

## LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA EN LA EUROPA CONTINENTAL (1900-1975)

Doctor Francisco TOMÁS Y VALIENTE  
Universidad de Salamanca, España

SUMARIO: I. ENFOQUE GENERAL Y ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN 1900: 1. *Planteamiento*; 2. *El tránsito al siglo XX: Alemania*; 3. *El tránsito al siglo XX: Francia, España, Italia y Gran Bretaña*. II. PROBLEMAS DE CONCEPTOS Y DE MÉTODO: 4. *Historia del Derecho y dogmática jurídica*; 5. *Otros planteamientos: historia de los sistemas jurídicos, orientación institucional, ciencia jurídica o ciencia histórica*; 6. *Repercusiones del concepto Derecho en el campo de la Historia del Derecho: Escuela Histórica, positivismo jurídico, orientaciones sociológicas y marxistas, cambios en el concepto Historia*. III. PRINCIPALES ORIENTACIONES ACTUALES: 7. *Precedentes*; 8. *Características de las más importantes y recientes empresas científicas colectivas*; 9. *Situación actual en España*; 10. *Novedades científicas y su repercusión en la Historia del Derecho*. IV. REFLEXIÓN FINAL.

### I. ENFOQUE GENERAL Y ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

#### 1. *Planteamiento*

Los términos cronológicos que limitan el período contemplado en esta comunicación son convencionales, tiene interés hacer balance de lo ocurrido en setenta y cinco años; pero todos —creo— somos conscientes de que ni hay que tomar con rigidez las fechas del calendario, pues parece lícito enlazar con lo anterior al término *a quo*, ni hay que pensar que el período así delimitado posea una homogeneidad interna suficiente como para que los historiadores futuros lo admitan como tal.

Otra cautela que es prudente exponer desde el principio consiste en reconocer que, al menos en Historia del Derecho, no hubo en estos setenta y cinco años un compás de cambio idéntico en todos los países europeos, ni siquiera en aquellos sobre los que proyecto mi atención (Alemania, Italia, Francia, Gran Bretaña, España... ). Hubo, sí, fenómenos comunes, pautas de general influencia que nos permitirían obtener algunas conclusiones válidas en términos aproximativos para todos ellos; pero cada uno de estos países partía al comenzar el siglo de una cota propia, y no todas ellas estaban situadas en el mismo plano. Lo peculiar subsiste también ahora. Por lo cual en esta comunicación he procurado hacer compatibles un enfoque de lo más común

a la Historia del Derecho cultivada en los países citados, con otra perspectiva complementaria atenta a percibir las particularidades del desarrollo de nuestra disciplina en cada uno de tales países.

Por otra parte, debo advertir que ni siquiera al atender a las peculiaridades nacionales he tratado de hacer un inventario de todo lo que se ha investigado en Alemania o en España, en Francia o en Italia sobre Historia del Derecho. He procurado huir del fichero y no caer en la tentación de vaciar (¡por lo menos en las notas!, me aconsejaba a veces una voz interior a la que por fin he desobedido) fichas con nombres propios y con títulos cuya significación sería imposible explicar. Frente a la pintura realista y minuciosa, he preferido intentar un cuadro impresionista, trazar un esbozo de las líneas y problemas principales.

Pero ¿qué es lo principal y a juicio de quién lo es? La necesidad de elegir se me ha impuesto como inexorable. El riesgo de haberme equivocado al mencionar tal obra y no aquella otra, o al señalar como más importante lo que trato que lo que callo es algo inherente a un trabajo que, al no ser (ni poder ser) exhaustivo forzosamente ha de ser selectivo con la ineludible carga de subjetivismo.

Hechas las observaciones precedentes se impone una última reflexión. A pesar de los límites convencionales propuestos y admitidos ¿habría algún hecho en el quicio entre un siglo y otro que nos proporcionara un sólido punto de partida? Honoré de Balzac, en una de sus novelas, *César Birotteau*, escrita en 1837, es decir en pleno auge de lo que cualquier historiador francés de nuestros días denomina despectivamente *Histoire événementielle*, considera, también con desprecio, que uno de sus personajes es "... incapaz de comprender que los acontecimientos lo modifican todo".<sup>1</sup> ¿Hubo el día 1 de enero de 1900 algún acontecimiento capaz de merecer, como reconocimiento de su importancia, la atribución de haber modificado la Historia del Derecho, al menos en algún país?

## 2. *El tránsito al siglo xx: Alemania*

Tomemos el tomo XXI de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. En su primera página de texto e iniciando un artículo de Richard Schröder se lee: "*Die deutsche Rechtsgeschichte ist mit dem 1 Januar 1900 in eine neue Periode eingetreten*".<sup>2</sup> Es evidente que el hecho, el acontecimiento aludido por Schröder, es la entrada en vigor desde ese día del *BGB*; el famoso código, terminado ya en 1896, inició su vigencia el 1 de enero de 1900, según precepto contenido

<sup>1</sup> Balzac, H. de, *César Birotteau*, Barcelona, Bruguera, 1969, p. 462.

<sup>2</sup> Schröder, Richard. "Zum 1 Januar 1900", *ZSS, GA*, XXI, 1900, pp. v a ix, concretamente en p. v.

en el artículo 1 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* de 18 de agosto de 1896.<sup>3</sup> No habría exageración alguna al afirmar que el Derecho civil alemán comenzaba un nuevo período. Pero la afirmación de Schröder iba mucho más lejos al hablar del principio de un período para la *deutsche Rechtsgeschichte*. Ahora bien: ¿a qué se refería Schröder: a la “historia” —*res gestae*, historia como realidad humana fluyente en el tiempo— o a la “Historia” —narración o análisis *rerum gestarum*, esto es, ocupación científica? La ambigüedad del vocablo puede resolverse escribiéndolo con minúscula cuando con él se alude a la historia-vida, y con mayúscula cuando significa Historia-ocupación científica;<sup>4</sup> pero en alemán no cabe este expediente resolutorio de carácter gráfico. Si Schröder quiso decir que se trataba en un nuevo período de la *historia* del Derecho alemán, a nadie habría sorprendido. Y tal vez, por el contexto general de su breve artículo, éste es el sentido que hay que atribuir a su frase antes transcrita; el Derecho alemán comenzaba una nueva etapa de su historia; “el renacimiento del pueblo alemán había traído como consecuencia el renacimiento también del Derecho alemán”.<sup>5</sup>

Pero ¿no afectó la entrada en vigor del *BGB* al modo de hacer Historia del Derecho? A mi modo de ver sí, y de forma decisiva al menos en Alemania. Es de todos conocida la influencia de la Pandectística en la elaboración del *BGB*; el programa de Savigny en 1814 se había cumplido en una de sus vertientes por lo menos, pues la ciencia jurídica alemana se había consolidado antes de proceder a una codificación entonces considerada como prematura. El cimiento sobre el cual esa ciencia del Derecho había de construirse era, según Savigny, la historia. Historia del Derecho, ciencia jurídica, codificación eran en su pensamiento eslabones en cierto modo sucesivos. Sólo en cierto modo; porque en otro sentido Savigny afirmaba la indisoluble unión entre el elemento popular, histórico o político del Derecho, y el elemento sistemático o científico del mismo. A través de la obra del fundador de la Escuela Histórica el equilibrio entre lo histórico y lo dogmático no se quiebra brusca o radicalmente; Savigny se esfuerza por mantener en la raíz de sus escritos esa vinculación entre el elemento histórico y el dogmático; pero pienso que, pese a su esfuerzo, predomina este último (sobre todo en el *System*). En los discípulos romanistas de Savigny la ruptura y la preferencia por la dogmática sí son patentes. Aunque tal apreciación no es aplicable del mismo modo a los miembros de la rama germanista, puede afirmarse que los pandectistas ( Windscheid, Puchta, el Ihering de la primera época... ) utilizaron materiales históricos y, más en concreto, romanos para construir su sistema dogmático.

<sup>3</sup> *BGB*, 13 Auflage (Beck-Texte, Deutscher Taschenbuch), München, Verlag C. H. Beck, 1970. Contiene también la “*Einführungsgesetz*” de 18 de agosto de 1896; *cfr.*, su artículo 1 en p. 417.

<sup>4</sup> Mantendré esta grafía a lo largo de esta comunicación.

<sup>5</sup> Schröder, R., *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. IX.

La historia del Derecho en la Alemania del siglo XIX había sido utilizada en función de la dogmática y fue entendida por los romanistas discípulos de Savigny y en gran parte por éste como Historia de la dogmática jurídica. Por otra parte, como los juristas más lúcidos de la historia han sido los romanos, como el Derecho de Roma “presenta la ventaja de que por el alto grado de cultura en que se ha producido sirve de ideal y de tipo a un mismo tiempo a la ciencia moderna”,<sup>6</sup> a él debe acudir el historiador, y en él, en el estudio de las *Pandectas*, hay que volcarse. La finalidad de Savigny y sus discípulos perseguían no era la de conseguir “unos conocimientos históricos desligados de toda consideración y de todo carácter práctico, sino que, como el maestro decía, había que extraer del Derecho romano todo aquello que pudiera ser útil en la actualidad”.<sup>7</sup>

Si he recordado aquí estas nociones, por otra parte bien conocidas y respaldadas por las interpretaciones de Koschaker y Wieacker, entre otros,<sup>8</sup> ha sido precisamente para ver lo que sucedió en Alemania cuando, con la redacción del *BGB* y poco después con su entrada en vigor, la vinculación pragmática de la Historia a la dogmática perdió su razón de ser. El mismo Savigny había anticipado la situación que se produjo a fines de siglo. Cuando con base en el material acarreado desde Roma hasta el taller del científico sistemático éste haya construido la dogmática jurídica y sobre ésta el legislador haya elaborado y promulgado el código; cuando con los ladrillos romanos se haya elevado tan científico edificio, el estudio del Derecho romano ya no tendrá razón de ser, ya no servirá para nada. Entonces, dice Savigny, en una frase no muy clara, pero quizá inconscientemente reveladora de su desdén hacia una Historia del Derecho no utilitaria, “podríamos relegar el Derecho romano a la Historia”.<sup>9</sup>

Pues bien; eso es lo que en efecto sucedió en Alemania. A finales del siglo XIX y durante los primeros años del XX se produjo una crisis en los estudios históricos. Puesto que ya no eran necesarios pragmáticamente había que resolver el dilema siguiente: o se les abandonaba en virtud de su inutilidad, o se afirmaba su interés al margen de su inutilidad. Quizá Mommsen (1817-1903) fue el pionero de esta tarea de liberar a la Historia del Derecho romano

<sup>6</sup> Savigny, F. C. von, “De la vocación de nuestra época para la legislación y la jurisprudencia”, *apud*, Thibaut y Savigny, *La codificación*, Madrid, Aguilar, 1970, pp. 136-137.

<sup>7</sup> Koschaker, P., *Europa y el Derecho romano*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 380-381.

<sup>8</sup> Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (2. neubearbeitete Auflage), Göttingen-Ruprecht, 1967, pp. 348 y ss. (“Die Ursprünge der historische Rechtsschule”), y más concretamente pp. 381-399. Entre la literatura española, *cfr.*, Gibert, Rafael, *Federico Carlos de Savigny, fundador de la Escuela Histórica del Derecho (1779-1861)*, Granada, Papeles Universitarios del Colegio Mayor Isabel La Católica, 1963.

<sup>9</sup> Savigny, F. C., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 148.

del servilismo a la dogmática jurídica; y por eso lo consideraba Wieacker (no sin cierta exageración) como “el primer verdadero historiador del Derecho”.<sup>10</sup>

Siguiendo su ejemplo y comprendiendo desde 1874, cuando comienza la etapa definitiva de elaboración de proyectos del futuro *BGB*,<sup>11</sup> que la función utilitaria de la Historia del Derecho romano ha terminado, surge en los últimos años del siglo XIX una nueva orientación entre los romanistas, caracterizada por el abandono dogmático del Derecho romano y su acercamiento creciente a éste con interés “puro” de historiadores. A esta dirección (llamada por Koschager “neohumanista”, con expresión bastante equívoca, por su intención de relacionarla con el humanismo jurídico del siglo XVI)<sup>12</sup> pertenecen obras como el *Edictum perpetuum* de Otto Lenel (1884), las *Interpolaciones en las Pandectas* de Grandenwitz (1887) y sobre todo el *Derecho imperial y Derecho popular* de Ludwing Mitteis (1891). Con estas obras, al mismo tiempo que (una vez más prolongando a Mommsen) se perfecciona el análisis crítico de las fuentes llevando a cabo una de las tareas más dignas del positivismo, se pone también de manifiesto la calidad que pueden alcanzar los estudios histórico-jurídicos cuando Historia del Derecho y ciencia o dogmática jurídica se separan. La entrada en vigor del *BGB* el primer día del siglo XX era un símbolo (algo tardío, si se quiere apurar el análisis cronológico) de ese divorcio entre Historia y dogmática, de esa voluntad de liberación que los historiadores alemanes (o más en concreto algunos de ellos situados en la línea de los romanistas, hasta entonces la más supeditada a la dogmática) sentían y manifestaban.

Luego volveremos a examinar este viejo problema de Historia y dogmática para ver qué se ha pensado acerca de él desde los días iniciales del siglo. Antes de hacerlo creo conveniente detenernos a contemplar cómo estaba la Historia del Derecho en los distintos países antes mencionados en esos años cercanos a 1900.

<sup>10</sup> La apreciación de Wieacker sobre Mommsen aparece en la traducción española de la 1ª edición de su obra (*Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, [traducción de Francisco Fernández Jardón], Madrid, Aguilar, 1957, p. 368). Sin embargo, en la segunda edición alemana antes citada en nota 8, aunque Wieacker reproduce y aun aumenta los elogios hacia Mommsen e insiste en la interpretación de su obra aquí recogida, no reproduce la frase citada en la traducción española de la primera edición alemana; como no tengo a mi alcance un ejemplar de ésta, ignoro si la diferencia se debe a una alteración del texto original realizada por el autor o a una particularidad de la traducción española.

<sup>11</sup> Cfr. el prólogo de Karl Larenz a la edición del *BGB* citada, en nota 3, pp. 11 a 14; cfr., asimismo, Wieacker, F., *op. cit., supra*, nota 8, pp. 468 a 486; cfr. también Schröder, *op. cit., supra*, nota 2

<sup>12</sup> Wieacker, F., *op. cit., supra*, pp. 416 y ss. Fundamentalmente, donde alude a este “Entdeckung der Rechtsgeschichte” y a la emancipación de ésta respecto a la dogmática.

### 3. El tránsito al siglo xx: Francia, España, Italia y Gran Bretaña

En Alemania no toda la Historia del Derecho había estado durante el siglo xix dedicada a la preparación de la dogmática jurídica del Derecho privado. Desde los tiempos de Eichhorn, cuya *Deutsche Staats-und-Rechtsgeschichte* (1808-1813) mereció elogios de Hegel<sup>13</sup> pasando por la *Deutsche Verfassungsgeschichte* que Georg Waitz comenzó a publicar en 1844<sup>14</sup> la *Historia constitucional* fue una dirección, más que un campo temático, de la Historia del Derecho. Con ella se construía una Historia temática y metodológicamente más cerca de la Historiografía política que de la ciencia o dogmática jurídica. La dedicatoria que Waitz firma en Kiel el 26 de marzo de 1844 y coloca al frente del tomo primero de su obra está dirigida no a un jurista, sino a Leopold von Ranke, a quien llama su maestro y amigo.<sup>15</sup>

Pues bien: en 1901 se publica la *Deutsche Verfassungsgeschichte* de Heusler, y seis años después otra análoga obra de Fritz Hartung.<sup>16</sup> Casi al mismo tiempo aparecían dos tomos de la monumental obra de Felix Dahn *Die Könige der Germanen*; en 1899 se publicaba el octavo, en 1902 el noveno.<sup>17</sup> Junto a los cultivadores de la Historia del Derecho romano estaban, pues, los de la Historia constitucional y los de temas y orientación más claramente germanistas.

Por las mismas fechas en Francia salían a la luz el tomo octavo de la *Histoire du Droit et des institutions de la France* de Glasson<sup>18</sup> y el tercero y último de la magnífica *Histoire des institutions politiques et administratives de la France* de Paul Viollet.<sup>19</sup> Tomemos, para más completa orientación, el tomo xxiv (1900) de la entonces denominada *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*. Hay en él tres trabajos de Esmein, entonces co-director de la revista, autor en 1891 de la clásica monografía sobre el matrimonio<sup>20</sup> y que en 1901 publicó la cuarta edición de su famoso *Cours èlèmen-*

<sup>13</sup> Hegel, J. F., *Lecciones sobre Filosofía de la Historia Universal* (trad. José Gaos, 4ª ed.), Madrid, ed. Revista de Occidente, 1974, p. 160.

<sup>14</sup> Waitz, G., *Deutsche Verfassungsgeschichte. Die Verfassung des deutschen Volkes in ältester Zeit*, Erster Band, 1844.

<sup>15</sup> Waitz, G., *op. cit.*, supra, nota 14, t. I, pp. vii-viii; manejo la reimpression de la Akademische Druck und Verlagsanstalt, Graz, 1953-1955, nueve tomos (numerados del 1 al 8, pero el 2 dividido en dos).

<sup>16</sup> Tomo ambos datos de Valdeavellano, Luis G. de, *Curso de Historia de las instituciones españolas*, Madrid, ed. Revista de Occidente, 1969, p. 99.

<sup>17</sup> El primer tomo apareció en München, 1861; el octavo en Leipzig, 1899 (*Die Franken unter der Karolinger*. Vierte Abteilung) y el noveno en Leipzig 1902 (*Die Alamannen*. Erste Abteilung).

<sup>18</sup> Obra que comenzó a publicarse en 1887 (París, Librairie Cotillon); el tomo viii aparece publicado por la misma librería en 1903.

<sup>19</sup> Su tomo primero se editó en 1890, el segundo en 1898 y el tercero en 1903, todos publicados por Larose, antes Larose et Forcel.

<sup>20</sup> *La marriage en droit canonique I y II*, París, 1891; manejo la reciente reimpression de B. Franklin, New York, 1968.

*taire d'Histoire du droit français*; <sup>21</sup> hay artículos sobre instituciones de Derecho romano, otros sobre cuestiones específicas del Derecho francés medieval, uno sobre una fuente jurídica japonesa del siglo XII, otro sobre la propiedad familiar en el antiguo Derecho sueco. Realmente los franceses estaban abiertos a temas y colaboradores de allende sus fronteras. Frente a la situación más nacionalista de la Historia del Derecho en Alemania o Italia (países de todavía reciente y problemática unificación nacional) Francia se permitía el lujo, sin menoscabo de su nacionalismo tradicional (y precisamente por la consolidación secular del mismo), de tener abiertos los ojos de sus científicos y las páginas de sus revistas a la historia jurídica de los más diversos países. El amplísimo y excelente *Bulletin Bibliographique* publicado en el mismo tomo, ocupando más de cien páginas, es prueba irrefutable de la voluntad de superar un enfoque y unos límites nacionalistas de la Historia del Derecho.

Por otra parte, en Francia la Historia del Derecho nunca tuvo planteado con la misma agudeza que en Alemania el problema de la servidumbre a la dogmática. Ni el problema de la clásica polémica “romanismo *versus* germanismo”, ni el de la utilización de la Historia por los juristas pudo darse en un país ya centralizado desde siglos atrás y cuyos principales códigos databan de tiempos napoleónicos. En este ambiente menos polémico y más distendido los estudios franceses de Historia del Derecho pronto asumieron otras características que —siempre hablando en términos generales— pueden predicarse de ellos tanto para años anteriores a 1900 como para épocas posteriores y más recientes a nosotros. Me refiero a la mayor atención a los condicionamientos sociales del Derecho y a la continuidad sin grandes rupturas entre los mejores historiadores del país. Esta continuidad puede apreciarse en la excelente y larga línea de obras de conjunto iniciada por las de Esmein y Viollet, ya citadas, y continuadas luego por los “manuales” de Chenon, Declareuil, y Olivier-Martin,<sup>22</sup> por no seguir hasta tiempos más recientes al nuestro. Aquella preocupación por el entorno social de las instituciones jurídicas puede apreciarse ya en Viollet en quien pesó la influencia de la *École des Chartres*, cuyos miembros se distinguieron por el estudio sistemático y crítico de las fuentes y por la atención a las instituciones sociales y políticas, con o sin especial preocupación por su revestimiento jurídico; hombres como Guerard, Delisle, Giry, Fustel de Coulanges se orientaron en esta doble dirección que encontramos sintetizada y prolongada en el tránsito de un siglo a otro en la persona y la obra de Paul Viollet.<sup>23</sup> Pero, además, en Francia se dio otro fenómeno, a mi juicio,

<sup>21</sup> París, Larose, 4ª edición, 1901.

<sup>22</sup> Chenon, E., *Histoire général du droit français public et privé des origines à 1815*, ed. Sirey, 1926; Declareuil, J., *Histoire général du droit français des origines à 1789*, Librairie Sirey, 1925; Olivier-Martin, F., *Histoire du droit français des origines à la révolution*, eds. Domat-Montchrestien, deuxième tirage, 1951 (la primera edición es de 1947).

<sup>23</sup> Gooch, *Historia e historiadores en el siglo XIX*, México, FCE, 1942, pp. 220-223.

importante en la caracterización no dogmática y formalista de la Historiografía jurídica: la influencia que en ámbitos muy amplios, y desde luego en el jurídico, tuvo la obra sociológica de Emile Durkheim (1858-1917). Cuando, muchos años después de su muerte, se implante la dirección de la *Histoire des institutions et des faits sociaux* no se hará sino oficializar a efectos docentes una orientación clásica y dominante en la Historiografía jurídica francesa.

Señalemos finalmente la existencia constante en Francia de la *Revue historique du droit français et étranger*, fundada en 1844 y continuada después, en 1876 bajo el nombre de *Nouvelle Revue*, como órgano de publicación periódica de los estudios histórico-jurídicos.

Precisamente la ausencia de una revista análoga a la de la fundación Savigny o a las francesas que acabo de citar es ya un síntoma, y no pequeño, de la postración en que la Historia del Derecho había caído en España. Escribo “había caído”, para sugerir que en épocas anteriores, al principio del siglo XIX, sí que hubo en España grandes historiadores del Derecho entre los que destacaban Martínez Marina (1754-1833) y Sempere y Guarinos (1754-1830), figuras y vidas paralelas, aunque divergentes en su significación política, a la que tan permeables fueron sus respectivas obras,<sup>24</sup> cuyas características no es necesario señalar aquí. Tras ellos y con la única excepción notable de la figura de don Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)<sup>25</sup> la Historia del Derecho se hundió en mi país durante décadas enteras en la vulgaridad y la falta de calidad científica. Aunque, ya en el último cuarto del siglo XIX surgen especialistas de calidad como Rodríguez de Berlanga, Francisco de Cárdenas, o los historiadores-sociólogos (grupo no muy homogéneo en el que caben Eduardo Pérez Pujol, Joaquín Costa y Gumersindo de Azcárate), es indudable que la personalidad científica que logró sacar definitivamente de su postración a la Historia del Derecho en España fue Hinojosa.

Hombre cuya vida transcurrió de uno a otro siglo, pues nació en 1852 y murió en 1919, y cuyas principales obras se publicaron muy poco después de 1900.<sup>26</sup> También aquí la cronología nos ayuda a que el punto inicial de esta

<sup>24</sup> Maravall, José María, “Estudio preliminar” a la edición de Martínez Marina, Francisco, *Discurso sobre el origen de la monarquía*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957. Fernández Carvajal, Rodrigo, *La historiografía constitucional de don Juan Sempere y Guarinos*, REP., 1955.

<sup>25</sup> Gibert, R., “Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)”, *AEM*, 6 (1969), pp. 563-574.

<sup>26</sup> *La servidumbre en Cataluña en la Edad Media* (publicada en ruso en 1901); *Origen del régimen municipal en León y Castilla* (1903, aunque había sido objeto de una edición incompleta anterior); *El elemento germánico en la Historia del Derecho español* (leído como comunicación en un Congreso de Historia en Berlín, 1902, incluido en 1910 en la ZSS y publicado en España en 1915); *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña* (1905); *cfr.*, de Hinojosa, E. de, *Obras*, Madrid, INEJ, 1948, t. I; Madrid, 1955, t. II, y Madrid, 1974, t. III. El tomo I contiene una importante introducción de García Gallo, A. sobre “Hinojosa y su obra”; *cfr.*, también sobre el mismo Hinojosa, Galo Sánchez, “Eduardo de Hinojosa”, en *Revista de Derecho Privado*, 1919, pp. 161-164. Gibert, R., “Eduardo de Hinojosa y la



comunicación no resulte demasiado convencional. Pues, en efecto, la Historia del Derecho en España quedó dividida en un “antes” y un “después” de Hinojosa, juicio que coincide aproximadamente con el fin y el principio de uno y otro siglo.

Hinojosa puso en contacto la Historiografía jurídica española con los grandes temas y los más perfectos métodos imperantes en la Alemania de fin de siglo. Allí estuvo en 1878 y desde entonces mantuvo contacto bibliográfico constante con la Historiografía alemana. La influencia de ésta en la española ha sido desde entonces también continua e incluso exagerada por el exclusivismo con que ha solido ser interpretada. El medievalismo de Hinojosa; su modo más histórico que jurídico (y en todo caso nunca dogmático) de entender la Historia del Derecho; su preocupación por el tema de los elementos formativos de nuestro Derecho; y, quizá en primer término, la calidad y el rigor de sus trabajos ejercieron en mi país especialmente durante los últimos años de vida de Hinojosa (entre 1910-1919) un ejemplar magisterio. Vinculados a Hinojosa estuvieron (algunos con una relación que podríamos denominar de colaboración esporádica y paralela, otros en forma claramente discipular) medievalistas insignes como Díez Canseco (1860-1930), Ureña (1852-1930), Altamira (que nació en Alicante en 1866 y murió en esta ciudad de México en 1951), Sánchez Albornoz (n. 1893), Galo Sánchez (1892-1969) y José María Ramos Loscertales (1890-1956). A ellos conviene en un sentido estricto el apelativo de componentes de la Escuela de Hinojosa. De ahí surgió, en 1924, la fundación del *Anuario de Historia del Derecho Español*, todavía en publicación.

En Italia, la literatura histórico-jurídica a finales del siglo XIX y durante los primeros años del XX, estuvo dominada por el tema “romanismo o germanismo”, en cuyo trasfondo latían verdaderos problemas políticos y modos distintos de concebir la unidad nacional italiana. Desde la *Storia della legislazione italiana* de Sclopis (publicada entre 1840 y 1857) o la *Storia del diritto italiano* de Pertile (editada a partir de 1873) los historiadores del Derecho se esforzaron por ofrecer una visión unitaria de la Historia del Derecho en su país, para contribuir de este modo a superar la fragmentación particularista que fue constante de su historia y que todavía era una tendencia real y un peligro para la unidad nacional.<sup>27</sup> El problema se relacionó ineludiblemente, y sin duda por influencia alemana, con el de la oposición entre

Historia del Derecho”, en *Boletín de la Universidad de Granada* (1952), xxiv, pp. 194-209; García-Gallo, A., “Historia, Derecho e Historia del Derecho”, en *AHDE*, xxiii (1953), pp. 5-36. Baste aquí esta relación incompleta pero seleccionada de la más importante bibliografía sobre Hinojosa; para una relación más extensa, *cfr.*, el estudio preliminar citado en esta nota de García-Gallo, p. xvi, nota 1.

<sup>27</sup> Paradisi, Bruno, “Gli studi di storia del diritto italiano del 1896 al 1946”, *apud*, su *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, pp. 105 y ss., en concreto pp. 108-111.

germanismo y romanismo, y desde un punto de vista estrictamente técnico determinó la principal atención que los historiadores prestaron al Derecho romano y al de los tiempos medievales.

Dentro de esta línea Schupfer interpretaba la Historia del Derecho italiano como una continua lucha y tensión dramática entre el Derecho romano y el germánico, entre la herencia romana y el elemento germánico introducido por unos pueblos de cultura muy distinta a la romana.<sup>28</sup> Frente a esta visión de Schupfer, acaso exageradamente dramática y que quizá sobrevalorase la influencia del elemento germánico, se opusieron autores como Patetta, Brandileone y Tamasia. Este polemizó duramente con Schupfer, mientras Patetta se preguntaba un tanto escépticamente si era posible hablar de una Historia del Derecho italiano o tan sólo de una Historia del Derecho en Italia.<sup>29</sup> El problema de la duda y de la ilusión hacia la unidad política nacional vivificaba gran parte de los libros o artículos de Historia del Derecho, que era así no una especialidad sólo cultivada y leída por eruditos, sino una palestra en la que se debatían apasionadamente problemas políticos actuales. Ya en 1889 Brandileone trató de introducir un tercer término en la polémica germanismo-romanismo haciendo ver que el factor característico de la Historia jurídica italiana radicaba más que en uno u otro de los términos opuestos, en el largo y secular proceso de maduración del Derecho común; según él a éste debían dedicar su atención preferente los historiadores.<sup>30</sup> Pero las generaciones siguientes no escucharon los orientadores consejos de Brandileone, hoy sin embargo considerados como llenos de sensatez y de agudeza. Cuando una ciencia vive en clima de apasionamiento por motivos ideológicos o políticos no siempre logra enfriar su temperatura y dedicarse a lo postulado por hombres serenos y dotados de mirada a largo alcance.

Si en torno al tema eje hemos mencionado a los principales polemizadores de la Historiografía italiana, conviene señalar la existencia en el tránsito de uno a otro siglo de algunas figuras de especial relieve, al margen de su preocupación por posturas germanistas o romanistas. Hacia 1900 la Historia del Derecho en Italia está representada de modo sobresaliente no sólo por los historiadores ya mencionados sino también por figuras como Gaudenzi, Calisse, Leicht y, quizá en forma destacada, por la personalidad dual y riquísima de Salvio. Dual, porque atendió no sólo a problemas de Historia del Derecho, sino también a los de la Historia económica; riquísima porque acaso por su

<sup>28</sup> Paradisi, B., *op. y loc. cit.*, en nota anterior, pp. 119 y ss.; sobre los mismos problemas, *cf.*, también Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari, 1949, pp. 5 a 8; Visconti, D., "Dove la storia del diritto?" en *RSDI*, xxv, pp. 159 y ss.; Besta, E., *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano* (2ª ed.), Milano, 1946, pp. 79 a 87.

<sup>29</sup> Bognetti, "L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi o il problema dell'oggetto e del metodo nella storia del diritto", en *RSDI*, xvii a xx (1947), pp. 173-174 y 193.

<sup>30</sup> Bognetti, *op. cit.*, *supra*, nota 29, pp. 173-174; Paradisi, B., *op. cit.*, *supra*, nota 27, pp. 142-150.

ideología socialista supo eludir la posible trampa de centrar toda la Historia del Derecho en torno al problema nacionalista y al de los elementos formativos de Derecho italiano; aunque sus obras más maduras pertenecen a fechas posteriores, ya en el período ahora aludido Salvioli no se dejó fascinar por la discutible concepción de la Historia del Derecho como una dramática lucha entre romanismo y germanismo. Salvioli amplió temas y horizontes.<sup>31</sup>

Estos problemas no hicieron mella en la Historiografía jurídica de Gran Bretaña. Por otra parte el sistema anglosajón en cuanto sistema no codificado dejó más abierto el presente al Derecho anterior al siglo actual. En el continente, a medida que se realizaba la codificación, el Derecho previo a los códigos dejaba de estar vigente y pasaba de forma automática a ser Derecho del pasado, Derecho para historiadores. En Gran Bretaña no ha habido tan brusca ruptura de continuidad y en este sentido la colaboración entre el historiador y el jurista (teórico o profesional de la práctica) es necesariamente mayor. No hubo, como en Alemania, la tentación de convertir la Historia en instrumento directo o indirecto de la obra legislativa codificadora. Pero el pragmatismo fue y es una forma de entender la Historia del Derecho, si bien ésta suele justificarse por su utilidad en relación con la cotidiana práctica judicial.

La concepción pragmática de la *Legal History* predominó hasta fines del siglo XIX en Gran Bretaña. Aun entonces o en fechas posteriores el pragmatismo ha sido defendido, sobre todo, por juristas norteamericanos. El célebre juez Holmes escribió: "Yo utilizaré la Historia de nuestro Derecho en la medida en que es necesaria para explicar los conceptos o interpretar las normas, pero no más allá".<sup>32</sup> Pero también es cierto que en su famosa conferencia del 13 de octubre de 1888 F. W. Maitland afirmaba: "Si intentamos hacer de la Historia una criada del dogma, pronto dejará de ser Historia".<sup>33</sup>

También, pues, el problema entre Historia y dogmática era y continuó siendo un tema vivo hacia 1900 en Gran Bretaña. País en el que el mismo Maitland rompía el aislacionismo teórico británico, se hacía permeable a la influencia de la Escuela Histórica del Derecho y demostraba ser un excelente conocedor de la Historiografía jurídica continental. Véase en este sentido su magnífico libro *A prologue to a History of English Law*, publicado por primera vez en forma aislada en 1898 e incluido al año siguiente como prólogo efectivo a la segunda edición de su obra del mismo título, cuya primera edición había salido en 1895.<sup>34</sup> En estos últimos años del siglo, Maitland dictaba

<sup>31</sup> Paradisi, B., *op. cit., supra*, nota 27, pp. 136 y ss.

<sup>32</sup> Citado por Escudero, José Antonio, "La historiografía general del Derecho inglés", *AHDE*, xxxv (1965), pp. 217-356, concretamente en p. 353.

<sup>33</sup> Citado por Escudero, José Antonio, "Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos", *AHDE*, xl (1970), pp. 269-286; ambos estudios incluidos después en su libro *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, 1973; *cfr.*, la cita en la p. 82.

<sup>34</sup> *Apud*, *Select Essays in Anglo-american Legal History* (varios autores), 1907, vol. I;

en Cambridge las lecciones que en 1908, dos años después de su muerte, se editaron bajo el título de *The Constitutional History of England*, obra de la que casi hasta nuestros días se han hecho más de catorce ediciones.<sup>35</sup>

La Historia del Derecho estaba, pues, hacia 1900 y refiriéndose a Gran Bretaña representada por Maitland. Pero también por Holdsworth (1871-1944) cuya monumental *A History of English Law* comenzó a publicarse en 1903.<sup>36</sup> El olvido en que solemos dejar a la Historiografía inglesa (y que tan certeramente ha combatido en mi país José Antonio Escudero)<sup>37</sup> es la única causa (en modo alguno justificable) de la omisión y el desconocimiento de que se hace objeto a tan sobresalientes obras y autores. Limitémonos ahora a señalar que ellos eran hacia 1900 quizá los mejores, pero no los únicos sobresalientes cultivadores en el área angloamericana de nuestra disciplina. Para comprobar la notable altura científica y la amplitud temática de la *Legal History* en Gran Bretaña y en algunos lugares de Estados Unidos de América, es suficiente la lectura de los tres gruesos volúmenes de trabajo de varios historiadores publicados entre 1907 y 1909.<sup>38</sup>

Ahí y así estaba nuestra disciplina hacia 1900. Veamos ahora sus principales cambios y las razones o factores que los han provocado.

## II. PROBLEMAS DE CONCEPTO Y DE MÉTODO

### 4. *Historia del derecho y dogmática jurídica*

Los principales problemas teóricos de nuestra disciplina han estado planteados en un doble terreno: a) ¿qué *status* científico posee la Historia del Derecho dada la dualidad de realidades a que alude su propio nombre?, y b) ¿qué relación guardan y deben guardar el trabajo del historiador y el del jurista en cuanto dogmático del Derecho?

Frente a estas preguntas hemos de proponer otro interrogante de segundo orden: ¿son tales cuestiones tan vigentes en 1975 como en 1900 o 1950? Personalmente opino que su actualidad es menor, sobre todo por lo que respecta a la segunda de ellas, pues la primera sigue obteniendo en nuestros días respuestas diferentes entre sí.

Por otro lado conviene comprender que ambos problemas guardan reci-

pp. 7 a 33 y en particular su nota 1 en p. 7; manejo la reimpression de la Verlag Sauer und Auvermann, Frankfurt, 1968.

<sup>35</sup> Escudero, J. A. *Op. cit.*, *supra*, nota, 32, p. 280 y su nota 171.

<sup>36</sup> Holdsworth, sir William. *A History of English Law* (1ª ed.), 1903, vols. I y II. Manejo la reimpression de los XVI volúmenes, según la edición de London Mathuen and Co. Ltd., Sweet and Maxwell.

<sup>37</sup> Escudero, J. A., *op. cit.*, *supra*, nota 32, p. 218.

<sup>38</sup> *Cfr.*, *op. cit.*, *supra*, nota 34. (El vol. I es de 1907, el II de 1908 y el III de 1909).

proca y estrecha relación. Y finalmente es obvio que el problema de la consideración de la Historia del Derecho como ciencia jurídica, como ciencia historiográfica, o como ambas cosas depende en gran medida de los conceptos de Derecho, de ciencia jurídica y de Historia (como ocupación científica) que en cada momento se postulen y admitan.

Una vez hechas estas reflexiones con la intención de enmarcar el tema y de orientar su tratamiento, veamos una síntesis de lo que sobre estos problemas teóricos se ha pensado.

Para lo cual hay que partir de la famosa frase escrita por Brunner en 1885 y que tanta importancia ha tenido. En aquella fecha, con carácter incidental y con referencia no a las categorías conceptuales de su tiempo, sino a las del tiempo estudiado en cada caso por cada historiador, escribió Brunner: *“denn für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff”*.<sup>39</sup> Hay que conceptualizar, hay que encerrar la materia histórica en dogmas jurídicos. Pero ¿cómo entender esta especie de mandato de Brunner? ¿Qué relación guarda esa aparente necesidad con una codificación ya terminada en Europa a partir de 1900? ¿Subsiste el imperativo cuando la ciencia jurídica ya no es entendida como jurisprudencia de conceptos, esto es, desde que la dogmática jurídica formalista entró en crisis?<sup>40</sup>

*“Il problema dei rapporti tra storia del diritto e dommatica giuridica può essere considerato (escribía Cassandro en 1949) sotto due diversi punti di vista. L'uno è quello dei sussidi che la storia può offrire alla comprensione e alla ricostruzione del diritto moderno; l'altro, invece, è dell'utilità che lo storico può ricavare dai concetti della dommatica contemporanea ai fini dell'interpretazione del diritto che fu”*. El planteamiento de Cassandro es correcto al distinguir los dos planos que tantas veces se han confundido.<sup>41</sup>

La herencia del siglo XIX era en este sentido contradictoria; por una parte los historiadores del Derecho recibían lo que casi irónicamente podríamos denominar el mandato de Brunner, pero por otra —como ya expusimos en los puntos 2 y 3 de esta ponencia— habían comprendido que una vez realizada la tarea de codificar, aquella visión de la Historia del Derecho como mero instrumento de la dogmática perdía su razón de ser. Los también citados y contradictorios textos de Holmes y Maitland situaban el dilema en forma semejante. Aludiendo a la crisis del Derecho romano que se dejó sentir en Europa por aquellos decenios, comenzó a pensarse que una Historia del Derecho (del de Roma o del de cualquier otra época) construida sólo con esa

<sup>39</sup> Para situar e interpretar el famoso texto, *cfr.*, las magníficas precisiones que apunta Escudero, J. A., *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 81, en cuya nota 29 se reproduce íntegro el texto de Brunner.

<sup>40</sup> *Cfr.*, para este último punto Larenz, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1960, pp. 59 y ss., y 98 y ss.

<sup>41</sup> Cassandro, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 26 (2ª ed., Bari, 1955).

función ancilar consistiría en una simple tarea de desenterrar el pasado para, tras haberle exprimido su jugo, volver a dejarlo donde estaba; por haberlo estudiado en gran parte así, el Derecho romano quedó entonces para muchos arrinconado como producto ya inservible; o como decía Scialoja, como *Diritto morto*.<sup>42</sup>

Tan rígido enfoque pragmático de la Historia del Derecho fue abandonado poco a poco. Dada la perfección y la sutileza conceptual de la dogmática jurídica transmitida por los pandectistas, comenzó a sentirse que ni la Historia del Derecho en general, ni siquiera el estudio histórico del Derecho clásico romano podía ofrecer al jurista lo que durante tanto tiempo pareció ser *la raison d'être de l'étude du droit romain*, es decir, el conocimiento de una técnica superior, de unas orientaciones doctrinales aprovechables, de un vocabulario depurado.<sup>43</sup> Por eso, como escribía Bader en 1951, se abrió camino la idea de que el historiador del Derecho debe ser un *reiner Forscher*, exento de preocupaciones utilitarias inmediatas.<sup>44</sup>

¿Significa eso que los historiadores hayan abandonado todo tipo de preocupación dogmática, de formalización jurídica de las realidades estudiadas? No, o al menos no necesariamente. Aunque en 1938 y luego en 1947 Koschaker opinara que la Historia del Derecho tenía que orientarse o dogmáticamente o como simple Historia, y que ambas tendencias eran incompatibles; aunque el propio autor, de tan reconocida autoridad, pretendiese que sólo “volviendo a Savigny”, a la subordinación de la Historia a la dogmática podría remediarse la crisis del Derecho romano y de la ciencia romanística del Derecho,<sup>45</sup> lo cierto es que, sobre todo en los últimos treinta o cuarenta años, los historiadores del Derecho han buscado caminos para lograr que nuestra disciplina, sin dejar de interesar a los juristas, sin dejar de formalizar jurídicamente la materia estudiada, no esté supeditado a la dogmática.

Se suele admitir si no la necesidad sí al menos la conveniencia de que el historiador exponga dogmáticamente los resultados obtenidos en su investigación. Pero es claramente dominante la advertencia de que el historiador deberá utilizar las categorías conceptuales propias del sistema jurídico estudiado. Ya Schwerin afirmó en 1922 que hay que prescindir de las categorías jurídicas modernas; el historiador debe por el contrario extraer inductivamente de la materia estudiada las categorías adecuadas a ellas; para facilitar esta tarea lo ideal sería que el historiador no conociese otro Derecho ni otro período histórico que el estudiado por él, con lo cual evitaría el riesgo de

42 Orestano, Ricardo, “Il diritto romano nella scienza del diritto”, *JUS*, 1951, p. 157.

43 Gaudemet, Jean, “Etudes juridiques et culture historique”, *Archives de Philosophie du Droit (Droit et Histoire)*, 1959, p. 14.

44 Bader, K. S. *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers*, Tübingen, 1951, p. 7.

45 Koschaker, P., *Europa...*, p. 401; sin embargo en otros pasajes de la misma obra expresa ideas no idénticas a ésta (*cf.*, por ejemplo, pp. 430 a 438).

trasponer categorías dogmáticas de un sistema jurídico (retengamos la expresión) a otro anterior o posterior.<sup>46</sup>

Pero ¿no será necesario por el contrario utilizar algunas categorías jurídicas de validez universal y por consiguiente aplicables a todo tiempo y lugar, a todo sistema jurídico históricamente existente o existido? En este sentido se pronunciaron en 1928 y 1949 Betti y, poco después, glosando a éste, Aldo Checchini.<sup>47</sup> Haciéndose eco de Betti, Checchini admitía la diferencia entre unos dogmas particulares y específicos del Derecho positivo actual, sobre cuyo valor relativo no hay duda, y otros conceptos que tienen una eficiencia dogmática muy superior, en modo alguno reducible a la pertenencia a un solo sistema jurídico; para ellos, conceptos como normas jurídicas, ordenamiento jurídico, negocio jurídico, derecho subjetivo, etcétera, tienen sentido instrumental válido para cualquier época o sistema. En muy análogo sentido se expresaba por aquellos mismos decenios Radbruch.<sup>48</sup> Y no es casualidad la coincidencia. En el trasfondo de esta visión absolutizadora de la validez de determinadas categorías jurídicas late la voz del neokantismo jurídico, esto es, la convicción, puesta en circulación por Stammler de que el Derecho debe ser entendido por medio de unas categorías formales universales y por tanto *a priori*.<sup>49</sup>

Por la aceptación de estos universales, o por lo menos la traducción de los mismos en categorías técnicas precisas se ha revelado como una exigencia excesiva para el historiador. Quienes siguen las huellas de interpretaciones historicistas (ya sea las de un historicismo basado en el materialismo histórico o las de un pensamiento heredero del de Dilthey) vinculan la realidad jurídica a la Historia de modo tal que niegan la validez apriorística de cualesquiera categorías. En este sentido hay que entender, a mi modo de ver, algunas frases de Wieacker, cuando después de proclamar que la Historia del Derecho debe aplicar las mismas técnicas y métodos de la Historia (sobre todo en lo concerniente a la crítica documental) añade que el historiador del Derecho no puede orientar su histórico examen y los resultados del mismo según las necesidades normativas de la dogmática jurídica.<sup>50</sup>

Por otra parte, el insistir demasiado en la necesidad de orientar dogmáticamente la realidad histórica estudiada puede llevar a la Historia del Derecho a una excesiva valoración del papel de la ciencia jurídica en otras épocas. La exigencia de concebir dogmáticamente todo lo estudiado choca con la ausen-

<sup>46</sup> Schwerin, Claudius von, *Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte und ihrer Teilgebiete*, 1922.

<sup>47</sup> Checchini, Aldo, "Vecchi e nuovi metodi della storiografia giuridica", *Scritti giuridici e storiogiuridici*, Padova, Cedam, 1958, 1, pp. 55 y ss., en concreto nota 25 y pp. 63 y ss.

<sup>48</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1951, pp. 48-49.

<sup>49</sup> Larenz, Karl, *op. cit., supra*, nota 40, pp. 99-107.

<sup>50</sup> Wieacker, F., *op. cit., supra*, nota 8, pp. 423-424.

cia de conceptos jurídicos en muchos períodos, sobre todo, por supuesto, en los de mayor primitivismo. ¿Qué hacer entonces? Si se trata de construir dogmáticamente sólo en el sentido de los conceptos propios de cada sistema, cuando el Derecho estudiado carezca de ellos de modo expreso, el historiador no podrá eludir la necesidad de “poner” él sus conceptos ante la realidad silente de lo “dado”.

Quizá por estar de vuelta de estos insalvables dilemas la Historia del Derecho se orientó, en especial a partir de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, por líneas distintas a la marcada por la tendencia dogmática. Ahora no se niega la posibilidad y aun la conveniencia de una Historia de la ciencia o de la técnica jurídica, pero se la distingue con toda claridad de una Historia de los conceptos, por estimar que éstos no tienen realidad propia y sustantiva. Y, como también ha dicho Cassandro<sup>51</sup> esa Historia posible y válida de la ciencia jurídica no sería ni toda la Historia del Derecho posible ni acaso la más interesante.

##### 5. *Otros planteamientos: Historia de los sistemas jurídicos, orientación institucional, ciencia jurídica o ciencia histórica.*

De este modo la Historia del Derecho ha ido conquistando su emancipación respecto a la dogmática y superando la estrecha concepción que la dejaba reducida a ser una mera Historia de los conceptos o de los sistemas jurídicos.

La visión de la Historia del Derecho como Historia de los sistemas jurídicos iba ligada hacia 1920 y 1930 —sobre todo en su formulación en España y en Portugal— a la admisión de unos elementos constitutivos de la Historia jurídica nacional, sucesivamente incorporados sobre los sustratos primitivos.<sup>52</sup> Tal modo de entender la Historia del Derecho facilitaba en apariencia la periodificación de su contenido, pero planteaba dificultades casi insalvables. La importancia y aun la identificación de “lo romano”, “lo germánico”, “lo primitivo” y sus posibles supervivencias, “lo jusnaturalista” o “lo nacional...” son cuestiones a dilucidar dentro de y a lo largo de la investigación; pero para esta orientación, en cuanto utilizan la sucesión en sistemas como criterio expositivo, tales cuestiones aparecen como soluciones previamente aceptadas en torno a las cuales se construye, con una pesada hipoteca apriorística, toda la Historia del Derecho.

<sup>51</sup> Cassandro, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 79.

<sup>52</sup> Como ejemplo de una concepción rígida de la Historia del Derecho como Historia de los sistemas jurídicos, *cfr.*, Cabral de Moncada, L., “O problema metodológico na ciência da história do direito português” (Critério para una nova divisão cronológica), *AHDE*, x [1933], pp. 138-159. Por aquellos mismos años, *cfr.*, una visión mucho más equilibrada y con espléndido y actualísimo soporte bibliográfico, dentro de esta misma línea, en Torres López, Manuel, *Lecciones de Historia del Derecho español* (2ª ed.), Salamanca, 1935, vols. I y II (en especial, vol. I), pp. 29 a 31 (bibliografía) y siguientes.



Esta y otras críticas expuso frente a la Historia del Derecho de orientación dogmática o de orientación sistemática el profesor García-Gallo en España en 1953.<sup>53</sup> La “orientación institucional” que dicho autor propugna desde entonces construye el tejido de la Historia del Derecho en torno a las instituciones, pero procurando que en el examen de las mismas el historiador-jurista, aun sin olvidar el contenido social, económico o de cualquier otra índole que cada institución albergue, centre su atención en el ropaje jurídico de la institución, esto es, en lo que ésta (la que en cada caso se estudia) tenga de solución jurídica a problemas diversos. A su vez tales problemas (o al menos los que por ser humana e históricamente ineludibles, son más constantes) podrían ser considerados como las realidades básicas del suceder histórico-jurídico. La orientación institucional ha sido defendida en España desde entonces no sólo por García-Gallo, sino por sus numerosos discípulos. No es posible analizar críticamente sus postulados (aquí apenas expuestos); pero sí conviene citar esta orientación no sólo por la calidad intrínseca de los trabajos de García-Gallo y por su arraigo en mi país, sino por su significado metodológico. Con ella, en efecto, García-Gallo trata de desligar a la Historia del Derecho de toda sujeción a la dogmática jurídica, pero, al mismo tiempo, se esfuerza por separar a la Historia del Derecho de la Historiografía, negando que nuestra disciplina sea Historia, y afirmando que es ciencia jurídica.<sup>54</sup>

Esto nos da pie para plantear aquí la vieja y acaso superada cuestión<sup>55</sup> de si la Historia del Derecho es ciencia jurídica, rama de la ciencia de la Historia o un híbrido o forma mixta de una y otra ciencia. Vigente o no (y yo creo que sí lo está), la cuestión sólo puede ser aquí aludida y en modo alguno tratada a fondo.<sup>56</sup> Para ordenar la exposición trataremos separadamente de los tres tipos de opiniones formuladas al respecto.

En primer lugar podemos referirnos a un numeroso grupo de autores que afirman, con expresiones a veces idénticas, otras sólo semejantes, que la Historia del Derecho es una realidad bifronte o de doble vertiente, cuyo método es histórico, aunque también jurídico y cuyo objeto es el Derecho. En Alemania, historiadores como Heinrich Mitteis y Conrad han sostenido esta línea, que en cierto modo contribuyó a rescatar la Historia del Derecho de la dogmática y de su consideración como ciencia jurídica. Estas consideraciones

<sup>53</sup> Cfr., *op. cit.*, *supra*, nota 26; del mismo autor “La historiografía jurídica contemporánea”, *AHDE*, xxiv (1954), pp. 605-634, y su *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1959-1962, t. I y II (hay varias ediciones posteriores con escasas modificaciones).

<sup>54</sup> Cfr., en este aspecto sus puntualizaciones en uno de sus últimos trabajos “Cuestiones de historiografía jurídica”, *AHDE*, xlv (1974), pp. 741 y ss.

<sup>55</sup> Así la considera Pérez-Prendes, José Manuel, *Historia del Derecho español*, Madrid, Darro, 1973, pp. 99 y 100.

<sup>56</sup> Aunque tampoco con un tratamiento exhaustivo, algo digo yo sobre ella en mi trabajo “Historia del Derecho e Historia”, publicado en *Once ensayos sobre la Historia* (por autores varios), Madrid, Editorial Rioduero, 1976, pp. 159 a 181.

y el análisis de la epistemología neokantiana de las “ciencias del espíritu” (Dilthey) impulsaron a Mitteis a aproximar la Historia del Derecho al campo de la Historiografía. Pero, además, para Mitteis, que escribe su famoso librito *Vom Lebenswert des Rechtsgeschichte* en 1947, en gran parte como reacción “humanista” contra el positivismo dogmático de la Alemania nazi poco antes desaparecida, la Historia del Derecho debe enseñar al jurista la relatividad del Derecho, y al lograr esto cumplirá una función positiva y saneadora, y servirá como vacuna contra cualquier concepción rígida, dogmática y absolutista del Derecho.<sup>57</sup> Análoga era la actitud de Bader en 1951 cuando postulaba una Historia del Derecho que sirviera de puente vivo entre las disciplinas jurídicas y las históricas; o la de Conrad en 1954. En España y en fechas recientes, Font Rius y Jesús Lalinde han sostenido actitudes conceptuales semejantes.<sup>58</sup>

Una segunda tendencia es la seguida, bien que con variaciones más importantes de lo que en principio da a entender la similitud de expresiones, por quienes defienden que la Historia del Derecho es ciencia jurídica. Como factores comunes a los historiadores inmersos en esta corriente podríamos señalar la fuerte impronta que sobre todos ellos ejerció o ejerce al magisterio y el ejemplo de la Escuela Histórica del Derecho y, por otra parte, la preocupación por la utilidad práctica —a veces abiertamente pragmática— que la Historia del Derecho debe cumplir para el jurista. Los historiadores anglosajones del Derecho ya mencionados antes<sup>59</sup> serían excelentes ejemplos vivientes de esta orientación.

Sin embargo, no es posible identificar su actitud pragmática (pues de tal cabe hablar, mejor que de un auténtico pensamiento teórico) con las orientaciones defendidas, entre otros, por García-Gallo, Orestano o De Francisci. Para Orestano es evidente que la ciencia romanística (él mismo, no lo olvidemos, es un profesor de Derecho romano) debe olvidarse de una utilidad como la que en épocas de la Pandectística cumplió; para él el estudio del Derecho romano, y el de cualquier otra etapa histórica debe justificarse pura y simplemente en cuanto conocimiento histórico del pasado; pasó ya el tiem-

<sup>57</sup> Mitteis, H., *Deutsche Rechtsgeschichte* (Dritte Auflage), München-Berlin, 1953, p. 1: “Die Rechtsgeschichte ist ein Teilgebiet sowohl der Rechtswie der Geschichtswissenschaft. Sie gehört also zweit Disziplinen an, wahrt aber beiden gegenüber die Selbständigkeit ihrer Methode”. Del mismo autor, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, 1947, pp. 7, 12 a 36 (donde estudia la problemática de las ciencias culturales y de la historia en particular a través del pensamiento de Hegel, Droysen, Dilthey, Windelband y Rickert) y 37 (donde estudia la relación de la Historia del Derecho con las demás ciencias jurídicas).

<sup>58</sup> Bader, K. S., *op. cit., supra*, p. 18; Conrad, H., “Deutsche Rechtsgeschichte, I, Frühzeit und Mittelalter”; ein *Lehrbuch*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1954; *cf.* pp. xv y ss. y el epígrafe “Rechtsgeschichte als wissenschaftliche Aufgabe”. Análogamente Font Rius, J. M., “Derecho histórico”, en *NEJS*; Lalinde, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 1 y 2.

<sup>59</sup> *Cfr., supra*, notas 32 y siguientes.

po de Savigny, el tiempo del “Derecho romano actual”. Ahora bien, ¿en qué estriba esa justificación general del estudio histórico del pasado jurídico? En el enriquecimiento que tal conocimiento proporciona a la experiencia jurídica; los juristas actuales no deben limitar su experiencia a la del Derecho presente; su experiencia aumentará benéficamente cuando conozcan además lo que fue el Derecho de otras épocas; así, la “Historia del Derecho ofrece al jurista una experiencia actual de aquella experiencia pretérita”. Y entendida de este modo la Historia del Derecho no es, a su juicio, una simple rama historiográfica, sino que es ella misma ciencia del Derecho.<sup>60</sup>

El pensamiento de García-Gallo en este punto parece orientado, al afirmar el carácter jurídico de nuestra disciplina, por una actitud negativa; acaso es en él dominante la preocupación por evitar que la Historia del Derecho, al ser considerada como ciencia de la Historia pierda interés para el jurista dogmático y cumpla acaso una exclusiva función vicaria o complementaria respecto a otras ramas de la Historiografía. Hay que señalar que en su último escrito de carácter metodológico parece restar importancia a la consideración del *status* científico de la Historia del Derecho, e inclinarse como carácter, orientación o tendencia dominante por la afirmación de que la Historia del Derecho es ciencia jurídica, pero sin marcar distancias respecto a la Historia-ciencia.<sup>61</sup>

Otro autor, también romanista de profesión, que aplicó la expresión “ciencia jurídica” a la Historia del Derecho fue De Francisci. Comenzó éste distinguiendo entre la técnica del Derecho, que él identifica con la dogmática, en cuanto conocimiento y aplicación práctica del Derecho, y la ciencia del Derecho; ésta consistiría en el esfuerzo por conocer el Derecho sin ninguna preocupación práctica inmediata y sería por ello un estudio esencialmente histórico, tanto por su objeto —pues el Derecho es un fenómeno histórico— como por sus métodos de trabajo. Pero esa ciencia jurídica (que De Francisci identificaba con la Historia del Derecho) parece que tendría para él un contenido meramente descriptivo, pues debería desembocar en lo que él denominaba una ciencia jurídica de segundo grado y que en realidad consistiría en una especie de sociología jurídica, cuyas líneas o contenido aquí no nos interesan.<sup>62</sup>

En un sentido casi inverso, aunque coincidente en los términos, algunos

<sup>60</sup> El pensamiento de Ricardo Orestano es bastante complejo y su exposición rebasaría, obviamente, los límites de una nota; *cfr.*, *in genere*, sus estudios siguientes: “Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano”, *JUS*, 13, 1962; *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953; “Sociologia e studio del diritto”, *JUS*, 8, 1957; “Il diritto romano nella scienza del diritto”, *JUS*, 1951. *Cfr.*, una exposición sintética de su pensamiento en Giuliani, A., “Studio storico del diritto e studio dell’esperienza giuridica”, *JUS*, 1955, sobre todo pp. 473 y ss.; del mismo Giuliani, A., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, pp. 176 y ss.

<sup>61</sup> *Cfr.*, sus trabajos citados en notas 53 y 54.

<sup>62</sup> De Francisci, P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1941, vols. I, II y III (en especial, vol. I) y sobre todo su estudio “Dommatica e storia nell’educazione giuridica”, *RISD*, 1923.

otros historiadores o filósofos afirman que la Historia del Derecho es ciencia jurídica; o acaso mejor sería decir que la ciencia jurídica es Historia. Desde postulados estructuralistas, José Manuel Pérez-Prendes afirma que puesto que el Derecho es un fenómeno histórico, traspasado de historicidad, sólo cabe de él un tipo de conocimiento científico: el histórico.<sup>63</sup> No es posible analizar aquí los matices y los fundamentos de esta postura interesante y discutible; quede aquí como ejemplo de esta forma de entender que la Historia del Derecho es la única forma posible de ciencia jurídica.

Conclusión a la que también parece llegar, pero partiendo desde postulados marxistas, el filósofo italiano Umberto Cerroni. El historicismo subyacente en el materialismo histórico permite afirmar efectivamente que toda ciencia es ciencia histórica; por otra parte, Cerroni al combatir la tradicional y a su juicio confundente tríada de modos de conocer el Derecho (Filosofía, Historia y ciencia) aboga por la conveniencia de refundirlos en un solo conocimiento, que por no ser filosófico sería al mismo tiempo científico e histórico; para saber lo que el Derecho es y lo que significan los conceptos o sistemas vigentes, sólo podemos acercarnos a ellos *more historico*; por consiguiente ciencia del Derecho e Historia de la misma realidad son (o al menos tienden a ser) términos identificables.<sup>64</sup>

Nos queda por hacer mención de las posturas defendidas por quienes consideran que la Historia del Derecho es Historia. En general, todos los autores de la ya citada Historia constitucional (y por ello indiqué al comienzo de estas páginas que ésta era no sólo una parte de la Historia del Derecho, sino también una orientación o modo de entender la Historia del Derecho) pueden encontrar acomodo dentro de esta línea teórica. Para ellos la proximidad de la Historia constitucional con la Historia política (recuérdese la dedicatoria de Waitz a Ranke ya citada, o la vinculación entre Historia y política en un Martínez Marina) alejaba nuestra disciplina, tal como la cultivaban, de la dogmática jurídica, al mismo tiempo que la acercaban a las preocupaciones de los historiadores.

Esta visión de la Historia del Derecho como ciencia de la Historia domina también en la española Escuela de Hinojosa, sobre todo si restringimos el sentido de este término; y es fácil comprobarlo así con sólo examinar detenidamente los primeros tomos del *Anuario de Historia del Derecho Español* a partir de 1924. En ellos tienen sede historiadores no juristas (e incluso a veces no españoles, caso de Bloch y de tantos otros), y se cultiva una Historia social del Derecho cuyo principal defecto podría haber consistido —como ha seña-

<sup>63</sup> Pérez-Prendes, José M., *op. cit.*, *supra*, nota 55, pp. 79-104.

<sup>64</sup> Cerroni, Umberto, *La libertad de los modernos*, Barcelona, 1968, eds. Martínez Roca, 1968 (en especial los epígrafes "Derecho e Historia" y "Marxismo y Derecho"). Del mismo autor *Metodología y ciencia social*, Barcelona, eds. Martínez Roca, 1971 (en concreto el estudio "Conocimiento científico y derecho").

lado recientemente Bartolomé Clavero—<sup>65</sup> en la escasa importancia específica que a veces se prestaba al Derecho en cuanto tal.

En Francia, como ya insinué antes, la Historia del Derecho siempre ha estado más cerca de la Historia *tout court* que de la ciencia jurídica.

En Italia el fenómeno acaso fue más complejo y permitió un mayor acercamiento de la Historia del Derecho a la Historia política. En efecto, la filosofía hegeliana y, sobre todo en los primeros decenios del siglo xx la versión neohegeliana de B. Croce, propugnaba una Historia ético-política de amplio contenido o simplemente exaltaba la Historia política, la Historia del Estado. Por ello, como señaló hace años Paradisi, la Historiografía jurídica italiana o devino sierva de la dogmática jurídica en función de la codificación, también allí tardía, o ya en nuestro siglo y por la influencia de Croce, la Historia del Derecho público sufrió la absorción de la Historia política y *fu non di rado una cattiva storia politica*.<sup>66</sup>

Influencia hegeliana y “croceana” que también se percibe a simple vista en los más sobresalientes historiadores italianos de los últimos decenios: Francesco Calasso y Bruno Paradisi. Sin que sea permisible identificar sus fundamentos teóricos, hay en ellos ese denominador común. Al margen de sus obras de investigación (sobre las que volveremos más adelante) conviene ahora recoger aquí la importante e insistente tarea de Paradisi por dotar a la Historia del Derecho de una autonomía científica que le asegure su independencia tanto de la dogmática jurídica como de la Historia política. Paradisi ha insistido muchas veces en el tema; intentando escapar tanto de una visión dialéctica-materialista (que convierte el Derecho en epifenómeno de la economía) como de un ortodoxo idealismo (que transforma al Derecho en pura actividad política), Paradisi señala que el Derecho no agota su realidad ni en la norma ni en el pensamiento técnico, por lo cual no es sólo realidad política ni producto técnico-culto, sino que en él hay además como elemento esencial el real comportamiento de los hombres en sociedad. Pretende que una visión del Derecho de este tipo puede garantizar una independencia de la Historia del Derecho en el sentido antes dicho; pero insiste también en el carácter *storiografico* de nuestra disciplina, así como lamenta el poco interés que en ella suele prestarse a los problemas de carácter epistemológico propios de la ciencia de la Historia.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Clavero, Bartolomé, “La Historia del Derecho ante la Historia social”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, Universidad de Sevilla, 1974, I, pp. 238 y ss. (en especial, p. 248).

<sup>66</sup> Paradisi, B., “I nuovi orizzonti della storia giuridica” en *Studi in onore di P. Koschaker*, Milano, 1954, II, p. 145; cito por esa edición, pero ahora el mismo trabajo está también incluido en la ya citada *Apologia...* del propio Paradisi, pp. 15 y siguientes.

<sup>67</sup> Véanse en general todos sus estudios ahora reunidos en su *Apologia...*, pero especialmente *Questioni fondamentali...*, *Storia e dogma...*, *Considerazioni attuali...*; Cfr., también Nicolini, Ugo, “Per una maggiore concretezza negli studio storico-giuridico”, *JUS*, 13, 1962. (Si bien su postura metodológica no es equiparable a la de Paradisi, y en algunos

En Alemania historiadores de la talla de H. Coing y Wieacker mantienen también la idea eje de que la Historia del Derecho es Historia. Coing, autor en quien coexisten claras influencias idealistas<sup>68</sup> con otras pertenecientes al neokantismo alemán de los años 1920 o 1930, afirma que nuestra disciplina forma parte de la Historia de la cultura.<sup>69</sup> Por su parte, Wieacker sostiene en su fundamental obra tantas veces citada, y cuya primera edición es de 1952, que la disciplina que él trataba de consagrar (siguiendo precedentes que él mismo menciona y sobre los que luego fijaremos nuestra atención de nuevo) era una Historia de la ciencia del Derecho, ámbito hasta entonces descuidado por los historiadores-juristas. Para Wieacker la *Privatrechtsgeschichte* es, pues, una parte de la Historia del Derecho. Entiende que esta nueva rama debe concebirse como Historia del pensamiento jurídico y de los efectos que éste produce sobre la realidad social moderna “pues sólo así se la comprende como lo que realmente es: Historia a secas...”<sup>70</sup> Retengamos la fórmula; la Historia del Derecho es eso: Historia a secas.

Si así escribía Wieacker en la primera edición de su obra, en la segunda y muy enriquecida de 1967 insiste en las relaciones entre Historia del Derecho e Historia en general, para añadir más adelante (con clara influencia del pensamiento de Windelband y Rickert) que la Historia del Derecho, como cualquier otra rama de la Historiografía, es una ciencia ideográfica, cuyo último fundamento reside, según él, no en la utilidad que para el presente puedan reportar los materiales relativos a hechos y fechas del pasado, sino en la ineludible historicidad de nuestra existencia.<sup>71</sup>

Creo apreciar como una tendencia creciente, a situar a la Historia del Derecho en el campo de las ciencias de la Historia. Personalmente (aunque mi opinión tenga escaso relieve no me resisto a indicarla) pienso que, en efecto, conviene reservar el nombre de ciencia del Derecho a la tarea no exclusivamente dogmática o conceptualizadora *in abstracto*, sino además hermenéutica de las normas vigentes con mira a la redacción de otras nuevas, más adecuadas a la realidad social o con vistas a la recta aplicación del Derecho positivo en vigor. Que el Derecho, como toda obra humana, sea histórico y se caracterice por su historicidad no implica que el único modo científico de conocerlo sea la Historia, sino que todo jurista debe utilizar entre los métodos interpretativos aquel método (el histórico) que mejor le haga patente el devenir, el

puntos coincide con la de García-Gallo, en conjunto este trabajo de Nicolini fue, en su día, significativo de una orientación cercana a la institucionalista, al menos en su preocupación por buscar una superación de la Historia del Derecho como Historia de la dogmática.)

<sup>68</sup> Cfr., en este sentido, Coing, Helmut, “Savigny et Collingwood, ou histoire et interpretation du droit”, en *Archives de Philosophie du Droit, Droit et Histoire*, 1959, pp. 1 a 9.

<sup>69</sup> Coing, H., *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1967, p. 3: “Rechtsgeschichte ist Teil der Kulturgeschichte...”

<sup>70</sup> Wieacker, F., *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 4.

<sup>71</sup> Wieacker, F., *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 14-15, 16-17 y 423 y ss.

proceso a través del cual el Derecho actual es como es. La Historia del Derecho, concebida y construida como rama de la Historia, no pierde por ello su interés para el jurista no historiador. Pero sobre este punto hemos de volver más adelante.

6. *Repercusiones del concepto Derecho en el campo de la Historia del Derecho: Escuela Histórica, positivismo, orientaciones sociológicas y marxistas, cambios en el concepto Historia*

Aunque sea brevemente (pues el análisis de este tema pertenece por derecho propio más a los restantes congresistas que a mí) quiero dejar constancia de cómo los cambios producidos en el concepto mismo de Derecho, esto es, en las doctrinas filosófico-jurídicas, han influido en el modo de hacer Historia del Derecho.

Ya insinuamos (sin apenas entrar en el tema por su enclave cronológico en el siglo XIX) la relación entre Derecho e Historia, según la Escuela Histórica y el seco y formalista conceptualismo en que desembocó.<sup>72</sup> Además, el positivismo jurídico (si bien producía el confiado efecto de cortar las líneas de dependencia con el Derecho natural, resolviendo el problema sólo en parte) al reducir el Derecho a hechos (normativos o de otra índole) reducía su conocimiento a la empirie, a la experiencia. En este sentido, aunque algunos positivistas se consideraban satisfechos con la experiencia del presente (así pensaba por ejemplo Kirchmann en Alemania o el inglés Holland) otros filósofos (Austin, Joseph Kohler) superaban tan tosco reduccionismo y, con una llamada al Derecho comparado y con otra a la Historia del Derecho, trataban de ampliar la experiencia jurídica proporcionada por un limitado *hic et nunc*, abriendo horizontal y verticalmente la curiosidad y la perspectiva del jurista. Kohler opinaba que “toda Filosofía del Derecho que no se apoye en la Historia del Derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”.<sup>73</sup>

Pero esta estimulante colaboración entre Filosofía e Historia no podía prosperar, y ciertamente no prosperó mucho, por impedirlo precisamente los principios fundamentales de la Filosofía positivista que animaban entonces tanto a la Filosofía del Derecho como a la contemporánea ciencia de la Historia.

El positivismo quería ocuparse sólo con hechos, tratándolos asépticamente sin valorarlos de ningún modo. Pero ¿es esto posible en Derecho? Por otro lado, si se rechaza un concepto previo de Derecho, aunque sea a título de hi-

<sup>72</sup> Como libros básicos y orientativos, *cfr.*, los de Larenz, Koschaker y Wicacker, reiteradamente citados en estas páginas.

<sup>73</sup> González Vicen, Felipe. “El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporáneo”, *AFD*, 1969, xiv, pp. 15-65; González Vicen, F., “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *REP*, 1950, xxx y xxxi, pp. 31-70 y 13 a 59, respectivamente; y Larenz, K., *op. cit.*, *supra*, nota 40, pp. 51-53.

pótesis o de instrumento necesario, ¿cómo saber que los hechos y las experiencias que nos enseñe la Historia son Derecho? Los recursos de la Filosofía positivista al Derecho comparado, a la Sociología o a la Historia del Derecho sólo consiguieron aumentar cuantitativamente el caudal de experiencias jurídicas (y tal resultado es en sí mismo ya positivo); pero no llegaron a servir de base para elaborar conceptos acerca del Derecho. Pese a los deseos programáticos, Historia del Derecho y Filosofía o teoría general acerca del mismo han tenido poco contacto.

Es más, a medida que el positivismo jurídico avanzó por los caminos del formalismo, su distanciamiento o desinterés hacia la Historia del Derecho fueron mayores. Persiguiendo un conocimiento general del Derecho, la Filosofía positivista se fijó en lo más común a todos los Derechos positivos, que es por otra parte lo más específico del fenómeno jurídico: su peculiar forma. No tendría sentido ocuparnos de las direcciones formalistas; pero acaso no esté de más referirnos a la más importante de todas ellas, a la teoría de Hans Kelsen, para comprobar qué papel se otorga en ella a la Historia como posible modo de conocer el Derecho.

Kelsen fue un positivista porque rechazó todo contenido valorativo en el estudio del Derecho y porque no admitió otro Derecho que el positivo, lo que en nuestras sociedades actuales equivale a decir el creado por el Estado (que en último término para él no es sino eso mismo, orden jurídico). Consideraba a la ciencia jurídica como una ciencia normativa, que de las normas estudia no su contenido, sino su forma y la relación lógica entre todas las normas existentes. Por todo ello, Kelsen se niega a ocuparse, en cuanto jurista, de los elementos políticos, sociológicos, éticos, económicos o históricos que constituyen el contenido o los presupuestos materiales de las normas. Todos estos son elementos "metajurídicos" y constituyen el objeto no de la ciencia del Derecho, sino de otras distintas disciplinas sociales. Su "teoría pura"<sup>74</sup> se concibe así como geometría del fenómeno jurídico, previamente vaciado de todo contenido metajurídico. Por consiguiente, la Historia del Derecho no puede aportar nada a la "teoría pura del Derecho". La Historia es para Kelsen una ciencia descriptiva de hechos, cuyo enlace causal investiga. Pero entre ese marco y el de la *Reine Rechtslehre* no hay comunicación posible. Ni Kelsen cree deseable que lo haya; antes bien la pureza metódica kelseniana intenta aislar la ciencia del Derecho de todo elemento extraño; y por lo tanto de no mezclar en esta teoría pura la perspectiva sociológica o la histórica. Apenas hace falta decir aquí que la influencia del positivismo tal como lo entendió y lo defendió Kelsen produjo en muchos juristas un desinterés expreso o tácito hacia la Historia del Derecho. Si sólo importa el Derecho vigente en cuanto tal, si sólo hay que atender como jurista al entendimiento del Derecho que

<sup>74</sup> Kelsen, H. *Reine Rechtslehre* (1ª ed.), 1934.



es y a su aplicación sin entrar en valoraciones ni en perspectivas metajurídicas, ello conduce a una ciega aceptación del Derecho estatal (acrítica y pasiva, obediente y mecánica) y a un olvido de cualquier pregunta que pretenda trascender el caparazón formal de las normas. Insisto en que tal actitud es tan generalizada como nefasta para la vinculación entre historiadores y juristas.

Por lo mismo, pero a la inversa, las orientaciones sociológicas, desde la temprana jurisprudencia de intereses de Heck hasta la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de Ehrlich (aparecida en 1913), o a la orientación institucionalista de Hauriou en Francia o a la semejante (pero no idéntica) de Santi Romano en Italia (teoría del Derecho como ordenamiento jurídico), al enfocar el Derecho en un sentido no formalista ni tampoco meramente conceptualista ni normativista, han tenido (al margen de sus diferencias intrínsecas en las que no hay por qué incidir aquí) el efecto común de enriquecer el estudio del Derecho con perspectivas amplias. La Historia del Derecho se ha dejado influir positivamente por estas orientaciones, lo cual es patente por ejemplo en Calasso y Paradisi en Italia respecto a Santi Romano, o en el influjo del institucionalismo en la dirección oficial en Francia a partir de la reforma del plan de estudios de 1954.<sup>75</sup>

La influencia del pensamiento jurídico marxista sobre la Historia del Derecho ha podido ser, durante gran parte del siglo que vivimos, negativa. La tendencia (patente en cierto modo de entender el materialismo histórico) a reducir el estudio de la sociedad a lo estrictamente económico y a considerar los fenómenos superestructurales como derivaciones o subproductos de la base socioeconómica, tenía inevitablemente que producir un fenómeno de pérdida de interés hacia el Derecho, cuya importancia real ha sido durante mucho tiempo desatendida dentro del pensamiento marxista. Recientemente un neomarxismo más elástico en sus principios teóricos reconoce la relativa autonomía "regional" de cada sector de la realidad social, permite un estudio independiente de cada una de tales realidades y al mismo tiempo supera una Historia identificada de hecho con la Historia económica, para permitir y aun aconsejar, el cultivo de las historias especializadas, aunque siempre con la intención final de reconducirlas a una Historia total.<sup>76</sup> En este sentido hay una reacción de interés hacia el Derecho y hacia su Historia dentro de esta orientación filosófica.

Si hemos hablado de las consecuencias que el cambio en los modos de entender el Derecho ha producido en nuestra disciplina, obviamente deberemos mencionar los paralelos efectos que sobre ellas han tenido las modificaciones

<sup>75</sup> Sobre la importancia del método sociológico en Historia del Derecho, *cfr.*, el volumen colectivo *Méthode sociologique et Droit* (Actas del Congreso celebrado en Strasboug, en noviembre de 1956), París, 1958.

<sup>76</sup> *Cfr.*, *op. cit.*, *supra*, nota 56, pp. 168-171.

en el concepto, técnica y métodos de la Historia. No es posible hacer aquí una Historia de la Historiografía durante el período estudiado. Pero, aun a título de simple fórmula quintaesenciada, es necesario aludir a la presencia de filosofías como el marxismo, el historicismo de Dilthey, el neokantismo de Windelband y Ricker y el neohegelismo de Croce; todas ellas, aquí ordenadas por orden “de aparición en escena”, han revitalizado en los últimos decenios del siglo XIX y a todo lo largo del XX el modo de concebir científicamente la Historia, han renovado los métodos y el aparato conceptual del historiador y han contribuido decisivamente a superar una Historia positivista, meramente narrativa, descriptiva de hechos, y pretendidamente aséptica; esto es, han heredado de la Historiografía positivista lo mejor de ella, su preocupación metódica, su finura crítica en el análisis de las fuentes, pero han avanzado muchísimo hacia una Historia más ambiciosa, de mayores vuelos teóricos, de más preocupación por plantear problemas y por comprender realidades por debajo de la superficial descripción de los hechos. Sería injusto olvidar en este sentido la enorme importancia de la francesa escuela de la revista *Annales*; en ella, hombres como Marc Bloch, Lucien Febvre, Fernand Braudel, Jacques Le Goff, E. Le Roy Ladurie y tantos otros han desarrollado una labor crítica, de enriquecimiento metodológico y de amplísima investigación. Cierto es que en dicha escuela ha habido poca comprensión hacia la Historia del Derecho (algunas páginas de Marc Bloch son, por ejemplo, duras contra nuestra disciplina); pero cierto también que ello no impide que los historiadores aprendamos de tal escuela lo muchísimo que en ella hay de positivismo.<sup>77</sup>

### III. PRINCIPALES ORIENTACIONES ACTUALES

#### 6. *Antecedentes*

¿Qué campos se cultivan? ¿Qué temas se estudian de modo preferente entre nosotros? ¿Qué innovaciones han arraigado? Veámoslo con la brevedad obligada.

Uno de los logros ya plenamente maduros de la Historia del Derecho es la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Académicamente nació por exigencias del plan de estudios Eckhard de 1935. Se trataba de impulsar el estudio histórico jurídico fuera del ámbito hasta entonces más cultivado. El Derecho romano (estudiado con predominio de la mentalidad dogmática o con la preocupación historiográfica más pura), el Derecho germánico o más en concreto el alemán (tanto en su vertiente jurídica privada como en el sector de las ins-

<sup>77</sup> Cfr., sobre estos temas García Marín, José María, “Actitud metodológica e Historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1976, 4, separata, pp. 1-59 (en particular, 16-33).

tituciones públicas y las fuentes) y la *Verfassungsgeschichte* habían sido los campos tradicionalmente trabajados por los historiadores del Derecho, a los cuales habría que añadir el complementario de la Historia del Derecho canónico. Con la idea de Eckhard se pretende penetrar en la Edad Moderna y superar por vía de refundición las ramas romanística y germanística en una síntesis asuntiva de ambas. De ellas y de la canonística. Puesto que, en efecto, la recepción del Derecho común en Alemania abarca, como es obvio, el elemento canónico, el cultivo de la Historia del Derecho privado de la Edad Moderna necesariamente habría de comprender lo que en el estudio del Derecho medieval se habían manifestado hasta entonces como direcciones contrapuestas, polémicas y enfrentadas.

Así, junto a obras de la clásica Historia general del Derecho (*Deutsche Rechtsgeschichte*)<sup>78</sup> y junto a las paralelas del *Deutsche Privatrecht*<sup>79</sup> existen ya numerosos manuales de la *Neuere (deutsche) Privatrechtsgeschichte*. Si tomamos selectivamente tres de ellos, los de Gerhard Wesenberg (1954), Molitor-schlosser (1949-1975) y Wieacker (1952, 2ª ed. 1967)<sup>80</sup> podemos apreciar como denominador común las características siguientes:

a) Aunque el adjetivo “alemán” aparece en el título del libro de Wesenberg, este mismo autor puntualiza que lo examina “en el marco del desarrollo del Derecho europeo”. Poco a poco lo europeo se ha impuesto sobre lo alemán; ello se advierte en la segunda edición de Wieacker y en la de Schlosser sobre el primitivo libro de Molitor. Lo cual significa una importante contribución a la superación no sólo de la ya obsoleta polémica romanismo-germa-

<sup>78</sup> Cfr., entre las que podríamos denominar clásicas, las siguientes: Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Erster Band (zweite Auflage), Leipzig, 1906 y sweiter Band (zweite Auflage), München und Leipzig, 1928 (este segundo tomo en la citada edición está reelaborado por C. von Schwerin); Fehr, Hans, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin und Leipzig, 1925; Schwerin, C. von, *Gründzuge der deutschen Rechtsgeschichte*, München und Leipzig, 1934 (de esta obra hay una cuarta edición de 1950, ya tras la muerte de Schwerin, al cuidado de Hans Thieme); continúa todavía reeditándose el también clásico *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* de Richard Schroder, de cuya séptima edición se ha hecho una reciente reimpresión en 1961. De tiempos más cercanos a nuestros días, cfr., Planitz, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz, Böhlau, 1950; hay segunda edición reelaborada por K. A. Eckhardt, Graz-Köln, Böhlau, 1961; Conrad, H., *op. cit.*, *supra*, nota 58; igualmente Mitteis, H., *op. cit.*, *supra*, nota 57.

Sobre los muy actuales libros de Kroeschell, Hattenhauer y Laufs, cfr. la excelente exposición y síntesis crítica de Merchan Álvarez, Antonio, “La Historia del Derecho en Alemania. Bibliografía general, centro de investigación y enseñanza de la disciplina en las facultades de Derecho”, *AHDE*, 1975, XLV, pp. 641-686 (en particular, pp. 651-657).

<sup>79</sup> Sobre ellos, cfr. una completa relación bibliográfica en Merchan Álvarez, Antonio, *op. cit.*, *supra*, nota anterior, pp. 660 y ss.

<sup>80</sup> Las dos ediciones de la obra de Wieacker han sido ya reiteradamente citadas aquí; cfr. Wesenberg, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr, Verlag Moritz Schauenburg, 1954; Molitor, E., “Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte”. Ein *Studienbuch* (2 völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage), Karlsruhe, C. F. Müller, 1975 (la reelaboración pertenece a Hans Schlosser).

nismo, sino de algo más importante y perdurable: el enfoque nacionalista de la Historia del Derecho.

b) La gran atención prestada de la *Naturrechtsschule*. Lo que Wieacker denomina “época del Derecho natural”, o la vinculación que Molitor y Schlosser establecen entre Derecho natural e ilustración, son etapas merecedoras hoy de tanto estudio y esforzada investigación como la de los comentaristas bajo-medievales, pongo por caso.

c) El punto final de la *Privatrechtsgeschichte* llega hasta el siglo xx. Así la Historia del Derecho supera el medievalismo tradicional a ella en el siglo xix y todavía dominante en algún país (en España por ejemplo).

d) La disciplina de hecho se ha configurado como una Historia de la ciencia jurídica europea en los últimos cinco siglos. En cuanto tal, y dada la difícil separación existente hasta el siglo xix entre ciencia y Filosofía, la Historia del Derecho privado europeo moderno es en gran parte también Historia del pensamiento filosófico. Como Historia del pensamiento (científico y filosófico) jurídico europeo, debe ser entendida hoy por hoy.

Naturalmente a los manuales acompañan las monografías, pero como es obvio, no podemos mencionar ni siquiera una colección de ellas. No obstante hay una obra de conjunto, enclavada en esta línea temática y metodológica, que por su importancia y características hay que destacar. Me refiero a la ambiciosa y muy fundamental obra dirigida por Helmut Coing y publicada por el Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte: el *Handbuch der Quellen und literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, del cual salió un primer tomo en 1973 que abarcaba la Edad Media (1100-1550) y una segunda parte del segundo tomo.<sup>81</sup>

La obra dirigida por Helmut Coing se sitúa en la línea y con las características antes citadas como propias de la Historia del Derecho privado europeo moderno. Ahora bien, con otras tres peculiaridades:

a) Lo “europeo” tiene aquí (como con relación a su primer tomo ha señalado críticamente García-Gallo)<sup>82</sup> un doble sentido: la existencia de unos elementos comunes a los Derechos “nacionales” desarrollados en Europa, y lo nacional propio de cada país europeo. Pero el segundo sentido queda subordinado al primero: en efecto, lo propio de cada país es examinado precisamente en función de sus “rasgos europeos”, esto es, de su inclusión en una

<sup>81</sup> *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Erster Band, “Mittelalter (1100-1500)” (Die Gelehrten Rechte und die Gesetzgebung. Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), München, Herausgegeben von Helmut Coing, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973; Zweiter Band, “Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des Gemein Rechts”; Zweiter Teilband, “Gesetzgebung und Rechtsprechung. Veröffentlichung...”, München, 1976. (La primera parte de este tomo no ha salido todavía como el mismo prólogo indica.)

<sup>82</sup> García-Gallo, A., *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 752 y ss.; se refiere allí tan sólo al primer tomo, único publicado en el momento en que escribe García-Gallo aquellas páginas.

“cultura jurídica europea”. Ésta es la realidad abordada por Helmut Coing. Su monumental obra es ante todo eso: una Historia del pensamiento jurídico europeo, entendido como fenómeno cultural, como Historia de la cultura. Por ello en el primer tomo el espacio dedicado a la ciencia y a la legislación es muy superior al que relativamente ocupan las instituciones. Y por ello también el ámbito o marco europeo (lo común) predomina sobre lo nacional entendido como lo peculiar.

b) Lo “europeo” se retrotrae al comienzo del siglo XII. Por ello el tomo I enlaza con otra obra colectiva dirigida por el mismo Helmut Coing y auspiciada por el mismo Max Planck-Institut, la revista *Ius commune* de la que luego hablaré. La búsqueda en la Edad Media de lo que jurídicamente unía en Europa, significa la superación intencional y metodológica de la polémica “romanismo versus germanismo”.

c) La magnitud de la obra emprendida obliga a que su realización sea tarea colectiva. Bajo la dirección de Coing colaboran otros destacados profesores como Nörr, Weimar, A. Wolf, y una lista mucho más amplia en el segundo tomo, en el que acertadamente se ha dado entrada a historiadores de los distintos países europeos.

Posiblemente haya deficiencias, ausencias o imperfecciones en la obra de Helmut Coing. Pero sus características (las que comparten con la Historia del Derecho privado europeo moderno y las más específicas suyas) son positivas, y la empresa sumamente importante y significativa. En Europa se busca ya más lo que une que lo que divide o simplemente diferencia. Esta afirmación, indudablemente cierta, aplicada a las instituciones políticas, económicas e internacionales, se hace realidad merced al esfuerzo y al talento de Coing y sus colaboradores.

#### 8. Características de las más importantes y recientes empresas científicas colectivas

El signo de lo europeo (como sustrato común de los Derechos nacionales), la reconocida necesidad y fecundidad de la colaboración entre especialistas, la comparación como método aplicable no sólo a los Derechos hoy vigentes sino también a los pasados, la conexión entre Historia del Derecho y reflexión filosófica sobre el mismo y finalmente el estudio organizado sobre el Derecho indiano que constituye en nuestro campo histórico-jurídico el lazo que vincula la Historia del Derecho de los países americanos con el español (o mejor dicho con el castellano y a través de él con el europeo) son características de las empresas colectivas que paso ahora a enumerar.

Enumeración que trata de ser en primer lugar una simple constatación de la existencia de cada una de estas obras comunes, pero también una llamada

de atención respecto a lo que todas ellas (y permítaseme la redundancia intencionada) tienen de común. Tras de cada una de estas obras hay una o varias instituciones organizadoras; no puede aludir a ellas; detrás de todas las instituciones hay algo que sí quiero mencionar: un espíritu supranacionalista, una voluntad de superar los nacionalismos como marcos aislados y aislantes de estudio.

8.1. En el verano de 1935 la Société Jean Bodin tuvo en Bruselas su primera reunión. El tema (monográfico como todos los sucesivos) que congregó a especialistas de distintos países europeos, fue entonces *les liens de vassalité et les immunités*. Desde aquel año y, salvo la obligada interrupción entre 1939 y 1950, hasta la actualidad la colección de los *Recueils* de la Société Jean Bodin ha ido creciendo; sus últimos tomos aparecidos<sup>83</sup> forman con los anteriores una colección indispensable para cualquier historiador del Derecho. La ciudad, a mujer, la paz, las seguridades personales, las pruebas..., temas intencionadamente diversos, constituyen el contenido de esta ya consagrada tarea.

8.2. Quizá la obra más “desinteresadamente” histórica de Savigny fue su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*.<sup>84</sup> Un siglo largo después de su aparición se hacía notar la necesidad de “un nuevo Savigny”; no de otra persona de su talla, sino de una readaptación de su obra.

La empresa colectiva ha aunado como directores o impulsores a Leicht, Meijers, Genzmer, Feenstra, Gibert, Le Bras, Jobwiz, D. Daube, Nicolini. De nuevo profesores de universidades de todos los países europeos. Y la lista de colaboradores es, por supuesto, mucho más amplia.

El *Ius Romanum Medii Aevi* (IRMAE) ha publicado hasta el momento los últimos índices del *Corpus iuris civilis*<sup>85</sup> y una extensa y muy fragmentada serie de colaboraciones monográficas con arreglo al plan previamente trazado. La conexión temática con el tomo I del *Handbuch...* de Coing es clara; la profundidad de las colaboraciones acaso más perfecta en líneas generales; la comunidad de propósitos, evidente.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Les grandes escales*, 1972, xxxiii.

<sup>84</sup> Apareció en 1815-1831, seis volúmenes; manejo la edición italiana *Storia del Diritto romano nel medio evo* (trad. de E. Bollati), Torino, 1854-1857 (recientemente impresa por Multigráfica Editrice, Roma, 1972 en tres volúmenes).

<sup>85</sup> *Ius Romanum Medii Aevi* (IRMAE). Subsidia, *Indices corporis iuris civilis iuxta vetustiores editiones cum criticis collatas*; Pars I, *Index titulorum*, Moderante Hugone Nicolini, Curavit F. S. d'Amico, Giuffrè, Mediolani, 1964; Pars II, *Index Legum* (tres volúmenes), Giuffrè, Mediolani, 1967; Pars III, *Index Paragraphorum*, Giuffrè, Mediolani, 1970.

<sup>86</sup> Sería amplísima la relación de las colaboraciones monográficas. Se editan sin periodicidad y el orden de aparición tampoco coincide con el cronológico o el sistemático. Todas ellas están editadas (como los *Subsidia*) en Giuffrè, Milán. La primera con dedicatoria solemne a Savigny, breve prefacio de Fernand de Visscher, plan general de la obra, modo de citar y abreviaturas comúnmente empleadas por todos los colaboradores (Feenstra y Rossi) y una *Einleitung*, de E. Genzmer, apareció en 1961.

8.3. También bajo la dirección de Helmut Coing se publica en el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte la revista *Ius commune* desde 1967.<sup>87</sup> Aunque sus colaboradores son en su mayoría alemanes, se han abordado temas concernientes a España e Inglaterra, a Francia y sobre todo a ese sustrato común (formas literarias, escritos de glosadores o comentaristas) cuya raíz nacional importa mucho menos que su pertenencia a la común Historia de la ciencia jurídica europea.

8.4. La Società Italiana di Storia del Diritto ha celebrado dos congresos internacionales de gran importancia. El primero (Roma, 1963) dio lugar a unas actas cuya publicación significó una aportación muy importante al tema allí tratado: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*.<sup>88</sup> El segundo congreso, dedicado al método crítico de las fuentes significó otro indicio de la vinculación (patrocinada principalmente por Paradisi) de la Historia del Derecho a la Historia.<sup>89</sup> Y ambos congresos participaron de las características señaladas al comienzo de este apartado.

8.5. También en Italia y dependiendo del Instituto de Historia del Derecho de Florencia, y muy en particular del profesor Paolo Grossi, ha surgido y cuajado una línea de trabajo semejante a la alemana de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, más en la versión de Wieacker que en la de Coing. Los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*<sup>90</sup> y las actas del coloquio de trabajo celebrado en Florencia en 1972<sup>91</sup> están orientados hacia lo que su subtítulo indica. Y poseen una preocupación que Paolo Grossi hace explícita en la “pagina introduttiva” del número 1 de los *Quaderni*: hablar con los juristas, celebrar un “colloquio tra i giuristi”, entre juristas e historiadores del Derecho, cuyo excesivo aislamiento lamenta y combate.

8.6. Aislamiento combatido también por Giovanni Tarello, si bien aquí se trata más bien de reunir a historiadores y a filósofos del Derecho en una obra común, en la elaboración de unos *Materiali per una storia della cultura giuridica*.<sup>92</sup> Con especial atención a la Historia del pensamiento político la colección de estudios dirigida por Tarello, ha dedicado un número a las ideas y actitudes sobre la represión penal, otros a doctrinas e ideologías sindica-

<sup>87</sup> *Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, I (1967), II (1969), III (1970), IV (1972) y V (1975).

<sup>88</sup> *Atti del Primo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. La Storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966.

<sup>89</sup> *Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. La critica del testo*, Firenze, Olschki, 1971.

<sup>90</sup> I (1972) y II (1973) ambos editados por Giuffrè.

<sup>91</sup> *La seconda scolastica nella formazione dell Diritto privato moderno. Incontro di studio. Atti*, Milano, Giuffrè, 1973.

<sup>92</sup> *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Raccolti da Giovanni Tarello), Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Genova. I/1971; II/1972; III, I/1973; III, 2/1973; IV/1974; V/1975, Società Editrice Il Mulino.

les, y en todos los tomos que la componen es perceptible la voluntad por reunir a especialistas heterogéneos, pero confluyentes en unas preocupaciones temáticas e históricas comunes. El medievalismo queda atrás.

8.7. El Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano ha celebrado reuniones en Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid y México, desde su fundación en 1966.<sup>93</sup> En los cuatro congresos celebrados, historiadores españoles y de casi todos los países hispanoamericanos han trabajado por la común elaboración de esta rama de Historia del Derecho, en la que se advierte, en gran parte merced al impulso y estímulo de estas reuniones, un notable aumento de cultivadores en los últimos años.

8.8. En Alemania, sin los caracteres supranacionales que aquí nos han servido de criterio para reunir las obras colectivas mencionadas, pero también como tal obra colectiva, está publicándose desde 1971 un amplio diccionario de Historia del Derecho. Lo cito aquí no sólo por su calidad y utilidad innegable sino por lo que tiene de símbolo: cuando en un país se puede llegar a una obra de carácter enciclopédico sobre una parcela del saber, es porque tal parcela ha alcanzado una madurez y altura sobresalientes.<sup>94</sup>

## 9. Situación actual en España

Permítaseme que enlazando con esta última observación me detenga un tanto en analizar la situación actual de la Historia del Derecho en mi país, en España. Lejos estamos en España de poder redactar en común un diccionario de Historia del Derecho, porque continúa habiendo campos poco estudiados. No obstante creo que en los últimos años somos más los historiadores del Derecho y junto a nosotros crece el número de los jóvenes que eligen esta especialidad. Dentro, pues, de un moderado optimismo, quisiera dejar constancia aquí de los principales caracteres de la Historia del Derecho en España.

9.1. La guerra civil, produjo entre nosotros una ruptura muy notable. Sánchez Albornoz, Ots Capdequí, Rafael Altamira, o no volvieron a España, o lo hicieron ya en edad muy avanzada (caso de Ots); Roman Riaza fue víctima de la guerra. El *Anuario* cambió inevitablemente de dirección y aunque continuó siempre como revista de innegable calidad, sufrió la inexorable ausencia de los exiliados o fallecidos.

<sup>93</sup> El Instituto se constituyó en Buenos Aires en octubre de 1966. Cfr. las actas de los sucesivos cuatro congresos hasta ahora realizados en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, 1967, 18; *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1970, 6, y en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. *Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973. Las del iv y hasta ahora último congreso, celebrado precisamente en esta ciudad de México en agosto de 1975, no han salido todavía a la luz.

<sup>94</sup> *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (Herausgeben von A. Esler und E. Kaufmann), Erich Schmidt Verlag, 1971, I Band. Continúan publicándose periódicamente las separatas del segundo tomo; hasta ahora han llegado hasta la letra K.



La personalidad de García-Gallo a dominado el desarrollo de la Historia del Derecho en mi país durante los últimos cuarenta años. Otros insignes maestros hubo y hay (Galo Sánchez, Valdeavellano, Torres López, Manzano. .), pero ninguno tuvo tantos discípulos. De edad menos avanzada, profesores como Font Rius, Gibert, Sánchez-Bella se han especializado en campos diferentes (el Derecho medieval catalán, el Derecho visigodo y el alto medieval o el Derecho indiano respectivamente).

9.2. En los últimos doce años han aparecido diversas obras de conjunto que, unidas al *Curso* de Galo Sánchez, a las *Lecciones* de Torres López y al *Curso* de García-Gallo, después sustituido por su *Manual* (escrito éste con su nueva orientación institucional) componen una serie amplia de obras generales de gran calidad. En efecto, el *Curso* (ya citado) de Valdeavellano, la *Historia general del Derecho* de Rafael Gibert, las dos obras de conjunto de Jesús Lalinde y el reciente *Manual* de José Manuel Pérez-Prendes demuestran por su propia calidad y por la de las obras ajenas en que se basan, la altura y la amplitud muy dignas (y en ocasiones sobresalientes) que alcanzan en España hoy los estudios de Historia del Derecho.

9.3. Que tratan, no sin resistencia tácitas, de superar un medievalismo como tónica y casi como límite en el que durante el primer tercio de nuestro siglo han estado encerrados. Había que comenzar por ahí, por el principio, por el Derecho visigodo y el altomedieval. Pero no hay que quedarse ahí. En los últimos decenios se ha cultivado con preferencia por parte de varios historiadores (Sánchez Bella, Escudero, González Alonso, Peset, Tomás Valiente. . .) la Edad Moderna e incluso, aunque menos, el siglo XIX.

9.4. El análisis crítico de las fuentes y muy en concreto de los fueros alto-medievales continúa siendo sector que atrae la atención del propio García-Gallo y de algunos discípulos suyos como Ana María Barrero. Otras fuentes medievales han sido estudiadas por Cerdá, García González, García y García, Arias Bonet, Martínez Gijón. . . En el campo de las fuentes visigodas fueron hace años importantísimos los trabajos de García-Gallo, d'Ors, Gibert o los más recientes sobre fuentes canónicas de Martínez Díez.

9.5. También las instituciones de Derecho privado han sido estudiadas con ahínco en los últimos treinta años: trabajos de Otero, Lalinde, Font, Valdeavellano, García-González, Iglesias, Martínez Gijón, Alejandro, Gibert, Tomás Valiente. . .

9.6. Las instituciones político-administrativas son ahora estudiadas por Escudero, González Alonso, Bermúdez, Salcedo, Tomás Valiente, Cerdá, Clavero, García Marín, aparte de, por supuesto, García-Gallo, Gibert, Lalinde, y Pérez Prendes.<sup>95</sup>

<sup>95</sup> Para no excederme en los límites espaciales de esta comunicación, permítaseme una remisión general a la relación bibliográfica contenida en el libro de Jesús Lalinde, *Derecho histórico español*, Ariel, Barcelona, 1974.

9.7. E incluso campos hasta hace poco olvidados como el Derecho procesal y el penal se encuentran hoy algo más atendidos.

9.8. Otro dato sintomático y positivo. Además del *Anuario* ha surgido en España otra revista parcialmente dedicada a la Historia del Derecho (*Historia. Instituciones. Documentos*), vinculada a la Universidad de Sevilla, y probablemente aparecerá una tercera dependiente de la de Granada.

Tras la exposición de todos estos datos considero que el moderado optimismo mencionado antes no podrá ser calificado como gratuito.

#### 10. *Novedades científicas y su repercusión en la Historia del Derecho*

En ocasiones, las novedades se introducen en un determinado campo científico por reflejo de avances ajenos a su propia epistemología. En Historia, y sobre todo en la de la economía, se sostiene ahora la tesis de que el texto en serie, y no el texto alusivo a un hecho aislado, es lo que importa. Se procura componer series de datos e incluso se habla de una nueva *Clio* o de una *Histoire sérielle*, términos con los que se pretende acuñar una nueva ciencia de la Historia.

No creo en tal novedad en un sentido teórico o epistemológico. El análisis cuantitativo de datos seriados es un método más, otro a incorporar dentro de las técnicas hasta hoy usuales en Historia. Pero el historiador que magnifique la importancia de la seriación de datos puede hundirse en una nueva forma de empirismo, si su análisis serial no va acompañado de un cierto ropaje (nuevo o no) teórico.<sup>96</sup>

Pues bien, sin hacernos más hondo problema de hasta qué punto la cuantificación de los datos constituye una nueva Historia o más modestamente (como pienso) un método analítico interesante, lo que quiero señalar aquí es la presencia de tales métodos de la Historia del Derecho. Los trabajos de Lafon, Chaline, Arzac, Sicard<sup>97</sup> y Ausgustin muestran la aplicación de estos métodos a diversos temas de Historia de las instituciones de Derecho privado. Junto a ellos los estudios muy recientes de Arbette Farge y Pierre Deyon sobre Historia penal y penitenciaria utilizan datos en serie y cuantifican textos.<sup>98</sup> En otro sector, el análisis de contenido de las fuentes literarias, se emplean asimismo computadores.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Villar, Pierre, "Histoire marxiste, histoire en construction", en *Annales*, 28e année, num. 1, janvier-février 1973, pp. 165-198; Chaunu, P., "Histoire quantitative ou histoire sérielle", en *Cahiers Vilfredo Pareto*, Genève, 1964; Le Roy Ladurie, E., *Le territoire de l'historien*, NRF, éditions Gallimard, 1973, en especial su primera parte ("Du côté de l'ordinateur: la révolution quantitative en histoire").

<sup>97</sup> Cfr. las interesantes reflexiones que recoge o formula García Marín, J. M., en *Actitud metodológica...*, cit., pp. 33 y ss., en especial, pp. 51 y ss.

<sup>98</sup> Farge, A., *Le vol d'aliments à Paris au XVIIIe siècle*, Paris, Plon, 1974; Leyon, Pierre, *Les temps des prisons*, Université de Lille, éditions universitaires, Paris, 1975.

<sup>99</sup> Metz, R. Schlick, J. Ganghofer, O. "La mise en computer de l'index verborum du

¿Nueva Historia? No, un método más. En nuestro caso el jurista deberá servirse de él con sumo cuidado, y subordinar los datos, ordenados en una u otra forma por las computadoras, a un tratamiento jurídico. De lo contrario se corre el riesgo de, por ejemplo, hacer estudios de carácter sociológico-empírico (de Historia penitenciaria o de Historia electoral o de cualquier otra índole), pero no de Historia del Derecho.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Con estas novedades, con esta liberación respecto a la dogmática, con su tendencia a configurarse como ciencia autónoma ¿para qué sirve o puede servir la Historia del Derecho al jurista? Estamos en una reunión de juristas en la que un historiador que también se autoconsidera jurista, se formula en voz alta esta pregunta y, al mismo tiempo, se la dirige a ustedes. Permítanme que, ya sin apoyarme en opiniones ajenas, exponga a ustedes mi propia reflexión sobre tan acuciante pregunta.

Entiendo en primer lugar que al jurista no historiador le interesa la Historia del Derecho a veces digamos que profesionalmente, como tal jurista que debe interpretar un texto o resolver un problema. En esta coyuntura la Historia es un método interpretativo, una vía hermenéutica. Los juristas anglosajones o algunos continentales cuando se ven obligados a aplicar textos anteriores a nuestro tiempo (como sucede en España en Derecho administrativo o en los Derechos civiles forales) deben recurrir a la Historia del Derecho. Y si los historiadores no les hemos ofrecido previamente el estudio que ellos necesitan, los juristas lo abordarán. Este primer "modo de necesidad" podrá recibir el nombre, nada peyorativo por cierto, de exigencia práctica postulada por el propio Derecho vigente que reclama la reconstrucción de su Historia para ser interpretado y aplicado en un momento e institución determinados.

Pero esta necesidad de comprensión del derecho presente la sentimos historiadores y juristas también de un modo más amplio y desligado de aplicaciones inmediatas. Como realidad que está ahí y que nos concierne, y a cuyo conocimiento (para aplicarlo o no) nos dedicamos, el Derecho en su conjunto necesita ser aplicado y comprendido históricamente. Sólo sabiendo cómo ha llegado a ser lo que es lo conoceremos bien. La Historia del Derecho surge así como necesidad postulada, ya no por motivos dignos, inmediatos y prácticos, sino por otros más desinteresados, más especulativos.

Por otra parte, como las necesidades y problemas que el Derecho resuelve no son hoy radicalmente nuevos y distintos de como lo han sido en otros tiem-

decret de Gratien: état du programme en 1976", comunicación presentada al V Congreso Internacional de Derecho Canónico en la Edad Media, Salamanca, septiembre de 1976.

pos, la Historia del Derecho puede cumplir otra finalidad: la de dar a conocer soluciones jurídicas técnicas que no por pretéritas son necesariamente peores, y que acaso pueden merecer una resurrección no escatológica sino legislativa.<sup>100</sup> La valoración positiva de la Historia como campo de ampliación de la experiencia jurídica encuentra su acomodo en estas consideraciones.

Pero además ocurre que el hombre es un ser dotado no sólo de memoria individual, sino colectiva. En cuanto tal no puede partir del presente para conocerlo. La función formativa de la Historia del Derecho es por ello ineludible para el jurista en formación. Hay que saber en qué ámbito histórico estamos, de dónde venimos, a qué tradición pertenecemos. La diversidad de la Historia será una vacuna efficacísima contra cualquier dogmatismo en la docencia académica del Derecho. La Historia del Derecho servirá así de muy saludable ámbito de relativización del Derecho.

Finalmente, si sabemos que el Derecho es un producto social, que se da en un presente delimitado por coordenadas de tiempo y espacio, y que dentro de la sociedad en que está vigente recibe influencias procedentes de otros sectores de esa misma realidad social y emite influjo hacia la sociedad entera, la Historia del Derecho, si estudia a éste como realidad técnica, peculiar, irreductible a cualquier otra, pero influida por los sectores de la sociedad más cercanos (lo político, lo cultural, lo económico...), prestará un enfoque enriquecedor al entendimiento intelectual y profundo del Derecho.

De todos estos modos puede servir y de hecho sirve —creo yo— la Historia del Derecho al jurista no historiador. Así lo piensa al menos el historiador y jurista que les habla.

<sup>100</sup> Pienso en este momento en la obra amplia y útil en el sentido aquí insinuado de mi maestro el jurista e historiador Fairén Guillén.