

Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*

Las revisiones bibliográficas adolecen, por lo común, de la pretensión de demostrar su carácter objetivo. En realidad, dicen más de su autor que del objeto de que tratan. En este sentido son ejemplares las revisiones de ARNAUD (1) sobre los últimos trabajos de la investigación jurídica italiana, pues, desde el primer momento, excluye toda duda acerca de las conexiones con sus propios enfoques y sus criterios de selección. Esto es todavía más evidente cuando se participa en la investigación, ya que ello implica necesariamente una toma de posición. Y, en consecuencia, se acrecienta el peligro de parcialidad.

Quien se ha pronunciado contra una historiografía del Derecho aislada y en favor de ponerla en contacto con el presente (2), ve con agrado que, tanto en España como en Portugal, parece haberse logrado una ruptura. A finales de los años sesenta apenas se veía amenazado el monopolio de una medievalística centrada sobre España. Y se desatendía en buena parte la historia de los siglos XVI a XX, en especial los dos últimos, así como cualquier análisis con referencia al presente (3). GARCÍA GALLO, en 1974 (4), suponía con acierto que en los años setenta podría lograrse una reorganización de la disciplina, como primera tarea

(*) Esta revisión de la bibliografía de los últimos años, sobre las Edades Moderna y Contemporánea, ha sido publicada en *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* de Viena y traducida por MARIANO PESET.

(1) A.-J. ARNAUD: «Italiennes I-III», *Archives de Philosophie du Droit* (París), 18 (1973), 311-322; 21 (1976), 231-238; 24 (1979), 467-475.

(2) J.-M. SCHOLZ: «Historische Rechtshistorie», en Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt (Main), 1977, págs. 1-175.

(3) J. LALINDE ABADÍA: «La dernière décennie dans l'historiographie juridique espagnole», en *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*, 18, 1-2 (1970), 365-377.

(4) A. GARCÍA-GALLO: «Cuestiones de historiografía jurídica», en *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid), 44 (1974), 741-742.

a realizar, no sólo respecto de la península, sino también en Latinoamérica, tan influida por él (5). Pero lo que no acertó a intuir —mas hoy está bien claro— es que con ello llegaría al final la era de GARCÍA GALLO, que había durado casi cuarenta años (6). Tras la muerte de MEREA (1976) y de BRAGA DA CRUZ (1977), se rompe también en Portugal una larga etapa de comunidad y contactos, en cuyo centro estaba aquel historiador español. Prueba de ello es la actual polémica, en la que este último se ve alcanzado cada vez más, por más que la intenta evitar con ayuda de su *Anuario* (7). Hoy parecen reinstalarse en Portugal los defensores de una concepción tradicional, pero revelan su inseguridad en el método —incluso su desamparo— cuando tienen que recurrir a la ayuda de algún alemán, que se defiende contra la autorreflexión crítica y la actual historiografía (8).

Signos evidentes de la disolución de estructuras heredadas son el recién publicado *Manual de historia del Derecho español* (Madrid, 1979), de F. TOMÁS Y VALIENTE, y la *História das Instituições* (Lisboa, 1978-1980), de A. M. HESPAÑA. Todavía volvieron a aparecer, en los años setenta, los otros conocidos manuales para estudiantes, con frecuencia confundidos fuera de la península con la investigación en estos países. En España, el *Curso* (Madrid, 10.ª ed., 1972), de GALO SÁNCHEZ; la *Historia general del Derecho español* (Madrid, 2.ª ed., 1977), de GIBERT, y, sobre todo, el *Manual de historia de Derecho español* (6.ª-7.ª eds., Madrid, 1977), de GARCÍA GALLO; en Portugal, la nueva versión —confiada a ALMEIDA COSTA— de la *História do Direito Português*, de BRAGA DA CRUZ, bajo el título *Apointamentos de História do Direito* (Lisboa, 1979). También aparecieron cuatro notables intentos de proporcionar

(5) En especial, A. GARCÍA-GALLO: *Metodología de la historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1970.

(6) Sobre el papel central de GARCÍA-GALLO, F. TOMÁS Y VALIENTE: «La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)», en *HID (Historia-Instituciones-Documentos)*, Sevilla), 5 (1978), 463, y BEATRIZ BERNAL DE BUGEDA: «Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX» (Universidad Nacional Autónoma de México, ed.), en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, II, México, 1979, pág. 60.

(7) Véase en especial los ataques personales de J. M. PÉREZ-PRENDES a GARCÍA-GALLO: *Curso de historia del Derecho español*, 2.ª ed., Madrid, 1978, tomo I, y la respuesta de los directores del «Anuario», en *AHDE*, 47 (1977), 913; la controversia sobre el prólogo de M. PESET a A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, en especial la respuesta oficial de A. D'ORS, en *AHDE*, 48 (1978), 761-763, y también la reseña de los *Vorstudien zur Rechtshistorik*, por G. VILLAPALOS, que juzga falsamente mi contribución en la línea de una historia del Derecho juricista de GARCÍA-GALLO y silencia la crítica de los hermanos PESET frente a éste, en *AHDE*, 47 (1977), 886-888.

(8) HANS THIEME: «L'histoire du Droit et la Science Juridique» (Fundação Eng. António de Almeida, ed.), en *História do Direito e Ciência Jurídica. Homenagem póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto, 1977, págs. 55-80.

materiales a la enseñanza y vivificar la investigación, dentro de la tradición de EDUARDO DE HINOJOSA: sobresale por su originalidad, información y apertura al contexto extrajurídico la *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970, 2.^a ed., 1978), de JESÚS LALINDE ABADÍA, a que siguió, cuatro años después, su resumen *Derecho histórico español*; el *Curso de historia del Derecho español* (Madrid, 1972, 2.^a ed., 1978), de J. M. PÉREZ-PRENDES, destaca las cuestiones metodológicas, pero, a diferencia de la *Iniciación*, de LALINDE, apenas se ocupa de las edades moderna y contemporánea; la *História do Direito Português* (Lisboa, 1971), de N. J. ESPINOSA GOMES DE SILVA, cuya nueva reedición acaba de aparecer, y, finalmente, la *História das Instituições* (Lisboa, 1978), de M. DE ALBURQUERQUE.

Pero los trabajos de TOMÁS Y VALIENTE y de HESPAÑHA poseen un mayor relieve para una historia del Derecho orientada por la historia social, sensibilizada respecto al método y abierta a los siglos más cercanos. Implantan nuevas concepciones frente a las posiciones metódicas canonizadas por aquellos otros manuales, así como por otras vías o medios. Desde mi perspectiva, me interesa subrayar el peso decisivo que, por vez primera, logran los siglos postmedievales en sus páginas. En el caso de España, impulsan en la misma dirección los *Temas de historia del Derecho*, publicados no hace mucho por un grupo de historiadores sevillanos con destino a los alumnos; sobre ellos he de volver después con mayor detalle. Otra característica, aneja al cambio cronológico de su atención y más decisiva que su «superación del medievalismo» (TOMÁS, pág. 66), es su comprensión genérica del Derecho pretérito como historia social. HESPAÑHA precisa esta forma de hacer historia, enmarcada en la cuestión de «cómo funciona sociológicamente... o Direito» (página 56). TOMÁS Y VALIENTE distingue entre modos de producción del Derecho e historia de las instituciones, sin limitar ésta a una mera descripción técnica que pueda aislarse del contenido social coetáneo, que, sin duda, le sirve de explicación (págs. 25-31).

Con ello aparece en el campo visual la discusión metodológica de los últimos años. Es sintomático que la revista oficial de los historiadores del Derecho, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, sólo haya informado acerca de ella de modo insuficiente, a veces incidentalmente y las más con parcialidad. Las posiciones contrarias se publican más bien en otros lugares. En este portavoz, de quienes disponen además de otras garantías institucionales, se tiene por obligado continuar las concepciones formuladas por GARCÍA GALLO en los años cincuenta (9).

(9) A. GARCÍA-GALLO: «Historia, Derecho e historia del Derecho», en *AHDE*, 23, 1 (1953), 5-36.

Abandonó las orientaciones anteriores a la guerra, más abiertas a la historia general, pero no logró hacer olvidar las pérdidas sufridas, como la muerte de RIAZA o la emigración de ALTAMIRA, OTS y SÁNCHEZ ALBORNOZ. Su afirmación de una historia del Derecho sin conexión con la ciencia histórica ni con la jurídica, la basó —según él dice— en el progresivo desinterés de ambas disciplinas por las cuestiones historicojurídicas. Y, ciertamente, este aislamiento politicocientífico mejoró las oportunidades de implantación profesional; pero esta diferenciación, aceptada abiertamente, fue todavía más destructiva. En primer lugar, excluyó expresamente los métodos más recientes de la historia general, exclusión que moderó después un tanto, pero que mantiene en líneas generales (10); me refiero a la escuela de los *Annales*, que encontró en VICENS VIVES su más decidido defensor (11). En segundo lugar, subrayó la persistencia de las instituciones jurídicas y, en consecuencia, propugnó una historia del Derecho como «ciencia jurídica», que concentra predominantemente sobre el medievo y rechaza la historia moderna y contemporánea, así como la dogmática y la práctica del momento. Su «método institucional» deja la historia más reciente en manos de una técnica positivista y ahistórica. Tal inconsecuencia hace evidente el papel politicoso-cial de su decisión metodológica. Con este enfoque escamotea su historia al Derecho vigente, y de esta manera evita la crítica histórica, refuerza el sistema político; incluso deja la responsabilidad de una elaboración histórica del Derecho actual a una doctrina positivista, bien seguro de que ésta no había de criticar el sistema. En esta línea sea sienta todavía hoy, en términos generales, la historiografía del Derecho dominante en España. Recordemos en este sentido las viejas alabanzas de MARTÍNEZ GIJÓN y de ESCUDERO, y —más aún— la reiterada acentuación del texto jurídico por GIBERT y D'ORS, en quienes se echa en falta unas técnicas modernas de análisis textual (12).

Hubo que introducir las correspondientes correcciones en la relación entre Derecho e historia. Grandes avances se deben a LALINDE y su proyecto de una historia del Derecho como historia del pensamiento

(10) Por ejemplo, GARCÍA-GALLO y su aceptación, con reservas, de PARADISI, en *AHDE*, 44 (1974), 742 y sigs.

(11) M. y J. L. PESET: «Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España», en SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt (Main), 1977, páginas 176-262.

(12) J. MARTÍNEZ GIJÓN: «Ante una nueva exposición de conjunto de la historia del Derecho español», en *AHDE*, 32 (1962), 581-594; J. A. ESCUDERO: «En torno al objeto de la historia del Derecho (1969)», *Historia del Derecho-Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, págs. 15-65; R. GIBERT: *Historia general del Derecho español*, Granada, 1974, págs. 6* y sigs., y, sobre todo, GIBERT: *El funcionamiento español de la época austríaca*, Madrid, 1970, págs. 6-7; A. D'ORS: «Sobre historiografía jurídica», en *AHDE*, 47 (1977), 799 y sigs., en especial, 806 y sigs.

jurídico, cercana a WIEACKER, que fue ya criticada por D'ORS como «sociologismo materialista», a causa de su apertura al contexto histórico (13). Análoga es la posición de PÉREZ-PRENDES, quien en su aportación fenomenológica, entiende la dogmática jurídica como una estructura cerrada, si bien dependiente de la época y de la sociedad; por lo demás, nos debe aún una demostración continuada hasta la historia del Derecho más reciente (14). Aquí estriba la novedad de TOMÁS Y VALIENTE, que considera el Derecho —aunque irreducible— como un producto del espacio y del tiempo; DE DIOS lo apoya con sus ideas sobre la función del Derecho en las sociedades históricas (15). La crítica más radical al programa de GARCÍA GALLO ha sido propuesta por PESET (16). Está especialmente legitimado para ello —como TOMÁS o CLAVERO, al que me he de referir después— por razón de sus numerosos estudios concretos sobre esta materia. En un análisis penetrante, histórico, científico y politicosocial, confronta aquella «solución jurídicista» de GARCÍA GALLO con las posibilidades que ofrecía una historia económica y social, representada por VICENS VIVES y DOMÍNGUEZ ORTIZ, posibilidades que un positivismo jurídico en la línea de aquel autor había eliminado. Junto con su hermano, historiador de la medicina, muestra las decisiones erróneas que deben evitarse si se quiere explicar el Derecho como un fenómeno histórico. Así, se refieren a la separación del Derecho vigente en favor de una medievalística —en parte, diletante— y contra la historia del Derecho de los últimos siglos; a su reserva frente a estudios amplios basados en archivo, contentándose con los documentos publicados; a la confusión entre el «Manual» y el tratado científico, así como la errónea identificación de la ley con el Derecho. En especial esta última deficiencia —aquella hipóstasis evidente del Derecho positivo— motiva que PESET reclame una historiografía jurídica en que se implanten las téc-

(13) A. D'ORS, pág. 806, núm. 8; J. LALINDE ABADÍA: «Anotaciones historicistas al jusprivatismo de la Segunda Escolástica», en *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno*, Milán, 1973, pág. 303; «Apuntes sobre las 'Ideologías' en el Derecho histórico español», en *AHDE*, 45 (1975), 123 y sigs.; «Notas sobre el papel de las fuerzas políticas y sociales en el desarrollo de los sistemas iushistóricos españoles», en *AHDE*, 48 (1978), 249 y sigs.

(14) PÉREZ-PRENDES en la segunda edición de su *Curso*, y en especial en «Notas para una epistemología histórico-jurídica», en *Revista de Historia del Derecho*, Granada, 1 (1976), 269 y sigs.

(15) TOMÁS Y VALIENTE: «Historia del Derecho e historia», en *Once ensayos de historia*, Madrid, 1976, págs. 159-181; «La historiografía jurídica...», en *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979; S. DE DIOS: «El Derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la historia de las instituciones», en *HID*, 3 (1976), 189-222, en especial 217 y sigs.

(16) M. y J. L. PESET: *Vicens Vives*, y el prólogo a A. PÉREZ MARTÍN: J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*; M. PESET, J. GUTIÉRREZ CUADRADO, J. TRENCHS ODENA: *Fuero de Ubeda*, Valencia, 1979.

nicas de la ciencia histórica, y con ellas, sus resultados sean válidos por su conexión con todos los datos socioeconómicos.

El esfuerzo metodológico del portugués HESPANHA es comparable, en principio (17). Por de pronto, no es accidental la valoración positiva que ambos hacen de la «Ecole des Annales», de la metodología francesa dominante en la Europa actual. La *História Social do Direito* o *História das Instituições*, de HESPANHA, no se inspira en concepciones basadas en el modelo liberal de estado de Derecho, en donde Derecho es igual a ley. Se interesa en mayor grado en la producción del Derecho a través de las decisiones judiciales, administrativas y doctrinales, incluso en sus niveles vulgares o populares. Se aparta de la «histoire événementielle» en el campo del Derecho y, en consecuencia, analiza las obras de los grandes juristas junto con autores pretendidamente de segundo rango. Para él, la problemática social coetánea o el conflicto político existente condicionan el Derecho de una época, lo que no significa en ningún caso la disolución de la esfera jurídica en una historia total. En busca de una dialéctica en el sentido de ALTHUSSER, se ocupa de la praxis jurídica, las específicas funciones del aparato jurídico en su totalidad dentro de un conjunto histórico. Quien, como HESPANHA, se interesa por la función social del Derecho, alcanza también a hacer plausible la historia como una introducción crítica al Derecho actual. O sea: legitima la historia del Derecho en las facultades de leyes.

Al igual que PESET y HESPANHA, CLAVERO ha abordado esta problemática del historiar; él la inserta más decididamente en una ciencia jurídica nueva (18). La necesidad de una mayor penetración histórica puede ilustrarse con el último *Manual de Derecho civil español* (19), que pretende una perspectiva histórica; pero al valorar el discurso codificador omite el contexto social coetáneo, utilizando criterios politicojurídicos actuales. En las últimas reflexiones metodológicas de CLAVERO aparece con nitidez lo que desde hace años propugna: una «ciencia jurídica integral» (pág. 51). En ella desempeñarían un papel decisivo los conocimientos historicojurídicos, ya que una adecuada comprensión histórica

(17) A. M. HESPANHA: *Análise do Discurso e História da Ciência Jurídica. Introdução Metodológica a um Tema de Direito Romano*, Coimbra, 1970; «O Direito e a História. Os caminhos de uma História Renovada das Realidades Jurídicas», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 17 (1971), 7-68; *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978; *Curso de História das Instituições*, I, Lisboa, 1978, págs. 3-88.

(18) B. CLAVERO: «La historia del Derecho ante la historia social», en *HID*, 1 (1974), 239-261, y, sobre todo, «Historia, ciencia, política del Derecho», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), 5-58.

(19) Véase mi crítica a J. L. DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I, 1, Salamanca, 1977, en especial págs. 227 y sigs., en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, Munich, 1982, págs. 426 y sigs.

es el mejor instrumento de orientación. De este modo, se transforma la política jurídica en crítica social. Por ello, la historiografía jurídica debe explicarnos todos los ordenamientos normativos, sin omitir una teorización sociológica, como hizo la historia de los dogmas tradicional. En lugar de difuminarla en una historia total (PÉREZ-PRENDES), se esfuerza por absorber el espacio social en su totalidad en una «virtual ciencia histórica del Derecho» (pág. 46). CLAVERO, con el sociólogo italiano CERRONI, quiere liberar de especulación y de apologas a la ciencia jurídica, gracias a una historia del Derecho auténticamente orientada por la historia, al tiempo que legitima la existencia de la historia del Derecho. Muestra de este modo a los historiadores juristas de España un camino que desemboca en la colaboración con quienes trabajan en una teoría normativocrítica de la sociedad. Al mismo tiempo respalda —de ello es consciente— aportaciones análogas desde otros enfoques, tales como las de WIETHÖLTER, SIMON y yo mismo (20).

Las diferencias metodológicas señaladas, que aparecen de inmediato en los títulos contrapuestos de GARCÍA GALLO y CLAVERO, permiten comprender la incompatibilidad de los trabajos que a continuación siguen. Las divergencias son visibles en muchos contextos. Así, la discusión acerca de una nueva configuración de la enseñanza jurídica ofrece ocasión adecuada para debatir estas opiniones; con este motivo, D'ORS insulta a sus contrarios, calificándolos de anticristianos y marxistas, y moteja de comodidad intelectual la propuesta de TOMÁS Y VALIENTE para la investigación de la historia jurídica del XIX. A un tiempo aprovecha para pedir que todos los historiadores del Derecho juren sobre GARCÍA GALLO, como dirección única y exclusiva. Tales pretensiones de exclusividad han encontrado una reacción en los últimos años; la historia del Derecho administrada durante años desde el *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, ha perdido influencia sobre algunos lugares. Signos evidentes de ello son las dos revistas nuevas de historia del Derecho de Granada y Sevilla, ya citadas en notas anteriores; su expresa apertura hacia la historia social y económica da testimonio de una ruptura con la tradición. También a este respecto puede aludirse a los activos centros de investigación fuera de Madrid, como Sevilla, Valencia, Salamanca, Barcelona y Zaragoza. Por el contrario, la situación en Portugal no es tan clara, debido a las conmociones políticas durante años. Allí, el *Instituto Jurídico da Faculdade de Direito*, en Coimbra, sigue siendo el

(20) J.-M. SCHOLZ: «Historische Rechtshistorie», en especial págs. 168 y sigs.

(21) Ministerio de Educación y Ciencia (ed.). El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores del primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rábida, Madrid, 1978; véase la reseña crítica de A. D'ORS, en *AHDE*, 48 (1978), 577-584.

centro más importante para los especialistas. Aprovecho la oportunidad para hacer referencia a la biblioteca del *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, de Frankfurt del Main, pues, fuera de España y Portugal, es la institución mejor dotada para investigar acerca de la historia del Derecho moderno y contemporáneo de ambos países.

Comenzaré por la enumeración de determinados instrumentos de investigación, con la referencia a una serie de repertorios bibliográficos, sugerencias metódicas y análisis previos. Con ellos, en los últimos años, se ha colocado la primera piedra para que la historia del Derecho peninsular de los siglos XVI a XX atraiga el interés que merece. Pienso en los repertorios comentados de fuentes legales y con la bibliografía correspondiente, referidos al Antiguo Régimen y al siglo XIX, preparados por PÉREZ MARTÍN, LASSO GAITE y el autor (22). En lo que se refiere a Portugal, me permito citar otra vez mis propios trabajos (23), así como sobre la jurisprudencia en ambos países (24). Para la ciencia jurídica de los siglos XVI a XVIII es útil la bibliografía razonada de HÖLTHÖFER (25). Además, preparo en este momento, para el *Handbuch*, de COING, una introducción a la literatura jurídica del siglo pasado, que abarcará España y Portugal. Junto a ella hay que citar a HESPAÑA y su bibliografía, publicada hasta ahora sólo en parte (26). Por último, PÉREZ MARTÍN piensa ultimar en pocos años una amplia exposición bajo el título de *Historia del Derecho español*.

Hay que reseñar algunos estudios politicoinstitucionales antes de entrar en los temas concretos del Derecho común, el Derecho patrio

(22) A. PÉREZ MARTÍN: *La legislación del Antiguo Régimen*, en A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*, págs. 7-276; J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la codificación* (Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación); I, *Organización judicial*; II, *Procedimiento civil*; III, *Procedimiento penal*; IV, 1-2, *Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Madrid, 1970-1979; la parte de España sobre la legislación civil y el proceso civil y mercantil del siglo XIX en el *Handbuch* de COING, III, 1 y 2, Munich, 1982, págs. 397-686 (España), 687-861 (Portugal) y 2403-2488 (España, Portugal), escrita por el autor de estas páginas.

(23) Mi contribución sobre la legislación portuguesa de los siglos XVI a XVIII, en COING: *Handbuch*, II, 2, págs. 282-309. Versión portuguesa, J.-M. SCHOLZ: *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos Sécs. XVI a XVIII*, Braga, 1976.

(24) Mi aportación a la jurisprudencia hispanoportuguesa de los siglos XVI a XVIII, en COING: *Handbuch*, II, 2, págs. 1271-1342. Versión castellana, «Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes», en A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*, págs. 277-336; portuguesa, J.-M. SCHOLZ: *Legislação e Jurisprudência*.

(25) E. HÖLTHÖFER: *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Spanien und Portugal*; COING: *Handbuch*, II, 1, en especial 153 y sigs. y 242 y sigs.

(26) A. M. HESPAÑA: «Bibliografía sumária de História do Direito Português», en *História do Direito*, págs. 165-220; «Introdução Bibliográfica a História do Direito Português», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 49 (1973), 47-133; 50 (1974), 1-106; Portugal, J. GILISSEN: *Introduction bibliographique à l'histoire du Droit et à l'ethnologie juridique*, s. l., 1977.

y el Derecho liberal, este último bajo el paradigma de la aplicación de la ley. La innegable falta de homogeneidad que esta revisión bibliográfica lleva consigo no debe hacernos dudar, sin embargo, de que cada aportación contiene elementos acerca de la formación del Estado liberal y su consiguiente monopolio del Derecho. Retardos transitorios, que después se revelan como ventajas, o descentralizaciones estratégicas no deben engañarnos. A diferencia de las monografías de ESCUDERO —que deben nombrarse en primer lugar—, desde el inicio se han de conectar los conocimientos sobre la fisiología de la maquinaria estatal con el contexto social total, que, en definitiva, es lo que interesa. Para lograrlo debería valorarse la creación del Consejo de Ministros por el Real Decreto de 19 de noviembre de 1823, emanado de un poder centralizado —es decir, más eficaz—, conectándolo con el espacio de juego social de los súbditos, a que alude como «bien» de ellos. Aparte esta reserva, hay que resaltar los sistemáticos esfuerzos de ESCUDERO en reconstruir el aparato estatal que se va cristalizando. Sigue, en los años setenta, el estudio que inició en 1969 con sus *Secretarios de Estado y del despacho (1474-1724)*. En sus cuatro volúmenes mostró a los investigadores extranjeros el complejo y diferenciado aparato de la monarquía española entre los Reyes Católicos y Felipe V. Fenómenos análogos están en la base de su estudio *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen* (Sevilla, 1975); también aquí se trata de una descripción externa de la creación de ministerios, esta vez durante los años de la reforma ilustrada y de las Cortes de Cádiz. Su última obra, en dos volúmenes, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado* (Madrid, 1979), vuelve de nuevo al XVIII, para descubrir en la Junta Suprema (1787-1792) el antecedente del Consejo de Ministros de 1823, incluso de la actual cabeza de la Administración. Ya antes, ESCUDERO se había ocupado del pasado más reciente en una especie de cala, de que esperamos más amplios resultados: me refiero a *La Real Junta Consultiva de Gobierno (1825)*, aparecido en Madrid en 1973. Hay que mencionar que los amplios trabajos de ESCUDERO, en su mayoría, van acompañados de una voluminosa documentación.

Por razones de espacio, se me disculpará que prescinda de otras aportaciones a la historia del Derecho administrativo. El interés por este sector, indicado por LALINDE en 1970, se refleja ahora en algunos trabajos, que continúan los de GARCÍA DE ENTERRÍA. Una primera información ofrecen las actas de los *simposia* de historia de la Administración, que se publican regularmente desde 1967. Por su ambición analítica, merecen atención especial dos trabajos: J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, así como la aproximación histórica —aparecida en

el mismo año— de MARTÍN-RETORTILLO y ARGULLOL MURGADAS a uno de los problemas clave de la sociedad contemporánea española: la relación entre descentralización administrativa y organización política, desde Cádiz a la Segunda República (27). Asimismo, para época anterior hay que citar: *La burocracia castellana bajo los austrias* (Sevilla, 1976), de J. GARCÍA MARÍN, un análisis sobre la literatura política castellana de los siglos XVI y XVII, como estudio previo para investigaciones ulteriores más amplias y en las que el aspecto funcional se enlace con el contexto sociopolítico.

EL DERECHO COMÚN

Mientras GARCÍA MARÍN concede especial énfasis a la jurisdicción real, dos estudios de TOMÁS Y VALIENTE y de HESPANHA se centran en la práctica jurídica. En ambos se toca el tema del Derecho común, al que concederé la mayor atención. Con ellos, casualmente, a través de la polaridad de un tema español y otro portugués, se alcanza a delimitar una de las cuestiones más atractivas hoy en esta esfera de investigación. TOMÁS Y VALIENTE estudia a CASTILLO DE BOVADILLA, autor de una de las más conocidas prácticas procesales del XVI, presentándolo como un representante típico del *mos italicus*. Mientras que HESPANHA contrasta el mundo de los derechos sabios con la justicia laica del Antiguo Régimen, nivel que existe riesgo de perder desde un concepto de la historia del Derecho como historia de la cultura (28). No se necesita demasiada imaginación para comprender las perspectivas que con ello se abren; complementarían los estudios sobre estratificación social de los litigantes ante los tribunales superiores (29). El modelo del *ius commune*, antes

(27) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, E. ARGULLOL MURGADAS: «Aproximación histórica al tema de la descentralización (1812-1931)», en *Descentralización administrativa y organización política*, I, Madrid, 1973.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE: «Castillo de Bobadilla (c. 1547-1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», en *AHDE*, 45 (1975), 159-238; A. M. HESPANHA: «Les magistratures populaires dans l'organisation judiciaire portugaise d'Ancien Régime», en *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto* (Nápoles, 9-13 abril 1980), en prensa.

(29) F. RANIERI: «Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Die Verwendung historisch-quantitativer Methoden bei der Auswertung der Notariatspraxis in der neueren Privatrechtsgeschichte», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Groningen-Bruxelles-The Hague, 44 (1976), 333-363; sobre todo, su «Versuch einer quantitativen Strukturanalyse des deutschen Rechtslebens im 16-18 Jahrhundert anhand einer statistischen Untersuchung der Judikatur des Reichskammergerichts», en RANIERI (ed.), *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*, Frankfurt (Main), 1977, págs. 1-22; también en el mismo volumen, P. C. TIMBAL: *L'exploitation des archives du Parlement de Paris; une methode et ses résultats*, págs. 23-35; RANIERI: «Die Heranziehung von quantifizierenden Methoden in der neueren Privatrechtsgeschichte. Gegenwärtige Lage und Perspektiven», en W. EHBRECHT (ed.), *Voraus-*

estático, lograría su dinamización social. Las consecuencias de este cambio de enfoque serían concluyentes, ya que habrá que estudiar el valor social de las sutilezas jurídicas, conforme enseña la moderna sociología del Derecho, que se ocupa del derecho de los privilegiados. A este respecto, deben tenerse en cuenta las investigaciones sobre México de GESSNER y los interesantes análisis del *slum* (favelas) de Río de Janeiro de SOUSA SANTOS (30).

Por desgracia, tales planteamientos están todavía lejanos. Para España vale lo que GARCÍA GALLO decía en 1979, en una reunión en Varenna: «Les historiens espagnols du Droit n'ont presque accordé aucune attention au Droit commun» (31). Los conocimientos sobre la recepción portuguesa del Derecho común y su práctica son igualmente escasos, como puede apreciarse en el artículo de BRAGA DA CRUZ sobre la jerarquía de las fuentes en los siglos XIII a XIX (32). Por lo demás, puede completarse con un pequeño trabajo especializado de J. A. DUARTE NOGUEIRA sobre el Derecho subsidiario en las *Ordenações Afonsinas*, así como otro de ESPINOSA GOMES DA SILVA en torno a un comentario de fines del siglo XVI a dicha recopilación (33). Es significativo que HESPAÑA, en su *Curso*, de 1978, tenga que hacer constante referencia al texto de BRAGA DA CRUZ de inicios de los años setenta, que se atiene más al Derecho legalmente fijado que al *law in action*. Ciertamente, existen aportaciones, limitadas a la forma, como las de GARCÍA GALLO sobre el *Speculum*, de PEDRO BELLUGA, o la de BARRERO GARCÍA de los repertorios y diccionarios en la transición entre la Edad Media y la Moderna, así como los importantes datos de PÉREZ MARTÍN acerca de los estudiantes del colegio español en Bolonia (34). Pero estas investigacio-

setzungen und Methoden geschichtlicher Städteforschung, Colonia-Viena, 1979, páginas 194-216.

(30) V. GESSNER: *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübinga, 1976; B. DE SOUSA SANTOS: «The Law of the Oppressed. The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», en *Law and Society Review*, Denver (USA), 12, 1 (1977), 5-126.

(31) A. GARCÍA-GALLO: «Le Droit local et le Droit commun en Catalogne, à Valence et Majorque», en *Diritto comune e Diritto locali nella storia del Diritto dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna*, 1979, Milán, 1980, pág. 229 (en español).

(32) G. BRAGA DA CRUZ: «O Direito Subsidiário na História do Direito Português» (separata de la *Revista Portuguesa de História*, 14), Coimbra, 1975, reseñado por mí en *ZSSR (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Weimar)*, Germ. Abtlg., 93 (1976), 522-526.

(33) J. A. DUARTE NOGUEIRA: «Algumas Reflexões sobre o Direito Subsidiário nas Ordenações Afonsinas», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 24 (1980), 279-297; N. ESPINOSA GOMES DA SILVA: *O Direito Subsidiário num Comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia*, Lisboa, 1973.

(34) A. GARCÍA-GALLO: «El Derecho en el 'Speculum principis' de Belluga», en *AHDE*, 42 (1972), 189 y sigs.; A. M. BARRERO GARCÍA: «Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días», en *AHDE*, 43 (1973),

nes eruditas no han sido insertadas hasta el momento en la problemática esencial del *ius commune*. No son apropiados para llenar esta laguna —a la que no hace mucho se refiriera CLAVERO— los superficiales esfuerzos de sistematización de CARPINTERO en su «Mos italicus, mos gallicus, y el humanismo racionalista» (35) —que, por otra parte, dejan casi intacta la Península Ibérica.

CLAVERO es el primero que ha planteado con claridad el tema del Derecho común, como eje de las investigaciones historicojurídicas sobre la Edad Moderna. Ya se percibe esto en el volumen completo que dedicó a esta cuestión en los *Temas de historia del Derecho* sevillano (36). A un interés esporádico en círculos especializados, sucede una difusión de esta materia entre estudiantes, como prueban sus dos ediciones en los últimos tres años. No es fácil imaginar fuera de España lo que significa esta cesura para una historiografía jurídica centrada hasta el momento en el mundo hispánico y el impulso que puede desencadenar. No quiero decir que él pretenda una historia del Derecho que haga tabla rasa de las diferencias sociopolíticas en Europa. Frente a ello, el prólogo de CLAVERO, «Premisas culturales y sociales del *Ius commune* europeo», afirma que es algo nuevo para España, ya que ha merecido amplia atención en el extranjero. La remisión a esta concisa introducción —cuya lectura debe hacerse— me dispensa de insistir en una recapitulación de sus conclusiones. CLAVERO afirma en forma magistral cómo el discurso del Derecho común debe interpretarse en conexión con la transición de una sociedad feudal hacia otra burguesa; así descubre cómo los elementos del ordenamiento permiten —sin el riesgo de una revolución social— el establecimiento de un mercado nacional y la construcción de un poder político central. Me referiré, al menos, a algunos de sus trabajos previos, a través de los cuales se puede vislumbrar la dirección que deben seguir futuros estudios. Empezaré por el primer libro de CLAVERO, su voluminosa monografía acerca de los mayorazgos en Castilla; sobre la propiedad señorial, no eclesiástica (37). Con sus páginas logró algo sorprendente en el ámbito de los historiadores del Derecho: sus tesis provocaron controversia con los historiadores españoles más relevantes y obligaron a TUÑÓN DE LARA y FONTANA a reconsiderar sus modelos

311; A. PÉREZ MARTÍN: «Los Colegios de Doctores de Bolonia y su relación con España», en *AHDE*, 48 (1978), 5 y sigs., donde da las referencias de otros trabajos suyos, en especial el estudio en cuatro tomos, *Proles Aegidiana*, Bolonia-Zaragoza, 1978.

(35) *Ius commune*, Frankfurt (Main), 6 (1977), 108-171.

(36) B. CLAVERO: *Temas de historia del Derecho. Derecho común*, Sevilla, 1977, 2.ª ed. revisada y aumentada, 1979.

(37) B. CLAVERO: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974; véase mi recensión en *ZSSR, Ger. Abtlg.*, 92 (1975), 343-350.

explicativos de la disolución del Antiguo Régimen (38). Lo que aportan las posiciones metodológicas de CLAVERO se confirma en este libro. Logró convencer, al menos, en parte, a la historia general de que no podía renunciar a los datos jurídicos con su estudio del mayorazgo como «institución concreta» en sus relaciones históricas, apoyado en las concepciones económicas y teóricas de KULA. Su principal idea de la revolución burguesa en los años treinta del siglo pasado, concebida como jurídica, supone una aportación para comprender la sociedad española en su totalidad, desde la Edad Moderna hasta nuestros días. Naturalmente, para ello no puede recorrer el camino trillado y descriptivo de la historia de los dogmas jurídicos, que todavía se percibe en forma erudita, de que es un ejemplo triste el escrito de ALBURQUERQUE acerca del Derecho portugués de represalias en los siglos xv y xvi (39). Al igual que HESPANHA comprende la ciencia jurídica portuguesa de los siglos xvii a xix (40) como una praxis social, CLAVERO no se deja seducir en su interpretación del mayorazgo por la terminología coetánea. Desvela las metáforas jurídicas como fórmulas culturalmente fijadas de unas relaciones de poder dadas, al igual que explica la prohibición de la usura y el rodeo a través de los censos consignativos, por medio de la tensa relación entre la desigualdad social y el equilibrio contractual (41). También ejemplifica la praxis científicojurídica como praxis social en su reciente artículo sobre el concepto de interés (42). Partiendo de un determinado círculo doctrinal, los juristas hispanos que por vez primera en el xvi publican en romance, los interpreta a través de las dificultades comunes que se encuentran en la traducción de los tópicos del *ius commune*. Las utiliza para entenderlos, en lugar de soterrar la ambivalencia de estas teorías, es decir, afirmar su coheencia o tildarlas como errores desde una actitud suficiente. A través de una exacta observación de sus relaciones textuales, halla la fuerza normativa o legitimadora que tienen las sutilezas jurídicas y su sentido social dentro de la época señorial. De este modo no cae en el peligro que acecha a menudo a orientaciones que pretenden

(38) Sobre el debate, B. CLAVERO: «Notas sobre publicaciones. Señorío y hacienda a finales del Antiguo Régimen en Castilla», en *Moneda y Crédito*, Revista de Economía, 135 (1975), 111-128; «Para un concepto de revolución burguesa», en *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, 13 (1976), 35-54; «Política de un problema. La revolución burguesa»; B. CLAVERO, P. RUIZ TORRES, F. J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN: *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, págs. 1-48.

(39) R. DE ALBURQUERQUE: *As Represálias. Estudo de Historia do Direito Português (Sécs. XV e XVI)*, 2 vols. publicados, Lisboa, 1972.

(40) A. M. HESPANHA: «Prática Social, Ideologia e Direito nos Séculos xvii a xix» (separata de *Vértice*, Coimbra, 1972, núms. 340-342).

(41) B. CLAVERO: «Prohibición de la usura y constitución de rentas», en *Moneda y Crédito*, 143 (1977), 107-131.

(42) B. CLAVERO: «Interesse. Traducción e incidencia de un concepto del siglo xvi», en *AHDE*, 49 (1979), 39-97.

renovar la historiografía del Derecho; en él, el contexto socioeconómico no es algo accidental adosado a las sutilezas jurídicas, sino que éstas son indicadores sociales. Sus premisas metodológicas se hallan presentes, por último, en otro escrito sobre la lucha metódica a fines del Antiguo Régimen (43). Trata de las preferencias de los ilustrados por aquellas cuestiones que para él significaban la subversión del ordenamiento común. La teoría del Derecho se muestra en su sustancia sociopolítica, porque CLAVERO excluye el camino más fácil —pero susceptible de error— de tomar opciones nacionalistas como tales o confiar en un mero reduccionismo económico.

Desde este ángulo, creo suficiente mencionar solamente recientes artículos sobre aspectos parciales del Derecho común. En primer término, las investigaciones sobre la denominada segunda escolástica de origen peninsular. Debe citarse a CARPINTERO, quien subraya su papel mediador entre el Derecho natural medieval y el iusracionalismo. Busca destacar la originalidad de estos autores, aislados de la realidad circundante, en especial en su estudio sobre VÁZQUEZ DE MENCHACA. Ya en otro lugar (44) me ocupé acerca de esta orientación sobre la «especulación jurídica» de aquel siglo. Merece leerse a LALINDE (45), quien ya en 1972-1973 reputaba cargada de ideología aquella euforia en torno a los autores hispánicos del XVI, elaborada desde la historia de las ideas. Ya que Alemania colaboró en esta tarea, deben recordarse en este momento las apreciaciones de LALINDE.

En materia mercantil, debe citarse la nueva edición de LÖBER: *Spanisches Gesellschaftsrecht des 16. Jahrhunderts* (46), junto a las aportaciones del grupo sevillano alrededor de MARTÍNEZ GIJÓN. Así, el artículo de GARCÍA ULECIA acerca de una forma híbrida del *contractus trinus*, que evitaba, en parte, al menos, la prohibición de la usura en la práctica comercial del siglo XVI (47). También dos monografías sobre

(43) B. CLAVERO: «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad (1789-1808)», en *AHDE*, 48 (1978), 307-334.

(44) F. CARPINTERO BENÍTEZ: «Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18 (1975), 263-305; «Mos italicus, mos gallicus y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», en *Ius Commune*, 6 (1977), 108-171; *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno - Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, 1977; véase mi reseña en *ZSSR*, Rom. Abtlg., 95 (1978), 512-516.

(45) J. LALINDE ABADÍA: «Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolástica», en *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno. Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972*, Milán, 1973, págs. 303-375.

(46) B. LÖBER: *El Derecho de sociedades en la Escolástica española*, traducción y revisión de A. PÉREZ MARTÍN, Granada, 1979.

(47) A. GARCÍA ULECIA: «El contrato trino en Castilla bajo el Derecho común», en *HID*, 6 (1979), 129-185.

sociedades mercantiles: *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao* (Sevilla, 1979), de J. M. MARTÍNEZ GIJÓN, y —como complemento— C. PETIT: *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. 1737-1829* (Sevilla, 1980). Tal como expresa el subtítulo de MARTÍNEZ GIJÓN, se describen los criterios según los cuales estas sociedades se fundan, actúan, reparten sus ganancias y, por último, se liquidan. Aun cuando admite en su introducción la interdependencia entre economía y Derecho, se contenta con manejar la legislación y la doctrina. PETIT se acoge a esta decisión haciendo constar la situación de las fuentes (pág. 16), pero ello sólo justifica la específica dificultad existente, pero no una legitimación concluyente. Se trata, pues, de importantes trabajos preparatorios para el análisis histórico del campo de acción de la economía con atención a las estructuras jurídicas que la condicionan. Debería analizarse de antemano la progresiva juridificación de un mercado que se extiende paulatinamente.

En cuanto a la jurisprudencia, se encuentra todavía más atrasada la elaboración de sus materiales. Se va recogiendo los nombres de los eminentes juristas que sistematizaron la práctica judicial, en especial de Aragón, Cataluña y Valencia. En este sentido, mis trabajos sobre España y Portugal, realizados en otro momento (48). Con ello se dispone de información sobre el número y difusión de las colecciones de jurisprudencia, su carácter privado u oficial; conocemos el modo de trabajar de los «arrêstistes» españoles y portugueses; podemos situarlos en un contexto internacional —lo que falta hasta el momento es, por ejemplo, una interpretación cuantitativa de las decisiones judiciales—. Mis investigaciones sobre el valor del precedente o el deber de motivar las sentencias, pretenden allanar el camino para una investigación más profunda de la justicia. La masa de documentos podría atemorizar por sus dificultades técnicas. El ejemplo extranjero —en especial Francia y Alemania— anima, sin embargo, a intentar de inmediato estudios piloto. Pero sería ingenuo creer que estas colecciones elaboradas, que sólo recogen una parte de la jurisprudencia, representan la práctica judicial de ambos países en el Antiguo Régimen.

(48) Para completar la nota 24, J.-M. SCHOLZ: «Spanische Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des Ancien Régime», en *Ius Commune*, 3 (1970), 98-119; en español, «Colecciones españolas de Jurisprudencia y dictámenes en el Antiguo Régimen», en *Temis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 29-32 (1971-1972), 211-229; «Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime», en *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, 1973, págs. 95-159; «Motiva sunt pars sententiae. Urteilsbegründung in Aragón (16-18 Jahrhundert)», en *Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, II, Florencia, 1977, págs. 581-598.

Por último, completaré las investigaciones citadas en torno al Derecho común, con otras relativas al tema de las universidades. Dejaré de lado obras de tipo general, como la de AJO GONZÁLEZ, quien en los últimos tiempos ha redactado un repertorio de fuentes y bibliografía de las universidades (49). Me interesa especialmente la enseñanza del Derecho. Es uno de los condicionamientos más importantes para el *status* social de los juristas, portadores de una cultura jurídica en latín que logra convertir las relaciones en conceptos, bajo fórmula de los derechos sabios. Antes de citar las investigaciones realizadas en España y Portugal, citaré las páginas del *Handbuch*, de COING, en donde se da una visión —aun cuando sea concisa— de las facultades jurídicas en la Península Ibérica (50). Leyendo a COING, se percibe una serie de relaciones internacionales, que en el estudio de las fuentes locales no se destacan con facilidad. Pero este reproche no cabe hacerlo a PESET o a HESPAÑA, que deben figurar en primer término si se habla de aportaciones actuales sobre la forma jurídica de los siglos XVIII y XIX en ambos países. PESET, en una exposición ante oyentes alemanes (51), sintetizaba sus trabajos de los últimos años como intento de entender la función de las universidades españolas: la introducción de la ciencia jurídica europea, así como ser órgano de difusión de unas determinadas ideologías, dentro de concretas circunstancias políticas, económicas y sociales. El resultado de largos años de trabajos preparatorios fue publicado por los hermanos PESET en 1974. Su síntesis destaca las condiciones jurídicas y reales en las facultades de leyes y de cánones. Tratan asimismo exhaustivamente de las reformas de la enseñanza y de los exámenes en la época ilustrada y liberal (52). Sería de desear que continuaran su es-

(49) C. M. AJO GONZÁLEZ DE RAPARIEGOS y SÁINZ DE ZÚÑIGA: *Historia de las universidades hispánicas*, Madrid, 1957 y sigs., tomo X, 1977.

(50) H. COING: «Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm», en *Handbuch*, II, 1, Munich, 1977, págs. 3 y sigs., en especial 55-56, está a punto de aparecer la parte correspondiente a la Ilustración en el tomo II, 3.

(51) M. PESET: «Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärtem Absolutismus und liberaler Revolution», en *Ius Commune*, 6 (1977), 172-201.

(52) M. y J. L. PESET: *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974; cabe destacar, entre sus estudios previos, M. PESET: «Inéditos de Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) sobre el aprendizaje del Derecho», en *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia*, VI, 11 (1966), 49-110; «Correspondencia de Gregorio Mayans y Siscar con Ignacio Jordán Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez (1771-1780)», en *AHDE*, 36 (1966), 547-574; «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de leyes», en *Saitabi*, 19 (1969), 119-148; M. y J. L. PESET: «De la Universidad moderna a la contemporánea en España», «El sistema de enseñanza en la Universidad de Valencia y el Plan Blasco de 22 de diciembre de 1786», en *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, III, Valencia, 1969, págs. 263 y sigs. y 295 y sigs.; M. PESET: «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los

fuerzo sobre las universidades de la segunda mitad del siglo XIX e incluso hasta el presente. No deben olvidarse las numerosas ediciones y estudios particulares sobre esta temática que han salido a luz gracias a los historiadores valencianos, en torno a MESTRE y los hermanos PESET. Por una parte, la publicación de dos volúmenes documentos muy interesantes para la Universidad de Valencia a inicios del siglo XVIII (53). Por otra, quisiera llamar la atención de los lectores alemanes sobre el proyecto MAYANS, hasta ahora poco conocido (54). Su impulso esencial se debe a MESTRE. El legado de GREGORIO MAYANS Y SISCAR (1699-1781), uno de los más renombrados juristas de su época, se ha conservado de forma única. Su elaboración es una de las más valiosas aportaciones de la historiografía española en nuestro campo. En primer lugar, hay que citar la correspondencia entre MAYANS y NEBOT —un abogado valenciano—, editada, anotada y con un estudio experto de PESET —una fuente inagotable para quienes se interesan en la jurisprudencia y la práctica de aquellos años. Cualquier especialista que conozca la notable correspondencia de MAYANS con extranjeros, encuentra también su gran interés por las reformas ilustradas en la Universidad y del Derecho españoles. Todo ello merecería también la atención de los especialistas extranjeros sobre este proyecto, que, por suerte, no parece vaya a interrumpirse. Con ello llegamos a los análisis de HESPAÑA, que iluminan las reformas universitarias de POMBAL, a través de un tratamiento lingüístico de los Estatutos de 1772, como paso previo para un ulterior análisis del discurso en el sentido de FOUCAULT (55).

siglos XVIII y XIX», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 62 (1971), 605-672.

(53) *Bulas, constituciones y documentos de la Universidad de Valencia (1707-1724)*. La Nueva Planta y la devolución del patronato, edición y estudio preliminar de M. PESET, M. F. MANCEBO, J. L. PESET, A. M. AGUADO, Valencia, 1977; *Bulas, constituciones y documentos de la Universidad de Valencia (1725-1733)*. Conflictos con los jesuitas y las nuevas constituciones, edición y estudio preliminar de M. PESET, M. F. MANCEBO, J. L. PESET, Valencia, 1978.

(54) A. MESTRE: *Ilustración y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de don Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781)*, Valencia, 1968; MESTRE: *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia, 1970; *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario. I, Mayans y los médicos*, transcripción, notas y estudio preliminar de V. PESET, Valencia, 1972; *II, Mayans y Burriel*, transcripción, notas y estudio preliminar de A. MESTRE, Valencia, 1972; *III, Mayans y Martí*, transcripción, notas y estudio preliminar de A. MESTRE, Valencia, 1973; *IV, Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*, transcripción, notas y estudio preliminar de M. PESET, Valencia, 1975; V. PESET: *Gregori Mayans i la Cultura de la Il·lustració*. Valencia, 1975; J. C. STRODTMANN: *Gregorii Maianisii, generosi Valentini, vita (Wolfenbüttelae MCCLVI)*, texto latino-castellano, presentación de SALVADOR CARDONA, estudio preliminar y traducción de A. MESTRE, Valencia, 1974; M. y J. L. PESET: *Gregorio Mayans y la reforma universitaria. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España, 1 de abril de 1767*, Valencia, 1975.

(55) A. M. HESPAÑA: «Recomeçar a Reforma Pombalina? Da Reforma dos

LOS DERECHOS PARTICULARES

Una exposición sobre las más recientes investigaciones concernientes al Derecho común, debe continuar con las relativas al Derecho de los reinos, según la terminología de CLAVERO. En el caso de Portugal, junto al estudio citado de BRAGA DA CRUZ sobre el Derecho subsidiario, se encuentran los esfuerzos de ESPINOSA GOMES DA SILVA sobre las *Ordenações Manuelinas* del primer siglo XVI y las *Ordenações Filipinas* del siglo XVII, es decir, sobre las dos recopilaciones del Derecho portugués (56). Con referencia a los derechos particulares de Castilla, CLAVERO opina que deben entenderse como diferentes núcleos regionales para la integración de jurisdicciones nobiliarias, seculares, municipales o corporativas divergentes entre sí. Estas masas jurídicas, geográficamente distintas, prevalecerían en su aplicación frente al *ius commune* (57). Esta posición histórica contra una comprensión desde perspectivas federales de los denominados derechos forales, se aclarará cuando trate sucintamente de la discusión actual de los derechos históricos de una Cataluña autónoma o un País Vasco autónomo. En España, el estudio histórico acerca de los derechos forales se cruza con la actualidad política, cosa que no suele ser frecuente. Incluso ediciones como los *Fueros de Aragón*, de PÉREZ MARTÍN (58), están conectadas con la política cotidiana —independientemente de que tales publicaciones tengan o no esta motivación.

No es menester enumerar, ya que no hace mucho PÉREZ MARTÍN reunió las fuentes y la reciente bibliografía de los derechos particulares de Castilla, Vascongadas, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y Valen-

Estudos Jurídicos de 1772 ao Ensino do Direito de 1972», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 19, 1-4 (1972), 5-34; «Forma e Valores nos Estatutos Pombalinos da Universidade (1772)», en *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978, págs. 150-164.

(56) N. J. GOMES DA SILVA: *Algumas Notas sobre a Edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513*, Braga, 1977; *Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas*, Lisboa, 1977; «O Direito Subsidiário das Ordenações Filipinas num Comentário de António Leitão Homem», separata de la *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 24, 1-3 (1977).

(57) B. CLAVERO: «Notas sobre el Derecho territorial castellano (1367-1445)», en *HID*, 3 (1976), 141-165; *Temas de historia del Derecho. Derecho de los Reinos*, Sevilla, 1977, en especial págs. 7-14; también, G. PETIT: «Derecho común, Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, en prensa.

(58) *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547) nach der Ausgabe Zaragoza 1476/1477, mit den handschriftlichen Glossen des Martín de Pertusa und mit Ergänzungen nach den Ausgaben Zaragoza 1542, 1548 und 1576*, edición facsímil e introducción de A. PÉREZ MARTÍN, Vaduz (Liechtenstein), 1979; *Las glosas de Martín de Pertusa a los Fueros y Observancias de Aragón*, transcripción y edición por A. PÉREZ MARTÍN, en preparación.

cia —ya citado en la nota 7—. En su lugar, quisiera mencionar algunos atractivos trabajos que completan aquel libro, tales como el estudio de EGEA y FERNÁNDEZ con GAY y ESCODA en relación a la eficacia normativa del Derecho catalán hasta la nueva planta (1714) (59), o la introducción de CLAVERO a su *Derecho de los reinos* (Sevilla, 1977), a que ya me he referido indirectamente. Junto a los mismos, *Los Fueros de Aragón*, de LALINDE, aparecido en Zaragoza un año antes; en esta síntesis desde la Alta Edad Media hasta el presente, el autor no se ve limitado por un interés local, como es habitual, sino conecta una amplia información con agudeza analítica. Aconsejaría la lectura del capítulo quinto, por ejemplo, que relata los ataques del Estado absoluto o liberal contra las normas que aún perviven en Aragón. CLAVERO lo explica con precisión en sus conclusiones de su *Derecho de los reinos*. Para ello se refiere a tres cuestiones: a la orientación castellana de la *Novísima recopilación*, de 1805 —última recopilación del viejo estilo—; a la subsiguiente unificación jurídica bajo el signo de constituciones y códigos, y a una historiografía de los derechos forales, de la que aún hoy pocos se apartan, basada en negarlos o manipularlos.

No es momento de entrar ahora en el vivo debate sobre el Derecho foral en la España de 1980; preparo un informe para *Ius commune*, la revista de mi instituto. La historia del Derecho —o mejor, la historiografía—, gracias a la Constitución de 1978, desempeñará con seguridad un papel instrumental de primer rango. Por ello me permitiré exponer brevemente esta problemática. Para empezar, me valdré de una declaración oficial —entre las muchas que hay— de los llamados «foralistas», la del presidente de la Audiencia de Palma de Mallorca, que unía las garantías constitucionales a una dinamización de sus derechos históricos y su renacimiento (60). A nivel más profundo, debe consultarse quizá a ROCA y TRÍAS o la cauta defensa de LASARTE, que, al fin, se decide por la uniformidad del Derecho civil (61). Sin pretender prejuzgar la cuestión, considero de momento oportuna la precaución de CLAVERO, al confiar su análisis definitivo a una ciencia jurídica orientada en

(59) J. EGEA i FERNÁNDEZ, J. M. GAY i ESCODA: «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 249-294 y 505-586.

(60) C. RODRÍGUEZ-AGUILERA: «El futuro de los Derechos forales o especiales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 231-236.

(61) E. ROCA i TRÍAS: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 7 y sigs.; C. LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980. Además, F. TOMÁS y VALIENTE: «Los 'derechos históricos' de Euskadi», en *Sistema*, 31 (1979), 9 y sigs., con escasas correcciones en su *Manual*, págs. 472 y sigs.

la histórica, por la que se esfuerza (62); piensa que sería contrasentido histórico una consagración a nivel constitucional de los llamados derechos históricos con renuncia a la soberanía legislativa ya alcanzada. Posiblemente, la cercanía del objeto en España vela un tanto un enfoque más general que atienda a la organización del discurso. No podemos excluir el que se trate de una variante de las anteriores estrategias de distribución del poder, pero su finalidad sigue siendo la estabilidad social. La nueva territorialización del poder en España es paralela a la actual discusión en Alemania sobre la «descodificación» entre los civilistas. Ambas sólo podrán dilucidarse mediante la amplia comprensión de la organización del discurso jurídico, renovado en cada momento. En el caso de España, la historia y la ciencia jurídicas podrían participar de forma decisiva, lo que a todos nos interesa.

EL ESTADO DE DERECHO BURGUÉS

Las actuales discusiones sobre los derechos civiles autónomos me deparan un pretexto para ocuparme del estado de la investigación del siglo pasado. A primera vista, se estructura en torno a la lucha por un Código Civil unitario —núcleo del sistema jurídico burgués—, al constitucionalismo y a la construcción juridicomaterial de un ordenamiento acerca de la propiedad adecuado al mercado. Es decir, la transición al Estado liberal bajo unas relaciones de producción capitalistas (63). Tal interpretación de la historia del XIX conduce directamente a las dificultades con que se encuentra la historiografía jurídica española que se ocupa de los dos últimos siglos. Estas son todavía mayores para Portugal, según veremos. En este campo, la tarea a realizar es inmensa, porque durante años se han despreciado estos temas; todavía no ha sido clarificada de modo suficiente una cuestión central en la discusión de aquel tiempo, como es la controversia sobre un Derecho privado uniforme o de tendencia federal. Quizá contribuya la distinción entre las esferas privada y pública, siempre presente. En el fondo, faltan conceptos teóricos que nos proporcionen la clave de aquel discurso. En vez de repetirlo, habría que descifrarlo. Con ello no pretendo criticar a quienes han renovado este campo en los años setenta, más bien quisiera animarles a no contentarse con lo conseguido. Los progresos alcanzados son visi-

(62) B. CLAVERO: «Historia jurídica y código político. Los Derechos forales y la Constitución», en *AHDE*, 50 (1980).

(63) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979, págs. 401 y sigs. (417).

bles si se comparan las comunicaciones de GIBERT y D'ORS (64) al Congreso de Historia del Derecho en el año 1973 en Florencia, con los estudios posteriores de PESET, CLAVERO, TOMÁS Y VALIENTE, ROCA I TRÍAS, LASARTE y el reciente de SALVADOR Y CODERCH, de que luego hablaré. Su disponibilidad, sus estímulos y, por fin, sus incitaciones para un contraste, las agradece quien prosigue esta vía (65). Dejando aparte el resumen de ALEJANDRE GARCÍA y GACTO FERNÁNDEZ (66), con frecuencia las aportaciones para el estudio de la codificación son puntuales; por ejemplo, las ediciones de CASABÓ de algunos proyectos de Código penal de los años treinta del siglo XIX, o el trabajo de TOMÁS Y VALIENTE: *Los derechos históricos de Euskadi*, referido al País Vasco, que, sin embargo, reproduce en su *Manual* para exponer la problemática de la unificación del Derecho (67). Por otra parte, me remito en especial a la reciente investigación de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de Código Civil de 1851, en donde se cuestionan algunas ideas generalmente admitidas. Como era de esperar, a través de las instituciones jurídicas catalanas, logra descubrir las implicaciones sociales y económicas, superando la idea de que fue desechado aquel proyecto por un conflicto entre el unitarismo castellano y el particularismo foral. Se consigue, pues, en 1980 tambalear la fábula del afrancesamiento y orientación centralizadora de un puñado de juristas que participaron en el proyecto (68). Un día será posible la síntesis gracias a estas sondas, que pienso se facilitan mediante los trabajos previos, de archivo y de fuentes, de LASSO GAITE y mías, citadas en nota 22. Se trata de situar las innovaciones jurídicas en el centro de la construcción de la nueva sociedad burguesa.

Quien guste de enterarse de los últimos trabajos de historia constitucional, encontrará referencias en la bibliografía surgida en torno a la Constitución portuguesa de 1975 y la española de 1978. Provocaron

(64) R. GIBERT: «La codificación civil en España (1752-1889)», en *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, II, Florencia, 1977, págs. 907-935; A. D'ORS: «Los Derechos civiles regionales de la España moderna», *ibidem*, páginas 935-941.

(65) En especial, mis trabajos citados en nota 22; la parte referente a la ciencia jurídica en ambos países se halla en preparación. Otros estudios se citarán en las notas siguientes.

(66) J. A. ALEJANDRE GARCÍA/E. GACTO FERNÁNDEZ: *Temas de historia del Derecho. Derecho del constitucionalismo y la codificación*, 2 vols., Sevilla, 1978-1979.

(67) J. R. CASABÓ: *El proyecto de Código criminal de 1830*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978; *El proyecto de Código criminal de 1831, de Sainz de Andino*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978; *El proyecto de Código criminal de 1834*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978. Véase el trabajo de TOMÁS Y VALIENTE citado en nota 61.

(68) P. SALVADOR Y CODERCH: «El proyecto de Código de Derecho civil en 1851 y el Derecho civil catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 79 (1980), 49-98, 313-372.

frecuentes ediciones de textos constitucionales y otros materiales complementarios de los siglos XIX y XX, así como algunas síntesis, en donde puede hallarse la bibliografía más reciente (69). Dan la impresión que se atienen en exceso a las normas, mientras omiten problemas que pueden verse —también aislados— a través de publicaciones de estos años sobre las cortes castellanas o aragonesas en relación a la disolución del Antiguo Régimen (70). En este sentido, interesa la lectura de las *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, de TOMÁS Y VALIENTE, aparecido en abril de 1977, en la revista *Sistema*, dedicada a las ciencias sociales.

El estado de la investigación acerca de la prehistoria del Código Civil portugués de 1867 es fácil de narrar. En general, se repiten sólo los datos más elementales. Otro tanto ocurre con la codificación en otros sectores. Una excepción es, no obstante, el análisis filosófico de aquel Código por F. J. VELOZO (71). Por lo demás, falta incluso reconocer su bibliografía, aunque ya BRAGA DA CRUZ intentó prepararla (72). Es sintomático que todavía no se conociera el proyecto ilustrado de un «Novo Código» (1778), que se encuentra en el Archivo Nacional y cuya edición preparo. También me ocupé de un libro de mediados del XIX, interpretando su teoría de la propiedad como estrategia burguesa, que más adelante se plasmaría en el Código Civil (73). Mi contribución al *Handbuch*, de COING —cita en nota 22—, presentará por vez primera una visión de conjunto sobre la legislación del pasado siglo, en especial la codificación.

Más difícil es juzgar la situación en España. Ante todo, hay que constatar cómo los historiadores más recientes han tomado consciencia de que ha cambiado el paradigma por la intervención del denominado «movimiento codificador» entre la Ilustración y el Código Civil de 1888-1889. Es un mayor estímulo para su estudio el que todavía no se haya terminado el proceso codificador del Derecho privado. Como dije, este

(69) Por ejemplo, M. ARTOLA: *Partidos y programas políticos*, 2 vols., Madrid, 1974-1975; E. TIerno GALVÁN: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 3.ª ed., 1975; J. TOMÁS VILLARROYA: *Breve historia del constitucionalismo español*, Barcelona, 1978; J. SOLÉ TURA, E. AJA: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, 1977, 2.ª ed., 1978; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual*, págs. 436-464.

(70) Por ejemplo, J. M. PÉREZ-PRENDES: *Cortes de Castilla*, Granada, 1974; L. GONZÁLEZ ANTÓN: *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza, 1978.

(71) F. J. VELOZO: «Na Iminência de um Novo Código Civil Português. Orientações Filosóficas do Código de 1867 e do Actual Projecto», en *Brotéria*, Lisboa, 83 (1966), 145-174.

(72) G. BRAGA DA CRUZ: *Código Civil Português. Exposição Documental*, Lisboa, 1966, págs. 13-52.

(73) J.-M. SCHOLZ: «Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-1977), 339-461. La versión portuguesa está en preparación.

interés tiene fecha reciente. Hasta ahora era aconsejable recurrir a las exposiciones de la segunda mitad del pasado siglo. Un ejemplo puede demostrarlo; pienso en el proyecto de Código Civil de 1836, hasta hace poco inédito. Es significativo que el *Manual* de TOMÁS Y VALIENTE —por lo demás, bien informado— consagra sólo unas líneas a este proyecto, bajo el título de «La oscura etapa anterior a 1851». Todavía es más sorprendente, dado que este autor —siguiendo a CLAVERO— sitúa desde 1836 a 1843 los años clave de la revolución burguesa, es decir, de la formulación jurídica de un orden social (74). LASARTE prueba hasta qué punto esta carencia es sentida progresivamente, por lo que dice en su libro de 1980, muy recomendable y centrado en la codificación del Derecho civil y mercantil. Deplora no haber podido leer el original de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de 1851 —entonces en prensa—, ya que en él existían datos del de 1836 (75). Este último autor conocía este importante proyecto porque había podido verlo en el Archivo de la Comisión General de Codificación, en el Ministerio de Justicia (76). El detalle sería anecdótico, si no fuera porque también ROCA I TRÍAS se mostraba no hace mucho orgullosa —y, tristemente, con razón— de ser la primera que estudia la última fase de la codificación del Derecho civil a base del *Diario de Sesiones* de las Cortes (77). Debido a que durante años no se había trabajado, lo que es usual puede aparecer inusual.

El anterior desinterés por la historia de la codificación ha exigido un notable esfuerzo a quienes han iniciado su estudio. Aunque no parezca oportuno, comenzaré por citar la crónica de la codificación de LASSO GAITE, ya que gracias a él se ha organizado el Archivo de la Comisión de Codificación, el más importante para este tema (78). Casi al mismo tiempo analiza PESET los comienzos de la época de la codificación, insistiendo en una interpretación históricosocial. Análogos planteamientos a los de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, poseían los tres trabajos básicos de PESET sobre los intentos de Código de MORA y JARABA (1748), las Cortes de Cádiz y el trienio liberal (79). Ha podido rellenar algunas de las más evidentes

(74) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual*, págs. 404-406, 574-575; CLAVERO: «Política de un problema. La revolución burguesa».

(75) LASARTE: *Autonomías y Derecho privado*, pág. 69.

(76) SALVADOR: «Proyecto... de 1851», en especial págs. 55 y sigs., 80 y sigs. y 90 y sigs.

(77) E. ROCA I TRÍAS: «La codificación y el Derecho foral», en *Revista de Derecho privado*, 1978, págs. 596-642, especialmente 597.

(78) Véase la nota 22, en donde detallo los distintos volúmenes de la *Crónica*.

(79) M. PESET: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 48 (1972), 125-127; «Una propuesta de Código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori», en *Estudios*

lagunas por sus conocimientos notables de la España ilustrada, especialmente sus estudios sobre MAYANS y sus aproximaciones sobre la relación del Derecho romanocanónico con el Derecho patrio (80), así como en sus numerosas publicaciones acerca de la Universidad absolutista y liberal. Cuantos han intentado una síntesis de la codificación —GACTO, LASSO, TOMÁS Y VALIENTE, LASARTE o yo mismo (81)—, se ven obligados a recurrir a sus trabajos. Otro tanto ocurre a quien utiliza un modelo explicativo más amplio; me refiero de nuevo a CLAVERO (82). En su artículo de 1979, «La idea de Código en la ilustración jurídica», subraya los aspectos metodológicos y normativos de la codificación, para distinguirla del orden del Derecho común, dominante en su tiempo. Analizando desde las coexistencias y secuencias de los enunciados coetáneos, CLAVERO reputa la recopilación de 1805 como un modelo contrapuesto, dominado por la doctrina. De modo que las normas codificadas se apartan por igual de la ciencia jurídica tradicional y de la historia. Sus ideas sobre los manuales de la segunda mitad del XVIII español, aquellas institutas tan esclareedoras (83), concuerdan con mi intento de análisis de discurso. En *Penser les Institutes hispano-romaines* (84) he intentado, en primer término, demostrar el desplazamiento de las estructuras del poder, desde las mencionadas institutas, aplicando sugerencias semiológicas de FOUCAULT y KRISTEVA. Me apoyo en la reorganización textual favorable a un Estado todopoderoso legislador, sin aceptar la contraposición semántica entre Derecho común y nacional; al igual que en mi último trabajo, *Unidad y diversidad en la codificación*, tampoco admito el discurso codificador del XIX. Se trata de valorar los argumentos a favor y en contra de una codificación centralizada como diferencias estratégicas, utilizando el mismo arsenal metódico. Ellas convergen y se dirigen a la estructuración del poder —tan llena de consecuencias— en una sociedad burguesa incipiente (85). Otros análisis futuros de este tipo alcanzarían a comprender lo que usualmente se denomina el movimiento codificador, en donde se recurre con excesiva facilidad a los contenidos codificados.

jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, II, págs. 217-260; «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 29-100.

(80) M. PESET: «Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII», en *AHDE*, 45 (1975), 273-339.

(81) Véase mis trabajos citados al final de la nota 22.

(82) *HID*, 6 (1979).

(83) También a este respecto, CLAVERO: *Disputa del método*.

(84) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), 5-58.

(85) *Memoria del Segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, págs. 705-712.

Existe una serie de trabajos en ambos países que contemplan las transformaciones materiales del mundo señorial a través de un nuevo concepto de propiedad, articulado por el Derecho. Pueden estructurarse en cuatro sectores. En primer lugar, se atendió a la significación funcional del nuevo ordenamiento de la sobre propiedad con los análisis de PESET, CLAVERO y míos, que, publicados en los *Itinerari moderni della proprietà*, de PAULO GROSSI, estudian la Península Ibérica durante el pasado siglo (86). También *O Jurista e o Legislador na Construção da Propriedade Burguesa-liberal em Portugal*, de HESPAÑA (87). Constituyen el segundo grupo las contribuciones críticas frente a la tesis de Moxó sobre la disolución del sistema señorial desde Cádiz, que ponen en discusión los conceptos historiográficos de la revolución burguesa en España. De nuevo es CLAVERO el principal contricante (88). En Valencia, un grupo de historiadores, principalmente PESET, profundiza en este momento la cuestión, concretándola sobre los datos valencianos del final del Antiguo Régimen. El tercer problema en torno a la tierra, el más importante factor económico de producción, se centra en la desvinculación de los mayorazgos a partir de las primeras Cortes liberales; el libro de CLAVERO sobre el mayorazgo castellano clarifica el establecimiento de un mercado para las tierras, que obedecía a los principios de la economía política clásica (89). Queda, por último, referirme a los estudiosos de la desamortización, que significa la reinversión de los bienes de manos muertas en bienes nacionales y su posterior venta a particulares. El tema ha sido abordado por numerosos historiadores españoles; desde el campo jurídico sólo ha participado TOMÁS Y VALIENTE (90). Quiero citar la *Aproximación a la desamortización en Portugal*, de T. MARTÍN MARTÍN, poco conocido (91). También el de *Análise Social*, que reúne comunicaciones del coloquio de 1979 sobre el XIX

(86) Además de mi artículo, «Eigentumstheorie als Strategie», M. PESET: «Derecho y propiedad en la España liberal», *Quaderni fiorentini*, 5-6 (1976-1977), 463-507; B. CLAVERO: «La propiedad considerada como capital. En los orígenes doctrinales del Derecho actual español», *ibidem*, págs. 509-548; también, M. PESET: «Acerca de la propiedad en el Code», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 52 (1976), 879-890.

(87) A. M. HESPAÑA: *História das Instituições*, II, Lisboa, 1979-1980, págs. 3-120; bajo la dirección de este autor se prepara una antología de las fuentes más importantes de los siglos XVIII y XIX.

(88) Véase B. CLAVERO: «Política de un problema», así como P. RUIZ TORRES: «Los motines de 1766 y los inicios de la crisis del Antiguo Régimen», y J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN: «La cuestión de los señoríos en el proceso revolucionario burgués. El trienio liberal», publicados conjuntamente en *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, págs. 1-48, 49-112, 113-158.

(89) B. CLAVERO: *Mayorazgo*.

(90) En especial, F. TOMÁS Y VALIENTE: «Recientes investigaciones sobre la desamortización. Intento de síntesis», en *Moneda y Crédito*, 131 (1974), 95-160.

(91) *Hispania*, 140 (1978), 595-616.

portugués, en donde destacan L. E. DA SILVEIRA: *A Venda dos Bens Nacionais (1834-43). Uma Primeira Abordagem*; M. DE FÁTIMA COELHO: *O Instituto Vincular, Sua Decadência e Morte. Questões Várias*; R. ROWLAND: *História da Propriedade e Comunidade Rural. Questões de Método*; M. DE FÁTIMA BRANDÃO y R. GRAÇA FEIJÓ: *O Discurso Reformador de Mouzinho da Silveira*. Con él termino mi revisión de las recientes investigaciones en torno a las más importantes medidas legales, que trastocan la economía y la sociedad del XIX español y portugués. En el *Handbuch*, de COING, resumiré estas cuestiones, bajo los siguientes epígrafes: la disponibilidad de la propiedad de la tierra, la reorganización del crédito territorial y la remodelación del derecho de familia y sucesiones (92).

Por último, es muy sintomático que TOMÁS Y VALIENTE, en su *Manual* de 1979, no se ocupe de la jurisprudencia del siglo pasado y pase como sobre ascuas por la ciencia jurídica. Se apoya en especial en los trabajos anteriores de PESET sobre la enseñanza jurídica de la primera mitad del XIX. Por ello, su juicio de la situación es fiable. Todavía en 1977, PESET admitió que faltaban análisis formales y del contenido de esta doctrina (93). No se ha escrito aún para España y Portugal un estudio decisivo en la línea de P. VON OERTZEN: *Die soziale Funktion des Staatsrechtlichen Positivismus* (tesis de doctorado, 1953, editada en Frankfurt, 1974), o de M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco* (Milán, 1979), o incluso los estudios jurídicos sobre el Estado y la Administración de K.-H. LADEUR —elaborados históricamente—, referidos a Alemania (94). Representativa del nivel de investigación es la comunicación de GIBERT, tan citada en Alemania, sobre el influjo de JHERING en España. Estas páginas, así como su *Ciencia jurídica española*, son una mera reunión de datos externos, en el mejor

(92) Véanse mis páginas sobre la legislación civil especial en Portugal y España durante el XIX, en el *Handbuch*, de COING, III, 1, Munich, 1982, págs. 591-684.

(93) M. PESET: «Spanische Universität und Rechtswissenschaft», pág. 195; véase también los siguientes tres trabajos del mismo: «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», en *AHDE*, 38 (1968), 220-375; «Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», en *AHDE*, 39 (1969), 481-544; «El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho», en *AHDE*, 40 (1970), 613-651.

(94) Especialmente, K.-H. LADEUR: *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur. Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität*, Giessen, 1978; «Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung», en *Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft* (Opladen), 7 (1979), 339-372; «Strukturwandel der Staatsrechtsideologie im Deutschland des 19. Jahrhunderts», en F. HASE, K.-H. LADEUR: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland*, Frankfurt-Nueva York, 1980, págs. 15-102.

de los casos una paráfrasis de las obras más salientes (95). Lo mismo puede decirse del escrito no acabado de BRAGA DA CRUZ, con motivo de la conmemoración del centenario de la aparición de la revista jurídica más importante de Portugal; sus defectos son análogos, pero, no obstante, contiene una información muy rica sobre la ciencia jurídica portuguesa (96). Son muchos los materiales que esperan una elaboración, como puede comprobarse en una primera lectura de las observaciones de GIL CREMADES, orientado hacia la filosofía del Derecho, o el número de los *Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»* dedicado al «Pensamiento jurídico español del siglo XIX» (97). No basta lo que escribe VALLET DE GOYTISOLO, con ocasión del segundo centenario del nacimiento de SAVIGNY, sobre la escuela histórica catalana, un resumen bien informado, pero de tipo antológico (98). Es de esperar que el volumen dedicado a SAVIGNY, de los *Anales* citados, estimule ulteriores profundizaciones de que tan necesitados andamos sobre la doctrina peninsular en los últimos ciento cincuenta años. Las *Notas sobre la introducción de la escuela histórica de Savigny en España*, de M. FIGUERAS (99), no lo logran, porque no cabe sustituir un análisis por una colección de datos. CLAVERO mostró no hace mucho, con su reedición de un texto de GIUSEPPE SALVIOLI, la trascendencia de conectar con el marco histórico (100). En conexión con la investigación internacional, recogida en el número 3-4 (1974-1975) de los *Quaderni Fiorentini*, mostró la versión española del «socialismo jurídico», como una revisión metodológica moderada de la ciencia jurídica liberal dominante. Procuraré mantener este nivel en mis futuros trabajos sobre la doctrina civil y procesal del siglo pasado, destinados al *Handbuch*, de COING. En ellos completaré también las lagunas que existen en la bibliografía española y portuguesa en el sector judicial.

Es probable que el lector se sienta un tanto desorientado con estas páginas. La historiografía del Derecho, institucionalizada en España

(95) R. GIBERT: «Jhering en España», en F. WIEACKER, C. WOLLSCHLÄGER: *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, 1960, págs. 40-67; *Ciencia jurídica española*, Granada, 1971.

(96) G. BRAGA DA CRUZ: *A Revista de Legislação e de Jurisprudência*, I, Coimbra, 1975, voluminoso estudio de 882 páginas.

(97) En especial, J. J. GIL CREMADES: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969; véase, *Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»*, Granada, 11, 2 (1971), 9-336.

(98) J. VALLET DE GOYTISOLO: «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 78 (1979), 587-641, 771-819, y 79 (1980), 7-47, 279-311, 567-569.

(99) Publicado en *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX (= Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»*, 18-19 (1978-1979), 371-393).

(100) G. SALVIOLI: *El Derecho civil y el proletariado*, estudio preliminar y edición de B. CLAVERO, Sevilla, 1979.

y Portugal, puede parecer de forma inversa a su sistema. Los lectores extranjeros interesados en la historia peninsular pueden echar de menos los nombres y valoraciones usuales en sus esquemas. Pero sería de menor interés, sin duda, describir las jerarquías establecidas y su discurso cuando una orientación científica, todavía limitada a pocas personas, se apresta a sustituirla. Estos nuevos enfoques me interesan en especial, ya que han roto el consenso que existía hasta hace poco tiempo. Quiero evitar dar una perspectiva que mañana mismo quedaría anticuada. Quien siga atento a las investigaciones en la península, en especial en la historia jurídica moderna y contemporánea, deberá entender la nueva praxis historiográfica en sus relaciones y diferencias. Como se ha quebrado el aislamiento de una historiografía pretendidamente autónoma, este sistema de intercambio requiere las pertinentes referencias, en especial a la llamada historia general. Se materializan en algunas obras clave, centros de investigación y colecciones... Aparte la información concreta que suponen, han abierto perspectivas que orientarán a esta historiografía jurídica, nuevamente reorganizada. Me permito enumerar, junto a la monumental *Catalunya dins l'Espanya moderna* (Barcelona, 1964, París, 1962), las obras de G. ANES: *Las crisis agrarias en la España moderna* (Madrid, 1970); J. FONTANA: *La quiebra de la monarquía absoluta* (Barcelona, 1971); J. A. MARAVALL: *Estado moderno y mentalidad social* (siglos xv a xvii), 2 vols. (Madrid, 1975); A. DOMÍNGUEZ ORTIZ: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español* (Barcelona-Caracas-México, 1976); M. ARTOLA: *Antiguo Régimen y revolución liberal* (*ibidem*, 1978); A. M. BERNAL: *La lucha por la tierra en la crisis del Antiguo Régimen* (Madrid, 1979), así como las varias aportaciones de M. TUÑÓN DE LARA. Respecto de Portugal nombraré a A. SILBERT: *Le Portugal méditerranéen à la fin de l'Ancien Régime* (París, 1968); M. HALPERN PEREIRA: *Livre Câmbio e Desenvolvimento Económico. Portugal na Segunda Meitade do século XIX* (Lisboa, 1971); V. MAGALHAES GODINHO: *Estrutura da Antiga Sociedade Portuguesa* (Lisboa, 1971, 3.ª ed., 1977); M. VILLAVEVERDE CABRAL: *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no século XIX* (Oporto, 1976), y L. REIS TORGAL: *Ideologia Política e Teoria do Estado na Restauração* (Coimbra, 1979). Como instituciones, merecen atenderse los coloquios de Pau o las iniciativas de la Casa de Velázquez, por poner dos ejemplos. Como ya he dicho, no basta la lectura del *Anuario de Historia del Derecho Español*. Hay que añadir la revista histórica *Hispania* o *Recerques*, que desde 1973 aparece en Barcelona, como también las revistas *Moneda y Crédito* o *Sistema*, o la portuguesa *Análisis Social*, orientadas hacia las ciencias sociales. No basta contentarse con estas publicaciones nacionales; los *Quaderni*

Fiorentini, tan citados, parecen ser un punto de intercambio para las nuevas orientaciones historicojurídicas. También, muy especialmente, los *Annales. Economies. Sociétés. Civilisations*, en donde se dan cita los últimos adelantos históricos, no existiendo por el momento otras revistas europeas análogas. Con todo ello, se alinean estas nuevas orientaciones de la historia del Derecho en España y en Portugal,; sus representantes más avanzados ya han recorrido este camino.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte
Freiherr von Stein-Strasse 7
6 Frankfurt del Main (Alemania Federal)