

Prólogo de Mariano Peset

ANTONIO PÉREZ MARTÍN  
JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA  
EN LA  
ESPAÑA DEL ANTIGUO RÉGIMEN



UNIVERSIDAD DE VALENCIA  
Secretariado de Publicaciones

## PRÓLOGO

*EL presente libro sobre leyes y jurisprudencia en la España moderna, significa una notabilísima aportación a los estudios acerca de nuestros siglos XVI a XVIII, tanto para los historiadores del derecho como para especialistas de otras zonas —para historiadores en general—. Procede, con retoques y ampliaciones, del Handbuch der Quellen und Literatur der europätschen Privatrechtsgeschichte que está en curso de publicación por el profesor Helmut Coing y colaboradores, del Max Planck Institut de historia del derecho europeo en Frankfurt del Main. Con esta referencia la presentación está hecha y su valor asegurado, pero convendrá que dedique unas páginas a considerar su significado, alcance y sentido...*

*El mencionado Handbuch es, sin lugar a dudas, una de las más grandes empresas que hoy se llevan adelante en el campo de la historia del derecho. A medida que van apareciendo sus volúmenes se va consolidando esta gran obra que despierta asombro y admiración, por la amplitud del proyecto y la realización de sus objetivos. El primer tomo se dedicaba a la baja edad media desde 1150 a 1500, con marcada atención al derecho común, a sus escritores y sus textos, para, a continuación, ocuparse del derecho de los distintos reinos y países europeos. Se consigue una unificación en el estudio del derecho de la Europa medieval, sin mezclar los diferentes territorios... Se destaca la historia de las facultades jurídicas —de las universidades—; renuncia explícitamente a la historia de las instituciones y a las bases sociales y económicas, porque se está escribiendo una historia o síntesis de las fuentes y de la literatura... A continuación, el segundo tomo, se divide en tres volúmenes, superando el proyecto primitivo, y abarca desde 1500 a 1800. Estamos a la espera del último volumen y de los dedicados a edad contemporánea que han de ser también varios...*

*Pues bien, el estudio de la legislación española entre 1500 y 1800 correspondió a Antonio Pérez Martín, mientras la jurisprudencia —sus fuentes y colecciones— a Johannes-Michael Scholz. Ahora su traducción permite que estos materiales y esta elaboración estén a la mano de los historiadores españoles y latinoamericanos...*

*Al hojear tan sólo las páginas que siguen, cualquier buen catador de libros advierte de inmediato su enorme utilidad, las facilidades que brinda al estudioso de la historia para acercarse a las leyes y las colecciones jurisprudenciales. Pero quisiera intentar colocar este libro —como en parte el Handbuch de que procede— dentro del panorama actual de los estudios históricos y jurídicos en España. Resaltar su interés y, si cabe, señalar sus límites.*

#### LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA EN ESPAÑA

*Es evidente que la historiografía española no se ha propuesto, ni de lejos, una obra que pueda compararse con el Handbuch. Entre nosotros nos limitamos al derecho peninsular, con algunos estudios referidos al derecho indiano —apenas nos atrevemos a estudiar las posibles influencias hispanas en Flandes o en Italia—. Ni siquiera ensayamos a escribir un tratado —que correspondería al nivel del Handbuch que me ocupa— desde hace años, desde Marichalar y Manrique, con sus numerosos volúmenes sobre Historia de la legislación y recitaciones del derecho civil de España, en Madrid de 1861 a 1872. Por ello, un planteamiento tan amplio como es el de Coing y el Max Planck Institut sólo puede suscitar el asombro y el respeto. Es posible que alguno se sienta tentado a señalar pequeños defectos cuando atraviesa las parcelillas de su propia especialidad, pero esto es minimizar y no entender el proyecto; debe señalarse los posibles errores —que serán de la bibliografía o fuente utilizada— pero sin más, sin darle la menor importancia, pues no se está libre de ellos; señalarle omisiones bibliográficas es ciertamente ridículo... La historiografía jurídica española está a niveles más bajos, como he puesto de relieve no hace mucho.*

*En mi colaboración con mi hermano José Luis acerca de “Vicens Vives y la historiografía del derecho en España”, publicado en Frankfurt en 1977 en Vorstudien zur Rechtshistorik, con otros trabajos de Johannes-Michael Scholz y André-Jean Arnaud, planteábamos la situación de los estudios histórico-jurídicos en nuestros lares. Hacíamos ver cómo la guerra civil rompía una tradición y cómo determinados grupos controlaban —como microescuela académica— los saberes históricos en las facultades de derecho; el Anuario de historia del derecho español, fundado en 1924 para recoger los frutos de la historia institucional de aquellos años, quedaba huérfano de algunos de sus mejores colaboradores... Controlado por García Gallo, Alvaro d’Ors y el padre López Ortiz —durante unos años— se adscribía a personas cercanas al Opus Dei y, desde un punto de vista científico, a direcciones un tanto ajenas a la renovación metodológica. Incluso se lanzaba a publicar numerosos artículos de derecho romano, cuya conexión con la historia del derecho español no aparecía por ninguna parte: juegos de amistades y camarillas sustituían cualquier planteamiento medianamente racional... La presencia de Vicens Vives en la historia española de los años cincuenta, producía, además, un retraimiento de quienes dominaban esta revista hacia posiciones “juridicistas” —de alguna manera hay que llamarles— que empobrecían la historiografía del derecho, aparte las coordinadas ideológicas de*

que partían. Acerca de ello, es preciso que traiga aquí algunos extremos para, a continuación, contrastar el Handbuch del profesor Coing y colaboradores con estas realidades.

Vicens Vives criticó con dureza la historiografía del derecho. Por “el desarrollo de los estudios de historia del Derecho —escribía— la nueva experiencia metodológica —se refiere a Bernheim y la historia interna— desembocó en una fría y estéril historia de las instituciones”. Pues bien, frente a sus críticas, pudo adoptarse tres diferentes respuestas: curiosamente se escogió la peor, a mi modo de entender.

1. Fue posible la discusión abierta para mejor entenderse ambas partes contendientes, para poder lograr la rectificación y el diálogo. La nueva historiografía económica y social, procedentes de Annales venía con fuerte embate —hoy está totalmente implantada aunque algunos juristas historiadores intenten mantenerse en terrenos estériles—. Nadie puede dudarle y, en buena parte, la historiografía jurídica ha perdido conexiones con la historia que hoy se hace, sin haber logrado mayor aceptación por parte de los juristas... No nos engañemos. Pero no hubo ni polémica, ni rectificación...

Unos años antes, con motivo de la aparición de un Manual, una mera síntesis para el estudio en facultades, de Aguado Bleye, surgió una cierta discusión entre el autor y García Gallo. Le reprochaba no haber concedido el lugar que le correspondía en sus páginas a determinados estudios de historia del derecho y prescindir de alguna bibliografía que le parecía de interés. Aguado Bleye le contestó que venía del exilio, haciéndole ver —al catedrático de Madrid— las condiciones en que trabajaba y los límites de un Manual. De nuevo le contestó García Gallo, como antes desde las páginas de Arbor, revista entonces muy cercana a los círculos intelectuales del Opus... Vicens terciaría discretamente en la polémica, sin mencionar al jurista, pero deplorando sus durezas y sus palabras. Parecía que debía desaparecer esta forma de actuar en quienes se ocupan de la historia con mayor o menor acierto —escribía Vicens—. Mas cuando el propio Vicens empezó su ataque, no obtuvo, en cambio, respuesta directa, sino el silencio, o mejor podría decirse que encontró un enemigo que huía hacia terrenos propios, dominables y un tanto alejados de la realidad.

2. Una segunda actitud fue conservar —con alguna pequeña rectificación y desde luego con zonas determinadas— la forma de hacer anterior: la historia institucional. Los historiadores del derecho habían sabido atenerse, dentro de los esquemas de la historia institucional, a las realidades económicas y sociales. Y siguieron aquel camino en forma renovada y —no cabe duda— que algunos en forma magistral: la obra de Ramón Carande o de Claudio Sánchez Albornoz podrá ser objeto de discrepancias o de mejoras, incluso de enfoque, pero queda como un momento fundamental de la historiografía española. Ambos estuvieron vinculados al Anuario, a la historiografía del derecho... También Luis García Valdeavellano, que a su clásica —lo digo en sentido peyorativo— Historia de España, hizo suceder su Curso de historia de las instituciones españolas. De los

orígenes al final de la Edad media, que es un buen manual de historia institucional, con sus limitaciones pero con indudable acierto.

3. Sin embargo, buena parte de la historiografía jurídica, presidida por García Gallo, adoptó la solución "juridicista", es decir, el acercamiento de la historia del derecho a la ciencia jurídica y el aislamiento frente a la historia. Hoy parece que estamos saliendo de esta tendencia que dominó los años cincuenta y parte de los sesenta: mientras se renovaban los estudios de historia en España. Simbolizo la dirección en García Gallo por no creer necesario ir rebuscando en otros autores; por considerarlo el más representativo, al par de ser quien teoriza y defiende esta postura con mayor abinco. Por la evidencia de sus afirmaciones, que permiten entender mejor —es difícil de entender— la razón de esta dirección.

En el año 1952, con motivo del centenario de Hinojosa formula el programa de su nuevo intento, en un artículo del Anuario titulado "Historia, derecho e historia del derecho". Propone un nuevo camino, renovador y único; distinto de lo que se ha hecho en Europa y en España, distinto de lo que él mismo hizo hasta el momento: si bien se guarda, al decir que cabe en la escuela de Hinojosa —extraña ortodoxia, que pretende salvar el bache de la guerra civil y dotar de antepasados, de totem, a la microescuela de historiografía jurídica de la posguerra y los años cuarenta—. Se trataba, ni más ni menos, que declarar la historia del derecho como ciencia jurídica, que no histórica. Sus razones son:

a) El riesgo que, de otra manera, la historia del derecho se confunda con la historia general.

Cosa que, es evidente, no es riesgo, sino más bien podría significar un enriquecimiento mutuo. Claro es que desde una perspectiva de sociología académica —descubriendo la microescuela— cobra perfecto sentido.

b) La diferencia existente entre el sentido histórico del derecho —de las leyes y los fenómenos jurídicos—, frente a otros fenómenos. Existe, según él, una mayor persistencia de lo jurídico que se ha desconocido en favor del cambio y las diferencias que resalta la historia general, más individualizadora y atenta al suceso. Pero ello no es cierto, en ningún sentido.

Por una parte, si el derecho posee cierta persistencia a mantener sus fuentes —caso de Partidas o de los Furs de Valencia que están vigentes alrededor de cinco siglos— esas mismas fuentes adquieren ritmos de cambio más rápidos en épocas más cercanas, en el siglo XIX o en el presente. De otro lado, si se mira su aplicación se perciben cambios más notables de los que puede colegirse de la mera persistencia del texto: zonas derogadas o sustituidas, interpretadas de forma diferente o desconocedoras de realidades esenciales de la vida del momento... Además, siempre se buscan aspectos del derecho privado, mientras que los aspectos públicos, más cambiantes, se silencian. O se llegaría a comparaciones no admisibles en un terreno muy abstracto en que todo se parece... Por otra parte, tampoco la historia se ocupa de lo individual y cambiante, como es sabido: la historia de las religiones o de las mentalidades, la estructura eco-

*nómica de una sociedad —por citar dos aspectos contrapuestos— se buscan en su estabilidad secular... Ello es evidente.*

*c) Tras referirse a la diferencia de objeto, pasa al método, en la diferenciación: la historiografía jurídica es ciencia jurídica, pues se estudia con método de jurista y, en cierto modo, como se estudia el derecho vigente.*

*Si puede admitirse la utilización de conceptos y algún razonamiento, de sistemática actual, debe hacerse con cuidado; la conexión con juristas —lo somos los historiadores del derecho, aun cuando más historiadores— a quienes se dirige puede tolerar la técnica actual para mejor entender: como utilizamos el lenguaje actual. Pero interesa no pasarse en este camino, antes bien intentar entender el pasado en su auténtico sentido. Aplicar el método del positivismo jurídico del XIX no creo que signifique la menor ventaja, cuando incluso desde la misma teoría del derecho aparece puesto en duda, si bien no se ha podido hallar otro sendero. Menos aun, desde luego, aplicar el método de los glosadores o de los humanistas, que tan acertadamente se presentan en las páginas del Handbuch de Coing por Peter Weimar y Hans Erich Troje.*

*d) Es más, en aquel artículo del Anuario que estoy analizando, se pretende que la historia del derecho no requiere crítica interna. ¡No es posible tal afirmación! Quiso decir otra cosa, porque la crítica interna es necesaria para la historia del derecho, según lo que por tal se entiende. Incluso la crítica de testimonio es menester... García Gallo parece haber modificado después este peregrino aserto.*

*e) Pretende una nueva historia basada en la institución. Ya están superadas las anteriores direcciones de historia de los sistemas o historia de los dogmas... Pero en su originalidad, pretende que nada tiene que ver con la vieja historia institucional —que era histórica y bien cercana a la historia social y económica—, ni tampoco a la institución de Hauriou. Ello exigía una auténtica teorización y un deslinde, ya que se utilizaban nuevas ideas con viejas palabras, pero apenas lo haría en los comienzos de su Manual en forma insuficiente. Y en las ocasiones que ha vuelto sobre el tema, tampoco llega a una mínima elaboración de teoría de la historia: en otro lugar me he ocupado de ella y no creo que valga la pena insistir, hasta que no logre un desarrollo mayor.*

*En resumen, era retirarse hacia zonas específicas que parecen más propias. Era embeberse en los dogmas del positivismo jurídico, con todos sus defectos e ideología, en la línea de la ciencia jurídica, mientras que los métodos de la historia —que se sigue aplicando— revestían de mayor fuste y solidez la ideología del positivismo y la ideología añadida que representaba esta dirección, que subrepticia se colaba en todas partes en que era bien recibida. Ideología del imperio y la paz... En definitiva, el positivismo y aun más, unas determinadas posiciones ideológicas han producido estas direcciones en la historiografía jurídica española de la posguerra y años posteriores. Después volveré sobre el positivismo jurídico, que es un elemento esencial y peligroso —que puede evolucionar desde posiciones liberales a otras totalitarias sin solución de continuidad, de*

*Kelsen a Carl Schmitt—.* Pero aparte razones ideológicas hay que mencionar también otras de sociología académica: la microescuela de historiadores juristas se afirmaba con este aislamiento y especialismo, frente a cualquier inmisión de la vecina facultad de historia. Las limitaciones de la formación histórico-jurídica servían de obstáculo a los historiadores en general, con reserva de territorio en el pequeño juego de puestos y poderes. Una distinción de método, de intereses y zonas servía también para la delimitación territorial de la microescuela de historiografía jurídica, que procuraba su subsistencia entre otras existentes en nuestra todavía no bien descrita universidad de los años de franquismo...

En los últimos años han aparecido numerosos estudios sobre cuestiones de método, que son claro indicio de que algo está cambiando. Los unos señalando nuevas sendas, otros defendiendo sus trasnochadas posiciones. Son síntomas de cambio, cualquiera que sea su posición en uno u otro sentido los escritos de Lallinde Abadía, Bartolomé Clavero, Salustiano de Dios, Tomás Valiente, García Marín, Alvaro d'Ors, Juan Antonio Alejandre... Las meditaciones acerca del método, por su abstracción y su inherente dificultad sólo deben ser antesala de estudios nuevos y diversos —o defensa de anteriores—. No creo en las meditaciones sobre el método por sí mismas, ni en la discusión metodológica: tan sólo convienen para aclarar la mente y para servir de inicio a nuevas vías —o defender antiguas—. No creo en lo que se dice, sino en lo que se hace.

Pero volvamos al libro que nos ocupa y al Handbuch a que pertenecen en su origen.

#### UNA SÍNTESIS DEL SABER HISTÓRICO

Quizá es excesivo contraponer síntesis a investigación, pues en ocasiones —creo que en el caso de este libro es evidente— el investigador ha trabajado en función de una síntesis o cuenta con buenos trabajos sobre el tema, que sistematiza y ordena con una coherencia y conocimiento profundo. Mejor será contraponer síntesis con monografía —presentación sintética y global frente a estudio de un punto o aspecto más restringido—. La investigación parece avanzar mediante monografías —al menos en forma usual— que se recogen en síntesis que permiten una visión genérica y conexiones más amplias... Esa presentación puede hacerla el mismo especialista que ha trabajado —es el caso del Handbuch en mucha parte— o bien otro, que resume el estado de la cuestión con trabajos ajenos y algunas fuentes publicadas. Pérez Martín y Johannes-Michael Scholz son investigadores de una parte de sus parcelas, como Coing lo es de las universidades. Por tanto, se ha logrado un buen nivel. Y no voy a ser tan presuntuoso como para criticar alguna omisión o alguna idea que juzgo diferente a las mías. Sé perfectamente de las dificultades y riesgos de las síntesis.

Pero conviene hacer otra distinción, que el título de Handbuch de esta obra alemana hace estrictamente necesaria. Porque esa palabra que literalmente significa manual puede inducir a error, respecto de su análoga española; entre

nosotros manual tiene un significado de introducción, compendio, elementos, instituciones... Es un libro destinado fundamentalmente a la enseñanza de una asignatura o disciplina, que los alumnos deben aprender. Y naturalmente, el Handbuch de Coing y colaboradores no es esto. Incluso la utilización tan amplia que hace de manuales españoles puede ser peligrosa. El Handbuch de Coing responde más a la idea de tratado. El manual hispano posee tres fundamentales tareas a cumplir:

a) En primer término es una simplificación de la materia con destino a la enseñanza, un compendio de la misma. Una síntesis que confiesa directamente, por su uso pedagógico para principiantes, que simplifica y aclara, que prescinde de excesivas dificultades... Otra cosa será que, por extrañas razones, presente en ocasiones pretensiones excesivas. Pero su auténtico uso debe servir para enjuiciarlo: es para los estudiantes y las clases.

b) De otro lado, en relación a ese uso estudiantil, supone un medio de conseguir dinero —unas ventas seguras, un control de las ediciones con frecuencia—. Giner de los Ríos afirmaba que era medio de completarse los escasos sueldos los catedráticos del pasado siglo. Ahora, en esta sociedad de consumo que nos ha tocado vivir, pueden convertirse en negocios más pingües, como puede calcularse a partir de algunos de ellos, en las diversas asignaturas jurídicas o no jurídicas en nuestras universidades. Extrañas formas de impresión y de distribución —quiero decir que no están en las editoras comerciales o públicas muchos de ellos—, nos hablan de cuidadosos cálculos y ahorro de gastos...

c) En tercer término, los manuales de historia —no entro en otros terrenos— poseen, por lo general, una fuerte carga ideológica. Y ello por dos razones: porque cuando se trata en general de las cuestiones y se sintetiza, el juicio de valor y la ideología propia o ajena —tomada sin querer de aquí o de allá— se desliza con mayor facilidad que en el estudio meditado, apoyado... La segunda razón porque al dirigirse a principiantes se tiende a moralizar —es más fácil inculcarles un sistema propio o asimilado—. Conste que no hago aquí un juicio de intenciones sino de realidades: creo que se comporta así el profesor usualmente, que ha de combatir esta tendencia. Hay que enseñar historia y no ética, descubrir las propias posiciones y lo que sea hipótesis, expresar la duda y revelar la contradicción de unas determinadas afirmaciones...

Pues bien, quizá el libro de Coing pueda incurrir en este tercer aspecto —como todo libro de historia—, pero no participa, evidentemente de los dos primeros. Su carácter de manual se expresa en un sentido muy distinto al señalado. Ni se dirige a los escolares que buscan aprender —o se les obliga a aprender— historia del derecho, ni tampoco supone un rendimiento económico aprovechando los mecanismos de la enseñanza. Por ello, su sentido hemos de buscarlo en otro nivel. ¿Un tratado o un repertorio?

Creo que una mezcla de ambas cosas. Creo que un tratado es una síntesis de amplitud máxima —dentro de ciertos objetivos y finalidades—, hecha por especialistas de los diversos sectores, que expone el estado actual de los estu-

dios, las líneas generales y conexiones esenciales, en forma crítica y dirigida a especialistas. Dentro de esta concepción ¿es menester afirmar que se trata de un auténtico tratado? El rigor de las citas y notas, de la bibliografía presentada o la sistemática cuidada ¿no hacen pensar en una obra de envergadura que reúne el estado de la bibliografía sobre las fuentes del derecho europeo? Es más, los autores de las diversas zonas son —al menos muchos ellos— especialistas en su terreno y son capaces de resumir sus investigaciones o integrarlas en conjuntos más amplios —el caso presente así es—. Pero, no obstante, no podemos ver en esta síntesis tan sólo un tratado. Compárese con la Historia general de las ciencias, de René Taton o la Historia de las religiones de René König y se advertirá la diferencia. O con la Historia económica de Cambridge o la Historia de las civilizaciones de Crouzet. El estilo y la ordenación es más sincopado, la narración se hace muy sucinta y sintética, con menor flexibilidad y con menos sugerencias. No se caiga en la fácil explicación de que ingleses y franceses escriben de diversa manera que los alemanes —compárese con la Historia de Walter Goetz, tan bien conocida en España. Creo que el enfoque del Handbuch señala hacia un repertorio o diccionario sistemático de la historia jurídica europea de la edad media tardía hasta nuestros días. Se extrema la precisión bibliográfica y el concepto claro y conciso; se ordena con cuidado la materia, en forma análoga para poder encontrar con urgencia tal tema o tal autor; se establecen las referencias bibliográficas precisas para poder continuar el estudio o desarrollo de las cuestiones... Creo que estas indicaciones —quien conoce el Handbuch las sabe bien— bastan para asignar a estos magníficos volúmenes un carácter de repertorio unido al de tratado. Sin duda, se convierte en un magno instrumento de consulta para la historia de las fuentes jurídicas de los diversos países de la Europa romanista, desde la recepción hasta el setecientos —faltan por aparecer los volúmenes que se dedican al XIX...— Y creo que es un punto de partida para que continúen las investigaciones y se faciliten las conexiones de las diversas zonas; para que el historiador de los derechos peninsulares pueda contar, a través del Handbuch:

a) Con un instrumento a mano para poder manejar cómoda y rápidamente su propio derecho. Las páginas del presente libro —repito que son ampliación de las páginas del Handbuch— dedicadas a la edad moderna, facilitarán, sin duda, el trabajo de los historiadores españoles y aun de otros países.

b) Con una primera referencia y una posibilidad de conocer el derecho de otros países —ahora me refiero al Handbuch— muy útil para la consulta o para la primera penetración en ellos. Pero además, su agrupación en torno al derecho romano y común, aparte ser revelador de una realidad que estaba ahí un tanto oscurecida —a pesar de Savigny, a pesar de Wieacker o de Koschaker— nos proporciona unos conocimientos y unas referencias acerca de la doctrina común en el medievo o en la modernidad, que son de la mayor trascendencia. No sólo señalar el hecho de la presencia romana, sino también bibliografía, ideas esenciales, descripción mínima de fuentes del derecho romano medieval y moderno.

*También en grado menor el derecho canónico y el derecho feudal. Pero pasaré a otra cuestión.*

#### POSITIVISMO JURÍDICO E HISTORIA DEL DERECHO

*Dos de los defectos que achaqué a la historiografía jurídica hispana no concurren en esta obra. Me quejé del exceso de medievalismo que se apreciaba en los estudios jurídicos en España —cada vez es menos— y di razones y sinrazones de por qué se producía esa detención en períodos concretos. Casi se hacía desaparecer la edad moderna como una prolongación de la edad media y las fuentes modernas apenas merecían la atención de los especialistas. Pero es evidente que el Handbuch de Helmut Coing, que empieza con la recepción del derecho común, hacia 1150, evita cuidadosamente el interés hacia épocas antiguas o altomedievales; se centra en épocas de mayor contenido, con mayores posibilidades de estudio y conclusiones. Es una buena compensación para nosotros. Creo que a la historia del derecho alemana le hacía falta, aun cuando su especialización medieval no es tan acusada como la hispana.*

*El segundo defecto que señalé es el miedo o apartamiento del archivo que he creído ver en algunos historiadores del derecho españoles; no en todos, sí en algunos. Traía un texto de Altamira y otro de García Gallo en que manifestaban su ignorancia de archivo y llamaba la atención acerca del riesgo que hay en hacer caso. Hace poco he encontrado en Américo Castro la misma idea: con las fuentes impresas se puede hacer bastante... Sólo un alto medievalista o un profundo desconocedor de los archivos puede afirmar tales cosas. Historia y archivo son dos realidades unidas —al menos desde fines del siglo XVII—, es tan evidente que prefiero no insistir. Ahora bien, en un trabajo de síntesis, tal como se presenta el Handbuch no tiene sentido inculparle este tipo de carencia: se trata de presentar un estado de la cuestión, unas investigaciones previas.*

*Mayor cuestión encierra la presencia o no de positivismo jurídico, que en su día demostré que afecta a los estudios de historiografía jurídica española. Resumiré mis apreciaciones para, a continuación, realizar un cierto análisis de la obra que me ocupa.*

*Hablar de positivismo tiene —a mi entender— un significado múltiple; por ello, hemos de descartar algunas acepciones que no interesan en este momento. Positivismo es para las ciencias un estadio de su desarrollo, es entrada en un modelo de conocimiento más moderno y fecundo: la medicina a inicios del pasado siglo o la psicología a finales. En forma parecida existen intentos en el derecho como los de Duguit o Lombroso —por citar dos dispares— que fracasan. La historia también codifica sus reglas en el positivismo de Bernheim —incluso a veces se le da un significado estricto para contraponerlo a direcciones marxistas o para aludir al exceso de atención a los datos o a las técnicas—. Pero de nada de esto hemos de tratar ahora, sino del positivismo jurídico.*

*El positivismo jurídico es atenerse a las leyes y los códigos como base esencial para el estudio de lo jurídico. Es renuncia a consideraciones éticas o de*

*derecho natural; es renuncia a consideraciones políticas, económicas, sociológicas... Es, llevado a sus extremos, sujetar la ciencia o doctrina jurídica a los dictados de la ley, del poder organizado sobre una sociedad, para que hasta el mismo discurrir de los juristas sea en y desde la ley o la norma. Napoleón destituye algún catedrático que critica su código y hoy nos parece absurdo; sin embargo, en la actualidad se ha conseguido algo más profundo y temible: que se haya de discurrir y razonar sólo desde las leyes, sin referencias a otras ciencias o sectores, que se atengan al positivismo. Es verdad que los juristas están convencidos ya de la inviabilidad de una ciencia a través del positivismo, pero si muestran otras vías en teoría apenas logran algunos resultados nuevos, nuevas vías y enfoques. Tan sólo acercándose a otras ciencias más "positivizadas"—desde la economía a la psicología, incluso la instrumental estadística— podrán salir del callejón.*

*La historia del derecho en España también se vio afectada del positivismo. Su cercanía a los estudios jurídicos en las facultades facilitaba su deslizamiento hacia posiciones positivistas:*

*a) Por de pronto, se olvidó del derecho romano que tan importante función ha desempeñado desde el siglo XIII; parece querer demostrar que el derecho español —o de los diversos territorios— ha sido decisivo por siglos, mientras se escamotea la fuente primordial del derecho de Europa y de España...*

*b) Se atiende a las fuentes legales, dejando relegadas a otro lugar los poderes y realidades de donde surge la norma. Con una peligrosa inversión —una inversión ideológica— se explican las instituciones como derivadas de la norma sacrosanta.*

*c) La evolución del derecho parece ser la de las leyes y las mutaciones de los textos —basadas en consideraciones de justicia o en influencias textuales— parecen ser los motores de la realidad.*

*d) Las restantes fuentes del derecho se dejan relegadas a segundo lugar, sólo interesan en defecto de normas legales... Y sobre todo se desinteresa la historiografía por la aplicación de las leyes que es donde puede apreciarse mejor las conexiones con las realidades sociales y económicas de cada época. Con ello se mutila la base del derecho y con dificultad se llega a entender su movimiento y sus funciones: simplemente se afirma la ley y el derecho, el poder y la autoridad...*

*El positivismo jurídico, en tanto afecta a nuestros estudios historiográficos, les inculca una fuerte carga ideológica: es decir afirma unos valores previos, indemostrados, favorables a determinadas personas o clases... Porque si los valores vienen derivados de la realidad de los hechos —valores comunes, según la idea de Lavelle— están ahí, nítidos... Pero otra cosa es que se afirmen sin respaldo. Y el positivismo afirma tres postulados esenciales:*

*1. La ley es la justicia y la realidad, cuando más bien puede significar un derecho que favorece a determinados estamentos, como ocurre en el antiguo*

*régimen —léanse los preceptos del Libro de los fueros de Castilla, y arguméntese acerca de su justicia. Al igual que puede ser norma no cumplida, que sirve sólo para justificar o no tiene realidad en la vida jurídica real...*

2. *Hay una instancia neutra que es el derecho, en donde sólo privan razones de justicia e injusticia, sin estar sujeta dicha esfera a las realidades políticas, económicas o sociales...*

3. *El jurista, a partir de la ley, con su buen sentido y su conocimiento de la realidad, llega a la solución justa; o lo que todavía es menos creíble, alcanza unas afirmaciones científicas a partir del juego de preceptos, de su coherencia o de cuatro brocados antiguos...*

*Creo que ninguno de estos postulados son ciertos: simplemente se utilizan con una función ideológica neta. El positivismo ha de ser destruido. Lo está siendo entre los juristas teóricos más avanzados, lo será en el futuro a todos los niveles...*

*Una obra como el Handbuch der Quellen und Literatur del profesor Coing y colaboradores corría un grave riesgo de hipostasiar las leyes y de caer de lleno en cauces de positivismo jurídico. Pero el buen sentido que domina la obra —la misma amplitud del proyecto y sus conexiones con el derecho romano— le libra en buena parte de ello. A este fin cuenta con las siguientes contenciones:*

a) *Unas referencias a zonas más amplias, a instituciones universitarias o de la administración pública o de la iglesia, hace ver que no sólo existen fuentes, incluso en una publicación dirigida esencialmente a ellas. En las primeras páginas del tomo primero o introducción del profesor Coing, así como en el volumen II, 3 que está por aparecer, se muestra ese sentido. En este futuro volumen unas páginas de Walter Wilhelm sobre “Aufklärerische Sozialkritik und Kodifikationsbewegung” parecen apuntar claramente hacia una mayor comprensión, como en su línea las de Coing sobre “Die Rechtsschulen der Aufklärung”, que conozco, pues tuvo a bien ponerlas a mi disposición y tradujo el inicio en Anales valentinos.*

b) *Al poner como eje central la doctrina común —el derecho romano crucial a la Europa medieval y moderna— no cae en la glorificación del poder político concreto y sus leyes. Tampoco cabe ver un postulado de acercamiento a la Europa unida actual, que parte de muy distintas bases.*

c) *Las fuentes legales se completan con las jurisprudenciales y las doctrinales, con lo que la riqueza de tratamiento de las Quellen und Literatur es ciertamente amplia. Su mismo carácter, en gran parte conciso y descriptivo —de repertorio— evita la entrada de supuestos ideológicos positivistas: ahí están las leyes o las colecciones de sentencias, pero no se afirma su valía, sin más se las caracteriza y pone a disposición.*

d) *Igualmente, el rigor con que se van acumulando sintéticamente los datos, evita riesgos. En las páginas de Pérez Martín se indica y describe los diferentes tipos de legislación, su procedencia, las que se han visto... Scholz*

*estudia con cuidado las colecciones de jurisprudencia: las describe, las clasifica, las presenta con rigor...*

*Creo que la misma precisión con que se enfoca la idea de fuente —tan equívoca— permite que estas páginas, el Handbuch de Coing en general, se concrete en una vertiente de claro sentido histórico y de gran fecundidad. Recoge las fuentes de conocimiento escritas y, en buena parte, se atiene a las impresas. Procuraré aclarar estas ideas.*

#### UNA DIGRESIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE “FUENTE”

*Sabemos que la idea de fuente en los estudios históricos posee diversos significados; en historia jurídica, con la introducción de sus acepciones jurídicas puede dar lugar a mayores complicaciones. Se unen dos posibles direcciones, viniendo a competir la idea de “origen” del derecho y del conocimiento del historiador. Veamos.*

*En la dogmática jurídica se habla de fuente de creación del derecho como de aquella fuerza social capaz de producir normas a que está sometida una comunidad. Esta fuerza social sería una institución —pensemos en el rey o la presencia del pueblo en la costumbre— que suele manifestarse por un cauce o vía determinado. Esa fuerza social se manifiesta por medio de la norma escrita o de la costumbre, o de la doctrina o de la jurisprudencia... Por lo demás, se concreta en determinadas fuentes del derecho, que puede ser esta o aquella disposición, este código o aquella sentencia. Vemos pues que el concepto de fuente de creación o punto de donde emana el derecho se concibe como un organismo o institución, un mecanismo determinado —otra cosa es que su intelección dentro de un marco social y económico no entra en los cabildeos de los juristas—; dichas instituciones se manifiestan en una forma o cauce determinado y en ese sentido se habla de la ley o de la jurisprudencia como fuente. Incluso dentro de la ley, sus diversas formas aluden a distintas instancias, a una organización politicojurídica: pensemos en el siglo XVIII hispano en las pragmáticas, reales decretos, reales cédulas, reales provisiones, autos, bandos... Un último significado refiere a la idea de fuente las concretas disposiciones: la pragmática de expulsión de jesuitas de 1767 o la Novísima recopilación de 1805. El arco de significados de fuente de creación pasa por fuerza social-cauce o vehículo-concreta disposición; o dicho con ejemplos rey-ley-Partidas.*

*Por detrás de estas ideas se muestra —una vez más— la garra inconfundible del positivismo jurídico: unas fuentes dadas crean el derecho que ha de imponerse por su forma, sin atender a sus contenidos ni mayores análisis de cómo se gesta. Se comienza por una teoría de las fuentes y, a continuación, todo cuanto éstas ordenan debe entenderse que es derecho y que es justicia frente a la realidad...*

*Por otro lado, para el historiador resulta más eficaz la idea de fuente de conocimiento como aquellos materiales o restos del pretérito, a través de los*

*cuales podemos estudiar el mundo coetáneo a ellos. Son los materiales escritos los más importantes, si bien hay épocas que los restos arqueológicos suponen la base esencial... pero el historiador de derecho se basa sobre todo en escritos. Legislación o jurisprudencia, documentos o crónicas, literatura... son fuentes del conocimiento del derecho en el pasado. Sobre esta vasta extensión el Handbuch der Quellen und der Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte —que posee un criterio primordialmente histórico— realiza una delimitación de contenidos. ¿Qué fuentes y qué literatura será objeto de sus páginas?*

*Por de pronto, las jurídicas; dentro de ellas la legislación, la jurisprudencia y en buena parte la doctrina —las que poseen mayor sentido de creación. Dentro de ellas las del derecho común y de los diversos países europeos. Las escritas, incluso las impresas podría decirse en términos generales, aun cuando se alude a manuscritas en muchas de sus páginas. Las que se conservan en concreto, sin entrar por vías difíciles y especulativas acerca de costumbres o fuentes jurídicas análogas... Libros, ediciones, sucintas noticias, bibliografía esencial —un esquema que se repite y presta unidad y buena programación a la obra, que quizá a veces atenace un tanto—. Sin embargo, la flexibilidad es grande, como puede verse en la forma de delimitar su zona de la jurisprudencia en la España moderna Johannes-Michael Scholz. En suma, un sentido histórico al presentar determinadas y concretas fuentes de conocimiento... La delimitación esencial es obvia en su sentido y la referida al derecho privado apenas actúa en estos períodos en que el derecho forma un todo: se recoge con amplitud aspectos públicos, criminales...*

*No hay que creer que las fuentes jurídicas son semejantes a las históricas —una crónica por ejemplo— que recogen la realidad como un espejo más o menos deformado. Sin duda cumplen este papel en la ley o en el documento notarial, pero también otros. Una interpretación de tipo jurídico pretendería que las normas crean la realidad —como el cine sobre la pantalla— segregando un derecho contenido en las leyes y que se plasma en los documentos; ello significa el polo contrario, nutrido por los postulados del positivismo. La función del derecho es más compleja. La ley es un mecanismo del poder político —dejemos ahora sus bases sociales y económicas— que pretende llevar la realidad hacia determinados objetivos: creo que son mecanismos o técnicas de dominio que administran la fuerza —el derecho sin ella es mera declaración de principios para el futuro o un recuerdo del pasado—. Como también la jurisprudencia que se ejecuta en su caso, con el cortejo de alguaciles y gentes que se describen en el Lazarillo de Tormes, o tantas otras veces en nuestra literatura clásica. La doctrina de los autores posee virtualidades, en tanto se conecta a aquellos mecanismos, como también la práctica notarial... El derecho, sus escritos, no son pues mero reflejo de realidades externas, sino algo surgido en la misma dinámica social. Los juristas han “inventado” una auténtica teoría de su funcionamiento: fuentes de creación que son las leyes que se aplican por los tribunales, su justicia y sentido del bien común, etc. Creo que una explicación o comprensión de estos fenómenos va por otros caminos que atienda al poder,*

*las clases y la economía de una sociedad; pero creo que estas consideraciones exigen mayor detención. Ahora hemos de volver al momento presente, a estas páginas introductorias.*

POR ÚLTIMO...

*Este libro que presento, es una magna acumulación de datos y de referencias —todo está puntualizado a partir de repertorios o de las mismas fuentes— que son esenciales al historiador, que facilitan sus tareas. Otra cosa será preguntar si es quintaesencia de la historia del derecho de los territorios hispanos —Castilla e Indias, Aragón, Valencia, Cataluña, Mallorca, Navarra...— o mera preparación para el futuro estudio de nuestro pretérito. Creo que la respuesta es clara, es un estado de las cuestiones acerca de las fuentes, una concisa descripción, una cuidada enumeración, una sistemática... El Handbuch de Coing es un instrumento esencial para el estudio de la historia jurídica europea y, en este caso, de los territorios de España e Indias en la edad moderna. Creo que ha de servir de libro de consulta constante; se habrá de ir rectificando pequeñas inexactitudes que el desarrollo de la investigación vaya dando —nuevos descubrimientos, mejor conocimiento de nuestra bibliografía: los trabajos de Aguilar Piñal pondrán de relieve algunas en el siglo XVIII, como los de Simón Díaz en el XVII—. Esperemos que este libro se convierta en guía indiscutible, que, a su vez, recibirá algún retoque a medida que avance el tiempo. Como el Handbuch de donde procede es un servicio inestimable, ante el que sólo cabe el asombro, el respeto —el estímulo al estudio clarificador y certero—.*

MARIANO PESET