

II. Departamento de Derecho Privado

1. Historia del Derecho y de las Instituciones

MÉTODO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL III-VI

Por el Dr. D. Rafael GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA.

Catedrático de la asignatura.

SUMARIO

- III. *CRÍTICA DE LAS FUENTES.*
 - 47. LA FUNCIÓN CRÍTICA.
 - 48. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS FUENTES.
 - 49. RECENSIÓN DEL TEXTO.
 - 50. FIJACIÓN DE LA AUTENTICIDAD.
 - 50 BIS. AUTENTICIDAD JURÍDICA.
- IV. *INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES.*
 - 51. HACIA LAS INSTITUCIONES.
 - 51 BIS. HACIA EL CURSO HISTÓRICO.
- V. *OTROS MEDIOS DE CONOCIMIENTO.*
 - 52. LOS OTROS MEDIOS DE CONOCIMIENTO.
 - 53. LAS CIENCIAS AUXILIARES.
- VI. *ELABORACIÓN DEL CURSO HISTÓRICO DEL DERECHO.*
 - 54. EL CURSO HISTÓRICO.
 - 55. HISTORIA DE LAS FUENTES.
 - 56. EL SISTEMA DE LAS INSTITUCIONES.
 - 57. LA HD COMO SUCESIÓN DE SISTEMAS.
 - 57 BIS. HISTORIA DEL DERECHO Y SISTEMA JURÍDICO.
 - 58. DOGMÁTICA E HISTORIA DEL DERECHO.
 - 58 BIS. DOGMÁTICA E HISTORIA DEL DERECHO.

PRELIMINAR

Ha venido a coincidir la publicación de esta parte de mi Memoria de Cátedra, la relativa al Método, con la celebración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, cuyo Anuario me otorga esta hospitalidad, de unas Jornadas, supongo que primeras, organizadas por el Departamento en el que actúa con activo entusiasmo mi antiguo alumno y animoso editor don Julio Gerardo Martínez y Martínez, sobre Didáctica y metodología de la Historia del Derecho y las Reformas de los Planes de Estudio. Con ello estas páginas despiertan para mi el placer accesorio de entrar en un diálogo, que por esto se convierte en principal, y que no por practicarse en la Distancia, lo que no es ajeno a mi carrera en su fase más intensa y singular, y con cierto retardo que es propio de la Historia, deja de ser vivaz y, esperamos, fecundo. En este mismo número del Anuario podrán ver los lectores, y yo mismo, una detallada reseña de las intervenciones en dichas Jornadas a las que tal vez puede servir de contraste un pasado que en cierto modo represento. Como final de aquéllas, con honores de lección de clausura, intenté en una charla evocar el panorama de nuestra asignatura, con referencia al método, que encontré al incorporarme a lo que ha sido llamado el gremio, en 1942, y algunas variaciones observadas en el transcurrir del tiempo hasta llegar al momento presente, en que el apartamiento y la declinación hacen mi visión necesariamente incompleta. Hace tiempo que aspiro a fijar esa otra memoria, que sería el complemento y epílogo de la inaugural. desde que la amable invitación de don Giulio Vismara, en la Católica de Milán, en la que pude apenas pasar de la presentación de una obra allí desconocida, como también entre nosotros, aunque siempre respetada, el Curso de don Galo, en el que he venido a cifrar la conclusión de una constante dedicación en el mismo iniciada. Hay otra coincidencia que presta a los capítulos de la presente sección de la memoria, una relativa actualidad: la invitación del primer doctor mío, don Ramón Fernández Espinar, catedrático de Granada en Granada a participar en los Programas de Doctorado en aquella imperial y querida universidad, para 1990-91 y 91-92, entre otros temas monográficos (el Procedimiento criminal y el Consejo Real, que me devuelven el aire necesario de nuestra disciplina) a este introductorio sobre la Investigación, que durante muchos años tenía abandonado. El mismo profesor, entre las publicaciones que encierran el testimonio de una larga tarea universitaria, acaba de ofrecernos la segunda edición de su Comentario a Textos Jurídicos Históricos, Metodología y Textos (Granada, 1989) ahora con el título de Antología de Textos Jurídicos Históricos con orientaciones metodológicas para su comentario, (1990) en la que de modo admirable y ponderado se sirve a la finalidad que indicaba don Galo: El (posible) manejo y la lectura de los antiguos textos, libros de derecho por el que yo daría no sólo mi manual, sino el de otros colegas: desde el decreto de Emilio Paulo hasta los liberales del siglo XIX, con sutiles mejoras y variantes de edición a edición, pero considerablemente aumentada la Metodología, de 37

a 214 páginas, en las que elemental debe entenderse en aquel sentido que supera la convencional distinción entre investigación y enseñanza por la unidad del estudio superior. Esta publicación que sintetiza un elevado saber de los principios y el saber manual de la práctica (las tradicionales prácticas de nuestra Facultad que los más grandes maestros han ilustrado con su ejercicio), me tranquiliza, junto con las anteriores aportaciones y deliberaciones sobre el Método, acerca de lo incompleto de esta Memoria mía y aun de la confusión y las contradicciones que en la misma se pueden advertir. Apenas es necesario repetir que su primera redacción en 1947 (su original se conserva en el Archivo Central de Alcalá de Henares, a cuyo personal y dirección, y especialmente a doña Dolores Vázquez de Aldana tengo que agradecer haberme facilitado copia de algunas páginas que faltaban en el mío, legajo 12.632), fue objeto de retoques dos años después y de añadidos en el ejemplar extraviado, ¡sacros archivos públicos! Que quince años más tarde, en el intento de una reelaboración conseguí acaso una redacción más sobria y madurada, pero también eliminados algunos elementos de mayor energía, que ahora, veinticinco o treinta años después, me he obstinado en recuperar en una mezcla de ilusión y decepción, si no son la misma cosa.

Acostumbrado a la comodidad de los seminarios científicos con todos los libros a mano y su libre y aun abusiva disponibilidad, ahora tengo ocasión de sufrir el revés de esa institución y su régimen, que por otra parte, según nos advirtió a su tiempo don Álvaro había entrado en crisis en su patria de origen, cuando seguía rompiendo en las adoptivas la gloriosa unidad de la Biblioteca General y Universitaria, término sobre el cual he llamado la atención varias veces, y en el que debe salvarse ante todo la conjunción copulativa, y que una vez más compruebo que es saludable conservar o restaurar, especialmente en su término primero: general. Por ello solicito indulgencia por algunas omisiones y defectos de mis referencias bibliográficas, de libros manejados en un tiempo y ahora de más difícil acceso.

San Euquerio y sus corresponsables.

16 de noviembre 1991

Rafael Gibert y Sánchez de la Vega

III. CRÍTICA DE LAS FUENTES

47. La función crítica.

Las fuentes no son inmediatamente utilizables en la elaboración de la historia del derecho, sino que han de ser previamente sometidas a una crítica mediante la cual se precisa su significado y su valor¹⁷⁸. Coincidente el principio de la historia con la aparición del documento, el haber tomado éste como objeto de una investigación acerca de su validez otorga calidad científica al saber histórico¹⁷⁹. El rigor con que se examine externamente el testimonio con arreglo a la técnica histórica se traduce en eficacia del mismo para la finalidad jurídica de la historia del derecho. Por su parte, la técnica jurídica favorece una actitud crítica ante el documento que puede ejercitarse en esta tarea

178. 1947: Las fuentes históricas... deben ser... Esta es la crítica externa. Cfr. Aquilino *Iglesia Ferreiros*. "De re historica", en AHDE 57 (1987) 851-964. Su caracterización del historiador crítico que se enfrenta con la tarea de reconstruir una estatuilla de porcelana rota accidentalmente, cuyos restos además se han mezclado con los de otras estatuillas, que están desperdigados, sin que él posea idea alguna de la forma originaria de la que intenta reconstruir. Le contraponen la figura del historiador que ante los mismos restos logra hacerse una idea clara y distinta de la estatuilla siniestrada, y conforme a ella efectúa la reconstrucción, prescindiendo de los restos que no se acomodan a su idea. El copioso examen de varios temas de investigación, que sigue, muestra en su realidad compleja, igual que otros estudios, la crítica de las fuentes que era el objeto de las presentes páginas.

179. 1947: ...documento - aquélla alcanza hasta éste... otorga valor científico al conocimiento histórico. En este punto se deben admitir todas las exigencias de la técnica historiográfica (Nota: sobre crítica de las fuentes en general: Bauer, **Introducción** págs. 272-302 con extensa bibliografía. Del *Lehrbuch* de Berheim, los caps. III y IV están traducidos al italiano en *Manuale del metodo storico coll'indizione delle raccolte di fonte e dei repertorii bibliografici piu importante. Eurística e crítica*, Pisa, 1897. En la traducción española por Pascual Galindo, de la *Einleitung*, del mismo, pág. 136-162) pues el máximo rigor... Cfr. res. en AHDE XIV (1942-43) 643.

preparatoria. Hay además cuestiones de calificación de las fuentes, que exclusivamente pertenecen a la crítica histórico-jurídica. Una fuente histórica puede haber sido exhaustivamente utilizada respecto a problemas sociales, económicos o literarios, y ser posible aún precisar aspectos sobre los cuales sólo la problemática jurídica interroga. El carácter oficial o privado de una fuente¹⁸⁰, la jerarquía normativa de una disposición, las antinomias, los supuestos no regulados en la misma, los problemas que un jurista actual se plantea ante una ordenación jurídica, las aborda con un espíritu muy semejante el historiador del derecho. Su labor debe aspirarse a que sea tan exacta en un sentido jurídico, como la de un jurista. Porque, a su vez, la actividad de éste no es esencialmente distinta de la del historiador del Derecho¹⁸¹.

¿Corresponde al historiador del derecho la crítica externa de los documentos históricos? El objeto especial de su indagación, el derecho, es dominante y lleva consigo la posesión de una facultad científica muy diversa de la histórica, que el historiador del derecho debe cultivar además de en términos muy amplios, con un sentido progresivo y actual. La formación jurídica del historiador no debe ser un elemento lejano, básico y meramente instrumental, sino constantemente agudizado en su labor histórico-jurídica. Esto obliga a tratar con criterio restrictivo la inclusión de disciplinas y técnicas históricas de carácter auxiliar, pero que a su vez abarcan extensos campos de trabajo¹⁸², y propios objetivos, atraído por los cuales el historiador del Derecho abandonaría el objeto formal de su disciplina científica.

Percibiendo esta realidad Schwerin propone que la cuestión propia de una disciplina histórica especial, como la Numismática, la Arqueología o la Filología sea formulada como pregunta de la historia del Derecho al experto

180. 1947: El rigor... revertirá sólo en beneficio de nuestro estudio. Pero no debe olvidarse que ya la técnica jurídica... Una misma fuente... exhaustivamente analizada en cuanto a su futuro aprovechamiento... el reflejar un acto de creación o de aplicación de la norma...

181. 1947: ...podría plantearse ante el estado de una institución regulada por leyes y ordenanzas diversas. tiene que abordarlas... Se indicará más adelante que en multitud de ocasiones. la labor de éste... siendo éste uno de los aspectos de la función de la disciplina entre las enseñanzas de la Facultad. Una cuestión inicial se plantea...

182. 1947: ...una facultad científica muy diversa de la historia por su índole y es tan vasto y complejo (su objeto) que obliga a tratar... y técnicas históricas que a su vez abarcan un extenso campo de trabajo.

en esas ciencias; pero él mismo considera que el tratamiento de las fuentes histórico-jurídicas debe estar bajo el dominio de la Germanística, colectivamente, si no es alcanzable que lo esté bajo el dominio de cada germanista¹⁸³. Las fuentes de interés general o predominante de una especialidad pueden ser utilizadas por el historiador del Derecho en el estado que su propia crítica las ofrece. La crítica de las fuentes directas es tarea específica de la historia del Derecho; ésta participa también en la crítica de fuentes inmediatas, como son las de literatura jurídica y de las principales, documentos de aplicación del Derecho, que por otra parte son objeto de una crítica especial, literaria y diplomática, respectivamente¹⁸⁴.

En la crítica de las fuentes histórico-jurídicas alternan y se refunden criterios, que miran en aquéllas, monumentos históricos y monumentos jurídicos. El estudio de las fuentes es una etapa previa a la elaboración, también crítica, de la historia interna, pero aún en esta labor debe conservarse el espíritu crítico sobre las fuentes que maneja. La labor de interpretación, posterior a la crítica externa, puede arrojar luz sobre ésta y ser el motivo de que se replanteen sus problemas¹⁸⁵. En la crítica de las fuentes distingue

183. 1947: Schwerin, *Einführung*, p. 71. Actitud que nos parece perfectamente adecuada a nuestra Historia del Derecho.

184. 1947: ...una especialidad como las literarias... fuentes directas y en menor grado la de inmediatas y principales... es tarea de la historia del Derecho, aunque no pueda serlo de todo historiador, como en el caso de España ocurre con las fuentes del Derecho musulmán. Mi "Derecho musulmán en el estudio jurídico español" (en prensa, Peláez).

185. 1947: Ahora bien, incluso en la crítica de estas fuentes hay que distinguir dos fases: la primera, que las toma como documento histórico; la segunda, que en cuanto ve en ellas el documento histórico-jurídico. La primera podría ser perfectamente encomendada a sus especialistas, incluso es preferible que sea realizada por ellos, y no por el investigador de una historia especial. En efecto, éste ha de atender preferiblemente al conocimiento y fijación de las fuentes en el aspecto que interesa, con lo que será necesario volver críticamente sobre ella. Y el ideal sería que la fuente histórica quedase en estado de ser utilizada por todo historiador: el de los hechos políticos, el del lenguaje, el del Derecho. No sólo por una evidente razón de economía de esfuerzo científico, sino porque incluso para cada especialidad puede resultar más provechoso el total esclarecimiento de la fuente. Es indudable que para la elaboración de la historia del Derecho no son imprescindibles, por ejemplo, todos los requisitos de una edición paleográfica, y que de hecho en aquella se utilizan ediciones del todo insuficientes para la filología; pues bien, aplaudimos la edición paleográfica, y no sólo en favor de la Filología, sino pensando en la historia del Derecho. La segunda fase a que nos referimos, corresponde a la Historia del Derecho en cuanto a sus fuentes propias. No

Schwerin tres actividades: su individualización en cuanto a especie, autor o procedencia, tiempo y lugar; la recensión de la fuente, o sea fijación de su forma originaria, y fijación de su autenticidad¹⁸⁶.

48. Individualización de las fuentes.

Individualizar una fuente comprende: determinar su naturaleza, atribuirle un autor o fijar la procedencia de su contenido y señalar el tiempo y el lugar a que corresponde. El objeto de esta triple función es identificar a la fuente histórico-jurídica de modo que permita situarla en las categorías propias de la historia del Derecho¹⁸⁷. Mediante la individualización la fuente ocupa el lugar que le corresponde en el curso histórico del derecho, y su contenido jurídico, el punto adecuado en el desenvolvimiento de las instituciones¹⁸⁸.

desligada de la primera, presupone en quien la acometa al menos una aptitud para recibir y aprovechar sus resultados. Unas palabras, finalmente, sobre la importancia de la crítica de las fuentes. Cualquiera que haya manejado nuestros dispersos **Monumenta** para el estudio de una institución determinada, conoce la diferencia que va de trabajar sobre una fuente que no ha sido objeto de un estudio de ella en cuanto tal (tomemos por ejemplo, incluso la magnífica edición de Fueros leoneses de Castro y Onís) a hacerlo sobre fuentes como el Fuero de Soria o el Fuero de Madrid. El estudio de las fuentes es una etapa previa a la elaboración, también crítica, de la historia interna, pero aún en esta labor debe velar el espíritu crítico respecto a las fuentes en el momento e que son manejadas; la labor de interpretación -lógicamente posterior a la crítica externa- puede arrojar luz sobre ésta, y ser el motivo de que se replanteen sus problemas.

186.1947: En la crítica de las fuentes -fijándola ya concretamente en la historia del Derecho- distingue Schwerin tres actividades: 1. Individualización de las fuentes. 2. Recensión de la fuente, o sea, comprobación de su forma originaria. 3. Fijación de su autenticidad. Al seguir aquí el mismo sistema, vamos a referirnos a la crítica las fuentes jurídicas en sentido amplio.

187. 1947: Con el nombre de individualización suele designarse la acción y el efecto de situar a las fuentes en cada uno de los términos de la clasificación... y aún más precisamente que sus rasgos individuales, lo que se busca a través de estas operaciones críticas es la pertenencia de las fuentes a las categorías.

188. 1947: ...Se trata ... en el lugar real que les corresponde y de colocar las normas y principios jurídicos que expresan o refieren, en el punto... Las categorías histórico-jurídicas que se han mencionado tienen realmente este doble carácter (fuentes e instituciones) y aunque los diferentes momentos de individualización de nuestras fuentes guardan estrecho paralelismo con algunas operaciones de la crítica externa general, que también tienden a individualizar las fuentes históricas, están, no obstante, netamente caracterizados por el concepto de nuestra disciplina.

Aunque los diferentes momentos de individualización de las fuentes guardan estrecha relación con las operaciones, las fuentes en general, que individualizan las fuentes históricas, aquéllos tienen un aspecto netamente jurídico. En la medida en que una fuente queda individualizada sirve para la reconstrucción del acontecer histórico-jurídico. La fuente no individualizada hace problemático todo su contenido¹⁸⁹.

189. 1947: ...el tema a que se refiere. Nota: Por ejemplo, las dudas relativas a la naturaleza legal o literaria de los Capítulos Gaudencianos condicionan nuestro conocimiento a cerca del Derecho visigodo en los puntos en que dicha fuente manifiesta alguna peculiaridad. (Sobre estos capítulos, ahora: Paulo Merea, "Fragmenta Gaudenziana", CHE 7 (1947) 5-33, y en sus *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, págs. 121-147; G. Vismara, "Fragmenta Gaudenziana", en IRMAE, Milán, 1968 (Guiffré, I 2 bb B) y en sus *Scritti I*, Milán, Giuffrè, págs. 339-389; con importantes añadidos y consideración de publicaciones ulteriores, como la reseña de la primera edición de su estudio por Martínez Diez en AHDE 38, 1968, 784-786, Sans Travé en AEMedievales 8 (1973) 673-674, y especialmente de A. García Gallo, que en sus "Consideraciones críticas" de AHDE 44 (1974) 382-388, tras un minucioso análisis considera que "la investigación no ha podido llegar a conclusiones ciertas y seguras. Contamos sólo con conjeturas e hipótesis" pero Vismara ha observado que el escéptico, "come gli autori di quelle ipotesi e congetture, egli non presta attenzione al contenuto dei testi e non ne ricerca le fonti e la diffusione, nè lo preoccupa la disciplina degli istituti previsti nei capitoli gaudenziani. che devono essere considerati come appartenenti alla storia del diritto della tarda antichità nei regni romano-barbarici" (ps. 347-348, n. 32). Poderoso argumento en favor de la dependencia entre la crítica interna y externa, o bien, de la estrecha afinidad entre el estudio de las fuentes y el de las instituciones. La extrema puntualidad de Vismara le lleva también a citar el "cenno sulla questione" que se encuentra en mis *Elementos Formativos*, 1975, págs. 25-26, donde efectivamente he enriquecido con su importante conclusión la anterior (en HGDE, 1968, p. 14), de Alvaro d'Ors, de tratarse de "un nuevo edicto pluriprovincial" (con el conjunto de estos problemas en mi prelección sobre "Fuentes del Derecho Visigótico", en *Annali di Storia del diritto, Rassegna internazionale*. Roma. III-IV, 1959-60. 315-321). Una aguda revisión por Guido Astuti. "Note critiche sul sistema delle fonti giuriche nei regni romano-barbarici del l'Occidente". *Atti della Accademia N. dei Lincei*, XXV, 5-6, Roma, mayo-junio (1970) 319-348. 1947: Ejemplo de cómo se condiciona un conocimiento histórico por causa de no tener fecha ni lugar, Sánchez Albornoz, *Municipio Hispanorromano*, p. 49; Ramos Loscertales. "Los Fueros de Sobrarbe": "resulta aventurado atribuir a un determinado derecho todo lo que se enuncia como tal en una fuente jurídica sin proceder a una comprobación de su fondo, aislando lo que sea de una u otra procedencia, y ello en cuanto tal labor sea factible" (CHE 7, 1947, p. 56).

A) Determinación de la naturaleza¹⁹⁰.

Se determina la naturaleza de una fuente conforme a los criterios de clasificación ya indicados. Habrá que resolver si la fuente es de creación, de interpretación o de aplicación del Derecho. La creación se entiende aquí en sentido amplio, como fijación exterior de la norma jurídica¹⁹¹. En un segundo momento se determinará su índole legal, consuetudinaria, doctrinal o judicial. La fijación de la norma que generalmente se identifica con su primera redacción puede ser llevada a cabo por personas investidas públicamente de la facultad de establecer el orden jurídico, en cuyo caso se trata de una obra oficial, o bien por personas que carecían de dicho poder y fijan el derecho vigente a título de obra privada. Estos dos conceptos no se corresponden exactamente con los de la Ley y costumbre. La obra oficial puede ser legislación, pero también fijación del Derecho consuetudinario¹⁹²; la obra privada puede recoger costumbres o jurisprudencia, pero ser también, eventualmente, una compilación de materiales legislativos. Dentro de una misma forma de fijación del Derecho, podemos encontrarnos ante una de sus etapas preparatorias: texto redactado por una comisión o sometido a la deliberación de una asamblea, o bien ante el acto definitivo, acaso solemne: promulgación, confirmación, etc. También la interpretación y la aplicación pueden ser públicas o privadas. Las fronteras entre interpretación y creación de la norma no son absolutas. Cabe una interpretación legal¹⁹³.

190. 1947: El primer momento de la individualización consiste en determinar la naturaleza...

191. 1947: ... sin aludir al problema de su génesis legal, consuetudinaria, jurisprudencia o doctrinal. Cfr. ahora Alejandro Guzmán Brito, **La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones**. Ediciones universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1977. Aunque referido a la codificación chilena, que el autor desarrolla aparte, el libro contiene una doctrina general de la Fijación, con una amplia perspectiva histórica, desde Justiniano al BGB. Merece la atenta consideración que le ha dedicado Xavier d'Ors en AHDE 48, 1978, 639-652.

192. Fuero de Mendavia, 1157: "Yo don Sancho... vos dos buenos fueros e buenos costumbres" Lacarra, AHDE XI, 1934, 492). Consuetudines Ilerdenses II, 6: "consules firmaverunt hanc consuetudinem".

Sobre la afinidad entre Costumbre y Fuero, Cfr. Partidas I, 2 y mi "Costumbre a partir de las Partidas" (R.F.D. Madrid. mon. 9, 1985, 35-37), reproducido en **Recueils de la Jean Bodin**, LII. **La Coutume**, II, de Boeck Université, Bruselas, 1990, 151-180.

193. El tít. XXVII del Ordenamiento de Alcalá, "de la significación de las palabras" interpreta palabras de los fueros, el Real, las Partidas y las Fazañas.

Interesa fijar en cuanto a la naturaleza de la fuente, en primer término su carácter formal. Este se expresa frecuentemente en la mención de la autoridad de que emana o de la que recibe sanción. Esta autoridad es diversa según las etapas históricas y en cada una de ellas. En el estudio de las fuentes se resuelve la cuestión jurídico-pública de la atribución del poder legislativo. En la monarquía visigótica y en la monarquía castellano-leonesa, que se inspira en aquel modelo, la Ley es absolutamente un acto del rey. En la época intermedia, los reyes, los concejos, asambleas, señores jurisdiccionales, solos o en colaboración han fijado el derecho vigente con fuerza de obligar. Con mayor o menor vigor en los reinos medievales se ha afirmado la noción del pacto entre el rey y el pueblo. La monarquía absoluta de la Edad Moderna ha añadido a los atributos de la majestad regia el de dar leyes. El estado constitucional ha colocado ese absolutismo en asambleas que se atribuyen la representación nacional. Todavía en la actividad legislativa de una persona u organismo existen disposiciones de distinto rango¹⁹⁴. Fundamental es la distinción entre la formulación del Derecho como creación y como hallazgo.

Cuando por defecto de la transmisión o incompleta conservación de un texto no se expresa la clase de fuente, aún es posible determinarla porque en el mismo se utilicen expresiones o giros característicos de un tipo de ellas, por el estilo de su redacción e incluso por caracteres de la escritura, como la letra

194. 1947: e importancia. Dentro de las disposiciones emanadas de la autoridad regia deben distinguirse sus diversas especies: Pragmáticas, privilegios, edictos, constituciones. En esta especificación se precisa muchas veces la colaboración de distintos poderes: Rey y Cortes, usualmente. Asimismo entre las diversas disposiciones emanadas de las Cortes. Cfr. ahora. A. García Gallo, "La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI", AHDE 21-22, 1951-52, 607-730; con los antecedentes en Castilla. Una buena parte de su **Manual** de 1959, núms. 620 a 902. "Los sistemas de fuentes de las distintas épocas" (y territorios) comprende la caracterización de las fuentes respectivas. A Pérez Martín, en su Introducción al facsimil de la edición de los **Fori Aragonum**, Topos Verlag, Vaduz, 1979, establece precisiones sobre aquellas fuentes. Sobre la noción del **Decreto**, en las Cortes de Cádiz, derivada de los Decretos del Rey, y confundida a veces con la de disposición de rango inferior a la ley, mi "Colección de Decretos de las Cortes, 1810-1813", en **Actas del IV Symposium de Historia de la Administración**, Madrid. Instituto N. de Administración Pública de Alcalá de Henares, 1983, ps. 299-310, con ref. a A. Gallego Anabitarte, "Clases de Leyes y actos de Estado: Historia y dogmática", en **Actas del I.er Symposium**, Madrid, Ib. 1970, págs. 461-545: profundo análisis conceptual.

cortesana en las cédulas reales del Derecho indiano¹⁹⁵. Las expresiones imperativas “statuimus”, “decrevimus”, indican establecimiento legislativo; “consuetum est”, “sic habemus”, aluden a Derecho consuetudinario; “es fuero” designa a veces un Derecho anteriormente no escrito, practicado en el tribunal, o bien, referencia a un fuero anterior. El acuerdo entre las partes se designa “tali pacto”, “conventio”¹⁹⁶. Cada época y cada cultura jurídica conoce sus propios tipos de fuentes; la individualización debe llegar a fijarlos; el uso indiscreto de términos como ley, reglamento, encierra siempre una imprecisión.

Los prólogos o epílogos en que se relata el nacimiento de la Ley y de las circunstancias de su promulgación, sobre el origen y la práctica de una redacción de Derecho consuetudinario o judicial orientan sobre la posición que ha de atribuírsele en el sistema de fuentes. El coleccionista o compilador de varios textos jurídicos ha podido conservar la mención expresa de su índole primitiva. Una misma fuente, en cuanto al texto legal, ha podido cambiar su naturaleza: la redacción privada, haber obtenido sanción oficial; el privilegio de clase o local, haberse extendido a todo un territorio¹⁹⁷. Las fuentes históricas generales dan noticias acerca de la naturaleza y otras circunstancias de las fuentes jurídicas, pero su testimonio debe ser contrastado con los medios

195. Ricardo Levene, “Fuentes del Derecho Indiano”, AHDE I, 1924, p. 66.

196. Fuero de San Leonardo, 1220: “Acordaronse así... Esta convenencia face todo el concejo... con el abad” (Menéndez Pidal, *Documentos lingüísticos de España*, I, Madrid, CEH, 1919, ps. 276-277).

197. 1947: Los cuadernos de las hermandades en la Edad Media en Vascongadas adquieren una significación más saliente al ser incorporados a las Recopilaciones. En general, la recopilación consolida el antiguo Derecho, mejor dicho, le da su forma definitiva, así en la ley y pragmática que declara la autoridad de las leyes de la Nueva Recopilación de Castilla, se acuerda que “las dichas leyes y nueva recopilación y reducción de ellas... se guarden, cumplan y ejecuten las leyes que van en este libro... aunque sean diferentes y contrarias a las otras leyes y capítulos de cortes y pragmáticas que antes de ahora ha habido en estos reinos, las cuales queremos que no tengan autoridad alguna ni se juzgue por ellas sino por las de este libro”. En cambio, y precisamente en Guipúzcoa, la Recopilación de 1669, obra de la Provincia, de su Diputado General y sometida a la aprobación del Rey, con algunas reservas del Consejo y de su Fiscal, advierte que “esta impresión (no) sirviese darlas más fuerza y autoridad que la que habían tenido y tenían en el estado presente” (Voz “Nueva Recopilación de Guipúzcoa” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVII (1982) 594-611).

propios de la historia del Derecho. Así llama San Isidoro a Eurico “legislador”, pero el *Codex Euricianus* contiene más bien un edicto¹⁹⁸.

B) Autor y procedencia.

Por autor de la fuente se entiende la persona o el organismo bajo cuya autoridad se formula o que interviene formalmente en su elaboración, o bien el redactor o redactores de su texto¹⁹⁹. En la primera acepción, el problema del autor puede haberse resuelto ya al clasificar la naturaleza de la fuente²⁰⁰. Pero todavía cuando esta clasificación se ha hecho genéricamente, interesa conocer qué monarca, qué reunión de cortes, qué concejo o señor han realizado

198. **Historia de regibus gothorum 35**: “Sub hoc rege Gothi legum instituta scriptis habere coeperunt, nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur”. En “San Isidoro de Sevilla y el Derecho Civil”, RFD Madrid XVIII, 49 (1974) 33-58, nota 11 de p. 37, me hecho cargo de la opinión de García Gallo (**Consideraciones**, en AHDE 44, 1974) donde justamente señala que San Isidoro no dice que Eurico fuera legislador, aventura la hipótesis de que esas leyes fueran romanas o visigóticas anteriores y concluye la inexactitud del testimonio por el hecho de que en todo caso hubo leyes anteriores, las teodoricianas (págs. 366-367, 374). El término *scriptis* es el decisivo. San Isidoro da en Et. I, 3, **Dexlegibus**, “Les est constitutio scripta. Mos est... lex non scripta”. Leyes no escritas tuvieron los ostrogodos y los francos. El reinado de Eurico no parece el más adecuado para que los visigodos aceptaran las leyes romanas, lo que sí habían hecho anteriormente en momentos de sumisión al Imperio. La sumisión a las leyes romanas hubiera sido una singularidad digna de ser expresada y no por el circunloquio de las leyes^oescritas, por un cronista tan orgulloso de la estirpe gótica, y la hipótesis de unas leyes del antecesor, mantenidas en reserva y puestas en vigor por Eurico, demasiado irreal. Pero todo es posible. También Alvaro d’Ors desechó el testimonio de San Isidoro (**La territorialidad**, en **Estudios Visigóticos I**, 1956, p. 108), con el juicio terminante de que para el Santo “la situación jurídica de los visigodos debía ser totalmente desconocida”, pero al admitir la posibilidad de “que San Isidoro tuviera a la vista (el) pasaje del prólogo del *Codex Revisus* en que se mencionaría el Código de Eurico y nada más”, hace surgir de nuevo la figura de Eurico legislador. No hay motivos para dudar de un testimonio tan sencillo y tan claro, y Zeumer lo ha entendido rectamente en su **Historia de la Legislación Visigoda**, trad. española por Claveria, Barcelona Fac. de Derecho, 1946, págs. 64-68; reseña Cerda en AHDE XV (1944) 756-757. 199. 1947: El concepto de autor de la fuente se subdivide para las de indole oficial, según se entienda...

200. 1947: ...a causa de la singularidad histórica de su origen, porque entonces esa labor lleva implícita semejante precisión.

concretamente la fijación o modificación del Derecho contenido en la fuente²⁰¹. La obra de determinados legisladores, asambleas, comisiones tiene junto a su significación institucional genérica, otra concreta y peculiar que deriva de su posición política, de su condición cultural, de las circunstancias de este orden en el que actúan²⁰².

En la obra legislativa se incluye la mención del autor. Sólo cuando el texto se conserva fragmentariamente o su transmisión es defectuosa es preciso recurrir a otros medios para determinar el autor. La fecha dentro de ciertos límites puede ser suficiente; particularidades del contenido de la fuente; noticias históricas acerca de la misma; datos paleográficos o del lenguaje pueden aproximar a la solución. Modelo de esta clase de trabajo es el de Zeumer para individualizar el palimpsesto; allí el Derecho comparado, la historia general, la

201. 1947: Tal es el caso, por ejemplo, de Eurico, cuya labor legislativa guarda estrecha correspondencia con su significación política. Cfr. R. Menéndez Pidal, Introducción al tomo III, **España Visigoda en la Historia de España**, dirigida por él, Madrid, Espasa Calpe, 1940, p. XIV-XV: "Eurico quiso dotar a su pueblo de una legislación semejante a la de los provinciales y ordenó a sus jurisperitos, sin duda galorromanos, redactar un cuerpo de Derecho... conquistador y legislador... El canciller que lleva el peso de esta máquina política es un galorromano, León, el que redacta los documentos". Franz Beyerle, "Zur Frühgeschichte der westgotischen Gesetzgebung, en ZSS Germ. 67 (1950) 1-33, mi res. en AHDE 21-22 (1951-52) 1346-1354, trata de esta colaboración y considera que León de Narbona fue el político de esta legislación, mientras que el técnico sería un Marcelino **peritus legum**; ya Zeumer había rechazado que el retórico León pudiera ser el autor de un texto tan escueto y realista como el del Código o edicto de Eurico. Sobre este estudio de Beyerle conviene volver; don Alvaro anunciaba (**La territorialidad**, cit. supra, nota 198, p. 130) que iba a ocuparse de sus conclusiones en otra ocasión: no encuentro que lo hiciera en su monumental **Código de Eurico**, pero sería cruel exigir nada más a su heróica erudición (18.II.91, San Eladio).

202. 1947: La índole de muchas disposiciones contenidas en cuadernos de Cortes durante la minoría de Alfonso XI sólo pueden ser comprendidas atendiendo a la composición peculiar de cada reunión de aquéllas. R. Academia de la Historia, **Cortes de León y Castilla**, t. I, Madrid, 1861, ps. 221 ss. Palencia 1313, por el infante don Juan como tutor y guarda de sus reinos; allí el mismo año, por doña María y el infante don Pedro; el mismo año, cuaderno de Hermandad en Cortes de Burgos, contra los daños de los tutores; Burgos, 1315, por doña María y los infantes don Juan y don Pedro; aparte los Prelados; Carrión, 1317; Medina, 1318; Valladolid, 1322 (don Felipe? 1325; 1348, Ordenamiento de prelados y de peticiones (págs. 593-626).

cronología, la filología han contribuido a un resultado que puede considerarse definitivo²⁰³.

El autor literario de la fuente jurídica puede estar designado en la misma,

203. 1947: Han puesto su contribución con la sagacidad más notable para llegar a un resultado que hoy puede considerarse seguro. Karl Zeumer, **Historia de la legislación Visigoda**, trad. del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, Facultad de Derecho, 1944, págs. Todo su primer capítulo, "Crítica de las fuentes", es un pequeño monumento de este arte. ¡Cuánto tiempo sin releerlo! Ya no le hay. El **Curso** de don Galo acertó a resumir el argumento: "Tanto el palimpsesto de París como la ley de los borgoñones señalan el principio general de la prescripción de treinta años; pero exceptúan, el primero, las causas incoadas en el reinado del padre del monarca que legisla, el segundo, las pendientes antes de la batalla de los Campos Mauricianenses, en que luchó y murió, como es sabido, el padre de Eurico, Teodoro (llamado también Teodorico I); al padre de Eurico se refería, pues, también, el palimpsesto y Eurico será en consecuencia el autor del Código". (**Apuntes**, 1925, p. 50, donde todavía se hacía cargo de algunas objeciones). La edición de 1952 añade "que se puede fechar hacia el año 480" (p. 39; la de 1960: "476". J. García González, "Consideraciones sobre la fecha del Código de Eurico", **AHDE** 26 (1956) 701-705, tras una cuidadosa revisión del problema concluyó que la fecha debía estar entre 466 y 468; la de 481 era la antes generalmente admitida. En el siguiente **Anuario** 27-28 (1957-58) 1164-1165 A. d'Ors, se reafirma en el 476. La discusión revela que la crítica externa depende estrechamente de la interpretación jurídica. Por último la revolucionaria "Consideración crítica" de A. García Gallo, en **AHDE** 44 (1974) 343-464 viene a demostrar que nada hay definitivo como yo creí en 1964 al reelaborar esta Memoria, e incluso que no sabemos nada acerca del Código de Eurico... ni acerca de nada. Sólo queda el peñasco. Por fortuna él ha empleado su virtuosismo crítico en un texto secular y meramente humano. La tesis tradicional, con sus variantes y apoyada en conjeturas sigue siendo **segura**, como escribí en 1947, quizá de una falsa seguridad, que a falta de otra mejor vale para adentrarse en la lectura jurídica del peñasco, que importa a los juristas. Alvaro d'Ors, al comentar el encuentro de Bruno Paradisi y Alfonso García Gallo, (a quienes presenté entre sí en el curso de un congreso en Italia, y luego escuché involuntariamente preso en el autobús, un sabroso coloquio) sobre la disciplina común y su metodología, en el mismo **Anuario** 47 (1977) 799-811, manifestó estar desconcertado ante el estudio crítico de García Gallo y preferir la lectura más alta y sana de los clásicos a la de los turbios visigodos. Por otra parte, mi modesto apartamiento de la Historia, distinta Facultad, es compatible con la visión dorsiana de la misma, que ceñida a los textos jurídicos, naturalmente, y sólo de modo accidental o marginal a los no jurídicos, puede admitir el término "histórico" en la acepción genuina de investigación. El mismo concluye que "el romanista es, ante todo, jurista", y aporta la noticia de un escrito de Wieacker que nos identifica por "un específico interés en función de una experiencia jurídica que nos estimule a destacar la significación propiamente jurídica".

en documentos relacionados o en fuentes históricas de carácter general²⁰⁴. La comparación del contenido de la fuente legal con el de obras privadas del mismo autor ha permitido identificar a Jacobo el de las Leyes como autor de la Tercera Partida²⁰⁵. La intervención de Vidal de Canellas en el Código de Huesca se precisa mediante la comparación con su obra "Vidal Mayor"²⁰⁶. La crítica interna del texto, el lenguaje o la técnica jurídica, permite suponer que la obra corresponde a un autor, aunque desconocido, con unos ciertos caracteres; y también, que hay uno o varios autores. Ureña supone que el Fuero de

204. 1947: ...designado en la misma, como es el caso de las **Costumas** de Pere Albert, las Observancias aragonesas, el Ordenamiento de Montalvo. (Nota: Puede figurar el nombre del supuesto autor sin que expresamente se diga; así, en el "Formulario jurídico catalán" publicado por Luisa Cuesta, AHDE XI (1934) 479-486, el que un nombre aparezca citado dos veces en el texto "lleva a la creencia de que pudiera ser el verdadero autor". Respecto a Pere Albert, su mención en algunos manuscritos, como autor, está confirmada por su comentarista Juan Socarrats, cfr. Rovira, **Usatjes de Barcelona i Commemoraciones de Pere Albert**, Barcelona, Barcino. 1933, p. 45, y Valls Taberner, **Obras Selectas, sub voce** Barcelona, 1954; utilizar ahora el **Índice de autores, textos y obras de literatura jurídica**, de dichas obras, por Guerra Huerta y Rodríguez Ortiz, PPU, Barcelona, 1985. Autores de Observancias aragonesas, en la introducción a la edición de las de Jaime de Hospital, por G. Martínez Díez, Zaragoza, Caja de Ahorros, 1977. Modelo de investigación dirigida a identificar un posible autor de los Usatjes de Barcelona, J.M. Font Rius, "Poç Bofill Marc, jutge comtal de Barcelona, a les primeries del segle XI", en **Homenagem a Merca e Braga da Cruz**, I, Coimbra, 1982, 376-395, de cuya conclusión negativa emerge aún el hecho de que su nombre ilustre fuera así utilizado. El párrafo donde el **Curso** de don Galo, hasta su edición en 1960, cuando inexplicablemente desapareció, observa la falta de prueba documental, no dejaba de ser formativo y expresivo. Realmente, cualquier autoría, incluso de un coetáneo, puede haber sido falseada. Excepto la del Ordenamiento de Montalvo, palabra de Rey.

205. 1947: La comparación del contenido de la fuente con el semejante, de obras privadas, cuyo autor se conoce, permitirá identificar al de aquélla. Así, es probable la intervención de Jacobo el de las Leyes en la redacción de la Tercera Partida, muy semejante a Las Flores del Derecho de aquel autor. Nota en 1949: Hipótesis ahora probada por Galo Sánchez en su comunicación a la reunión de Historiadores del Derecho, en Madrid, diciembre de 1948. mi res. en Anuario de Derecho Civil I, 1948, p. 1389.

206. 1947: De la que aquel es un extracto. Nota: Tilander, **Fueros de Aragón**, Lund, 1937, p. XVII; res. García Gallo, AHDE XIV (1942-43) 652-655, **Vidal Mayor, traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei Thesauris, de Vidal de Canellas**, editada por Gunnar Tilander, I-III, Lund, 1956; mi res. en AHDE 27-28 (1957-58) 1242-1247. Armin Wolf, "Los **Fori Aragonum** de 1247 y el **Vidal Mayor**", AHDE 53 (1983, 177-203. Vid. también Lacruz Berdejo, **Fueros de Aragón hasta 1265**. Zaragoza, 1947; mi res. en AHDE XVIII (1947) 840-841.

Cuenca se debe a un solo autor, distinto del que redactó el prólogo del fuero²⁰⁷. El estilo, la terminología revelan la cultura, procedencia geográfica o escuela jurídica del autor: un jurista educado, un juez o práctico, un escritor sin formación jurídica, o bien que desconoce íntimamente el derecho que redacta²⁰⁸.

Fijar el autor de una fuente jurídica interesa sobre todo para la historia de la literatura jurídica; en la legislación el estilo literario se revela menos claramente; domina el factor político. Pero la ley puede representar un movimiento científico, y en todo caso responde a un nivel científico. El Derecho es obra principalmente de los juristas, o de la ausencia o el apartamiento de los juristas²⁰⁹.

207. 1947: Finalmente, una crítica interna del texto en el aspecto filológico y literario (Bauer, **Introducción**, págs. 279-290) y la comparación con otras obras hacen posible la determinación del autor de la anónima. A falta de textos de comparación para señalar positivamente el autor, el (texto) de la fuente sólo puede revelar si se debe a un redactor o a varios. Así, Ureña observa que el Fuero de Cuenca está redactado por un solo autor por la uniformidad de estilo y contenido, pero distinto del que redactó el prólogo del mismo Fuero (**Fuero de Cuenca**, Madrid, Academia de la Historia, 1935, págs. XI-XIII).

208. 1947: El estilo o el lenguaje reflejan la condición de su anónimo autor, como el bárbaro romance de algunas fazañas nos revela al práctico o juez de la villa que la redacta (García Gallo, "Colección de fazañas". AHDE XI, 1934, 526; comparaba su lenguaje con el del Poema del Cid, contemporáneo. Llamo la atención sobre el preliminar de esta edición de un texto porque contiene multitud de detalles de la crítica, con un sentido práctico, que ha desaparecido en el horizonte actual de la Asignatura: enlazaba con el magisterio de Don Galo y sus trabajos de editor de fuentes. En la misma dirección todavía, sus "Textos de Derecho Territorial Castellano", AHDE XIII (1936-41) 308-396. Juan García González, "Notas sobre fazañas", Ib. 33 (1963) 609-624.

209. 1947: La fijación del autor de la fuente tiene predominante interés para la historia de la literatura jurídica: en la legislación, el estilo individual se revela menos claramente, dominando más bien el factor político: ej. el soberano que establece la norma (Schwerin, **Einleitung**, p. 78) que el literario. (Hoy veo que los caracteres de la ley y la literatura son intercambiables: no hay distinción material entre ambas clases de texto jurídico, ya decía). Sin embargo, la ley puede representar también un movimiento científico, en el que significa más la elaboración de esta índole que la promulgación. (Pues por eso). El Derecho es obra también de los juristas (!), aspecto que debe quedar fijado en su visión histórica (debía de referirme al Derecho positivo, pues simplemente el derecho claro está que lo es, y de ellos solos).

La personalidad del redactor de una fuente jurídica es asunto propio de la historia de la literatura, pero interesa para la individualización de aquélla²¹⁰.

Junto al autor personal se ponen para el efecto metodológico referido, los textos o bien la tradición oral que han servido de fuente al monumento que se trata de individualizar²¹¹. En el texto mismo se encuentra a veces la indicación de sus lugares de procedencia; cuando ésta falta, la coincidencia textual con otras fuentes permite establecerla²¹². La factura de extractos y refundiciones

210. 1947: Es preciso insistir en que la personalidad del autor de la fuente es asunto propio de la Historia de la Literatura Jurídica (entonces concebida como disciplina aparte). Pero, a efectos de la individualización de la fuente para la Historia del Derecho, interesa conocer el factor personal que interviene en su elaboración. A la individualidad histórica del Código de Huesca no es ajena la personalidad de su redactor, que sobre el propósito legislativo de recoger el Derecho propiamente aragonés aporta el influjo de la cultura romanista, especialmente en la forma y estructura externa del Código (Tilander. **Vidal Mayor**, I, págs. 16-21 con bibl.). Dato decisivo de la individualidad de las Costums de la Mar es la "mano del jurista práctico" (Galo Sánchez. *Curso*, p. 174) que en su redacción se revela. La intervención de Alonso de Valdivieso presta cierta unidad a fuentes legales de dos territorios distintos como Guipúzcoa y Alava. Ver ahora sobre el autor de Glosas al Fuero Real, Iglesia Ferreiros, *AHDE* 57 (1987) "De re historica", págs. 880-935.

211. Schwerin, **Einführung**, p. 77, trata conjuntamente las cuestiones de la **Ursprung** y del **Urheber**. De una tradición oral no es prueba el Fuero de Castrogeriz (974): "Garsia Ferdinandi... cum uxore... damus foros bonos... Facta carta de nostras aures audivimus et de manu nostro roboravimus" (Muñoz, **Colección**, págs. 37-38), pues refiere la lectura de la carta a los otorgantes, pero tal vez sí el "confirmamus hoc quod audivimus de isto foro" del Fuero de Sepúlveda otorgado por Alfonso VI en 1076 (**Fueros de Sepúlveda**, por Emilio Sáez y otros, Segovia, 1953, p. 353).

212. 1947: No basta la mera semejanza. El Fuero de Haro está relacionado con el de Cuenca, pero hay una forma derivada de éste con la que guarda más estrecha relación Consuegra (Ureña, **Fuero de Cuenca**, págs. XXVIII-XXXI): "El Forum Consocre debió de ser una reproducción, con algunas variantes de interés, de la forma primordial del Forum Conche... se utilizaron en la edición de Cerdá-Sancha... El **Forum Fari**... contiene adiciones que demuestran una íntima relación con el **Forum Consocre**". Ambos fueros no han sido examinados por J. Martínez Gijón, "...El proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca", *AHDE* 29 (1959) 45-151, que esclarece las relaciones entre los otros. Antonio Linaje Conde, "El fuero de Sepúlveda en la gestación del Derecho de Teruel" **Cuadernos de Historia de Jerónimo Zurita** 49-50 (Zaragoza, 1984) 7-29. Ana M.^a Barrero, "La familia de los Fueros de Cuenca", *AHDE* 46 (1976) 713-725.

pone de manifiesto la procedencia²¹³, pero no siempre es seguro si una determinada fuente precede a otra o deriva de ella²¹⁴. Cuando en la indagación de las fuentes originales de un texto aparecen varias estrechamente relacionadas, el objetivo es reconstruir su forma primitiva y sus derivaciones²¹⁵.

213. La colocación de los preceptos en fuentes que proceden una de otra puede servir para precisar cuál es el modelo y cuál la adaptación. Así, el Fuero de Teruel se refiere en cierto lugar a un precepto arriba consignado: referencia cierta en el Fuero de Cuenca, pero no en el de Teruel, donde dicho precepto se ha pospuesto (Ureña, **Fuero de Cuenca**, págs. XC-XCI. Doy por supuesta la prioridad del Fuero de Sepúlveda sobre el de Teruel, y la concesión originaria de aquel a esta ciudad (**Fueros de Sepúlveda**, págs. 360-361). Seguramente la cuestión está resuelta por Ana M.^o Barrero, en su **Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes**, Madrid, 1979; ref. de Linaje Conde, loc. cit. en nota anterior, porque me ha sido imposible consultar tan importante libro, res. García Gallo en AHDE 49 (1979) 733-737. Por aquella referencia aprendo que "la aplicación del Fuero de Sepúlveda a Teruel es una cuestión que merece un estudio más detenido y que la difusión del Fuero de Sepúlveda es un problema que está por estudiar" (nota 45 de p. 17), como lo estaba cuando se ocupó del asunto en AHDE 26 (1956) 431-439; ahora al reseñar el mencionado estudio sobre el **Fuero de Teruel**, en el mismo **Anuario** 49 (1979) anuncia que "con posesión de la técnica necesaria, con el material existente en el INEJ y sin apremio de tiempo, pueda ofrecernos el tan esperado estudio de los fueros de la familia de Cuenca" (p. 736). Vid. Milagros Rivera Garretas, "El Fuero de Uclés (siglos XII-XIV)", en AHDE 52 (1982) 243-348; pone también en duda la relación con el Fuero de Sepúlveda. A ver si de una vez podemos enterrar al Sadam Husein que, animado por Emilio Sáez y Pascual Marín, tuvo el atrevimiento en 1953 de decir algo positivo sobre el Fuero de Sepúlveda.

214. 1947: Sin que en estos casos la conclusión no ayudada por otros indicios sea siempre segura, como ocurre con el Pseudo-Ordenamiento II de Nájera, que se considera ya como fuente, ya como extracto del Fuero Viejo. Galo Sánchez, **Curso**, ed. 1932, pág. 109 y 111. El mismo, "Para la historia de la redacción del antiguo Derecho territorial castellano", AHDE VI (1929) 260-328; ps. 290-291. Quizás es aquí oportuno registrar la existencia de un libro de Derecho o Fuero Castellano, rastreado por María Luz Alonso en varios aparatos de glosas a textos de los Fueros Juzgo y Real, "Nuevos datos sobre el Fuero o Libro Castellano: notas para su estudio". Ib. 53 (1983) 425-453, con ref. a sus estudios y otra bibl. anteriores; mi res. en **Cuadernos de Peláez** 6-7 (XII. 1987) 1252-1261, a la págs. 1259.

215. 1947: ...aparecen estrechamente relacionados varios de ellos de la misma clase, se entra más bien en el campo de la Recensión, que comprendiendo a todos como una unidad, pretende señalar su forma primitiva y sus transformaciones. Análogamente, la fijación de fuentes en las que se ha inspirado el redactor y que directa o indirectamente han influido en su labor, escapa a los límites de las críticas para entrar en los de la interpretación de la fuente. Por fin, la manipulación a que se ha sometido a los materiales para elaborar la fuente en cuestión, roza los linderos del examen de la autenticidad.

C) Tiempo y lugar.

La cronología de la fuente histórico-jurídica tiene dos aspectos: el relativo a la fecha de su elaboración original y de sus sucesivas modificaciones, y el que se refiere al ámbito temporal de vigencia²¹⁶. El primero es común a la crítica general de las fuentes históricas; el segundo, peculiar de las fuentes jurídicas. De las dos finalidades que se asignan a la determinación cronológica (valorar la fuente como testimonio y colocarla en el lugar que le corresponde en una serie evolutiva), la primera sólo tiene significación para las fuentes narrativas. La segunda tiene una, peculiarmente histórico-jurídica; una defectuosa colocación no sólo altera la perspectiva histórica, sino que también hace arbitraria la elaboración sistemática de las instituciones, al mezclar elementos de época diversa.

La fecha puede estar indicada en la misma fuente, lo que es normal en las de índole legal y en los documentos de aplicación; en este caso, sólo es necesario reducir a la actual las diversas cronologías²¹⁷. Para determinar²¹⁸ la

216. 1947: Sólo el primero es de interés estrictamente heurístico, quedando comprendido el segundo en el estudio de las fuentes como objeto sustantivo de la Historia del Derecho. Pero claro es que los términos iniciales de vigencia se reconducen a la cronología heurística. En este tema, como en todos los de la crítica que venimos apuntando, se concreta la cuestión a la fuente histórico-jurídica, pero no debe olvidarse que en su parte primera la crítica de estas fuentes está sometida a las normas generales de la técnica historiográfica. De las dos finalidades...

Bauer, **Introducción**, p. 273. ... fuentes narrativas, a menos que se incluya también la cronología de la transmisión (que en el plan adoptado corresponde a la recensión del texto), pero la segunda... puede hacer arbitraria.

217. 1947: ...normal en las legales y de aplicación correctamente transmitidas. Aparte los casos de error o pérdida de fragmentos, algunas fuentes sólo son conocidas por haber sido englobadas en otras más modernas. Entonces, las primeras, individualizadas por otros motivos, quedan sin fechar.

218. 1947: Para resolver todos los supuestos de falta de fecha, se recurre a los indicios contenidos en el texto (referencias a la vida o la muerte de personas) (Nota: la cronología de los reyes u otros personajes mencionados en los documentos permite fijar la fecha aproximada de éstos. Pero claro es que la identidad de los reyes puede ser también problemática: cfr. García Gallo, "Una colección de fazañas", AHDE XI, 1934, 524-524), conquista de ciudades en las fuentes de nuestro derecho medieval (Nota: A veces se mencionan ciudades y se dispone de bienes de ciudades que se espera ocupar en breve, Menéndez Pidal, **Orígenes del Español**, pág. 47), a hechos históricos cuya cronología es mejor conocida (Nota: Claro está que en muchas ocasiones los problemas cronológicos se enlazan unos con otros y su resolución está mutuamente condicionada. Zeumer, **Historia de la Legislación**

época de redacción de una fuente no fechada se utilizan medios formales, como son los caracteres del manuscrito, la letra, la lengua, sintaxis, léxico, técnica de redacción, usos de la cancillería o del escritorio. O medios materiales: referencias a hechos naturales o históricos que están ya fechados con mayor o menor exactitud los datos biográficos de las personas que se mencionan o intervienen en los actos; la conquista de ciudades y los hechos militares o políticos; de un modo más amplio, las alusiones hechas en las fuentes a estructuras políticas o sociales conocidas entre determinadas fechas. Aparte de los supuestos de fecha errónea o de conservación fragmentaria del texto, tenemos el de ciertas fuentes que sólo se han conservado englobadas en otras de fecha posterior. Cuando la fecha no se establece con exactitud, cabe todavía establecer un término **a quo**, desde el cual, o un término **ad quem**, hasta el cual debe ser situada la fecha desconocida²¹⁹.

El estudio del contenido jurídico, cuando éste es conocido por otras fuentes, sirve para orientar en el emplazamiento cronológico²²⁰ especialmente cuando se regulan instituciones en las que también interviene un término cronológico²²¹. La referencia a una fuente no fechada, contenida en otra que lo esté permite suponer que aquella existía ya al tiempo de redactarse ésta,

Visigoda, págs. 179-180: muestra "con evidencia bastante, lo peligroso que es querer determinar la antigüedad de las fuentes según la antigüedad supuesta de las circunstancias presupuestas en ellos en lugar de deducir en las circunstancias descritas en ellos la antigüedad de las fuentes que está atestiguada por una tradición auténtica".

219. Ureña, **Fuero de Cuenca**, págs. VIII-XII; Galo Sánchez, **Fueros Castellanos**, 1919, págs. 237-242. En la edición definitiva de su **Curso**, (1960) el autor incluyó como apéndice (págs.) unas observaciones sobre el Fuero de Soria", su fecha y formación. G. Martínez Díez, en AHDE 39 (1959) ha confirmado la hipótesis expuesta en el mismo Anuario 31 (1961) 734, homenaje a don Galo, según la cual el fuero extenso de Soria habría copiado al Real, y por lo tanto sería más moderno que éste, lo que no impide la mayor antigüedad de la parte peculiar de Soria y testimonio de su cultura jurídica más genuina.

220. 1947: ... jurídico: especialmente cuando las normas regulan relaciones con un término cronológico permite seguras aproximaciones. Así, Von Schwerin utilizó los plazos de prescripción en la legislación visigoda para fechar el Código de Eurico, "El derecho español más antiguo", AHDE I (1924) 34-35. Cfr. supra nota 203.

221. 1947: Y en general, el contenido jurídico, los aspectos cuyo desarrollo se conoce por otras fuentes, sirven para fijar el emplazamiento cronológico. Ejemplo, Galo Sánchez, en **Fuero de Madrid**, pág. 17 ss, confirma la diferencia cronológica de los estratos de esa fuente sobre la base de la distinta sanción del homicidio.

pero siempre cabe la posibilidad, cuando no se manejan los documentos originales, que la fecha de una fuente no sea aplicable a la totalidad de sus elementos, alguno de los cuales ha podido ser añadido después²²².

La fecha del texto es sólo una aproximación a la cronología histórico-jurídica. Fuentes más recientes reflejan un estado de derecho más antiguo, del que son una fijación tardía. Las fórmulas no sólo sirven de modelo para los actos futuros, sino que sintetizan una práctica anterior²²³. Fuentes redactadas en una fecha despliegan su eficacia en tiempos posteriores. La perduración de las fuentes, el momento en que dejaron de ser entendidas o aplicadas es también un término cronológico que interesa a la historia del Derecho, y ese término ha podido no ser el mismo para todas las secciones de una redacción jurídica. Textos no modificados, que pueden dar la impresión de que una

222. 1947: La solución de cronología de las fuentes, en cuanto desciende al detalle de año, mes y día, no afecta generalmente a la esencia del curso histórico-jurídico, pero tiene interés para establecer las relaciones de unas con otras. Por ejemplo, la que existe entre *Espéculo* y *Partidas*. López Ortiz. Colección conocida con el nombre de *Leyes Nuevas*, AHDE XVI (1945) 23: "Si conserváramos el texto original de la carta de 21 de abril de 1260, seguida del formulario que en ella se promete... podríamos zanjar definitivamente la vieja discusión acerca de la prioridad de *Espéculo* sobre *Partidas*. Por lo menos quedaría demostrado suficientemente que, antes de aquella fecha, estaba redactado el libro V del *Espéculo*, bastante antes, por consiguiente, de que se empezase a trabajar en las *Partidas*". Vid ahora A. Iglesia Ferreiros. "Fuero Real y *Espéculo*" AHDE 52 (1982) 111-191. El mismo, "La labor legislativa de Alfonso X el Sabio", en *España y Europa*. Murcia, 1986, especialmente, págs. 400 ss. y Robert A. Mac Donald, "El *Espéculo* atribuido a Alfonso X, su edición y problemas que plantea", *Ib.* ps. 611-653; sobre la fecha. 624-628. Jerry R. Craddock, "La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio" AHDE 51 (1981) 365-418. A. García Gallo, "La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis", AHDE 54 (1984) 97-161. A. Iglesia Ferreiros, "Cuestiones alfonsinas", *Ib.* 55 (1985) 95-149, donde retoma argumentos de López Ortiz en su trabajo citado al principio de esta nota. Craddock, "El *Setenario*", *ib.* 56 (1986) 441-446. Iglesia, "De re histórica" AHDE 57 (1987) 851-880. Así, la demostración de que el Código de Tortosa es treinta años más antiguo que el de Valencia, obliga a rectificar la suposición de Bienvenido Oliver, de que éste hubiera servido de modelo a aquél. (Galo Sánchez, *Curso*, ed. 1932, págs. 165 y 180) Ana M. Barrero. "El derecho romano en los *Furs* de Valencia", AHDE 41, 1971, 639-664. *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa, UNED, 1979; varios sobre relaciones con los *Fueros* de Valencia.

223. 1947: Las fórmulas reproducen a veces el estado de un Derecho anterior, cuya práctica documental la fórmula sintetiza, y el de un Derecho más moderno en cuanto sirvió de modelo para sus documentos. Cuesta. "Formulario catalán", AHDE (1934) 480.

determinada institución permaneció a través del tiempo, quizá corresponden a pérdida de vigencia que hizo innecesaria la modificación.

La localización espacial de una fuente histórico-jurídica tiene el interés común a toda fuente histórica de permitir localizar también el dato que nos proporciona, pero aquí matizado por la consideración jurídica del ámbito espacial de vigencia del Derecho²²⁴. Los diplomas consignan necesariamente el lugar en que se redactan, como requisito jurídico del acto²²⁵. Se identifica el lugar mencionado con el auxilio de la Geografía histórica²²⁶. También las redacciones de Derecho consuetudinario suelen incluir los lugares de vigencia o de origen de las normas. El Derecho medieval popular se manifiesta en lugares concretos²²⁷.

Cuando falta la mención del lugar o éste no puede ser identificado, hay varios procedimientos para suplirlo. En los documentos originales, sirven los medios materiales utilizados en el manuscrito. El lenguaje, en textos de toda índole, facilita una localización tan detallada como lo sean las conclusiones de la geografía dialectal²²⁸. Los usos de la cancillería o del escritorio, la cronología empleada en diversas regiones, la historia de los archivos y de las colecciones

224. 1947: Análogamente a la cronología de la fuente, su localización ofrece un interés general para situar el conocimiento que nos revela (Bauer, **Introducción**, págs. 277-279) pero matizado...

225. 1947: Los documentos de aplicación, en especial los diplomas (pero no falta en las fórmulas: ejemplo "actum est hoc Barcinone", AHDE XI. 1934, 486) suelen consignar el lugar en que se redactan, como uno de los requisitos del acto jurídico a que se refieren.

226. 1947: Aun mencionado el lugar, queda en pie el problema cuando hay varios con el mismo nombre. Así Haro, Ureña, **Fuero de Cuenca**, págs. XXX-XXXI.

227. 1947: También los fueros municipales aluden al lugar, bien en su principio, bien de un modo constante para señalar el origen de la norma: "esto es fuero de...".

228. R. Menéndez Pidal, **Documentos lingüísticos de España**, I. **Reino de Castilla**, Madrid, CEH. 1919. Desconozco el desarrollo ulterior de esta empresa destinada a "facilitar los estudios cronológicos y geográficos de la lengua española". Especial interés tienen para nosotros las breves introducciones históricas puestas al frente de cada grupo de documentos y las noticias útiles obtenidas por el autor acerca de la formación del reino de Castilla y del carácter, población y relaciones de cada región. Se podía pensar que también del Derecho. He utilizado este libro en mi "Derecho municipal de León y Castilla" (homenaje a Galo Sánchez) en AHDE 31 (1961) 695-753, para caracterizar algunos fueros: frontera castellana del Duero (nota 43). La Rioja (48), poblaciones reconquistadas hacia 1085 y en torno a Toledo (67), dentro de la misma, Guadalajara, que recibió junto a los mozárabes, gentes de Castilla, León y Galicia (71). Cabe una utilización mayor sin salir de Castilla.

documentales permiten una aproximación²²⁹. El lenguaje, la técnica jurídica, las instituciones. Pero siempre hay que admitir la posibilidad de intercambios de lugar a lugar.

Las fuentes directas frecuentemente alcanzan un ámbito de aplicación más extenso que el de su origen, así, las locales que se conceden o adoptan en otras localidades, o que se extienden a todo un territorio. Al contrario, la vigencia de una institución ha podido reducirse, con el tiempo, a una extensión

229. Felipe Mateu y Llopis, "Metodología de la investigación en las Bibliotecas y Archivos", en **Boletín de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas** IV, 32 (1955) 8-11; en este boletín, varios títulos sobre Archivos en particular: destacamos, de Ismael García Ramila, "Los Archivos de las Audiencias Territoriales" (IV, 25, 1955, 4-7). Análogamente en **Boletín de la Real Academia de la Historia** (desde 1877) y **Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos** (desde 1871). J. Ernesto Martínez Ferrando,

A/ **Archivo de la Corona de Aragón. Guía abreviada**, Madrid, 1958. Rosa R. Troncoso de Tormo, **Archivo del Reino de Valencia**, sep. de **Boletín de Información Municipal**, Valencia, s.a. F. Mateu y Llopis,

B/ "Archivos valencianos. Notas sobre los del Maestre Racional, Real Audiencia y Justicias", en **RABM** 59 (1953) 7-37. Estrecha relación guarda cada archivo con las instituciones correspondientes. Ej. máximo: **Guía del Archivo General de Simancas**, Madrid (impreso en Valencia) 1958, 1959: Angel de la Plaza, **Archivo General de Simancas. Guía del Investigador**, Valladolid, 1962 (cfr. mi HGDE, p. 213 y *passim*).

C/ Francisco Mendizábal, "La Real Chancillería de Valladolid y su archivo", en **Hidalguía** I, 2, 3 (1953) 305-366, 629-64. Eladio de Lapresa Molina, "El Archivo de la Real Chancillería de Granada", en **Hidalguía** I (1953) 157-168. Luis Sánchez Belda, **Guía del Archivo Histórico Nacional**. Madrid. Valencia. 1958. 1960. María Teresa de la Peña Mazaruela y Pilar León, **Archivo de los Duques de Frías**, I. Madrid, Archivos, 1955.

A/ **El Archivo de la Corona de Aragón**. Barcelona, 1944 res. por A. de la Torre, en **Hispania** 5 (131-134) el mismo, "Archivo de la Corona de Aragón. Reformas y nuevos ingresos documentales", sep. de BRABLB, res. por Sánchez Belda en **Hispania** 6 (1946) 154-155.

B/ **El Archivo de la Gobernación del Reino de Valencia**, Valencia, Domenech, 1947; res. de L.S. Belda en **Hispania** 7 (1947) 312.

C/ María Asunción Mendoza y otras, **Registro General del Sello** (Simancas). I ss, Valladolid, 1951, res. Jos, en **Hispania** XIII-52 (1953) 322-27.

menor que la primitiva, como un residuo. Generalmente domina el nombre primitivo, como en las villas pobladas a fuero de otra localidad, pero a veces el lugar de una concesión más reciente llega a adquirir más relieve y se antepone al originario. También el dato geográfico de las fuentes se extiende a todo su contenido o quizá sólo a una parte más característica; en este caso sería inexacto extenderlo a la totalidad.

La extensión territorial o local del Derecho en la Edad Media no es absoluta; el régimen de una localidad se extiende a otra, aun sin contacto territorial, sin proximidad geográfica²³⁰. Tan importante como ésta es el de la sumisión a una misma autoridad regia o señorial, o bien la procedencia originaria de poblaciones²³¹. Por esto, una simple proyección cartográfica de las instituciones puede dar la impresión de desorden y arbitrariedad en su distribución, que está explicada por circunstancias históricas precisas. Lo mismo se diga de la conservación o alteración de instituciones, diversa en lugares próximos en el espacio, pero sometidos a condiciones políticas, sociales o de otra índole diversas también.

Cronología y geografía coincidentes en una determinada fuente jurídica

230. 1947: (El proceso de formación de los derechos locales y su extensión territorial ha sido magistralmente tratado por Olivier Martin, *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, 1925; *Histoire de la Coutume de la Prevoté et Vicomté de Paris*, II, 1, Paris, 1926; res. de Ots en AHDE IV (1927) 474-478. El fuero original del grupo Cuenca-Teruel, las Ordinaciones de Sanctacilia, los Usatjes de Barcelona son ejemplos, respectivamente de tales modificaciones de lugar. En la propagación de los fueros locales señala Lacarra ("La formación de familias de fueros navarros", AHDE X, 1933, p. 204) el hecho de que a veces domina el nombre primitivo y se habla de "villas pobladas a fuero de...", por ej., el fuero de Sobrabe aplicado a Tudela, mientras que en otras la aplicación adquiere personalidad bastante para que se prescindiera del lugar originario.

231. 1947: Hay que tener en cuenta que el localismo del Derecho de la Edad Media no es algo férreo que ligue un derecho a un lugar: puede trasladarse el régimen de un lugar a otro, sin contacto territorial, por la concesión del fuero. (Ej. la concesión del fuero de Sepúlveda a Teruel. Ureña, *Fuero de Cuenca*, p. LXXVII ss. Vid supra, nota 213). El lugar de procedencia y aún el lugar en que haya regido una fuente jurídica no es decisivo para atribuir su contenido a uno u otro derecho territorial. Por ej., en Navarra rigen fueros de origen aragonés o castellano, como Jaca, Daroca y muchos lugares de derecho navarro pasan a depender de Castilla o Aragón conservando su derecho. Lacarra, "La formación de las familias de fueros navarros", cit. pág. 205. Ver ahora: G. Martínez Díez, "Recepción de fueros locales leoneses o castellanos en territorio portugués", en BFD Coimbra. LVIII, 1982, 451-470.

dan lugar a algo, concreto y real, impermutable, histórico. La visión cronológica o la geográfica, aisladamente, siempre deforman en algún sentido la realidad histórica. Sin embargo, el historiador del Derecho, se ve obligado a emplearlas alternativamente corrigiendo con una los defectos de la otra²³².

49. Recensión del texto

La recensión consiste en establecer el texto original de la fuente, o más exactamente obtener una imagen del mismo y de sus sucesivas alteraciones²³³. No hay dificultad cuando la fuente en cuestión es una obra unitaria, individualizada en cuanto a su índole, autor, tiempo y lugar, y ha llegado a

232. Procede esta alternativa de la conclusión de mi estudio "El Derecho municipal de León y Castilla", AHDE 31 (1961) 751-753: "hay que someterse a una de estas dos dimensiones: geográfica o cronológica... más o en primer término aceptable la geográfica. Una liberación de ambas, alcanzada la exposición que se apoye directamente en los mismos fueros, y en sus internas afinidades o separaciones (divergencias) no es el método sino el objetivo de la historia del Derecho". O mejor dicho, ahora, de la "Metahistoria jurídica" que ha formulado el autor que seguimos, Alvaro d'Ors, "Para una metahistoria jurídica", en **Verbo** 253-254, 1987, 295-308, o bien para una **Ciencia de la Cultura** (jurídica) que hubiera dicho su buen padre Eugenio, **Nuevo Glosario** III 230-254, 1030-1035. Mi correo académico 24.V.89.

233. 1947: ...el texto de la fuente, del que sólo muy raramente se conoce el original. Las formas de transmisión son muy diversas y tienen diverso grado de originalidad. Schwerin, **Einführung** págs. 87-105; Bauer, **Introducción**, págs. 296-301. Gonzalo Martínez Diez, "Hacia la edición crítica de la Hispana", sep. de miscelánea Comillas XLI (1964) págs. 1-27. "Algunas normas críticas para la edición de Textos Jurídicos", en AHDE 35 (1965) 527-551; y "La edición crítica ante las varias recensiones y formas de un texto" en **Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto** (Venecia, 1967) Florencia, Olschki ed., 1971, págs. 401-413. Sobre este congreso, dedicado a la Crítica del Texto, reseña de Pérez-Prendes en AHDE 37 (1967) 670-677. Entre las intervenciones destaca la de A. García Gallo sobre la edición de las fuentes del Derecho local medieval español; a propósito de lo cual, cabe mencionar la serie de sus estudios, sobre los fueros de Medinaceli, León, Llanes, Benavente, Toledo y de sus colaboradores Ana M.^a Barrero (Sahagún, Teruel) y María Luz Alonso (Toledo). A estas dos se debe el **Catálogo de Fueros y Costums municipales, Textos de Derecho Local Español en la Edad Media**, con presentación de por A.G.G. Madrid, CSIC, 1989; con las ediciones y estudio de cada texto, base de la nueva labor en este campo. Sobre la tradición manuscrita del "Fuero de Cuenca" interesan mucho las observaciones críticas del prof. Juan Gutiérrez Cuadrado, en la edición del **Fuero de Ubeda**, por el mismo y Peset, Valencia, Universidad, 1979.

nosotros en el original o en una copia exacta hecha con fines prácticos o con fines de erudición. En el primer caso puede admitirse que hubo interés en trasladar fielmente el original para hacerlo confirmar, unirlo a la documentación de un pleito o renovar un documento deteriorado²³⁴. En el segundo, se confía en las garantías que merece el autor. Para la investigación histórico-jurídica, dice Schwerin, es indiferente el disponer del original o de una de estas copias, pues lo que interesa es el contenido, pero incluso en el caso de la reproducción tenida como más perfecta, puede eventualmente necesitarse un nuevo contacto con el original o copia más próxima a éste.

La reconstrucción de un texto sobre diferentes copias requiere la comparación entre éstas y la fijación de los puntos en que convienen y en que se diferencian²³⁵. Todas las copias que tienen los mismos defectos u omisiones han sido sacadas de un texto común, por la imposibilidad moral de que diferentes copistas incurran en los mismos defectos. Sucesivas copias suelen añadir nuevos errores, pero a veces pueden también remediar algunos.

La relación entre varios textos puede ser debida a que ha pasado el contenido de uno a otro entera o parcialmente, o a que tienen una fuente común. De este modo, los textos pueden estar relacionados directa o

234. 1947: Las alteraciones comprobables son simples errores del copista o provienen de una intención dirigida a sostener una pretensión jurídica, entrando en el terreno de las falsificaciones. La copia erudita merece el crédito del autor, y es fácilmente comprobable en aquellos casos en que también se conserva el documento original; con el mismo procedimiento son reducibles los defectos técnicos individuales o propios de la crítica de su tiempo.

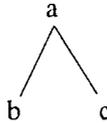
235. 1947: El P. García Villada, **Metodología y crítica histórica**, Barcelona, 1921, p. 171, indica dos reglas para establecer sobre tales bases el texto original: 1.ª Todas las copias que tienen los mismos defectos u omisiones han sido sacadas de una copia común, por causa de la imposibilidad moral de que diferentes copistas incurran en las mismas faltas. 2.ª La copia más correcta puede proceder de la incorrecta, porque el copista haya corregido lo imperfecto de su modelo; pero no al contrario. Ahora bien, sobre esto último es preciso advertir que a veces un copista negligente introduce errores que no estaban en el original (y aún es lo más frecuente). El elevado campo de la Romanística nos ofrece el modelo de "La tradición manuscrita del Digesto en el Occidente Medieval, a través del estudio de las variantes textuales" por Encarnación Ricart Martí, director Juan Miquel, en AHDE 57 (1987) 5-206; reseña de Fernando Bethancourt en Cuadernos Peláez 11 (enero 1990) 2503-2509. El mismo Miquel, junto con Dolezalek e Iglesia Ferreiros, sobre cuestiones críticas en **I Seminario de Historia del Derecho. Nuevas técnicas de Investigación**, Barcelona, Bellaterra, 1985; res. Petit en AHDE 56 (1986).

colateralmente. Esta relación tanto puede darse en la copia de un texto como en su adaptación, más o menos libre. Si designamos con las letras a, b, c... los textos o copias de que disponemos, y con las letras x, y... aquellos que nos son desconocidos, las relaciones posibles entre unos y otros son de estos tipos:

1.



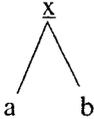
2.



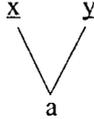
3.



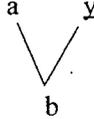
4.



5.



6.



Estos tipos pueden combinarse y prolongarse indefinidamente, hasta situar todas las copias o textos conocidos; en cuanto a los supuestos originales perdidos el número viene determinado por aquellas alteraciones de los textos conocidos que no pueden explicarse en su propia transmisión. Sobre esto observa Besta: “No siempre la complicación de un árbol genealógico es prenda segura de una edición perfecta. A hipótesis complicadas pueden preferirse hipótesis más simples”²³⁶.

En la transmisión del texto, a través de copias y adaptaciones se experimentan alteraciones de mayor o menor importancia: cambios de las letras, palabras y giros; añadidos, omisiones, abreviaciones²³⁷. Esta alteración tiene un doble carácter: cuantitativo y cualitativo, y pueden afectar a la

236. Besta, *Avviamento*. p. 182.

237. 1947: Las copias de un texto ofrecen distintas alteraciones: omisión de líneas, que es irreparable en la copia única; omisión de palabras, trasposiciones, repeticiones inútiles, etc. No sólo la intuición y los conocimientos empíricos sirven para remediarlas sino que existen reglas generales de restitución de textos (Langlois, *Ob. cit.* p. 390). Es frecuente que el copista adapte el texto al tiempo en que escribe, variando el tiempo del verbo o el adverbio de tiempo (cfr. Fita, en BRAH 48, 1906, p. 390).

individualización de la fuente en todos sus aspectos: índole (ej. un texto legal con añadidos de índole privada), autor (el del original y el de la alteración), tiempo y lugar. Pueden hacer desaparecer su unidad: la obra alterada puede llegar a ser una obra distinta. Las variaciones del texto son intencionadas o no. Comencemos por éstas. Son debidas al error del copista, que no supo leer una palabra o abreviatura, que omitió una frase, que no ordenó debidamente las hojas del texto primitivo; la omisión de una frase es fácil, cuando el texto original repite una misma frase o palabra. Estas alteraciones involuntarias se descubren por la desarmonía que introducen en el texto, que puede ser gramatical o afectar al contenido jurídico, y se remedian conjeturalmente: reponiendo la palabra o frase omitidas; suprimiendo la repetición, reordenando el texto, etc. En general es aconsejable un tratamiento conservador del texto tal como ha sido transmitido.

En cuanto a las alteraciones voluntarias su propósito ha podido ser la falsificación de un texto de cualquier clase, con el propósito de mantener una pretensión jurídica, librarse de una carga, crear un estado de derecho más favorable²³⁸. La falsificación constituye un fenómeno peculiar de la historia del Derecho, que afecta muy profundamente al objeto de nuestra disciplina. En el aspecto de la crítica que aquí interesa, la finalidad de la falsificación ha podido obtenerse por procedimientos análogos a los errores involuntarios: el cambio de una palabra, una cifra, o una cláusula, la inclusión de nuevos

238. Ver supra, *Memoria*, nota 103, en este Anuario 5 (1987) p. 362. José Maldonado. "En torno a un texto modificado de una Ley de Partidas", sep. de *Revista de la Universidad de Madrid*, II, 3 (1942) 30 págs. Cfr. mi "Sucesión al trono", en *Recueils de la Jean Bodin XXII, La monocratie*. 1969, págs. 481-482. Ha pasado inadvertido el estudio inaugural de Maldonado a quienes se ocupan de Partidas y Espéculo. Quien siembra fuera del *Anuario* desparrama. Es un pequeño monumento de erudición y crítica, tradicional y renovador: obliga a lamentar que el gran maestro se incline a su primera vocación de canonista. Si lo leyó con atención don Galo, que en su *Curso* añadió al texto que hasta 1942 decía (pág. 114 l.-5) "reformas que introdujo", la salvedad "si es que lo hizo" (1952, pág. 84, ls. 9-10: quizá ya en anterior pero no dispongo del ejemplar de 1946, reseñada en *Arbor*) obedece a una observación que Maldonado en la nota 16 (pág. 9 de la separata) hacía no en relación con el *Curso*, sino sobre el "Ordenamiento de Alcalá y sus fuentes", sepultando en *Revista de Derecho Privado IX* (1922). Prueba de que el *Curso* era un libro vivo que admite observaciones y hasta réplicas y por supuesto añadidos. Cfr. mis **360 Preguntas y respuestas** de HDE, Madrid, UNED, 1983, pág. 97, y mi *Correo Académico*. Ahora, Iglesia Ferreiros, "De re histórica", *AHDE* 57 (1987) 935-941.

elementos, el reajuste de fragmentos de diversas fuentes, etc. Aparte de la valoración de la fuente falsificada, la reconstitución de la original es lo que se persigue al rectificar las alteraciones, tarea más difícil que en el caso de los errores involuntarios.

Las alteraciones pueden, en fin, dirigirse a mejorar el texto primitivo, bien para expresar más claramente la misma declaración jurídica, bien para hacerlo de una forma más precisa o técnica. El refundidor emplea palabras o giros más en consonancia con la época en que actúa o con el lugar o con la condición de las personas; modifica los tiempos verbales para actualizar una disposición. Algunas alteraciones sistemáticas de textos de carácter normativo responden a un plan general; los ponen de acuerdo con reformas ulteriores del propio ordenamiento. Redacciones jurídicas de origen popular sufren alteraciones para someterse al ordenamiento regio; redacciones locales, para integrarse en el ordenamiento territorial.

Las alteraciones voluntarias destinadas a mejorar el texto pueden aparecer exteriormente: al margen, con letra diferente, precedidas de alguna expresión. Cuando esto no ocurre así, la desarmonía en la estructura del precepto, gramatical o sistemática, que perdura siempre en las modificaciones legales denuncian el cambio. La incompatibilidad de la alteración con cualquiera de los aspectos que individualizan a la fuente, es el indicio más seguro.

En la recensión de los textos históricos ejerce una función el sentido y la experiencia jurídicos. Según Besta, el historiador del Derecho busca un texto que tenga significado jurídico; entre las variantes que ofrecen los diversos manuscritos escogerá aquella que permita obtener una construcción jurídica²³⁹. Y lo mismo, cuando se trata de escoger entre varias posibles conjeturas o correcciones de un texto. Cabe también que se realice una enmienda en el texto transmitido para obtener una lectura viable desde el punto de vista jurídico, pero esta sustitución ha de contenerse en ciertos límites, para no dar un margen excesivo a criterios sistemáticos anacrónicos. Palabras y formas que hoy son desconocidas no deben sin más ser suprimidas, como tampoco son de presumir constantes errores. Conjeturas, rectificaciones y suplidos quedan en la exposición de un texto jurídico claramente diferenciadas de lo que es su lectura indudable.

239. BESTA, *Avviamento*, pág. "La referencia vaga a una obra, sin más mención de lugar ni página, equivale a no hacerla" (J. de H. en AHDE XI (1934) 566. No tanto, Alfonso.

Dos formas típicas de alterar un texto son la interpolación y la glosa²⁴⁰. Mediante ésta se introduce una aclaración en el texto primitivo; puesta inicialmente aparte, en el margen o entre líneas, una copia ulterior las refunde; su aislamiento es posible, bien por la anomalía sintáctica que introducen en el texto, o bien por su forma gramatical, su léxico o su sentido. La interpolación tiene por fin modificar el estado de derecho, amplia, restringe o modifica el

240. 1947: Finalmente, la tarea más delicada en la fijación de un texto original es la de señalar las interpolaciones del mismo. Interpolación es insertar en un texto palabras o frases que no estaban en su forma original. A veces la frase interpolada estaba puesta como glosa al margen del texto primitivo, y el copista la ha intercalado en éste. Otras veces la interpolación tiene por fin ampliar, aclarar o restringir el alcance de un precepto jurídico. La interpolación de verdadero interés para nosotros es aquella que responde a una variación de la norma jurídica y que se hace intencionadamente con el fin de adaptar la antigua redacción al estado actual.

Como es sabido, la crítica romanista se aplica hoy especialmente a descubrir las diferentes clases de interpolaciones sufridas por los textos de Derecho romano. (Ursicino Alvarez, *Horizonte*, págs. 118, 283-289; Alvaro d'Ors, *Presupuestos*, págs. 41-59. Aplicación del método, me parece hoy ridícula, en los Fueros de la Novenera, AHDE 21, 1951, p. 12, y de Sepúlveda, págs. 509-510, 531-539). En las fuentes del Derecho medieval es indudable que también se ha debido de producir interpolaciones. Valls Taberner las apreció en los Usatges de Barcelona y en el Libro del Consulado del Mar (cfr. su reseña de la versión castellana del estudio de Ficker *Sobre los Usatjes de Barcelona y sus afinidades con las Excepciones Legum Romanorum*. Barcelona, Facultad de Derecho, 1926, en AHDE III, 1926, 549-554; luego en sus *Estudis d'Historia Jurídica Catalana*. Barcelona, 1929, reprod. por Peláez en 1989, págs. 47-69; y "Carta constitucional de Ramón Berenguer I en Barcelona. Ib. VI, 1929, 252-259; El problema de la formació dels Usatges de Barcelona", págs. 57-69; recogidos ya en *Obras Selectas*, por el CSIC, t. II. *Estudios histórico-jurídicos*, Madrid-Barcelona, 1954. Su edición del (libro del) *Consolat de Mar*, en *Els Nostres classics I-II*, Barcelona, 1930. 1931 y las *Notes* precedentes (éstas y la introducción en los Estudios citados) fueron objeto de una severa censura por A. García Gallo en AHDE IX, 1932, 430-440, quién reconocía la validez del método. Al reseñar el vol. III, 1933, A. de la Torre en el mismo, XI, 1934, 499-500 recogió la protesta que hacía Valls de ser su obra un ensayo entregado a la discusión y revisión, en la que cabían rectificaciones, algunas ya adoptadas por él, pero reafirmaba su seguridad de que la orientación fundamental y el método seguido en este trabajo inicial no serían rechazados ni abandonados, y que abrían un camino aprovechable que conduciría a resultados dignos de aceptación y a conclusiones admisibles. En efecto, medio siglo después García y Sanz han vindicado el acierto del método seguido por Valls: cfr. Peláez en los *Estudios de DR en homenaje a Valls y Taberner*, XVIII, Barcelona, 1991, págs. 5268-5269. La interpolación se denuncia en el texto por una variación de estilo o por una anomalía sintáctica, etc. De tanto interés como depurar el texto primitivo es el señalar el verdadero origen y finalidad de la interpolación.

alcance de un precepto, o lo cambia totalmente, conservando, no obstante, su estructura formal. La crítica de interpolaciones ocupa un lugar central en los estudios de derecho romano. Si el derecho medieval ha experimentado variaciones históricas, y se han conservado a través de los siglos los mismos textos, han debido de practicarse alteraciones análogas. La comparación entre varios textos conocidos revela claramente la práctica de la glosa y de la interpolación; cuando nos encontramos con un solo texto tardío, es lícito y conveniente examinarlo desde este punto de vista.

Una forma peculiar de la transmisión de los textos del derecho nacional es la traducción²⁴¹. Las traducciones jurídicas constituyen un capítulo de la historia del Derecho. A través de las mismas se ha formado el lenguaje del Derecho. Un lugar central en este tema ocupa la o las versiones romances del *Liber Iudiciorum*. Es problemática muchas veces cuál sea la versión original de una fuente medieval: la latina o la romance. La versión al romance tiene un aspecto sustancialmente jurídico. La versión del fuero de Palencia, confirmada por Alfonso X en 1256, tiene por objeto evitar las querellas sobre la interpretación del fuero latino. La versión romance del fuero de Sanabria se interpreta como una aspiración de los vecinos a intervenir en su propio fuero. La redacción de las Partidas es principalmente la versión nacional del Derecho común.

Otra forma de transmisión penetra en el fondo del documento, lo extracta, lo amplía o suprime elementos considerados superfluos al tiempo de realizarse.

241. 1947: El traslado directo puede consistir en una traducción del texto original (latín a romance, o viceversa) en cuyo caso la alteración terminológica incluye una alteración de sentido que, comprobada, será fecunda para la interpretación del contenido de la fuente. El traductor ha colocado el equivalente verbal o el equivalente jurídico. Esto se advierte, por ej. en la versión al romance del fuero de Palencia, año 1256, confirmada por Alfonso X y que tuvo por objeto evitar las querellas sobre la interpretación del fuero latino (cfr. Carmen Caamaño, "El fuero romanceado de Palencia", *AHDE* XI, 1934, 503-522). Las fuentes coetáneas conservadas en doble lenguaje, y a ser posible las del mismo círculo de cultura jurídica, servirán para restituir el texto traducido. La traducción puede tener un interés para la historia interna, como en el caso citado y más claramente en la versión del fuero de Sanabria, interpretada (allí pág. 504) como una aspiración de los vecinos a intervenir activamente en la aplicación del Fuero (publicado por Fernández Duro, en *BRAH* ·, 1888, 282-291; vid ahora A. García Gallo, "Los fueros de Benavente, *AHDE* 41, 1971, 1143-1192, que lo integra en esta familia de fueros (pág. 1153 ss.). El resto del párrafo procede asimismo de la redacción de 1947 y no se ha conservado en la de 1964.

Mayor complicación cabe, si son varias fuentes las sometidas a una reelaboración. En este caso todos los problemas de individualización se plantean para las fuentes reelaboradas y para la transmitida: naturaleza, autor, tiempo, etc., deben ser resueltos en cada unidad de fuente²⁴². La relación entre los textos puede ser debida a que ha pasado el contenido de uno a otro entera o parcialmente, o a que tienen una fuente común, siendo numerosísimas las variaciones posibles de estas relaciones genéticas²⁴³. Una forma interesante de esta recensión es la que da lugar a la fijación de un original X, perdido, cuando sólo se advierte su huella, más o menos evidente, en fuentes posteriores²⁴⁴.

En la recensión del texto o fijación de su original hay problemas de pura transmisión heurística, pero hay otros que afectan sustancialmente a la Historia del Derecho. Lo que ante nosotros se presenta como un texto unitario puede ser en realidad el producto de la agregación de elementos pertenecientes a distintas épocas y ser el testimonio del estado de Derecho sólo en cuanto a cada una de ellas. Ejemplo clásico en nuestra historiografía es la separación de diversas series de disposiciones hechas por J. FICKER sobre los Usatges de Barcelona. La labor de discernir los estratos que constituyen la mayor parte de nuestras fuentes jurídicas está relativamente poco avanzada²⁴⁵.

242. Una misma fuente en el sentido histórico puede conservar varias fuentes del Derecho, como al contrario distintas fuentes históricas pueden ser una sola fuente del Derecho que ha pasado por distintas etapas: la recensión debe tender a fijar ambos fenómenos.

243. Bauer, Introducción, ps. 296-301; Besta, *Avviamento*, 94 ss; Schwerin, *Einführung*, p. 87 ss. Vid supra nota 233.

244. Un modelo de esta reconstrucción: Cl. Sánchez Alborno. "¿Una crónica asturiana perdida?" Mi reseña en AHDE XVI (1945) 825-827. Galo Sánchez, "Para la historia de la redacción del antiguo Derecho territorial castellano". AHDE VI (1929) p. 317: cuadro de las relaciones entre sus textos, resumen del examen que precede y que constituye un monumento del método histórico-crítico: algunas de sus observaciones fueron recogidas en esta memoria, pero lo que encierran sus páginas es, claro está, infinitamente superior. El mismo don Galo aconsejaba aprender en trabajos concretos, mejor que en manuales de metodología. Ramos Loscertales, "Los fueros de Sobrarbe", en CHE VII (1947) 34-66.

245. Ejemplos de esta labor: Galo Sánchez en el Fuero de Madrid, Ramos en el de San Juan de la Peña, AHDE VI (1929) 33 ss. a veces en el texto se expresan los distintos extractos: por ej. el Fuero de Alcalá de Henares, caps. 172, 173, 263, 264 tienen distinta procedencia que el conjunto. Al corregir estas pruebas, y en el curso de unas Jornadas sobre Historia, instituciones y Derecho de Madrid, el Prof. Rogelo Pérez Bustamante, ha adelantado algunas observaciones sobre topografía de la villa y preceptos de carácter administrativo del Fuero (ed. por el Ayuntamiento en 1932 y 1963) que obligarían a rectificar su cronología (9-XI-91) Vid. supra. notas 233 y 240.

En los caracteres exteriores de los textos hay datos para señalar sus distintos elementos. La variación del tipo de letra, calificada por la Paleografía, es el indicio de una agregación ulterior al texto primitivo. El que no figuren en el índice de un libro o una colección algunas disposiciones o documentos puede deberse a que éstos hayan sido incluidos posteriormente que estos han sido incluidos posteriormente.

50. Fijación de la autenticidad.

Una cuestión se plantea ante toda fuente, como ante cualquier testimonio: ¿dice éste la verdad, o bien la deforma voluntaria o involuntariamente?²⁴⁶ La fuente jurídica que pretende reflejar un estado del Derecho, puede conducir a una visión errónea. Ya en la recensión del texto se trata de obtener, en cierto modo, la fuente auténtica originaria; pero los elementos excluidos para ese fin, son a su vez auténticos, propios de una etapa posterior en la formación de la fuente. Cuando hablamos de fijación de autenticidad nos referimos al caso de que la fuente jurídica no lo sea totalmente o no lo sea en parte, porque está falsificada o adulterada.

La falsificación puede ser total o parcial, y en este caso hay que distinguir que se haya falsificado parte de las disposiciones o bien ciertos aspectos de la fuente, como su fecha, autor, etc.

En general, se falsifica la naturaleza de la fuente. Lógicamente el falsificador pretende introducir como Derecho aquello que no lo es o que no está sólidamente establecido como tal y para conseguir mejor su objetivo, da a su labor la apariencia de aquella fuente que tiene más autoridad. En nuestra historia jurídica tenemos el caso de los Pseudo-ordenamientos de Nájera. Aquello que es una falsificación respecto a un tipo de fuentes, puede ser obra auténtica respecto a otro. Así, una falsa confirmación regia de privilegios y costumbres, puede ser una exacta redacción privada del Derecho consuetudinario. Especial

246. W. Bauer, *Introducción al estudio de la Historia* (1927). trad. Valdeavellano, Barcelona, Bosch, 1944; mi res. en AHDE 15 (1944) 744-745; trata principalmente de la falsificación de fuentes históricas, págs. 290-296, y como su instrumento frecuente la interpolación, y Valdeavellano, en su nota, de los falsos cronicones, pero no de la falsificación jurídica. Vid. supra nota 238.

interés tienen en nuestros estudios la falsificación de documentos de aplicación, objeto de la crítica diplomática²⁴⁷.

Las falsificaciones tienen una importancia especial en la Historia del Derecho, ya que al no haber sido advertidas por los contemporáneos, se han recibido como auténticas, se han aplicado e incluso han recibido confirmaciones que las convierten en fuentes ordinarias. El caso de las falsas Decretales es el más importante y significativo de las falsificaciones histórico-jurídicas, habiendo influido en el desarrollo del Derecho eclesiástico de un modo positivo²⁴⁸. En España, una falsificación como el Pseudo-Ordenamiento primero de Nájera, es admitida como auténtica por Alfonso XI, e incorporada al texto del Ordenamiento de Alcalá, 1348, adquiere vigencia²⁴⁹.

247. Cfr. la reseña de Sánchez Albornoz sobre Barrau-Dihigo, *Recherches sur l'histoire politique du royaume asturien* (718-910) en AHDE (1925) 531-537, sobre autenticidad y falsificación de documentos. Gonzalo Martínez Diez, "Las instituciones del reino astur a través de los diplomas", lb. 35 (1965) 59-166: sobre falsificaciones, págs. 62-65. Y por supuesto las ediciones críticas de colecciones documentales. Filemón Arribas Arranz, "Una importante falsificación de documentos a principios del siglo XVI" Orense, 1948; res. por Sánchez Belda en Hispania 9 (1949) 690-691.

248. A. García Gallo, reseña de Fournier y Le Bras, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les Fausses Decretales*, I-II, Paris, 1931-32, en AHDE IX (1932) 451-457; también falsas capitulares.

249. La concepción tradicional, que se debe a don Galo, en sus *Apuntes* 1925, págs. 149-150; 1930, 127-139; *Curso* de 1932, págs. 109-110, donde aumenta la argumentación sobre el carácter apócrifo del Ordenamiento, pero sustituye la primitiva calificación de "falso Ordenamiento" por "el que podemos llamar Pseudo-Ordenamiento I de Nájera", precisión sin duda debida al detenido estudio del Ms. 431 de la B.N. de Madrid, del que es un resto provisional y fragmentario, redactado lejos, el estudio magistral sobre "El antiguo derecho territorial castellano" (Antiguo Derecho, el nombre más exacto de nuestra Asignatura), donde el Pseudo-Ordenamiento I sólo es brevemente aludido (AHDE VI, 1929, p. 308), con el nombre universalmente admitido, desde Rianza, en el *Manual* con García Gallo 1935, p. 356: "Esta colección ha sido denominada Pseudo-Ordenamiento I de Nájera"; García Gallo solo, en su *Curso*, 1946, p. 259, con la innovación de atribuirla a "otro jurista desconocido"; yo mismo en HGDE, 1968, 1968, ps. 53-54, con la leve diferencia de dar una ojeada al contenido, donde me permití rectificar aquella radical negación del carácter nobiliario del Derecho territorial castellano que mantenía don Galo, y una tácita alusión al Pseudo-Ordenamiento de Alcalá, que había publicado don José Orlandis, AHDE 17, 1946-711, éste sí, como es natural, con patente continuidad; Lalinde, *Iniciación*, 1970, núm. 167: "el llamado", con acertada visión de síntesis de su contenido, y "colección privada y anónima... conocida por la doctrina, como..." (núm. 166) "a causa de estimar ¿quién? la doctrina, falsa la atribución"; Pérez-Prendes, *Curso* 1982, 4.º, 1984: con el error de considerar (págs. 710-

Los indicios de falsedad o adulteración son muy numerosos. Como dice BAUER: «El descubrimiento de las falsificaciones sigue el mismo camino de la criminalística. Y así como esta registra la experiencia de que el delincuente se delata a sí mismo muchas veces por algo imprevisto, lo mismo sucede a los falsificadores de fuentes»²⁵⁰.

711) el Ordenamiento de Alcalá ordenamiento de cortes, del que lo diferencia el Curso de don Galo (pág. 120), y hasta el más distraído lector, no consigo encontrar, falto de índices, los Pseudo-Ordenamientos; los ignora Clavero, en **Temas sevillanos**, Derecho de los Reinos, 1977, p. 98, aunque los salva al recoger el texto del OA, pr. p. 89. Desalado hacia su Edad Moderna, apenas distinguibles en el Manual de Valiente, 1979, p. 160, entre la baraunda del Derecho feudal “¿por qué no feudal?” levantada por Clavero e Iglesia, se vislumbra entre los textos “varios y otros que se han perdido, de relaciones problemáticas y (perturbando el orden constitucional con) conjeturas y discusiones muy eruditas, que no han dado lugar a conclusiones aceptadas en forma pacífica (ahora la hay en el Golfo) y general (civil, por supuesto)”. Por fin, Enrique Gacto, en su **Derecho medieval** de los **Temas** citados, Sevilla, 1977, págs. 127-137, hace justicia a don Galo al desarrollar en torno a su trabajo el hermoso capítulo dedicado al “llamado Derecho territorial castellano” que en la línea conceptual de Lalinde califica de “fundamentación de algunos ordenamientos generales en derechos particulares”, además de recoger en la bibliografía los títulos del torrencial don Claudio, presente entre nosotros siempre, sus **Dudas** y sus **Menos dudas** sobre el Ordenamiento de Nájera, las primeras dedicadas a don Galo, cincuenta años de fraternal amistad, en CHE 35-36 (1962) 314-336, las segundas en el **Anuario** de Emilio Sáez, mi maestro y amigo. AE Medievales. Barcelona 3, 1966, 465-467, que viene a vindicar la autenticidad de un posible Ordenamiento de aquella reunión, claro que retocado, añadido y modificado, en la forma que a don Galo había conducido a calificarlo primero de falso y más tarde de apócrifo, con otras disidencias que cabe examinar junto a “los dos modelos de análisis agudo y penetrante y de crítica histórico-jurídica” el citado estudio del AHDE VII (1929) y el menos asequible “Ordenamiento de Alcalá y sus fuentes”, que yace en la **Revista de Derecho Privado**, sede de las primeras y dispersas piezas literarias del insigne maestro, tomo IX, 1922, 351-368. También alcanza a recoger los títulos de Sánchez Albornoz, en sus **Investigaciones y documentos**, Chile, 1970, el elegante (¡oh gran duque de Weimar!) **Curso** de Escudero, 1985, págs. 450-452, y la mención del **Pseudo I**, “cuyo nombre deriva de haber sido atribuida por su autor a unas cortes celebradas en esa ciudad... perdido, si es que ciertamente existió como tal” y el II, “atribuido como en su texto homónimo a supuestas cortes celebradas allí”. Como no podía ser menos se encuentra la mención exacta y suficiente en su lugar más apropiado, junto al OA, en **Las Fuentes** de Fernández Espinar, 1985, p. 403, cuando ya había prevenido de su “redacción tardía” (p. 247). No se ha prestado atención a la última fase de esta producción de Derecho territorial, anterior a la definitiva del Fuero Viejo de Castilla, representada por los textos que publicó García Gallo en AHDE XIII (1936-41) 308-396.

250. Bauer, **Introducción**, págs. 293-294.

Existe generalmente un fin práctico, a través del cual puede descubrirse la existencia de falsificación. En el curso de la individualización de la fuente, surgen anomalías o incongruencias que revelan la imposibilidad de que la fuente corresponda a la clase, fecha, lugar, autor, etc., que se indica²⁵¹. El examen del documento, y especialmente el contenido jurídico, lleva asimismo a rechazarlo por no auténtico²⁵². Claro es que un documento puede ser falso en un sentido puramente histórico -por ejemplo, una donación regia a un particular- y tener aún interés desde el punto de vista de la relación jurídica que refleja.

La falsificación del documento no significa siempre irrealidad de las instituciones jurídicas, sino que muchas veces aquella se elabora con el fin de dar mayor fuerza a normas que rigen efectivamente en la costumbre. Por ejemplo, el voto al Monasterio de San Millán²⁵³ es de suponer que existiera primeramente como acto íntimo y como costumbre social; ya se había considerado con los caracteres de lo jurídico cuando Fernando III y Alfonso el Sabio ordenan que se satisfaga como en el reinado de Alfonso VIII. Pero en el siglo XIII se forja un documento jurídico, en el cual aparecen el Conde Fernán González otorgándolo y obligando a satisfacerlo a pueblos de Castilla. He aquí un documento falsificado y que no obstante está en contacto con la vida jurídica real. Este contacto se estrecha cuando el documento apócrifo se sanciona en 1290 por Sancho IV. La labor crítica no se contenta con señalar

251. Sobre autenticidad de los cartularios. José Rius, en el prólogo al vol. de su edición del de Santi Cugat del Vallés, Barcelona, CSIC, 1945. Serrano y Sanz. Condado de Ribagorza, pág. 147: "Durante los siglos IX al XII fue costumbre muy general en las donaciones piadosas no consignarlas en documento público y fehaciente, en cuyo caso los donatarios conservaban una noticia, muchas veces redactada en forma narrativa. Andando el tiempo, al copiar estas noticias, se les daba aspecto de diplomas, a fin de que tuviesen mayor autoridad, no siendo raro que al hacer esto se cometiesen anacronismos y otros yerros; así que tales documentos no hay que examinarlos con una crítica meramente diplomática".

252. Como indicio de la falsificación, de Schwerin, *Einführung*, p. 74, una interna desarmonía en el contenido de la fuente o con otras: mientras que este hecho sólo se da aparentemente en las fuentes auténticas.

253. P. Luciano Serrano, Cartulario del monasterio de San Millán de la Cogolla, Madrid, 1930, págs. XXX-XXXI. Bauer, p. 295: "La finalidad de la falsificación fue determinada, en ocasiones especialmente en los documentos por el punto de vista práctico de sustituir piezas auténticas perdidas o dar fuerza a derechos que realmente se poseían".

la falsedad de un documento, sino que pretende valorarlo siempre como fuente histórica.

La falsificación a que aquí nos referimos, tiene una significación positiva en el curso de la Historia del Derecho; en cuanto a la falsificación erudita, hecha con el propósito de mantener una pretensión científica valen las normas de la crítica general de las fuentes²⁵⁴.

Cuando la fuente jurídica es auténtica, ya tiene conseguida la máxima credibilidad²⁵⁵ y esto ocurre porque antes que medio de conocimiento ha sido medio de expresión de la norma jurídica que es lo que nos interesa conocer. En las fuentes narrativas de la historia, por el contrario, independientemente de la autenticidad, aún podemos preguntarnos por la autoridad que tiene su autor en relación con los hechos que narra. Así también, cuando es necesario valerse de fuentes puramente históricas para conocer instituciones sobre las que no existen fuentes directas. Hace falta someter las noticias transmitidas a una crítica especialmente en su aspecto jurídico. Es muy frecuente que el profano no acierte a calificar exactamente la institución que nos refiere y le dé su nombre técnico sólo por la apariencia. Incluso, el tratadista que se ocupa de una institución antigua, sin criterio histórico, y la describe conforme a las ideas actuales²⁵⁶.

Conocido es el hecho de que la literatura jurídica española no toma como referencia positiva el Derecho nacional, sino el común a la recepción extranjera, lo que habrá de tenerse en cuenta si se pretende completar con ella nuestro conocimiento de las fuentes directas. Ahora bien, esas mismas obras doctrinales en cuanto son auténticas, nos muestran ya una faz real del desenvolvimiento de nuestra historia jurídica: extranjerización.

50 bis. Autenticidad jurídica²⁵⁷.

Ante una fuente histórica, como ante cualquier testimonio se plantea la

254. Ejemplos y método para discernir estas falsificaciones. en Bauer, págs. 292-293.

255. Besta. "Avviamento", pág. 108 trata aparte la determinación del valor intrínseco de la fuente.

256. Cfr. las doctrinas sobre Behetrías en escritores del siglo XIV al XX. en AHDE I (1924) 158-167.

257. El presente párrafo contiene una reelaboración del anterior, 50, por lo que el lector perdonará algunas repeticiones; Bauer, Besta y Schwerin han sido para esta ocasión leídos de nuevo y mejor aprovechados, no reproduzco las indicaciones bibliográficas de notas 243 a 256.

cuestión de si expresa la verdad o bien la deforma voluntaria o involuntariamente. La fuente jurídica que aparece como reflejo de un estado de Derecho, puede asimismo conducir a una visión errónea. En la recensión del texto se trata de fijar la autenticidad del mismo, pero en un segundo momento cabe preguntarse por la autenticidad de su testimonio. Un texto original o un texto reconstruido permite suponer que la norma jurídica que allí se manifiesta fue realmente Derecho; la medida en que esa suposición es verdadera o falsa determina lo que Schwerin llama realidad (*Tatsächlichkeit*) de la fuente. La realidad de la fuente es distinta según su índole: una es la de la fuente legal, otra la de una redacción privada o la de un documento de aplicación. Schwerin insiste en una distinción formal, la ley y la carta o documento constitutivo son fuente formal del Derecho, digan lo que digan, la redacción privada y la noticia no son fuentes formales sino materiales del Derecho; su testimonio ha de valorarse en relación con la personalidad del autor, con el contenido de los documentos. Para Besta la autenticidad de la fuente es objeto de una valoración.

Una fuente histórico-jurídica puede no ser auténtica, bien porque ha sido falsificada o adulterada, o porque refleja inexactamente la realidad. La falsificación es voluntaria, puede ser total o parcial, y en este caso afecta al contenido de las disposiciones o bien a elementos exteriores, como la fecha, el autor o la procedencia, confirmaciones, garantías, etc. En general se falsifica la naturaleza de la fuente. El falsificador pretende consolidar como Derecho aquello que no lo es o no lo es con bastante fijeza o solidez. Para conseguir su objeto da a su obra la apariencia de aquella clase de fuentes que tienen mayor autoridad. Por esta razón lo que es una falsificación respecto a un tipo de fuentes puede ser obra auténtica, respecto a otro. Una verdadera redacción de Derecho consuetudinario a la que se da la apariencia de un privilegio real o un ordenamiento de cortes; una verdadera noticia inserta en un falso diploma.

La falsificación tiene en historia del Derecho una doble significación, cuando al no haber sido advertida por los contemporáneos, se han recibido como auténticas, se han aplicado y recibido confirmación que en cierto modo les ha dado una autenticidad. El ejemplo clásico en la historia del Derecho castellano es el Pseudo-Ordenamiento de Nájera, que al ser incorporado al Ordenamiento de Alcalá, 1348, adquiere valor legal.

Los indicios de falsedad o adulteración son numerosos. “El descubrimiento de las falsificaciones sigue el mismo camino que la criminalística. Y así como

ésta registra la experiencia de que el delincuente se delata a sí mismo muchas veces por algo imprevisto, lo mismo sucede a los falsificadores de fuentes". Existe generalmente un fin práctico, un interés, evidenciable por otras fuentes, como pretensiones jurídicas a través del cual puede descubrirse la falsificación. Pero la prueba de la misma radica en la propia fuente. En el curso de su individualización surgen anomalías e incongruencias que revelan la imposibilidad de que la fuente corresponda a la clase, fecha, lugar o autor allí indicados. Los caracteres externos o el contenido de la fuente llevan a rechazarlo como no auténtico. Indicio de falsificación es, para Schwerin la interna desarmonía en el contenido de la fuente o la desarmonía con otras, que siempre es aparente en las fuentes auténticas; hay, sin embargo, diferencia entre fuentes auténticas y fuentes perfectas. Bader alude a la falsificación sistemática de las fuentes jurídicas, ejemplo de la cual es la legislación determinada por fines políticos, y ésto le lleva a distinguir entre falsificación de la fuente y falsificación del derecho²⁵⁸. La falsificación puede existir, desde un punto de vista histórico, por ejemplo un documento de donación, y tener interés desde el punto de vista de la relación jurídica que refleja, si se utilizó un modelo auténtico.

258. K.S. Bader, *Aufgabe und Methoden des Rechtshistoriker*. Tubinga, Mohr, 1951. Citado aquí incidentalmente, este trabajo es fundamental. "Expone la crisis de los estudios de historia del Derecho al desaparecer la generación que siguió a Brunner y Amira y que afectó por igual a romanistas y germanistas, motivada por la dificultad de un estudio doble: histórico y sistemático, dada la radical diversidad entre Historia y Jurisprudencia, no sólo por sus objetivos, sino también por el estilo de pensamiento y por los métodos que respectivamente utilizan". En 1950 yo me había referido a la antinomia que consideraba evidente entre Historia y Derecho. Valiente declaró no comprender esa antinomia y dijo que yo no la explicaba (ver mi *Introducción al Derecho* de la UNED, 1977, VI/ 22-26). Escudero, en su *Curso*, 1985, se hace eco de esta conversación (págs. 36-37) y parece exigir que esa antinomia sea explicada. ¿Por qué son diferentes el Derecho y la Historia? Son dos Facultades, como el Derecho y la Medicina, o la Filosofía y la Teología. En nuestra disciplina se encuentran, y es natural que en su interior se produzcan algunas tensiones y desequilibrios, mientras el genio alcanza la síntesis que puede divisarse en Savigny para el Derecho Romano o en Brunner para el Germánico. La verdad es que no divisaba para el Derecho Español en lo que hasta allí realizado una obra semejante a la de aquellos autores, incompleta, como había quedado la Historia de Hinojosa, pero claro es que había aportaciones. Entre éstas, conocí más tarde, por ej. los *Códigos o Estudios fundamentales* de Benito Gutiérrez, ignorados por la Escuela de Hinojosa, donde se encuentra más derecho antiguo que en la obra de aquél y de sus seguidores (cfr. mis *Elementos*, p.3).

La falsificación del documento no significa siempre irrealidad de las instituciones jurídicas; sino que puede ser el instrumento para fijar normas vigentes con los caracteres del Derecho. El concepto formal del derecho tiene aquí aplicación. Por ejemplo, el voto al monasterio de San Millán, iniciado como acto íntimo de piedad religiosa y desarrollado como práctica social, tenía los caracteres formales del Derecho cuando Fernando III y Alfonso X ordenan que se satisfaga como se hacía, quizá sin esa forma jurídica, en el reinado de Alfonso VIII. En el siglo XIII se forja un documento en el cual aparece el conde Fernán González otorgándolo y obligando a satisfacerlo a pueblos de Castilla. Este documento apócrifo es sancionado en 1290 por Sancho IV.

Cuando la fuente directa es auténtica como tal fuente posee ya un grado de autenticidad jurídica, puesto que antes de ser un medio de conocimiento fue un medio de expresión de la norma jurídica; el que lo fuera defectuosamente será un carácter interno de la historia del Derecho en aquel momento, pero no afecta a la validez del testimonio. En las fuentes accesorias, históricas o literarias, auténticas como tales documentos, puede ser o no auténticas en cuanto a su testimonio sobre cuestiones jurídicas. Este testimonio debe ser valorado con un criterio jurídico, correspondiente al momento histórico en cuestión, y este radica en las fuentes directas. En las informaciones procedentes de fuentes accesorias y no confirmadas por fuentes directas, el autor pudo fundarse sólo en la apariencia de las instituciones, para calificarlas o relacionarlas, o bien pudo emplear impropriamente términos técnicos. Incluso el tratadista de Derecho que se ocupa de una institución antigua, sin criterio histórico, ha podido alterar la visión con sus propias ideas jurídicas.

La autenticidad de las fuentes depende también de su originalidad o de su dependencia respecto a otras. La interdependencia de los textos jurídicos, que obedece a una tradición literaria, ofrece una gradación que va desde la dependencia absoluta de una copia, hasta la menor influencia ejercida por un texto, sobre otro.

El Derecho se refleja en el texto, pero es distinto de su redacción. Auténtica es la fuente jurídica, en cuanto revela genuinamente el Derecho. Observa Besta que de una misma norma o de una misma práctica puede haber más de un testimonio, y entonces se plantea el problema de cuál habrá de ser aceptado. Las fuentes de nuestro Derecho medieval pueden considerarse como distintas versiones de un mismo Derecho. La primera cuestión es establecer si cada una

de estas versiones tiene un valor propio, si nos hallamos ante dos o más modalidades de una misma institución, o si se trata de varias instituciones con elementos comunes. El hecho es que varios redactores han podido, independientemente, dar forma escrita a una misma práctica o principio jurídico, y al hacerlo, desde distintos puntos de vista o con finalidades propias, acentuar un aspecto particular o parcial de la institución. Incluso la coincidencia de palabras puede ser casual, no provenir de relaciones entre textos, sino de la realidad misma. Las versiones más amplias suelen ser también más recientes; pero también un autor ha sintetizado, eliminado lo supérfluo. Un mayor tecnicismo revela mayor modernidad en el texto, pero esta presunción se establece en relación con una creciente cultura del Derecho; también es posible el proceso contrario, hacia la simplificación vulgar.

IV. INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES

51. Hacia las instituciones.

La tarea preparatoria en torno a las fuentes aboca a la interpretación de éstas; un poco más y estamos ante la elaboración de las instituciones. En realidad esta división es sólo sistemática pues si al interpretar una fuente se trata de obtener el significado de un proceso jurídico, esto es ya conocer la institución, siquiera sea en el solo punto de una fuente. Para *Huizinga* no cabe distinción entre trabajos preparatorios, crítica de las fuentes y síntesis posterior: ya está madurando en la fase erudita de la interpretación, mientras que el documento, mudo y amorfo por sí, sólo da contestaciones cuando se le interroga²⁵⁹. La elaboración de las instituciones se apoyará en la serie histórica de fuentes previamente interpretadas, y aunque esta labor puede ser revisada desde el conjunto, conviene aislar la interpretación como operación simple sobre una fuente y sobre un solo precepto.

Interpretar es declarar el sentido de una cosa. Pero si se quiere penetrar

259. Huizinga, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, Madrid, Revista de Occidente, 1934: ¿Es la tarea del historiador una de análisis o de síntesis? También aquí reza la respuesta como, por lo demás, para toda ciencia: ambos... En la historia, hasta cierto punto, la síntesis ya se lleva a cabo en el análisis" (págs. 93 y 95).

en el contenido de esa frase u otras análogas que pudieran emplearse²⁶⁰ es necesario recurrir a una vieja expresión de la Escuela, que también es el fundamento de la Filosofía. Interpretar consiste en establecer el principio de razón suficiente de un ser, que la expresión designa²⁶¹. Y esa razón está formada por cuatro causas: forma, materia, origen y fin. Esas causas producen la entidad del ser. ¿Y cuál es la entidad que se trata de fijar en la fuente; qué es lo que se desea extraer de una fuente histórica cuando nos disponemos a interpretarla en nuestra disciplina? Sencillamente, el precepto jurídico. No deseamos descifrar una metáfora o un juicio de valor, aunque a veces el precepto jurídico aparezca revestido con una o mezclado con el otro.

Al interpretar intentamos conocer el precepto jurídico que en aquella fuente reside y distinguirlo de todo otro. Un precepto jurídico como cualquier otra entidad real o ideal, tiene una materia, una forma, un origen y un fin. La misma materia (patria potestad) tratada por el Derecho romano y por el aragonés, da lugar a preceptos formalmente distintos. Pero la misma forma (prescripción de 30 años) aplicada a la propiedad o la libertad personal, a preceptos materialmente distintos. Un mismo origen (la recepción del Derecho romano) es el de preceptos distintos en su forma y en su materia. Como diversos orígenes (aquella recepción y formación autónoma del Derecho medieval) han podido producir análogos preceptos.

Una diversa finalidad hace de un precepto varios (así la adopción considerada como medio de establecer una relación familiar o una relación sucesoria). Y contrariamente una única finalidad asimila entre sí preceptos diferentes (ejemplo el testamento y la adopción sucesoria). En cuanto una sola de estas causas sea peculiar nos encontramos ante un precepto que la historia del Derecho debe recoger en su singularidad.

260. Schwerin. *Einführung*. p. 117: El objeto de la interpretación es comprender una fuente, o sea, fijar qué pensamiento o series de pensamientos ha querido poner el autor en sus expresiones.

261. Se atiende aquí ya a la interpretación de las expresiones jurídicas, precindiendo de su previa interpretación gramatical. Para ésta es necesario conocer sucesivamente: la lengua del país y de la época, la lengua del autor y la lengua del contexto (Langlois-Seignobos, *Introduction aux études historiques* 4.ª ed. Paris, 1897, p. 123). Conocida la expresión literal, es preciso penetrar en el sentido del autor, que puede haberla empleado alegóricamente. "Cuando el sentido literal es absurdo, incoherente, contrario a los hechos conocidos, es preciso apartarse del texto literal".

Interpretar una fuente histórico-jurídica equivale, pues, a conocer realmente sus preceptos jurídicos, admitido que el objeto único y exclusivo de nuestro estudio son ellos mismos, agrupados en fuentes e instituciones. Ahora bien, el precepto jurídico encarna en una expresión verbal o plástica, en una frase o en un símbolo. ¿Será suficiente el conocimiento directo de esas expresiones? No; habremos de convertirlas en otras que, siendo su fiel expresión, sean inteligibles para nosotros. La fuente nos dice “parar fiel”; la interpretación tiene un momento puramente lingüístico: “presentar fiador”; pero aún esta expresión es menos clara que “demandar” por ejemplo. Y aquí radica el primer peligro de la interpretación: que sea demasiado rápida y clara, mediante la identificación con el precepto actual que guarde analogía de fin o de forma con el que nos interesa aclarar.

Nuestra convicción es: la conveniencia de mantenernos apegados a la propia expresión de los preceptos, hablar su mismo lenguaje, y cuando sea necesario traducir a una terminología actual hacerlo “a doble columna”, conservando la encarnación original del concepto en una frase o en un símbolo; “la prenda de una paja”, el “beso al enemigo”, la “entrada en manos” deben ser conservadas asimismo; mejor que sustituirlas por designaciones que, más asequibles en principio, serían para siempre más inexactas²⁶².

Dice *Besta* que no es interpretar el reproducir con distintas palabras aquello que las leyes y documentos parecen decir: “interpretare significa rendersi regione di cio che l'autore ha inteso dire. E non pure delle parole, ma dello spirito di chi lo ha usato”²⁶³. Oponer el espíritu y la letra, nos parece un método desacertado en general y especialmente cuando se trata de interpretar la norma jurídica. Pero aún no siempre es tan fácil eso de decir con otras palabras lo que el precepto parece decir²⁶⁴.

262. Pacchioni, **Manual de Derecho Romano**, trad. española, t. I, Valladolid, 1942. nota preliminar: “El conservar las locuciones jurídicas peculiares de cada período ayuda a familiarizarse con el espíritu de la lengua jurídica... y penetrar más íntimamente la entraña de los conceptos jurídicos”.

263. *Besta*. **Avviamento**, p. 11.

264. Véase la dificultad de esta labor en Sánchez Alborno. “Muchas páginas más sobre las behetrias”, *AHDE* IV (1927) págs. 28 ss, y A. García Gallo “Sobre el reparto de tierras entre Visigodos y Romanos”, en *Hispania* (1941) 40-63. En realidad, lo que a *Besta* le parecía poco, en muchos casos sería una desiderata.

Es cierto que la terminología de las fuentes, especialmente de las poco eruditas fuentes medievales, es imprecisa; que a una misma cosa se le llama de varias formas, y que un mismo nombre designa cosas diferentes. Ahora bien, la Historia del Derecho no tiene sólo por objeto el Derecho erudito, y por otra parte éste también ofrece análogas confusiones. Especialmente cuando los escritores formados en el Derecho científico de la Recepción, se aplican a instituciones del Derecho nacional, no pocas veces incurren en aquéllas²⁶⁵. Una técnica jurídica correcta puede corromperse, las instituciones pierden matices, y una jurisprudencia inferior a los textos que maneja no sabe distinguir las líneas clásicas; pues bien, esto constituye substantiva Historia del Derecho que se debe describir en su realidad. Por ejemplo, el hecho de que un precepto aparezca designado en una fuente medieval con un término que tiene cierto sentido en Derecho romano, no basta para que se identifique con éste, sino que es necesario conocerlo en sí mismo. El intérprete buscará el supuesto de hecho contenido en la norma, qué consecuencias le asigna la Ley, que determinaciones deja a la voluntad de las partes, del juez, etc.

La interpretación termina en la fuente; mejor dicho, en el lugar de la fuente que se examina, o sólo se extiende a aquellos otros lugares con los que formalmente se relaciona. Así, cuando para un determinado delito se establece la “pena del traidor”, se debe buscar en la misma fuente esa pena. La ley del Estilo que corrige otra del Fuero Real, se interpretará a la vista de la segunda. La literatura jurídica, a la vista del texto legal comentado. Un documento de aplicación que menciona la *lex gothorum*, a la de ésta²⁶⁶.

En resumen, la interpretación debe reducirse al precepto en cuestión y a todo lo que en él está implícito. Pero la operación contraria no es correcta. En los ejemplos citados: interpretar el delito por el concepto de traición; la Ley del Fuero Real por la del Estilo; el texto legal por sus comentarios doctrinales o por su aplicación en documentos; pues en todos estos casos, la fuente

265. Cfr. Maldonado, *Herencias en favor del alma*, págs. 147 ss; *La condición jurídica del nasciturus*. p- 174: “La construcción doctrinal se realiza en (los autores) con materiales romanos y canónicos, y a veces un precepto de Derecho nacional les sirve. más que de base, de pretexto para sujetar un entramado de leyes romanas, disposiciones canónicas y citas de romanistas y canonistas”.

266. García de Valdeavellano. “Cuota de libre disposición”, AHDE IX (1932) pág. 131: doc. de 960: *sicut Lex Gotica docet, iuxta quod lex gotica docet*.

ulterior puede contener un nuevo precepto en sucesión histórica con los precedentes. Un precepto de redacción confusa puede aclararse al compararle con otro más explícito, en la misma fuente o en otras de la misma índole o diversa, pero esto sale ya del campo de la interpretación de la fuente y sin terminar esta labor, aquélla es prematura.

La interpretación en sentido estricto termina cuando sabemos qué dice la fuente, pero no qué dice en un sentido gramatical, sino jurídicamente: qué precepto normativo se contiene en ella.

La interpretación de la fuente supone que ésta ha sido individualizada, que se ha practicado la recensión de su texto y fijado su autenticidad: pero aún ahora estas cuestiones críticas pueden ser nuevamente planteadas, como ocurre contrariamente, que la labor crítica se auxilie de una anticipada interpretación. Veámos, por ejemplo, que la presencia de una misma fuente de dos preceptos contradictorios es a veces el inicio de dos fases en la elaboración de la misma, o de la yuxtaposición de dos elementos de distinta procedencia, en cuyas operaciones no se ha cuidado de corregir o armonizar la dualidad de origen. Ahora, una más profunda atención a un lugar de la fuente para interpretarlo, nos permite distinguir más claramente en el contenido aquél dato que plantea una cuestión crítica. Esto obliga a volver sobre los pasos dados, es decir, de nuevo a la crítica de la fuente, en toda su integridad: lo inadmisibles es resolver de plano, en el terreno de la interpretación, cuestiones críticas. El intérprete de la fuente, si no desea acometerla de nuevo, sólo puede consignar su advertencia. La fijación de un texto viene dada por su estudio paleográfico; ocurre a veces que el intérprete alteraría una letra, una puntuación, etc. en favor de un significado jurídico, y esto es legítimo hacerlo, con la salvedad del criterio de interpretación utilizado, que está sujeto a revisión. Incluso lo es el introducir o borrar palabras con el fin de obtener una interpretación aceptable, que será lógicamente, hipotética.

51 bis. Hacia el curso histórico.

Entre la crítica de las fuentes y la elaboración del curso histórico se sitúa la interpretación²⁶⁷. Esta división sistemática se sobrepone a la profunda unidad

267. También este párrafo es una reelaboración abreviada del 51, en la que conservé algunas citas esenciales: eliminar alguna repetición hubiera alterado el conjunto. Las antiguas notas a pie de página, 259 a 266, corresponden también a esta parte. Bauer, Besta y Schwerin fueron objeto de una segunda lectura.

del conocimiento histórico. Para Huizinga no cabe distinción entre trabajo preparatorio de crítica de las fuentes y la síntesis, pues mientras ésta ya está madurando en la fase erudita de la interpretación, el documento, mudo y amorfo de por sí, sólo da contestaciones cuando se le interroga²⁶⁸.

Interpretar es declarar el sentido de una cosa. Si se quiere penetrar en el contenido de esa frase o de otras análogas, es necesario recurrir a una vieja expresión de la escuela. Interpretar equivale a establecer el principio de razón suficiente de un ser, que la expresión designa, y esa razón está formada por cuatro causas: forma, materia, origen y fin. Estas causas determinan la entidad del ser. La entidad que el historiador del Derecho trata de obtener de la fuente es el precepto jurídico. Al interpretar se extrae el precepto jurídico y se distingue de todo otro. Una misma materia, como la potestad familiar, tratada por el Derecho visigótico y por el Derecho castellano da lugar a dos preceptos formalmente distintos. Una misma forma, como la prescripción de treinta años da lugar a preceptos materiales diferentes, como la recepción romanista, da lugar a preceptos material y formalmente diversos. Orígenes distintos, como la Recepción y la formación autónoma de un Derecho, puede llegar a los mismos resultados. Diversa finalidad diversifica a una misma figura jurídica, como la adopción familiar o la adopción política. Una misma finalidad identifica figuras diferentes, como el testamento y la donación. Cuando una sola de estas causas es peculiar, existe un precepto que la historia del Derecho aísla en su singularidad, mediante la interpretación.

Para Schwerin, la interpretación mediante la cual se averigua el pensamiento o la serie de pensamientos que el autor expresó, tiene dos supuestos: Primero, que entre el autor y el intérprete exista una cierta comunidad de representaciones. En esta comunidad se basa la misma posibilidad de una historia del Derecho. Pues si el pasado constituye un mundo aparte, al cual no se puede llegar, y cuyas expresiones son propias e intraducibles, si, como ocurre en la historia del Derecho, incluso las mismas expresiones, dicen cosas radicalmente distintas, entonces debe renunciarse a una historia del Derecho, como realmente se hace muchas veces desde la historia general, que contempla el Derecho pasado sin penetrar en él, lo que lógicamente está reservado al jurista.

268. Supra, nota 259. Eugenio d'Ors. "Sobre la crítica histórica: en la observación es necesaria la interpretación" *Novísimo Glosario*, Arriba, de Madrid, 31 mayo 1947. Ya antes, 10 abril 1946: "Nueva loa del límite: análisis asistido de síntesis" (9.X.89).

Según Wieacker, mientras en la recogida de los datos la labor del historiador del Derecho no es específicamente diversa de la historia general, ocurre muy diferentemente en cuanto a la interpretación de ese material. Pues mientras el historiador general se apoya en su experiencia de la condición humana, el historiador del Derecho conoce con una conciencia especial y con una seguridad. La masa de fuentes se le hace transparente cuando penetra intencionadamente en la comprensión de un Derecho. Esto significa que sin haber formado su propia experiencia del Derecho, el historiador del Derecho será incapaz de descubrir en el material histórico la representación jurídica, y ni siquiera sabrá destacar en el conjunto de la historia, el ámbito de la historia del Derecho²⁶⁹.

El segundo supuesto de la interpretación es, para Schwerin, un conocimiento de los medios de expresión del autor, y también de su época y ambiente, a los cuales él se dirigía, y no a nosotros. El precepto jurídico encarna en una expresión verbal o plástica. No sólo se interpretan frases, sino objetos utilizados simbólicamente, gestos y ceremonias, lugares, colocación de las personas y de las cosas; todo aquello que generalmente está contenido en las fuentes jurídicas, y eventualmente en las fuentes no jurídicas, o en los mismos restos materiales. Interpretar no es traducir. Una traducción demasiado rápida y fácil puede aislar al historiador de la realidad del pasado. De aquí la necesidad para el historiador del Derecho, de mantenerse siempre unido a las fuentes, en su propia expresión. Por ello, la interpretación de las fuentes está ligada a la ciencia de los lenguajes. Indica Bauer que gran parte de las cuestiones discutidas en la Historia del Derecho se plantean en torno a determinadas expresiones y giros, y que el más penetrante conocimiento histórico-jurídico es tan amplio y rico como pueda serlo la investigación filológica de su idioma²⁷⁰. Los textos jurídicos españoles se encuentran fijados

269. Franz Wieacker, "Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik", separata de Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philol. Hist. Klasse, 1963. I, 1963, con bibl. y ref. a Betti y su Instituto (romano) della Interpretazione y discusiones tenidas en aquella academia.

270. Bauer, **Introducción**, págs. 55-66, 237-239. Alvaro d'Ors: "El objeto de la Historia no es el acontecer mismo, los hechos, sino la reflexión personal sobre aquel: no los **facta**, sino los **verba**; una reflexión personal más o menos contemporánea de los acontecimientos, o también posterior, porque si el objeto es la reflexión y no el hecho mismo, la fecha de la reflexión no puede excluirla nunca del interés histórico" (Prólogo a **Historia Económica y Social de España**, vol. I. La Antigüedad, Madrid, Cajas de Ahorro, 1973, pág. XXI). Y si esto se decía en la Sociedad y la Economía, con cuanta más razón del Derecho, que es esencialmente un lenguaje y donde los mismos hechos son palabras.

en latín y en las lenguas romances de la península. Es preciso señalar el lenguaje de cada época y de cada lugar, y más aún, el lenguaje de cada fuente: su vocabulario, su sintaxis.

Dice Besta que no es interpretar reproducir con distintas palabras aquello que las leyes y documentos parecen decir, sino darse cuenta de lo que ha intentado decir. No simplemente las palabras, sino el espíritu de quien las ha empleado. Pero espíritu y palabra están íntimamente unidos.

Una técnica jurídica puede decaer, las instituciones pierden matices, una jurisprudencia inferior a los textos que maneja no sabe distinguir las líneas clásicas; todo esto constituye sustantiva historia del Derecho. El intérprete se sitúa no solo en el lenguaje, entendido como forma verbal, sino en el total medio de expresión de un Derecho.

La interpretación termina en la propia fuente, cuando se sabe no solamente lo que dice literalmente, sino lo que expresa jurídicamente. Por esta razón se extiende a aquellos lugares con los que está formalmente relacionada. El precepto de una fuente será interpretado en relación con el conjunto del sistema al que pertenece; en primer lugar con los de la misma fuente, en cuanto constituye una unidad; pero también, con las fuentes relacionadas en la medida que lo haya revelado su recensión.

La interpretación de la fuente supone, en un orden lógico, que ésta ha sido individualizada, practicada la recensión del texto y fijada su autenticidad. Pero estas cuestiones críticas pueden ser replanteadas con motivo de la interpretación, como recíprocamente, el trabajo crítico se beneficia de una anticipada interpretación. La presencia en una misma fuente de dos preceptos contradictorios es indicio de dos fases en la elaboración de la misma, o de dos masas de material originario refundido. Pero no es admisible resolver en el momento de la interpretación cuestiones críticas, que están sometidas a la disciplina histórica. El historiador del Derecho no puede construir libremente, sino bajo la condición de las fuentes que le son dadas.

V. OTROS MEDIOS DE CONOCIMIENTO.

52. Los otros medios de conocimiento.

Schwerin antepone al estudio de la Heurística un concepto más amplio (medios de conocimiento del Derecho histórico) en el que se comprenden

Fuentes y Medios deductivos²⁷¹. Fuentes son: el Lenguaje, en el que los principios jurídicos han recibido una expresión y “otros resultados de actos humanos que deben su existencia o se refieren a dichos principios”. Medios deductivos son: el Derecho comparado y la ciencia del Derecho, mediante los cuales se pueden conocer, a base de dependencias históricas o sistemáticas, principios jurídicos que no se encuentran en las Fuentes.

A estos medios deductivos agrega el profesor Torres López otros dos que tienen sustantividad propia: la Geografía histórico-jurídica y los estudios de Derecho consuetudinario, cuya función entiende ser de índole comparativística. Aún dentro de este concepto más general que el de Fuente -Medios de conocimiento- reconoce el mismo autor que a las mismas corresponde el primordial papel, ya que los *medios deductivos* “presuponen siempre *la obtención de resultados* que comparar, trasladar, representar cartográficamente... y estos tienen que ser fruto de un estudio de fuentes”²⁷².

Estas mismas razones nos inclinan a considerar todos los “medios inductivos” más bien como Ciencias auxiliares y a incluirlos en este epígrafe tradicional. No hemos de regatear mérito al esfuerzo por transmutar dichas ciencias en medio de conocimiento para la historia del Derecho, ni desconocer la discreción que se previene contra las desvirtuaciones y excesos del comparativismo, así como la fidelidad de la ciencia histórica que induce a disciplinar rigurosamente su utilización en las investigaciones de dicha índole. El concepto de *ciencia auxiliar* entraña que la ciencia propia tiene un camino perfectamente trazado y sus peculiares *medios de conocimiento* en el curso del cual y en su manejo, respectivamente, puede solicitar los resultados de aquélla. Mientras que el concepto de “medio del conocimiento”, aún con todas las salvedades, coloca en posición formalmente idéntica a todos los que en él se incluyen. La cosa es diferente, pues en el primer caso las comprobaciones y aún las sugerencias procedentes de las ciencias auxiliares quedan en definitiva sujetas a la revisión del propio método: pero en el segundo, la comprobación es obligada, la sugerencia se plantea como exigencia metodológica. De la misma manera que el contenido de los documentos de aplicación tiene que ser colocado junto a los datos de las fuentes directas, los resultados de los medios

271. Schwerin, *Einführung*, págs, 43 ss. De este párrafo y del siguiente, 53, prescindí en 1964. El texto procede, pues, de 1947

272. Torres López, *Lecciones I*², 1935, pág.

inductivos tendrán que integrarse en el sistema elaborado a base de las fuentes. Y es precisamente este exclusivismo el que aquí queremos mantener a toda costa, por entender que es el riguroso concepto de las fuentes el que puede mantener la fisonomía del conocimiento histórico-jurídico.

Por considerar legítimo y de utilidad suma el estudio del Derecho comparado²⁷³, las bases del mismo -los diferentes derechos aportados a la comparación- debe provenir de sus fuentes sin haber sido contaminados originariamente por la comparación. De otro modo, resultaría en multitud de casos que al hacerse la ilusión de comparar Derechos el comparatista realmente estaría comprobando las consecuencias del comparativismo.

Con análoga dignidad consideramos investida dicha Ciencia del Derecho consuetudinario. Esta es una apreciación del presente mediante la cual es posible contemplar su densidad histórica, la viva porción de pasado que alienta en la actualidad; en cierto modo *Derecho consuetudinario* e Historia del Derecho, tienen un mismo objeto material; pero lo que distingue a las ciencias es su método, y en este caso, en una misma realidad la primera selecciona formas jurídicas en cuanto se han creado a través de la conducta social, y se han objetivado frente a ella sirviéndole de principio; al tiempo que la segunda selecciona, incluso las mismas formas, en cuanto pueden ordenarse en una perspectiva histórica.

Al clásico principio: "Para la Historia del Derecho es materia muerta todo lo que no se puede concebir dogmáticamente"²⁷⁴ podemos añadir en este punto de las relaciones entre aquélla y el Derecho consuetudinario: "y también todo

273. Esmein, "Le droit comparé et l'enseignement du droit", en *Revue historique*. 1900, pág. 489.

274. El famoso adagio que yo recogí de Maldonado (este Anuario 4, 1986, 344) ha sido objeto de un esclarecedor análisis en sus orígenes y en sus consecuencias por J.A. Escudero, "Derecho y tiempo: Dogmática y dogmáticos" AHDE 40 (1970) 269-286: recogido en su *HD: Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, 67-88: en ambos ha conservado el lapsus de Wicacker por Thieme, nota 48. Quede ya citado por lo que se refiere a la cuestión del Derecho y la Dogmática, allí tratado con altura, y que también se trataba en esta vieja Memoria, más adelante. Me complace publicar la dedicatoria del ejemplar por el autor: "Para Rafael Gibert con mi agradecimiento por su aliento y consejos cuando años atrás, yo escribía estas páginas. Un fuerte abrazo. José Antonio Escudero". Se trata, pues de la Memoria reglamentaria cuya publicación formal sería aconsejable, como la de las tesis doctorales, con saludable disciplina para la Ciencia y la Universidad. Unas y otras, no admitidas por el AHDE como tales, aunque fácilmente reconocibles en las excepciones de la regla.

lo que no se puede concebir como algo *sucesivo*” lo cual no está al alcance del Derecho consuetudinario, a menos de convertirse en disciplina histórica y quedar sometido a todas sus exigencias, para cuya transformación el estado actual y la plenitud de esa ciencia serían simplemente un acopio de materiales para ser colocados en el orden sucesivo que la historia entraña.

Respecto a las deducciones que una ciencia jurídica podría operar sobre el sistema construido a base de las fuentes (fundándose en las *dependencias sistemáticas*, en expresión de Schwerin, entendemos que carecen de significación histórica. La finalidad práctica que análogo ejercicio tiene en las disciplinas hoy vigentes, falta en absoluto cuando se trata de conocer el Derecho del pasado. Pero además se olvida al pretender llevar esas actividades a un Derecho ya *sido* que la labor de hallar “dependencias sistemáticas” y mediante ellas aplicar la norma a situaciones diferentes para las que fue creada, es en sí misma acto de creación de nuevas normas jurídicas; que cuando el juez o el jurisconsulto *deducen* sobre el Derecho vigente, lo transforman; que precisamente esa labor puede ser conceptuada como movimiento histórico-jurídico; y que por lo tanto *deducir* sobre el sistema de normas históricas -sin tener la certeza de que realmente los jueces y jurisconsultos que las utilizaban como Derecho histórico, llegaron a tales conclusiones- es introducir en el curso histórico un movimiento, un paso totalmente imaginario.

Si el Derecho visigodo regula fragmentariamente una institución, no es lícito que nos la reconstruya íntegramente ni el superlativamente mejor dotado cerebro jurídico de nuestros días. Y esto debe llevarse tan adelante que no consideramos permisible: ni *suponer* la solución o un caso particular por la existencia de un principio abstracto, ni elaborar éste a base de aquellos. Abstracción jurídica y casuística deben ser expuestas tal como nos las exponen las fuentes. A éstas debe quedar adscrito el historiador del Derecho. Ciencia jurídica, sistemática, lagunas son caracteres peculiares de cada momento histórico; a las reglas del método está sometido su conocimiento. Que éste sea incompleto no debe inquietar al historiador del Derecho sobre el cual no pesa el artículo 6.º del Código Civil español²⁷⁵.

275. Cuestión aparte es la de si en la interpretación de las fuentes puede utilizarse ideas sistemáticas que son simplemente lógicas, o bien si una institución puede auxiliar a la comprensión de otra. a lo que también puede llamarse dependencias sistemáticas, pero no se

Unas palabras sobre el cuarto medio inductivo propuesto: la Geografía histórico-jurídica. Creemos que no existe con independencia de la Historia del Derecho. Formar una Geografía histórico-jurídica, como especialidad de la Geografía histórica²⁷⁶, solamente es viable en cuanto apliquemos a éstas las noticias de la Historia del Derecho. “La representación cartográfica de las instituciones jurídicas, como medio de expresar su difusión y los caminos de ellas” solo puede ser lograda cuando sobre una carta geográfica se trasladan las conclusiones de la historia del Derecho. Otra cuestión es que ya la Geografía histórica general ha recibido muchos de sus trazos de la mano del Derecho.

53. Las ciencias auxiliares.

La cuestión de las ciencias auxiliares viene impuesta por la unidad subjetiva de la mente y por la unidad objetiva de las cosas. Son ciencias auxiliares de la Historia del Derecho español, todas aquellas que lo son de la investigación histórica en general, por lo que se refiere al trabajo sobre las fuentes. La medida en que posean estos instrumentos de trabajo permitirá no reducirse a las fuentes ya preparadas para su utilización cuando su lectura debe hacerse mediante la Epigrafía²⁷⁷ y la Paleografía²⁷⁸, especialmente por la cantidad de

trata de un medio independiente de conocimiento. La referencia al art. 6º del Código Civil que en su redacción original establecía la responsabilidad del que rehusase fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, hay que entenderlo ahora referido al punto 7 del artículo primero en la nueva redacción (1974) del título preliminar, que establece el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, que éste sí obliga al historiador del derecho.

276. Gonzalo Menéndez Pidal. **Atlas Histórico Español**, Editora Nacional. Madrid, 1941, reseña en *Hispania*, 1941. Vid. Bauer, **Introducción**, págs. 227-237; la unidad casi inseparable en sus orígenes: también la toponimia, con la copiosa anotación por Valdeavellano. *Mejor Geografía Jurídica que Historia del Derecho*. P. de Jusue, “Notas sobre geografía histórica” en *Altamira Santander* I, 3 (1957) 27-70.

277. Batlle Huguet. *Epigrafía Latina*, Barcelona, Instituto Nebrija, 1946. Bauer, **Introducción**, págs. 253-260. Para una HDE concebida como H de los LLJJ, la sola **Epigrafía** es la **Jurídica de la España Romana**, 1953, con sus complementos todavía dispersos. “Ese es el libro” dije en el preliminar de mis **Elementos**, 1975, pero incluso para antes lo hubieran sido los de Rodríguez Berlanga. Y rápido, que aguardan el libro visigótico, los Fueros, las Partidas, las recopilaciones. Joaquín M.ª Navascues y de Juan, “El concepto de la Epigrafía. Consideraciones sobre la necesidad de su ampliación”, Madrid, 1953.

278. Muñoz y Rivero. **Manual de Paleografía diplomática española**, Madrid, 1880.

documentos manuscritos que permanecen sin publicar. Pero estas ciencias no sólo hacen posible la lectura de letras antiguas, sino que también arrojan luz sobre las cuestiones críticas de las fuentes (tiempo, lugar, índole). Más íntimamente ligada a la interpretación de las fuentes está la ciencia de los idiomas en que están redactadas. Señala Bauer que una gran parte de las cuestiones discutidas en Historia del Derecho se plantean alrededor de determinadas expresiones y giros, y aquí tiene particular aplicación lo observado por el mismo autor, que el más penetrante conocimiento histórico-jurídico sólo es tan amplio y rico como pueda serlo la penetración y la investigación filológica del idioma²⁷⁹.

¿Hay 2.ª edición? García Villada. *Paleografía Española*, Madrid, 1923. Agustín Millares Carlo. *Paleografía Española*, Madrid, 1929. Bauer, *Introducción*, págs. 245-253 nota 280. Cecilia Herrero, "La letra visigoda en los reinos pirenaicos", en *RABMuseos* 41 (1920) 497: estado actual de los estudios paleográficos: Steffens, Prou, Paoli: las letras nacionales. J. Rovira Armengol, "Sobre los orígenes de la redonda visigoda", en *CHE* 13 (1950) 5-18 cfr. las observaciones del visigotista Petit a Angel Canellas. *Diplomática Hispano-Visigoda*, Zaragoza, 1979, en *AHDE* 56 (1986) 1047-1055. M. González Miranda, *Paleografía y diplomática*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, Zaragoza, VI (1953-1955, 1956) 538-539; P. Bohigas, "El tercer coloquio internacional de Paleografía", *AEMedievales*, Barcelona 3 (1966) 755-756. Cfr. J.F.R., sobre la edición de un fragmento de versión catalana del *Liber Iudicorum*, en *AHDE* 55, 1985, 982-983. Modelo de estudio paleográfico de un códice jurídico, el de Josep Ternchs Odena, en la ed. del *Fuero de Ubeda* cit. supra, nota 233 *in fine*. La codicología es la primera y principal ciencia auxiliar de la Historia del Derecho, si ésta no se identifica con ella como debe. Lo último: B Bischoff, *Paleographie romaine et du moyen âge occidental*, trad. franc. Paris, Piccar, 1985. Res. A. García García en *AHDE* 56 (1986) 1122. También codicología.

279. Vid. supra. nota 70. Ureña. *Historia de la Literatura Jurídica Española*. Madrid, 1897-98, págs. 349-393. R. Menéndez Pidal, *Orígenes del Español*, Madrid, 1926 y Gramática Histórica, 7.ª ed. 1944. Grandgent. *Introducción al latín vulgar*, 1928. Gamillscheg, "Historia lingüística de los Visigodos", *Revista de Filología Española* 19 (1932). Staaf. *Etude sur l'ancien dialecte leonais d'après les chartes du XIII éme siècle*, Upsala, 1906. Tilander, *Los Fueros de Aragón*, según el Ms. 431, Lund, 1937, p. XXXIX y ss: vocabulario, 227 ss. Manuel Alvar. *Estudio Lingüístico y Vocabulario*, en *Los Fueros de Sepúlveda*, Segovia. Diputación, 1953, págs. 571-870 con copiosa bibliografía sobre gramática y vocabulario de otras fuentes. Eugen Haberkern y J. Friedrich VALLACH, *Hilfswörterbuch für Historiker Mittelalter und Neuzeit*, 2.ª ed. revisada, Berna y Munich. Franck Verlag, 1964; res. L(uis) V(ázquez) de P(arga), en *Hispania* 25 (1965) 441. *Novum Glossarium Mediae Latinitatis ab anno DCCC usque ad. a. MCC.* (letra L). Hafniae, Dinamarca, 1957 (IHE 3, 19.497). Juan Bastardas Parera, *Particularidades sintácticas del latín medieval. Cartularios españoles de los siglos VIII al XI*, Barcelona, CSIC, 1953; res. Pérez de la

La Diplomática, la Numismática, Iconografía, Toponimia y otras ciencias estudian determinados tipos de fuentes en sí mismas, siendo su crítica previa de gran valor para la histórico-jurídica: destacando especialmente la primera²⁸⁰ y la última de las mencionadas²⁸¹.

Todo estudio de carácter histórico es auxiliar del que toma como objeto al Derecho; en lo que no es necesario insistir, teniendo en cuenta el carácter atribuido a nuestra disciplina de sección práctica en el acaecer histórico. Política, Sociedad, Economía, Cultura, Religión, entrelazan su curso histórico

Canal, en AHDE 26 (1956) 795-796. Bassols de Climent y colaboradores, *Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae. Voces latinas y romances documentadas en fuentes catalanas del año 800 al 1100*; Barcelona, 1960-62 y ss. res. Font Rius en AHDE 32 (1962) 614-616; 34 (1964) 616-617; 40 (1970) 725-726; 57 (1987) 1065-66. Eulalia Rodón, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña. Contribución al estudio del latín medieval*, Barcelona. Escuela de Filología, CSIC, 1957; res. Font Rius, en AHDE 27-28 (1959) 1235-1237. C. Duarte, *El vocabulario jurídico del Llibre de les costums de Tortosa*, Barcelona, 1985; res. Antonio García García en AHDE 56 (1986) 1127. *Diccionario Histórico de la Lengua Española*, Madrid, 1960-66. G. Friederici, *Hilfswörterbuch für Amerikanisten. Lehnwörter aus Indianer - Sprachen und Erklärungen altertümlicher Ausdrücke*. Deutsch, Spanisch, Englisch; nota en *Revista de Filología Española* 1928, 294.

280. Giry, *Manuel de Diplomatique*, París, 1925. Cfr. Bauer, *Introducción*, págs 354-377, con las adiciones por Valdeavellano, que afirma ser las *Nociones de Diplomática Española*, Madrid, 1881. de Jesús Muñoz Rivero, el hijo de Muñoz y Romero, "la única obra de conjunto que concretamente se refiere a la Diplomática española" (1946); durar es. Sobre *Regesta* (alli, p. 363) puede añadirse Julio González, *Regesta de Fernando II* (de León). Madrid, 1942. Unas nociones de Diplomática, en el vol. I del *Cartulario de San Cugat del Vallés*, por Rius Serra, Barcelona, CSIC, 1945, L, ss. Federico Udina Martorell, *El Archivo Condal de Barcelona en los siglos IX-X*, Barcelona, CSIC, 1951; res. Font Rius en AHDE 21-22 (1951-1952) 1314-1320 y Carmen Carlé en CHE 21-22 (1954) 364-365. Notas diplomáticas en mi reseña "Notarios en la Historia del Derecho", *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, núms. CXXI-CXXII (julio-diciembre, 1983) 413-437, notas, 5-7, 11, 15. Añadir: Angel J. Martín Duque, *Documentación medieval de Leire (siglos IX a XII)*, Pamplona, Diputación, 1983. Francisco J. Hernández, *Los Cartularios de Toledo*. Catálogo documental, Madrid, Fundación Areces, 1985.

281. Vid. supra, nota 276. Madoz, *Diccionario geográfico-estadístico histórico de España*, Madrid, 1848. 16 vols. *Nomenclator de las ciudades, villas, lugares, aldeas...* Instituto Geográfico-Estadístico, Madrid, 1916, I-II. Menéndez Pidal, *Orígenes del Español*, págs. 462-507; *Revista de Filología Española* 19 (1932) 127; Antonio Blázquez. "La persistencia de los nombres geográficos a través del tiempo", en *Homenaje a Menéndez Pidal*.

con la Historia del Derecho. Basta con fijarse en el paralelismo que se puede apreciar entre el desenvolvimiento de la historia del lenguaje y del Derecho. “La historia de una palabra nos puede dar la historia de una institución” (Foustel de Coulanges).

También por la significación relativa que se ha concedido a la delimitación nacional se revela la importancia que tiene el conocimiento de las historias de otros Derechos nacionales, y particularmente la de países en cuya formación jurídica intervienen elementos y factores análogos a los de España, sin olvidar que toda generalización en el terreno de la historia es errónea²⁸². Otras historias

282. Prieto Bances, al reseñar en AHDE I (1924) 451-455 los **Estudios** de Merea, 1923, señaló la “íntima relación que existe entre la evolución jurídica española y la portuguesa”: entre aquellos, el resumen historiográfico “De André de Resende a Herculano”. La Academia Portuguesa de la Historia ha dedicado tres celebraciones a la historiografía anterior a Herculano (1977), la figura de éste (1977, donde Martim de Albuquerque diserta sobre su formación jurídica) y la historiografía desde Herculano a 1950 (1978), en la cual Almeida Costa examina el significado de Herculano en el campo del Derecho. La reedición y puesta al día por Sousa Soares, de la *Historia da Administração Pública*, de Gama Barros (1833-1925), cuya necrología había publicado en AHDE III (1926) 590-595, fue reseñada por el mismo Prieto en 16 (1945) 795, 802 y 17 (1946) 1026-1027. El índice del AHDE 50 bis (1982) permite localizar las aportaciones y reseñas de obras de Almeida Costa, Braga da Cruz, Cabral de Moncada, Caetano, Cruz (romanista), Merea, Moreira de Sa, Pimemta, Sousa Soares. La monumental **Historia de Portugal**, por Joaquim Veríssimo Serrão, ha sido en parte reseñada, 51 (1981) 796-797; Braga da Cruz y Almeida Costa, **Apontamentos de Historia do Direito**, 1979; mi reseña perdida. Martim y Rui de Albuquerque, **Historia do Direito** Portugués I, 1984/1985. Cfr. XIII (1936-41) 433-439.

El germanismo tradicional de la Asignatura determinó una atención preferente a la Historia del Derecho alemán. Carande, en el AHDE IV (1927) 518-525 rindió el último tributo a von Below tras haber reseñado en el primero (1924) **Territorium und Stadt**. Rubio Sacristán reseña en AHDE V (1928) 486-489 la DRG II de Brunner, reelaborada por Schewerin. Una ojeada al mismo índice arroja el nombre de éste como colaborador, junto a los de Dopsch, Mayer, Rassow, Rauchhaupt y Wohlhaupter, que en el mismo XIII (1936-41) 464-488 puso al día la bibliografía alemana interna como la relativa a España. Reseñadas las obras de Baer, Bauer, Baumgaertel, Below, Bernheim, Beyerle, Böckenforde, Coing, Fehr, Feine, Keller, Scholz, Zeumer, Zycha, así como algún tomo de la *Savigny-Zeitung* Germ. Schwerin-Thieme, **Deutsche Rechtsgeschichte**, Grundzüge, 1950; Heinrich Mitteis, **DRG, ein Studienbuch**, Biederstein, 1949; **DRG der Neuzeit**, Simons, 1949, mi res. en AHDE 20 (1950) 834-838; Conrad, DRG, I-II, 1962 ss. Karl Kroeschell, DRG I, bis 1250, Rohwolt, 1972. Antonio Merchán, “La Historia del Derecho en Alemania”: bibl. gral. centros de investigación y enseñanza de la disciplina, en AHDE 45 (1975) 641-686.

En el tomo III del Anuario (1926) 585-590, F. Brandileone daba una “Noticia sobre la

encaminan al historiador nacional, e incluso pueden permitirle establecer seguras hipótesis allí donde el defecto de las fuentes le impide establecer un conocimiento directo.

vida y la obra de Francesco Schupfer" (1833-1925). Torres López, en *elIV* (1927) 483-489 de la monumental *Historia del Derecho Italiano*, dirigida por Pascual del Giudice, a propósito del vol III, dedicado por Salvioli a la historia del procedimiento civil y criminal, que incluía además la Organización Judicial. Las obras de Besta fueron reseñadas por Riaza, en *AHDE* & (1929) 555-556 y Beneyto, 9 (1932) 473-474; éste particularmente atento a la producción italiana, mientras habitó en el *Anuario* y luego en la *Revista de Estudios Políticos* y otras sedes; en el IX (1932) 498-501, su necrología de Tamassia (1860-1931), admirable. Astuti Furlani, Genuardi, Leicht (que informó en el ya citado XIII sobre la producción italiana en el aislamiento provocado por la guerra civil, o bien Cruzada, cuya necrología escribió don José Orlandis en 26, 1956, 992-995, también reseñante de sus obras), Marongiu, Salvioli, firmaron en sus páginas. Además de las de éstos fueron reseñadas producciones de Ajello (por Clavero que hasta nuestros días se ocupa copiosamente de los libros italianos), Alessi, Altieri, Arcadi, Cavanna, Celli, Cencetti, Colliva, Colomi, Diurni, Fanfani, Giardina, Grossi, Liva, Maffei, Manupella, Mor, Moschetti, Paradisi, Piano Mortari, Tarello, Torelli, Vismara. Heinrich Mitteis, "Zur Lage der rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien", en *ZSS Germ.* 69 (1952) 203-238.

Es Olivier-Martin la figura más destacada de la *Historia del Derecho Francés* en el *Anuario español*, por su colaboración en un tema que afecta a ambos países, la reunión de la Baja Navarra a la corona de Francia (en *AHDE* 9, 1932, 249-289) y por la temprana reseña de OTS, a su *Historia de la Costumbre de París*, y sus *Precis de HDFr.* (4, 1927, 474-476, 9, 1932, 416-417, de Valdeavellano, a su *Francia, estado corporativo* (14, 1942-43, 643-646) y por último la de García Gallo a su *Historia du Dr. Fr. des origines a la Revolution*, París, 1948, en 19, 1948-49, 650-656. También a Navarra bajo las dinastías francesas se refería la colección documentos aportada por Gabrielle Berrogain en 6, 1929, 462-522. Halphen, Petits Dutailis, comunicaron a la I Semana de HDE, 1932. Regnaner en este año, 9, 1932. Marc Bloch colaboró y fue reseñado. La *Histoire General du Dr. Fr.*, reseñada por Ots en *AHDE* 6, 1929, 539 y las *Instituciones francesas de la Edad Media*, bajo la dirección de Lot y Fautier, por Martínez Díez, en cuanto a las eclesiásticas. También las de Imbert y Lapointe y Ourliac. Habría que descender al detalle de los homenajes ofrecidos a Lot, Fournier, Petot, Tisset u otros, y a la reseña de las Memorias y Trabajos de *Historia del Derecho* y de las Instituciones de los antiguos países de Derecho Escrito (*AHDE* 26 (1956) 838-839, 35 (1965) 627-629, 38 (1968) 760-765, para aumentar la nómina de autores. Regionalización de nuestra disciplina.

La usual ausencia de noticias sobre la *Historia del Derecho Inglés* ha sido compensada por J.A. Escudero. "La historiografía general sobre el Derecho inglés". en *AHDE* 35 (1965) 217-356, y en su *Hd: Historiografía y Problemas*, Madrid, 1973. Escocia, Irlanda, País de Gales e Isla de Man.

A la añeja lectura de Demetrio Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*,

De estas historias, ponemos aparte la del sistema del Derecho romano²⁸³, incalculablemente más valioso su estudio para el historiador de los Derechos nacionales, que las ciencias jurídicas abstractas, ya que como éstas puede aquel adiestrarle en la percepción de matices dogmáticos en las instituciones, pero que además le sitúan en el principio real de la propia historia.

Paris-Boucares, 1898, añadimos la noticia que da Lalinde en AHDE 55, 1985, 807-810.

Polonia: **Historia Prawa y prawa polski do roku** (Historia del Estado y del Derecho en Polonia hasta 1795; obra colectiva bajo la dirección de Julius Bardach, Varsovia, 1957; cfr. la crítica de Cl. Backviš, en TRG (1959) 108-111 a los presupuestos ideológicos de esta obra. Cfr. reseña de Lamsdorff-Galagane a la Miscelánea Jurídica dedicada a Karol Koranyi (colaborador del AHDE V, de 1928), 1961, en el mismo Anuario 33 (1963) 655-657). Katarzyna Sójka Zielinska, **Historia Prawa**, Varsovia, 1986. Siento no haber hallado lector para este libro, ni haber correspondido a la amable reseña que la autora dedicó a mi HGDE, 168, en su reimpresión de 1971. En cambio, gracias a su resumen en idioma occidental he reseñado su estudio sobre Codificación Civil en Polonia, RFDComplutense, Madrid 53 (1978) 149-150.

Imre Zajtay, **Introduction a l'étude du droit hongrois**, Paris, 1952: Timbal en RHDFE 31 (1953) 305-306; el **Tripartitum**, libro de Derecho nacional (1514) engloba la ley en la costumbre.

Lothar Schultz, **Russische Rechtsgeschichte von den Anfängen bis zur Gegenwart einschliesslich des Recht der Sowietunion**. Schauenbur in Lahr, 1950. Una breve noticia en René David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Madrid, Aguilar, 1973, págs. 129-133.

283. Riccobono: "Soprattutto urgente il bisogno di costituire una solida base romanistica a quelle discipline giuridiche che non possono essere scientificamente elaborate senza una approfondita conoscenza dell'origine romana degli istituti che ne costituiscono l'ossatura centrale, quali la storia del diritto italiano" (**Archivio Giuridico**, 1933 fasc. 1.). Cfr. la encuesta sobre el Derecho Romano por José M.^a Martínez Val, y varios autores sobre el tema, en **Boletín del II. Colegio de Abogados de Madrid**, núm. 6/1987 (nov. dic.). Res y añadidos, por Fernando Bethancourt en los Cuadernos Informativos de Peláez, "En defensa del Derecho Romano", 9-10 (1989) 2269-2274. Los historiadores españoles del Derecho hemos disfrutado la ventaja de una saludable vecindad con el Derecho Romano en el Anuario de Historia del Derecho Español, que ya en su número III (1926) publicó la sustanciosa reseña de la crestimatía de Girard, por Galo Sánchez. Le siguió Alfonso García Valdecasas, que en el IV (1927) rindió homenaje a romanistas desaparecidos y en el V (1928) vio acogida su tesis doctoral sobre fuentes epigráficas. No faltaron ya las aportaciones romanistas y al regularizarse en la reforma de XI (1934) la bibliografía, se encomendó la de Romano a Torres, en cuanto el aspecto social, económico y público, y a Ursicino Álvarez los temas de indole general y el derecho privado. pero fue, en efecto, después de la Cruzada, cuando el Derecho Romano tuvo una sede permanente en lo que es, a pesar de todo, nuestro hogar. El número XIII (1936-1941) unió como un puente dos épocas divididas por el río de sangre

Ya se ha indicado que los refranes jurídicos como expresión popular y colectiva puede ser integrada entre las fuentes de la historia del Derecho cuyo marco amplía su inclusión. Pero además, se intenta la formación de una ciencia del Folcklore con una dirección jurídica y sobre sus relaciones y su función respecto a la historia del Derecho se han hecho cálculos un tanto exagerados²⁸⁴. El mismo concepto de Folcklore es muy discutido. Todos los aspectos de la vida de un pueblo (WEINHOLD). O una doble restricción: manifestaciones del grupo, no de los individuos, de índole espiritual (SCHWERIN).

En el Folcklore como en el Derecho comparado, como en el Derecho consuetudinario, hay el peligro -utilizándolos como ciencias auxiliares- de que se traslade a una consideración de la realidad esencialmente ligada al tiempo como la historia, consideraciones muy diversas, aunque acaso sobre la misma realidad.

Sólo se ha mencionado aquellas ciencias que de un modo más inmediato son utilizadas por el historiador del Derecho en su especialidad. Pero esta misma, para desenvolverse necesita ser cultivada sobre un fondo de cultura general que no puede rechazar nada; sin caer en la dispersión y el

y fuego de la guerra civil, en la que perecieron Román Riaza, paseado por los rojos, y el rector Salvador Vila, fusilado por los nacionales, como decía Franco, mientras fray José López Ortiz fue sustraído al martirio que mereció su hermano de hábito, también colaborador del Anuario, Melchor Antuña, gracias a la intervención de dos colegas, Galo Sánchez y José Antonio Rubio Sacristan. En aquél número, tan afortunado, Alvaro d'Ors instaló su *Varia Romana*, abierta a sus compañeros y continuadores, publicó sus trabajos más importantes y una copiosa y perseverante información bibliográfica; estimuló desde siempre y como director desde 1948 a 1984 la colaboración de sus colegas de Asignatura, que nos ha permitido la feliz convivencia con una disciplina que es consustancial a la Historia del Derecho Español. De mi tiempo en la secretaría, con Maldonado, recuerdo que hubo la idea de cambiar el orden de los términos en el título y llamarle Anuario Español de Historia del Derecho, lo que hubiera sido más exacto, pero se desistió, seguramente por respeto y temor a los trastornos que lleva consigo todo cambio.

284. E. Carusi, "Folkloristica giuridica e Storia del Diritto", en *Rivista di Storia del Diritto Italiano* II (1929) 129-154, con ref. a Kunssberg, *Rechtsgeschichte und Volkskunde* y Cl. Freiherr von Schwerin, *Volkskunde und Recht*, Berlin, 1928. En el Congreso Ruso de Sofía, 1930, una comunicación de Bobcer, "Paralleles bulgaro-turques dans les proverbes juridiques et leur importance pour le droit coutumier", *Revista polaca de Historia del Derecho*, 1930, pág. 261. Nota de Merea en *Bol. Coimbra* XVII (1941) 369 a Kunssberg, *Messerbrauche. Studien zur Rechtsgeschichte und Volkskunde*, Heildelberg, 1941.

enciclopedismo. E igualmente, el interés por la vida jurídica real, por el Derecho, que constituye más que un auxilio, el móvil de la investigación histórico-jurídica.

VI. ELABORACIÓN DEL CURSO HISTÓRICO DEL DERECHO

54. El curso histórico.

A través de los medios de conocimiento se obtiene la visión de la historia del Derecho²⁸⁵ como un suceder de actos: las normas que obligan, prohíben o permiten, que dirigen exteriormente la conducta humana²⁸⁶ bajo la forma de lo jurídico. La historia del derecho descubre la sucesión de esas normas en el tiempo, no sólo como proposición abstracta sino también en su génesis, en su aplicación práctica, en su elaboración doctrinal.

¿Cómo suceden históricamente las normas? La solución viene dada por un esquema tradicional en nuestra disciplina: Fuentes e Instituciones. Las normas existen agrupadas en ambos términos y se suceden en ellos con íntima relación, pues se trata de un mismo curso histórico, contemplado en dos perspectivas que se complementan. La elaboración de la ciencia histórico-jurídica avanza en ambas direcciones²⁸⁷.

La elaboración de la historia del Derecho supone que los datos, relativos al suceder aislado y concreto, han sido individualizados, depurada su autenticidad, interpretada su significación; pero trasciende de los datos mismos. La historia no es el conjunto de los datos que sirven para elaborarla²⁸⁸, sino la continuidad que los une. Refiriéndose a los datos dice Menéndez Pidal: "Aspiremos a relacionarlos, a valorarlos y penetrarlos con ávida atención, con apetito de exactitud, como el novelista (salvo el arte) penetra en la vida ordinaria para darnos la esencia de ella"²⁸⁹. Análogamente, el historiador del

285. 1947: Que es una historia como cualquier otra: un suceder.

286. 1947: En una dirección que es la jurídica.

287. 1947: Es simplemente la historia.

288. 1947: Pero esto no quiere decir que se le haya de admitir otro elemento, por ejemplo el imaginativo.

289. R. Menéndez Pidal, *La España del Cid*, I, pág. 61.

Derecho se vale de los datos, extraídos y contrastados críticamente, para dar después la esencia de la vida jurídica que reflejan²⁹⁰.

Para Besta, la síntesis histórica es eminentemente obra del pensamiento, cuya libertad no admite normas metódicas; por esto, aconseja atenerse al ejemplo de los historiadores más acreditados, pero con la libertad radical del historiador, de atenerse a sus propias experiencias. Responde esta posición inicial a la idea de que la historia es sólo ciencia en el terreno de las fuentes, mientras que la construcción histórica es libre y personal. Pero el objeto jurídico de la historia del Derecho, dotado de una estructura científica, que responde a una interna necesidad, permite también establecer una cierta metodología de la elaboración. En efecto, el mismo Besta, confirmando la distinción entre Fuentes e Instituciones, señala para la primera un método semejante al de la historia literaria, mientras que para la segunda se adscribe decididamente al método de las disciplinas jurídicas.

En cuanto a Schwerin, se sitúa resueltamente en la tradición germanista que se propuso como construcción histórico-jurídica precisamente el Derecho germánico. Este no era propiamente contenido en una fuente genuina y original. Por este motivo, la construcción (*Erschliessung*) histórico-jurídica se refiere no a las normas transmitidas por las fuentes, sino a aquéllas que no han llegado directamente a nosotros y el método científico de la misma es doble: la comparación jurídica y la integración sistemática (*systematischen Ergänzung*). La comparación, en Ficker y en Amira, parte del supuesto de que los derechos germánicos están unidos por un parentesco, cuya forma más simple es semejante a la que une a padres e hijos, hermanos, etc. Schwerin ve las dificultades de la idea orgánica de parentesco aplicada a la historia del Derecho, especialmente porque no es compatible con la de recepción de un derecho extranjero, que se da también, y que él procura integrar en su sistema de construcción histórico-jurídica. Las familias de derechos, para cuya genealogía se emplea un método semejante al de la derivación de manuscritos, coincide o no, según los investigadores, con las familias lingüísticas. En la comparación se procede doblemente, o bien construyendo sobre la base del contenido de las fuentes, o bien partiendo del hipotético Derecho común y originario. En cuanto a la integración sistemática del Derecho, por considerar que obedece al método

290. Hasta el final del párrafo debe de proceder de una nueva lectura del Besta y el Schwerin, alternativamente manejados. Cfr. *supra*, nota 257.

general de los juristas, Schwerin no hace ninguna indicación especial.

El método histórico-crítico adoptado prescinde de la comparación en cuanto a aquella parte del ordenamiento jurídico que no ha sido transmitida por las fuentes. Se funda exclusivamente en éstas, y construye con sus datos. Y esta construcción es histórica y sistemática.

55. Historia de las fuentes.

La razón suficiente de un precepto jurídico tiene como una de sus causas el origen: de dónde vienen las normas. Estas no se producen aisladamente, sino que aparecen en series ordenadas, y así pueden ser conocidas. La esencia del conocimiento científico es la posibilidad de agrupar series de fenómenos. Estas series de fenómenos que son las normas jurídicas se manifiestan en las Fuentes del Derecho²⁹¹.

Las fuentes para el conocimiento de la historia adquieren ahora una distinta significación formal. La historia del Derecho, conocida mediante las fuentes históricas, consiste en una sucesión de fuentes jurídicas. Son éstas el medio de conocimiento propio de la historia del Derecho²⁹², y por esto el problema de la historia del Derecho como sucesión de Fuentes está íntimamente ligado a la crítica de tales documentos, pero excede del mismo.

No procedemos de modo distinto al usual en el estudio del Derecho. También en éste se conoce en primer término el origen de las normas jurídicas. El Derecho Civil o el Derecho Penal antes que en sus instituciones se conoce en sus fuentes: Códigos, leyes especiales, escuelas doctrinales, etc. Y este conocimiento se obtiene y se expone en una perspectiva histórica que es consustancial al conocimiento jurídico.

La unidad de ordenación del suceder histórico-jurídico -en el aspecto que ahora consideramos- es la Fuente y ésta consiste en el acto de producirse o manifestarse la norma o las normas jurídicas. Conocemos la fuente,

291. 1947: Con ello, al parecer, volvemos sobre una materia ya examinada: las fuentes... y sin embargo...

292. 1947: Claro es que éstas son los medios de conocimiento más seguros, y por ello nuestras observaciones sobre la crítica de las fuentes se han centrado fundamentalmente sobre ellas, y en parte los problemas del conocimiento histórico de las Fuentes del Derecho -de la Historia del Derecho como sucesión de fuentes- ya están aludidos al tratar de la crítica externa de los documentos.

generalmente, a través de su texto (fuentes directas o jurídicas) o a través de un texto de índole jurídica (fuentes inmediatas y documentos de aplicación) o a través de un texto histórico o literario; secundaria y eventualmente, por restos históricamente expresivos, pero todo esto no es más que el medio del conocimiento histórico-jurídico. El objeto es, en cambio, aquel acto en que la o las normas se manifestaron. Por esto es posible que un sólo texto contenga diversos momentos de la formación de una fuente, o diversas fuentes, y al contrario que una misma fuente se halle contenida en diversos actos.

La unidad de la fuente está determinada por la unidad del acto creador o formulador de nuevas normas jurídicas. Pero esta última unidad no es fácil de aislar. Aquí entra en juego la relación que el conocimiento histórico guarda con el documento: éste le señala su amplitud, pero al mismo tiempo su limitación. Partimos para conocer las fuentes del Derecho de la descripción de los textos. La historia de las fuentes excede de la historia de los textos, pero comienza por ésta. La crítica externa de las fuentes nos revela que un texto en apariencia unitario comprende en realidad varias unidades heurísticas: por su compleja naturaleza, por ser la obra de varios autores, por ser múltiple su fecha. La combinación de estos criterios servirá para determinar la unidad de la fuente. Tal determinación tiene mucho de relativo. Así, la *Lex Visigothorum* puede considerarse como fuente del Derecho visigótico, pero no formada de una vez, sino en sucesivas etapas; o bien, como varias fuentes, estrechamente ligadas entre sí por la procedencia sucesiva de sus disposiciones. En el fuero de León se suele distinguir una parte territorial y otra local; aquí la doble naturaleza de la fuente es dominante y obliga a considerar como dos fuentes de Derecho aquello que si nos atenemos a la unidad en que la fuente se manifiesta textualmente, e incluso a la consideración que tuvo tradicionalmente como “fuero de León” podría tomarse como una sola fuente, con dos fases cronológicas y con una doble índole: territorial y municipal. En el Libro del Consulado del Mar, que llega a considerarse como un solo libro de Derecho, debe ser individualizada aparte la *Costum de la Mar*. El Ordenamiento de Alcalá, 1348, se formó a base de ordenamientos anteriores, que tuvieron propia vigencia, pero a partir de su publicación forma una fuente unitaria, que a su vez desaparece cuando sus elementos entran a formar parte, separados, de las recopilaciones castellanas. En estos casos se revela el acontecer histórico como un lento fluir que es preciso encuadrar en unos conceptos. Estos lo inmovilizan, ciertamente, pero nos permiten observarlo. La formación de una

unitaria y compacta fuente del Derecho, como son las Partidas, no se salva de esta condición de fluencia^{292a}.

¿Cuándo se ha de considerar que se trata de fases de formación de una sola fuente, y cuándo de diversas fuentes relacionadas entre sí? De un modo absoluto no es posible determinarlo. Cabe, para cada caso, apreciar la singularidad, la corporeidad que ofrecen ciertos momentos en la formación del Derecho, para poner en ellos los hitos fundamentales de la historia de las fuentes. Esos hitos se unen en una línea de evolución histórica, doblemente²⁹³. Primero, en cuanto para cada fuente (discrecionalmente fijada, como se ha dicho) se puntualiza aquella complejidad que ofrece en su individualización: diferente naturaleza, autor, fecha, ámbito de vigencia, derogación total o parcial, desuso, etc²⁹⁴. Hechos exteriores a la misma fuente son también fenómenos capitales en su historia, como, por ejemplo, para el Derecho castellano su recepción en la Tierra de Ayala, o para el aragonés la incorporación de Teruel y otras localidades de Derecho castellano. Segundo, mediante el establecimiento de las relaciones entre las fuentes locales que sirven de base a las territoriales²⁹⁵; elementos recopilados o refundidos en una obra definitiva, modelos tenidos a la vista en el plan o el desarrollo de un libro de Derecho.

La visión histórica de las fuentes se completa con el orden de prelación que las mismas ofrecen alguna vez, y que está implícito en todas ellas²⁹⁶.

292a. 1947: En efecto, hay dos momentos iniciales en su elaboración debidos a Alfonso el Sabio. pero más tarde han sido reformadas por otros legisladores.

293. 1947: De dos maneras. Primera, puntualizando para cada fuente (arbitrariamente fijada como se ha indicado la complejidad).

294. 1947: Así, en una fuente local se precisará el momento en que fue extendida al territorio; en una fuente privada, el momento en que fue confirmada oficialmente; en una fuente supletoria, el momento en que ascendió a principal y viceversa.

295. 1947: Qué literatura jurídica tomó el legislador para elaborar sus disposiciones... La visión de las fuentes se completa con su orden de prelación y las transformaciones históricas del mismo, dada la importancia que tiene el Derecho supletorio, especialmente si está colocado detrás de unas fuentes de escaso contenido. Ejemplo: el Derecho castellano respecto a las redacciones del Derecho vascongado.

296. Guilherme Braga da Cruz, *O direito subsidiario na historia do direito*, sep. de *Revista Portuguesa de Historia*, tomo XIV (1975), Homenaje a Paulo Merea, págs. 175-316. Ampliación del texto en español de una conferencia dictada en la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid el 18 de octubre de 1971, Curso "Juristas Portugueses".

Las fuentes constituyen una dimensión de la historia del Derecho; su estudio no comprende sólo la descripción de los monumentos antiguos del Derecho tal como aparecen formados, sino en el curso de su formación. Lo primero es a modo de un anticuario; pero las antigüedades jurídicas conservan y nos permiten contemplar la vida histórica del Derecho²⁹⁷.

Al delimitar el concepto de la disciplina, hemos excluido de un ámbito las materias no jurídicas. Pero el conocer histórico-jurídico no se produce como una hermética serie de sí mismo^{297 bis}; las formas jurídicas proceden de

297. 1947: Con estas extensiones del tema Fuente se comprende en toda su amplitud una dimensión de la Historia del Derecho: el estudio de las fuentes no es una mera descripción de monumentos antiguos de Derecho tal como aparecen formados, sino simplemente en el curso de su formación. Lo primero sería simplemente arqueología jurídica y para nosotros esas antigüedades son sólo un medio de asomarnos a la vida histórica del Derecho. 1991: Justamente esa arqueología, ese estudio anticuario de los libros de Derecho es lo que constituye máxima aspiración.

297 bis. 1947: Como una hermética serie de sí mismo, sino que hay unos presupuestos de la formación del Derecho que no tienen carácter jurídico. El estudio de estos presupuestos no corresponde a la Historia del Derecho, porque se trata de toda la historia política, social, económica, cultural, que forman una trama en la que también se entrelaza aquélla. Las ciencias auxiliares tienen por objeto facilitar el esclarecimiento de ciertos momentos de la historia del Derecho en los que factores extraños a éste han intervenido decisivamente. En la historia de las fuentes, habrá que aludir a los indicados aspectos generales de la historia, no en sí mismos, sino en cuanto ponen sus huellas en la formación del Derecho. La multiplicidad de los sistemas de fuentes y sus conexiones durante la Edad Media y su progresiva unificación hacia la Edad Moderna, no serían explicables sin poner como fondo el desarrollo de la historia política y de la sociedad.

El estudio de las fuentes se inicia sobre ellas mismas pero otras muchas fuentes de conocimiento contienen noticias, datos para precisar los extremos relativos a su formación, autores, ámbito temporal y espacial de aplicación. Las mismas fuentes directas -funcionando ahora meramente como fuentes históricas- dan estas noticias. Así, el Ordenamiento de Alcalá, respecto a la vigencia de las Partidas y Fuero Real; las leyes del Estilo respecto a los Fueros municipales, etc. Igualmente se contienen en las fuentes indirectas. Los documentos de aplicación mencionan las leyes vigentes, siendo éste el más evidente indicio de tal circunstancia (Nota: Sobre la vigencia del Fuero de Sepúlveda, un doc. del 1278 del monasterio de Caleruega: "e de sanar este heredamiento que es sobredicho a Fuero de Sepúlveda... Si alguno ome quisiere retentar este heredamiento peche en coto a fuero de Sepúlveda L sólidos". *Colección diplomática de Santo Domingo*, núm. 254, págs. 342). Las fuentes literarias en general, notician directa e indirectamente el hecho de la vigencia o reforma que sostiene tales hechos. El ejemplo típico de esto, es la noticia relativa a las leyes de los turdetanos, pero podrían ponerse muchos más.

Conviene aclarar el sentido estricto en que usamos la expresión Fuentes del Derecho.

las formas jurídicas, para el historiador del Derecho; diferentemente para el sociólogo, que puede observar la formación de las formas jurídicas correspondientes a las estructuras sociales. El estudio de los llamados

No se implica en ella el problema de la génesis de las normas jurídicas, que es de índole filosófica, sino simplemente la exteriorización de éstas. Ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina, son calificaciones que las fuentes mismas permiten establecer, como se ha expuesto al tratar de la crítica externa; individualización de las fuentes en cuanto a la naturaleza, el autor y el origen son suficientes para el conocimiento histórico. De ello se excluye ya la vinculación de las fuentes con el "espíritu del pueblo" o cualquier otro nombre con que circule el dogma histórico. Fuentes serán no sólo las creaciones peculiares del Derecho Español, lo son asimismo las del Derecho justiniano o canónico que penetra en Cataluña. Claro es que no pertenece a la historia de las fuentes españolas la formación interna de las bizantinas o canónicas, sino los actos legislativos, la práctica, la doctrina, a través de los cuales se reciben y deberán ser estudiadas en la forma que rigen y con las modificaciones que experimentan en nuestra historia. Si tal lugar del Código fue o no interpolado, las motivaciones de una novela justiniana no interesan, ya que en Cataluña el Derecho romano se admitió como un todo compacto, como la razón escrita.

El aprovechar todas estas noticias para reconstruir el curso de la Historia del Derecho es lo que ha permitido contemplar éste en su continuidad, y no sólo por los puntos aislados que representan las fuentes directas conservadas. Hay épocas en la historia de nuestro Derecho a las que podríamos denominar como hacen los alemanes con otras análogas del suyo, **siglos mudos**. Apurando críticamente toda clase de documentos es posible esbozar la historia de estas épocas. Ellos nos han mostrado la vigencia de legislación visigoda en la Alta Edad Media. La pobreza de fuentes modernas en el Derecho privado castellano, queda explicada porque a través de esa edad se desplegaba la eficacia de las Partidas. De otro lado, al penetrar en muchas fuentes, se encuentra que, no obstante la fecha de su redacción, reflejan un estado jurídico anterior, lo que puede precisarse con mayor o menor exactitud. Así, los fueros locales han tomado sus preceptos de costumbres y de privilegios reales que venían rigiendo antes que fueran recogidos. Las recopilaciones de la Edad Moderna contienen labor legislativa de los reyes y de las Cortes desde la Baja Edad Media.

La labor sobre las fuentes es, por lo tanto, en nuestra historia, no solo heurística, sino elaboración del acontecer histórico y ello obedece a exigencias de la realidad histórico-jurídica que encarna en las fuentes.

En efecto, si una institución, la sucesoria, ha experimentado modificaciones a través de la época visigoda, alta y baja Edad Media, etc. su evolución se funda en la general del Derecho que demuestra: la legislación visigoda, con su fusión de principios romanos y germánicos, el pretendido retorno de concepciones germánicas, la elaboración jurídica medieval, la recepción romanística, su adaptación nacional, etc.

¿Cuál es la misión de la historia de las fuentes en el conjunto de la jurídica? Ya se ha indicado que muestra el desarrollo general del Derecho y aún precisaríamos más: el desarrollo histórico. Parece una redundancia puesto que esta naturaleza es propia de toda la disciplina. También las instituciones se han de estudiar históricamente. Sí, pero cuando en

presupuestos de formación del Derecho no corresponde a la historia del Derecho, sino a la historia política, social, económica o cultural. Estas disciplinas proporcionan el esclarecimiento de los factores que externamente han podido actuar en la formación del Derecho. Y estos factores se revelan en las fuentes.

La misión de la historia de las fuentes es mostrar el desarrollo general del Derecho, y precisaríamos más: el desarrollo histórico. Es una redundancia, puesto que esta naturaleza es propia de toda la disciplina. También las instituciones se han de estudiar históricamente. Pero cuando nos proponemos estudiar cómo las fuentes regulan jurídicamente las diversas relaciones humanas, o cómo son diversas precisamente por esa regulación, es necesario introducir un nuevo criterio de ordenación: y este criterio es un sistema. Se trata de la misma y única realidad de la Historia del Derecho, del Derecho que se modifica en la Historia; pero observada en dos planos diferentes: Historia y Sistema.

56. El sistema de las instituciones.

El sistema jurídico lleva consigo la idea de algo, estático, en que los diferentes elementos dependen unos de otros y se condicionan mutuamente. Un sistema es el ideal racionalista para el Derecho, y supone que todas las permisiones, mandatos y prohibiciones de un Derecho forman un conjunto sometido a un principio superior, del cual se deducen otros, hasta llegar a las conclusiones últimas que regulan de modo concreto y coherente los actos humanos.

La realidad es otra: lo cierto es que se vive en plena historia del Derecho, por así decirlo. Las leyes y los Códigos fijan el Derecho en un momento determinado, pero el curso histórico prosigue creando unas instituciones y disolviendo otras. Cuando aquellos códigos se afirman con pretensión de

el estudio de las fuentes deseamos entrar en más detalles que el desarrollo general, a contemplar qué y cómo las fuentes regulan jurídicamente los diferentes aspectos de la vida humana, es necesario introducir un nuevo criterio de ordenación: un sistema. Se trata de la misma y única realidad de la Historia del Derecho, del Derecho que se modifica en la historia pero observada en dos planos diferentes. Los que la romanística establece -Historia y Sistema- para distinguir su materia y su actividad científica, creo que son perfectamente aplicables a la historia de cualquier Derecho.

perpetuidad, la sociedad va quitándoles vigencia y efectividad, hasta un momento en que de vigencia sólo les queda su estructura de proposición. No siempre se deroga solemnemente; la historia es una silenciosa derogación. Al mismo tiempo, se crean, por el legislador, por los jueces, o por las partes en los negocios jurídicos un nuevo Derecho. Si el jurista no acude a la nueva realidad para comprenderla y dirigirla, el derecho escapa de sus manos, pero la historia del Derecho prosigue. El pretendido **sistema** del Derecho está continuamente siendo construido y destruido.

A pesar de que el sistema de Derecho no existe, diríamos, ontológicamente, el jurista necesita sobreponer un esquema de categorías para captar y dar sentido a la constante evolución²⁹⁸; toma el punto inicial o terminal, en lo que conoce, de los movimientos jurídicos, para desde aquél apreciar la variación. Esto hace el jurista actual: observa como un sistema el breve espacio de historia jurídica que tiene como misión conocer y aplicar el Derecho vigente: Dice Messineo: “Es útil o mejor, indispensable, una dogmática de la legislación (es decir, derivada de las normas), mientras que es arbitraria (y sobre todo estéril) una dogmática que se podría llamar del intérprete. **Una ciencia del Derecho debe ser una especie de historia del Derecho contemporáneo**: del Derecho como es, incluso con sus inevitables defectos técnicos²⁹⁹.”

La historia del Derecho será una especie de ciencia del Derecho pretérito, cuya dogmática se deriva de las normas tal como éstas se encuentran en las fuentes.

298. 1947: A sabiendas de que el contrato de arrendamiento se convierte, entre las manos, en transmisión de la propiedad: de que la responsabilidad criminal se torna en peligrosidad social; de que la contienda entre partes se transmuta en función judicial, tiene que tomar el punto inicial o terminal -en lo que conoce- de esos movimientos para desde el mismo apreciar las variaciones que comporta.

299. 1947. Cit. por Hernández Gil, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1946, pág. 151. El historiador del Derecho es -decía MALDONADO en su Memoria de Cátedra- un jurista que opera sobre el Derecho del pasado: idea precisada por el mismo en otro lugar: “la historia del Derecho no es únicamente la consideración del Derecho del pasado, sino la del movimiento que el Derecho sigue en su perenne mudar (*Herencias en favor del alma*, pág. 151). Es decir, que la elaboración de las instituciones jurídicas, en una historia, no puede ser igual que la que se hace con un Derecho actual, un Derecho actual que puede ser presente o pasado. En efecto, si un anticuario toma el Código de Recesvinto y se considera como un jurista contemporáneo, puede hacer una labor del todo idéntica a la de un jurista que hoy trabaja sobre el Código Civil. Un sistema de Derecho visigodo, más exactamente, de un determinado momento de la legislación visigoda, es una labor puramente jurídica, no histórica, porque le falta el elemento esencial de la historia: la sucesión, el cambio.

57. La Historia del Derecho como sucesión de sistemas (1947).

La historia del Derecho es una sucesión de sistemas jurídicos: he aquí una posible interpretación del suceder histórico-jurídico. Es la que fue formulada teóricamente por Cabral de Moncada para la Historia del Derecho portugués, y que, prescindiendo de este rasgo accidental, puede considerarse en su significación genérica. Dejando aparte también el aspecto de la periodificación y los criterios utilizados para ella, vamos a la concepción central de la doctrina: que una historia del Derecho tiene unos cuantos sistemas jurídicos en sucesión cronológica.

Hay que contar en esa sucesión, con el hecho de que el cambio de un sistema jurídico a otro no se produce de un modo automático, sino con lentas y parciales variaciones.

La idea de los sistemas jurídicos tiene una claridad que le hace ser inmediatamente admitida. Sin embargo, es preciso acercarse a ella para observar algunas particularidades de estos sistemas en la Historia del Derecho español.

En primer lugar, el límite cronológico. Para España sería necesario agregar, desde la Edad Media, una división territorial; en efecto, el Derecho aragonés es más heterogéneo con el castellano que las diferentes etapas de cada uno de ellos entre sí. Pero la división cronológica ofrece dificultades, aun flexiblemente señalada. En efecto, la fecha de las fuentes no tiene un valor constante, hay algunas que reflejan un estado jurídico, del que vienen a ser casi una etapa final; otras, por el contrario, desarrollan su virtualidad tiempo después de haber sido redactadas.

Las Partidas, para la vida jurídica real, significan mucho más en el siglo XVI que en el XIII. Esos pretendidos sistemas jurídicos no lo son ni aún en el sentido que se admite usualmente, tal como puede serlo el de la legislación visigoda con su desarrollo histórico interno. Pero en cuanto se llega a la Edad Media surgen numerosos sistemas. Dos obras que pertenecen a una misma política legislativa, como el Fuero Real y las Partidas son irreductibles a un solo sistema: ¿Cómo ha de serlo la complejidad de fuentes medievales? Tomar

todos los fueros municipales y construir con sus elementos un sistema jurídico, sería algo completamente arbitrario³⁰⁰.

El sistema de la Historia del Derecho. Por este motivo de la yuxtaposición de sistemas jurídicos, nosotros entendemos la Historia del Derecho, vista desde las instituciones como un sistema único³⁰¹, es decir, agrupamos todos los datos de las fuentes en unos cuadros lógicos, lo suficientemente amplios para incluir en ellos la regulación que concretamente dan a una materia determinada las distintas fuentes.

Cualquier institución histórico-jurídica no es el desarrollo de una sola forma simple en las fuentes españolas. En cuanto a una sistemática jurídica habrá casi tantas instituciones de una misma clase, como fuentes, salvo aquellas que hayan copiado literalmente la regulación de otro monumento. Tomar todas y hacer con ellas un conglomerado “la institución X del Derecho español en su desarrollo histórico” sería una monstruosidad. No hay tal génesis, sino más bien una serie de tipos, con diverso grado de proximidad entre sí, con elementos comunes y variantes que afectan más o menos directamente a la esencia de la institución. El método para dar unidad a estos tipos, sin que se pierdan sus particularidades, es comenzar por fijar los elementos comunes -tanto en la noción central como en todo el mecanismo del instituto- y luego ir señalando las peculiaridades que las fuentes contienen.

El aspecto de una institución histórico-jurídica se diferenciará notablemente de una institución actual (como ya se ha indicado, presente o antigua). En efecto, la compraventa será un contrato real, formal y consensual; la cuota

300. A esta dificultad se refiere Valdeavellano (**Cuota de libre disposición**, AHDE IX, 1932, págs. 29-30) como el obstáculo más grave para la investigación del derecho privado medieval: “La contradicción -advertida cada día en un ámbito más extenso- entre las disposiciones de la **Lex Visigothorum** y el derecho realmente vivido que nos revelan fueros y diplomas. Derecho legislado -contenido en la **Lex**- y derecho consuetudinario de fondo germánico primitivo -de aplicación comprobada frecuentemente- se mezclan, se confunden, viven de acuerdo. De ahí la máxima dificultad que se ofrece al investigador para perfilar los caracteres propios de un derecho privado, impregnado de corrientes muy diversas, abigarrado, contradictorio. imposible en mucho tiempo de reducir a sistema”.

1949: A nuestro juicio, el sistema al que se podría aspirar no es de ningún modo un sistema jurídico, sino histórico-jurídico, en el sentido que más adelante se indica.

301. Schönfeld: “La historia de un orden jurídico es la historia de un sistema”. Fray José López Ortiz, loc. cit. infra, nota 307: “la historia de nuestro sistema jurídico”.

legítima será de un tercio, un quinto y un cuarto; la pena del hurto, muerte, multa y azotes; la sucesión al trono, hereditaria, por asociación y electiva, etc., todo ello según las fuentes utilizadas. La referencia a éstas impide que la institución aparezca como algo confuso y contradictorio. Cómo fue la institución históricamente es³⁰² una pregunta que viene contestada más directamente por la historia de las fuentes, conforme a lo arriba indicado. Ahora se trata de elaborarla dogmáticamente. Es decir, si configuramos la institución tal como la regula el **Liber Iudiciorum**, la historia de las fuentes ya conduce históricamente su vigencia a los reinos de la alta Reconquista y su renacimiento cuando en la Baja Edad Media sirve a una política legislativa de los reyes. Las referencias al fuero de Cuenca, nos llevan sin más a la difusión de este Código local.

La institución histórico-jurídica. El problema que se nos presenta es el de la colocación en el esquema de una institución de los preceptos tomados a las distintas fuentes. La solución a nuestro juicio es verter la serie histórica de las fuentes sobre el cuadro teórico. Generalmente, ambos términos coincidirán. En efecto, la norma del Fuero Real estará tan próxima a la del Fuero de Soria, como nos lo indica la historia de las fuentes; pero también puede ser radicalmente distinta, y entonces claro es que no tendrá ningún sentido ligarlas en la reconstrucción dogmática; habrá que buscar cuál es la fuente con la que históricamente se halla en serie.

La referencia a las Fuentes ahorra el descomponer el estudio histórico-jurídico en tantos sistemas cuantos son aquéllas. El reelaborar sistemas jurídicos para luego ponerlos en serie más histórica sólo sería posible si en la historia esos sistemas se produjeran desconectados. Si nosotros contemplamos la fuente, vemos que al **Liber Iudiciorum** sigue una práctica jurídica que se aparta de él, y que podemos contemplar en los documentos de aplicación; y que esas normas se fijan en redacciones locales sometidas a diversos influjos, etc., etc. Pero si tomamos unas instituciones como la compraventa, veremos que desde el Derecho postclásico romano, lleva una línea de desarrollo, en la cual se

302. 1949: algo que va anotando, al margen de la elaboración dogmática, aquella referencia, en la que se debe procurar mantener un orden histórico de aproximación, evitando los anacronismos y los "anatomismos", pero sin que sea necesario mantener un riguroso orden cronológico o topográfico, lo que haría imposible el tratamiento de la institución como tal con sus elementos dogmáticos. Si aludimos al **liber**...

modifica uno u otro carácter. Y tomada como unidad de trabajo la institución ya no es necesario elaborar ocho o nueve sistemas de compraventa. Es posible elaborar uno solo, pero histórico, variando en el tiempo sucesivamente y en el espacio simultáneamente. Esta será la historia de la compraventa. Claro es que su desarrollo histórico será simplemente el contenido en las fuentes. La historia de las fuentes preside y conduce la historia del sistema. Una fuente ha fijado el Derecho relativo a una institución; la que le sucede históricamente ha introducido ciertas modificaciones; la siguiente ha variado totalmente su estructura, la otra quizá ha retornado al sistema anterior. Pues bien, ir describiendo estas variaciones de conjunto o en el detalle es hacer la historia del sistema. No el reproducir uno tras otro todos los estados de la compraventa lo que sería una tarea fatigosa e incompleta.

¿Se desvirtúa así la realidad histórica del desenvolvimiento del Derecho? Sin duda, pero pretender que la Historia del Derecho reflejase dicho desenvolvimiento como un espejo de la realidad obligaría a que en el Derecho del siglo XVIII se insertara nuevamente el contenido de algunos fueros medievales, que en el Derecho de la Edad Media se repitiese el Derecho visigodo, con algunas rectificaciones. El método que se indica es: añadir simplemente las rectificaciones al sistema. Para atender a una pregunta que surge inmediatamente: ¿se permitirá que una exigencia dogmática altere la visión histórica: haremos ahora nosotros algo semejante a aquella labor de la romanística medieval que sólo pretendió armonizar las aparentes contradicciones de los lugares clásicos, sin ver que eran el producto de una historia? No, porque ya se ha indicado que no es un **sistema jurídico** lo que se trata de elaborar, sino un **sistema histórico**, lo que interesa preparar, dentro del cual las normas se sitúan sin perder la menor de su particularidades.

Para precisar este punto es necesario que aclaremos lo que se entiende por una institución histórico-jurídica³⁰³. La comparación de una institución jurídica con un organismo (CARNELLUTI) no debe exagerarse hasta suponer que aquélla tiene la substantividad independiente que éste. Y no se trata sólo

303. 1949: Una vez que hemos intentando precisar la noción de sistema histórico jurídico, en relación con la de sistema jurídico, es necesario hacer igual con el concepto de institución histórico-jurídica, que conforme a la radical identidad entre derecho vigente y derecho histórico, antes indicada, será simplemente la misma institución jurídica más su dimensión histórica. Cfr. José Calvo González, *La institución jurídica*.

de que unas estén relacionadas con otras, tal como varios organismos pueden estarlo entre sí, sino que su delimitación misma es bastante relativa. Llamamos institución al contrato y a la sucesión hereditaria, pero también a la sociedad y al testamento, y también a la sociedad anónima y al testamento militar. Análogamente, la Monarquía, el monarca y la sucesión al trono; el municipio, el alcalde y la jurisdicción municipal; la pena y la pena de muerte, etc. Es decir, siempre que en el conjunto de normas jurídicas relativas a un aspecto de la vida social se encuentran algunas particularidades, puede constituirse con ellas una nueva institución jurídica. Y ello es algo que corresponde enteramente a la ciencia, un problema de conocimiento como lo prueba el que para aquella es discrecional apreciar ciertas variantes en una institución, en cuanto a sus elementos, o bien el constituir con esas variantes una institución diferente³⁰⁴.

El método para configurar la institución histórico-jurídica, es esencialmente idéntico, sólo que esas variantes que un Derecho actual ofrece como un solo plano, aquí tienen un más intenso valor histórico, se desarrollan ampliamente en el tiempo. Por lo tanto, al agregarlas a una figura central es preciso no incurrir en anacronismos³⁰⁵, o sea, comprobar si efectivamente es variante de una regulación general, o si se desprende de otra. Cuando el número e

304. Ejemplo: El arrendamiento perpétuo. ¿es un arrendamiento o es una venta? La cuestión se planteó en derecho romano. Gayo III, 145: "con todo es tal la analogía que existe entre el contrato de compra y venta y el arrendamiento, que suele dudarse algunas veces de cual de los dos se contrae, como cuando se arrienda una cosa perpétuamente, lo cual acontece con los predios de los municipios que se arriendan conforme a lo dispuesto en las leyes, con la condición de que no puedan quitarse al arrendamiento ni a su heredero mientras pagaren la renta. Ha prevalecido, sin embargo, la opinión de que es arrenda lo que se efectúa en este caso" (traducida por primera vez al castellano. Madrid, 1845, pág. 219).

305. No sólo, como es natural, descolocación en el tiempo, sino también en el espacio. Y esto del modo más riguroso. Por muy emparentados que estén el fuero de Cuenca y el de Plasencia, si regulan un mismo aspecto distintamente, o uno de ellos guarda silencio, la generalización es inadmisibles.

1991: Además de la de Allen y las cuatro versiones de Ureña, los fueros de Béjar, los de Baeza, Alcaraz y Alarcón, por Roudil, el de Ubeda, ya mencionado, el reciente de Plasencia, se trata en realidad de un solo libro de derecho, trasladado a Teruel y parcialmente a Sepúlveda, secundaria su concesión aquí o allí, para lo esencial, el contenido jurídico, su aportación a la cultura literaria del derecho y su papel en la formación del jurista, basta la correcta traducción al español por Alfredo Valmaña Vicente, 2.ª ed. Cuenca, Tormo, 1978; mi reseña en *Arbor*, núm. 415, págs. (426) 139-(428)140. Sobre la ed. del de Baeza, TRG XXXII (1964) 109-112.

importancia de las variaciones aconseja hablar de una institución diferente, es algo de apreciación tan discrecional como en la construcción jurídica de un Derecho actual. En definitiva, lo que se indica aquí es elaborar la historia de las instituciones como un sistema.

57 bis. Historia del Derecho y sistema jurídico (1964).

La historia del Derecho como sucesión cronológica de sistemas jurídicos tiene una claridad que le hace ser inmediatamente admitida. Admite esta visión que el cambio de un sistema jurídico a otro no se produce de un modo automático, sino con lentas y parciales variaciones. En la historia del Derecho español, junto a la sucesión cronológica de sistemas sería necesario agregar, desde la Edad Media, una división territorial. Pues el Derecho aragonés, por ejemplo, es más heterogéneo respecto al Derecho castellano que puedan serlo las más alejadas etapas de cada uno de estos derechos, entre sí. Todavía la división cronológica ofrece una dificultad, porque la fecha de las fuentes no tiene un valor constante: algunas reflejan un estado jurídico del que son la etapa final; otras, diferentemente, despliegan su eficacia mucho tiempo después de haber sido redactadas. Ejemplos, respectivamente, el Fuero Viejo de Castilla, fijación tardía de un antiguo Derecho, y las Siete Partidas, que redactadas en el siglo XIII rigen progresivamente desde el siglo XIV.

Frente a la yuxtaposición de sistemas jurídicos, puede ser considerada la historia del Derecho, vista desde las instituciones, como un sistema único, que permite agrupar los datos de las fuentes en cuadros lo bastante amplios para incluir en ellos la totalidad de su contenido. Vista desde las fuentes, hay, en rigor, tantos sistemas jurídicos como fuentes auténticas. Pero estos sistemas pueden ser agrupados por su proximidad, con arreglo a los elementos comunes y a sus variantes que afectan más o menos directamente a la esencia común. El método para dar unidad a estos tipos, sin que pierdan su carácter singular, es fijar en primer término los elementos comunes tanto en la noción central como en el detalle de la regulación, y luego ir señalando las particularidades de las fuentes. La referencia constante a las fuentes impide que el sistema aparezca como algo confuso y contradictorio; como se fue integrando y desintegrando el sistema lo anota al margen de la elaboración sistemática dicha referencia, que conserva el orden de aproximación histórica, evitando los anacronismos y los anatopismos. Cuando se vierte la serie histórica de las

fuentes sobre el esquema teórico del sistema, generalmente se produce una coincidencia; las fuentes que históricamente están ligadas por derivación arrojan datos que son sistemáticamente afines; cuando estos datos, en lugar de una serie lógica y comprensible ofrecen más bien una ruptura inconciliable para la visión sistemática, será necesario ampliar aún más el sistema, con un apartado para aquellos elementos que, por ejemplo, incluso en una época adelantada cronológicamente acusan la persistencia de prácticas primitivas, o bien, en medio de un tratamiento de alta calidad técnica, revelan la aparición de deformaciones o anomalías. Entre fuentes determinadas, como la ley visigótica, el Fuero Real de Castilla y las Siete Partidas hay cuestiones que versan, con variantes, sobre el mismo lugar sistemático: allí se encontrarán estas fuentes; en otros puntos, esa mismas fuentes ocuparán lugares extremos del sistema.

Reelaborar sistemas jurídicos para luego ponerlos en serie histórica equivale a separar aquello que históricamente se produjo en íntima conexión, para luego unirlo otra vez. La necesaria combinación de análisis y síntesis que este doble proceso lleva consigo no pertenece a la elaboración de las instituciones; el análisis se realiza en todo el proceso crítico que va desde el examen externo de las fuentes a su interpretación. La elaboración es, desde el principio, síntesis. El sistema así obtenido es un sistema cambiante en el tiempo y en el espacio; un sistema que constantemente añade rectificaciones. El sistema jurídico supone una interna dependencia de todos sus elementos; el sistema histórico admite también el encuentro de elementos en sí mismos contradictorios o ajenos entre sí. Un sistema jurídico tendría que eliminar esos elementos; un sistema histórico puede aumentar sus líneas esquemáticas, debe hacerlo. Un sistema jurídico actual elimina aquello que pierde vigor y eficacia; un sistema histórico tiene que integrarlo. Dice Galo Sánchez que la historia del Derecho no es una mera proyección histórica de Derecho vigente, sino que recoge lo que está muerto y lo que permanece vivo en el Derecho. Sólo que aquello que está muerto para una consideración actual posee una vitalidad específica que tiene la existencia histórica. Por esta razón, la historia del Derecho incluye la compraventa, pero también los mayorazgos; incluye el cambio de capacidad personal por la edad, pero también la esclavitud; la acción reivindicatoria, pero la posesión de año y día; la propiedad, pero el feudo; categorías sistemáticas inadmisibles para un sistema jurídico, actual o pasado, se integran en el sistema histórico que supera a ambos por la amplitud de su experiencia.

58. Dogmática e Historia del Derecho (1947)³⁰⁶.

Enseguida surge la cuestión más aguda de los estudios histórico-jurídicos: el de la dogmática que se debe aplicar a la construcción del sistema. Sólo hay que referirse a la posición metodológica de Betti respecto al Derecho romano, que tan enérgicamente ha sido rebatida por los romanistas³⁰⁷. Nada semejante se ha producido respecto a la Historia del Derecho, por lo que ha de contemplarse la cuestión en su aspecto general.

El método dogmático propugna investigar los Derechos históricos “mediante los esquemas dogmáticos con los que está acostumbrado a pensar como jurista moderno”. La oposición de los romanistas a tal pretensión está llena de sentido y creo que puede ser íntegramente adoptada para cualquier ciencia histórico-jurídica. Ahora bien, quizá se han restringido mucho las posibilidades de la gnoseología kantiana al hacer representante de ella, en la metodología de la Historia del Derecho, a Betti. Dice D’Ors: “Betti no puede negar que tales dogmas no tienen la pretensión de eternidad y universalidad de las categorías jurídicas kantianas”. Pues bien, lo que el apriorismo gnoseológico afirma es esa condición que al ser limitada en lo más mínimo queda del todo desvirtuada. El sistema mental del sujeto pensante, del que no se puede prescindir, es algo muy distinto del sistema mental del jurista moderno, con sus esquemas dogmáticos. Las categorías universales, la lógica del pensamiento, no pueden quedar limitadas a los contenidos concretos de que les ha provisto el Derecho actual. El historiador del Derecho debe abordar directamente las normas jurídicas de cualquier época, sin que su prejuicio sea precisamente el de las normas de otra. Pero en cuanto al proceso del pensamiento que le permitirá captar la realidad, claro es que juegan en él las nociones abstractas del Derecho. “No hay juicio sin prejuicio -dice D’Ors-. Lo particular no sería visto siquiera si lo genérico no acudiese al punto a fijarlo y a darle, con la fijación, sentido. “Nihil cognitum nisi praecognitum”. Para advertir algo resulta el pensarlo indispensable”³⁰⁸.

306. No obstante algunas repeticiones, especialmente de citas decisivas, el presente capítulo fue de tal modo reelaborado y reducido en 1964. que me parece conveniente reproducirlo aquí. dentro de la dudosa conveniencia de conservarlo todo.

307. Alvaro d’Ors. **Presupuestos críticos**. págs. 35-40. Ursicino Alvarez. **Horizonte**. págs. 291 con bibl.

308. Eugenio d’Ors. **Novísimo Glosario**. “Sobre la crítica histórica”, diario **Arriba**, Madrid, 31 mayo 1947, pág. 3.

Hay un error parejo al de aplicar una dogmática actual a un Derecho pasado, y es el intento de hacer una dogmática con todo Derecho, del mismo género que la elaborada por los juristas modernos. Hay derechos sin ciencia, y en definitiva, la ciencia o teorías generales de un Derecho constituyen sólo un capítulo en la historia de aquel significativo únicamente en cuanto contribuye a transformar el Derecho mismo. A un historiador del Derecho futuro nuestra actual ciencia jurídica, el modo como se conoce hoy el Derecho, le interesará mucho menos que a un historiador de la ciencia. Certeramente ha subrayado Fr. José LOPEZ ORTIZ, que no hay que confundir la historia de nuestro Derecho con las ideas de nuestros pensadores sobre el Derecho³⁰⁹.

En la historia del Derecho se encuentran instituciones iguales a las del Derecho vigente, con una variación en el contenido concreto de la regulación, pero otras que difieren en absoluto. Esto no es una dificultad para reconstruirlas históricamente, a base de los datos ciertos que las ciencias proporcionan. Ahora bien, la existencia de estas instituciones diferentes a las actuales, plantea la cuestión de su colocación y dependencia en el conjunto. El contenido mismo de las normas indica el subtipo que representa respecto a un tipo, o viceversa.

Pero en todo lo que va dicho, se alude implícitamente a que las características formales de la institución son las que deben ser apreciadas para individualizarla como tal y agruparlas en el sistema jurídico. Es necesario aludir a una dirección metodológica apuntada por el profesor García Gallo³¹⁰. Entiende que el método para la elaboración de las instituciones debe ser más

309. Fray José López Ortiz, "Una avance en la historia de nuestro Derecho patrio", en ARBOR, revista del CSIC, Madrid, VII, págs. 67-73 (se trata del **Curso de HDE**, por Alfonso García Gallo I, 1946; reseña reproducida en sucesivas ediciones del mismo).

310. Un cursillo de Metodología desarrollado en la Universidad Central durante el curso 1946-1947 contiene unas sugerencias que para ser debidamente apreciadas se debe esperar a una exposición total. Los términos Jurisprudencia de Conceptos y de Intereses fueron utilizados a modo de ejemplo, por lo que no deben ser tomados en un sentido literal y se hace difícil determinar hasta qué punto se deseaba llevar la comparación. 1991: Un eco de este cursillo oral puede reconocerse en el fundamental discurso de A. García Gallo, pronunciado el 25 de noviembre de 1952 en la Academia de Jurisprudencia de Madrid, publicado en su AHDE 23, 1953, 5-36, "Historia, Derecho e Historia del Derecho", especialmente en págs. 30-31, pero no se encuentra en esta exposición la gráfica y tal vez provisional referencia a Conceptos e Intereses. Tal vez guarde relación con este curso de metodología un trabajo más tardío del autor. "El hombre y la tierra en la Edad Media

que una “jurisprudencia de conceptos” una “jurisprudencia de intereses”, utilizando estos dos términos tan habituales a los juristas para designar una reconstrucción histórica que define, separa, agrupa las instituciones por sus caracteres formales o lógicos, y la que atiende más bien a los fines que con esas formas se pretende de obtener en el sistema jurídico de que se trate. Presenta el ejemplo de que el investigador lleve al estudio de las fuentes medievales el concepto de *arrendamientos de tierras*; ese concepto no se encontrará hasta muy tardíamente, y se pasarán por alto instituciones jurídicas que cumplieran un fin análogo con otra forma; pero si se lleva el criterio de “entrega de tierras para el cultivo”, entonces todas las formas jurídicas que cumplen el fin serán integradas en él, y ofrecerán un trozo de vida jurídica real.

El acierto de esta orientación se ha reconducido en parte a la posición *antidogmática* antes aludida. En efecto, llevar el concepto jurídico actual del arrendamiento de tierras para discernir y clasificar los datos de las fuentes sería un error. Sin olvidar que esa “entrega de tierras para el cultivo” es también un concepto jurídico más amplio sin duda que el arrendamiento, pero con alusión a ciertos caracteres formales, sin los cuales se haría solo la descripción de las formas económicas de explotar la tierra. El cultivo de la tierra por si solo no permite agrupar instituciones jurídicas: cultivan el propietario, el usufructuario, el siervo, el jornalero; se hace necesario analizar las formas jurídicas mediante las cuales se llega al cultivo, precisar en qué consiste tal entrega de tierras; y estas formas con sus elementos comunes y con sus diferencias, son justamente la institución y las instituciones³¹¹.

Leonesa: el prestimonio agrario”, en RFDUMadrid I, 2. 1957, págs. 319-372, donde se encuentra esta frase significativa de la orientación referida en el texto: “siendo este de la relación del hombre con la tierra un problema permanente” (p. 323 in fine). En la *Metodología*, antepuesta por el autor a su Manual de 1959, págs. I. LIV, tan rica de información y de detalles prácticos tampoco encuentro una derivación concreta de aquel cursillo que tal vez se conserve entre lo inédito del mismo

311. 1991. Breve resto de un imposible coloquio, pero quizá todavía utilizable en un diálogo sobre el método. En la VI Semana de HDE. Valencia, tuvo lugar aquel, con cierta viveza y una especie de votación, en la que como suelo fui vencido. Lo reflejé en mi *Crónica* de dicha reunión, no en el *Anuario*, claro, sino en *Nuestro tiempo* 144, junio 1966. “Diez años de HDE”, que ahora reproduzco. De las dos direcciones, la primera, sintetiza la posición mantenida por Alfonso García Gallo. El equilibrio que refleja la última parte de esta reseña, sin duda, parcial, fue formulado por Martínez Gijón. Interesa la nómina de los presentes: con

Momentos históricos y serie histórica.-La concepción de la **historia de las instituciones como un solo sistema histórico -y no como una sucesión de sistemas jurídicos-** no exige siempre que se investigue la institución en toda la extensión de su desarrollo histórico; incluso el criterio más o menos amplio que se haya adoptado para delimitar la institución determina la extensión histórica que se le puede dar. Si se plantea en general la represión del delito abarcará más que si se especifica; la venganza privada o la pena pública.

En cuanto investigación, es lógico que la elaboración de las instituciones puede reducirse a campos tan estrechos como lo exija el deseo de profundizar. No sólo en cuanto a las instituciones mismas -pueden estudiarse todas las sucesiones, o la sucesión legítima o la sucesión señorial- sino en cuanto al sector de fuentes utilizadas una sola de ellas o las de una clase, un territorio o una época siempre que el conjunto de las fuentes examinadas tenga un sentido desde la propia historia de las fuentes³¹².

los citados Juan Beneyto, Juan Manzano, D. José Orlandis, Font Rius, Juan García González, Alfonso Otero, Joaquín Cerdá, Jesús Lalinde, Gonzalo (Martínez) Díez, Moreno Casado.

La ponencia del primer tema, estuvo a cargo del prof. Tomás Valiente, quien, por la proximidad de unas recientes oposiciones, había tenido ocasión de plantearse la básica cuestión. En su exposición campeaban, junto a la documentada información, el equilibrio y la madurez; todos la hubieran firmado como declaración colectiva de los historiadores del Derecho español. En la discusión, se perfilaron dos direcciones principales.

La primera, apartándose del formalismo y dogmatismo, postula una búsqueda de la realidad concreta que se esconde tras las normas, no suficientemente expresada en las figuras jurídicas, para terminar declarando una decidida apertura hacia la Sociología, con todas las reservas que la mención de esa palabra requiere en los ambientes históricos.

La segunda tendencia, que es simplemente la tradicional, confía aún en la reconstrucción crítica de los textos y se satisface con la historia (o investigación) de la forma original y las transformaciones experimentadas por los libros de derecho, y también de los documentos, sin desdeñar el testimonio de otras fuentes históricas, pero siempre guiados en su labor por las antiguas figuras jurídicas.

Figuras jurídicas o exigencias vitales, esta parece ser la alternativa de hoy de los historiadores del derecho. Y debe reconocerse que el criterio mayoritario se inclina por las exigencias vitales, a lo que contribuye la posible confusión entre figuras jurídicas, la muy diferente metódica que proponía aplicar las categorías dogmáticas del derecho actual, a la reconstrucción del pasado histórico. La conclusión es que hay una afinidad muy honda en la labor de todos: que las actitudes radicales se extreman sólo por una necesidad dialéctica y que en definitiva nos proponemos lo mismo y nos alegramos de completar nuestras perspectivas con las de los adversarios Sepúlveda, silencio.

312. Nota en 1949: Previamente a la elaboración de las instituciones en todo su desarrollo histórico, me parece muy útil el estudio de ellas "por fuentes", o sea, al tiempo

Hasta ahora se ha considerado la institución con cierto sentido estático; en cuanto se prescinde de su movimiento histórico -o éste queda resuelto con la alusión a la serie de fuentes- pero la elaboración de las instituciones también va dirigida a enseñar su curso en el tiempo, lo que suele llamarse la evolución jurídica. Palabra que se emplea constantemente y en la que va implícita la salvedad de que con ella no se trata de definir una evolución en sentido biológico, con leyes naturales y necesarias, sino un desarrollo histórico. Pero aún con esta salvedad, que Schwerin puntualiza diciendo que se toma a las

que se estudian éstas, ahondar más de lo que se suele en su contenido. Los alemanes no han abandonado este tipo de investigaciones, con buenos resultados. Cfr. en ZSS 64 (1944) 173-222 "Das Privatrecht der Fueros de Aragón" por Wohlhaupter, continuación de sus estudios sobre el Código de Huesca, y en la misma revista 65 (1947) 86-176. "Romisches Recht im Brünner Schöffnenbuch", por Gertrud Schubart-Fikentscher (mi reseña en AHDE 19 (1948-49) 700 y 703), en este mismo tomo, el estudio por Molitor sobre el Espejo de Sajonia y la sistemática jurídica de este libro de derecho (Ib. págs. 701-702). También Maldonado, ha llevado a efecto una labor análoga sobre **El Fuero de Coria**, edición del texto por Emilio Sáez, "Estudio histórico-jurídico", Madrid, IAL, 1949; mis reseñas en **Revista de Estudios de la Vida Local** VIII, 45 (1949) 474-476 y RGLJ (1951) 381-383. Sobre "esta clase de estudios, en torno a un libro de derecho, que tiene sus limitaciones y no se opone al tratamiento sistemático de una sola figura en diversos libros", mi "HD como H de los LLJJ" en **I Seminario de HD y Derecho Privado. Nuevas técnicas**. Belleterra, 1985, págs. 61-62. Alfonso García Gallo, en su "Historiografía Jurídica contemporánea", a propósito de la **Deutsche Rechtsgeschichte**, de Hans Planitz, en AHDE 24 (1954) 605-634, se refiere a la "posibilidad de un estudio circunstanciado de cada fuente, y señala como arquetipos el estudio de Conrat sobre el Breviario de Alarico, el de Dahn sobre la Lex Visigothorum, Archi sobre el Paulo y Gayo visigóticos, Wohlhaupter sobre los Fueros de Aragón y Riaza sobre las Partidas, entre los que coloca los míos sobre Novenera y Sepúlveda, al tiempo que señala su limitación en cuanto a destacar en una visión general las líneas generales del desarrollo jurídico, y el logro de una fidelidad en la reconstrucción misma (pág. 620). Cfr. las acertadas objeciones de Peset en su **Fuero de Ubeda**, 1979, págs. 140-141, al método de exponer el contenido de un fuero, ordenándolo con "la sistemática de Savigny", lo que hice buscando la uniformidad que permitiera, en su caso, superponer el contenido de los diferentes fueros, conforme al orden tradicional en los programas de Privado. Yo mismo, en la lectura de la VII Partida ("Acusaciones y maleficios", en **Orlandis** 70, PPu, **Boletín Valls Taberner**, 1/2, 1988, 299-347) he intentado "dejar hablar al libro de derecho en su integridad y en su propio orden y estructura y en la medida de lo posible, en su propio lenguaje". "La investigación no consiste en copiar o extraer, sino en averiguar lo que se ignora". Pero yo no soy un investigador, sino un lector, un copista, un extractor, como Reguera Valdelomar, y un vendedor de libros confiscado (Domingo de Ramos, 1991).

ciencias de la naturaleza la designación pero no el método, creo que actúa el sortilegio de la palabra produciendo un equívoco tanto más impunemente porque se ha descartado previamente la confusión. Analizando las nuevas tendencias metodológicas, en general, Federico KUNTZE advierte que la finalidad del concepto de evolución ha sido retirada cada vez más, al último plano. Y recuerda una frase de RANKE, como precursor de tal tendencia en la ciencia histórica: “cada época está en relación con Dios y su valor reside **no en aquello que de ella resulta, sino en su propio ser**”. Exactamente aplicables a la **evolución jurídica**: las propias instituciones, no de donde han venido ni en lo que más tarde se han convertido, eso es lo que interesa fijar a la Historia del Derecho. Por lo tanto, el desarrollo del problema histórico o evolución se reconduce a la cuidadosa colocación de las instituciones en el momento histórico en que aparecen, así como sus variantes. Una interpretación de lo que de un modo general significa el orden de la elaboración crítica resulta, excede a nuestro entender del fin de la investigación histórica y corresponde a la Fenomenología jurídica o visión filosófica de la Historia del Derecho.

56. bis. Dogmática e historia del Derecho.

La cuestión más agudamente planteada en los estudios histórico-jurídicos, en los últimos tiempos, se refiere a la dogmática que se debe aplicar a la construcción del sistema³¹³. Para Betti, las formas y las creaciones de otras

313. Este párrafo, redactado en 1964 constituye un resumen del precedente, del que se han salvado dos citas esenciales, y recoge una nueva que no me es posible localizar: refleja también la tendencia a desentenderme de una cuestión que había dejado de interesarme. Naturalmente sin relación directa con esta Memoria. J.A. Escudero, en **HD: Historiografía y Problemas**, 1973 (antes, en AHDE 40, 1970, 269-286) trató de “Dogmática y dogmáticos”, págs. 79-88, a partir del clásico apotegma de Brunner (con el acertado análisis de su formulación original), y entre otros autores (Bader, Hellebrand, von Lübtow, y A. García Gallo, en sus dos trabajos: el ya citado de homenaje a Hinojosa (AHDE 23, 1953) y su continuación “La historiografía Jurídica Contemporánea” (Ib. 24, 1954, 622-633), de la que destaca la fórmula en que el autor sintetiza mejor su disposición: “Las dificultades que la historia de los conceptos y la de los pretendidos sistemas opone a una exposición de conjunto creo que podrían orillarse tomando como base de la misma, no los conceptos o institutos jurídicos, sino las realidades, situaciones e intereses que aquellos regulan” (ps. 632-33). Más tarde, en su **Manual** de 1959, págs. XLIX s, el autor dedica dos párrafos a “la reconstrucción

épocas serían inaccesibles para nosotros si no estuviesen informadas por una estructura lógica comunicable a nuestro espíritu por una íntima afinidad fundamental. Esta posición no parece que pueda ser fácilmente combatida, pues en la misma radica la posibilidad de la historia del Derecho. Diferente es la situación, cuando el método dogmático propone investigar los derechos históricos mediante los esquemas dogmáticos con los que está acostumbrado a pensar como jurista moderno. En este punto, se han alzado graves objeciones. El mismo Besta, que admite en principio la dogmática como guía para la sistematización de los datos, advierte que la luz (de la dogmática moderna) proyectada sobre el pasado podría impedir la visión nítida de las formas que fueron, y acepta la observación de Capograssi: “Si se pretendiese aplicar **ut sic** la dogmática del presente a la vida del pasado, el historiador faltaría a la exigencia de su investigación, porque en lugar de encontrar la particularidad y la peculiaridad de las épocas de la historia, en lugar de fijar las épocas y los estadios de la historia, en su aguda individualidad, vendría a identificar las varias épocas, a confundirlas, es decir, a negar la historia en su profunda y continua originalidad”³¹⁴.

Es necesario distinguir entre el conjunto de categorías mentales que el

del sistema y la elaboración dogmática”, donde, en mi opinión, ha vuelto a la concepción tradicional y abandonado la historia por “situaciones o intereses” o al menos prescindido de esta orientación que por otra parte mantuvo en 1965. El mismo, en su estudio de 1954, ha considerado las observaciones que yo había hecho al capítulo de “Personas” de su Curso (donde abordó la exposición del “derecho propiamente dicho”), en una reseña publicada en *Arbor* 1950, que ahora no tengo a mano, pero ha mantenido la inviabilidad de cualquier exposición fundada en sistemas jurídicos, de cuya convicción ha surgido la posibilidad de una historia por problemas permanentes y universales, a los que las sucesivas fuentes darían soluciones. Francisco Tomás y Valiente, en su “lección magistral” de Oposiciones, ha dado su tributo a la doctrina del maestro. “La sucesión del que muere sin parientes y sin disponer de sus bienes”. AHDE 36, 1966, 189-254; allí bibliografía sobre la cuestión metodológica. La desaparición del 2.º Cuatrimestre, que obligaba a cultivar el Privado (Penal o Procesal) ha hecho, quizá, abandonar la cuestión, en la que esperamos se ocupe todavía alguna mente clara.

314. Vid. Ahora de éste, “escuelas e historiografía en la Historia del Derecho Español. (1960-1985) en *Hispania*. Entre derechos propios y derechos nacionales, I, Giuffrè ed. 1990, págs. 11-46, en vísperas de su entrada en la Academia de la Historia, el próximo 28 de abril 91, donde disertará sobre Martínez Marina. Lo que tuvo lugar el 28 de abril de 1991, impreso ya el texto, como es tradicional, y que me he ocupado en mi correo del día siguiente.

historiador del Derecho lleva a su investigación y el sistema dogmático del Derecho moderno. La lógica del pensamiento, las ideas generales y permanentes no están limitadas a los contenidos concretos de que las ha provisto la experiencia del Derecho actual. Esta dogmática del Derecho es un producto positivo, que el jurista actual puede utilizar, pero del que le es dado desprenderse. Y esta función liberadora pertenece, entre otras disciplinas, a la historia del Derecho. El historiador del Derecho abordará directamente las normas jurídicas de una época, o más exactamente, de una fuente, sin que su prejuicio sean precisamente las normas de otras diferentes. En cuanto al proceso de pensamiento que le permite captar la realidad de ciertas nociones abstractas o concretas del Derecho, el jurista no puede separarse, incluso al superarlas por la experiencia histórica. “No hay juicio sin prejuicio, decía Don Eugenio d’Ors. Lo particular no sería visto siquiera si lo genérico no acudiese al punto a fijarlo y a darle, con la fijación, sentido. **Nihil cognitum nisi praecognitum**. Para advertir algo resulta el pensarlo indispensable”.

Tan erróneo como aplicar una dogmática actual a un Derecho antiguo es el intento de elaborar una dogmática de todo Derecho, semejante a la elaborada por los juristas modernos. Hay derechos sin esa dogmática e incluso juristas modernos no dogmáticos. Las llamadas teorías generales de un Derecho constituyen un capítulo particular de su historia, que para el historiador del Derecho es sólo significativo en cuanto, por vía de generalización o de deducción, contribuye a transformar el propio Derecho.

Para una visión histórica no tiene sentido ordenar el pasado por el presente. Dada la tradición que une a las fuentes de la historia del Derecho, la explicación no se encuentra en la época siguiente, sino en la época anterior. La investigación sistemática de la ley visigótica no se abordará, pues, desde el Código Civil vigente, ni desde el Fuero Real, sino desde el Derecho Romano que es su precedente, y acaso también, desde las costumbres germánicas más antiguas. Es decir, si hay un sistema ordenador, éste se encuentra en las fuentes anteriores, en cuanto sea posible establecer una derivación más o menos directa. Esto es aplicable tanto a las líneas generales del sistema como a sus últimos detalles.

En medio de la discusión sobre la dogmática jurídica y su aplicación a la historia del Derecho, surge una dirección metodológica según la cual para elaborar las instituciones históricas debe emplearse mejor que una jurisprudencia de conceptos, una jurisprudencia de intereses.

Con estos dos términos habituales para los juristas se designa,

respectivamente, una reconstrucción histórica que define, separa, agrupa las instituciones por sus caracteres formales o lógicos, y la que atiende más bien a los fines que con esas formas se pretende obtener en el sistema jurídico de que se trate. Por ejemplo, el investigador que lleve a las fuentes medievales el concepto de **arrendamiento de tierras**, no encontrará ese concepto hasta muy tardíamente, y pasará por alto instituciones que sin responder a esa forma, cumplían un fin análogo; mientras que si lleva el criterio de **entrega de tierras para el cultivo**, podrá captar todas esas instituciones.

Debe observarse que también esa **entrega** es un concepto, aunque más general que el de arrendamiento; es una forma jurídica. Figura jurídica y fin están íntimamente unidos; lo más probable es que cuando una figura hace crisis o desaparece, en la misma medida hace crisis o desaparece el fin³¹⁵. La **entrega** es ya jurídica, aunque no sea propiamente de ningún Derecho. Si se prescinde de toda forma, queda el **cultivo de la tierra**; cultivan el propietario, el usufructuario, el siervo, el jornalero, el preso en un rincón del patio puede cultivar también. Pero la historia del Derecho no se pregunta por el cultivo de la tierra, sino por las formas jurídicas. Aplicar formas todavía no existentes o ya desaparecidas para designar o explicar las formas que una fuente revela no es un medio de conocerlas. La propia expresión de la fuente estudiada es la que da la primera orientación para su emplazamiento sistemático. La historia es fundamentalmente filología, la tradición jurídica es una tradición literaria. La aparición de nuevos términos, o la aplicación renovada de términos jurídicos antiguos, constituye también el indicio de que se abre una nueva perspectiva sistemática. Pero en cuanto persisten unos mismos términos, sus versiones y sus derivaciones, como la experiencia de las fuentes jurídicas revela, no cabe el temor de que la unidad de un sistema altere la visión real que sobre la misma descansa.

315. MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, J.G. Reflexión al hilo de la lectura: "Posiblemente la desaparición o entrada en crisis del fin lleve ya en sí mismo implícito la desaparición o puesta en crisis de la figura jurídica, a la que daba consistencia entitativa, por lo tanto histórica, en su tiempo, su propio fin". Pero esto parece más bien un problema de Filosofía jurídica que de Historia del Derecho, lo cual demuestra cómo desde la Historia del Derecho se puede uno cuestionar problemas en filosofía jurídica, que es igual a tomar conciencia de la inexorable interdisciplinariedad de la ciencia humanística aunque esta sea la pretendida Filosofía del Derecho (hoy en nuestros días ya, Moral y Política). Claro, mas ésto sólo lo captan los contados Humanistas, que por fortuna aún quedan. (Cáceres 28-I-1990. Sto. Tomás de Aquino).