos autores, que cataloga como siempre MENÉNDEZ Y PELAYO, *La ciencia Española* III, p. 193; carentes para el siglo XVIII de la guía de Sánchez, vid. Millares, cit. en nota 25). Félix GARCÍA, Luis MORALES OLIVER y Pedro SAINZ RODRÍGUEZ, *El Padre Flórez*, Fundación Universitaria Española, Madrid 1975.

27 María JIMÉNEZ SALAS, *Vida y Obras de don Juan Pablo Forner y Segarra*, Madrid 1944. No he leído esta obra; nada sé de Forner (1756-1797), muy estimado por Menéndez y Pelayo. Su condición de abogado, fiscal del Consejo de Castilla, individuo y presidente de la Academia de Derecho Español, autor de un *Plan de las Instituciones del Derecho* y de unas *Observaciones sobre la tortura*, temas por los cuales ha interesado a Tomás y Valiente, hacen que su figura deba ser considerada en el Antiguo Derecho, aparte de la Historia, que nos importa poco.

venido a ser clásicas. En medio de una incomparable ampliación de los objetivos y los medios de la ciencia histórica se produce también la afirmación de la historia especial del derecho ²⁸.

En la fijación sistemática de las normas metódicas es un momento capital la obra de Bernheim. Más reciente Bauer recoge en su *Introducción a la Ciencia Histórica* las esencias de una secular tradición historiográfica, y compendia los resultados de una experiencia colectiva. La

28 1947: La nueva era historiográfica, que afirma decididamente la crítica en todas sus dimensiones, produciendo al principio una impresión destructiva, por haber acentuado necesariamente la parte negativa, comienza con las obras de Wolf (1795), Niebhur (1811-13) y Ranke (sobre estos dos, FUETER, p. 581; ese Wolf puede ser Augusto Federico, que menciona Wieacker en su PRGNZ ², p. 365, como renovador de la filología clásica en los orígenes de la Escuela Histórica, sin mayor precisión ni referencia; ignoro cómo vino a caer en mi memoria). Éste (Ranke) define con la mayor sencillez lo que ha sido desde siempre el objeto y el término de la ciencia histórica: «Se ha adjudicado a la historia el oficio de juzgar al pasado, de instruir a los contemporáneos para provecho de los años venideros. El presente ensayo no se sujeta a tan altos fines: sólo pretende contar cómo han pasado las cosas» (cit. por GARCÍA VILLADA, *Metodología*, p. 29. Sobre la aceptación de esa frase por los historiadores, ORTEGA, *Goethe desde dentro*, pp. 260-261). En su torno se agrupan historiadores como Waitz, Giesebrecht, Sybel, Droysen, que permanecen fieles al método crítico. (Ignoro a qué venía ni de dónde esa enumeración de sonoros nombres alemanes, que fácilmente pueden ser aumentados para defender la licitud del método crítico, pero los dejo como testigos. Si yo no me equivoco, a nuestra Asignatura trajo esta problemática elevada sobre la ciencia histórica la memoria de José Antonio Rubio Sacristán, catedrático en 1929; texto no publicado, cuya recapitulación hizo el autor en su «última lección», «La Historia del Derecho ayer y hoy», en la Universidad de Valladolid el 30 de mayo de 1973, revista *Moneda y Crédito*, Homenaje, II (Madrid, junio 1974) 251-261. La fácil previsión de que no sería esta la última lección (cfr. AHDE 53, 1983, 695-702) tuvo un feliz cumplimiento en la recepción pública del profesor en la Academia de la Historia, el 26 de abril de 1987, cuyo discurso versó acerca de «Una crisis en la ciencia histórica», producida precisamente en los quince años transcurridos desde la última lección mencionada, discurso revelador de una constante atención al desenvolvimiento de un tema vasto y difícil, cuya conexión a la Historia del Derecho es uno de los méritos del insigne colega y maestro). 1947: Puede afirmarse con toda seguridad que el único progreso de la historiografía es el progreso de la Crítica, aparte, naturalmente, las grandes individualidades que con una facultad más bien de índole artística han captado la visión del conjunto y han hecho revivir el pasado en exposiciones que descifran el sentido profundo del acontecer histórico. Sobre este último aspecto sí ha habido direcciones muy opuestas e irreconciliables, pero se trata de la interpretación de la historia como ser real; en cuanto han intentado afectar al método han constituido mera regresión.

referencia a esta metódica historiográfica general es inexcusable para el historiador del derecho ²⁹.

39. El método crítico

En la elección de método para la investigación de la historia del derecho español no puede haber duda ³⁰. Esta Historia empieza a configu-

29 1947: En la fijación de las normas metódicas es un momento capital la obra de Bernheim (1908), en la que se fundan casi todas las obras posteriores. Lo que en ella no es admisible no pertenece a la Metodología, sino a la orientación filosófica del autor. Más recientemente, Bauer supera en tal aspecto a la obra de Bernheim, reflejando en su *Introducción a la Historia* (1921, 1927) el retorno de concepciones materialistas y haciendo que el limpio espíritu de la crítica vierta incluso sobre la concepción central de la Historia. Ésta es también la clara actitud de Huizinga, que en la fidelidad al método ha encontrado los motivos contra la deformación política de la labor histórica. (Sobre esto, vid. supra, en Concepto de la HDE, en este *Anuario* 4, 1986, 310-344). La *Introducción* de Bernheim, traducida en 1937 al español por Pascual Galindo, adicionada por R. Martínez, Labor, Barcelona, res. V(aldeavellano) en AHDE 14, 1942-43, 643; a quien se debe la traducción de la *Introducción al estudio de la Historia*, Bosch, Barcelona 1944, res. Ib. 15, 1944, 744-745. Claro es que el método crítico tiene también sus desviaciones que pueden afectar al mismo fin de la ciencia histórica, para la cual es sólo un medio. Tal es la hipercrítica que paraliza la labor de reconstrucción. Sin perjuicio de que se mantenga siempre viva la crítica, no debe considerarse ésta como una etapa totalmente previa, sino que paralelo a su avance debe ir el de la elaboración de la imagen histórica. (Sin duda un eco de las apreciaciones sobre crítica e hipercrítica hechas por don Claudio Sánchez-Albornoz, en su reseña a las *Recherches* de Barrau-Dihigo, en AHDE 2, 1925, 531-537. No se debe olvidar, frente a precipitados y anacrónicos juicios, que don Claudio ejerció, desde lejos, una autoridad absoluta en las orientaciones de nuestra Asignatura, desde la reanudación de la tareas científica española en 1939 [AHDE, 1936-1941], en perfecta continuidad, lejos de cualquier interferencia ajena a dicho campo). Se equivoca Tomás y Valiente, a quien agradezco la inmortalidad que me regala en su colaboración a la *Historia Menéndez Pidal, Felipe IV*, cuando en AHDE 57 (1987) 1101 afirma que la publicación del Anuario se reanudó sólo en 1944; cfr. *Homenaje en... Sevilla* a Carande, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, 38-40.

30 1947: ... haber duda, y esto tiene que ser agradecido a la tradición historiográfica de la disciplina. Nota: Las obras de metodología histórico-jurídica de Claudius von SCHWE-RIN, *Einführung in das germanischen Rechtsgeschichte und ihrer Teilgebiete*, Friburgo de Brisgovia 1922, y Enrico BESTA, *Avviamento allo studio della Storia del Diritto Italiano*, Padua 1926; 2.^a ed. Milán Giuffrè, 1946, que a continuación serán constantemente utilizadas, son

rarse como ciencia independiente en los comienzos de la metodología crítica, y sigue sus progresos. Por exigencias de su objeto dio desde el principio el primer paso crítico: partir del estudio de las fuentes. Una descripción puntual de los antiguos libros de derecho, de su autoridad y de su contenido y variaciones parece haber sido la obra, parcial y resumidamente conservada, de Francisco Espinosa. Menos preciso, Lorenzo de Padilla, todavía está limitado a la legislación. Juan Lucas Cortés expone en un erudito catálogo las fuentes legales y la literatura jurídica de los diferentes territorios españoles, amplitud nacional en la que no había tenido precedentes ni tuvo inmediatos continuadores.

En esta primera etapa de los estudios de historia del derecho español resalta una finalidad práctica, lo que parece lógico, pues las antigüedades jurídicas eran al mismo tiempo derecho vigente. Pero la utilidad jurídica impone rigor histórico. Durante el siglo XVIII historiadores y juristas

simplemente una adaptación del método crítico a la historia jurídica. ... como ciencia independiente en los albores mismos de la Metodología y sigue sus progresos. Nota: GARCÍA GALLO, *Historia* I, 1940-41, pp. 1-16, ofrece un resumen de la historiografía jurídica española, que comprende una etapa previa con tendencia narrativa, pragmática y erudita, la aplicación del método crítico y su aplicación a la HD. Vid. también, RIAZA, en el *Manual* con AGG, Madrid 1934, nn. 24-31. (Necesario es recordar el precio de estas páginas introductorias, de suma claridad, de aquel malogrado maestro de nuestra disciplina, que merecen salvarse del olvido). ... fundarse en el estudio de las fuentes: el ámbito de éstas es muy reducido todavía en las obras de Francisco de ESPINOSA... Nota: *Sobre las leyes y los fueros de de España*, por el Dr. Francisco de Espinosa. Extracto de la más antigua historia del derecho español, Barcelona, Universidad, Facultad de Derecho, 1927, preliminar de G(alo) S(ánchez); José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, «Un fragmento de la más antigua historia del derecho español. (Parte del texto primitivo de la obra del Dr. Espinosa)», AHDE 14 (1942-43) 487-500; Alfonso M.^a GUILARTE, «Algunas observaciones acerca del Dr. Espinosa y su obra», Ib. 16 (1945) 712-719; Julio ORTEGA GALINDO, «Sobre la primera historia del Derecho Español», en *Estudios de Deusto*, I, 1, Bilbao (enero 1953) 125-142; J. A. ESCUDERO, «Francisco de Espinosa: Observaciones sobre las Leyes de España. Precisiones», Ib. 41 (1971) 33-55. ... Y Lorenzo Padilla... Nota: Francisco BONET RAMÓN, «La historiografía jurídica española en los siglos XVI y XVII», en RCJS XIV, 56 y 57 (Madrid 1931) 341-380, 517-554, y XV, 58, 59 y 60 (1932) 65-112, 327-368 y 413-447; centrado en la obra de Padilla, es un fruto de la cátedra de Ureña y su Laboratorio en la Facultad de Derecho de Madrid; res. por Galo SÁNCHEZ, en AHDE 9 (1932) 416-421. ... comprendiendo sólo la legislación, pero, naturalmente, ya se intentaba individualizarlas por un autor, fecha, lugar, etc.

van separadamente escribiendo la historia del derecho ³¹. La más clara orientación del método histórico-crítico aplicado al derecho se manifiesta en el Padre Andrés Marcos Burriel ³². De la pléyade de eruditos que inician un nuevo rumbo en los estudios históricos, él se dedica a las fuentes jurídicas. Explorador de los archivos, de los que extrae y organiza una gran riqueza documental hoy aprovechable, comprende la necesidad de ampliar el campo de las fuentes de la historia del derecho y de las fuentes accesorias, para sobre todas ellas «ordenar las noticias en una narración limada». Rafael de Floranes es el erudito coleccionista de documentos legales, autor de varias interesantes disertaciones y de copiosos apuntes ³³. Refiriéndose a estos dos autores y a sus contemporáneos, dice Menéndez y Pelayo: «No tenía esta escuela brillantez de estilo ni miras sintéticas, pero sí escrupulosa veracidad en el testimonio, sólido aparato de conocimientos previos, método práctico y seguro. Comenzaron a depurarse fuentes legales; se reunieron colecciones de fueros y cuadernos de Cortes, aunque por el momento permaneciesen manuscritas» ³⁴.

31 1947: ... juristas e historiadores... pero en la labor de éstos se acentúa la fase crítica en la ampliación de las fuentes de conocimiento como en el esmero depurador. La más clara anticipación...

32 *Cartas eruditas y críticas del P. Andrés Marcos Burriel, de la extinguida Compañía de Jesús, dadas a luz don Antonio Valladares de Sotomayor. Con privilegio Real, en la Imprenta de la viuda e hijo de Marín*, publicadas antes en el *Semanario Erudito*. Sobre la participación de Jovellanos en esta publicación, mi «Jovellanos y la HDE», en el *Homenaje a Ignacio de la Concha*, Oviedo 1986, p. 294; Jovellanos poseía un ejemplar de la «carta a Amaya», corregido y anotado por Burriel, que puso a disposición de Valladares para esta segunda edición, en su carta de 9 noviembre 1787 (*Obras*, BAE, t. V, 1956, p. 49). Aparte su valor, más o menos, de todas estas obras para la ciencia histórica, el Antiguo Derecho mira en ellas monumentos, libros jurídicos, que no han de ser necesariamente legales o judiciales, sino que, como en este caso, lo son de erudición, o bien estudio igualmente jurídico. A la compilación universal del derecho y leyes de Castilla debía acompañar una «historia breve y limpia de las leyes y sus variaciones» (p. 14). A. ECHANOVE TUERO, «La preparación intelectual del P. Andrés M. Burriel (1731-1750)», sep. de *Hispania Sacra*, Madrid 1971.

33 Rafael Floranes (1743-1801), vindicó su memoria MENÉNDEZ Y PELAYO: «La historia de Castilla y de las Provincias Vascongadas le deben grandes servicios», *Estudios y Discursos de Crítica* VI, pp. 41-66; antes, en *Revue Hispanique*, t. XVIII, 1908.

34 MENÉNDEZ Y PELAYO, *Heterodoxos*, ed. 1911, pp. 16-17; ed. OCCC, t. I, p. 11.

En el siglo XIX la ciencia histórico-jurídica experimenta una interferencia de fines políticos de carácter nacional, a la que debe un gran impulso, pero que también afecta a su esencia en varios grados ³⁵. Se entiende que el ser mismo de los pueblos y de las instituciones, como del arte, la lengua y el derecho, radica en su desenvolvimiento histórico ³⁶. En Alemania, Savigny para la historia del derecho romano ³⁷ y Eichhorn para la historia del derecho alemán ³⁸, a la que dio un especial impulso la labor filo-

35 1947: En el siglo XIX la ciencia histórica sufre una interferencia de fines políticos nacionalistas, que no afectan a su esencia de conocimiento y que más bien favorece la utilización de sus medios.

36 1947: Esto no es propiamente ciencia histórica, sino historicismo, pero como se concede a aquélla la primacía, no resulta, de lo que consideramos un error filosófico, ninguna desvirtuación. Que incidentalmente se deslice un prejuicio político actual en la estimación del pasado no afecta a la labor (histórica) general, que más bien tiende a que sea el pasado lo que configure las nociones actuales.

37 1947: Savigny, con su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media*, puede ponerse al lado de los grandes definidores del método crítico. Sobre la Escuela Histórica en general, Franz WIEACKER, PRGNZ ², 1967, V.ª parte, pp. 348-430; Der Selbe, «Friedrich Carl von Savigny», en *Grunder und Bewahrer*, Vandenhoeck y Ruprecht, Gotinga 1959. Giuliano MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffré, Milán 1966. Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tubinga, Mohr, 1951; hay una edición ulterior. R. GIBERT, «Federico Carlos de Savigny, fundador de la Escuela Histórica del Derecho (1779-186)», en *Papeles Universitarios del Colegio Mayor Ysabel la Católica*, Granada 1963 (antes en *Forjadores del Mundo Contemporáneo*). Conferencias de Helmut COING y otros en *lus Commune VIII* (1979), Klostermann, Frankfurt M.

38 Joh. Friedrich von SCHULTE, *Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854). Sein Leben und Wirken*, Stuttgart 1884. Papeles comunicados por el nieto de Eichhorn al autor. Antes K. F. Eichhorn. *Rede Zur Feier seines hundertjährigen Geburtstages am 19. nov. 1881*, con una conferencia de Schulte, que fue la base de su libro. Lörsch aportó en aquella ocasión un epistolario (Friburgo 1963). ROTH, «Die rechtsgeschichtlichen Forschungen seit Eichhorn», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 1, 1961.

lógica de Jacobo Grimm ³⁹, inician la gran época de nuestros estudios, con la doble serie de romanistas y germanistas ⁴⁰.

39 Rudolf HÜBNER, *Jakob Grimm und das deutsche Recht*, Gotinga 1895. En la bibl. BAUDRY, *Les frères Grimm, leur vie et leurs travaux*. La primera edición de las *Deutsche Rechtsaltertümer*, elaborada como un descanso de la Gramática Alemana, apareció en 1828; siguieron las de 1854 y 1881; la póstuma, cuidada por Heussler y Hübner, en 1895, recoge las notas del autor en su ejemplar. Un colega suyo, a la aparición de las *Antigüedades*: «Lo que más me alegra es que ahora los meros juristas tendrán respeto por la Lingüística». Y George Phillips, autor de unos *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, lamentó no haberlas conocido porque contenían datos valiosos de derecho hereditario. Son consideradas, con la obra de Eichhorn, como libro fundamental del derecho germánico. No obstante, Eichhorn, era el jurista, insustituible. Will-Erich PEUCKERT, «Wilhelm und Jakob Grimm (1786-1859, 1785-1863)», en *Die grossen Deutschen* III, Berlín 1956, pp. 116-113. Una antología en la Universal-Bibliothek, n. 7832, a. 1956 (de la ed. *Raclam*, de Stuttgart, que no quiere decir «de anuncio», sino por su ¡honesto precio al escolar viajero!): Jakob GRIMM, *Sprache, Wissenschaft, Leben*, hsg. H. GERSTNER. Wilhelm SCHOOF, «Jacob Grimm als Mitglieder der National Versammlung», en *Deutsche Rundschau* 57 (1931-1932) 126-134; el mismo, *Lebensweisheit aus dem geistigen Vermächtnis der Bruder Grimm*, Kassel, Bärenreiter, 1953; selección de textos con una introducción sobre la figura intelectual y política de ambos. Reimpresión de *Poesie im Recht*, por Wis. Buchgesells, Darmstad 1963, 69 pp.

40 Clásico: R. STINZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* I, Munich y Leipzig, 1880. Prólogo en Bonn Rh. Comienza con Eike von Repgow y Enrique von Kirchberg. Sigue la victoria del derecho romano. Humanismo y Reforma. Ulrico Zasio. Epígonos del siglo XVIII. La II parte apareció en 1884; Stinzing había muerto en 1883; Landsberg cuidó su edición, utilizando los papeles de Stinzing acerca de los fundadores: Carpzovius y Conring. STINZING-LANDSBERG. GDTW, I-II, III, por Landsberg, Munich y Leipzig, 1898-1910; reproduc. por Scientia Antiquariat. Aalen, 1957. Lema: «Sólo en nuestro tiempo, tras el estudio del derecho romano en su antigua pureza y fijado con rigor, y cuando el elemento nacional se ha elevado a pleno honor, puede esperarse una efectiva reforma de nuestro régimen jurídico». Impulsado por Wilhelm ARNOLD, *Cultur und rechtsleben*. Berlín 1865. Grimm fue para el derecho germánico lo que Savigny para el romano. El ejemplar del Stinzing en el Instituto de la Universidad de Friburgo perteneció a Rümelin; en 1909 lo adquirió Hans Peter, amigo de Pringsheim, a quién pasó en 1919. La ocasión aprovecho para recordar y agradecer al Servicio Alemán de Intercambio Académico la invitación que me permitió visitar en el verano de 1963 universidades y sus seminarios de Alemania Occidental, especialmente Friburgo, Johannes Vinck y Hans Thieme. Cfr. la excelente memoria de su viaje en 1974, por Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ, «La Historia del Derecho en Alemania: bibliografía general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las Facultades de Derecho», en *AHDE* 45 (1975) 641-686.

Contemporáneo de la Escuela Histórica del derecho, Martínez Marina, cuya vida transcurre en cincuenta años del siglo XVIII y treinta del siglo XIX, sintetiza los caracteres de ambas épocas de la historiografía ⁴¹. En sus dos libros principales expone su propia investigación sobre la historia de las fuentes, del derecho público y de las restantes ramas del derecho. Posee las dotes críticas del siglo XVIII y la ideología histórica del XIX. Entiende el proceso histórico del derecho como algo orgánico, pero apoyado más en las leyes que en las costumbres, y con un contorno nacional más intenso y definido que hasta entonces, pero limitado a León y Castilla, con un típico desconocimiento para las restantes regiones. Su obra ha sido considerada, a pesar de esto, como la fundación de la historia del derecho español ⁴². Por este motivo la mención de Martínez Marina debe ir acompañada de al menos un nombre para cada una de las regiones españolas que en lo antiguo tuvo una significación histórica e

41 BAE. *Obras escogidas de don Francisco Martínez Marina*, I. Estudio preliminar y edición de don José MARTÍNEZ CARDOS, Atlas, Madrid 1966, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio* (1808, 1834, 1854) y *Juicio Crítico de la Novísima Recopilación* (1820); II y III, 1968 y 1969, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales* (1812, 1822). Adolfo POSADA y Román RIAZA, «Martínez Marina», en RCJS XVI, 65 (1933) 479-542. (Debemos reiterar, amigo Bartolomé Clavero, AHDE 52, 1982, 221, que Martínez Marina no es jurista, ni civil ni canónico; teólogo, jansenista y regalista, por lo cual figuró justamente en el Índice; con propensión política; historiador, sí, y aun prehistoriador, por haber contribuido a la futura formación de esa facultad, en la que no pudo formarse, porque aún no existía; claro que no bartolista, pero tampoco jurista humanista, ni elegante o ilustrado; nada jurista. Lo que no quiere decir que careciera de significado para el Derecho, el que cabe esperar de un no-jurista, al que cabe aplicar el dicho clásico [de Clemenceau] de que el Derecho, como la Guerra, es una cosa demasiado seria para confiarlo exclusivamente a los Juristas o a los Militares. Los Libros de Martínez Marina son libros de derecho escritos por un no-jurista. Hay que tener cuidado. 31.I.90, S. Pedro Nolasco, fundador con S. Raimundo de Peñafort, de la Orden de la Merced, éste sí canonista como aquél militar).

42 1947: Con independencia de la Escuela Histórica del Derecho, Martínez Marina presenta muchos puntos de contacto tanto en la ideología histórica que animaba a aquélla, como en la crítica; entiende el proceso histórico del derecho como algo orgánico, apoyado más que en las leyes en las costumbres y con un contorno nacional perfectamente definido; tales son los rasgos de una obra que ha sido justamente considerada como la fundación de la historia del derecho español.

institucional⁴³. En primer término, Antonio Capmany para Cataluña, o más concretamente Barcelona⁴⁴. Y otros, anteriores o posteriores a estos dos grandes iniciadores, de menor significación general, pero dignos de mención por haber trazado, colectivamente, los límites de la historia del derecho español⁴⁵. La limitación territorial de todos estos autores se

43 Ya la tímida expresión «regiones», que ni siquiera figuraba en la redacción de 1947, y no por ninguna represión externa, sino por la limitación del horizonte en la propia formación, indica que todo lo dicho en el texto procede de 1964. Aunque la importancia del particularismo español, a despecho de la unidad visigótica o toledana, hice patente desde 1954, en Espoleto, «El reino visigótico y el particularismo español», se refleja en mi HGDE (Granada 1968), y no por profecía, que es palabra con pro, sino por continuidad con el plan del *Curso* de don Galo, que obedecía a una división territorial, para las edades media y moderna, categorías históricas, como tales inadecuadas para nuestra Facultad, que distingue de reinos y reinados; más tarde he observado lo incompleto de esta exposición al no distinguir reinos como los de Galicia, Sevilla, Jaén, Murcia y Granada, con su propio derecho, dentro de la indisoluble unidad del derecho español. Soluble como la sal, en el agua democrática.

44 El *Curso* de don Galo se adelantó a poner de relieve su significación, al mencionarlo tras Burriel como «el investigador que más nos interesa de aquel siglo... el catalán Capmany que en sus inapreciables *Memorias históricas sobre la Marina, Comercio y Artes de la antigua ciudad de Barcelona*, dedica especial atención a los gremios y a otras instituciones de la ciudad y condado de Barcelona» (pp. 8-9 de la ed. ms. hacia 1925), bajo la rúbrica de «principales historiadores del derecho español». Recordemos que en esa primera redacción del *Curso* Cataluña era el territorio primero y más extensamente tratado, y que sólo en la edición de 1930 pasó a ocupar ese lugar el reino unido de León y Castilla, que ha sido lo usual en la asignatura, excepto por PERMANYER en sus *Apuntes*, quien coloca también a Cataluña delante de Castilla, cfr. sobre este Juan Permanyer, F. VALLS TABERNER, *Estudios menores*, ed. PELÁEZ y RUIZ OJEDA, PPU, Ripollet 1985, pp. 51-54. De Capmany, aparte las *Memorias* ha de tenerse en cuenta su traducción al español y estudio del Libro del Consulado de Mar (1791) y sus trabajos por las Cortes Nacionales. En mi CJE², 1983, lo he clasificado en la «ilustración erudita» con el error de todas las etiquetas.

45 Apenas necesario es hoy insistir en el carácter nacional de nuestra asignatura, cuando hasta en la titulación oficial ha desaparecido el término «español», haciendo necesaria la aclaración del *Curso* de don Galo: «a consecuencia de una reforma» la Asignatura pasó a denominarse Historia general del Derecho: «Podría parecer que su objeto es... la historia universal»; el riesgo actual sería la historia del derecho de la propia comunidad autónoma; y no ha faltado profesor matritense que de un golpe ha prescindido en su curso de todo lo que no fuera León y Castilla, excediéndose, claro. No vamos a tratar del asunto, para bien, como todo; quien quiere libertad, la quiere con abusos, señalaré tan sólo, que frente al tradicional centralismo de la HDE, la *Obra* de don Ramón Prieto Bancos traza una frontera que define a su patria asturiana, y nuestro fraternal colega Joaquín Cerdá ha podido reunir una copiosa serie de sus

convierte en un carácter, hoy que asistimos a la crisis del concepto mismo de historia nacional del derecho. En las obras histórico-jurídicas de Sempere y Guarinos, que tienen la misma amplitud sistemática que las de Martínez Marina, ha descendido tanto la base crítica como el estilo, pero representan una época más avanzada ⁴⁶. El valor de su historia del

Estudios sobre instituciones jurídicas medievales de Murcia y su Reino, Murcia, Academia, 1987. Por no hablar de territorios que tienen una larga tradición historiográfica en el campo del derecho. Para Galicia, el clásico sería, algo tardío, Antonio López Ferreiro. R. RIAZA, en la introducción del ya mencionado *Manual* de 1934, dedicó atención a «José Yanguas y Miranda y José M.^a Zuaznávar, que trabajan el derecho navarro; Juan Antonio Llorente, el vasco; Villanueva, el catalán, etc.» (n. 28 in fine) y tras la «escuela de Hinojosa» un número a esta tradición: 32. «De menor importancia, pero de interés, son algunos eruditos que en el siglo pasado y en éste estudian, a veces incidentalmente, los Derechos regionales: Brocá para el catalán, V. de la Fuente y M. Isabal para el aragonés, P. Ilarregui para el navarro, Labayru para el vizcaíno, Churruga para el guipuzcoano, J. M.^a Quadrado para el balear, A. López Ferreiro para el gallego, R. Chabás para el valenciano, etc.». Esa tendencia ahora va a predominar, razón para insistir en la HGDE.

46 Más amplio que el riguroso don Galo, sí incluye a Sempere y Guarinos (1754-1830) RIAZA en su citada Introducción, *Manual*, n. 28. La circunstancia de poseer desde Granada, 24.V.71, Antonio Mesa-Moles, *Historia del Derecho Español*, por don Juan SEMPERE, tomos I y II, de orden del Gobierno, Madrid, en la Imprenta Nacional, años de 1822, 1823 (24.V.1971), me ha permitido el manejo habitual de este libro, no tanto interesante por lo que nos informa sobre el Antiguo Derecho, como por lo que revela de su autor, jurista en época de cambio, y por ser él mismo un monumento legal de la agitada época. En este punto importa menos su inferioridad de calidad crítica, ya observada, respecto a Martínez Marina. Por cierto, acerca de éste he observado en alguna parte su falta de difusión en la esfera universitaria; rectifico: Ramón ORTIZ DE ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico de la legislación española*, Madrid 1841 (ej. en Biblioteca General y Universitaria de Granada, B-85138), representa una continuidad. Dice el autor: «Son tan pocos los que hasta el presente se han dedicado en España a la historia de las leyes que puede decirse que el único libro que de esta clase poseemos es el *Ensayo histórico-crítico*... El estudio de la historia del derecho patrio se miraba en las universidades hasta hace algunos años no sólo con descuido y abandono, sino también con desprecio». «En esta obra —añade el editor— se bosqueja la historia de nuestra legislación analizando todos nuestros códigos legales y examinando las causas por las que ha llegado la legislación española al estado de confusión y desorden en que se encuentra actualmente». El libro iba destinado a los estudiantes de jurisprudencia y a los juriconsultos, parlamentarios y público. Seguía puntualmente a Martínez Marina, añadiéndole pathos romántico; una algarada ochocentista reclama el Breviario de Alarico; declama contra el feudalismo, se entu-

derecho se pone de relieve al ser reelaborada con mejor método por el alemán Brauchitsch⁴⁷. Un impulso renovador significaron las lecciones del Ateneo por Pedro José Pidal en 1841-1842 que esbozan una historia del derecho español, detenida en la Edad Media, en el estilo de la Escuela Histórica⁴⁸. Pero esta iniciación no tuvo continuidad académica. En esta esfera se produce una serie de manuales escolares, donde hay aspectos estimables, y que generalmente comprenden la totalidad de la materia, con cierta unidad, pero que revelan también una falta de contacto inmediato con las fuentes y con la literatura científica⁴⁹. La voluminosa

siasma con la democracia municipal. Por lo demás alcanza al siglo XVIII, al Estatuto Real, al proyecto de Istúriz y la Constitución de 1837; demuestra la necesidad de nuevos códigos y termina diciendo que «la historia crítica de las leyes es una ciencia abandonada y desconocida en España» (febrero 1971).

47 Heinrich von BRAUCHITSCH, *Geschichte der spanisches Recht*, Berlín 1856. El prólogo está firmado en Barcelona, 1852. Se funda en la Historia de «Juan Zempere», de la que extrae lo jurídico. Comprende desde la España prerromana hasta 1835; desde la Constitución de 1812, con su selección personal de códigos y leyes. Atiende a las instituciones y las doctrinas, así como a los acontecimientos de índole jurídica (1963).

48 El *Curso* de don Galo (ed. 1932, p. 12) ha fijado el papel de Pidal. Sobre Pidal (1799-1865), mi CJE, p. 41. Sus *Estudios Literarios*, I, II, Madrid 1890. *Lecciones sobre la historia del gobierno y legislación de España*, Madrid 1880 (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, Madrid). Reimpresión en 1974. Hoy más nos interesa su figura de jurista del siglo XIX. Su actitud ante los fraudes liberales de suprimir el diezmo y la desamortización (MENÉNDEZ Y PELAYO, *Heterodoxos* VI, pp. 251-259).

49 La memoria del 47-49 pasaba de Martínez Marina a Hinojosa. Descubrí los manuales a que aludo, alguno conocido a otros fines, al organizar (Fernández Espinar) el Seminario Hinojosa de Granada. No he practicado el examen de merecen pero sí apreciado su mérito para la formación de los juristas, en esto superior al de la Escuela, centrada en la Edad Media y muy somera en lo propiamente jurídico. En la bibliografía de HDE para la Solvay, dirigida por Gilissen (Bruselas 1965), incluí los manuales de ADAME Y MUÑOZ (1856, 1874), J. M. ANTEQUERA (2.ª ed. Madrid, 1874; sobre éste, A. ÁLVAREZ DE MORALES en AHDE 43, 1973, 481-497); CALDAS Y CASTILLA (1871), FERNÁNDEZ ELÍAS (1877), CHAPADO (1900, único conocido y manejado por mí, antes de entrar en la sociedad de historiadores del derecho español, donde como ha observado agudamente Alfonso M.ª GUILARTE, al prologar el libro de Antonio SACRISTÁN, *Municipalidades de Castilla y León* [1877], en su reedición por el EAL «se recomendaba a los neófitos aprovechar algún libro con cautela y sigilo, sin exhibirlo demasiado», pero otros eran innombrables ni siquiera en secreto, lo que se ha seguido practicando, excepto si el libro en cuestión incurría en algún error o deficiencia), MORET y REMISA,

obra de Marichalar y Manrique, rica en datos apenas elaborados, sin aparato crítico, tiene el mérito de haber dedicado una proporcionada atención a los diferentes territorios medievales ⁵⁰.

y Marichalar y Manrique (1861-1872); cuidándome de añadir: «Una nueva época abre»: Hinojosa y sucesores. Podía haber añadido otros, como el Domingo Morató, o los *Apuntes*, del antecesor en la cátedra de Madrid de Díez Canseco, conocidos después, o los de la cátedra de Valladolid don César Mantilla, leídos con suma atención por presumir que en su cátedra había cursado la Asignatura don Galo Sánchez, y que, aparte de un enjundioso desarrollo de toda la materia, como era propio de estas obras desacreditadas, en lo referente a las fuentes visigóticas mostraba una diligente puesta al día. Lo que advertí algo tarde fue la radical ruptura, en el ámbito de nuestra asignatura, con su antigua tradición, especialmente ante la aparición, en 1887 y su reimpresión en 1924 (reseña de don Galo en el AHDE 3, 1926, 558-559) de una *Historia General del Derecho Español* que con el indudable mérito científico que le fue universalmente reconocido (reseña, con referencia al Decreto de 2 septiembre 1882, en NRHFrançaise et Etrangere 12 (1888) 370-375), no debemos olvidar que quedaba interrumpido al comienzo de la época visigótica, en las fuentes. MENÉNDEZ Y PELAYO, en su discurso de contestación a Hinojosa en la Academia de la Historia (1889, *Ensayos de Crítica Filosófica*, OCCC XLIII, 217-234), donde brilla su concepto de nuestra asignatura y de su desenvolvimiento en torno a dos predecesores: Martínez Marina y Sempere, apreció justamente el mérito de historiador del recipiendario, pero no superó el prejuicio de nuestros colegas de Filosofía y Letras contra nuestra Facultad, al apreciar como mérito el que «no fuera abogado de profesión» al juzgar los «indignos manuales que son oprobio de la enseñanza universitaria» y al augurar que «tarde o nunca llegaría a hacerse popular en nuestras Facultades de Derecho» y en su opinión sobre nosotros. Los juicios muy severos de don Galo y de García Gallo acerca de los viejos manuales, que el segundo, por lo demás conoce y cita puntualmente en su estudio sobre Hinojosa a que en seguida nos referimos, no debieron impedir el conocimiento de esos antecesores nuestros, pues, como algún autor ha dicho, es peligroso superar lo que se ignora.

50 Del silencio expresivo en que el *Curso* de don Galo envolvió los «retóricos y vagos resúmenes que habían circulado por las cátedras universitarias» (loc. cit. en nota anterior) se salvó la «ya anticuada *Historia* de Marichalar y Manrique» gracias a haber publicado, con defectos, una colección de fazañas (p. 123). Viniendo de Granada, donde yo había descubierto la «voluminosa obra», me sorprendió escuchar a García Gallo un juicio muy favorable acerca de la misma. En la citada Introducción bibliográfica calificué la *Historia de la Legislación y Recitaciones del derecho civil de España*, I-IX, Madrid 1861-72 (el último volumen, referente al Derecho Vasco, reelaborado en una nueva edición de 1876), de «copioso registro de datos histórico-jurídicos, sometidos a una elemental elaboración con atención para los diversos territorios hispánicos y todavía aprovechable para las Edades Media y Moderna».

Mención aparte merece don Tomás Muñoz y Romero ⁵¹, científico inexplicable por los antecedentes inmediatos y por el ambiente; investigador de los archivos, cuya organización emprendió, tras la catástrofe de la Desamortización; erudito de la mejor escuela; editor y crítico de fueros y diplomas medievales, que utilizó con maestría en un estudio sobre las clases sociales, modelo inigualado; a la altura de la ciencia europea de su tiempo en sus disertaciones polémicas, y autor al final de su vida de un discurso académico sobre la ciencia histórica de las instituciones y el derecho y sus perspectivas sobre la Edad Media española, que es como el documento fundacional de una Escuela.

En la época que acabamos de bosquejar hay dos figuras que en cierta medida mantienen el paralelismo con la Romanística y la Germanística de su época. El erudito abogado Rodríguez de Berlanga estudia y publica por primera vez las fuentes de la Epigrafía jurídica de la España romana, en correspondencia con Mommsen y Hübner ⁵². El profesor Pérez Pujol,

51 Añadido al texto de 1947, y enlazando con Martínez Marina: Pero es don Tomás Muñoz y Romero el más puro representante de la tradición crítica en nuestros estudios. Hinojosa le supera en información, en amplitud y en variedad de temas estudiados. Pero hay en Muñoz un propósito más recortado y simple y una visión clarísima de las necesidades y los fines de la Historia crítica. Esta opinión insinuada ante don Ramón Menéndez Pidal, en una breve visita hacia 1963, su chalé en obras, provocó una enérgica reacción en favor de la superioridad y el rigor científico de Hinojosa: «detrás de casa afirmación suya hay un documento». Hoy, que ya no puede replicarme, diré que en Hinojosa hay mucha retórica de senador y gobernador civil, de amigo de Cánovas y de fin de siglo. Quizá en mi opinión hay influido el juicio general desfavorable a su época de José Ortega (OCC III, 11-12). Quizá, simplemente, como dice Clarín, la preferencia por un autor secundario revela la propia mediocridad (2.II.90, S. Aproniano). R. GIBERT, «Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)», en *Anuario de Estudios Medievales*, CSIC, Barcelona 1969, 563-574: observo la vigorosa continuidad de Burriel a García Gallo.

52 El *Curso* de don Galo consagró su memoria, en el lugar a que se había circunscrito su labor: «Conviene recordar aquí el nombre de un entusiasta erudito español del siglo XIX, Rodríguez de Berlanga, que publicó por vez primera algunos de los más valiosos textos que hemos de examinar a continuación» (p. 33, ed. 1932). Ya la 8.ª ed., 1952, quizá antes, en sus notas complementarias, p. 190, informa sobre la edición de fragmentos de la *Lex de Urso*, por A. d'ORS en 1941. El propio d'Ors, en su *Epigrafía jurídica de la España Romana* (1953, p. 11), rindió homenaje «a la memoria del ilustre abogado malagueño D. Manuel Rodríguez Berlanga, que, en una época de general incuria de los estudios en nuestra patria, dio lo mejor

además de una discreta labor en historia general de derecho, realiza el gran esfuerzo de una historia de las instituciones visigóticas, paralela a la monumental obra de Félix Dahn⁵³. En la polifacética personalidad de Joaquín Costa, fundamentalmente jurista, se agudiza el interés hacia el elemento primitivo y prerromano, cuya persistencia investiga también en la Edad Media y sobre todo en el derecho consuetudinario actual. Con Costa penetra en el ámbito de nuestros estudios una tendencia sociológica y comparatista, que no falta en otros autores del siglo XIX⁵⁴. Culti-

de su vida por el de las inscripciones legales que ahora presentamos de nuevo. Hasta qué punto hemos tenido que seguir las huellas de Berlanga, lo demuestran las muchas referencias que de sus obras hemos hecho en esta nuestra». La edición definitiva del *Curso*, sin borrar la memoria de Berlanga (como hicieron con la de Domiciano, «de pésima memoria», todavía en 1942, p. 32, «de funesto gobierno» a partir de 1952, p. 28, documento del espíritu didáctico de don Galo) registró, tras la referencia a las colecciones de Mommsen y de Hübner como «de más fácil manejo la *Epigrafía* de Alvaro d'Ors, en la que reproduce y estudia los textos de que vamos a tratar, recogiendo lo que se ha publicado acerca de ellos» (1960, p. 34). Pero cuando su figura de científico se extingue, Rodríguez de Berlanga se yergue como héroe del «elemento romano en el derecho español». Sobre la *Epigrafía* como «el libro de derecho de la España Romana», mis *Elementos*, 1975, ed. 1982, p. XX. De Derecho Español.

53 El *Curso* de don Galo al consagrar el «pleno florecimiento de nuestra disciplina» señaló a Pérez Pujol como una de las Cuatro figuras descollantes, junto a Muñoz y Romero y Costa (pp. 10-11 de la ed. ms. de los *Apuntes* que figuran en el cartel de la VI.^a Semana de la HDE [1983], con el dato negativo de que «su obra magistral, sobre las Instituciones sociales de la España goda), desgraciadamente el autor falleció antes de ultimarla y quienes la publicaron no lo hicieron con el cuidado debido» (Ib. p. 10; «y no fue publicada con el cuidado debido», desde 1932, p. 12). Pero, naturalmente, su obra monográfica le hace superar la época visigótica, aparte sus perdidos *Apuntes* de Cátedra. No he podido localizar el estudio que a Pérez Pujol dedicó la llorada investigadora valenciana Sivia Romeu Alfau, 1938-1988; cfr. AHDE 57 (1987) 1029.

54 Es significativo que uno de los Cuatro destacados por el *Curso* de don Galo fuera «el eminente polígrafo Joaquín Costa» (1844-1911), a pesar de no ejercer oficialmente la Asignatura, con lo que obedecía el autorizado dictamen de su maestro Eduardo de Hinojosa, «Joaquín Costa como historiador del derecho», AHDE 2, 1925, 5-12; Costa, jurista profesional, notario, que puso por escrito y dirigió la tarea de fijar de este modo el derecho consuetudinario, aspecto que destacó don Galo, y tópico que atraviesa todo el *Curso*; introductor de los métodos del derecho comparado y autor del *Colectivismo agrario en España* (1898), en el que recoge, en un estilo lleno de vida, *las doctrinas de los autores* y los *hechos* interesantes para el tema. Mi reseña de: Nicolás M.^a LÓPEZ CALERA, *Joaquín Costa, filósofo del Derecho*, Zara-

vador del elemento canónico es don Vicente de Lafuente, quien al final de su vida redacta una historia de las universidades, que termina en esbozos y apuntes ⁵⁵.

En Eduardo de Hinojosa parecen reunirse las dispersas líneas del siglo XIX, lo mismo que de él parten nuevamente las que señalan la situación actual de nuestros estudios ⁵⁶. Inicialmente en contacto con la

goza 1965, en AHDE 38 (1968) 707-709. Algo disminuido su prestigio en la Escuela por su comparatismo y primitivismo, no debe ser olvidado de las nuevas promociones atraídas por la antropología y la etnología jurídica. Por lo demás, figura y libros del siglo XIX, penúltima lección de nuestra asignatura. Manuel CIGES APARICIO, *Joaquín Costa, el gran fracasado*, Espasa Calpe, Madrid 1930; res. A. ESPINA en RO VIII (1930) 137-140. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Joaquín Costa, antípoda de Kelsen*, discurso en la Academia de CC MM y PP, Madrid 1986; contestación por A. García de Valdecasas, Renovadores.

55 El peligro comprendo de ampliar un número, y admiro la decisión de limitar a Cuatro, con un inevitable sacrificio, del *Curso* de don Galo; dos razones, más débiles que una, me inclinaron a incluir a este historiador de la Iglesia y de las Universidades, disciplinas afines a la HDE; me impulsaron a consignar su nombre en la tradición crítica de nuestros estudios: Vicente de la Fuente (1817-1889); su semblanza por MENÉNDEZ Y PELAYO, *Heterodoxos* ², I (OCC I, pp. 23-24; 51; V, 164, 241-242; VI, 265). Junto a su *Historia eclesiástica de España*, I-IV, Barcelona 1855; *Adiciones*, 1859; refundida en VI vols., 1873-74; y su *Historia de las universidades, colegios y demás establecimientos de enseñanza en España*, I-IV, Madrid 1884, hay que añadir aquí sus *Estudios críticos sobre la Historia y del Derecho de Aragón*, I-III, Madrid 1884-1886; «Palacios Rubios. Su importancia jurídica, política y literaria», en RGLJ 34 (1869) 79-96 y 160-176; «El último justicia de Aragón», en BRAH 14 (1889) 433-436, y otras muchas obras y discursos. Cfr. *Necrologías de Académicos de CC Morales y Políticas*, I, Madrid 1898, pp. 358-368.

56 Galo Sánchez, que había reseñado *El elemento germánico*, traducido del alemán por él mismo como discípulo del autor, y los *Documentos para la historia de las instituciones de León y de Castilla*, en la *Revista de Derecho Privado* 2 (1915) 159 y 7 (1920), publicó en la misma revista una necrología de su maestro. Al registrar los cuatro autores de la plenitud en el XIX, destacó como principal a Hinojosa y la formación de su Escuela (*Curso*, pp. 10-11). Alfonso GARCÍA GALLO, «Hinojosa y su obra», estudio en el tomo I de las *Obras* del mismo, INEJ, Madrid 1948; mis reseñas en *Anuario de Derecho Civil* I (1948) 1473-1475 y en AHDE 20 (1950) 838-842; II, 1955; III, 1974; lección conmemorativa en la Universidad de Granada, 25 nov. 1952, BN Granada, 24 (1952) 195-209. José MALDONADO, «Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho Español», en ARBOR, rev. del CSIC 48 (diciembre 1949) 385-395. José LÓPEZ ORTIZ, «Recuerdos de la Cátedra de Historia del Derecho», en RFDUCMadrid XV, 40 (1972) 93-101. Nota mía en AHDE 16 (1945) 848, y «La Escuela de

arqueología y la epigrafía, ha expuesto en su historia del derecho romano el estado de las investigaciones principalmente alemanas. Al emprender una historia del derecho nacional, ha entrado en la Germanística, en la que realizará su renovadora labor monográfica, reconociendo la imposibilidad de continuar la exposición de conjunto; una serie de piezas maestras sobre las fuentes jurídicas, las clases y los problemas sociales, el pensamiento político y jurídico, las instituciones, la cultura del derecho, obligan a considerarlo como el renovador en España de la historia del derecho. Fundador de una escuela científica, comunicada con la ciencia europea, Hinojosa ha experimentado también el atractivo de la sociología y de la comparación de derechos, pero sin permitir que estos estilos de pensamiento desvirtuaran la visión de la historia, que se funda siempre sobre el testimonio de las fuentes críticamente depuradas.

Todavía deben ser recordados dos contemporáneos de Hinojosa, que con él integran la tradición crítica de nuestros estudios. Don Rafael de Altamira, también historiador general, que aparece como el iniciador de las investigaciones del derecho Indiano, rama del derecho hispánico, quizá la única que no había sido abordada por Hinojosa⁵⁷, y don Rafael

Hinojosa», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México 9 (1985) 231-238. Teodoro LÁSCARIS COMMENO, *Eduardo de Hinojosa, político e historiador del Derecho* (1852-1919). Publicaciones Españolas, Madrid 1954.

57 R. ALTAMIRA CREVEA, *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*, Madrid 1903. Su *Historia de España y de la civilización*, I-IV, 1900-1910, al margen de la Escuela, sirvió de hecho a la preparación de las Instituciones, «primera obra de conjunto que se benefició de los métodos modernos de investigación, y su bibliografía» (Sánchez Alonso). Su fecunda labor de americanista, manifestada primero en Madrid y en la RCJS del Laboratorio Ureña, se prolonga en la emigración; una larga vida (1864-1951). Cfr. L. MARTÍN GRANIZO, necr. en *Revista de Indias* 12 (1952) 647-659; *Revista de la Universidad de Oviedo* 13 (1953) 145-150, destaca su vinculación a esta Universidad, donde Prieto Bances (1889-1972) continúa la dirección americanista. Juan Manzano (n. 1911) iniciado en Madrid y en la RCJS 18 (1935) 703-734, continúa en Sevilla su labor en los campos del Descubrimiento (AHDE 21-22, 1951-52, 5-169) y las Recopilaciones (Ib. 24, 1954, 641-643; 27-28, 1957-58, 1216-1217) y en Madrid, Instituto de Cultura Hispánica. En Sevilla la Historia del Derecho Indiano se configura como disciplina independiente en la cátedra de don Antonio Muro Orejón (n. 1904), su tesis doctoral en la misma RCJS 13 (1929) ss., en la proximidad del Archivo de Indias y en relación con la Escuela de Estudios Americanos del CSIC; activo en la VI.^a Semana de HDE, 1983,

de Ureña y Smenjaud, tan concienzudamente detenido en la labor crítica previa, de las fuentes visigóticas y medievales, que no alcanza los resul-

con su hijo y sucesor Fernando Muro Romero. El AHDE mantuvo desde el principio una sección de Americanismo a cargo de don José M.^a OTS CAPDEQUI (1893-1975), necr. por A. GARCÍA GALLO en AHDE 45, 1975, 3-5; ampliada su base crítica en Colombia (Nueva Granada), y sin abandonar su entronque con la HDE, así su *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Aguilar, Madrid 1968; res. TOMÁS Y VALIENTE en AHDE 39 (1969) 833. La incorporación de A. García Gallo a una cátedra de Historia del Derecho Indiano y de sus Instituciones, en Madrid, significa una nueva etapa y la conexión del Americanismo con la Escuela de Hinojosa, AHDE 15, 1944, 843, y se refleja en sus páginas; der Selbe, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, INEJ, Madrid 1972, y su *Metodología* del DI, Santiago de Chile 1971. Imposible extender esta nota hacia el cultivo de la HDE y la HDI en América española, deben ser mencionados C. O. BUNGE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires 1912, y Ricardo LEVENE, colaborador del primer AHDE, y siguientes, todavía en homenaje a Hinojosa, 23 (1953) 259-287, estudia su proyección en el ámbito Indiano. De Alamiro del ÁVILA MARTEL, su *Curso de Historia del Derecho*, Chile, Univ. 1955, con amplia introducción metódica; su comunicación a la VI.^a Semana, sobre HDE en su patria, y Bernardino BRAVO LIRA, a partir de un juvenil y luminoso comienzo: *Formación del Derecho Occidental*, Chile 1970. De un modo parcial, en José Martínez Gijón, Jesús Lalinde, Francisco Tomás y Valiente, José M. Pérez Prendes, o de un modo pleno, en mi fraternal colega Ismael Sánchez Bella (18 enero 1950, nuestras cátedras y la de San Pedro) y más recientemente en Miguel Ángel GONZÁLEZ SAN SEGUNDO, se integra la investigación indiana en la HDE. Ya el *Curso* de don Galo, al menos desde su edición de 1930 incluye una sección dedicada al Derecho Indiano o Leyes de Indias, no sólo rica en datos, sino también en conceptos, presentada además como caso principal de un acontecimiento más amplio: «la expansión del derecho español (también de la Corona de Aragón) por Europa, África, América y Oceanía... una recepción del derecho». También, modestamente, me he ocupado del Derecho Indiano, para responder a las lecciones correspondientes del programa. Esta preparación tenía como base la *Introducción a la historia del derecho indiano*, por Ricardo LEVENE, Buenos Aires 1924, res. OTS CAPDEQUI en el AHDE 2 (1925) 528-530, y pronto de este autor el *Manual de HDE en Indias y el Derecho Propiamente Indiano*, la segunda edición en Buenos Aires, por Losada, 1945, la primera en 1943, antes citado. De mi reseña inédita reproduzco estos párrafos:

Suscitan el mayor interés las publicaciones de los profesores españoles en Hispanoamérica. Les llamamos «libros argentinos», y nos atraen como todas las importaciones bibliográficas, pero además son libros entrañablemente de España. Sus autores continúan desde allí una labor que debe ser aquí valorada y, en primer término, agradecida.

Una renovada atención por los estudios de Derecho indiano, tal como se siente en los círculos españoles de la Historia del Derecho, no puede prescindir de obras

tados constructivos tan fácilmente como Hinojosa, pero cuyas densas aportaciones tienen un valor permanente ⁵⁸.

como la presente, que al estar elaboradas en América, y para un público americano, contienen las posibilidades de aportar una base documental allí radicada y de ensanchar las perspectivas de los temas con su vertiente de vigencia y actualidad.

El nombre del profesor Ots Capdequi es conocido por su aportación monográfica sobre el Derecho indiano, que ahora ha acrecido con una exposición de conjunto. Advierte el autor que ha elaborado está lejos de sus ficheros de estudio, sus libros y su medio habitual de trabajo. No insistiremos sobre deficiencias, que pueden explicarse por las aludidas condiciones materiales.

El plan general comprende una Introducción, en la que se define el doble objeto de la exposición: el «Derecho español en las Indias occidentales» (que el autor indentifica con el Derecho castellano) y el «Derecho propiamente indiano» o normas jurídicas dictadas especialmente para aquellos territorios.

Desgraciadamente, la reseña proseguía con una seca, dura e hiriente serie de observaciones y discrepancias que aconsejaron un prudente veto, no piense alguno, por parte de la censura gubernativa, inexistente para el *Anuario*, sino de su codirector don Galo Sánchez, que por cierto no se había mordido la lengua en reseñas inferidas a extraños, un estilo en el primer *Anuario* («bienaventurados nuestros discípulos porque de ellos serán nuestros defectos» y nuestros excesos), pero no para amigos y colegas, tanto más si sufrían el exilio. Mayor fruto obtuve gracias a haber puesto a mi disposición Alfonso García Gallo el enorme paquete de sus cursos y conferencias en América, que me permitieron redactar la crónica de su viaje, firmada como S(ecretario) del AHDE 19 (1948-1949) 877-892. Por último y ya lejos de esta Memoria, la voz «Leyes de Indias», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona 1974, está destinada a continuar mi HGDE, en lo que aún confío.

58 1986: El *Curso* de don Galo (que había reseñado en el AHDE 2, 1925, 527-528, la edición de Jacobo el de las Leyes por UREÑA «a quien tanto debe la historia de nuestro Derecho» y Bonilla San Martín, ponderando la labor de ambos en el terreno de la edición de antiguos libros de derecho) no lo incluye entre los cuatro autores que llenan el siglo XIX, quizá sólo por el hecho de estar Ureña en vida, cuando se redactó, aunque lo estaba asimismo Laureano Díez Canseco allí mismo citado, si bien a otro propósito. El dato de que la continuación de Eduardo de Hinojosa fuese el *Anuario de Historia del Derecho Español* —al margen de cuya empresa quedó el catedrático del Doctorado en la Universidad de Madrid, su estricto coetáneo, pero de distinta generación, y sólo recordado por la fidelidad de su discípulo, el malogrado Román Rianza— ha determinado una injusta postergación en la que todos hemos tomado parte; tardíamente intento repararla. Por genial y simpática que fuera la figura de don Laureano Díez Canseco no pueden compararse los volúmenes ciertos de la labor científica de ambos

En la historiografía jurídica, cuyos nombres más representativos del pasado se han recogido aquí, se encuentra, en sus cimas y depresiones, a veces en medio de retrocesos y pérdidas de camino, un conjunto de principios y experiencias relativas al método crítico de la historia del derecho, método que persigue el cabal conocimiento de las fuentes, y cuando las ha situado en su exacta perspectiva histórica, va señalado, de una a otra, la línea evolutiva de las instituciones.

profesores. Ya Riaza hizo notar que eran dos personalidades contradictorias (su necrología de Díez Canseco en *RCS* XIII, 53, 1930, 661; EL MISMO, allí pp. I-LV, «Don Rafael de Ureña y Smenjaud 1852-1930», y en *AHDE* 7, 1930, 552-556, sentidas y diferentes necrologías), pero esto no exige que una sea mitificada y otra destruida. Desde más lejos, Paulo MÈREA tuvo siempre en cuenta sus opiniones. Son significativas las treinta citaciones de Ureña en los *Estudos de Direito Visigotico* (1947) y las dieciocho en los *de Direito Hispanico Medieval* (1952, 1953). En alguna ocasión, «era, pues, Ureña el que estaba en la buena doctrina». Alvaro d'ORS, en su edición y estudio del Código de Eurico (Roma-Madrid, CSIC, 1960) ha tenido en cuenta todas las propuestas y observaciones de Ureña, que en muchos casos recuperó olvidos y descuidos de Zeumer (ejemplo, p. 62).

Entre los autores de manuales, Riaza, *Manual* con García Gallo (p. 22), lo reconoce con justicia no exenta de rigor, cuando dice que merecía citársele «como infatigable trabajador, quizá en ocasiones farragoso, pero de amplia y honrada erudición, dedicado principalmente a la historia de las fuentes (que a la sazón creían realizada), y propulsor de planes científicos tan extensos, que no pudo llegar a desenvolverlos».

García Gallo no lo menciona en la historiografía de su *Curso* de 1946 (pp. 3-4). Lalinde, en su *Iniciación Histórica del DE* (1970, 1978, p. 16) lo considera como principal seguidor de Costa y recoge sus títulos en cada lugar oportuno. Pérez Prendes —además de tenerlo en cuenta igualmente— traza su semblanza, «una mixtura» entre los conceptos y métodos de la historia crítica y los del evolucionismo clásico, dominante el primer rasgo en sus estudios sobre fuentes y el segundo en el de las instituciones (*Curso* 4, I, 1980, p. 299). Tomás y Valiente que dedica aguda atención a los contemporáneos de Ureña, le despacha con una mención superficial (*Manual*, 1979, p. 56). En el elegante cuadro que pinta Escudero (*Curso*, 1985) falta la figura de Ureña entre Costa y Pérez Pujol (p. 58). Yo mismo he omitido su nombre en la voz *Historia del Derecho*, de la Enciclopedia Rialp (1971) y en la primera edición de *Elementos* (1975), corregido este silencio en la segunda (1982, p. 12). Su *Discurso* de 1906 inaugura la tarea de un siglo que aún no ha terminado: 900.

39 bis. Tendencias sociológicas y comparativísticas ⁵⁹

La continuidad de la Metodología puede decirse que se mantiene hasta que con Hinojosa recibe nuevos aportes de la investigación extranjera; pero en el curso del siglo XIX nuevas tendencias doctrinales la vuelven borrosa en ciertos momentos al intentar sobreponer otros medios para el conocimiento histórico. Es fundamentalmente el complejo desarrollo de la Sociología y del Derecho comparado.

El problema de la Sociología ⁶⁰ toca muchas veces en su desarrollo la ciencia histórica; ambas trabajan sobre la misma materia de la vida social, aunque difieren en la forma de elaborarla. La sustitución del método crítico por el sociológico atenta siempre a la esencia del conocimiento histórico. Sólo el observar cómo la Sociología ha rectificado el rigor de sus leyes ante los resultados de las investigaciones históricas, muestra ya que ésta no puede condicionarse con aquellas leyes ⁶¹.

En cuanto a la Comparación de Derechos —de neta filiación sociológica, y con semejante gravitación sobre la historia— no sólo es impropia para el conocimiento real de un determinado Derecho, sino que lo perjudica al sustituir con nociones generalizadoras la esencial singulari-

59 Este párrafo 39 bis procede de la redacción de 1947 que ha sido no retocada, sino rehecha en 1964, dejando igual solamente el último párrafo. Nos daba fuerte contra la Sociología y la Comparación. Mi reseña de H. DECUGIS, *Les etapes du droit des origines a nos jours*, I-II, París 1942, en AHDE 16 (1945) 772-775. Dado el carácter autobiográfico que inevitablemente adopta la revisión de esta Memoria, reconozco que me satisface el modo simple con el que resolví las cuestiones de la Sociología y el Derecho Comparado, con la referencia a la reseña de ese libro, y otra, en el mismo lugar, pp. 780-784, del de Caro Baroja, sobre *Los Pueblos del Norte de la Península*, CSIC, Madrid 1943. No hacía falta más.

60 J. von BELOW, «Comienzo y objetivo de la Sociología», en AHDE 3 (1926) 5-30; estudia el origen y el desenvolvimiento de esta ciencia y concluye reduciendo su función y condicionándola a los resultados de otras ciencias. Vid. también F. VELA, *Revista de Occidente* XI (1926) 135.

61 Sobre la confusión entre Sociología e Historia del Derecho, COLLINET, en NRHD 21 (1897) 240. GRAEBNER, «El mundo del hombre primitivo»; «las formas culturales no representan formas distintas de una evolución, sino evoluciones múltiples, heterogéneas entre sí».

dad del acaecer histórico. Azcárate ⁶², Costa, Ureña y Altamira sufrieron el deslumbramiento del comparativismo sociológico. Hinojosa tiene el mérito de que habiendo sido también impresionado, supo resistirlo sin permitir que en ningún momento le desvirtuara su visión crítica de la historia. Hinojosa compara, y en la comparación se orientan muchos de sus trabajos, pero la elaboración histórica-jurídica se apoya siempre sobre el testimonio de las fuentes ⁶³.

El método comparativo ha sido rechazado en general por los historiadores del Derecho, especialmente por los agrupados en torno a la figura de Hinojosa ⁶⁴.

Alvaro d'Ors ha refutado las «desorbitaciones comparativistas» ⁶⁵, con especial referencia al Derecho romano, pero con muy útil enseñanza para toda disciplina histórica-jurídica. Hay que tener en cuenta que el método histórico es casi una adquisición reciente de la romanística, mien-

62 Luis G. de VALDEAVELLANO, «Don Gumersindo de Azcárate, historiador», en BRAH 164, I (1969) 75-96. Ortega, OOC III, 11-12. Sobre los otros, supra, notas 54, 57 y 58.

63 Puede hacerse la prueba de prescindir, por ejemplo, en «Privación de sepultura de los deudores», HINOJOSA, *Obras* I, p. 156, de todos los datos sobre los derechos antiguos, sin que se resienta la exposición histórica del derecho español. Claro está que la presencia en círculos históricos tan diferentes de una misma institución, como esa de privar de sepultura, es un objeto legítimo de la comparación de derechos que en sí misma ofrece un elevado interés. Lo que se impugna es la sustitución, como método, de esa síntesis ulterior en lugar de las indagaciones sobre sistemas jurídicos particulares. (Privación de sepultura: historia universal del derecho, o más sencillamente, historia universal).

64 Sobre esta Escuela de Hinojosa, con algunas omisiones: OTS CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en Indias*, Buenos Aires 1945, pp. 42 ss. 1949: el prólogo de GARCÍA GALLO a *Obras* de HINOJOSA. Vid. nota 56.

65 A. d'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, Universidad, CSIC, 1943, pp. 28-33; reseña de esta memoria de cátedra, en ARBOR, revista del CSIC, II, 4-5 (1944) 161-163. El derecho romano parece verse libre de comparativismo, sociologismo, evolucionismo e ideas afines; cfr. Javier d'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del DR, Santiago de Compostela*, 1979; mi reseña en AHDE CVII, 417-418 (1980) 11-115. En cambio, las historias de los derechos nacionales se miran anegadas por las turbias corrientes; cfr. sobre el epicentro de la conmoción que las ha desatado: José M.^a GARCÍA MARÍN, «Actitud metodológica e historia de las instituciones: una valoración de conjunto», en HIDRA 4 (1976) sep. pp. 1-59; muy rica información.

tras que es la base, lógicamente, de la Historia del Derecho ⁶⁶. Donde aún conserva cierta beligerancia el método comparativo es en los capítulos del Derecho primitivo a falta de fuentes directas; y en este punto nos parece plenamente aceptable la tesis de d'Ors: «Todavía se dirá que el método comparativo presenta cierta utilidad para la investigación del más antiguo Derecho romano. Puede ser. Pero es que tampoco creemos que el romanista deba prestar demasiada atención a los tan sugestivos como oscuros problemas de orígenes. La prehistoria es algo que no debe interesar al jurista. Por eso, Mommsen que ante todo era jurista, prescindió en su misma historia general del pueblo romano, de las turbias preocupaciones sobre la prehistoria itálica. Sea o no aceptable este proceder desde el punto de vista puramente histórico, sí cabe decir que para el jurista no sólo es útil y conveniente, sino incluso necesario para no caer en el caos de las divagaciones hipotéticas y de las pseudo-interpretaciones socio-lógicas».

Aplicando las ideas del mismo autor a nuestra disciplina es indudable que otros sistemas jurídicos ejercen una influencia en el desarrollo histórico del Derecho español, cuya investigación es esencial incluso para comprender ciertos fenómenos de aquél, pero «siempre habrá de tener presente al contemplar aquellos derechos en esta precisa coyuntura que el estudio en razón del cual se emprende es» la historia del Derecho español. Lo mismo puede decirse acerca de los notables paralelismos entre ésta y la de otros derechos europeos; debe señalarse, pero sobre la base de los datos extraídos de nuestro sistema de fuentes.

El método crítico persigue el cabal concimientos de las fuentes, y cuando las ha situado en su exacta perspectiva histórica va señalando de una a otra la línea evolutiva de las instituciones.

66 Lo que no impide que la crítica histórica del derecho romano esté mucho más avanzada que la de los derechos nacionales. Los medievalistas no poseen aún ni su *Corpus Iuris*. Medievalismo jurídico e HD aparecían casi identificados. Ese *Corpus* medieval tal vez fuera las Partidas, o, superando la Edad Media, los Códigos de la Publicidad; cfr. «Costumbres a partir de las Partidas», en RFDCMadrid, n. mon. 9 (1985), p. 57: «Encerraban los *Códigos* (1847) un proyecto de *Corpus* general del Derecho Español» (5.II.90. Sta. Agueda).

II

FUENTES DE LA HISTORIA DEL DERECHO

40. Concepto y clasificación

Bajo el título de Fuentes, además de un aspecto sustantivo de la Historia del Derecho, se comprende una heurística especial; la teoría de los medios de conocimiento histórico debe ser adaptada al método histórico-jurídico ⁶⁷.

67 1947: Bajo el título de Fuentes de la Historia del Derecho se comprende una heurística especial y también una parte del contenido sustantivo de aquella historia (de aquella ciencia). Tratada ya la cuestión de las Fuentes del Derecho como objeto del conocimiento histórico (*Concepto*, n.º 23), se van a hacer unas indicaciones sobre la teoría de las fuentes históricas y su adaptación al método histórico-jurídico. En la *Introducción* de BAUER, cit. supra en nota 29, tres capítulos, VII a IX, se dedican a la Heurística, o doctrina general y ciencias auxiliares, crítica externa y tipos más importantes, entre los cuales los escritos jurídicos, con una extensa adición por el traductor G. de Valdeavellano (pp. 218-481). La siguiente exposición se fundaba en el «preliminar» de la «Historia de las Fuentes», en los *Apuntes* de don Galo, mejor dicho, en la edición del *Curso*, 1932, que presenta algunas variantes con aquélla y con los *Apuntes* de 1930, Barcelona, según ya he observado en mi comunicación a la VI.ª Semana de HDE (1983), «El *Curso* de don Galo», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984) 641-650. Hace tiempo observé que en el concepto, la clasificación y la valoración de las Fuentes por el *Cuso*, como no podía ser menos, se refleja la propia formación jurídica del autor, sobre la cual se superponían como estratos el positivismo legal, el formalismo neokantiano y la escuela del derecho libre, que había suscitado un entusiasmo específico. Muchos de los conceptos, matices y aun figuras, como la vigencia, la derogación, el carácter público, privado, oficial o particular no es necesario plantearlos previamente y como presupuesto metodológico, sino que se presentan, cuando lo hacen, en cada libro jurídico. Me complazco en registrar aquí la maestría con que el profesor Ramón Fernández Espinar acertó a mantener una continuidad admirable en la Universidad a Distancia (donde a veces se encuentran dificultades en este campo por la necesidad de mantener material didáctico anterior), reflejada en su *Addenda* para el curso 1981-82, con «normas prácticas para el estudio de los libros jurídicos en la HDE», con perfecta fidelidad al método de don Galo, mantenida también en su cátedra de Granada, y en su libro: *Las fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y resúmenes*, Centro Ramón Areces, 1985, donde confluyen varias tradiciones de nuestra disciplina, que se reconducen a Hinojosa, refundidas por su fuerte personalidad.

Todo aquello en que el acontecer histórico ha dejado alguna huella es susceptible de convertirse en fuente de la historia, en cuanto se puede determinar tal impresión e identificar el agente de la misma. El campo de las fuentes es ampliable; su concepto no tiene un contenido concreto; recibe nuevos objetos en la medida en que la investigación consigue leer los signos que en ellos puso la existencia histórica⁶⁸. Fuente de la historia del derecho es todo aquello en lo que el derecho ha puesto su signo y dejado su huella, en tanto que puede ser conocido e identificado. Las inscripciones ibéricas, hoy sólo fuente de la historia del lenguaje, serían fuentes histórico-jurídicas cuando, leídas, revelasen un contenido jurídico⁶⁹.

Según Schwerin, es fuente histórico-jurídica todo fenómeno apreciable físicamente que dé noticia sobre la esencia, suerte o contenido de una

68 1947: Por esta razón el campo de las fuentes se amplía al compás de los medios de percepción, y ha podido decirse que «el concepto de fuente histórica no es algo de contornos perfectamente dibujados» (BAUER, p. 218), lo que no es completamente exacto; ocurre que en el concepto de fuente histórica entran constantemente nuevos objetos en la medida que la penetrante investigación alcanza a leer los signos que en ellos puso la existencia que tiene concepto de vida histórica.

69 El *Curso* de don Galo (p. 23) se refería a «inscripciones... redactadas... en idiomas ignorados (inscripciones ibéricas) y... por lo tanto, utilizables, aunque no falten tentativas más o menos aventuradas de interpretar algunas». GARCÍA GALLO, en el *Manual* con Riaza (1934): 48. «Las inscripciones ibéricas, algunas extensas y acaso de índole jurídica, pueden leerse en gran parte, pero no traducirse», y la cita de HÜBNER, *Monumenta linguae iberica*, Berlín 1893. Antonio TOVAR, «Léxico de las inscripciones ibéricas (celtibérico e ibérico)», en *Estudios dedicados a Menéndez Pidal II* (1951), CSIC, Madrid, 274-323; con bibl. La mayor parte del léxico se refiere a organización gentilicia; el ibérico *abasildur* se propone como nombre de magistrado; el mismo, «Prehistoria lingüística de España», en CHE 8 (1947) 140-147: «Sobre los problemas del vasco y del ibérico», Ib. 11 (1949) 124-138. Pío BELTRÁN, «Los textos ibéricos de Liria», en *Revista valenciana de Filología*, 1953; res. Nilda en CHE 25-26 (1957) 350-351; Manuel GÓMEZ MORENO, «La escritura bastulo-bastetana (primitiva hispánica)», en RABM 69 (1961) 879-948, 19 láminas, todavía no leídos documentos.

1947: Sin perjuicio de intentar una ordenación jerárquica de las fuentes, inicialmente es necesario señalar los amplios límites de su concepto. Para Díez Canseco, abarca todas las huellas que el derecho ha dejado (*Apuntes*, cits. en este *Anuario* 4, 1986, p. 325; p. 89).

institución jurídica ⁷⁰. Para Besta, el historiador del derecho en su labor reconstructiva se ayuda de todos los monumentos que puedan dar luces sobre las normas jurídicas: su existencia, su contenido, su aplicación; sobre su razón de ser o sobre su desenvolvimiento ⁷¹.

Las clasificaciones de las fuentes de la historia del derecho tienen un elemento común, la oposición de dos términos: fuentes principales y accesorias; directas e indirectas, exclusivas y comunes; inmediatas y mediatas. Las divergencias ocurren al agrupar en cada uno de ellos las fuentes en particular.

En la clasificación de las Fuentes por Galo Sánchez esa oposición de términos se pone en relación con distintos puntos de vista, lo que determina diversas agrupaciones ⁷². Directo, inmediato, principal, etc., no

70 SCHWERIN, *Einführung*, p. 44; allí indica que sólo se puede hacer una sistematización de los fenómenos que *hasta ahora* han sido considerados como fuentes de la Historia del Derecho, sin pretensión de agotar el campo, pues la heurística histórico-jurídica está constantemente aumentando las clases de fuentes. La ampliación de tareas y responsabilidades que descubría la conferencia de K. S. BADER, «Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers», en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, n. 162, Mohr, Tubinga 1951, a las que un español debía añadir la lectura en alemán, tenía que inclinar a algún estudioso a limitar su función, por ejemplo, al manejo y lectura de los libros jurídicos.

71 BESTA, *Avviamento*, p. 50. 1947: Como suplemento de tal tendencia a la amplificación de la heurística histórico-jurídica, se procede seguidamente por los autores a una clasificación que lleva consigo un juicio de valor sobre la utilidad mayor o menor de los diversos grupos de fuentes. (Nota: Véase en TORRES LÓPEZ, *Lecciones*, I (1935), pp. 60-83, un resumen de la doctrina con amplia bibliografía; GARCÍA GALLO, *Historia* I (1941) da un resumen más breve. A las clasificaciones de Brunner, Pertile, Von Amira, Hinojosa, Galo Sánchez, Schwerin, que se mencionan en los lugares citados, puede añadirse la de BESTA, *Avviamento*, pp. 5, 50-57: Fuentes inmediatas: leyes, costumbres, formularios, proverbios, símbolos, lenguaje. Clasificación general más precisa, BAUER, *Introducción*, p. 258: Restos y Tradición).

72 1947: Consideramos como clasificación más perfecta la de nuestro maestro Galo Sánchez: porque en ella esa oposición de términos no aparece un sola vez dejando repartido el sistema de fuentes de un modo absoluto, sino que se pone en relación... Una fuente puede no ser directa y ser inmediata; y ninguna de estas dos cosas, pero principal. ... concepto riguroso. (*Curso*, ed. 1932, añade en p. 20: «inmediatas y mediatas, llamando inmediatas a las directas y a la literatura jurídica [considerada como no jurídica o indirecta, así como principales los documentos y la literatura jurídica], y mediatas a las demás»). También en esta edición de 1932 se añadió el párrafo relativo a las «redacciones privadas de derecho consuetudinario,

son sinónimos. Cada denominación corresponde a un concepto riguroso. El criterio de esta clasificación viene dado por aquello que se va a buscar en las fuentes: la norma jurídica⁷³. Habrá, por lo tanto unas fuentes directas, que contienen la norma jurídica misma⁷⁴. La Ley, la costumbre, la jurisprudencia judicial y la doctrina son esas fuentes del derecho; «los textos en que aquéllas están redactadas y gracias a los cuales es posible estudiarlas», son las fuentes de conocimiento. Lo que es fuente del derecho es fuente directa de la historia del derecho.

que si bien incluibles en el cuadro de la literatura jurídica, exigían, por sus caracteres peculiares que se les estudiase entre las fuentes directas, aunque en tales redacciones, faltas de valor oficial, la prueba de la existencia u observancia de los preceptos que contienen debía exigirse en cada caso», prueba de la importancia que se concedía a estas distinciones conceptuales.

73 El *Curso* de don Galo emplea discretamente la expresión «norma jurídica» que luego ha proliferado en nuestra asignatura, con normativo y, supremo horror, «la normativa», que rima con lavativa. Cfr. A. d'ORS, «Sobre *norma* en derecho canónico», en III Congreso Internacional de ese derecho, 1975, y ahora en sus *Nuevos Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid 1980, XX, 369-376, aboga por el mantenimiento del término *cánones*, que equivale exactamente a reglas: recuerda la aparición de *norma* en el ámbito Fiscal, y en la Edad Media como equivalente de la *regula* monástica. Un sentido nuevo tiene en la teorización de las ciencias «normativas», Lógica, «Ética y Estética; en la Filosofía introduce *norma* Guillermo Wundt (1886), se hace común entre los neokantianos, y en el derecho la impone Kelsen (1911) como corresponde a su concepción normativista del derecho. Augusto Comte hace equivalente *normal* y *habitual*, que el sentido común distingue y aun contraponen. «La idea de norma oscila en el pensamiento europeo entre dos polos: ... el legalismo y el sociologismo». En el lenguaje de la Iglesia la palabra *norma* se introduce entre 1904 y 1912, por influjo de los juristas alemanes; es admitida por el *Codex* de 1917: *normae generales*, con reserva de algunos autores. La palabra, para el autor que seguimos, es ambigua y su uso, reversible. Por lo que se refiere a fuentes del ADE es impropia y deformadora de la realidad; debe usarse ley, fuero, libertad, costumbre, decreto, etc., lo que digan los textos en cada caso. Es cierto que los decretos de Diego Gelmírez a los pueblos del obispado de Compostela en 1113 se dictan: «praedecessorum statutum (statuta) relegendo, ad protegendum populum, ad exhibenda iustitiae normam... decreta constituo...» (MUÑOZ, *Colección*, 1847, p. 403). No se dictan normas, sino decretos «para que se manifieste la norma de la justicia», si yo no me equivoco.

74 1947: ... norma jurídica misma. Cuando el contemporáneo deseaba conocerla se dirigía a la ley, la costumbre (en algunos momentos a la jurisprudencia o a la doctrina), fuentes del derecho. A ellas tiene que dirigirse el historiador. «Lo que fueron propiamente fuentes de existencia del derecho ahora sirven de fuentes históricas» (Maldonado). Pero en cuanto fuen-

Pero la norma jurídica se refleja también en los documentos de aplicación, en la literatura jurídica y en las fuentes generales de la historia. La relación que estas fuentes guardan con la norma es diversa, dando con ello lugar a una nueva clasificación que se funda en la mayor o menor proximidad a la norma, esto es, fuentes inmediatas y mediatas. Fuentes inmediatas son, además de las directas, la literatura jurídica ⁷⁵. Finalmente, la división en fuentes principales y accesorias coincide con el mismo concepto de historia del derecho: fuentes principales son aquellas referentes a la vida jurídica, o sea, todas las inmediatas más los documentos de aplicación. Las fuentes accesorias sólo incidentalmente reflejan esa vida jurídica y son objeto de otras ciencias ⁷⁶. Las fuentes principales,

tes históricas ya no son la ley y la costumbre en sí mismas, sino «los textos que en aquéllas están redactadas y gracias a los cuales es posible estudiarlas; se les ha llamado también fuentes de creación del derecho, *Apuntes*, 1921, pp. 15-16. Pero no hay que confundir las fuentes del derecho propiamente tales con las fuentes de conocimiento del derecho, *Curso* ed. 1930, p. 20. Los textos que nos han conservado la norma jurídica son, pues, las fuentes directas: por esta conservación lo que era fuente del derecho se ha convertido en fuente histórica. (Por esta distinción entre «norma» y texto, que ha sido sabiamente contestada, cuando me permití hablar de un «derecho navarro anterior a su redacción», mi primer programa [1950] incluía en cada lección de Fuentes un epígrafe relativo a «fuentes de conocimiento», después del cual pasaba a describir la ley, costumbre, etc. En seguida, por abreviar, prescindí de esta distinción, pero todo un primer curso, redactado, la mantiene, y al repararlo ahora, pienso que separar heurística y «fuentes del derecho», en efecto, no está mal).

75 1947: Pero la norma jurídica no sólo se ha conservado en los textos de la ley y la costumbre. Los documentos de aplicación, la literatura jurídica, las fuentes generales de la historia contienen también algo relativo a la norma. Los documentos nos muestran la aplicación de la norma a un caso concreto o típico; la literatura, una aplicación o interpretación de la norma; la fuente general un hecho que la norma ha configurado. La relación que estas fuentes guardan con la norma es diversa, dando lugar a una nueva clasificación: la que se funda en la mayor o menor proximidad, esto es, fuentes inmediatas y fuentes mediatas. Inmediatas son las directas más la literatura jurídica, ésta se refiere a la norma, está cerca de ella y ningún objetivo persigue más que su conocimiento.

76 1947: Y existe, finalmente, una división que es decisiva para delimitar el cuadro de las fuentes de la historia del Derecho; que podemos decir delimita también el contenido de la historia del Derecho misma, y frente a la cual las otras divisiones son ya de orden interior. Fuentes principales, o aquellas que se refieren a la vida jurídica, como las inmediatas y los documentos de aplicación del Derecho, y las fuentes accesorias que sólo incidentalmente la reflejan, y que son objeto de otras ciencias. Nota: Sin desconocer el valor de una fuente litera-

además de medio de conocimiento, son objeto de la historia del derecho; sólo éstas permiten la elaboración de las instituciones con la fisonomía y la estructura de un sistema jurídico ⁷⁷.

41. La ley

La historia del derecho, que ya no es sólo historia de la legislación, no debe dejar de serlo en absoluto. El historicismo estaba en principio negativamente dispuesto hacia las leyes, y esa actitud la ha recibido como un depósito sagrado la historia del derecho nacional. Se supone que las leyes están necesariamente en pugna con la costumbre, con el sentimiento jurídico popular, y que en general no consiguen efectiva aplicación ⁷⁸.

ria como el Poema del Cid, sabiamente utilizado por Hinojosa (*Obras I*, 181-215; *Estudios de HDE*, 71-12) por unos datos relativos a la familia, el ejército y la monarquía, debe observarse que en este mismo trabajo el argumento decisivo en favor de su utilidad reside en la coincidencia que revela el poema con los datos de las fuentes jurídicas. Acerca de la utilización de las fuentes literarias debe prevenir la experiencia de los romanistas. Cfr. A. d'ORS, *Presupuestos críticos*, 1943, pp. 63-87, y BFDUCoimbra 21, 1945, pp. 337 ss.

77 1947: Fuentes de la historia del Derecho son «todo lo que suele incluirse bajo la denominación de fuentes del Derecho, tomando la expresión en un sentido amplio». Todas las demás —accesorias— tendrán que someterse en su aceptación y utilización, a los principios forjados en el estudio de las fuentes principales, que son las que conservan la huella formal de lo jurídico. A ellas debe quedar adscrito el historiador del Derecho. Otras clasificaciones del mismo autor tienen, o bien un carácter técnico histórico (por ejemplo las que se refieren a la índole de la transmisión en materiales blandos o duros). Las fuentes principales constituyen una parte substantiva de la historia del Derecho, sólo ellas sirven de base para la elaboración de las instituciones con la fisonomía y la estructura íntima de un sistema jurídico. (Frente al empleo general e indiscriminado del término «sistema» para referirse al derecho de cualquier época y lugar, el examen del tópico, por ejemplo en la obra de WIEACKER, PRGNZ ², 1967, revela que esa es una calidad específica que adquiere la cultura jurídica en determinados momentos, y que hay una tradición *sistemática*). 1947: EXAMEN DE LOS TIPOS DE FUENTES. Realizada esta clasificación sistemática de las fuentes de la historia del Derecho, vamos a examinar cada uno de sus términos y las fuentes concretas que en ellos cabe incluir.

78 1947: LA LEY Y EL DERECHO REALMENTE VIVIDO. ... El historiador está mal dispuesto para las leyes... La ley a secas se ha hecho indigestible para el historiador que se enreda en la génesis formativa con el propósito de encontrar que aquello no sea una ley, y al no tener éxito por este lado se dirige al opuesto para comprobar que la ley, en pugna con la costum-

Según Schwerin, la nueva norma legal sólo formalmente es nueva, mientras que la convicción jurídica general y seguramente también la formación consuetudinaria y la jurisprudencia la habían anticipado materialmente ⁷⁹. Pero frente a la convicción y la costumbre, el legislador ha podido formular la norma, tomada de un modelo extranjero o ideada por él mismo. También esta ley pertenece a la historia del derecho. Las cuestiones que se plantean acerca de la ley no le quitan a ésta ser el centro de referencia de las normas que en la misma alcanzan expresión ⁸⁰.

El estudio de la génesis de la ley comprende la descripción del estado jurídico anterior, los fines políticos, las circunstancias económicas y sociales a que corresponde su establecimiento. Pero no hay que pensar necesariamente en una armónica disposición de estas condiciones que preceda siempre al nacimiento de la ley, la cual no deja por esto de contener una forma jurídica, cuya sucesión en el tiempo es el objeto de la historia del derecho. El ansia de liberación de las clases serviles es ciertamente un factor decisivo en la formación de nuevas leyes relativas a la condición de los siervos; pero estas nuevas leyes tanto pueden soltar los lazos de la servidumbre como hacerlos más sólidos. La innovación legal carece de sentido si no se pone en relación con sus presupuestos, pero la aparición de la nueva ley es el hecho radical que la investigación histórico-jurídica debe aislar en su perfecta autonomía ⁸¹. Schwerin admite que la evolución jurídica está relacionada con factores de la vida humana, y que existe entre ambos una cierta regularidad, pero no como una causalidad mecánica, sino al modo de una ley empírica ⁸².

bre o con el sentimiento popular o con las exigencias sociales, no ha conseguido efectiva aplicación.

79 1947: Ciertamente es como dice SCHWERIN (*Einführung*, p. 16) refiriéndose al presente...

80 1947: Unas veces habrá ocurrido eso y otras, no. Frente a la convicción y a la... Son cuestiones relativas a la ley, que no le quitan... referencia de las normas en ella contenidas.

81 1947: ... mucho más sólidos. Se nos dirá que tanto en un caso como en otro la innovación no tiene sentido si no se pone en relación con sus presupuestos, pero ante tal manera de funcionar de los mismos hay que convenir en que la aparición de la nueva ley...

82 1947: Schwerin (p. 24) llega a admitir que la evolución jurídica (*Rechtsentwicklung*)... factores sociales, económicos y políticos, y que existe una cierta regularidad. Añade que de

Podemos encontrar en las leyes, con un criterio valorativo, una mayor o menor oportunidad, que el historiador puede consignar, con arreglo a su propio criterio de jurista, sin que tal dato altere el esquema del desenvolvimiento histórico ⁸³.

El otro extremo por el que surgen reservas a la acepción de las leyes como historia del derecho es el de su vigencia en la práctica. El derecho realmente vivido ⁸⁴. Ante cada fuente legal cabe hacerse una pregunta

ninguna manera esa redacción es de mecánica causalidad, sino al modo de una ley empírica. Pues bien, esa experiencia es excesivamente variada y contradictoria, incluso para formular leyes de naturaleza empírica.

83 1947: ... que el historiador debe limitarse a consignar, sin que tal dato... Si advierte una contraposición entre los factores extrajurídicos y el desarrollo dado al derecho por una ley determinada, tal acontecimiento es simplemente un singularidad histórica, pero nunca una rareza, porque la historia es el reino de lo singular. Nota: No nos parece exacta la clasificación de las fuentes según PACCHIONI (*Manual I*, p. 14), en sociales y políticas; es decir, producto de la actividad humana, generalmente libre, o bien, de la del Estado, que tiende a monopolizarla. Ya que cada fuente concreta es el resultado de esos dos factores actuando combinadamente y sin que se pueda marcar una línea divisoria entre ellos.

84 1947: ... por el que surgen reservas a la (aceptación) acepción de la historia de las leyes... en la vida práctica. El derecho realmente vivido. Nota: Aquí se entiende por derecho realmente vivido las normas jurídicas realmente aplicadas; de ningún modo la aplicación real de las normas como fenómeno social, que no es materia histórico-jurídica. (Oportuno es aquí mencionar el estudio de don Alvaro d'ORS, «Principios para una teoría realista del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, INEJ, 1, Madrid 1953, 5-34; reproducido en la primera edición de *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid 1963, pp. 100-142 (donde, por cierto, utiliza abondo el término *norma*, cfr. supra n. 73). Utilizando el libro como de texto mi primer cursillo (tres meses) de *Introducción* en el curso de Acceso a la UNED (verano del 73, luego mecánicamente reproducido y vendido a los alumnos de cursos sucesivos hasta las nuevas unidades didácticas de 1977), esa lectura era recomendada; además, reducida y facilitada la doctrina por el-autor-que-seguimos en «Derecho es lo que aprueban los jueces», revista *Atlántida*, 45, Madrid 1970, y en sus *Escritos Varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid 1973, 45-57, un resumen de la misma era objeto de una explicación complementaria en el tema tercero, «Derecho Judicial» (p. 31 de la UD 1.ª). Esa es la *realidad jurídica* que algunos juristas nunca alcanzan a ver porque llaman realidad a la sociedad correspondiente; la realidad de las figuras de derecho. En el libro de bolsillo, citado, de Rialp, el autor indicaba que aquellos «principios» habían sido explicados parcialmente en otros escritos ulteriores, y especialmente en su interpretación del art. 6.º del Código Civil (*Papeles del Oficio Universitario*, Rialp, 1961, p. 264), donde se puntualizan mejor algunos aspectos fundamentales (loc. cit., p. 100, nota).

sobre su efectiva aplicación. Pero el estudio de las fuentes no puede ser suplantado por el de su aplicación o no. Es necesario integrar fuente y derecho realmente vivido; incalculable, lo que de éste se puede saber insistiendo en el atento examen de las fuentes, mientras que apartándose de las fuentes se abandona literalmente la historia del derecho ⁸⁵.

Derecho realmente vivido no es un problema solamente de la historia del derecho; también lo es del derecho hoy vigente, y esto no es una razón para que se abandone su enseñanza teórica. En historia del derecho la formación teórica fundamental procede de las fuentes directas ⁸⁶. Los hechos de índole jurídica que proporcionan las fuentes literarias o históricas en general, sólo pueden ser captados por quien está en posesión del ⁸⁷ sistema jurídico abstracto contenido en las fuentes directas. Esta rigurosa configuración de la historia del derecho como historia de las formas jurídicas ⁸⁸, es la que permite situar nuestra disciplina en

85 1947: En esa expresión se cita una norma metodológica que no debe ser abandonada: ante cada fuente legal el historiador tendrá que hacerse la pregunta correspondiente. Pero esa expresión encierra también la hostilidad al estudio de las fuentes, una tendencia a la suplantación del mismo por... no se sabe qué. Y esto, cuando es incalculable lo que de esto podemos saber insistiendo en un atento examen de las fuentes; cuando apartándonos de la fuente se abandona, literalmente el campo de la Historia del Derecho.

86 1947: ... teórica del derecho. Pues semejante convicción sobre el problema en su planteamiento actual es lo que deseamos trasladar a la HD. Aquí, la vigorosa formación teórica procede de las fuentes directas, cuyo conocimiento debe ser reforzado.

87 1947: Los hechos de la vida jurídica, esos que nos dan las fuentes literarias o las históricas en general, sólo pueden ser captados por quien se encuentre en posesión del...

88 1947: ... formas jurídicas, desligada de condicionalismos sociológicos, como acertadamente dice Cabral de Moncada, «O problema metodológico», AHDE 19, 1933, p. 155, y también desligada, por el momento, de trascendentalismo sociológicos, es a la que entendemos se refiere Bauer cuando señala la Historia del Derecho como ciencia auxiliar... (Ahora, 7.II.90, Ricardo Rey, verifico esa cita y resulta que BAUER *no menciona* la HD como ciencia auxiliar de la Historia [p. 226], sino una serie de ciencias, entre las cuales la del Derecho, la de las Instituciones políticas y sociales y de la Administración. La Historia del Derecho es considerada por el autor como historia especial, pp. 197-206, donde, por cierto BAUER dice que el «problema de la historiografía jurídica estriba en superar la oposición natural entre la ciencia del derecho y la ciencia histórica». Según eso, se trataría de un error suscitado por una lectura rápida, y bastaría tachar el párrafo. Pero mejor que destruir el error es examinarlo. Si en el ámbito de nuestra Facultad de Derecho nos ha parecido conveniente sustituir la Historia del Derecho, adecuada en una Facultad de Historia, por el Antiguo Derecho, también

el cuadro de las ciencias históricas con propia función, y como parte del conocimiento histórico general. Y es infundado suponer que semejante estudio apartará de la realidad, porque realidad jurídica es la que reflejan las fuentes jurídicas ⁸⁹.

donde Bauer ponía la Ciencia del Derecho como disciplina auxiliar podemos poner nosotros ese Antiguo Derecho, y entonces conserva el valor que tuviere lo que sigue, que no es ahora ocasión de discutirlo). Seguía en 1947: No debe parecer extraño que adoptemos como decisivo este momento en que la HD funciona como disciplina auxiliar: ese momento representa su función, su finalidad, su para qué y a él están sometidas todas sus exigencias interiores. Es obvio: lo que se espera de la HD se presenta como su más atendible instancia. Cuando Menéndez Pidal (*España del Cid I*, Madrid 1929, p. 296) intenta valorar jurídicamente cierto aspecto de la conducta del Cid con su rey ha de recurrir al estado del derecho de la época en tal relación; el conocimiento de ese estado corresponde fijarlo a la indagación histórico-jurídica, la cual es aprovechable en cuanto se apoya en sus fuentes propias, no en los mismos hechos históricos de índole social. La conducta del Cid no carece de cierto interés para la historia del Derecho, pero ni la de él ni la de otros extrañados del reino es el objeto de aquella. Cuando Ramos Loscertales estudia el problema de la sucesión de Alfonso VII he aquí un verdadero caso de derecho realmente vivido que no es historia del Derecho tal como aquí la entendemos, la cual para es cuestión de la historia sólo podrá aportar el sistema de derecho sucesorio vigente en aquella situación. Nota: RAMOS LOSCERTALES, «La sucesión del Rey Alfonso VI», en AHDE 13 (1936-41) 36-99; en cap. III, pp. 69-76, analiza el derecho sucesorio (hoy: más bien intenta aclarar las *normas* a que debía atenerse Alfonso VI, y lo que hace es analizar agudamente el conflicto constantemente reiterado que significa la sucesión al trono, que se va resolviendo con diversas fórmulas, y en ocasiones con la ordinalía de la guerra, la transacción, el arbitraje, el juicio, en definitiva. La misma *ley vigente*, por la que a veces el historiador pregunta al historiador del derecho, es dudosa, y cada parte en el pleito se apoya en una ley distinta o en diversas interpretaciones de una ley o un testamento). Otra investigación histórico-política en la que la historia del derecho ha servido de auxiliar: Paulo MEREÁ, «A concessão da terra portuguesa a D. Henrique perante a historia jurídica», en AHDE 2 (1925) 169-178. En mi comunicación a Jean Bodin, sesión sobre *La Monocratie* (Recueils, t. XXII, Bruselas 1969, pp. 447-546), se reúnen los datos relativos a España, desde los orígenes hasta la fecha.

⁸⁹ 1947: Si la Historia del Derecho tuviera que estudiar para cada institución la realidad histórica que se ha desarrollado con relación a ciertos principios, carecería de límite. Todas las sucesiones de reyes tendrían que ser aludidas en el breve punto del sistema de normas que es el «orden de suceder a la corona» y los pleitos sobre mayorazgos, y las traiciones y las guerras privadas y las quiebras de los comerciantes, y la fundación de monasterios y toda la historia política, social, económica de las familias, de las corporaciones, de los individuos. Porque el Derecho realmente vivido es, sencillamente, la vida. (Incongruente, porque siempre cabe la Vida Breve. 8.II.90). Esto nos parece la consecuencia de oponer al bloque de

La legislación visigótica y la legislación de Alfonso X el Sabio son los dos momentos típicos de oposición entre ley y derecho vivido. Nuestra disciplina se ha formado sobre ese supuesto. Martínez Marina y Ficker coinciden en la afirmación de que la legislación alfonsina es una «suplantación del derecho nacional». Aun admitiendo que ambas obras legislativas respondieran sólo a aspiraciones teóricas del legislador, en desacuerdo con las exigencias sociales, lo que ya es bastante inseguro, esas aspiraciones se han convertido en positiva historia del derecho; en cuanto reales y efectivas formulaciones jurídicas tienen una existencia histórico-jurídica ⁹⁰.

las Fuentes el principio del Derecho realmente practicado. Pero hay una significación más exacta del mismo término, en la que las consecuencias son sobremanera fecundas; ahora bien, no se trata de oponerse a las fuentes, sino de profundizar en ellas. Se pregunta por el ámbito espacial, temporal y objetivo de su aplicación. Y a estas preguntas es mucho lo que las propias fuentes pueden contestar. En la sucesión histórica se presentan por ejemplo para el Derecho castellano, los fueros municipales, el Fuero Real y las Partidas. Respecto a estos dos últimos momentos, el «derecho realmente vivido» se alza amenazador. Pero en las fórmulas de promulgación y concesión, en las cláusulas derogatorias, en el orden de prelación de fuentes, en la legislación complementaria, se encuentran datos suficientes para precisar el grado de aplicación de aquellas fuentes! Que el Fuero Real se concedió a ciertos lugares con ciertas alteraciones que adaptaban su contenido al fuero viejo de los mismos; que aquella concesión siguió frecuentemente la confirmación del fuero antiguo; que tanto el Fuero Real como las Partidas extendieron su vigencia mediante la promulgación aislada de sus disposiciones y la jurisprudencia de los tribunales regios, que el Derecho local y el territorial luchan por la supremacía, son cuestiones que en el estudio de las fuentes pueden encontrar mucha luz, son hechos absolutamente normales en la historia de las fuentes, que pueden ser desentrañadas sin apartarse de su disciplina. (Ésta incluye, claro estaba o debería estar, las fuentes indirectas y accesorias, mismo día).

90 1947: Nota: Es exagerada la afirmación germanista de que el derecho legislado por Alfonso el Sabio era una «suplantación del derecho nacional» (FICKER, *Sobre el íntimo parentesco*, p. 9). Como dice MENÉNDEZ PIDAL (*Introducción a la Historia de España dirigida por él*): «también la superestructura es España». (La defensa del «derecho nacional», por MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*, passim y especialmente, cap. VIII [ed. BAE, pp. 199-200]). La legislación visigoda, la legislación alfonsina han podido ser meramente aspiraciones teóricas del legislador en desacuerdo con las exigencias sociales, lo que ya es bastante discutible; pero nadie negará que esas aspiraciones se hicieron consistente historia del Derecho; y aunque así no fuera, lo que se puede preguntar es si aún, en cuanto tales reales y efectivas formulaciones

Bader ha señalado esta oposición: el jurista, incluso desde el punto de vista histórico, mira siempre al deber ser; el historiador al haber

jurídicas, tienen algún rango en la historia de las mismas. Cuando el historiador del arte se detiene en el *Cuadro de las lanzas* no se pregunta si los contemporáneos de su pintura se persuadieron de los valores que en él yacían. Pues al historiador del derecho le es indiferente que los súbditos visigodos no apreciaran —lo que es improbable— la transacción en el Derecho sucesorio que significa la mejora. Esto es el problema de la *vigencia*, que también debe quedar aclarado en el marco de las investigaciones histórico-jurídicas, pero que no constituye su tema central, tal como sí entendemos que lo es el desenvolvimiento de las formas jurídicas. Nota añadida en 1949: GARCÍA GALLO estudia en todas las épocas la Interpretación y del Derecho, distinción metodológica al proceso de formación que nos parece plenamente aceptable. En efecto, se puede ver en los §§ 18, 91, 49, 62, 78, 95, 112, del *Curso* de 1946, esa constante rúbrica «interpretación y aplicación del derecho», excepto en el derecho primitivo (§ 7), donde miro la rúbrica «fuentes de conocimiento», distinción que yo tomé de don Galo y pretendí llevar a todas las lecciones (vid. supra, n. 74). No comprendo el motivo de tal plenitud en la aceptación de aquella rúbrica que por una parte comprendía la descripción de las colecciones de documentos y de la literatura jurídica, y por otra entraba en tópicos de la historia interna del derecho, como sus lagunas y el derecho supletorio, o bien habían sido tenidos en cuenta al describir las fuentes. Pero escrito está, en el ejemplar mío de 1947, dado que, como saben, el del 49 está perdido, para mí, muy sensible. Observo que en el novedoso *Manual* de 1959 (res. por. J. MARTÍNEZ GIJÓN en AHDE 32, 1962, 581-594) son objeto de un amplio desarrollo los tópicos afines, así como todos los de una *Metodología histórico-jurídica*, ya en el tomo I, y no sólo en la guía práctica así denominada, «metodología» del II volumen. Baste la remisión a una obra tan importante, en su conjunto, sin que sea necesario puntualizar en cada caso las coincidencias o posibles discrepancias, que por mi parte serían casuales e inconscientes, porque admirándola y habiendo recomendado su atenta lectura a principiantes de nuestra asignatura, por mi parte no he sido capaz de practicarla de un modo continuo y acabado, mientras quedan Partidas sin leer. Lo mismo digo al lector de estas notas. Por abreviar estaba decidido a borrar esa extraña alusión al *Cuadro de las Lanzas* que juraría, pero al fin me detiene, por una parte, la coincidencia de que se esté celebrando en Madrid la exposición de Velázquez-todo, y por otra el recuerdo casual de un estudio sobre «La rendición de Breda en la literatura española», por el holandés S. A. VOSTERS, en CHE 41-42 (1965) 225-298. Pues bien, la conclusión de tan denso trabajo es que el Cuadro de las Lanzas no responde exactamente a los hechos *realmente vividos*, no es un reflejo de la realidad histórica; pero se ha intentado deducir de dicho cuadro un carácter nacional y una superioridad moral sobre otras naciones, cuando en realidad (literaria) se trata de un tópico universal, de origen helenístico y griego, siendo la generosidad de Alejandro el modelo. Pues lo mismo el derecho: ni español ni vivido, o por lo menos no eso lo que interesa. Simplemente, derecho.

sido ⁹¹. El jurista, incluso en lo arbitrario, en el abuso, busca lo que hay de ordenado y normativo, con el peligro de falsear la realidad. Por este motivo, la historia de las fuentes habría sido siempre el campo propio del historiador del derecho jurista. Esta predilección por las fuentes jurídicas puras, que en los párrafos anteriores se ha manifestado, descansaba en la convicción de que éstas y solamente éstas pueden esclarecer el mundo del derecho. A esta convicción común, Bader, sobre la base de una inmediata experiencia, opone que en los últimos decenios se ha hecho muchas veces patente que aquello que se presentaba como ley y norma, y como tal era aceptado, se encontraba en oposición al «orden del ser». La dificultad es cierta, y como ocurre siempre la experiencia actual plantea problemas al historiador. La señalada por Bader ha obligado al historiador del derecho de nuestro tiempo a plantearse el problema del derecho natural.

42. La costumbre ⁹²

A) DERECHO ROMANO

La investigación española ha arrojado luz sobre el problema generalmente confuso del derecho consuetudinario, en el derecho romano

91 *Aufgaben und Methoden*, cit. supra en n. 70. Lo siguiente, añadido en 1964, está escrito bajo la impresión de esta conferencia, cit. en *Actas del I. Symposium de Historia de la Administración*, IEA, Madrid 1970, p. 258, y cuya lectura y traducción aconsejo. También Heinrich MITTEIS, a otro efecto, ha señalado la distinta actitud radical, ante los mismos hechos o textos, del historiador y el jurista (cuya diferencia, según algunos autores, debe ser demostrada), en su *Königswahlrecht* (1950); mi res. en AHDE 21-22 (1951-52) 1338-1341.

92 Al reelaborar esta Memoria en 1964, el párrafo relativo a La Costumbre quedó en blanco, pero poco antes había redactado la voz: CONSUECUDINARIO (Derecho) para la *Enciclopedia de la Cultura Española*, Editorial Nacional II, Madrid 1963, 475-477, que puede suplir aquella omisión. Conservaré en nota el texto de 1947, cuyo es el objeto de esta publicación. En «Costumbre a partir de las Partidas», RFDUCMadrid, n. monográfico 9 (1985) 35-67; hasta el Código Civil. Bibl. Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Fuentes del Derecho Civil Español*, Madrid 1922; A. d'ORS, «Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en

y en el derecho moderno. Por lo que se refiere al primero ha puesto de relieve cómo las XII Tablas recogieron fundamentalmente antiguas costumbres (*mores maiorum*). En Roma fue siempre la ley no un instru-

Roma», en RGLJ 179 (1946) 499-511; el mismo, «Para una interpretación realista del art. sexto del Código Civil español», en sus *Papeles del Oficio Universitario*, Rialp, Madrid 1961, pp. 264-277. Joaquín COSTA y otros, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, I-II, Barcelona 1880, 1902; Mariano RUIZ-FUNES, *Derecho Consuetudinario y EP de la provincia de Murcia*, Madrid 1916; reproducido con prólogo de Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES, Murcia, Academia, 1983. Presentado este libro en la VI.ª Semana de HDE (abril 1983), donde se volvió sobre el tema del Derecho Consuetudinario, el alumno de la UNED Horst Lange Tschierschke envió una comunicación sobre Ibiza y Formentera (correo académico 25.IV.83); como en el subsiguiente Simposio de HD e Instituciones de La Mancha, mayo 1984, se estudiaron los títulos de J. A. LÓPEZ DE LA OSA sobre La Mancha, objeto de reedición por M. CORCHADO.

1947: *Los textos del Derecho Consuetudinario*. La costumbre, por el contrario, se halla en perfecta armonía con la ortodoxia historicista. Pero la costumbre no es fuente de la Historia del Derecho, sino en cuanto ha sido fijada por escrito. Por valiosa que sea la substancia consuetudinaria del Derecho histórico, no puede ser ella mismo fuente histórica, sino que tiene que ser conocida mediante las fuentes. La fuente directa de la historia del derecho consuetudinario son las redacciones de éste, y en cuanto tales se encuentran sometidas a iguales condicionalismos que los textos legales, y aún más. Pues el texto legal es la expresión directa de la ley; mientras que el texto consuetudinario capta la costumbre mediamente a través de su redactor. La génesis de estas normas es lenta, y el texto recoge un momento determinado de la misma (a menos que en el mismo se haga una historia que debe ser sometida a la crítica propia de la historiografía jurídica), pero no el anterior ni el subsiguiente. Ante los textos del Derecho consuetudinario se alza también la interrogante del Derecho realmente vivido. Lo que respecto a la ley hemos indicado cabe trasladarlo aquí; las fuentes son el medio de conocimiento, y cuanto éste se logra más extenso y profundo, surge ante nosotros, no la vida real del derecho, que eso es imposible, sino su imagen histórica, lo más que se puede aspirar acerca del pasado.

La índole formal de las fuentes relativas a la ley y a la costumbre es idéntica, especialmente si en las segundas se comprende, con restricción, aquellas redacciones que han recibido confirmación oficial en cuanto tales costumbres, matiz que difícilmente se distingue de la confirmación que las convierte en leyes. Aun sin el requisito de ser confirmadas, el hecho mismo de la redacción de la norma consuetudinaria tiene carácter oficial, bien por el cargo que ocupa su redactor (como las primitivas colecciones de Observancias aragonesas) o por el encargo oficial que han recibido (como la encuesta sobre el Derecho vizcaíno verificada en 1452, antes de recibir confirmación regia). Existen también redacciones puramente privadas que deberían incluirse por su forma en la literatura jurídica, pero «exigen por sus caracteres peculiares que se las estudie entre las fuentes directas; aunque claro está que en

mento de innovación, sino, ante todo, de confirmación y defensa de las costumbres. El *ius*, expresión primera de las costumbres, no puede ser alterado por la *lex*. Al contrario, las leyes se apoyan en una vieja tradición contra abusos recientes. La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pues no puede concebirse ignorancia de las costumbres de los propios antepasados. Se explica así la inderogabilidad de la ley. La *rogatio* de las leyes es la voz de la tradición, no una voluntad arbitraria. El edicto del pretor respondía a una tradición consuetudinaria; sus mismas novedades arrancaban de la práctica judicial. La tarea de los jurisconsultos, incluso en la etapa de mayor originalidad creadora, está dominada por la continuidad de escuela y la fidelidad a las *mores*. Las constituciones imperiales se fundan en la doble actividad de los magistrados y de los jurisconsultos. Esta plenitud de la *consuetudo*, es decir, aquella parte de las *mores* que alcanzan fuerza de derecho, es la razón de que la costumbre no aparezca como una fuente particular y distinta. La *consuetudo* que no se formulaba jurídicamente no era exactamente *ius*, pero se tenía *pro iure*. Cuando se perdieron todas las formas tradicionales de formular derecho, absorbidas por la voluntad falsamente teocrática, simplemente burocrática del emperador, esta voluntad absolutista tuvo que enfrentar los usos y las costumbres locales; al principio los dominó, pero usos y costumbres terminaron por prevalecer. La visión griega del *nomos engrafos* y *nomos agrafos* penetró en los textos romanos, como *ius scriptum* y *ius non scriptum*; en consecuencia, al considerarse a la costumbre como *ius* se la tuvo *pro lege* (Álvaro d'Ors).

tales redacciones faltas de valor oficial, la prueba de la existencia u observancia de los preceptos que contienen, ha de exigirse en cada caso» (Galo Sánchez).

No aludimos aquí a la costumbre viva y actual como fuente histórica, por considerar que su inclusión debe hacerse en el término más general de «medios de conocimiento».

John GILISSEN, *La Coutume*, en *Typologie des Sources du Moyen Âge Occidental*. dir. GENICOT, 41, Brepol, Bélgica, 1982. Mi res. en RFDUCMadrid 71 (1984) 503-506. Otros números, dedicados a diversas fuentes jurídicas.

B) DERECHO VISIGÓTICO

Interpretatio visigótica a una constitución imperial (*Lex Romana Visigothorum*, V, 12, 1): *Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servetur*. San Isidoro (*Etimologías*, 5, 3): todo el derecho consta de leyes y costumbres; la costumbre es ley no escrita, probada por su antigüedad; es derecho o falta de ley, pues no importa que esté escrita, sino que se funde en la razón. Por otra parte, requisito de la ley es que sea *secundum consuetudinem civitatis*. La ley visigótica, para exigir la igual edad de los cónyuges, alude a las *mores* (III, 1, 4). El legislador visigótico, por el mismo agotamiento de una cultura que en su obra encuentra la fase terminal, ha extremado el absolutismo de la ley. Desconoce la *consuetudo* jurídica: *Lex Vis; II, 1, 13. Nullus iudex causam audire presumat que in legibus non continetur*. Conoce, al contrario, la *consuetudo turpis, fornicandi* (III, 4, 17), *male usitata, execrabile morum pravitate* (III, 5, 4), *inonestis moribus* (III, 5, 7), *pravis hac malignis* (II, 5, 8). Bajo el influjo católico pone el matrimonio de acuerdo con las *honestas mores iuxta morem canonum*, las *castis moribus* (III, 5, 2); ordena la vida de los judíos conforme a la *honestas christianorum consuetudo* (Ervigio, XII, 3, 6.7.14.18), reprime sus *ritu traditionis et usuati consuetudine moris* (XII, 2, 8). La concepción visigótica no mira en las costumbres el fundamento de las leyes, sino al contrario: *ex dispositione legum (obortur) institutio morum*; esto explica el legislador moralizante y retórico. Se admite todavía la costumbre local agraria. Fórmula visigótica 36: *praestatione vel exenia, ut colonis est consuetudo. Lex Vis; VIII, 5, 1; porcos suos in silvam... et decimum iuxta consuetudinem solvat; IX, 2, 6: annonae eorum iuxta consuetudinem... annonas consuetas*. En las relaciones agrarias con equivalentes la *consuetudo* y la *promissio* (X, 1, 19).

C) DERECHO MEDIEVAL

El derecho medieval de la Reconquista consagra la costumbre como fuente primordial del derecho, en franca ruptura con el orden legal visigótico, en cuya misma época, según una tesis generalmente admitida, ya el derecho consuetudinario habría vivido en tensión con el derecho legis-

lado. La costumbre domina ahora, incluso en los territorios que reconocen la vigencia de la Ley Visigótica, como León y Cataluña; plenamente, en aquellos otros, como Castilla, Navarra y Aragón, que desconocen la Ley. Tanto los monumentos del derecho territorial como los del derecho municipal, en aquella parte que no obedece a la tradición literaria del derecho visigótico y romano, recogen el derecho consuetudinario. Los jueces de Compostela, por ejemplo, juraban observar las *bonas consuetudines civitatis*. Costumbres viene a ser equivalente del Fuero. Función del rey en el campo del derecho es *bonos mores reducere*. La concesión del fuero de una localidad a otra motiva la redacción del mismo; se había practicado en la localidad de origen sin esa fijación que a veces le resta elasticidad. En Castilla el derecho consuetudinario se ha puesto por escrito tardía y parcialmente. A partir de Alfonso X se impuso en la Corona unida la concepción legal visigótica. El Fuero Real está destinado a sustituir los «usos desaguisados sin derecho». Momentáneamente triunfaron los derechos locales, de base consuetudinaria, pero aquella concepción estaba llamada a triunfar de acuerdo con la evolución del sistema procesal, ya que el texto escrito y confirmado por el rey no requería prueba especial, pero sí la simple costumbre. Por este motivo, en el siglo XIV los fueros se reducen a escritura y son sometidos a la aprobación regia. El Ordenamiento de Alcalá (1348) reconoce como fuente del derecho, en segundo lugar, tras las leyes del propio Ordenamiento, el fuero local «en aquellas cosas que se usaron»; en cuanto a los rieptos, confirma la costumbre. Las Partidas habían recogido la doctrina común acerca de la costumbre: a falta de ley, para interpretar la ley, y «otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas».

D) DERECHO MODERNO

Esta doctrina tuvo vigor en Castilla, cuando la ley de Toro 1.^a ordenó que se cumplan las leyes «no embargante se diga y alegue que no son usadas y guardadas». Felipe V, en 1714 (Novísima, III, 2, 11), ordenó que se observasen literalmente todas las leyes del reino no derogadas expresamente, sin admitir la excusa de que no están en uso. Mujal y Gisbert publica en Cervera (1774) un *Tratado de la observancia que se debe a*

las leyes, contra el dominante «error» contrario. En efecto, la doctrina entendía que semejantes leyes no afectaban a las costumbres legítimas, sino al simple desuso y a la desobediencia de la ley; sutil distinción. Así, Sala, *Ilustración del derecho real en España*, 4.ª ed. 1834, t. 1, pp. 6-7: «Hay costumbre fuera de la ley, contra ley y según ley»; este autor señala que Novísima Recopilación, VII, 4 (elección de oficios municipales), «manifiesta la benigna voluntad con que desea y manda el rey que se guarden a los pueblos sus usos y costumbres». Frente a la concepción tradicional, el proyecto de Código Civil de 1851 (art. 1.922) derogaba todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación del Código, en las materias objeto del mismo. Pero las costumbres impidieron que ese proyecto alcanzase vigor, pues tenían un profundo arraigo en los territorios de derecho foral.

E) DERECHO FORAL

En Cataluña, el *usatje* 139 recogía la doctrina de San Isidoro. El derecho municipal la pone en primer término. Lérida: «iste ordo servatur, quia consuetudines nostras scriptas et non scriptas preferimus et utimur». El derecho municipal recibe allí el nombre de *costum*, a falta de la prevención legalista contraria que favoreció la decadencia de ese nombre en Castilla. Autores como Tomás de Mieres y Oliva sostiene la absoluta preferencia de la costumbre respecto a la ley. El primero aconseja al juez que en el fuero secular de Cataluña primero se atienda al privilegio local; a falta de éste, a la *consuetudo*, especial y general: «omnes consuetudines sunt per ipsas constitutiones confirmatas». Según Marquilles, la ley y el estatuto podían ser abrogados por la costumbre ulterior. Así, Socarrats dio por suspenso el *usatje* 156 *Omnes causae*, «quia dicta consuetudo... tollit dictum usaticum». Peguera: «Consuetudo rationalis contra ius positivum inducta tenet et est servata». Se abrió camino la idea de que siendo paccionado el derecho catalán no cabía derogar las constituciones generales, hechas de acuerdo entre las Cortes y el príncipe, solamente por la costumbre del pueblo, a menos que ésta fuera general, en cuyo caso se la suponía conocida y permitida por el príncipe. Una referencia debe hacerse a los «malos usos» consolidados con los caracteres formales del derecho,

pero contrarios a la conciencia moral del pueblo: unos legales, como la intestia, exorquia, cugucia y remensa; otros consuetudinarios: arcia y firma de spoli; todos admitidos por los tribunales y los tratadistas; frente a los cuales un incesante movimiento liberatorio conduce a la sentencia arbitral de 1486, que los deroga. En Aragón consta el origen consuetudinario del derecho de Jaca. Sobre su texto oficial de 1064 se crean buenas costumbres que, según un documento de 1187, castellanos y navarros y de otras tierras iban allí a aprender para llevarlos a sus tierras. Martín Díaz de Aux (siglo XV) se limita a recoger las observancias más frecuentes, «cum non possent omnia quae usu et consuetudine Regni predicti in pertractandi et decidendi causis habentur et observantur, grandi etiam volumine contineri».

F) CODIFICACIÓN

La resistencia opuesta principalmente por Cataluña y Aragón ante la codificación, dio lugar a que el Código Civil de 1889 adoptase sobre el tema del derecho consuetudinario una actitud moderada y, por tanto, confusa. En efecto, su artículo 6.º dice separándose de su modelo francés, que cuando el Tribunal no encuentra ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar. Ahí alcanzaba una enfática expresión la retórica imagen de que la costumbre está para suplir a la ley, como si no fuera mucho más fácil tener buenas leyes que tener buenas costumbres. Una aguda crítica ha señalado que, prescrita en el artículo 5.º del Código la costumbre *contra legem* (que es la verdadera costumbre, contra la que no valen leyes), derogados en el artículo 1.976 los usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este código, y tratada separadamente, en el artículo 12, la costumbre de los territorios forales, mientras el amplio campo de los usos contractuales está regulado en los artículos 1.258 y 1.287, la referencia a la costumbre en el artículo 6 del Código Civil «es un puro flato de la voz». «La interpolación introducida sobre el modelo napoleónico, como contradictoria con el espíritu legalista que inspiró aquel artículo, se reduce a una manifestación de ciertas reservas mentales del legislador español, pero sin ninguna eficacia real» (Ors). En definitiva,

habrá de acudir a la doctrina tradicional sobre la costumbre legítima *contra legem*, que nada tiene de arbitraria. En cuanto al territorio del Código, los civilistas, apoyándose en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de junio de 1899, 8 de noviembre de 1911 y 30 de abril de 1928), sostienen que la costumbre, para que el juez la estime, debe ser debidamente justificada, lo que implica considerarla como un hecho a los efectos procesales. Distinto fue para los territorios del derecho foral. En Baleares debía regir el Código en cuanto no se opusiera a las consuetudinarias vigentes. El mismo precepto comprendía en Aragón, en cuyo orden de prelación el derecho consuetudinario seguía al escrito, antes del Código Civil, y con preferencia de las costumbres locales a las comarcales y de éstas a las territoriales. También para Navarra se admitió la costumbre incluso contra ley. En cuanto a Vizcaya, unos autores admitían sólo la costumbre vigente al tiempo de promulgarse el Código y otros lo excluían totalmente; regateo que ha perdido sentido ante una consideración más elevada del tema. En Cataluña regía, tras su derecho escrito, la costumbre general con los requisitos de *rationabilis, legitima, praescripta, repetita y probata*; términos todos de la cultura del derecho común, a pesar del tono particularista y pintoresco que el fin del siglo dio a todo lo regional. En la vigente compilación de 1960 sus preceptos se interpretarán conforme a la «tradición Catalana», encarnada en sus leyes, costumbres y doctrina, y, además, se confirman los derechos consuetudinarios de Barcelona, Pallars Sobirà, Conca de Tremp y otros lugares. Pero esta consideración queda superada por el planteamiento de la costumbre en la ciencia del derecho.

G) LIBROS DE DERECHO CONSUECUDINARIO

A fines del siglo XIX recibió un gran impulso el estudio del derecho consuetudinario y la economía popular. Influyó la obra de Summer Maine sobre el antiguo derecho y la costumbre primitiva. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas convocó un concurso para fomentar estos estudios mediante la concesión de premios a monografías sobre costumbres locales de carácter jurídico y económico. En la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (desde 1890) se publican monografías

que versan sobre régimen de plantaciones y cultivos, asociaciones para el trabajo, aprovechamientos de bienes públicos y comunales, el espigueo, formas de beneficencia, ayuda mutua de los campesinos y pescadores. Regiones como la Mancha y la Rioja dieron a conocer entonces su peculiaridad cultural, junto a las que por razones políticas se habían definido ya de antiguo (Cataluña, Valencia, Vascongadas). Estos estudios reflejan una notable armonía en el trabajo colectivo, sin pérdida de la personalidad. La figura dirigente de estos trabajos fue Joaquín Costa, a quien se deben dos volúmenes de *Derecho consuetudinario*, en colaboración con otros autores. Autores que luego cobraron propio relieve por su obra en la literatura, la política o el derecho, participaron en esta empresa. Por ejemplo, al joven Unamuno se debe la monografía sobre aprovechamientos comunes, «lorra» y seguro mutuo para el ganado en las Vascongadas (vol. II, 36 y ss.). Joaquín Costa, en el *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1880), exaltó la «muestra viviente de la jurisprudencia consuetudinaria», sobre la contradicción entre ley y costumbre, con su característico temperamento: «no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho; no es el pueblo el que desobedece al legislador, sino el legislador el que desobedece al pueblo, único soberano» (*El problema de la ignorancia del derecho*, p. 60, donde ha intuido fuertemente algo que la visión clásica del problema explica). Clemente de Diego decía que la costumbre es uno de los más oscuros e intrincados problemas de la ciencia del derecho; siguiendo a Schuppe (1891) se planteaba por un difícil camino gnoseológico la misma existencia de tal derecho; con Gierke sostenía que siendo ésta la forma originaria y primaria del derecho, la cuestión de su validez se confunde con la del derecho en general. Para De Diego, el derecho común, erróneamente, había situado la costumbre jurídica al lado de la ley; para aclarar la teoría de la costumbre se había interrogado a la ley y no a la costumbre misma. Federico de Castro, señala cuanto hay de oscuro y contradictorio en la doctrina del derecho consuetudinario y las finalidades políticas contra la ley y la autoridad que laten bajo sedicentes aserciones científicas, así como la desfiguración sentimental que en nombre de la espontánea costumbre se impone a la norma jurídica, y propone reducir a los límites de ésta la costumbre, sin confundirla más con la realidad de la vida social, que es distinta del derecho. Pero ha llegado ya el tiempo en que ni en

la ley ni en la costumbre se adorará más el Derecho, sino en el Juicio, respecto al cual la debida posición de aquéllas está indicada por la cultura jurídica clásica, mencionada al principio.

43. La jurisprudencia judicial (1947)

Se hace con ella un apartado distinto de los documentos de aplicación, en cuanto ha sido en algunas etapas históricas acto de creación del derecho. El juez que carece de norma jurídica concreta para un determinado supuesto, crea en el mismo acto de dar la sentencia una norma que ha de aplicarse en sucesivo⁹³. Estas sentencias van despojándose de sus caracteres accidentales hasta convertirse en una prescripción abstracta.

Otras veces se insiste en que perdura la elevada autoridad del juez que la dio. Así en las Leyes del Estilo. Los fueros municipales castellanos suelen contener la disposición de que el juez falla conforme a su arbitrio cuando no existe norma⁹⁴, pero en estos códigos la jurisprudencia es una forma residual, si se compara con una etapa anterior en que las disposiciones normativas son muy escasas.

93 A. GARCÍA GALLO, «Una colección de fazañas castellanas del siglo XII», en AHDE 11 (1934) 522-531: «fazaña, en sentido jurídico, es tanto la decisión judicial como la aplicación, judicial o no, del fuero, privilegio o costumbre». Juan GARCÍA GONZÁLEZ, «Notas sobre fazañas», Ib. 33 (1963) 609-624.

94 *Fuero de Uclés*, 119: «Istos nostros alcaldes iudicent per ista carta; assi los iudicios que sunt scriptos, assi los que non potuere scribere secundum lur arbitrium iudicent iudicium rectum et finiat iudicium» (ed. F. FITA, en BRAH 14, 1889, 302-355. *Fuero de Guadalajara*, 95: «E lo que no está en esta carta sea en albedrío de buenos hombres» (ed. H. KENISTON, 1924, p. 15). *Fuero de Molina de Aragón*: «Quien se allamare a la carta sea judgado por la carta, judguen aquello los alcaldes con arbitrio de omnes buenos del concejo» (ed. Sancho Izquierdo, 1916, p. 113). *Fuero de Salamanca*, 131: «Et nuestros alcaldes iulgen lo que iace en la carta, e aquello que non ioguer en la carta iulguen derecho a su saber» (ed. ONÍS, *Fueros Leoneses*, 1916). *Fuero de Soria*, 50: «Y si acaeciére pleito que por este fuero no se pueda librar, que lo muestre el juez o el alcalde al concejo, y según que lo hallaren cuatro caballeros por concejo, háganlo escribir así como mejor usado fue y júzguenlo así y pónganlo en el fuero por mandato del concejo» (cfr. ed. de Galo SÁNCHEZ, *Fueros castellanos*, 1916, p. 21).

La tendencia centralizadora del derecho regio, por el contrario, trata de evitar este modo de creación de normas; en los siglos XII y XIII la fazaña deja progresivamente de crear derecho, y se fija un procedimiento para llenar legislativamente las lagunas de aquél⁹⁵; y al mismo tiempo en Castilla, «la raza de los jueces creadores del Derecho se había extinguido o estaba en sus postrimerías»⁹⁶.

Al crecimiento de atribuciones y de importancia a ciertos funcionarios y organismos judiciales corresponde el que sus decisiones tengan valor creador de derecho. Así, lo ganan las sentencias de Justicia de Aragón y a partir el siglo XV las del *Senatus Cathaloniae*.

Bajo el concepto de jurisprudencia deben incluirse las sentencias dictadas por los soberanos, en las que se ha resuelto una oposición de pretensiones jurídicas, que tienen el carácter de pleito histórico. Ejemplo típico de ellas es la sentencia arbitral dictada por Fernando el Católico en 1485 sobre la payesía de remensa⁹⁷; consiste en una fuente directa, puesto que en ella se ha fijado las normas jurídicas relativas a la condición de

95 Así Alfonso X en Fuero Real, I, 7, 1: «si pleito acaesciere que por este libro no se pueda determinar, envienlo a decir al Rey, que les dé sobre aquello ley porque judguen e la ley que el rey les diere, métanla en este libro» (ed. La Publicidad I, p. 358 a). En éste como en otros puntos el Fuero Real reproduce la ley visigótica II, 1, 13 (ed. ZEUMER, p. 60). *Fuero de Palencia*, 1256: «las otras cosas que acaescieren la çibdad de Palencia que no sean aquí escriptas, que se judguen por las leyes de nuestro libro que les damos escripto» (ed. Carmen CAAMAÑO, AHDE 11, 1934, p. 520). Asimismo, el Fuero de Lorca. Con título resueltamente inexacto, la tercera de las lecciones mencionadas en esta memoria, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 6, Cáceres 1988, nota 178, trataba de la «tradición estatal y autoritaria», es decir, del predominio de la ley, desde el «estado » tartesio hasta la codificación en el siglo XIX, no como carácter de ciertas épocas, sino como constante que las atraviesa.

96 Fray José LÓPEZ ORTIZ, «La colección conocida con el título de *Leyes Nuevas*», AHDE 16 (1945) 5-70; p. 6.

97 HINOJOSA, *Régimen señorial*, pp. 311-318 (*Obras II*, 280-285). José MORENO CASADO, «Fernando el Católico, árbitro y soberano en el problema de los payeses de remensa en Cataluña», *Archivo de Derecho Público* 5 (1952) 99-118. E. SERRA RAFOLS, «Documents reials (1481-1485) sobre el plet de les Remençes», en *Homenaje a Vicens Vives II* (1967) 667-672; allí, una constitución revocatoria de la *sentencia* de Alfonso V el Magnánimo, que según esto no dio una ley en 1455, como digo en mi HGDE, 1968 (aunque impresa esta parte mucho antes), e inoportuno el pequeño viaje que a la ley se despacha en el lugar.

las personas. La sentencia arbitral dada por el Obispo de Lérida en Flix, 1241, sobre las relaciones entre la ciudad de Tortosa y su señoría, ha creado derecho como el orden de prelación de fuentes para aquella localidad ⁹⁸.

La sentencia judicial puede no sólo aplicar, sino fijar el Derecho consuetudinario, y en este caso también debe ser considerada como fuente directa ⁹⁹. Fenómeno como la recepción del Derecho romano puede verificarse, no a través de las leyes, sino por la jurisprudencia, por ejemplo cuando los juristas son jueces o consejeros en la curia: abogados, notarios ¹⁰⁰.

Análoga posición a la jurisprudencia —en relación de las normas jurídicas— tiene el contrato. Así, las concordias de las autoridades eclesiásticas con los soberanos catalanes. En la misma cuestión social antes aludida, conocemos los capítulos de un proyecto de concordia entre payeses y señores ¹⁰¹ no llevado a la práctica. Las constituciones de paz y tregua

⁹⁸ OLIVER, *Código de las Costumbres de Tortosa*, t. IV, p. 491. *Consuetudines Dertosaae*. Libre de les costums de Tortosa, facsímil del ms. de 1272, con motivo del VII Centenario, con preliminar de Jesús Massip, director del Archivo de la Ciudad, Instituto de Estudios Tarraconenses, Barcelona 1972. José M.^a FONT RÍUS, «Le procés de formació de Les Costums de Tortosa», Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, *Revista Jurídica de Cataluña* 1, enero-marzo de 1973, pp. 155-178; res. en mi correo académico 17.VI.73). *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa, Centro de la UNED, con aportaciones de: Beneyto, Font Ríus, Massip, Iglesia Ferreirós, García y Sanz, Roca Trías, Arias Bonet y Cerdá Ruiz-Funes; con amplia bibl. acerca de la formación aludida.

⁹⁹ Ejemplo de cómo se fija una costumbre por sentencia judicial, en SERRANO Y SANZ, «Noticias y documentos de Ribagorza, CEH, Madrid 1912, p. 271, nota 2.

¹⁰⁰ Cfr. LACARRA, «Sobre la recepción del derecho romano en Navarra», en AHDE 11 (1934) 457-467 (transcribe documentos notariales entre 1212 y 1528 que contienen cláusulas jurídicas romanas y noticias sobre juristas en las curias episcopal y regia, contradiciendo así la negativa de Hinojosa. 9.II.90).

¹⁰¹ HINOJOSA, *Régimen señorial*, pp. 305-311, y apéndice XI (*Obras* II, 275-279 y 313-323). La distinción jurídica entre la concordia y la sentencia revela el calor que entonces se ponía en estas cuestiones conceptuales, cuyo interés tal vez ha decaído; repasar, como en un curso de doctorado tal vez podría hacerse, esta metodología anticuada y superada por más altas ambiciones, es uno de los motivos que llevan a esta publicación; consignar un pretérito. Se mantiene la rápida referencia bibliográfica que no toca al objeto sustancial de los estudios citados, sino a los aspectos metodológicos que entonces importaban. 9.II.90, Hungría reanuda

son también contratos, mediante los cuales se crean o se ponen en vigor ciertas normas jurídicas ¹⁰²; no son por lo tanto documentos de aplicación, sino de creación de derecho, fuentes directas.

43 bis. La jurisprudencia judicial (1964)

La visión normativista de la historia del derecho debe reconocer que la jurisprudencia judicial es en algunas etapas históricas fuente creadora del derecho. El juez que carece de norma jurídica concreta para un determinado supuesto crea la norma en el mismo acto de dar la sentencia. Para una visión judicialista del derecho, en cambio, la sentencia es el modo radical de crearse el derecho ¹⁰³. En la legislación visigótica aparece negado el arbitrio judicial; para el caso en que el juez no encuentre ley aplicable en el libro regio deberá dirigirse al propio rey, quien resolverá el caso, y mandará incorporar al código el precepto legal correspondiente ¹⁰⁴. Este precepto guarda un evidente paralelismo con el carácter

las relaciones diplomáticas con la Santa Sede, cardenal Mindszenty, sus *Memorias*, un libro sobre el Antiderecho.

102 En mi tesis doctoral he intentado precisar la distinción entre el contrato de paz que crea una situación entre partes y la constitución de paz que, contractual también, crea un orden objetivo, general. Hoy me resulta extraña esta preocupación por la índole formal de las fuentes que responde a una ambiental aspiración a crear una dogmática histórico-jurídica, que ha cedido ante la tranquila observación del pasado en los textos. En seguida otro enfoque de la jurisprudencia, correspondiente a quince años más tarde, puede quizá dar idea del cambio producido.

103 Vid. supra, nota 84.

104 Vid. supra, nota 95; la ley se mantiene en Fuero Real. *Lex Vis.* II, 1, 13: «*Nullus iudex causam audire presumat, que in legibus non continetur; sed comes civitatis vel iudex aut per executorem suum conspectui principis utrasque partes presentare procuret, quo facilius et res finem accipiat et potestatis discretione tractetur, qualiter exortum negotium legibus inseratur*» (ed. ZEUMER, p. 60). A. d'ORS, *El Código de Eurico*, p. 57, atribuye la ley a Leovigildo, por su estilo y por su contenido, pues a Eurico no corresponde la idea de un código legal y exclusivo. ZEUMER, (*Historia de la legislación visigótica*, esp. 1946, pp. 154-155) aparte de considerarle euriciana, por una lejana semejanza con un capítulo burgundio, advierte de la coincidencia con la concepción imperial tardía, lo que refuerza la hipótesis de

conservador e inmóvil de la legislación visigótica. Un contraste muy significativo ofrecen los dos primeros documentos legales de territorios de la Edad Media, que aparecen en serie con la ley visigótica y para suplir su insuficiencia: tanto el Fuero de León como los Usatjes de Barcelona tienen un origen judicial ¹⁰⁵. En algunas fuentes medievales es dado advertir el proceso evolutivo de estos preceptos de origen judicial: las sentencias van siendo despojadas de sus elementos accidentales para convertirse en una prescripción abstracta ¹⁰⁶.

El derecho castellano, en neta oposición a la legislación visigótica, presenta en la Península un ejemplo singular de creación judicial ¹⁰⁷. De esta tradición es una manifestación tardía el precepto de los fueros municipales castellanos, según el cual el juez debe fallar conforme a su arbi-

tratarse de una leovigildiana, y aporta el posible modelo de la ley: «*Quodcumque imperator... cognoscens decrevit... legem esse constat*» (D. I, 4, 1, 1); «*Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices... sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus*» (Cod. Ius. I, 1, 1, 12, pr.). El mismo autor señala como novedad el requisito de que el fallo regio se inserte entre las leyes, lo que también exigía la ley burgundia, y significa una reducción del orden jurídico a los límites del libro.

105 Respecto al Fuero de León, DIEZ CANSECO (AHDE 1, 1924, p. 338) intuyó ese origen judicial en un inspirado exordio que difundió y consolida el *Curso* de don Galo, pero en el exhaustivo estudio de este monumento por GARCÍA GALLO (Ib. 49, 1969, 5-171) sólo encuentro una genérica alusión (p. 63) a decisiones judiciales recogidas en otros documentos, y no precisamente en el Fuero de León; queda en pie, sin embargo, esa impresión de que detrás de todo fuero hay un tribunal al que alude ese nombre. En cambio, expresamente el usatje *cum dominus* (ed. ROVIRA, Barcino, p. 52) alude expresamente, con ref. a la ley visigótica, a que Ramón Berenguer juzgaba casos no previstos en aquélla, y a que esos juicios se convertían en leyes. El espléndido estudio de FONT RÍUS sobre «Poncio Bofill Marc» (*Homenaje a Merèa y Braga*, BFDUCoimbra, 58, 1982, 377-395) ilustra el evidente origen judicial de los Usatjes.

106 Galo SÁNCHEZ, en «El antiguo derecho territorial castellano», AHDE 7 (1929) 260-328, ha estudiado este proceso, con algunos relevantes ejemplos; p. 305, sentencia del Libro de los Fueros despojada de sus datos judiciales («esto fue juzgado en Burgos») y convertida en... norma por el Fuero Viejo de Castilla. También los *Fueros de la Novenera* ofrecen, juntas la formulación judicial y la legal de una misma figura de derecho, ej. 85 y 86, ésta a modo de «ejemplo» (ed. TILANDER, Upsala, 1951, p. 61, y mi «Derecho medieval de la Novenera», AHDE 21-22, 1951-52, 1169-1221; pp. 1173-75.

107 Vid. supra, nota 93.

trio, cuando falte norma en el fuero ¹⁰⁸. Pero ésta es una forma residual respecto a una etapa anterior en la que el derecho se manifiesta en forma no normativa. En los siglos XII y XIII la «fazaña» deja progresivamente de crear derecho; el poder regio asume la función creadora a través de la legislación y se fija un procedimiento para llenar legislativamente las lagunas del ordenamiento ¹⁰⁹. Al mismo tiempo, en Castilla, «la raza de los jueces creadores de derecho se había extinguido o estaba en sus postrimerías» ¹¹⁰. Ahora es la jurisprudencia del tribunal regio la que completa y continúa el ordenamiento legal, al tiempo que repone determinadas disposiciones de los fueros antiguos, que a través de la jurisprudencia obtienen un definitivo reconocimiento ¹¹¹. Al crecimiento de atribuciones de algunos funcionarios y organismos judiciales corresponde el que sus decisiones tengan un valor creador de derecho; de la jurisprudencia de las Justicias de Aragón proceden las Observancias del derecho aragonés; la del *Senatus Cathaloniae*, mediante la reelaboración de las *decisiones* es el centro activo del derecho catalán en la Edad Moderna ¹¹².

108 Vid. supra, nota 94.

109 Vid. supra, nota 95.

110 Vid. supra, nota 96.

111 Este acontecimiento histórico-jurídico se refleja en las «Leyes del Estilo», como ha puesto de relieve Joaquín Cerdá en su estudio sobre este libro (*sub voce*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona 1974, pp. 266-269, concretamente, los capítulos 43 y 125; en aquél «se indica como un orden de prelación fuentes... que se generalizaría más tarde en el Ord. de Alcalá».

112 Cfr. *Observancias del reino de Aragón de Jaime de Hospital*, introducción y texto crítico por G. Martínez Díez, S.J., Zaragoza, Caja de Ahorros, 1978; mi reseña en RFDUCMadrid 62 (1981); A. GARCÍA GALLO, «Sobre las observancias aragonesas de Jaime de Hospital», AHDE 48 (1978) 565-575; allí descalifica a «los manuales» que según él «siguen repitiendo las escasas e imprecisas referencias de Jiménez Cerdán» (p. 565). No siempre es así. El *Curso* de don Galo daba una precisa noticia (pp. 215-216, ed. 1930), a la que en un momento que no puedo precisar añadió esta observación que no procede de Cerdán: «No faltan en estas observancias (las de Martínez de Aux) influjos del derecho romano, como tampoco en las de Hospital...; se ha dicho que con la labor de Hospital el derecho aragonés se romaniza solapadamente». Ureña se había fijado sólo en la captación del derecho consuetudinario (pp. 33, 111), pero ya su discípulo Román RIAZA, en el *Manual*, con G. G., n. 408, en relación con las Observancias, indica: «El resultado fue la romanización progresiva del derecho aragonés». En mi ensayo de 1968 (HGDE, p. 85), conocedor de los trabajos de

Jurisprudencia creadora de derecho son las sentencias dictadas por los soberanos para resolver pretensiones jurídicas que tienen un carácter histórico. Ejemplo máximo es la sentencia arbitral dictada por Fernando el Católico en 1486 sobre la payesía de remensa en Cataluña ¹¹³. La sentencia arbitral del Obispo de Lérida, en 1241, entre la ciudad de Tortosa y su señoría, ha fijado el orden de prelación de fuentes ¹¹⁴. En la misma Corona de Aragón, carácter judicial tiene el procedimiento de funcionar las Cortes, y por vía judicial se ha resuelto la cuestión sucesoria del trono en el Compromiso de Caspe ¹¹⁵. Estos momentos, de diferente naturaleza, pero coincidentes en la nota judicial, obligan a reconsiderar la significación de esta fuente del derecho en general.

44. La literatura jurídica ¹¹⁶

No hemos de referirnos a ella en cuanto objeto de una disciplina particular e independiente de la Historia del Derecho, aunque en íntimo

G. G, sobre Hospital acudí a su *Curso* ⁴, 1949, p. 265) y a él le atribuyo, como es justo, lo nuevo y esencial: «Jaime Hospital... plantea *questiones iuris*, que resuelve con los fueros, observancias, costumbres y sentencias, aporta textos civiles y canónicos y de la literatura del derecho común».

¹¹³ Sobre *decisiones*, verificar este tópico en mi HGDE (1968), que se apoya en BROCA y en el manejo y lectura, superficiales, de algunas de estas obras. Vid. ahora: J. M. SCHOLZ, «Colecciones de Jurisprudencia y dictámenes», en el vol., con Antonio PÉREZ MARTÍN, «Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo régimen, Valencia, Universidad, 1978. (Traducción del *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 1973 ss., München, C. H. Beck'sche). Sobre esta obra en su conjunto, cfr. GARCÍA GALLO, AHDE 44 (1974) 752-764; 46 (1976) 737-748.

¹¹⁴ Vid. supra, nota 98.

¹¹⁵ El orden judicial de las Cortes en la Corona se advierte en la solución de agravios y en algunas formalidades de su reunión. Cfr. HGDE, sub voce; y «Las Cortes de Valencia», en mi Programa de la asignatura, Granada 1956. Sobre el Compromiso de Caspe. Manuel DUALDE SERRANO, «La concordia de Alcañiz», en AHDE 18 (1947) 259-340, y Ramón MENÉNDEZ PIDAL, Introducción al tomo XV, *Los Trastámaras*, de la *Historia de España*, dirigida por él mismo, Espasa-Calpe, Madrid 1964, CLXIV pp. (Autodeterminación, 1990).

¹¹⁶ La profunda reelaboración a que veo se vio sometido este apartado, me inclina a publicar íntegro el texto de 1947 y con número bis el de 1964. La diferencia empieza por

parentesco, que se examinará al tratar de las ciencias auxiliares. En este sentido su estructura científica es muy diferente, como corresponde a una historia literaria; incluso tomando como centro de referencia una obra que a ambas interesa, como son las Partidas, el historiador de la literatura jurídica observará en ellas la creación intelectual consistente en fusionar determinados elementos de cultura jurídica y general orientada hacia temas jurídicos; las Partidas son una pieza literaria. Mientras que el historiador del derecho contemplará en el mismo monumento la introducción de ciertas normas jurídicas, la reelaboración de otras, la instauración de un orden jurídico. Las Partidas son una fuente del Derecho. Ahora bien, si muchas de éstas son también fuentes literarias, se entiende en general por literatura jurídica la labor de los tratadistas en torno a las normas jurídicas positivas, y que consiste en su descripción, comentario o crítica, y en torno a aspectos filosóficos o prácticos del Derecho. No hay que olvidar que el jurista no siempre va a la zaga del Derecho vigente y que su labor tiene muchas veces la significación de «lege ferenda». Pero en la utilización de la literatura jurídica es preciso contrastar sus datos con el sistema elaborado a base de las fuentes directas, teniendo en cuenta

la rúbrica, correspondiente a una distinción ya debatida entre derecho, ahora *doctrina* y *texto* que la transmite (literatura jurídica). La consideración de ésta como una disciplina independiente del Derecho se reflejaba en el doble encargo de Espasa-Calpe para el volumen *España*, del que ahora aprendo por Laín Entralgo en la Tele que fue un proyecto luego abandonado, y que se refería a «Derecho» (cien holandesas, luego setenta) y «Ciencia Jurídica» (treinta holandesas), de lo que ya he explicado en el preliminar de mis *Elementos formativos del derecho en Europa, Germánico, Romano, Canónico*, Granada 1975; 2.^a ed., Madrid 1982, pp. XVII-XXIV, y en el de *Ciencia Jurídica Española*, Granada 1971, sumario de un curso, y 1983, pp. VII-XVI y 69-71, donde hay algunas observaciones generales; en el segundo advertirá el lector que prefiero el término *Literatura* en lugar de *Ciencia*; de sus páginas quiero destacar el estudio sobre «Letteratura giurídica», debido a Álvaro d'ORS, en *Introduzione allo studio della Cultura Classica*, Marzorati ed., II, Milán 1973, 117-145. Por mi parte en HGDE, 1968, incluí también y con relativa amplitud la literatura jurídica, y en *Elementos* la del derecho común italiano. Hay una cierta unidad que ha sido apreciada por el mismo d'ORS en sendas reseñas publicadas en *Atlántida. Revista del Pensamiento Actual* 31 (Madrid, enero-febrero 1968) 103-105, y en *Ius Canonicum* XXIII, 45 (Pamplona 1983) 468-469, y en su apreciación sobre CJE, 1983, p. VII (11.II.90. S. Castrense).

que no se trata de hacer una historia de las doctrinas jurídicas, sino de las normas.

Cuando en algún momento, como en los siglos XVI y XVII, sirve para fijar el derecho de algunos territorios, resolviendo las antinomias entre las antiguas fuentes y el derecho común, la literatura jurídica se eleva al rango de fuente directa, puesto que ha sido la creadora de la norma.

No dudamos de incluir entre los productos de la literatura, la Paremiología jurídica ¹¹⁷, sin perjuicio de señalar más adelante el amplio tena de las relaciones entre Folklore e Historia del Derecho. Claro es que se trata de literatura popular y anónima, pero literatura al fin, en la que se describe o comenta una norma jurídica, o se expresa una convicción de índole jurídica. El problema de su creación y transmisión es idéntico al de otras piezas de la literatura popular, como cuentos o consejas, y guarda con éstas la misma relación que el aforismo o la sentencia eruditos con las obras más extensas de esta misma índole.

Que existen refranes jurídicos, es indudable, pero acerca de su valoración como fuente pueden plantearse muchos problemas. Hay algunos en los que se expresa una norma jurídica; pongamos por ejemplo «en Castilla el caballo lleva su silla»; ¿pero quiere decir esto que en un determinado momento histórico ese refrán haya regido como norma jurídica, en que se haya apelado al refrán para sostener una pretensión? En este caso se trataría, formalmente, de una de esas «redacciones privadas» que recogiendo sin autoridad oficial el derecho vigente —legislado o consuetudinario— han sido utilizados ante los tribunales y en las relaciones particulares. La prueba de su efectiva vigencia habrá de exigirse, como se hace con aquellas redacciones. Pero asimismo hay otros refranes en

117 Véase TORRES LÓPEZ, *Lecciones I* ², 1935, pp. 60-61, 72-74; incluye los refranes entre las fuentes inmediatas, es decir, con la misma calificación que la literatura jurídica, y describe la tradición de la paremiología española, con los nombres de Ambrosio de Morales y Lucas Cortés; Costa, Vergara y Martín, así como la posición de la metodología moderna (Brunner e Hinojosa), y muestra ejemplos de refranes jurídicos y la distinción entre el refrán que da noticia de la norma y el que refleja una opinión popular. HINOJOSA, *Historia*, p. 11; STARBI, *Refranero general español*, Madrid 1974-79; HALLER, *Altspanischen Sprichtwörter*, Ratisbona 1883. Cfr. ECE V (1963) 43-45 (refraneros).

los que simplemente se recoge una apreciación popular —a veces no local ni nacional, sino universal— acerca del derecho, la administración de justicia o el régimen político; éste es el comentario, la crítica a la norma. Su contenido puede servir a la Historia de las doctrinas ¹¹⁸ y sólo a la del derecho en iguales condiciones que el resto de la literatura.

Respecto a una exactitud valiosa para el «Derecho realmente vivido» hemos de manifestar cierto excepticismo. La convicción que expresan puede haber «vivido realmente» y no haber alcanzado forma jurídica o haberla perdido ya cuando aún subsiste con valor de norma social (Stammler). El refrán «ni villana con hidalgo ni hidalga con villano» se sigue repitiendo después de la *Lex Canuleia*.

44 bis. La doctrina jurídica

La historia nacional del derecho se enfrenta inicialmente con un descenso doctrinal. Para sus épocas primitivas carece de sentido la pregunta abstracta acerca de una elaboración doctrinal o de una enseñanza del derecho. Cabe todavía interrogarse sobre el modo de transmisión de un saber jurídico tradicional, pero ni siquiera la figura histórica o legendaria de un juez de la España prerromana cabe rastrear en las fuentes. La romanización jurídica no se presenta tampoco con un aspecto doctrinal. Decretos de magistrados, disposiciones administrativas pasan a las Provincias sin relación con las escuelas de derecho, ni con la gran obra de la jurisprudencia, en su sentido genuino, motivado por las características del proceso judicial ¹¹⁹. El fenómeno del derecho romano vulgar es funda-

118 J. COSTA, *Introducción a un tratado de política sacado textualmente de refraneros, romanceros y gestas de la península*, 1888.

119 HGDE, 1968, pp. 7-8: «Que el derecho romano (el *Ius*) se aplicó en España, es evidente. Otra cosa es si participó esta provincia en la obra creadora de la jurisprudencia. El *iuris studiosus* de Granada no puede abonar la respuesta afirmativa; quizá era sólo un estudiante. El derecho clásico, las grandes obras de la literatura jurídica (compuestas en Roma entre 130 a. C. y 230 d. C. no llegaron realmente a las Provincias ni podían llegar, porque esta cultura estaba en íntima relación con el procedimiento judicial ordinario, y en las Provincias se aplicó la *extraordinaria cognitio*, al servicio de la cual se elaboran libros didácticos».

mentalmente un proceso de decadencia cultural, con su típica simplificación, su caída de distinciones y conceptos, y la confusión de figuras jurídicas con fines inmediatamente prácticos. La obra de Gayo o la puesta bajo el nombre de Paulo reflejan este proceso en sus versiones visigóticas¹²⁰. En contraste con esta degradación de las obras típicamente doctrinales, la labor edictal que culmina en el Código de Eurico ofrece

Elementos, p. 15: «En (las provincias) no se aplicaba el procedimiento judicial ordinario, sino una *extraordinaria cognitio*, para la cual bastaban obras más reducidas, como la Instituta de Gayo...». Estas precisiones se deben a don Álvaro d'ORS, comenzando por la referencia al *iuris studiosus*, en su «Contribución a la epigrafía romana de Granada», *Boletín de la Universidad de Granada* XVI, 75 (1944) 147-152, con láminas, y sustituyen con ventaja a la visión genérica de una difusión del derecho romano en Hispania. No encuentro referencia a las mismas en mi *Curso* de 1951, lección 3.^a («Podemos anunciar la próxima aparición de un volumen con los textos de la España Romana, su crítica y comentarios por el prof. A. d'ORS»), donde: «La doctrina de los tratadistas fue en Roma un elemento fundamental en la formación del derecho. No tenemos ningún dato concreto para afirmar que en España se haya cultivado el Derecho científicamente, de modo análogo a como se hacía en las escuelas de Roma y de las ciudades itálicas (!), pero sí puede suponerse que en el proceso de romanización haya penetrado la cultura jurídica científica. Los funcionarios, los abogados en los tribunales tendrían, lógicamente, la formación jurídica romana. En la *Lex Romana Visigothorum* se conservan las muestras de una actividad escolástica, dirigida a resumir y simplificar las doctrinas del derecho clásico y a comentar las disposiciones imperiales; estos criterios pudieron ser representativos de una doctrina jurídica provincial inferior a la de la metrópoli». En la EJER, de Ors no encuentro todavía la novedad referida, que recogí ya en el capítulo sobre *Derecho* en el volumen *España* (vid. supra, n. 116). Sobre la *cognitio*, sus *Elementos de DPR*, Pamplona 1960, 73, pp. 88-90, y DPR¹, 1975, §§ 53-54, pp. 123-129 (en la 5.^a ed. 1983, pp. 168-174). El autor ha vuelto sobre el tema en «Rescriptos y *cognitio* extraordinaria», AHDE 47, 1977, 5-41, y su res. del *Derecho Postclásico*, de Kaser, ib. pp. 825-837; «Las fórmulas procesales del bronce de Contrebia», Ib. 50 (1980) 1-20, y «Nuevos datos de la *Lex Imitana* sobre jurisdicción municipal», en SDHI XLIX (1983) 18-90; donde el autor ha confirmado su tesis sobre la no aplicación del procedimiento formulario en las provincias. Naturalmente, no es el procedimiento romano lo que aquí interesa, sino la deducción respecto al destino de ese Derecho en Hispania, y de los libros seguidamente referidos.

120 El *Curso* de don Galo precisaba, acerca del Breviario de Alarico: «Sólo en la Instituta de Gayo falta, o, mejor dicho, al *Interpretatio* ha sustituido aquí al texto» (p. 55). Sobre Gayo y Paulo visigóticos, d'ORS, *Presupuestos Críticos*, pp. 99 ss., 108 s. El mismo, «Nuevos fragmentos de las *Pauli Sententiae*», AHDE 25 (1955) 831-835. G. G. ARCHI, *L'«Epitome Gai»*. *Studio sul tardo Diritto Romano in Occidente*, Milán 1937; ref. a ALBERTARIO, «Sulla epitome Gai», en *Atti del Congresso Intern. di Diritto Romano*, Roma 1933, II, Pavia 1934, p. 499.

todavía una calidad superior, dentro de la finalidad práctica que la motiva ¹²¹. A una crisis del saber jurídico que camina a su disolución corresponde la legislación visigótica, doblemente invadida de enunciados moralizadores y de verbalismo retórico; de modo progresivo van cayendo los términos jurídicos precisos; bajo la forma de la ley apenas se resuelven cuestiones de derecho, y en cambio se reiteran medidas persecutorias, formas de codicia fiscal, inútiles intentos de contener fenómenos de desintegración social. El derecho adquiere un tono negativo y toscamente penal. Sobre el fondo visigótico, la figura de San Isidoro de Sevilla refleja también en el campo de la cultura jurídica la luz de la anti-güedad ¹²². Su obra jurídica, en el libro V de las Etimologías, surge incontaminada de Retórica y de Moral, las dos desviaciones de la legislación visigótica. Al contrario, lo que aquí se encuentra es puramente derecho en su acepción filológica: términos y definiciones precisas, con lagunas, indudablemente con leves inexactitudes, y con un nivel muy elemental, pero con un contenido doctrinal incomparable y que inútilmente se intentaría descubrir en el derecho positivo de su época. Esta incomunicación entre doctrina jurídica y jurisprudencia se prolonga a través de la Edad Media; la trasmisión aislada del libro de derecho de las Etimologías, su colocación al frente de redacciones de derecho germánico, su versión a la lengua vulgar expresa, sin embargo, el reconocimiento de

121 P. MERÉA, *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, Universidad, 1948; en su preliminar, p. XI, indicó que el Código de Eurico es una de las pocas producciones jurídicas del siglo V y detalló su mérito doctrinal; cfr. mediante el índice de fuentes, p. 323. Necesario es remitir todavía al Código de Eurico, por Álvaro d'ORS, cuyo análisis descubre la continuidad doctrinal del derecho romano, que se adentra en la legislación visigótica a través de la *Antiqua*.

122 Esta continuidad he pretendido exponer al encabezar los *Textos Jurídicos Españoles*, Pamplona 1954, con el libro V. *De legibus*, de las Etimologías de S. Isidoro de Sevilla: «recoge en síntesis la herencia del romanismo, pronto a difluir en las historias jurídicas nacionales». Juan de CHURRUCA, «Las fuentes de la definición de codicilio en San Isidoro de Sevilla», AHDE 34 (1964) 5-30; «Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla», Ib. 43 (1973) 429-443. Mi comunicación «San Isidoro de Sevilla y el derecho civil», en RFDUCMadrid XVIII, 49 (1974) 33-58. M. GARCÍA PELAYO, «Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla», RCJS 17 (1934) 375-397.

una época hacia ese elemento superior de la doctrina jurídica, incluso cuando no acierta a refundirlo con el propio derecho ¹²³.

La literatura jurídica constituye una disciplina especial e independiente de la historia del derecho, bien se la considere como una historia de los maestros de derecho y sus escritos (Savigny), o una historia de las diversas formas literarias (Seckel). En ambas fases es una historia literaria ¹²⁴. En un mismo monumento, como las Partidas, la historia de la literatura jurídica busca la creación intelectual que fusiona elementos de cultura jurídica antigua y medieval y que los expone en un estilo adecuado, creador de lenguaje jurídico y de categorías. La historia del derecho observa en el mismo monumento la introducción de figuras jurídicas y la entrada en la vida práctica de ese mecanismo ordenador de relaciones. En general, todas las fuentes jurídicas pueden ser observadas en ambos aspectos; en cada una de ellas hay una calidad técnica, una doctrina implícita, que el historiador busca para determinar la significación de la época. Frente a la historia del derecho se ha adjudicado a la historia de la literatura jurídica la labor de los tratadistas en torno a las normas positivas,

123 Román RIAZA, «La versión española del libro V de las Etimologías de San Isidoro», en RCJS 12 (1929) 133-16; 15 (1932) 383-412.

124 Ver los «Fragmentos de un programa de Historia de la Literatura Jurídica Española (Cursos de 1886 a 1906)», por Rafael de UREÑA en sus *Estudios de Literatura Jurídica*, Madrid 1906, pp. 1-59; 1.ª ed. 1897; en pp. 581-583, sobre las condiciones en que se desarrollaba el trabajo de esta Cátedra, que se contiene también en *Sumario de las lecciones de historia crítica de la literatura jurídica española, dadas en la Universidad Central durante el curso 1897-1898*, por Rafael de Ureña, catedrático numerario de la asignatura. *Intento de una historia de las ideas jurídicas de España. I. Introducción. Referencia a los trabajos de cursos anteriores*, Madrid 1898. Le sucedió en la cátedra como interino, el que había sido su auxiliar, ya catedrático en La Laguna, don Román RIAZA (1899-1936); su necr. en AHDE 13 (1936-41) 489-492; de 1930 proceden sus *notas de un curso: Historia de la literatura jurídica española*, que merece ser reeditada. Muerto Ureña, la cátedra fue suprimida; el *Anuario* (7, 1930, 561-562) protestó. «La HDE es una ciencia en formación, muy necesitada de laboratorios dedicados a investigar sus problemas. Uno de esos laboratorios debía ser la cátedra de Historia de la Literatura jurídica, que acaba de desaparecer». Después de la Cruzada fue restablecida y ocupada por Torres López (Ib. 13, p. 506). En mi opinión actual, ambas disciplinas se refunden en el Antiguo Derecho, cuyo tronco central es el Romano, ramas los nacionales (martes 13.II.90, S. Gregorio II, 731).

su descripción comentario o crítica, y en torno a aspectos filosóficos o a la práctica del derecho. El punto de contacto se da cuando la disposición legal o la práctica jurídica asignan a determinados autores un lugar en el orden de prelación de fuentes ¹²⁵.

Con excepción de ese supuesto, la doctrina quedaba fuera del cuadro de fuentes de producción del derecho, dice Besta, quien señala como dos posiciones excepcionales las de Pacchioni y Capograssi ¹²⁶. Pacchioni

125 Caso es el más eminente Bartolo en Portugal. Cfr. ALBUQUERQUE, mi res. en AHDE 53 (1983) 615-617). A. GARCÍA GARCÍA, «Bartolo de Sexoferrato y España», AEM 9 (1974-79) 439-467, acabado en cuanto a la historia externa de los libros, falta aún el estudio sobre su vigencia, porque Bartolo rige y vige, y por supuesto, del infinito de sus efectos en las instituciones. De las Partidas es sabido que tanto se alegaba la glosa como el texto. Para el Ordenamiento de Alcalá, Antonio PÉREZ MARTÍN ha acercado sus Glosas, en *Festgabe für Helmut Coing*, Franfort del Mein, Klostermann, 1982, 245-292, y en *Ius Commune* XI (1984) 55-215. Para el Fuero Real, la grande obra de la juventud de Joaquín CERDÁ, en AHDE 21-22 (1951-52) 731-1141. Los comentarios a las Leyes de Indias, catalogados —alta voz, no se olvide que catálogo fue llamado el *Curso decisivo*— por Ismael Sánchez Bella, Ib. 24 (1954) 381-541. Ley y doctrina, una misma realidad en el fondo; su distinción, un acontecimiento; constante su intercambio; su vigencia, dudosa; la promulgación una solemnidad como un entierro.

126 Ahora no me es posible localizar la bibliografía en que se basa lo que sigue en el texto. BESTA en su *Avviamento* (1926, § 93, p. 61) distingue una *historia literaria iuris* (creación del siglo XVIII) diferente de la *Historia iuris*. Entonces, víspera de la Codificación, se temía que la elaboración literaria predominase sobre la ley. Su objeto fue el modo como el derecho era estudiado en las escuelas, elaborado en las lecciones y en los libros, aplicado en los tribunales. Todavía se distinguió una historia de la jurisprudencia y otra de los juristas. Entonces comenzaron las dudas sobre la oportunidad de hacer una disciplina autónoma. Pero, afirma, la historia del derecho no puede ser concebida como una serie de mandatos: la fuente remota del progreso jurídico se deben buscar más allá de los mismos. No podemos mirar sólo al legislador. Es preciso atender a la ciencia. Sería un engaño reducir el derecho al modo como lo piensan los doctos, pero es ilusorio prescindir de este pensamiento y de su papel como intérpretes y dirigentes de la conciencia jurídica. Terminaba admitiendo la distinción sólo por razones pragmáticas de la división del trabajo. Pero no citaba a CAPOGRASSI (1889-1956), cuyo título más próximo a la materia puede ser *Il problema della scienza del diritto*, 1937, ni tampoco a PACCHIONI, cuyo Manual de Derecho Romano es de 1938, traducido al español en 1942, por Isidoro MARTÍN y Antonio REVERTE, hemos utilizado para esta Memoria, y en cuya introducción se formula una posición semejante a la aquí referida y tal vez recogida por Besta, junto con la de Capograssi, en una publicación ulterior que he debido de tener a la vista. De 1931 son los *Studi sull'a esperienza giuridica*, de CAPOGRASSI.

considera todas las fuentes de producción desde el punto de vista de la actividad espiritual creadora. Para Capograssi es la doctrina la más libre actividad jurídica, que preside toda experiencia de esta índole y la supera, por cuanto tiene presentes todas las experiencias y penetra en su lógica; la doctrina es el pensamiento que nace de la vida concreta y la acompaña, conserva la memoria viva y mantiene la continuidad de aquellas formas que la continua mutación de la historia va cancelando. La doctrina, concluye Capograssi, refleja la más típica y expresiva historia de la *experiencia jurídica*, puesto que en su grado de formación y desarrollo da el más preciso testimonio del grado y desarrollo de la ciencia jurídica que actúa en esas experiencias. Estas consideraciones abren una puerta perspectiva para el estudio de la doctrina jurídica, ya no como rama especial de la historia del derecho, sino para una consideración profunda de ésta. Uniéndose a esta posición, admite Besta que en la doctrina tomamos la tradición que abarca las varias fases de la vida jurídica, sea como punto de llegada de un movimiento jurídico o como punto de partida de un derecho en formación ¹²⁷.

En la llamada «historia del derecho privado en la edad moderna», el estudio de la doctrina jurídica, sobrepasando aquel aspecto externo de la literatura jurídica, ha llegado a ser una visión del derecho antiguo con la agudeza y la penetración que en las previsiones acabadas de mencionar se señalaban ¹²⁸.

127 Culmina en Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.ª ed. reelaborada, Gotinga, Vendenhoeck y Ruprecht, 1967. Seminario Hinojosa de Granada 14.II.1968. De la 1.ª ed., 1952, hay versión española. Del mismo, «Der gegenwärtige Stand der Disziplin der Neueren Privatrechtsgeschichte» en *Eranion Maradakis*, Atenas, Klissionis, I, 1963, 339-366; «Il progresso degli studi storici di diritto Privato Moderno», en *Quaderni Storici delle Marche* 2, Ancona, mayo 1966, 183-225. La nueva dirección fue señalada en 1936 por Kunkel, en el t. I de una colección de fuentes jurídicas de la Edad Moderna, emprendida con Thieme bajo la dirección de Beyerle. En la misma disciplina: TRUSSEN, *Anfängen des gelehrte Rechts in Deutschland*, Wiesbaden, Steiner, 1962.

128 En su conferencia sobre «Juristas, libros de derecho y educación jurídica en Indias», en la Universidad de Granada, el 14.IV.69 (ver prensa local) GARCÍA GALLO expuso sus reservas a esta concepción de la HD, por considerar que «la sociedad busca la justicia y su camino

45. Documentos de aplicación del derecho

El documento de aplicación del derecho no es fuente directa ni inmediata de la historia jurídica, en cuanto no contiene la formulación de la norma, pero sí es fuente principal, y aun aparece en nuestros estudios con una especie de primacía respecto a las demás fuentes ¹²⁹. El testi-

es el derecho, pero no delega esta función del todo en los juristas y en la cultura jurídica», pero, no obstante desarrolló admirablemente dichos tópicos. Con esta lección guarda afinidad su estudio «La Ciencia Jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII», AHDE 44 (1974) 157-200. DER SELBE, en AHDE 53, 1983, 611-613, «Metodología de la Historia de Textos Jurídicos», a propósito de un raro libro de Enrique GIL ROBLES, el catedrático de Político de Salamanca, *Ensayo de Metodología Jurídica*, 1893, me honra proponiéndomelo como antecesor, en sustitución de la continuación que me alegraba de Matías Barrio y Mier. No conocía, en efecto, esa *Metodología*, pero sí la memoria, conservada en el expediente de su autor, en el Archivo General de la Administración, de Alcalá de Henares, y que fue presentada para acceder a la cátedra de Historia del Derecho, si no recuerdo mal, en competencia con Ureña, en cuyo escrito más que de textos se hablaba de principios católicos que debía presidir la disciplina. Tengo trasapeladas las notas que tomé.

129 1947: *Los documentos de aplicación del derecho*.—Para este grupo de fuentes se ha creado el término *principal*. El documento de aplicación no es fuente directa ni inmediata, pero con éstas forma la clase de principales. Y aún desliza que el documento de aplicación tenga cierta especie de primacía respecto incluso a sus congéneres. (Nota: Peligrosa es, por ej., esta desviación de BAUNE, *Introduction a l'etude historique du droit coutumier français*; «las leyes escritas no son más que la parte más pequeña del bagaje legislativo de un pueblo. Sus costumbres, sus usos no se revelan completamente sino en los hechos de la vida cotidiana, a los cuales no puede hacer alusión el texto breve y conciso de una ley general»). La historiografía jurídica española se ha formado en el estudio de los documentos de aplicación: recordamos sólo los nombres de Muñoz y Romero e Hinojosa, más que nada para señalar más adelante el método con que ambos, y especialmente el primero, aprovecharon la espléndida cantera de estas fuentes. Me permito remitir a tres títulos míos en la *Revista de Derecho Notarial* (Madrid), donde he tratado del Documento en HDE: «Antiguo notariado español» (reseña del libro de *Historia del Derecho Notarial Español*, I, Junta de Decanos, Madrid 1979; el II, 1982, res. en mi correo académico 18.XII.85), en CVII, enero-marzo 1980, 449-461; «Prenotariado Visigótico», homenaje a Sánchez Albormoz, en CXII, abril-junio 1981, 93-127; «Notarios en la Historia del Derecho» con motivo de su participación en la VI.^a Semana de HDE, en nn. CXXI-CXXII, julio-diciembre 1983, 413-437; reseña de FERNÁNDEZ CANTÓN, «Documentos leoneses en escritura visigótica», sep. de *Archivos Leoneses* 72, 1982, 195-291, en 1985 u 86; res. de M.^a Amparo MORENO TRUJILLO, «Protocolo Notarial del siglo XVI,

monio de los diplomas, dice Hinojosa, es importantísimo así para aclarar en puntos en que, por mala redacción o por corrupción del texto es dudosa la interpretación de los textos legales, como para mostrarnos si la práctica se atemperaba o se desviaba de la ley escrita ¹³⁰. «A diferencia de

Huelma 1569», de *Boletín del Colegio Notarial de Granada* 3, 1983, en RFDCMadrid 70, 1983, 300-301; res. de: BONO y Carmen UNGUETI-BONO, *Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento*, Junta de Decanos, Sevilla 1986, en AHDE 57, 1987, 976-978.

130 HINOJOSA, *Historia General del Derecho Español* I ², Madrid 1924; 1.ª ed. en 1887; ver Galo Sánchez en AHDE 2, 1925, 558-559, que subrayó «la decidida preferencia del autor hacia los documentos de aplicación del derecho como fuente histórica, ya bien definida aquí». En efecto, Hinojosa, en el breve pero denso párrafo dedicado a las Fuentes (pp. 7-12), que él clasificaba simplemente en *directas*, «como los códigos y demás monumentos jurídicos propiamente dichos, que de un modo *inmediato* nos dan a conocer las leyes e instituciones vigentes en cada época» e *indirectas* «como los documentos literarios (?) y monumentos no jurídicos...» De las fuentes directas, siendo éstas el asunto propio de la HGD, nada decía en este lugar. En cambio hizo algunas consideraciones sobre los documentos de aplicación del derecho, «que constituyen las fuentes más importantes y valiosas para el conocimiento de la práctica jurídica, o sea, el derecho realmente *vigente* en las diversas épocas». Tenían, según él, el valor especial que distingue a todos los pertenecientes a la *vida real*, y aunque en la mayoría de los casos no nos dan a conocer nuevos *preceptos* jurídicos, nos enseñan, sin embargo a comprender mejor los expuestos en los monumentos legales, reflejando más directamente que ellos la *vida* jurídica» (p. 8). He subrayado algunos términos que revelan la específica mentalidad jurídica de Hinojosa, en la que si no me equivoco dominaba un positivismo legalista, y es prejuicio caracterizador de nuestros hermanos historiadores, de considerar el derecho como algo, abstracto, teórico, superpuesto a la vida, olvidando que hay una realidad jurídica. El autor se detenía especialmente en los Diplomas, habiéndose formado y sido él profesor de Historia de las Instituciones en la Escuela Superior de Diplomática (GARCÍA GALLO, en el estudio preliminar a sus *Obras* I, p. XXXIX) organizada sobre el modelo de l'*Ecole des Chartes*, donde se cultivaba una Historia del Derecho francés (TARDIF, *Les Sources*); en dicha *Escuela*, creada en 1856, con precedentes en 1839 y 1844 había profesado la Paleografía Muñoz y Romero (mi prelección sobre éste, en AEMedievales 6, Barcelona, CSIC, 1969, 563-564) a quien el *Curso* de don Galo otorga la primacía: «Sacó gran partido de los diplomas, hasta entonces poco utilizados por los *juristas* españoles» (*Apuntes*, p. 10). Proseguía HINOJOSA, Historia, p. 10, tras lo copiado en el texto: «... sobre todo en épocas como la Edad Media, en que el cantonalismo jurídico, la falta de unidad en la administración de justicia y el fraccionamiento del poder político, favorecían el predominio del derecho consuetudinario sobre el escrito. Hace ver, en suma, la concordancia o divergencia entre el derecho escrito y el derecho aplicado; y mostrando la vida íntima del derecho y las relaciones constantes entre la teoría y la

lo que ocurre con las fuentes de creación del derecho los documentos en que se aplica nos hacen ver el derecho realmente vivido. Las leyes se cumplen o no, el derecho oficial se ajusta o no a las necesidades de la práctica; de aquí la importancia creciente que los modernos investigadores conceden a fórmulas y diplomas como fuentes de sus estudios»¹³¹. El estudio del derecho medieval se ha forjado sobre los documentos de aplicación; y se ha señalado como una especial calidad de estos estudios que puede servir de ejemplo para la romanística, tradicionalmente asentada sobre las fuentes directas¹³². También en la edad moderna los documentos de aplicación encierran un significado peculiar, frente a la profusión legislativa, que ha motivado el que aquéllos queden en un segundo término¹³³.

práctica, enseña lo absurdo e ineficaz de los Códigos y leyes que no están en armonía con el estado social y económico de los pueblos». (Me sigue pareciendo más que un jurista un gobernador civil y el senador que iba a ser en seguida, del fin del siglo y la Restauración, y no sé qué textos medievales hubiera colocado nuestro insigne maestro y fundador al pie de esa elocuente peroración). A los Diplomas, ya como genial historiador de la Sociedad que fue, dedicó en su *Régimen Señorial y la cuestión agraria en Cataluña*, Madrid, Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de *Ciencias Sociales*, 1905, pp. 16-22, una enjundiosa introducción sobre su valor para la historia de la instituciones, y el estado, entonces muy atrasado en España de su publicación. Al final de su crónica sobre «Un viaje a los Archivos Catedrales del Noroeste», don Claudio, en el AHDE 6, 1929, 580-584 reafirmaba su ya «vieja opinión de que en España era forzoso realizar una metódica exploración de los archivos catedralicios y municipales *antes de intentar trazar cualquier monografía sobre historia jurídica*», y por otra parte, que los Archiveros muchas veces no estaban suficientemente interesados por la historia, especialmente la de las Instituciones porque el Estado no les había pedido los conocimientos precisos de historia jurídica.

131 Galo SÁNCHEZ, *Apuntes* 1925, p. 17.

132 A. D'ORS, «Varia Romana V» en AHDE 17 (1946) 921-927: «Los romanistas debemos aprender de los estudiosos del derecho medieval muchas cosas; por ejemplo, a tener un gran miramiento de los documentos (léase papiros)» (p. 923).

133 En el medievismo imperante sobre la Asignatura fue excepción que Antonio MARTÍN LÁZARO publicase «Un contrato de arrendamiento del siglo XVI» (1574), con formulario impreso. La publicación de cartularios solía detenerse en la mitad del siglo XIII y sólo mucho más tarde se ha extendido a la Baja Edad Media, pero rara vez sobrepasado el límite del 1500. Sin embargo, después y hasta nuestros días florece una cultura jurídica específica del documento y del Notariado, que no es sólo un modo de suplir la ausencia de leyes, sino un factor del derecho paralelo a la Legislación. Hay en este sentido un Derecho Notarial, todo un derecho.

Como fuentes histórico-jurídicas, los documentos de aplicación ofrecen un valor diverso según las épocas. Para la España romana, las fuentes directas se han conservado muy fragmentariamente y por su índole apenas tocan aspectos del derecho privado; entonces, una fórmula como la bética, e incluso las referencias a aquel orden reflejadas en inscripciones no jurídicas, sepulcrales u honoríficas, adquieren un enorme valor, no tanto por su valor sustantivo como por ser un indicio de la aplicación¹³⁴. Cuando las normas son conocidas, el documento confirma la efectiva vigencia de aquéllas y proporciona también una visión de la vida del derecho: densidad del tráfico jurídico, preferencia por unas u otras figuras de negocios jurídicos. Una visión cuantitativa de la práctica jurídica no carece de interés¹³⁵. Los documentos de aplicación pueden testimoniar alteraciones y modalidades de las formas legales y el proceso de formación de las normas objetivas¹³⁶. Frente a un monumento total

134 1947: Los problemas de crítica e interpretación del documento tendrán cierta especialidad cuando los abordemos con carácter general para las fuentes. Ahora vamos sólo a referirnos a su valoración como fuente histórico-jurídica. Esta es distinta según las épocas. En efecto, el documento de aplicación no contiene la norma, sino un supuesto práctico de su aplicación. Para épocas en que las normas no son conocidas directamente, el documento de aplicación sólo viene a confirmar la efectiva vigencia de aquéllas (Nota: Así las fazañas que aplican el fuero municipal de Palenzuela, las castellanas del siglo XII publicadas por GARCÍA GALLO en AHDE X (1935) 522-529; «las fazañas recogidas confirman siempre un precepto concreto del fuero» (p. 527). También los ejemplos del Fuero de la Novenera. No encuentro justificada la referencia al Fuero de Palenzuela, MUÑOZ, pp. 273-278; quizá se refiera al de Castrogeriz, Ib. pp. 37-42, donde efectivamente se consignan acciones confirmatorias de los preceptos del fuero).

135 1947: ... y proporciona también una visión estadística de la vida del derecho: densidad del tráfico jurídico, preferencia por una u otras instituciones, etc. Esta visión cuantitativa de las instituciones, a través de los documentos, preconizada por García Gallo al menos desde 1955, pone en práctica Emma MONTANO, en su tesis doctoral, *La familia en la Alta Edad Media Española*, EUNSA, Pamplona 1980.

136 1947: Claro es que puede (el documento) también testimoniar ciertas alteraciones ocurridas en la forma legal, o bien la formación de lo que andando el tiempo ha de ser norma objetiva, como cláusula de estilo. Pero en tal aspecto entra ya en el segundo término de la distinción: el documento de aplicación de un derecho que no nos es conocido directamente. Así ocurre en el periodo de la más lejana Edad Media que ha podido denominarse «Edad diplo-

como es la ley visigótica, la breve colección de fórmulas subraya, por una parte, determinados aspectos de aquélla, y por otra da testimonio de prácticas allí no aludidas ¹³⁷. Pero es en la época siguiente, en la que faltan fuentes directas, cuando los documentos de aplicación revelan toda su virtualidad que ha permitido hablar de una «edad diplomática de la historia del derecho». En todas las épocas, no obstante, hay ramas jurídicas dominadas por la voluntad configuradora de los particulares ¹³⁸.

El documento tiene además un valor sustantivo en cuanto a los negocios jurídicos; en sus aspectos formales. En cuanto a su contenido, es necesario abstraer del caso concreto la figura jurídica. Es clásica la calificación en documentos públicos y privados, y especialmente, en documentos dispositivos, redactados para la creación de negocios jurídicos o para su prueba, *charta* y *notitia*, respectivamente. Documentos que aparecen como diplomas son simples noticias de actos jurídicos, que más tarde han recibido aquella forma. Inventarios patrimoniales, libros de registro de actos jurídicos se asimilan a las noticias jurídicas ¹³⁹.

mática de la Historia de nuestro Derecho (Hinojosa). El *Curso* de don Galo sólo desde la edición de Madrid 1932, contiene esta noción: «Se ha calificado de *Edad Diplomática* la época en que la ley propiamente tal no existe y hay que buscar en los diplomas la manifestación de la norma jurídica» (p. 85). ¿Por quién? En Hinojosa no encuentro esa expresión.

137 Edición por Juan GIL, en su *Miscellanea Wisigothica*, Universidad de Sevilla 1972. Vid. supra, nota 129, cfr. GARCÍA GALLO, «Consideración crítica visigoda», AHDE 44, 1974, 400-409.

138 Según esto, la ley correspondería al derecho público y el documento al derecho privado, conforme a la visión clásica de la distinción expuesta por Alvaro D'ORS, «De la privata lex al derecho privado y al derecho civil», en Boletín de Coimbra 1949, ahora en *Papeles del Oficio Universitario*, Rialp 1949, pp. 243-244. La Edad Diplomática vendría a constituir un retorno a la *lex privata*.

139 1947: El documento tiene además un valor sustantivo para la institución de los actos jurídicos que recoge: presenta la forma de estos actos: escritura, presencia de testigos, etc. Respecto a los demás preceptos relativos al negocio jurídico, el documento necesita ser interpretado abstrayendo de él la norma jurídica. Interesa la división según su índole pública o privada, y según que sean redactados para creación de actos jurídicos para el testimonio de los mismos: *charta* y *noticia*, respectivamente (BRUNNER). Sabido es que muchos documentos que aparecen como diplomas son en realidad simples noticias de actos jurídicos, a las que más tarde se ha dado forma de cartas. (Ignoro ahora de donde procede esta distinción

En cuanto al conocimiento real del derecho, los documentos de aplicación enlazan también con una tradición cultural, con lo que no pierden estimación para una visión de la historia del derecho que en la misma encuentra su objeto principal, pero que consigue un especial relieve frente a la pretendida oposición entre ley y derecho realmente vivido. Admitido, por ejemplo, que la ley visigótica no arranque de convicciones jurídicas populares, lo es también que los germanos desconocían el uso de la escritura y en los contratos, y que al adoptarla acudieron a los escribas romanos; de los romanos aceptan los visigodos el empleo de documentos jurídicos ¹⁴⁰. Así, puede el documento representar en cuanto la vida jurí-

y la trascendencia que pueda tener para el negocio jurídico. Vid. BAUER, *Introducción*, pp. 354-355 que la alude. Allí también, pp. 384-416, un tratamiento extenso de fuentes asimiladas a noticias: actas, libros registros, etc. Ej. *Libros de Acuerdos del Consejo Madrileño*, por A. MILLARS CARLO y sucesores, I, Madrid 1932, 1464-1485; con prólogo sobre los aspectos paleográfico y diplomático de los libros; II, 1970, 1486-1492, con prólogo del Alcalde don Carlos ARIAS NAVARRO, que sellaba la continuidad de la empresa, y un estudio sobre estancias de los Reyes Católicos, topografía de la villa y bienes comunales y propios, por el Archivero Agustín GÓMEZ IGLESIAS, editor del volumen, que tuvo la atención de referirse a mi utilización del primero en mi *Concejo de Madrid*, 1949; allí, p. 27, «una ley del Fuero de Madrid» citada en 1484 (*Libros*, pp. 324-327). El mismo GÓMEZ IGLESIAS, en «Algunos términos del alfoz madrileño», RBAMMadrid XVII, 56 (1948) pp. 54 y 55, presenta hacia 1422 un escribano leyendo el cap. XL del Fuero y una «costumbre de Madrid», pequeñas muestras del contenido estrictamente histórico-jurídico que pueden contener estas actas. III, 1979 a IX (1500).

140 1947: Alguna reserva debe hacerse sobre la primacía absoluta del documento de aplicación, respecto al conocimiento real del derecho. No debe olvidarse que el documento enlaza generalmente también con una tradición de cultura jurídica, con lo cual no pierde, por cierto, valor para la posición que aquí adoptamos, pero ese hecho adquiere relieve frente a la pretendida... CL. V. SCHWERIN «El derecho español más antiguo», AHDE I (1924) 27-54: «Como típicamente antigermano —sobre ello no hace falta insistir— el uso de la escritura» (p. 43). No merece el olvido en que se tiene este trabajo inaugural sobre el Código de Eurico que no obstante su punto de vista germanista, postuló una «exposición que poniéndole en el centro hiciera de él asunto de la historia de las recepciones», lo que vino a cumplirse treinta y seis años después en la edición y comentario por A. D'ORS (1960), y aportó observaciones particulares muy valiosas. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* (ed. esp. 1944), p. 65: «Los godos aceptaron de los romanos... sobre todo, el múltiple empleo de documentos escritos en la vida jurídica». DECLAREUIL, «Les preuves judiciaires dans le droit franc», NRHDF año 1888, p. 747.

dica una deformación análoga a la de la elaboración legislativa. El principio jurídico encarna en el lenguaje; el giro diplomático puede haber perdurado para expresar una relación que se había transformado. «El estilo de los notarios, en todos los tiempos y países, es el más conservador y rutinario de cuantos se usan en la vida jurídica. Dígalo, si no, la perduración hasta los siglos X y XI de algunas de las fórmulas que aparecen reproducidas en la colección visigoda del siglo VII»¹⁴¹.

El documento de aplicación es fórmula cuando contiene los elementos generales y típicos de un negocio jurídico, para la redacción de los cuales sirve el modelo; diploma es el documento relativo a un acto jurídico real y concreto. La fórmula puede proceder de un diploma, del que conserva a veces algún dato no omitido. La fórmula legal es aquella que la propia ley impone, y significa una regulación práctica del negocio en cuestión¹⁴².

141 1947: ... una relación que ya había sido transformada hondamente. ¿Quién dará más por los notarios que por los legisladores, puestos a valorar su expresión de la norma, sabiendo que, como dice SÁNCHEZ ALBORNOZ... *Ruina y extinción del municipio hispanorromano* pp. 101-102. La fórmula visigótica 14 alude a las leyes Julia y Papia Popea; la 38 «sigue repitiendo las viejas cláusulas carentes ya de sentido: stipulatus sum (!) et sponondi» (A. d'Ors, *Código de Eurico*, pp. 208 y 223, nn. 679 y 742). No obstante, los documentos notariales atestiguan valor de autenticidad lingüística (cfr. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos lingüísticos*, I, 1919, pp. V-X; pero él mismo advertía que en los siglos XIV y XV «la lengua restringida y cada vez más amanerada de los notarios pierde casi todo su interés), y ello (me) inclina(ba) a admitir que, también, jurídica. Pero me parec(ía) inexacto decir que «la importancia del documento es mucho mayor en aquellas épocas en que la formación del derecho está encomendada al pueblo de un modo casi exclusivo (RUBIO, en AHDE 9 (1932, pp. 3-3). Fr. José LÓPEZ ORTIZ, «La recepción de la escuela malequí, Ib. 6 (1930), p. 160, indica que los formularios de formación erudita son «poco permeables a las formas vulgares de contratación». Hay sin duda meras fórmulas notariales. Por ej. es frecuente que en los documentos se indique como «audiente et vidente» un concejo, pero en algunos casos son dos o hasta seis los concejos «auditores et veedores» (MENÉNDEZ PIDAL, loc. cit., p. VIII).

142 1947: El documento de aplicación puede ser fórmula, que contiene los elementos generales y típicos de la clase determinada de actos jurídicos. Nota: Galo SÁNCHEZ, «Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media» (AHDE II, 1925, 470-491 ss.), indicaba que habiéndose dado a la imprenta ordenamientos de cortes, fueros y diplomas, ni un solo formulario (medieval) había sido dado a la Imprenta por los modernos eruditos; su origen en la Baja Edad Media y ser una consecuencia de la recepción del derecho romano, así como

46. Fuentes no jurídicas (1947)

El acontecer estrictamente histórico-jurídico puede haber dejado su huella o ser recogido conscientemente en fuentes que no tienen aquel carácter. El historiador del derecho puede ir a buscar los datos para la historia que le interesa en obras que recogen los mismos hechos por su significación política, social, estética, pero que no por eso pierden otra, jurídica. Estas fuentes, no jurídicas, no inmediatas, no principales para la historia del Derecho, pueden revestir una gran importancia, especialmente si se aprovechan en relación con los datos proporcionados por el estudio de las fuentes directas ¹⁴³.

la continuidad visigótica en este campo en la época anterior. Se refería a ROCKINGER, *Über die formelbücher vom 13. bis zum 16. Jahrhundert*, 1855, que había puesto de relieve su valor como fuente del derecho. Sin necesidad de Historia. ... y lo que para la Edad Media se llama diploma, que es el documento jurídico real y concreto. La fórmula tiene significación de ley, cuando ésta la determina expresamente, como ocurre en los modelos de varios documentos que establece la Partida III, 18, sin que deje de tener la de fuente de conocimiento (obsesiva distinción) relativa a un derecho anterior. Román RIAZA, «Las Partidas y los *Libri Feudorum*», *AHDE* 10 (1933) 5-18, establece el paralelismo entre la fórmula de la ley III, 18, 68 y la de un *Speculum Iuris* de varios autores. Lo que se lleva dicho, refiérese casi exclusivamente al documento de aplicación medieval; no obstante, se trata de conceptos por igual aplicables a otras fuentes como son las inscripciones antiguas que por regla general contienen documentos de aplicación concreta y fórmulas (la Bética de nuestro derecho romano provincial). Algunas instituciones de la España Prerromana pueden recibir mucha luz de inscripciones latinas que se refieren a relaciones entre indígenas. RAMOS LOSCERTALES, *Emérita* X (1947), p. 308: «acometer el intento de aislar el elemento autóctono de los moldes romanos dentro de los que se vertió».

143 Hemos ya recordado (vid. supra, n. 130) que HINOJOSA, admitió junto a las fuentes jurídicas «los documentos literarios y monumentos no jurídicos de diversa índole, que nos proporcionan ocasionalmente datos y noticias para ilustrar y completar, ya comprobándolo, ya rectificándolo, el testimonio de los monumentos legales» (*Historia*, p. 8). Y concluía: «Los escritores que no tratan de propósito de asuntos de derecho, tocan incidentalmente a veces materias de esta índole y en todos ellos, aun en los poetas, se hallan indicaciones, preciosas a veces, que sirven para ilustrar puntos oscuros y difíciles de la Historia del Derecho» (pp. 10-11). El *Curso* de don Galo conocía las fuentes *accesorias*, y dentro de ellas las puramente históricas (p. 20, ed. 1932), y también las narrativas y literarias; crónicas y cantares de gesta, etc., y admitió que hay instituciones que sólo conocemos gracias a los monumentos literarios, pero «estudiándose en otras asignaturas... sólo en casos excepcionales diría algo de ellas, para evitar repeticiones» (p. 24).

En aquellos momentos o instituciones que no son conocidos por fuentes jurídicas, la narración de los hechos mismos que se verificaban conforme a ciertas normas puede mostrarnos la índole de éstas. Por ejemplo, el problema del derecho de sucesión al trono, cuando aún no se ha formulado la norma jurídica de un modo expreso, se intenta resolver mediante el examen de los casos concretos de sucesión: las fuentes históricas nos indican cuál es el título o fundamento porque cada monarca ha ocupado su trono ¹⁴⁴. Claro es que la simple agregación de hechos por sí sola no representa la norma jurídica; representa a lo más una ley de frecuencia. Por esta razón: no es la historia política la que nos puede enseñar la historia del derecho político, sino que las fuentes para el conocimiento de aquélla pueden contener también noticias o referencias de las normas jurídicas.

La fuente literaria, que describe instituciones jurídicas, de un modo intencionado o no, puede equivocarse y acertar. Sus expresiones no tienen a veces exactitud técnica, al autor le pasan inadvertidos elementos muy importantes.

La fuente literaria de carácter popular o erudito contiene, o bien, una visión de la vida jurídica real o bien concepciones doctrinales dominantes en una época ¹⁴⁵. La observación, críticamente sostenida, respecto al

144 No recuerdo de donde ni porqué tomé este ejemplo, por otra parte, obvio, pero es lo cierto que obedecí a ese método para responder a la convocatoria de la *Jean Bodin*, sobre la Monocracia, con «La sucesión al trono en la monarquía española» (vol. XXII, Bruselas 1969) 447-546, donde precisamente falta la norma, o bien la cuestión versa sobre la ley aplicable, y en general cuando se plantea el conflicto la solución es concreta, particular, arbitrada o resuelta por el juicio de Dios que es siempre la guerra, pero que en todo caso los hechos conducen a la conclusión de que la monarquía, la sucesión al trono, no es jamás electiva, sino siempre *familiar*, de herencia familiar, aunque no necesariamente de padre a hijo, pero siempre de un hijo, de un linaje, real o inventado; hijo, aunque sea de un mayordomo de palacio, o bien, como David, hijo pequeño de Isaí. La monarquía *electiva* es una ingenuidad republicana.

145 *Poema de Mío Cid*, ed. y notas de R. MENÉNDEZ PIDAL, Madrid, Espasa-Calpe, Clásicos Castellanos, 10.ª ed. 1963, abreviación de su edición crítica, con vocabulario, I-III, 1911. Clásico: Eduardo de HINOJOSA, «El derecho en el Poema del Cid», en *Homenaje a Menéndez y Pelayo*, 1899, y en sus *Estudios sobre la HDE*, Madrid, 1903, pp. 71-142; también en «La Privación de sepultura de los deudores» (homenaje a Joaquín Costa, Valencia 1892; *Estudios*, pp. 143-177), donde parte de la obra de José KÖHLER, *Shakespeare vor dem Forum*

casi nulo valor de los testimonios literarios respecto al Derecho romano, debe ser tenida en cuenta al utilizar estas fuentes, no para interponer el prejuicio de su inexactitud, sino para evitar lanzarse a rechazar las fuentes directas, en favor de las fuentes literarias, que produciendo una impresión más viva, puede ser también la de algo artificioso y convencional ¹⁴⁶. Claro es que estas prevenciones se refieren a la utilización de las fuentes respecto a la elaboración del sistema histórico de normas, no respecto a aspectos sociales o a cuestiones de hecho que interesen a la Historia del Derecho, en cuyo caso la utilización y valoración de estas normas se rige por las leyes generales del método histórico.

Para completar el concepto de las fuentes no jurídicas, debe indicarse que están incluidas en él aquellas fuentes jurídicas en sí, en cuanto no sirven para el conocimiento del propio Derecho al que pertenecen,

der Jurisprudenz, I, 1883, *Der Kaufmann von Venedig*, y alude a otra obra del mismo autor: *Das Recht als Kulturerscheinung*, 1886, y a noticias literarias que le había proporcionado Menéndez y Pelayo. Shakespeare utilizado también por H. BRUNNER (ZSS, Germ. 17, 1896, p. 9) para precisar ideas jurídicas germánicas. Sin tener en cuenta la obra de Kohler, pero con suma agudeza y valiosas observaciones de método, con la particularidad de haber tomado como lugar de referencia las Partidas y la Glosa de Gregorio López. Sobre *El Mercader de Venecia* y *El rey Lear*, el civilista Rafael ÁLVAREZ DE VIGARAY, «El derecho civil en el Teatro de Shakespeare», RGLJ LXXIII, 3 (septiembre 1976) 209-211. El mismo, *El derecho civil en las obras de Cervantes*, Granada, ed. Comares, 1987, con un preliminar mío.

146 En sus *Presupuestos críticos* para el estudio del DR, 1943, Álvaro D'ORS, con referencia a una Memoria anterior, el *Horizonte actual* del DR, 1944, pp. 333-336, con copiosa bibliografía, ejemplo admirable de económica continuidad para este género, dedicaba un amplio espacio al examen de las «fuentes literarias» (pp. 63-87), con un examen detallado de Plauto, Terencio, poetas, historiadores griegos y latinos, retóricos, Catón, Tito Livio y Polibio (interesantes también para Hispania), Diodoro de Sicilia, Apiano, Plutarco, Tácito, Suetonio, Cicerón, Quintiliano y otros, gramáticos, lexicógrafos, que confluyen en San Isidoro de Sevilla, casi todos objeto de estudios monográficos; y las particulares reservas acerca de cada uno, de las que pocos se libran, la conclusión es que «no debemos despreciar su valor, pero reconocamos que no podrán merecer nunca la autoridad de una fuente técnica» y recomienda usarlos con precauciones; él las ha adoptado en sus periódicos encuentros con Cicerón y se muestra muy severo con «Séneca, ante el tribunal de la Jurisprudencia», en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1980, pp. 192-224, ninguno de los dos es jurisprudencia; igual que don Francisco Martínez Marina, Bartolomé Clavero (21.II.90, San Símaco pp.).

sino a otro. Así, cuando una fuente romana se refiere a una situación de hecho regulada por las normas indígenas, puede servirnos para conocer ésta, pero no como fuente de Derecho indígena. Por ejemplo el Decreto de Emilio Paulo sobre la torre Lascutana dice que los *siervos* habitantes de ésta *poseían* allí campos: da indudablemente dos noticias relativas al régimen indígena —servidumbre y posesión— modificado por el Decreto, pero esa noticia no es la de una fuente jurídica, sino la que pudiera dar un relato literario. A esa *servidumbre* y a esa *posesión* no le podemos atribuir ningún sentido riguroso: el romano no intentaba definir una situación jurídica, sino un estado de hecho; y aunque hubiera alcanzado su expresión, sería la de un observador exterior, no la expresión de una norma jurídica ¹⁴⁷.

46 bis. Fuentes no jurídicas (1964)

El acontecer histórico-jurídico ha dejado su huella en fuentes que no tienen aquel carácter, o bien ha sido recogido conscientemente por autores que no perseguían, sin embargo, recoger la norma jurídica ni tampoco su aplicación o interpretación, sino los acontecimientos en su valor general, político, social o literario. Estas fuentes revisten una gran importancia, especialmente cuando se aprovechan en relación con los datos proporcionados por las fuentes directas ¹⁴⁸. Su valor es diverso para las diferentes épocas. En la España prerromana, a falta de toda clase de fuentes jurídicas, adquieren uno, excepcional. Las noticias de los geógrafos e historiadores griegos y latinos que hacen referencia la constitución política

147 Cfr. el estudio de Luis A. GARCÍA MORENO, sobre el bronce de Lascuta, cit. supra, nota 198, de esta memoria, *Concepto*, este Anuario, 1988, donde se exponen diversas hipótesis sobre la situación legal previa al Decreto. Mommsen la equiparaba a la de los Hilotas lecedemonios; Rodríguez Berlanga, suponía un origen tirio. Cfr. ORS, Epigrafía, p. 352, y allí también el *novum genus hominum*, de Tito Livio, 43, 3, y unos manumitidos por Pompeyo *oppinadorum servi*. En todos estos casos, la condición anterior queda latente. El normativismo stammleriano lo estaba aquí también en todo lo anterior.

148 Solamente hasta aquí he utilizado la redacción primitiva, que aspiraba a una construcción conceptual. Lo que sigue es más simple y descriptivo y se aleja de la Norma. Pero el valor jurídico, o más bien, el concepto no depende de las épocas, que el derecho perfora.

y formación social de los pueblos hispánicos, así como la información sobre cuestiones estrictamente jurídicas, deben ser utilizadas para reconstruir el derecho de los diversos pueblos ¹⁴⁹. El crédito que se puede dar a estas fuentes depende de la autoridad del escritor, que ha observado directamente los hechos que relata o aprovecha redacciones anteriores. A la crítica histórica de sus testimonios debe añadirse su valoración jurídica.

En la España Romana, las grandes historias generales de Polibio, de Tito Livio son indispensables para el conocimiento del derecho público ¹⁵⁰: la integración de los pueblos españoles bajo el imperio romano,

149 Hay una serie de noticias sumamente gráficas y expresivas referentes a pueblos diferentes, con las cuales es posible reconstruir un sistema primitivo, pero que vale la pena evocar ante el jurista. Las he simplemente agrupado en la primera página de mi HGDE (1968) sin mayor trascendencia. Alguna de estas noticias, como la relativa a la ley del ósculo se prolonga en fuentes jurídicas ulteriores. Otras deben ser integradas en el conjunto de la obra que las suministra, porque dependen de una concepción. Apoyándose directamente en los textos de Estrabón, Diodoro de Sicilia, Apiano, Plinio, Pomponio Mela, Tito Livio, Julio César, Séneca, el gromático Higinio y algunas inscripciones, Eduardo de Hinojosa ofrece en su *Historia* (p. 47 un artístico cuadro de las instituciones primitivas: los pueblos, carácter y cultura, el derecho y sus fuentes (evitando generalizar las noticias), instituciones políticas, clases sociales, gentilidades, familia y herencia, propiedad, derecho penal y procesal, religión y culto y relaciones internacionales. Por mi parte, prefiero la lectura continuada de cada autor, con un criterio de selección jurídica, sólo fácil en un autor como Estrabón que trata de Hispania en un libro compacto y relativamente breve. Hemos podido hacerlo con Diodoro de Sicilia, gracias a la edición de Nieves MUÑOZ MARTÍN, *España en la Biblioteca Histórica de Diodoro de Sicilia*, Granada, Universidad, 1976, mi reseña en RFDUCMadrid 54 (verano 1978) 204-206. Lecturas de autores muy atractivos como Polibio o Tito Livio aguardan todavía y hemos de contentarnos con los fragmentos tradicionales, y, como algunos dicen, traslaticios. Pero no hay tiempo y también nos marchamos sin Partidas ni Recopilaciones.

150 Polibio es fuente inmejorable para conocer la constitución republicana; sobrio y exacto, como, para Egipto, confirman los papiros (ORS, *Presupuestos*, pp. 70-71); su presencia en Hispania, SÁNCHEZ ALONSO, *Historiografía*, pp. 4-6. Su estimación por Ortega y Gasset. Diodoro de Sicilia, al parecer no merece entero crédito; muy de segundo orden, falto de crítica (Ib. 71, 6-7). Apiano y Plutarco carecen de espíritu crítico; del primero, su libro VI, dedicado a España. También de Tito Livio se nos aconseja precaución (ORS, pp. 69-70), pero se refiere a la exactitud de los conceptos jurídicos; interesa su visión «nacional» dice Sánchez Alonso (pp. 11-14), su carácter de historia oficial; también el aprecio de Ortega (*sub voce*; ej. IX, 143, 149: la penetración en Roma de concepciones provinciales).

la organización provincial, y sus diversas instituciones, adquieren en estas obras una versión superior a la de meras noticias o datos para el historiador del derecho; son más bien una visión histórica genial, que merece ser conservada y transmitida. De las fuentes literarias romanas, tan fecundamente examinadas en la investigación del derecho romano, los autores de procedencia hispánica, y especialmente Séneca, encierran un interés especial, que sobrepasa su época, en cuanto, con los clásicos en general, han configurado el pensamiento occidental en la Edad Media y en el Renacimiento ¹⁵¹.

Las invasiones germánicas y el establecimiento de los pueblos sobre las provincias romanas, que son recogidos por su peculiar significado jurídico en las fuentes de esta índole, no pueden ser captados sino a través de los historiadores y cronistas. Orosio, para la crisis del Imperio y la constitución de los estados germánicos ¹⁵²; Hidacio, para las invasiones

151 Vid. supra, nota 146 in fine. De él sólo tenemos la noticia sobre las nupcias cordobesas, que pocos han leído en su contexto; se encuentra en el *Fragmentum ex libro de matrimonio* que transcribe HINOJOSA (Historia, p. 75) junto con las referencias bibliográficas de DIRKSEN y TAMASSIA. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Bibliografía Hispano-Latina Clásica* (OCC) VIII, pp. 41-78; el mismo en su *Historia de las Ideas Estéticas*, I, p. 205: Ese encuentra en sus escritos lo que menos se espera: sentencias nobles, máximas felices. No hay otros cuyas obras resistan menos la prueba de una lectura seguida». JOSÉ SANTA CRUZ TEJEIRO, «Séneca y la esclavitud», AHDE 14 (1942-43) 612-629. Tesis doctoral de José M.^a STAMPA BRAUN sobre las ideas jurídico-penales de Séneca, Valladolid, 1950. No interesan sólo como testimonio acerca de su época, sino su efecto sobre el porvenir. Séneca en los juristas españoles. Emilio SERRANO VILLAFANE hace su apología y un precioso resumen en su res. a la edición de los Diálogos por Carmen CODONER, ed. Nacional, Madrid 1984, en RFDUCMadrid 73 (1987-88) 734-738. Merece.

152 Sobre Orosio: SÁNCHEZ ALONSO, *Historiografía* I, pp. 65-69. MENÉNDEZ PIDAL traza su *Introducción a la España Visigoda* de la *Historia de España* dirigida por él, Espasa-Calpe, Madrid, III ³, en torno a Orosio, Hidacio, el Biclarense y San Isidoro. También parte de Orosio Ottorino BERTOLINI, en el discurso inaugural de la semana de Spoleto III (1955), *I Goti in Occidente*, Spoleto, 1956, «Gothia e Romania», epílogo de Pier Silverio LEICHT, donde fue tratada la transición romanogermánica desde todos los puntos de vista, con la figura de Sidonio Apolinario, tan significativa para nuestra asignatura. Res. por Martínez Gijón en BUGranada V (1956) 219-223 y AHDE 26 (1956) 905-909. Sobre Orosio y continuadores, Justo PÉREZ DE URBEL, «Las letras en la época visigoda», *Historia* MENÉNDEZ PIDAL, III ², pp. 433-490.

de Hispania, y en cuya obra se contiene también cuanto sabemos del reino suevo ¹⁵³. Jordanes, en su *Getica*, ofrece una historia antigua de los godos muy superior a cuanto sabemos de su época más reciente, ya en España ¹⁵⁴. San Isidoro, también en este campo, ha llenado su papel de compilador, pero además en su *Historia de los Reyes godos* ofrece el cuadro de una concepción política central ¹⁵⁵. San Julián de Toledo, como historiador de un suceso particular, la rebelión contra Vamba, ha suministrado una información única sobre la estructura social y la admi-

153 Luis A. GARCÍA MORENO, «Hidacio y el ocaso del poder imperial en la Península Ibérica», en *RABM LXXIX*, I (1976) 27-42; con bibl. selecta y moderna, también sobre Orosio. Casimiro TORRES, «El Cronicón de Hidacio. Consideraciones», en *Compostellanum* (1956) 765-801.

154 Así como HINOJOSA, en su *Historia* utiliza a Tácito —cuya lejanía respecto a los Visigodos ha indicado el gran visigotista GARCÍA MORENO— y, por no tratar de otros, yo mismo he limitado el *Elemento germánico* a una breve paráfrasis de Julio César (100-44), la *Guerra de las Galias*, y Tácito (56-134), pp. 44-47. Allí mismo aventuré un «elemento» ario, el consabido riesgo, sólo sobre la base del viejo JHERING traducido por POSADA, 1896, y ahora veo que el triunfador ALVARADO, de golpe en la Distancia, superuniversidad, diserta de «Trifuncionalidad y Derecho Privado Romano» en la *RFDUCMadrid* 74 (1989) 17-82, en homenaje a George Dumézil, vecino de Vernón, con un impresionante aparato. También un precedente del un, dos, tres, cuya frecuencia en el sistema penal de las Partidas es curiosa. Para que no se tema que Javier se nos vaya con los hiperbóreos, venía de tratar sobre los «Antecedentes históricos del derecho bursátil» en torno a un libro de derecho: la *Confusión de confusiones* de José de la Vega (1688); mi «manual», p. 268 (CA 22.II.90). En cambio, ante Jordanes hemos retrocedido. Sin embargo interesa una *Historia* que resumió a Casiodoro, en que los reyes godos se dan en una lista muy fantástica, pero por eso mismo más real, y cuya última parte referida a España, con su credulidad, factor del orden, constituye también un monumento de aquella monarquía. (SÁNCHEZ ALONSO, 57 y 136: su utilización por el Toledano Jiménez de Rada, Emilio ALARCOS). Y lo tuvimos cerca: *Historia de los godos escrita en Latín por Jornandes*, versión española de F. Norberto CASTILLA, al fin del tomo II de la *Historia del Imperio Romano, de Ammiano Marcelino*, por el mismo, Granada 1896.

155 Semana XVII de Spoleto, *La Storiografia altomedievale I-II*, Spoleto 1970, y especialmente, HILLGARTH, «Historiography in Spain», pp. 261-311. Mi comunicación «Antigüedad clásica en la Hispania Visigótica», a la XXII Semana de Spoleto, *La Cultura antica nell'Occidente latino dal VII all'XI secolo* (1974), t. II, Spoleto 1975, 603-652, con bibl. J. L. ROMERO, «San Isidoro de Sevilla. Su pensamiento histórico-político y sus relaciones con la historia visigoda», *CHE* 8 (1947) 5-71. En los mismos Cuadernos 1-2 (1944) y 10 (1948) traducciones de las crónicas visigodas.

nistración de justicia ¹⁵⁶. Las epístolas de reyes y preladados visigóticos, las obras de carácter religioso y literario completan la serie de fuentes accesorias ¹⁵⁷.

Las primeras crónicas de la Reconquista, a pesar de su escueta redacción, contienen noticias histórico-jurídicas únicas en cuanto a las instituciones de derecho público; en sus distintas versiones de los mismos hechos, algunas de carácter oficial, permiten contrastar diversos puntos de vista con matiz institucional ¹⁵⁸. La Crónica general de Alfonso el

156 S. TEILLET, «L'Histoire Wambae est-elle une oeuvre de circonstance», en *Los Visigodos. Historia y Civilización*, semana 1985, Murcia, Universidad, 1986, pp. 415-424; destaca el panegírico del rey; la rebelión y el juicio sobre el duque Paulo son los aspectos jurídicos que interesan. En la misma semana y lugar: Biagio SAIITA, «I Visigotici nella visione storica di Gregorio di Tours», pp. 75. Allí, también, entre otras referencias a crónicas visigóticas, Alberto FERREIRO, sobre la del Biclarense, cronista de Leovigildo y Recaredo, pp. 145-150. Versión española de la Biclarense, por Irene A. ARIAS, en CHE 10 (1948) 129-141.

157 Epístolas de y a Sisebuto, en la *Miscellanea Wisigothicae* de Ioannes GIL, Sevilla, Universidad, 1972. José MADOZ, *Epistolario de San Braulio de Zaragoza*, Madrid 1941. José ORLANDIS, *Zaragoza Visigótica*, Lección inaugural, 1968-69, Zaragoza, pp. 21-27, sobre San Braulio, cuya intervención en el *Liber Iudicum* de Recesvinto es una conjetura.

158 Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Investigaciones sobre Historiografía hispana medieval (siglos VIII al XII)*, Universidad, Buenos Aires 1967; compilación de sus trabajos sobre crónicas medievales, a los que hay que añadir el vol. de sus *Orígenes del Feudalismo*, 1942, mi res. en AHDE 19 (1948-49) 683-684; y antes, en 16 (1945) 825-827, 828-829. Claro está que en las crónicas miramos, más que relatos históricos, monumentos del derecho público u Organización, conforme a la distinción-que-seguimos. SÁNCHEZ ALBORNOZ, necrología de Georges Cirot (1870-1946), estudioso de la Cronografía hispánica, con bibl. en CHE 6 (1946) 194-200. MENÉNDEZ PIDAL, «Sobre la Crónica Pseudo Isidoriana», Ib. 21-22 (1954) 5-15. Bajo la rúbrica de «Historias generales», textos y literatura desde los cronicones y anales más antiguos hasta los manuales escolares recientes, en SÁNCHEZ ALONSO, *Fuentes de la Historia Española*, 2.ª ed. 1927, pp. 6-20; ed. 1952, I-III. A. UBIETO ARTETA, *Crónica de Alfonso III*, Valencia 1961; ed. anterior por Z. GARCÍA VILLADA, 1918; M. STERO, «El latín de la crónica de Alfonso III», CHE 4 (1946) 125-135. CL. SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Sobre la autoridad de las crónicas de Albelda y de Alfonso III» en *Bulletin Hispanique*, 3-4, 1947, y «El autor de la crónica llamada de Albelda (Ib. 50, 1948), res. Nilda GUGLIELMI, CHE 23-24 (1955) 358-360; el mismo, «De nuevo sobre la crónica de Alfonso III y sobre la llamada historia silense». CGE 37-38 (1963) 292-317; polémica con UBIETO. Justo PÉREZ DE URBEL y Atilano GONZÁLEZ RUIZ

Sabio es un monumento historiográfico, apenas utilizado todavía en cuanto al derecho y a las instituciones ¹⁵⁹. Y las crónicas de los reina-

ZORRILLA, *Historia Silene*, Madrid 1959; SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Sobre el autor de la llamada Historia Silense», CHE 23-24 (1955) 307-316; sin identificarlo individualmente, traza la semblanza de un defensor de la causa leonesa en las discordias que siguieron a la muerte de Fernando I. Esta posición es la que interesa al jurista. Luis SÁNCHEZ BELDA, *Chronica Adefonsi Imperatoris*, CSIC, Madrid 1950; res. LÁSCARIS, AHDE 20 (1950) 873-875; Nilda G. en CHE 20 (1953) 183-184. UBIETO ARTETA, «Sugerencias sobre la Chronica Adefonsi Imperatoris», en CHE 25-26 (1957) 317-326; introduce un nuevo tipo de historia oficial (SÁNCHEZ ALONSO I, p. 125); como su nombre indica, es el libro correspondiente al debatido Imperio medieval Español. Cfr. R. MENÉNDEZ PIDAL, *El Imperio Hispánico y los Cinco Reinos*, IEP, Madrid 1950; mi reseña en *Arbor*, rev. del CSIC, «Observaciones a la tesis del Imperio Hispánico y los Cinco Reinos», n. 63, 1951. Poema de (la toma de) Almería, MENÉNDEZ Y PELAYO *Antología de poetas líricos I*, pp. 67-68.

159 Carácter inaugural tiene, dentro del *Catálogo de la Real Biblioteca*, el de *Crónicas generales de España*, por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, Madrid 1898. Otro 98. Su edición de la de Alfonso el Sabio en 1906, reproducida en Madrid, 1977, por Gredos, con el discurso en la Academia de la Historia, 1916, que el gran maestro rehizo completamente en 1955, vol. II, y un tercero que se anunciaba con estudio actualizador por Diego Catalán. La crónica llega hasta el reinado de Fernando III el Santo. Al mismo Diego CATALÁN, y en el Seminario M.P., y editorial, se debe la Gran Crónica de Alfonso XI, 1976, I.II. *Poema de Alfonso XI. Fuentes, dialecto, estilo*, Bibl. Románica, Madrid 1953; res. de Nélide H. en CHE 23-24 (378-380), íntimamente relacionados los poemas épicos con las crónicas: Historia, Literatura, Derecho. Obligado es utilizar todavía los tres vols. de la BAE, por Cayetano ROSELL, *Crónicas de los Reyes de Castilla*, 1875, 1953, I: crónicas de Alfonso X, Sancho IV y Fernando IV (Tres crónicas); II: Enrique II, Juan I, Enrique III y Juan II; III: y Enrique IV y RRCC. Son estas crónicas oficiales las que más interesan al historiador del Derecho. Casto M. DEL RIVERO, *Índice de las personas, lugares y cosas notables que se mencionan en las tres crónicas de los Reyes de Castilla*, CSIC Madrid 1943; res. Nélide B. en CHE 3 (1945) 207-208. J. GÓMEZ PÉREZ, «Elaboración de la Primera Crónica General de España y su transmisión manuscrita», *Scriptorium* XVII, 2 (Bruselas 1963) 233-276; su edición de la Crónica; el mismo, «La estoria de España Alfonsí de Fruela II a Fernando III», *Hispania* 25 (1965) 485-520. Res. de Ricardo Orta a la edición portuguesa, en CHE 23-24 (1955) 369-382; aumenta hasta 1.344. Encargos del soberano son sucesivamente las crónicas de Lucas de Túy (1236), familiar a los historiadores del derecho por su «velut a somno surgens», clave del germanismo español, (*Crónicas de España*, Madrid 1926; res. BSA, ref. *Revista de Filología Española* 13, 1926, 391-392) y Rodrigo Jiménez de Rada, «Gran señor y hombre de negocios de Castilla» según Hilda GRASSOTTI, en CHE 55-56 (1972) 1-302, por ambos conceptos interesante para la Asignatura pero principalmente como arzobispo de Toledo y autor del *Rerum in Hispania gesta-*

dos siguientes ofrecen una visión paralela a la de los textos legales; de especial interés cuando el autor es una personalidad destacada en la vida pública de su tiempo, como el Canciller Pedro López de Ayala ¹⁶⁰. A medida que en esta labor de los cronistas se van insinuando los criterios de la historia, ganan junto a su valor documental otro correspondiente a su calidad de visión histórica ¹⁶¹. Los Anales de Aragón, por Jerónimo

rum Chronicon o *Historia Gothica*, que enlaza la cronografía visigótica con la de Alfonso el Sabio, continuidad análoga a la de los libros de derecho, estudiadas estas crónicas, y las de otros reinos peninsulares, en el cuadro más general de la *Historiografía*, por SÁNCHEZ ALONSO, mi reseña en AHDE 16 (1945) 780-784; crítica por SÁNCHEZ ALBORNOZ en SUS CHE 3 (1945) 210-212. Deben ser recordados los estudios y ediciones de crónicas medievales por Antonio Ubieta, cuya muerte lamentamos, en sus universidades de Valencia y Zaragoza. Y un lugar destacado y amplio ocupa la Colección de *Crónicas españolas dirigida* por don Juan de MATA CARRIAZO, I-IX, 1940-1946, con estudios preliminares exhaustivos; interesan aquellas crónicas relacionadas con personajes de significación pública, como libros específicos de alguna magistratura: ej. don Álvaro de Luna, pero sobre todo la de los Reyes Católicos por Hernando del Pulgar (res. DELLATORRE en CHE 3 [1945] 203), que ha ponerse en contraste con la de Alonso de Santa Cruz, I-II, editada en Sevilla 1951.

160 MENÉNDEZ Y PELAYO, *Antología de Poetas líricos*, I, OCCC 17, pp. 345-369, «primer tipo de hombre moderno» (como San Agustín). R. MORALES, en ECE IV (1963) 120-122. Kenneth ADAMS, en su edición del *Rimado de Palacio*, Bibl. Anaya, Madrid 1971. J. L. MOURE y G. ORDUNA, sobre las Crónicas, en CHE 63-64 (1980) 256-292 y 352-366; 65-66 (1981) 456-468; 67-68 (1982) 401-409. Del último, «El *Rimado de Palacio*, testamento político-moral y religioso del canciller Ayala», en *Homenaje* a SÁNCHEZ ALBORNOZ, IV, Anexos de CHE, Buenos Aires 1986, pp. 215-237. Pablo A. CAVALLERO, «Ayala y los Jerónimos», Ib. 505-519. El mismo SÁNCHEZ ALBORNOZ estudió la figura de Ayala como historiador. No conozco un trabajo sobre Ayala y el Derecho. Tópicos en *Rimado de Palacio*: Civilistas y canonistas (810), Consejo real (428, 614), Contadores (10, 455, 462, 470), Cortes (502), Jueces (131), Justicia del Rey (342), Letrados y pleitos (314), Leyes y Fueros (678). Estos lugares sueltos pueden ser pinceladas en la descripción de las respectivas instituciones o figuras jurídicas, pero han de ser previamente consideradas en su contexto y en su conjunto, y en la obra total del autor, que tiene un propio mundo; esta es su posición para una historia General del Derecho como historia de libros y de autores (26.II. S. Cesáreo de Arlés, cfr. *Elementos*, p. 18). La crónica de Pedro I junto a una multitud de tópicos, como tenencia de castillos, sucesión al trono, caballería, trata de modo insuperable la Behetría II, 14) y los fueros de Toledo (II, 18-19). M.^a del CARMEN CERRUDO, «Las instituciones en las crónicas del Canciller Ayala» tesis doctoral en la Universidad de Granada, notable, 1962.

161 La valoración que de las crónicas hacen los historiadores se inspira en la exactitud de su relato acerca de los acontecimientos; una lectura jurídica, sin prescindir del todo de

Zurita, junto al rigor crítico, tienen el mérito de una aguda conciencia para las cuestiones jurídicas ¹⁶². La Historia del P. Juan de Mariana, a pesar del retroceso que significa en el aspecto crítico, y del cuidado con que debe reducirse su tendencia retórica, presenta en cuadros llenos de vida las instituciones del derecho público, con una íntima comprensión desde la época del autor ¹⁶³.

los hechos, tan difícilmente separables del derecho, ha de buscar o bien el arte con que el autor ha defendido unas posiciones de parte, como lo haría ante un tribunal, o en último término el juicio que acerca de los conflictos emita, que es, en definitiva el juicio de la Historia. Se trata de la conceptualización jurídica de la Historia y de la Historia contemplada por un jurista.

162 Jesús LALINDE, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, Librería General, 1976, admirable síntesis, copiosa información, penosa encuadernación, establece el paralelismo entre foristas y cronistas, p. 15; con frecuencia recurre al testimonio de éstos, y particularmente «para la adquisición de datos históricos siempre es conveniente recurrir a los clásicos *anales* de Zurita», p. 98. A. GARCÍA GALLO en la *Antología de fuentes*, de su *Manual de HDE*, 1959, ha seleccionado, n. 887, un expresivo texto de los Anales, relativo al poder regio en Fernando el Católico. Jerónimo Zurita y Castro (1512-1580), primer cronista del Reino, cargo creado en 1547, y en 1548 provisto en su persona, cargo que duró hasta la pérdida de los Fueros; manejó papeles de todas clases (SÁNCHEZ ALONSO, *Historiografía* II, pp. 32-36. Me ha servido Zurita para indicar la confirmación del Fuero de Sepúlveda por Alfonso I de Aragón durante su efímero reinado en Castilla (HGDE, p. 35), y apreciar el matiz de que una misma reunión es considerada por el castellano Pulgar como unas Cortes y por Zurita como una simple junta de ciudades (p. 87), mínimos indicios de la posibilidad de fijar en los cronistas contrapuestas posiciones jurídicas. Por lo demás, es inútil advertir el vacío de esta memoria acerca del amplio campo de la historiografía moderna y de la Corona de Aragón. He observado que a falta de literatura jurídica propia de las Baleares, Lucas Cortés se refirió a la Historia General del Reino (1633), continuada por Vicente Mut hasta 1650 (HDGE, p. 381), cuyos datos he tomado para describir la práctica criminal en Mallorca (pp. 379-380). Ej. de riqueza en este campo, los *Anales de Granada*, por FRANCISCO ENRIQUEZ DE JORQUERA, ed. MARÍN OCETE, Granada, Universidad I-II, 1934; nueva reimpresión con estudio e índices por GAN.

163 El padre Mariana aparte del significado de su *De rege et Regis institutione*, obra famosa sobre todo por el accidente del libro, esencial para la figura suprema del derecho público, con su posición resuelta, que HINOJOSA (Obras I, 25-152, *sub voce*) presenta embebida en el conjunto de los filósofos y teólogos que tuvieron influencia en aquél, de los que se destaca en nuestros días Julio Gerardo MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, con «*Il Diritto alla resistenza in padre Mariana: i suoi piú significativi antecedenti storici*», tesi di Laurea di Bologna en este *Anuario* 6 (1988) 411-543, y su obra «*Avisos para tiranos, sistemas totalitarios, dictadores, reyes, príncipes, ministros y toda clase de hombres de Estado, tomados de muy buenos autores del pensamiento universal. — Un análisis histórico del derecho de resistencia*», vol. I, Granada

Entre las fuentes literarias, ocupa un lugar único, como fuente de conocimiento de las instituciones medievales el Poema del Cid ¹⁶⁴. Su realismo y la riqueza de su creación poética, y por lo tanto, adivinadora, constituyen a este monumento literario en fuente excepcional e inagotada

1980; vol. II, Granada 1982. (Y su disertación en el Seminario Hinojosa, de Granada, 12-IV-1967). Juan de Mariana interesa también como autor del *De rebus Hispaniae libri XXX*, que él mismo vertió al castellano y dedicó a Felipe II; se apoyaba en Florián Docampo y Ambrosio de Morales, a quien debemos las Fórmulas Visigóticas; estaba destinada a la educación de Felipe III, heredero de la grande monarquía; «obra española más que romana la de Tito Livio, marca enérgicamente en la historia del mundo la de nuestra nación» (Godoy Alcántara), cit. por Sánchez Alonso II, pp. 169-174). Interesan también otras historias allí descritas, como la del jurisperito Gregorio López Madera, *Excelencias de la monarchia y reino de España*; Ginés de Sepúlveda, Alonso de Santa Cruz, Alonso de Illora y otros cronistas del Emperador; la *Crónica* de Pedro Girón, modelo de edición por Juan SÁNCHEZ MONTES, CSIC, Madrid 1964, y asimismo las de Felipe II y las que se ocupan de sucesos particulares y de los diversos reinos. Alfonso GARCÍA GALLO, encabeza sus *Estudios de Historia del Derecho*, INAJ, Madrid 1972, con uno dedicado a la «historiografía jurídica indiana», con mención expresa de la *Historia* por Bartolomé de las Casas y algunos continuadores. SÁNCHEZ ALONSO, *Historiografía* II, 91-158, 238-276 y 377-432, amplia descripción de estas fuentes indirectas, consideradas aparte las «historias consagradas principalmente a la noticia de los indígenas» que son para estos pueblos hispánicos lo mismo que Estrabón, Diodoro de Sicilia o Apiano para los primitivos españoles.

164 Vid. supra, n. 14. Juan GARCÍA GONZÁLEZ, «El matrimonio de las hijas del Cid», AHDE 31 (1961) 531-568 significa no sólo la continuidad con el trabajo de Hinojosa, y un positivo adelanto en esta línea, apoyado ciertamente en el incremento de los estudios en torno al Poema, debidos a Menéndez Pidal, sino también en la profundización del contenido jurídico, no limitado al papel de confirmar las fuentes legales o suplir sus vacíos, sino de descubrir su propia concepción del derecho. El nombre que preside esta tarea de la historia universal del derecho es Jacobo GRIMM (1785-1863) y su hermano Guillermo (1786-1859), alumnos de Savigny, fundadores de la Filología germánica. En el tomo II de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (desde 1814) aparece el escrito sobre «poesía y Derecho», y en los siguientes algunas notas sobre el tema; sus relaciones recíprocas. Han encontrado en el derecho una peculiar poesía: parientes de la espada y del huso; hijos del regazo, arrojar al bosque, donación matutina, lo que la antorcha consume, arrojado al agua, donde sus pies no encuentren fondo, sus ojos no vean más el cielo ni escuche ya una voz; tanto como cante o vuele el gallo, tan lejos como sean arrojados una piedra o un martillo, el sueño de un rey, la siesta de un emperador, lo que en un tiempo recorre un caballo, o un asno, mirar las cuatro paredes de la casa. En su carta a Achmeller, 1828: «Lo que más me alegra es que ahora los meros juristas tendrán algún respeto por la Lingüística y sus resultados». Bibl. sobre poesía y derecho en H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte* I ². Karlsruhe. Müller. 1962. pp. XXIV-XXV.

para la historia del derecho. Los otros monumentos de la épica medieval ¹⁶⁵, el Libro del Buen Amor, la literatura satírica y cortesana ¹⁶⁶, el

165 Naturalmente, ha de ser considerada en el conjunto de la Épica, ni siquiera limitada a lo nacional. Cfr. Juan TAMAYO Y RUBIO, *Panorama de Historia de la Literatura*, 3.ª ed. Madrid 1934, pp. 77-87 (la epopeya medieval). Ramón MENÉNDEZ PIDAL, «Los Godos y el origen de la epopeya española» en la Semana III de Spoleto, *I Goti in Occidente*, 1956, pp. 285-322; discursión en pp. 345-351. A. GARCÍA GALLO, «El carácter germánico de la épica y del derecho en la Edad Media Española», *AHDE* 25 (1955) 583-679. *Poema de Fernán González*, ed. de Alonso ZAMORA VICENTE, Madrid, Espasa-Calpe, 1956, 1963, con ref. a MENÉNDEZ PIDAL, *Reliquias de la poesía épica española*, Madrid 1951.

166 Y lírica. *Cantigas de Santa María de don Alfonso el Sabio*. Las publica la R. Academia Española, I-II, Madrid 1889; con miniaturas que ilustran sus asuntos, también jurídicos. Juan RUIZ, arcipreste de Hita, *Libro de Buen Amor*, ed. de Alfonso REYES, Madrid, Calleja, S. A. Ha sido objeto de atención por los procesalistas. Mi admirado, a pesar o tal vez por la justa enemistad que nos separa, José Luis BERMEJO, ha tratado del «Saber jurídico del Arcipreste de Hita», *Actas del Congreso* sobre éste (1973 409-415, reimpreso ahora en *Derecho y Pensamiento Político en la Literatura Española*, Madrid, Feijóo, 1980, junto con otros estudios, sobre Berceo, Arcipreste de Talavera, Juan de Mena, La Celestina, Cervantes, Lope de Vega, y el tratamiento de la Recepción romanista en la tradición literaria española. Su propósito expreso, la comprensión de la Literatura «desde una perspectiva jurídico-política», pero claro está que también se dirige a una comprensión del Derecho, que más nos interesa, desde la Literatura. Sobre Juan de Mena (1411-1456), junto a la edición de Blecua, la de J. G. GUMMINGS, Cátedra, 1979, del que importan no sólo los repetidos versos relativos a la bondad de la justicia entre los moros (UREÑA, *Historia*, p. 143, que puso en circulación don Rafael Floranes, cfr. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, p. 125, que siguiendo a Menéndez y Pelayo los atribuye a G. Martínez de Medina) sino el conjunto del «Dezir sobre la justicia y pleitos» (en *Cancionero Castellano* del siglo XV, ordenado por E. FOULCHÉ-DELBOSC, Nueva Biblioteca de Autores Españoles, Madrid I, pp. 200-203), no deben olvidarse las páginas de MENÉNDEZ Y PELAYO, quien ha acertado a extraer estos dos versos del Laberinto:

Hoy los derechos están en la lanza
Y toda la culpa sobre los vencidos.

Constante. En su *Antología de Poetas líricos castellanos*, I-X, (OCC XVII-XXVI), citada una vez por todas para esta clase de fuentes indirectas de la HDE.

Romancero ¹⁶⁷, la canción popular ¹⁶⁸, la Novela ¹⁶⁹ y el Teatro ¹⁷⁰ son

167 *Romancero*, Biblioteca Literaria del Estudiante, dir. por R. Menéndez Pidal, XXV, 2.ª ed. por Gonzalo M. P., Madrid 1936, con bibl., del *Tratado de los Romances Viejos*, de MENÉNDEZ Y PELAYO (1903) nueva edición en OCCC, *Antología* cit en nota anterior, tomos VI a IX, estudio y textos. Ch. V. AUBRUN, «Les romances historiques du XV^e siècle», en CHE 69 (1987) 245-255, con ref. a MENÉNDEZ PIDAL, *Romancero hispánico* (1954). *Flor Nueva de Romances Viejos* que recogió de la tradición antigua y moderna E. MENÉNDEZ PIDAL, 1943, Espasa-Calpe, Madrid 1968. Juan Ramón JIMÉNEZ, «El romance, río de la lengua española», en su *Trabajo Gustoso. Conferencias*, Madrid, Aguilar, 1961, pp. 143-187.

168 Una conferencia de A. GARCÍA GALLO sobre relaciones jurídicas en el Cancionero; cfr. mi reseña (S.) en AHDE 19 (1948-49) p. 891. No es muy orientador el *Cancionero Musical*, por MARTÍNEZ TORNER, en la colección cit. supra, t. III, 1928. Agudas observaciones en la conferencia de F. GARCÍA LORCA, «Las nanas infantiles», OCCC, Madrid, Aguilar 1954, pp. 50-67. El *Canto General* de Pablo Neruda, para el derecho de Indias; con su testamento, recogido en mi curso de *Introducción al Derecho*, de la UNED, 1977, UD 2, p. 197. Pero lo principal sigue siendo el discurso de ingreso de Hinojosa en la Academia Española (6.III.1904) ahora en sus *Obras* III, 433-454, inseparable de la contestación de don Alejandro Pidal y Món (1846-1913), político y tomista, un momento estelar de la Cultura española y de nuestra Asignatura.

169 A. IGLESIA FERREIRÓS, «La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego de San Pedro», AHDE 39 (1969) 708-723; el ripto; *Cárcel de Amor* y *Tratado de amores de Arnalte e Lucenda*; sobre este autor y obras, MENÉNDEZ PELAYO ya en la Antología cit. supra, III, 168-183, passim, y de nuevo en sus *Orígenes de la Novela*, II, pp. 30-48; esta obra monumental, que incluye *La Celestina* (III, 219-457; passim) comprende desde el Antiguo Egipto hasta las derivaciones de la tragicomedia, pero no llega a entrar en la novela picaresca. (OCCC XIII-XV). Por supuesto, el interés histórico-jurídico de la Novela alcanza a la de nuestros días. *El castillo*, *El Proceso*, de Kafka. *La mujer nueva*, de Carmen Laforet. «Historia y creación», Universidad de Lille, mayo de 1989.

170 Si Plauto y Terencio han ocupado a los romanistas, el vasto Teatro español podría devastar nuestra asignatura. Solamente los nombres de Lope de Vega y Calderón abren un inmenso horizonte. Modelo de profundización en los tópicos «despotismo, libertad política y rebelión popular en *La Vida es Sueño*», el estudio de J. ALCALÁ ZAMORA y QUEIPO DEL LLANO, en *Cuadernos de Investigación Histórica Seminario Cisneros* de FUE 2 (1978) 39-113 mi reseña en *Arbor* 414, 1979, 261-266. Tirso de Molina ha formulado con precisión y ardor la situación de Vizcaya en la monarquía española. *El delincuente honrado*, de Jovellanos. Manuel Linares Rivas ha sido objeto del más severo juicio por Francisco RUIZ RAMÓN en su *Historia del Teatro Español* II, Alianza Editorial, pp. 54-56 pero algo dice en su favor que sus piezas dramáticas planteasen cuestiones jurídicas de su tiempo (1867-1881). Y ahora estoy escuchando a don Joaquín CALVO SOTELO, que en *La Muralla*, más dar que un reflejo pronunció un alegato

otros tipos de fuentes que junto a su significación literaria infinitamente más amplia tienen esta otra de permitir la contemplación histórico-jurídica. Su mera apreciación como fuentes accesorias debe ser superada por aquella que establece las relaciones entre Derecho y Literatura ¹⁷¹.

Análoga situación tiene para la historia del derecho la llamada *Jurisprudencia picturata*. En las artes plásticas el tema del derecho y de la justicia, aspectos reales de la vida jurídica y concepciones teóricas han quedado figuradas expresivamente ¹⁷². Las miniaturas de los manuscritos jurídicos, documentos y libros de derecho, ilustran gráficamente nuestros estudios, a veces con el dominio de una concepción unitaria general del tema ¹⁷³.

Junto a las fuentes escritas figuran las orales. Falta a éstas un elemento que condiciona su mismo carácter histórico; cuando tardíamente han sido puestas por escrito, queda imprecisa su verdadera antigüedad; no basta la vaga nota de lo primitivo, que a veces es muy reciente. Considera Besta «un maravilloso archivo del pasado el lenguaje por sí mismo, tanto el técnico como el vulgar»; éste recoge viejas palabras técnicas, después de

de jurista independiente. O bien BUERO VALLEJO, en *El extraño caso del doctor*. No sólo el texto escrito, sino la representación pública. Y Eugenio D'ORS, sus *Nuevo Prometeo y Guillermo Tell*, en *Novelas y Cuentos*, ed. Magisterio Español, Madrid 1970, con mi preliminar.

171 Juan OSSORIO, *Derecho y Literatura*, conferencia, Granada, Universidad, 1949.

172 TORRES LÓPEZ, *Lecciones*, I ², p. 80. PÉREZ PRENDES, *Curso* I ⁴, p. 221. HANS FEHR, *Das Recht im Bilde*, 1923. Bibliografía alemana en la reseña de K. FRÖHLICH a K. SIMON, *Abend-ländischen Gerechtigkeitsbilder*, Franfort M., Waldemar, 1948, en ZSS Germ. 67 (1950) 447-450.

173 Pascual MARÍN, en su reseña del *Vidal Mayor*, ed. por G. TILANDER, Lund. I-III, 1956, RGLJ 105, 1957, 572-577 ha interpretado parte de las miniaturas del Ms. Perrins 112, reproducidas por el editor en el t. I. Bibl. en CONRAD DRG I (n. 164 *in fine*) p. XXV. J. LÓPEZ DEL TORO, «Manuscritos con pinturas. Sus exposiciones, sus catálogos y su provenir», en RABM LXIII, 1 (1957) 69-80. J. M.ª MADURELL, «Códices miniados», en *Wilhelm Neuss zum. 80 Geburtstag*, I, Münster West., 1960-61, 85-114. G. MENÉNDEZ PIDAL, «Los manuscritos de las Cantigas. Cómo se elaboró la miniatura alfonsí», BRAH CL, I (1962) 25-51. Vid. supra, nota 166 *in fine*.

haber perdido su significado originario ¹⁷⁴. La fraseología y los refranes, algunos específicamente jurídicos, han atraído la atención de los investigadores, en el marco del Folklore. Esta creación popular y anónima guarda cierto paralelismo con las máximas y proverbios jurídicos, originados en la práctica del derecho o en su enseñanza; expresan una norma o una convicción jurídica, y más generalmente una apreciación sobre el derecho y la administración de justicia ¹⁷⁵.

No sólo en las palabras se expresa el derecho, sino también en acciones y gestos que, simplemente aludidos en las fuentes escritas, han perdurado dentro de la vida jurídica, o fuera de ella, en ceremonias o en juegos populares ¹⁷⁶. Finalmente, en objetos utilizados por valor simbólico, o efectivamente en actos de la administración de justicia, en la contrata-

174 BESTA, *Avviamento*, pp. 56-57: «Il linguaggio è... un meraviglioso archivio del passato giuridico. La toponomástica... Nè meno intruttivo riesce il parlar corrente, sia tecnico o no. Anzi forse piú il linguaggio non técnico che il técnico». Amplia bibliografía sobre lenguaje, folklore, simbología en CONRAD, *DRG I* ², 1954, pp. XXIII-XXV.

175 Vid. *supra*, notas 117 y 118.

176 Sobre juego y derecho, el cap. 4.º de *Homo ludens* (1954) por HUIZINGA, Alianza Editorial, 1968. Más profundo, claro, que la mera utilización como fuente.

ción; utensilios, instalaciones y lugares que constituyen el objeto de la arqueología jurídica, sometida siempre, para el historiador del derecho, al testimonio de las fuentes jurídicas ¹⁷⁷.

177 Percy E. SCHRAMM, y colaboradores: *Herrschaftszeichen und Staatssymbolik. Beiträge zu ihrer Geschichte vom dritten bis zum sechzehnten Jahrhundert*, I-III, 1954, 55, 56, Stuttgart, Hiesermann. Res. por ERLER, en ZSS Germ. 72 (1955), 73 (1956) y 74 (1957). Emilio BUSSI, «Vom Hirtenstab zum Kaisersymbol», *Cuadernos Peláez* 11 (1990) 2461-2474.

Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, *La Picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madrid 1907. Conde de CEDILLO, *Rollos y picotas en la provincia de Toledo*, conferencia, Madrid 1917; reseña de JIMÉNEZ DE ASÚA en RCJS I (1918) 292-294, con bibl. anterior, valoración jurídica; distinción originaria de rollo y picota y ulterior confusión; la polémica acredita que las piedras por sí solas no dan testimonio. El mismo JIMÉNEZ DE ASÚA, en su *Tratado de Derecho Penal*, I ³, Buenos Aires 1964, (213, pp. 727-730) junto a títulos raros y curiosos insiste en la valoración jurídica. Antonio GONZÁLEZ BLANCO, *Horcas y picotas en la Rioja. Los rollos y su significado*, Madrid, eds. Morata, Jaimés, Cajas de Ahorro de Logroño, 1985, además de una copiosísima bibliografía, trata el tema en Europa, especialmente Inglaterra y Alemania; ofrece una explicación histórica de la eventual desaparición de esta práctica; rica ilustración gráfica; el prólogo de Gacto pone en evidencia que este libro entraña un reto para los historiadores del derecho. Cfr. la reseña de Aquilino IGLESIA en AHDE 55 (1985) 966. Mi correo académico de 13.II.90, San Gregorio II, sobre el desconcierto en que este aspecto de las Fuentes, en general despachado con facilidad, trae al Método. ¿Hechos o dichos? Pero ahí están los peñascos.

DE LAS FUENTES JURÍDICAS. Fernando Betancourt, en una nota crítica de la mejor escuela (*Cuadernos de Peláez* 11, 1990, 2519) acaba de decir: «Desde la perspectiva romanística, solemos subordinar —como no puede dejar de hacerse en una investigación jurídica— las fuentes literarias a la perspectiva jurídica, que es tanto como decir a las fuentes jurídicas». Esta es la posición adoptada en los «famosos *Presupuestos Críticos*» que otro dorsiano acaba de evocar (Ib. 2499) relacionándolos con los actuales *Proyectos*, cuyo genuino nombre, censurado el impropio «pedagógica», sería, en mi opinión el de *Memoria Preliminar*, documentada por Menéndez Pidal en su instancia de 21.I.1898; posición que hemos adoptado en la presente. Vid. supra, n. 146 y lugar del texto correspondiente.