

PORTUGAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Por D.^a LOURDES SORIA SESÉ
Profesora Titular de Historia del Derecho
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco

Resumen

Una parte de las relaciones entre España y Portugal se construye sobre el papel que en la historia jurídica española desempeña la Historia del Derecho portugués. Por una parte, en su faceta docente, a través de la imagen que de la historia jurídica portuguesa recibe el futuro jurista español según el modelo creado y transmitido por los historiadores españoles. Es un modelo que estudia el derecho histórico portugués, con una atención infinitamente superior al de otros territorios temporalmente vinculados a la monarquía hispánica, haciendo hincapié en el estudio de los grandes textos legales portugueses y también en el parentesco entre ambos derechos por encima de los numerosos conflictos y desencuentros anteriores al régimen constitucional. Y, por otra, en su faceta científica, a través de la visión que el profesor español tiene sobre Portugal. Es una visión fruto de los trabajos de los historiadores portugueses del Derecho, que han tenido una muy importante influencia en nuestro país a lo largo de los dos últimos siglos. Particularmente Herculano y Gama Barros, en el Período 1850-1915; Cabral de Moncada, Braga da Cruz y, sobre todo, Merêa, entre 1916 y 1977, con el desarrollo de grandes polémicas entre los eruditos de ambos países, y la corriente representada por Hespánha durante el tramo final del siglo XX.

Abstract

A significant part of the relationships between Spain and Portugal is built on the basis of Portugal's History of Law. On the one hand, due to the model found in the Portuguese juridical system for the future Spanish law administrator, such a model yields great wealth in juridical terms. It pays great attention to the study of Portuguese legal texts and establishes a bond with the Spanish structure over and beyond any external

conflicts that may arise. On the other hand, the Spanish teacher/administrator obtains a scientific vision via Law historians from Portugal over the past two centuries: For instance, between 1850 and 1915, Herculano and Gama Barros, or between 1916 and 1977, Cabral de Moncada, Braga de Cruz, and Merea, exert a great influence and enable future controversy between doctors in both countries.

SUMARIO

- I. PORTUGAL A TRAVÉS DE LOS OJOS DEL ESTUDIANTE ESPAÑOL
 - A) PORTUGAL Y LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL
 - B) LA CONVIVENCIA Y COMUNICACIÓN
 - C) LOS CONFLICTOS Y DESENCUENTROS
 1. **Por cuestiones de dependencia política**
 2. **Por razón de los descubrimientos**
 - D) EL DERECHO DE PORTUGAL
- II. LA VISION DEL PROFESOR ESPAÑOL SOBRE PORTUGAL
 - A) EL PERÍODO 1915-1977
 1. **L. Cabral de Moncada (1888-1974)**
 2. **M. P. Merêa (1889-1976) y G. Braga da Cruz (1916-1977)**
 3. **Las grandes polémicas eruditas**
 - a) *Sobre los factores de vulgarización del derecho romano*
 - b) *Sobre la relación visigodos e hispano-romanos*
 - c) *Sobre la aplicación de la Lex Romana Visigothorum*
 - d) *Sobre la influencia y perduración del derecho germánico*
 - B) LA CORRIENTE CONTEMPORÁNEA DE HESPAÑHA

Habla Foucault¹ del continuo carcelario que va modelando a las personas a lo largo de su vida, de la gradación sabiamente progresiva de los aparatos de disciplina guiados por la normalidad. Entre ellos, y sobresalientemente, la escuela, que al transmitir ciertos conocimientos con preferencia a otros o acompañarlos de juicios de valor, conforma opiniones, propicia futuros comportamientos y actitudes ajustadas a un determinado patrón. Es pues importante saber cual es el molde utilizado, ya que al servir para casi todos, nos permite entender con arreglo a razón el por qué de algunas situaciones históricas. Desentendimiento del otro, injustificado mantenimiento de la mutua ignorancia, reiteración acrítica de lo peyorativo, son calificativos habitualmente empleados para definir la historia de las relaciones entre España y Portugal. A la transmisión de conocimientos sobre el derecho del pasado, elemento formativo de quienes profesarán la justicia, le corresponde una parte de responsabilidad en esas relaciones.

En el entendimiento de que ni el pasado se desarrolló en compartimentos estancos ni la historia debe elaborarse en territorios acotados, se trata ahora de ver, por lo que toca a la historia jurídica española, el papel en ella desempeñado por la Historia del Derecho portugués. En su faceta docente, a través de la imagen que de la historia jurídica portuguesa recibe el futuro jurista español, según el modelo pergeñado y transmitido por los historiadores españoles. Y en su faceta científica, es decir, a través de la influencia que los historiadores portugueses del derecho han tenido sobre los españoles.

I. PORTUGAL A TRAVÉS DE LOS OJOS DEL ESTUDIANTE ESPAÑOL

A) PORTUGAL Y LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Las fuentes utilizadas han sido los Manuales más al uso, sin pretensión alguna de exhaustividad y en cuya elección se ha atendido a dos criterios básicos: por un lado obtener un espectro lo suficientemente amplio como para dar cabida a las principales escuelas, y por otro incluir textos hoy menos o ya no utilizados pero cuyo discurso fue modélico en su tiempo y condicionó en buena medida a los actuales².

¹ M. Foucault, *Surveiller et punir*, París, 1975, págs. 305 y ss.

² R. Riaza y A. García Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1934; M. Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, 2 vols., Salamanca, 1934-1935; R. Gibert, *Historia General del Derecho Español*, Granada, 1968; F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979; J. Lalinde, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1989 (última edición reformada); J. A. Escudero, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1995; J. M. Pérez-Prendes, *Historia del Derecho Español*, 2 vols., Madrid, 1999. Las referencias corresponden a las obras más recientes de cada autor en su

Tendencia general de los historiadores del derecho español es la de no considerar ajeno al de Portugal, comprendiéndolo por tanto en el objeto de su estudio, aunque el resultado de esta voluntad epistemológica varía mucho según los autores, en razón de la influencia sobre ellos ejercida por la historiografía portuguesa y de los sistemas jurídicos que privilegien. La obligatoria sujeción a un marco nacional, servidumbre de la Historia del Derecho sobre todo en su versión docente, y la necesaria superación del actual en aras de exigencias históricas, quedó magistralmente expuesta por el profesor Torres López en 1934.

Parte Torres de la concepción savignyana del Derecho como manifestación cultural de un pueblo, histórico como éste, luego vivo y no inmutable, nacido y desarrollado por la sucesiva confluencia de circunstancias sociales y jurídicas determinadas. Su definición de la Historia del Derecho español señala el ámbito de estudio que le es propio:

«Ciencia que investiga y trata de conocer y exponer, a través de una sucesiva concepción dogmática inductivamente adquirida, la vida peculiar de los distintos sistemas jurídicos que han existido en el territorio, histórica o actualmente, español, tanto en su desarrollo como organismo total, cuanto en el parcial de las instituciones que los integraron y condicionaron, siempre que, mediante una valoración causal-teleológica, hayan sido significativos para la vida jurídica posterior³».

De ahí que, en una de las escasísimas manifestaciones específicamente dirigidas a justificar la apertura de la historia jurídica española hacia la portuguesa, legitime Torres López la inclusión en la primera de instituciones que se refieran a territorios que hoy, y no antes del siglo XII, integran el Estado portugués:

«Con un criterio político actual todo lo referente a la región lusitana debería excluirse de nuestra materia. Sería materia afín; objeto de un estudio íntimamente ligado al nuestro pero independiente de él. Pero un criterio político-histórico y geográfico nos permite y obliga a incluir noticias e instituciones referentes a la región lusitana hasta la época del nacimiento del estado portugués, siglo XII, en que su historia comienza a correr por cauces independientes, aunque paralelos y llenos de repetidas recíprocas influencias. Desde esa época, incluso durante la unión personal bajo Felipe II y hasta Felipe IV, la *Historia del derecho portugués* es extraordinariamente afín a la nuestra, pero con afinidad cualitativamente análoga, aunque su grado y medida pueda ser mayor, a la del derecho francés e italiano. Desde entonces su exclusión de nuestro campo es obligada⁴».

De manera más prosaica y puntual, el profesor Gibert, en su Memoria de Cátedra de 1947 y en referencia a ese marco temporal altomedieval, para respetar una delimitación nacional que él mismo juzga en crisis excluye de lo que considera

primera edición, salvo en el caso de Lalinde por las reformas que él mismo dice haber introducido en su cuarta edición.

³ M. Torres López, *Historia...*, vol. I, pág. 52.

⁴ *Ibidem*, pág. 56.

un común sistema de fueros locales los que se hallan en territorio portugués⁵, que, por el contrario, incluye en su manual de 1968⁶, en el que, respecto a Portugal, se lamenta de que la disciplina esté aún dominada por una concepción nacionalista de la historia⁷. En 1987, dice al revisar su texto de 1947:

«Para mantener la delimitación nacional en la etapa creadora del derecho que es la edad media sería preciso agrupar en un mismo estudio el Fuero de Jaca y el Fuero de Usagre, y prescindir del Fuero de Castello Branco, porque este pertenece a territorio portugués. Sin embargo, el Fuero de Usagre y el de Castello Branco son simples copias y traslados de un original común. No es posible “comparar” como dos derechos nacionales fueros portugueses y españoles, que pertenecen a un sólo sistema de derechos locales con una trabazón interna más sólida que la existente entre fueros de un mismo territorio⁸».

Aceptada la necesidad del estudio de la historia jurídica portuguesa para una cabal comprensión de la propia, en general los historiadores del derecho español construyen aquélla sobre el eje de los acontecimientos del año 1140, de manera que al futuro jurista se le presenta bajo dos caras distintas: el antes, período de convivencia y comunicación entre ambos territorios bajo autoridad política común, y el después, donde las relaciones entre los dos países se perciben como la sola sucesión de desencuentros y conflictos.

B) LA CONVIVENCIA Y COMUNICACIÓN

Del período de convivencia y comunicación, largo en el tiempo y fructuoso en investigación histórico-jurídica, al estudiante se le ofrece lo que a primera vista es un salpicón de datos discontinuos que proporciona una visión entrecortada, como si la historia se desarrollara a salto de mata: de la conquistadora República romana al apogeo del Imperio y del siglo VI al XII, de la Lusitania al reino portugués altomedieval.

El Portugal de la época romana está caracterizado en dos únicos rasgos: la existencia de la Lusitania y su documentación minera. De la Lusitania romana se recoge su configuración como demarcación provincial, que comprendía amplios territorios de Portugal junto a otros extremeños y salmantinos, cuya capital era la Mérida española, y la Galedia del Norte, con su capital en la portuguesa Braga. En una de sus fuentes de conocimiento del derecho, la trascendentalísima reglamentación del distrito minero de Vipasca, en la región portuguesa del Aljustrel, se ejemplariza la importancia, económica y jurídica, de la península toda.

⁵ La Memoria fue publicada cuarenta años más tarde a lo largo de varios números del *Anuario de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Extremadura, en parte bajo el título genérico de «Concepto de la Historia del Derecho español (1947)», al que pertenece la cita n.º 5, 1987, págs. 383-384, nota 161.

⁶ R. Gibert, *Historia...*, pág. 29.

⁷ *Ibidem*, pág. 139.

⁸ R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario...* 5, 1987, págs. 383-384.

El período visigótico adquiere significación a través de su faceta eclesiástica, bajo la forma de la colección canónica *Capitula Martini*, redactada por San Martín de Braga en la segunda mitad del siglo VI, que resume conjuntamente la relevancia ideológica, política y jurídica de la iglesia cristiana tanto en territorio portugués como hispánico. Es considerada como la más antigua de las colecciones de cánones conciliares y decretales que debieron existir durante los siglos V y VI en la iglesia visigótica, y precedente de la llamada *Hispana*, razón por la cual a ésta se la conoce también como colección canónico-goda, en contraposición a aquélla, que recibe el nombre de colección canónico-sueva. Se hace hincapié en que su éxito debió ser muy grande, no obstante tratarse de una colección breve, compuesta sólo por 84 textos⁹.

Como se advierte, pese a su carácter discontinuo y a sus enormes lagunas, esta recreación del pasado jurídico romano y visigótico permite al menos hilvanarlo, siquiera sea con las espaciadas puntadas de las más trascendentales manifestaciones de la evolución histórica. Lo que no empece a la dificultad práctica de ensamblarlos en un todo coherente por parte de quienes la mayoría de las veces carecen de formación suficiente para ello.

De mayor consistencia histórica es la manera en la que queda recogida la etapa altomedieval del condado, luego reino, portugués, que se presenta bajo la dominante de la estrecha comunicación galaica, leonesa, portuguesa y castellana, que es manifiesta en lo jurídico, particularmente en el análogo modo de producirse el desarrollo municipal, de donde el paralelismo entre fueros y «foráis»¹⁰, y en la existencia de un fondo jurídico común.

Tres fueros, relacionados entre sí, se extienden por las tierras limítrofes de los reinos de Portugal y Castilla:

- El Fuero de Ávila, cuyo texto no se conserva y que va a expandirse entre los paralelos de Salamanca y Cáceres, llegando a ser el centro de una numerosa familia de fueros en Portugal [en la que destacan, entre otros lugares: Abrantes (1179), Coruche (1182), Palmella (1185), Covilha (1189), San Vicente da Beira (1195) y Gravao (1267)].
- El Fuero de Salamanca.
- El Fuero de Ciudad-Rodrigo, que se extiende por la región leonesa del valle del río Coa, hoy dividida entre España y Portugal. Es un tipo de fuero muy uniforme, que en Portugal fue otorgado a las localidades de Castelo Bom, Castel-Rodrigo, Castelo Melhor y Alfaiates, entre 1209 y 1210, y en Castilla a Coria, Cáceres y Usagre.

⁹ M. Torres López, *Lecciones...*, tomo II, págs. 351-353. La cita es obligada, en consideración a que Torres López fue el primero en valorar, en el conjunto de su enseñanza, la significación que tuvo lo canónico en la historia jurídica peninsular (J. M. Pérez-Prendes, «Las ciencias jurídicas», en *Historia de España dirigida por Menéndez Pidal*, tomo 39, 2, Madrid, 1994, pág. 370).

¹⁰ J. M. Pérez-Prendes, *Historia...*, vol. II, pág. 865.

Es de aceptación unánime, aunque de concreción mucho más difícil que en el caso del derecho local, que un mismo fondo jurídico fue la base de los distintos derechos territoriales que se van elaborando al formarse los distintos reinos durante la Reconquista. Lo que varía son los ingredientes, romanos o germánicos, que entran en su composición, según los territorios y los historiadores del derecho que a él se refieren.

Hay incluso quien, como el profesor Gibert, admite la existencia de un texto jurídico común: los capítulos designados como «fuero antiguo de España» en el nobiliar Fuero Antiguo de Navarra, que recogen entre otras cosas la prestación de juramento del futuro monarca, antes de ser alzado rey, de mantener los privilegios de la nobleza. El origen de este fuero se encuentra acaso en Aragón y se habría formulado al encargarse de la regencia Ramón Berenguer IV, conde de Barcelona, en su condición de esposo de Petronila, reina de Aragón (1137). El texto, posteriormente abandonado en Aragón, vino a ser utilizado en Navarra, cuando este reino se encontró en la misma circunstancia de tener un rey extranjero, Teobaldo I, con quien se inaugura en 1234 la Casa de Champaña. El primitivo carácter general de este fuero, más allá de su denominación, que puede ser meramente circunstancial, cabe deducirla de su contenido, en particular cuando establece que todo rey de España debe hacer juicio en su corte y con jueces naturales: «si en Navarra, navarros; si en Castilla, castellanos; si en Aragón, aragoneses; si en Portugal, portogalenses, si en Oltrapuertos, según la tierra»¹¹.

Es una lástima que tanto la etapa visigótica como la altomedieval queden, en casi todos los manuales posteriores a la guerra civil española, amputadas del rico caudal común del derecho privado, abundantísimo, como veremos, en el campo de la investigación desde Herculano e Hinojosa, pero restringido en el de la docencia a casos excepcionales, como el del profesor Pérez-Prendes.

C) LOS CONFLICTOS Y DESENCUENTROS

Bajo una única dominante, la de los intereses contrapuestos, se presentan al futuro jurista español tanto los acontecimientos del año 1140 como las posteriores relaciones, hasta 1643, entre el reino de Portugal y el de Castilla o de la Monarquía Hispánica. Conflictos y desencuentros por motivos políticos unas veces y por razón de los descubrimientos otras, sujetos siempre a las diversas líneas interpretativas que recorren la historiografía española.

1. Por cuestiones de dependencia política

Quedan recogidos los dos períodos de más agudizada conflictividad política: 1140-1385 y 1580-1643.

¹¹ R. Gibert, *Historia...*, págs. 69-70.

De la independencia del condado de Portugal de la tutela castellana en 1140 y de los enfrentamientos que, relacionados de cerca o de lejos con esta causa, se van desgranando hasta cerrarse en Aljubarrota (1385), se hacen dos lecturas bien distintas, que responden a concepciones tradicionales o de talante más actual.

La que cabría llamar interpretación tradicional y nacionalista pone de relieve el carácter ilegítimo de la rebelión portuguesa y la falta de visión política de sus sucesivos dirigentes. Ilegitimidad puesto que secesión, independización violenta de un extensísimo territorio, la «terra portucalense», que había sido concedida por Alfonso VI, rey de Castilla y León, a uno de sus yernos en señorío hereditario. La donación se entiende en clave feudal: el beneficiario asumió respecto al rey las obligaciones típicas del vasallo y la concesión no suponía desmembración del reino sino que el territorio señorial seguía integrado en él. De manera que sólo por una revuelta pudo alzarse Alfonso Enríquez con el territorio de Portugal, recibido por su padre, Enrique de Borgoña, a través de su esposa, hija de Alfonso VI. Refuerza a la argumentación la práctica, común en el Noroeste peninsular, de la concesión de condados enteros en propiedad transmisible, como juro hereditario, pero que se seguían conservando bajo la dependencia del monarca¹².

Los avatares y accidentadas relaciones posteriores entre Castilla y Portugal se contemplan bajo la perspectiva de lo que se considera como limitada visión política de este último reino frente a la tendencia general, hacia la que se marchaba rápidamente, a la formación de grandes estados. En este contexto se sitúan los repetidos proyectos de conquista y reparto y, ya en el siglo XIV, los intentos de los definitivamente unidos reinos de León y Castilla para incorporar a Portugal.

Intentos fallidos, particularmente bajo el reinado de Juan I de Castilla, quien llegó a adquirir derechos a la Corona portuguesa a través de su mujer, malográndose la unión debido al estallido, a fines de 1383, de una tremenda insurrección portuguesa que aclamó como rey al maestre de Avis, hijo bastardo de Pedro I, bajo el nombre de Joao I. Tras la campaña militar de 1384 que Juan I hizo en tierras de Portugal, el ejército castellano fue derrotado en 1385 en Aljubarrota, apoyando los franceses a Castilla y los ingleses a Portugal, como en una derivación más de la guerra de los Cien Años. Así, de acuerdo a una concepción geopolítica de la historia, vino a consumarse la secesión originaria, mantenida con tesón ajeno a consideraciones políticas peninsulares de altos vuelos que, de haberse tenido en cuenta, hubieran mantenido a Portugal unida a los demás territorios peninsulares, parte integrante, más tarde, de una grande y única Monarquía Hispánica.

Desembarazada de un enfoque exclusivamente nacionalista del pasado, una interpretación más moderna del período 1140-1385 presenta con ponderada

¹² Según Ríaza/García Gallo (*Manual...*, pág. 244), estas donaciones eran una modalidad semejante a la concesión perpetua de inmunidad a los señores por el soberano, quedando el territorio segregado de la autoridad del conde pero conservándose bajo la del monarca.

neutralidad las conflictivas relaciones políticas entre Castilla y Portugal. Pérez-Prendes constata la independencia de hecho de Portugal con anterioridad a 1140, persistiendo sólo un vasallaje formal ante Castilla y León, al que renunciará Alfonso X¹³. Respecto a las guerras posteriores, particularmente el episodio final de las mismas, en Aljubarrota, aunque no deje de indicar que el castellano-leonés Juan I era el titular del mejor derecho a la corona portuguesa¹⁴, pone también de relieve el legítimo interés de Portugal en entrar en la órbita de influencia inglesa, lo que se formalizará en el Tratado de Windsor (1386)¹⁵.

En 1580 se abre un segundo período de tensiones, al hacer valer Felipe II sus derechos al trono de Portugal frente a los pretendientes portugueses. Aunque sobre la cuestión se dividieron los juristas de la época, la Historia del Derecho español entiende que el monarca tenía un mejor derecho dinástico, como nieto mayor y varón del rey Juan Manuel. La decisión, tardía, del último rey de Portugal a favor de Felipe II no modificó la actitud contraria a éste de la nobleza y de las ciudades, por lo que el nuevo monarca tuvo que someter al país por las armas, con un ejército al mando del duque de Alba. Con algunas dificultades, Felipe II fue reconocido en 1581 por las Cortes de Thomar, que pidieron varias garantías políticas, una educación portuguesa para el príncipe heredero, un matrimonio portugués para el propio rey y sobre todo una radical separación de Castilla y Portugal, donde Felipe II se hizo representar por el archiduque Alberto.

Casi unánimemente se hace una valoración positiva, para ambos Estados, de este intermedio de dominio hispánico. Para Castilla, por cuanto la incorporación de Portugal, que aportaba extensas posesiones ultramarinas, supuso un aumento extraordinario del imperio español. Correlativamente la recuperación de la independencia portuguesa se estima territorialmente desastrosa.

Para Portugal, porque el dominio castellano fue el mejor de los posibles. Se trató al nuevo reino de manera acorde a la constitución política tradicional de la monarquía española, integradora de reinos que no se unifican. No fue convertido en provincia sino mantenido como reino independiente, como una tercera Corona añadida a las de Castilla-León y Aragón, bajo una misma cabeza dinástica cuya actuación en materia religiosa e internacional era común para todos los reinos. Para todo lo demás conservó sus leyes, instituciones y moneda, también sus particulares relaciones con sus territorios de ultramar, cuyo gobierno tampoco se refundió con el de los españoles.

En respuesta a las garantías solicitadas a Felipe II en Thomar, se constituyó un Consejo de Portugal, una de cuyas secretarías se ocupaba de la «India y conquistas». Venía a añadirse a los Consejos propios del Estado portugués, como el Consejo de Estado, el de Veedores de Hacienda y la Mesa de Conciencia y

¹³ J. M. Pérez-Prendes, *Historia...*, vol. II, pág. 1225.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 865.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 1225.

Órdenes (principalmente la Orden de Cristo que percibía el diezmo de los territorios ultramarinos a cambio de proveer a su culto religioso). Todavía en 1591 se creó el Consejo de Hacienda, semejante al castellano, y en 1604 un Consejo de la India, sobre el modelo del que funcionaba para las Indias españolas¹⁶.

De manera igualmente unánime se atribuye naturaleza de rebelión al levantamiento de 1640, en paralelo con el holandés que dio origen en 1621 a la guerra de Flandes, justificados y apoyados ambos en la utilidad de Holanda y Portugal como soporte del comercio transmarino de Inglaterra, conectado con el propio de esos dos países.

2. Por razón de los descubrimientos

Las disputas y controversias por razón de los descubrimientos se presentan referidas a la propiedad de las islas Canarias y a las Indias.

En ambos casos, pero particularmente en el de las Canarias, aparece la necesidad de explicar su ocupación mediante los argumentos que la legitimaron en su época, que, a su vez, ayudan a entender la razón de los enfrentamientos entre Castilla y Portugal sobre su propiedad. De la consideración de los indígenas como infieles carentes de personalidad jurídica, luego incapaces de propiedad, se deduce la pertenencia de sus tierras al poder temporal del Papa mientras persistiera dicha infidelidad, de donde la posibilidad de que cualquier príncipe cristiano con pretensiones evangelizadoras pudiera someterlos a su autoridad, y la competencia del Papa para resolver cualquier diferencia surgida por este motivo.

Las Canarias fueron objeto de una larga lucha entre castellanos y portugueses, resuelta en 1436 a favor de Castilla en la bula «Dudum cum ad nos», cuya decisión fue asumida por el Tratado de las Alcaçovas de 1479, ratificado en 1480, mediante el cual las Canarias quedaron en poder de Castilla mientras que Portugal se reservó Madera, Azores, Cabo Verde y el señorío «de las Canarias para abajo contra Guinea».

De los fundamentos jurídicos esgrimidos en defensa de las respectivas pretensiones, se recoge el sostenido en el Concilio de Basilea (1435) por el obispo Alonso de Cartagena, quien presentó por encargo de Juan II unas alegaciones a favor del mejor derecho de los reyes de Castilla. En la disputa se hizo uso, por analogía, del supuesto romano de la «ínsula in flumine nata», que atribuía la propiedad de la isla surgida en el río al dueño de la ribera más próxima, lo que obviamente dirimía el litigio a favor de Portugal, que estaba más cerca de Canarias que Castilla. Sin embargo, el obispo citado adujo que las Canarias estaban todavía mucho más cerca de África, de la Tingitana, territorio perteneciente a España, de la que había sido una provincia hispánica en época romana y visigoda, aunque por entonces eventualmente estuviese ocupada por los musulmanes¹⁷.

¹⁶ R. Gibert, *Historia...*, pág. 195.

¹⁷ J. A. Escudero, *Curso...*, pág. 626.

En el caso de las Indias, la Historia del Derecho español proporciona dos distintas interpretaciones acerca de los conflictos entre España y Portugal.

Por una parte, la que, sin mayores explicaciones, da por válida la legitimidad de los Reyes Católicos fundamentada en la buena fe de las bulas de Alejandro VI. Más compleja e inquisitiva, la que reconoce ciertos derechos a Portugal y constata las maniobras ante el papado de los monarcas españoles al enterarse en marzo de 1493 de las pretensiones de Joao II sobre las islas recién descubiertas por Colón.

Joao II alegó ciertos derechos sobre aquellas tierras, en razón de que los reyes portugueses poseían a su favor tres bulas pontificias en las que se les donaban ciertas islas del Atlántico. En este sentido, el Tratado de las Alcàcovas había supuesto el reconocimiento por parte de los Reyes Católicos de los derechos portugueses sobre tales territorios, a cambio del cual Portugal había reconocido el dominio castellano sobre Canarias. Por tanto, la expedición de Colón estaba obligada a atenerse a las bulas y al Tratado y no penetrar a lo largo de su ruta en la zona reservada a los portugueses, en el buen entendimiento de que las conquistas hechas en ella les pertenecerían.

Para invalidar estas pretensiones, los Reyes Católicos tenían tres posibilidades: ofrecer una interpretación diferente del texto del tratado, esgrimir títulos distintos u oponer otras bulas a las portuguesas del siglo XV, que en este sentido constituían un precedente digno de ser imitado. Esta última fue la solución adoptada, apresurándose a solicitar del Papa unas bulas que clarificaran la legitimidad de lo descubierto y lo por descubrir, contrarrestando el contenido de las portuguesas. Solicitadas en un período muy breve de tiempo, un papa español, Alejandro VI, valenciano de la familia de los Borja, las concedió rapidísimamente: en 48 horas aparecieron fechadas tres bulas distintas, en buena parte coincidentes y reiterativas, y dos más un poco más tarde. De su contenido se deducía un reparto geopolítico del mundo entre España y Portugal que justificaba los tejemanejes de la primera, pues la satisfacía enteramente.

D) EL DERECHO DE PORTUGAL

El estrecho parentesco entre el derecho castellano-leonés y el portugués, que se ponía de relieve para la época altomedieval, a partir de la Recepción se presenta como el sustrato básico sobre el cual actúa la remodelación común propia de la influencia canónico-romana. Esta exclusión de que ambos derechos sean ajenos, se le ofrece al futuro jurista español reforzada por la contribución castellana a la penetración del *ius commune* en Portugal y a la recopilación del derecho real portugués.

Más allá de Aljubarrota, las relaciones con el derecho de Castilla aparecen establecidas a través de diferentes vías. Una vía textual es la difusión de algunas fuentes castellanas que ejercerán gran impacto sobre el derecho portugués, como las *Flores del Derecho* del Maestro Jacobo y las obras legislativas de Alfonso X, en

especial el Fuero Real y las Siete Partidas, apareciendo ésta última traducida al portugués en 1341, labor que se atribuye a don Dionis. La frecuente aplicación por los jueces, en el siglo XIV, de las Partidas como derecho subsidiario, lo que originará no pocas protestas, será la vía más directa de influencia¹⁸.

Se cita también la vía académica, que dio origen a una movilidad de profesores y a un fructífero conocimiento de la respectiva literatura jurídica. Particularmente importante fue el magisterio de profesores de la Universidad de Salamanca en la de Coimbra, dentro del contexto de la reforma, que incluía el llamamiento de profesores extranjeros, hecha en esta Universidad por Joao III, tras el traslado definitivo a Coimbra de la Universidad de Lisboa, fundada por don Dionis y confirmada por bula papal en 1290. Allí dictó Francisco Suárez sus lecciones *De legibus*. Bajo Felipe II, en 1597, fueron elaborados los llamados «estatutos viejos», que fijaron el régimen clásico para sus 16 cátedras de cánones y leyes, y que fueron mantenidos y confirmados por Joao IV en 1653¹⁹.

De las fuentes del derecho portugués se recogen los textos jurídicos básicos, reducidos por lo general a las *Ordenações Afonsinas* y a las *Ordenações Filipinas*. Destaca, por su importancia, el más amplio y detenido tratamiento que les otorga Pérez-Prendes, quien remonta el tiempo jurídico hasta el *Livro de Leis e Posturas*, reunión de diversas leyes de Afonso II, Afonso III, Don Dionis y Afonso IV, entre otros, y las *Ordenações de Don Duarte*, obra similar que contiene, además de aquellas leyes, algunas de Juan I y de Don Duarte²⁰.

Las *Ordenações Afonsinas* figuran como un código que reúne la legislación real portuguesa desde Afonso II hasta 1446 y en la que se advierte la influencia de las *Siete Partidas*. Desde esta recopilación, y según recogen los historiadores del derecho español con mención expresa de la capital obra de su colega portugués Braga da Cruz²¹, se recurre como derecho subsidiario con carácter vinculante al derecho romano, al canónico y, finalmente, a las glosas de Accursio y comentarios de Bártolo, consultándose al rey en caso de ausencia de normas.

Las llamadas *Ordenações Manuelinas* se citan, muy escasamente, como un texto, promulgado en 1514 y reimpresso en 1521, bajo la autoridad de Manuel I, que es fruto de los intentos de reforma de los anteriores cuerpos legales portugueses. Bajo la regencia de la minoría del rey don Sebastián se encargó a un jurista llamado Duarte Nunes Leao la revisión de esta obra, añadiéndole legislación posterior²².

Las *Ordenações Filipinas* aparecen también caracterizadas como una revisión de las recopilaciones anteriores, encargada en este caso por Felipe II, en 1583-1585,

¹⁸ J. Lalinde, *Iniciación...*, pág. 343.

¹⁹ F. Tomás y Valiente, *Manual...*, pág. 202; R. Gibert, *Historia...*, pág. 486.

²⁰ J. M. Pérez-Prendes, *Historia...*, tomo II, págs. 865-866.

²¹ G. Braga da Cruz, *O Direito subsidiário na História de Direito Português*, sep. de *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, 1975.

²² J. M. Pérez-Prendes, *Historia...*, tomo II, pág. 866.

a una comisión de juristas (Jorge Cabedo, Duarte Nunes da Leão y Vaz Tenreiro). Terminadas en 1595 y promulgadas en 1603, serán confirmadas, una vez separado Portugal de la monarquía hispánica, por Joao IV en 1643, manteniéndose en vigor hasta la etapa de la codificación²³. La recopilación contiene imperfecciones conocidas como «filipismos» y no impidió la vigencia de muchas leyes no contenidas en ella. Entre otras razones, el que estuviera preparada por juristas portugueses hizo que la influencia del derecho castellano en su realización fuera muy escasa. Según Gibert, no empece a esta afirmación el que se haya advertido en su derecho privado el influjo de las Leyes de Toro, pues obedece seguramente a que dicho elemento correspondía a la práctica anterior de los tribunales y, en todo caso, no vino a reformar sino a llenar una laguna del derecho nacional²⁴.

Una valoración de conjunto acerca de la visión docente que por parte de la Historia del Derecho español se ofrece sobre el derecho histórico de Portugal, permite despejar algunos rasgos de la armazón que puede considerarse como común.

Sin duda lo más significativo es que, comparativamente a otros territorios también pertenecientes a la monarquía hispánica en uno u otro momento de su historia, incluso durante largos períodos de tiempo, como en el caso de Flandes, del reino de Nápoles o del Milanesado, la información que se ofrece del derecho portugués es infinitamente superior. No ya por motivos generales de mera proximidad geográfica o de pertenencia a un mismo horizonte cultural, sino por específicas razones jurídicas, como son el enraizamiento de ambos derechos en una única matriz y la continuada maduración al sol de principios e incentivos jurídicos similares, aún dando frutos legales diferentes.

Bajo esta perspectiva, es natural que los manuales de Historia del Derecho español hagan hincapié en la conexión entre el derecho castellano y el portugués, aunque quizás deba lamentarse que el enfoque nacionalista que ha venido justificando la docencia deje reducido por regla general el estudio del derecho portugués propiamente dicho al conocimiento básico de los grandes textos legales, limitando o excluyendo, según los autores, un más profundo estudio comparativo entre las diferentes ramas jurídicas de los dos ordenamientos, particularmente en materia de instituciones de derecho privado.

II. LA VISIÓN DEL PROFESOR ESPAÑOL SOBRE PORTUGAL

A la Historia del Derecho portugués, en su faceta no ya docente sino científica, debe la nuestra importantísimas aportaciones. Se pretende aquí recoger su sentido evolutivo a lo largo de los últimos dos siglos, concretándolas en ciertos autores, quienes, al reconocérseles haber ejercido una mayor influencia, vienen

²³ *Ibidem*.

²⁴ R. Gibert, *Historia...*, págs. 195-196.

a delimitar con su tiempo de actuación investigadora períodos de fructífera interrelación entre los historiadores portugueses del derecho y los españoles: 1850-1915, 1916-1977 y el cuarto final del siglo XX. Tras indicar sus líneas generales, se estudiarán con cierto detalle los dos últimos períodos.

El período 1850-1915 se corresponde con el tiempo de influencia de Herculano y Gama Barros. La gran figura de Alejandro Herculano (1810-1877), perteneciente a la escuela histórica, se va a proyectar sobre los historiadores españoles del derecho a través de su ejemplar *Historia de Portugal* y de varios opúsculos en los que se ocupa de temas íntimamente relacionados con la historia jurídica española. De manera que en su caso, como en el de A. Caetano do Amaral, existe un parentesco tanto metodológico como muchas veces también temático con los dos autores españoles del momento, Martínez Marina y Sempere y Guarinos²⁵.

La importancia de Enrique Gama Barros (1833-1925) proviene fundamentalmente de su *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, obra modélica en su utilización agotadora de las fuentes e indispensable para estudiar la Edad Media castellana. Es, según Torres López, una obra extensa e importantísima sobre el tema que abarca, más amplio del que su título aparenta²⁶. Gama Barros puede considerarse emparejable con nuestro Pérez Pujol (1830-1894)²⁷. Ots Capdequí lo incluye, junto con Herculano, entre los más grandes cultivadores de la Historia del Derecho español²⁸.

El período 1916-1977 está dominado por la prestigiosa figura de Merêa, cuya obra, que une íntimamente ambas historias jurídicas, tiene una marcadísima ascendencia sobre los historiadores españoles. De menor calibre pero igualmente influyente es la de su discípulo Braga da Cruz, y la de Cabral de Moncada. Los tres son exponente vivo de la fecundidad y altura de la escuela histórico-jurídica portuguesa. Medievalistas todos, aportan las mejores contribuciones al conocimiento de las instituciones visigóticas y de la época de la reconquista, en el campo económico, social y político-administrativo, y también en estudios de derecho de familia y sucesiones.

El tramo final del siglo XX, en lo que respecta a la influencia de la Historia del Derecho portugués sobre su homónima española, viene marcado por la corriente contemporánea que representa Hespanha y su comprensión de la historia jurídica como historia social. Corriente que tiene un cierto paralelismo con la que entre nosotros sostuvo Tomás y Valiente, y que hoy enlaza sobre todo con la de Clavero.

²⁵ J. M. Pérez-Prendes, *Historia...*, tomo I, pág. 175.

²⁶ M. Torres López, *Lecciones...*, tomo I, pág. 89.

²⁷ J. M. Pérez-Prendes, *Curso de Historia del Derecho español*, tomo I, Madrid, 1983, nota 18, pág. 295.

²⁸ J. M. Ots Capdequí, «Los más grandes cultivadores de la Historia del Derecho español: Martínez Marina, Herculano, Muñoz Romero, Pérez Pujol, Costa, Hinojosa, Desdevises du Désert, Gama Barros y Mayer», en *Anales de la Universidad de Valencia* IV, Cuad. 27, 1924 (ref. *ibidem* y M. Torres López, *Lecciones...*, pág. 113).

A) EL PERÍODO 1915-1977

La proyección hispánica de Cabral de Moncada, Merêa y Braga da Cruz tiene una primera vertiente de impacto directo de sus obras, y otra indirecta, pero de más amplio alcance y repercusión, al haber dado origen a polémicas enriquecedoras para la ciencia histórica del Derecho.

1. L. Cabral de Moncada (1888-1974)

Se sitúa Cabral de Moncada en ese momento del pensamiento europeo en el que la crisis del positivismo sociológico va a coincidir entre los juristas con una revalorización de lo jurídico. Su originalidad, mostrada en uno de los raros artículos escritos durante las primeras décadas del siglo XX sobre temas de metodología de la Historia del Derecho portugués, reside en su propuesta para una «purificación de la historia jurídica», mediante la transposición al concreto plano de la Historia del Derecho de la «purificación» ideada por Kelsen para la ciencia jurídica.

Entiende Cabral de Moncada que la purificación debe efectuarse en tres órdenes de cuestiones. En cuestión de periodización, utilizando un criterio jurídico interno, al margen de los utilizados por la historia general. En cuestión explicativa, recurriendo exclusivamente a una explicación interna de los institutos jurídicos, independientemente de sus conexiones con lo económico, lo social o lo político. Y en cuestión pedagógica, enseñando únicamente la historia dogmática²⁹.

En suma, la Historia del Derecho debía concebirse como una historia de conceptos constructivos y de dogmáticas de los diversos sistemas jurídicos del pasado, procurando hacer una reconstitución, fijación y caracterización de éstos en sus relaciones entre sí y con el presente. Esta orientación fue genéricamente acogida, con variantes más o menos acentuadas, entre los historiadores del derecho portugués, particularmente en lo que respecta al establecimiento de una periodificación fundamentada en criterios exclusivamente jurídicos³⁰.

La obra de Cabral de Moncada, *O problema metodológico na ciência da História do direito português (Criterio para una divisao cronologica)*, fue publicada en el *Anuario de Historia del Derecho Español*³¹, y tuvo una repercusión enorme. Aunque consiguió entre nosotros una aceptación teórica prácticamente general del principio del que parte, existieron sin embargo muchas reticencias y críticas a su aplicación en los términos propuestos por el historiador portugués. Un manual contemporáneo a la aparición del artículo, el de Rianza y García Gallo, aún reconociendo que el ideal «consistiría en explicar y exponer lo que ha sido el sistema de cada

²⁹ A. M. Hespanha, «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 9, 1981, págs. 430-434.

³⁰ Ruy y Martim de Albuquerque, *História do direito português*, vol. I, Lisboa, 1999, págs. 61 y ss., 12.

³¹ El año 1933, págs. 138-160.

época»³², en evidente alusión a la periodización sistemática de Cabral de Moncada, en la suya propia mantienen la división histórica tradicional: España primitiva, romana y visigoda, alta y baja edad media, moderna y siglo XIX.

También contemporánea, la obra de Torres López recoge y critica la concepción de Cabral de Moncada³³, proporcionando a su vez lo que Tomás y Valiente llama una visión mucho más equilibrada de la Historia del Derecho como sucesión de sistemas jurídicos³⁴. Es para Torres indudable que el criterio a elegir para la división de la materia histórico-jurídica lo ha de dar ella misma, surgiendo un nuevo período cuando contemplemos la aparición de un nuevo sistema jurídico que exponer. Si bien estima que las ventajas de la elección de un criterio jurídico interno son muchas, y comparte las señaladas como tales por Cabral de Moncada, en particular las que inciden en la docencia, pues entiende que afianzan la utilidad pedagógica y formativa de la disciplina, discrepa de la supuesta bondad de sus efectos si dicho criterio se lleva a sus extremos en el campo de la investigación, tal y como pretende el historiador portugués:

«También cree Cabral de Moncada que será una gran ventaja para la investigación el saber que a cada época corresponde un sistema jurídico, convicción que llevará al historiador del derecho “a intentar la explicación de los hechos y las formas jurídicas, sin salirse de esa época o período, y, por tanto, a procurar explicarlos reconduciéndolos justamente al espíritu del sistema que lo caracteriza”».

Para Torres, esta pretendida ventaja es un peligro, pues expone al historiador a un prejuicio en la interpretación de las instituciones para adaptarlas a un sistema en el que pueden ser excéntricas, por provenir de uno anterior o anticiparse prematuramente al siguiente. Con sus propias palabras:

«Presupone la opinión de Cabral de Moncada la creación previa de un criterio de sistema, tan puro, rígido, total y necesario que creemos en pugna con la realidad de la evolución del derecho histórico, de perfiles menos agudos, más compleja, menos rectilínea, más lenta y, en una palabra, menos geoméricamente clasificable. Tenemos siempre que contar con disonancias, que nos interesa mucho puntualizar; y no es prudente presuponer una concepción, aunque sea popular e inconsciente, de tal volumen que haga imposible la aparición de aquellas³⁵».

Mucho más tarde, en 1947, con reiteración en 1987, Gibert, tras coincidir en que el objeto de la historia jurídica es exclusivamente el derecho, en que la historia de las formas jurídicas es la que permite situar nuestra disciplina en el cuadro de las ciencias históricas con propia función y como parte del conoci-

³² Riaza-García Gallo, *Manual...*, pág. 9.

³³ Juntamente con la de Pitzorno, comparando ambas concepciones (M. Torres López, *Lecciones...*, vol. I, pág. 106).

³⁴ F. Tomás y Valiente, «La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)», en *Historia Instituciones Documentos*, 1978, pág. 446, nota 52.

³⁵ M. Torres López, *Lecciones...*, vol. I, págs. 106-107.

miento histórico general, viene a realizar el mismo tipo de crítica, más acerba. Ensalza Gibert la singularidad, independencia y originalidad de la periodificación sistemática de Cabral de Moncada, en la que sistema y período se identifican, pero advierte:

«Cuando esta periodificación se pretende convertir en método para la investigación, forzando a que todas las instituciones de una época se conviertan en un principio rector que sirva para interpretarlas, no podemos por menos de temer una completa tergiversación de los datos positivos de las fuentes, que en cada momento histórico no acusan mucho tal unanimidad, sino al contrario, que unos son una anticipación y otros la conservación del pasado³⁶».

2. M. P. Merêa (1889-1976) y G. Braga da Cruz (1916-1977)

La inmensa figura de Merêa, que dominó el panorama de la Historia del Derecho en Portugal prácticamente durante toda su vida, tuvo sin duda una proyección sobre los historiadores del derecho español muy superior a la de cualquier otro jurista portugués. Contribuyó a ello no sólo la grande e indiscutible importancia de sus numerosísimas obras, cuya difusión fue facilitada por su frecuente publicación en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, sino también otros rasgos de su orientación científica y de su trayectoria como investigador que lo situaron permanentemente en el centro del interés histórico-jurídico en ambos países.

Uno de esos rasgos fue su capacidad para superar, en aras de la realidad de un muy remoto pasado, las acotaciones impuestas por un nacionalismo mucho más reciente. Debemos a Merêa el esclarecimiento y formulación del concepto de «derecho hispánico medieval», expresión de la idea de que no puede hablarse de dos sistemas jurídicos distintos, el portugués y el español, como categoría metodológica que se imponga a la investigación histórica para las épocas visigótica y altomedieval. La evidencia documental le llevó, progresivamente, a esta afirmación, que no aparece en sus escritos hasta 1937³⁷, para sustituir al horizonte, limitador, de los reinos y naciones, o al, impreciso, del ámbito geográfico. En su expresión histórica, el derecho de León, de Castilla, de Portugal, o el derecho peninsular, quedarán superados por el científicamente más riguroso «derecho hispánico medieval».

De mayor enjundia es el hecho de que Merêa venga a simbolizar a lo largo de su vida académica las distintas orientaciones que toma la historia jurídica portuguesa y la española a partir de la promulgación de los Códigos Civiles: 1867 en Portugal y 1889 en España. Esta promulgación ocasionó, como es bien sabido, un cambio significativo en la función de la Historia del Derecho, al dejar de ser

³⁶ R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 9, 1991, pág. 212.

³⁷ R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 5, 1987, pág. 384, nota 162.

necesaria para la correcta interpretación y crítica de las nuevas fuentes de creación del derecho, como lo había sido mientras perduró el derecho tradicional³⁸.

En la tarea de buscarle acomodo a la disciplina, dotándola de bagaje espiritual y de función docente que justificaran su mantenimiento desde un punto de vista científico y académico, por lo general los historiadores del derecho van a seguir sucesivamente, aunque luego coexistan entre ellas, diversas corrientes de pensamiento cuyo itinerario nos indica la trayectoria de Merêa de manera modélica: la del sociologismo comtiano, la del positivismo legalista y la representada por la Escuela de los Anales.

El sociologismo o positivismo de Comte tuvo una profunda influencia en las facultades de derecho portuguesas durante las dos primeras décadas del siglo XX. Abrió un frente de lucha contra el iusnaturalismo dominante propio de la ideología conservadora, al entender que la comprensión y el estudio del Derecho son inseparables de la comprensión y el estudio de la sociedad en la que nace, que es, como aquél, cambiante. Desde el punto de vista de la Historia del Derecho, privilegió la historia institucional, sobre todo la que se consideraba más próxima a una psicología social que, por otro lado, tendía a buscarse más allá de los documentos escritos.

Influencias de esta corriente las encontramos en nuestro Joaquín Costa, y también en historiadores posteriores, particularmente en Merêa. De aquí procede su interés, muy raro entre los historiadores del derecho, absorbidos por el estudio del derecho real y del *ius commune*, por el derecho local y el consuetudinario³⁹. De aquí posiblemente también la dedicación que se aprecia en sus trabajos hacia los temas de familia, sucesiones y propiedad, decisivos para el correcto entendimiento de la época medieval hispánica y muy numerosos a lo largo de su producción histórica, sobre todo durante los años 1936-1943, 1955-1957 y 1960-62⁴⁰.

Como reacción a los excesos a los que, en general y no precisamente dentro del campo de la historia jurídica, pudo dar lugar el sociologismo, a fines de la primera década del siglo XX nace en el seno de la Filosofía del Derecho una orientación enraizada en el positivismo legalista. La negación, por parte de éste, de cualquier otra perspectiva en el plano de la formación de los juristas que no fuera la de la descripción y construcción del derecho vigente, prefiguraba su anti-historicismo y la necesidad, para los historiadores del derecho que afrontaban la nueva corriente, de reencauzar la disciplina.

³⁸ Es revelador, en este último sentido, el primer compendio universitario de la Historia del Derecho portugués, *Historia iuris civilis lusitani* (1778), obra de Pascoal José de Melo Freire, que responde a la reforma universitaria hecha por el Marqués de Pombal en 1772, en la que se otorgaba un lugar central a la Historia del Derecho (A. M. Hespanha, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, págs. 29-30).

³⁹ A. M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 428.

⁴⁰ Para una bibliografía ordenada sobre Merêa, *vid.* Mario A. dos Reis Faria, «Introdução à bibliografia do Doutor Manuel Paulo Merêa», en *Revista Portuguesa de História*, 1969.

La aparente renuncia al ejercicio de una función útil en la formación de los juristas motivó la aproximación a los historiadores puros y la puesta en práctica de una historia erudita y formalista, temática, estratégica y metodológicamente aislada del presente. Siendo su meta exclusiva la descripción de los hechos jurídicos pasados, tenderá a refugiarse en épocas históricas muy remotas, ocupándose de temas casi exclusivamente medievales y de problemas caracterizadamente académicos. Su método erudito era tributario de las concepciones de la gran historia positivista del siglo XIX, centrado en el documento jurídico, objeto de un trabajo crítico y hermenéutico amplio. Igualmente deudoras de la historia positivista eran su concepción lineal del tiempo histórico, su perspectiva historiográfica centrada sobre el individuo y el acontecimiento, la plena soberanía de la problemática de la influencia y de la concepción naturalista de la causalidad, y la primacía del «problema de la crítica de las fuentes» sobre el «problema crítico del conocimiento histórico»⁴¹.

En suma, la historia jurídica se asume como una disciplina aislada, refugiándose en un manejo sabio y refinado de las fuentes y de los aspectos estrictamente jurídicos de las instituciones. Según Hespanha, sólo el estilo erudito y elitista de los estudios universitarios de derecho permitieron que este tipo de historia, practicada con gran brillantez por historiadores portugueses, como Merêa, y españoles, como García Gallo, mantuviese su lugar en la formación de los juristas⁴².

Durante las décadas de 1930 y 1940, la gran mayoría de las obras de Merêa se integran en esta corriente, hacia la que condujo a sus discípulos, dando lugar a una intensa y ajustada producción literaria, a la que debe la historia jurídica el haber colmado importantes lagunas de la época medieval portuguesa y española.

La contribución directa de Merêa al estudio jurídico de esa etapa histórica es fundamental y afecta a los más variados materias, cuyo tratamiento dio pie en algunos casos a prolijas polémicas entre los historiadores de ambos países, como en el caso de sus innovadoras perspectivas sobre el fenómeno de la vulgarización del derecho romano en occidente y sus aclaraciones acerca de la disputada cuestión del campo de aplicación de la legislación visigótica. Sin detenernos en sus valiosas contribuciones al estudio de problemas filológicos⁴³, y en sus ediciones de fuentes medievales, son particularmente importantes sus trabajos sobre dos temas, de común interés para los historiadores portugueses y españoles, a los que dedicó su atención sostenidamente: el feudalismo y el pensamiento político.

Respecto al primero, realizó un riguroso análisis de los aspectos jurídicos del feudalismo en Portugal, con una incidencia particular sobre las instituciones se-

⁴¹ A.M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 444.

⁴² A.M. Hespanha, *História...*, pág. 33.

⁴³ Em torno da palavra «Couto», en *Estudos de história do direito*, Coimbra, 1923, págs. 109-135; «Arras. Achegas para a solução dum problema filológico-jurídico» (1936); «Sobre a palavra «atondo». Contribuição filológico-jurídica para a história das instituições feudais na Espanha», en *A.H.D.E.*, 1924 págs. 75-85.

ñoriales de la alta edad media⁴⁴. En cuanto a la historia del pensamiento político, el centro de sus preocupaciones fue el de la segunda escolástica española, en especial Francisco Suárez⁴⁵, y la cuestión del origen popular del poder, en cuyo estudio puso de relieve la concordancia entre las concepciones teóricas, que lo entienden como obra de un pacto entre el rey y el pueblo, que lo acepta como tal, y la tradición política medieval, que se concreta en los pactos feudales, e hispánica, que lo hace en el principio electivo de la monarquía visigótica⁴⁶. Trasunto de esta cuestión del origen popular del poder son, según indica Hespanha, las observaciones de García Gallo realzando la influencia de los canonistas conciliaristas que atribuyen al concilio y a los obispos el poder supremo en la Iglesia⁴⁷.

Hay que mencionar separadamente el también continuado interés de Merêa por el estudio de las instituciones de derecho familiar y sucesorio, donde va a suministrarnos aportaciones de primer orden (sobre el matrimonio⁴⁸, la adopción⁴⁹, las donaciones *mortis causa*⁵⁰) que influyen decisivamente en los medievalistas españoles, y que continúan siendo de obligada referencia en la historiografía actual.

De nuevo otra corriente de pensamiento, llegada esta vez desde la historia general, va a permitir a la Historia del Derecho salir del excesivo ascetismo y rigidez a la que la había conducido la vía erudita, al amputarla de todo contacto con la realidad del mundo exterior a ella misma. Aprovechándose de las orientaciones historiográficas que entonces comenzaban en Francia, bajo la influencia de la Escuela de los Anales, la historia jurídica adoptará una perspectiva social, de integración de los institutos jurídicos en sus contextos sociales y culturales. En cierto modo, el papel jugado entre nosotros por Vicens Vives lo desempeñó Merêa en Portugal. Con su perspicacia de gran historiador, Merêa entrevió las posibilidades que ofrecía esta orientación, no favorecida ni por el ambiente historiográfico portugués, poco abierto a influencias metodológicas extranjeras, ni por el contexto político-ideológico del país⁵¹.

⁴⁴ *Introdução ao problema do feudalismo em Portugal*, Coimbra, 1912; «A concessão da terra portuguesa a D. Henrique perante a história jurídica», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1925, págs. 169-178.

⁴⁵ Suárez, jurista. *O problema do origem do poder civil*, Coimbra, 1917.

⁴⁶ *O poder real e as Côrtes*, Coimbra, 1923; «As teorias políticas medievais no «Tratado da Virtuosa Bemfeitoria», en *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923, págs. 183-197; «A idea da origem popular do poder nos escritores portugueses anteriores a Restauração», en *Estudos...*, págs. 229-246.

⁴⁷ A. García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1971, vol. I, págs. 744-745 (ref. A.M. Hespanha, *História das instituições*, Coimbra, 1982, pág. 304, nota 575).

⁴⁸ *Evolução dos regimes matrimoniaes*, Coimbra, 1913; *Condição jurídica dos filhos ilegítimos: estudos de legislação comparada*, Coimbra, 1922; «Mulher recabdana», en *Miscelanea de Estudos em honra de D. Carolina Michaëlis de Vasconcellos*, Coimbra, 1933.

⁴⁹ «Sobre a adopção no século XII» (1955); «Sinopse histórica da adopção» (1956) (ref. A. M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 429, nota 19).

⁵⁰ *Sobra a revogabilidade das doações mortis causa*, 1937; *O problema das doações post obitum*, 1943 (ref. *ibidem*).

⁵¹ A. M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 439.

Varias líneas de fuerza traducen los esfuerzos de Merêa en este sentido, nacidos de su sensibilidad hacia lo beneficioso de los estudios interdisciplinarios. En primer lugar las conexiones que estableció con los investigadores de la historia general, promoviendo un permanente diálogo encarrilado a través de la crítica y de las noticias bibliográficas. En segundo lugar, y como fruto de la importancia que otorgaba a la geografía humana y al estudio urbanístico para el correcto enfoque y comprensión de la administración y de las instituciones municipales, la colaboración con sus colegas en la materia⁵².

Dentro ya de las disciplinas jurídicas, dedicó Merêa su atención, durante la última parte de su vida profesional (1951-1961), al estudio de la enseñanza jurídica en Portugal a lo largo del siglo XIX, que se concretó en varios artículos que nos muestran una panorámica de la misma⁵³.

Discípulo de Merêa, Braga da Cruz caminó por los mismos surcos. Especialmente adscrito a la historia jurídica erudita y formalista, dentro del positivismo legalista, su obra se caracteriza por el cuidadoso tratamiento de las fuentes, con preocupaciones extremas de rigor y de agotamiento de las posibilidades documentales. Ejercieron notable influencia entre los historiadores del derecho español sus estudios sobre algunos temas principales que ilustran la historia jurídica hispánica: el derecho romano vulgar⁵⁴, el derecho subsidiario⁵⁵, y el derecho de familia y de sucesiones visigótico y altomedieval⁵⁶.

Las tres figuras vistas, Cabral de Moncada, Merêa y Braga da Cruz, tuvieron además la virtud de amplificar su proyección hispánica al dar origen con sus obras y participar activamente en largos y continuados diálogos y discusiones de índole científica mantenidas entre los historiadores del derecho de ambos países. Unos y otras se desarrollaron en el contexto de las, de todos conocidas, interpretaciones generales de la historia jurídica que enriquecieron la historiografía europea, fundamentalmente la alemana pues de ella procede de forma predominante su génesis y formulación, durante la primera mitad del siglo XX.

3. Las grandes polémicas eruditas

Las grandes polémicas eruditas son fruto crecido en el ámbito propicio, por lo sujeto a múltiples conjeturas pero estudiado con extremo rigor, de la historia

⁵² En particular con Amorin Girao, profesor de geografía humana, a propósito de un estudio sobre la organización político-administrativa de Portugal en los siglos X y XI: «Territórios portugueses no século XI», en *Revista portuguesa de História*, 1943 (ref. A. M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 438, nota 53).

⁵³ Entre ellos, *Lance de olhos sobre o ensino do direito desde 1772 até 1894*, 1958.

⁵⁴ *Direito romano vulgar ocidental*, 1949.

⁵⁵ *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra, 1975 (sep. de la *Revista portuguesa de História* XIV, 1973, quizá la más citada de sus obras entre los españoles).

⁵⁶ *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, Braga 1941-1947; *A obra de S. Martinho de Dume e a legislação visigótica* (sep. de *Scientia Iuridica* I, 4, 1952; *A sucessão legítima no Código Euriciano*, 1953).

jurídica medieval, básicamente en el marco cronológico de la década de 1940, cuando floreció el positivismo legalista. Se trata aquí únicamente, como puede suponerse, de constatar la existencia de las más substanciales, reseñando el núcleo de su contenido desde el exclusivo punto de vista de sus repercusiones en España.

De los esfuerzos por disipar las brumas visigóticas y altomedievales hispánicas nacen las tesis, unas veces adoptadas y otras replicadas y contrarreplicadas, sobre temas tales como los factores de vulgarización del derecho romano, la relación entre visigodos e hispano-romanos, la aplicación de la Lex romana Visigothorum y la influencia y perduración del derecho germánico.

a) Sobre los factores de vulgarización del derecho romano

Debemos a los historiadores portugueses contribuciones fundamentales a la idea de que uno de los elementos activos que incidieron en la vulgarización del derecho romano fue el derecho indígena practicado en los diferentes territorios a los que se extendió la vigencia del derecho romano. Idea construida a base de sucesivas aportaciones a la consolidación de una tesis central: la atribución de las transformaciones del derecho romano en Hispania y la Galia a la necesidad de adaptar un sistema desarrollado e intelectualizado a las exigencias de pueblos cuya visión mental no estaba al nivel de la vida metropolitana.

Quizá el primero en caminar por esta vía fue Cabral de Moncada, sosteniendo que el derecho hispanorromano acogió instituciones celtibéricas de índole vincular, como el retracto gentilicio⁵⁷.

En busca de las raíces, y en sintonía con sus preocupaciones sobre el derecho consuetudinario de gestación común, indica Merêa que la decadencia de la cultura clásica pudo ser correlativa al predominio de una mentalidad popular, «a la cual las categorías clásicas nunca fueron verdaderamente accesibles, quizá también por la recuperación de concepciones jurídicas en latente conflicto con ciertas construcciones peculiares del derecho romano»⁵⁸. Plantea Merêa la hipótesis de que esas concepciones jurídicas primitivas, enriquecidas por el aporte germánico, pudieran también explicar las particularidades del derecho civil aragonés. Enlazando con Costa, se interroga sobre su origen y sobre la posible pervivencia de un fondo original, de un conjunto de trazos diferenciales o de tendencias individualizadoras, existentes real o virtualmente desde tiempos retrasados⁵⁹.

Entre los españoles, y de la mano de Álvaro D'Ors, tuvo quizás mayor predominio la tesis contraria, relativizadora del supuesto carácter decisivo de las influencias primitivas. D'Ors, sumamente cauteloso sobre la cuestión del retracto

⁵⁷ *A reserva hereditaria no direito peninsular e português*, vol. I, Coimbra, 1916, pág. 112.

⁵⁸ *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, pág. 84 (ref. R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario...* 6, 1988 pág. 352).

⁵⁹ *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Coimbra, 1952, pág. XIII (*ibidem*, nota 189).

familiar⁶⁰, admite la importancia del papel de Occidente en la historia del derecho romano pero reduciéndolo casi a una mera cuestión geográfica, pues atribuye gran parte de las alteraciones postclásicas, según una ley inmanente de la evolución jurídica, al desarrollo interno del derecho romano globalmente considerado⁶¹.

Hoy, Pérez-Prendes retoma la postura de Merêa, al afirmar que «no parece pueda discutirse el protagonismo de la vida provincial en una diaria contradicción con un Derecho sucesorio que, por su propia historia, había generado unos cauces de adaptación que al final resultaron insuficientes. En ese sentido, parece muy cierta la hipótesis de que el «ejecutor testamentario» sea, como sostuvo Merêa, una figura originada en los desajustes del vulgarismo jurídico romano»⁶².

b) Sobre la relación visigodos e hispano-romanos

En torno a la situación respectiva de godos e hispano-romanos, presentó Mayer a los visigodos como dominantes y a los hispano-romanos como sometidos⁶³, teoría que fue objeto de un sinnúmero de duras críticas adversas, entre ellas la de Cabral de Moncada⁶⁴.

Recogiendo, entre otras⁶⁵, la del historiador portugués, la contrapuso Torres a la tesis sostenida por Mayer, a la que consideró especialmente equivocada, por cuanto apenas puede perseguirse, en el orden económico y jurídico-privado, rastro alguno de una situación de inferioridad de los hispano-romanos. La aparición en el Breviario de Alarico y el origen romano de la prohibición de matrimonios mixtos, añade Torres, dice también mucho en contra de esa pretendida inferioridad; y lo mismo, incluso, la falta de seguridad de que el derecho visigótico se aplicase en los asuntos mixtos siempre, aunque parece lo más probable⁶⁶.

c) Sobre la aplicación de la Lex Romana Visigothorum

La larga y áspera polémica sobre si la Lex romana Visigothorum fue aplicada a godos y a hispanorromanos o únicamente a estos últimos, enfrentó a los partidarios de la teoría tradicional de la territorialidad del derecho visigótico únicamente desde el Liber (Brunner, Hinojosa, Zeumer, Ureña. Torres, Galo Sánchez y, más recientemente, Sánchez Albornoz, Valdeavellano y Schultze, entre otros), con sus adversarios sostenedores de la más reciente hipótesis de una aplicación territorial de códigos anteriores.

⁶⁰ *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1943, pág. 418.

⁶¹ A. D'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, págs. 55-57 y 30 (ref. R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario...* 6, 1988, pág. 361).

⁶² *Historia...*, tomo I, pág. 351.

⁶³ E. Mayer, *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, 1925, vol. I.

⁶⁴ En *Boletim da Faculdade do Direito, Universidad de Coimbra IX*, 1925-1926 págs. 549 y ss.

⁶⁵ Particularmente las de Carande, Halphen y Sánchez-Albornoz.

⁶⁶ M. Torres López, *Lecciones...*, vol. II, págs. 193-194.

Por lo que interesa a nuestro objeto, una de las más influyentes manifestaciones de esta controversia, en lo relativo a uno de esos códigos, el Breviario de Alarico, tuvo como protagonistas, entre los años 1944 y 1948, a Merêa y García Gallo.

En opinión de García Gallo⁶⁷, y con él D'Ors, el Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum* fue elaborado en una asamblea formada por romanos y godos, constituyendo esta importante circunstancia uno de los argumentos de más peso para deducir que las disposiciones adoptadas afectaban a ambos, siendo por tanto el código de aplicación territorial. Correlativamente, afirmaba la derogación, por el Breviario, del código anterior, el de Eurico, también pretendidamente de aplicación territorial⁶⁸.

Esta interpretación fue impugnada por Merêa, quien, aún admitiendo que el Código de Eurico tuvo dicho carácter⁶⁹, vino a romper esa teoría de una territorialidad de los textos visigóticos sin solución de continuidad. Expuso Merêa su postura en una sucesión de artículos⁷⁰, a través de los cuales niega por una parte la supuesta derogación, en lo que fue seguido por D'Ors, y esgrime por otra poderosas razones en favor de la tesis de que la citada asamblea estuvo integrada exclusivamente por romanos, de donde se concluye que el código fue aplicado sólo a las personas pertenecientes a esta población.

d) Sobre la influencia y perduración del derecho germánico

Profusa e incluso ásperamente discutida en general la cuestión del origen de algunas instituciones altomedievales, a efectos de avalar, según unos, la tesis de la pervivencia del derecho germánico o, según otros, su desaparición e incluso su irrelevante existencia en tiempos visigóticos, dio como resultado el paciente y minucioso rastreo de las mismas por parte de los historiadores de ambos países.

Maestro en la investigación sobre fuentes hispánicas de instituciones de derecho privado visigótico, Merêa adopta frente al germanismo una postura vacilante.

⁶⁷ «Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 13, 1936-1941, págs. 168-264.

⁶⁸ J. A. Escudero, *Curso...*, pág. 214.

⁶⁹ *Estudos...*, Coimbra, 1948, pág. XI.

⁷⁰ En cuyos títulos intencionadamente se hace alusión a García Gallo. El primero de ellos, «Uma tese revolucionaria a propósito de un artículo de García Gallo», en *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidad de Coimbra) XVIII (1942), obtuvo respuesta de García Gallo en su artículo «La territorialidad de la legislación visigoda: Respuesta al Prof. Merêa», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 14 (1942-1943), págs. 593-609. Le siguieron en cascada otros artículos de Merêa, publicados en números sucesivos del citado *Boletim...*, a lo largo de cinco años: «Para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo» XX (1944), «Ainda sobre a tese de García Gallo» XXXI (1945), «Sobre a tese de García Gallo» XXII (1946), «Sobre os casamentos mistos na legislação visigótica (Nova contribuição para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo)» XXXIII (1947), «Ainda a tese de García Gallo. Estado da questao» XXIV (1948).

Por una parte, y retomando la orientación iniciada entre nosotros por Beneyto, a su vez influido por los historiadores italianos⁷¹, puso de manifiesto ya en 1923 su desconfianza hacia las exageraciones a las que en ocasiones había dado lugar el germanismo, y suministró nuevos argumentos a la posibilidad de que las normas visigóticas no sean sino una continuación normal del derecho romano postclásico⁷². Volvió Merêa sobre la misma cuestión reiteradamente. En 1940⁷³; de nuevo en 1944, cuando formuló como tesis general el carácter esencialmente románico del derecho medieval de la península, no obstante reconocer la contribución de otros elementos, señaladamente el germánico⁷⁴; y todavía en 1945, con las siguientes palabras: «Todo se cifra en saber si aquellos preceptos reflejan concepciones germánicas o son más bien una manifestación del *processus* de de-generación del derecho romano occidental»⁷⁵.

Este posicionamiento no de antagonismo sino de prevención frente al germanismo en general, no impide una actitud favorable por su parte hacia la raigambre germánica de algunas concretas instituciones de derecho privado visigótico estudiadas por él.

En primer lugar, en materia de protección de la propiedad inmueble, es mérito de Merêa el establecimiento de la teoría, ampliamente seguida, de que la posesión de año y día era de origen franco. Frecuentísima en nuestros fueros municipales la posesión de año y día como término extintivo de acciones con relación a inmuebles, se planteó no obstante la duda de si era propiamente un término de usucapión, sobre el que ya Gama Barros se había inclinado afirmativamente presentando numerosos ejemplos no ya sólo de fueros municipales portugueses, sino de sus correlativos modelos españoles⁷⁶.

Recogiendo la postura de Merêa, Riaza y García Gallo mantuvieron que la posesión de año y día es la que viene obligado a garantizar el transmitente de la propiedad, de manera que pasado este término podrá intentarse un pleito reivindicatorio pero en modo alguno nada que tenga relación con los problemas de validez de aquella transmisión y, sobre todo, que obligue al transmitente a entrar en el pleito. Es, dicen, por tanto, «un término de prescripción de las acciones posesorias del posible dueño (de usucapión de la *Gewere* para el adquirente) y, al mismo tiempo, de la acción de saneamiento contra el vendedor

⁷¹ El propio Merêa se reconoce en este sentido deudor de Beneyto, citándolo como el primero entre los autores españoles que iniciaron esa tendencia, que atribuye a sus maestros italianos (*Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948, pág. X).

⁷² Ref. R. Gibert, «Concepto...», en *Anuario...*, 6, 1988, pág. 364.

⁷³ «A doação *per cartam* no direito romano vulgar e no direito visigótico», en *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, XVII, 1940-1941, págs. 115-133 (ref. *ibidem*, nota 209).

⁷⁴ En la «Oração de sapientia» del curso 1944-45 en la Universidad de Coimbra (ref. *ibidem*).

⁷⁵ «Compra e venda na legislação visigótica», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16, 1945, págs. 71-85.

⁷⁶ E. Gama Barros, *Historia da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Lisboa, 1885 (vol. III, págs. 5-102 de la 2.^a ed., Lisboa, 1945).

y sus fiadores. Por este lado es, como Merêa ha visto, un caso de aplicación de la Gewere»⁷⁷.

Recientemente, Lalinde, siguiendo tal vez a Merêa, dice que la adquisición por prescripción puede tener marcado el largo período de treinta años por influencia goda, pero que en territorios de francos y para favorecer la repoblación es una prescripción corta de año y día la que se abre paso⁷⁸.

Hoy, Pérez-Prendes, al tratar de la protección de la propiedad inmueble en el sistema jurídico medieval, cita directamente a Merêa y su teoría sobre el origen franco de la posesión de año y día⁷⁹.

En segundo lugar, en materia de derecho sobre bienes muebles sostuvo Merêa la presencia de una tradición germánica persistente durante la alta edad media hispánica. Como es sabido, la conservación de una cierta separación, a veces radical, entre las cosas muebles y las inmuebles a efectos de su regulación jurídica, suele constituir en general una de las más evidentes manifestaciones de esa presencia. El derecho español no es de los que más acentúan esta tendencia, pero, no obstante, la protección jurídica del dominio sobre los muebles sufre una limitación importante, pues sólo las cosas perdidas o hurtadas pueden ser objeto de una acción eficaz de reivindicación, mientras que para las cosas salidas de posesión por cualquier título jurídico (arrendamiento, préstamo, mutuo, depósito...) no es posible ensayar su recuperación utilizando acciones reales⁸⁰.

Ante la discusión al respecto habida entre Merêa y Mayer, quien sostenía que el principio de la reivindicación de cosas muebles tuvo un ámbito tan extenso como tratándose de inmuebles, Ríaza y García Gallo encuentran más exacta y suscriben la referida opinión de Merêa⁸¹.

B) LA CORRIENTE CONTEMPORÁNEA DE HESPAHHA

Como se ha indicado más arriba, y por lo que hace a la influencia que sobre la española tiene la manera de hacer historia jurídica en Portugal, el cuarto final del siglo XX viene marcado por la corriente contemporánea que representa Hespahha y su comprensión de la historia jurídica desde conceptos ideológicos y prácticos esencialmente actuales. Supone un cambio respecto a alternativas anteriores, dotadas del esplendor que les había otorgado Merêa, quien muere en 1976, y Braga da Cruz, que lo hace un año más tarde. En el mismo sentido actúa, según Scholz, la desaparición profesional de García Gallo⁸².

⁷⁷ R. Ríaza y A. García Gallo, *Manual...*, págs. 667-668.

⁷⁸ *Iniciación...*, pág. 619.

⁷⁹ *Historia...*, vol. II, pág. 1058.

⁸⁰ M. P. Merêa, «Os limites da reivindicação mobiliaria no antigo direito portugues», en sus *Estudos de Historia do direito*, Coimbra, 1923, págs. 87-108.

⁸¹ R. Ríaza y A. García Gallo, *Manual...*, pág. 669.

⁸² J. M. Scholz, «Acerca de la historia del derecho en España y Portugal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1982) 633-661, pág. 634. Señala este autor como signos evidentes de la disolución

Desprendida de ese estricto marco del modelo liberal del estado de derecho, donde derecho es igual a ley, concreta Hespanha⁸³ la nueva forma de hacer historia jurídica enmarcándola en el funcionamiento sociológico del derecho. De entre las líneas de fuerza que la vertebran, dos son características: la comprensión del derecho del pasado como historia social, donde el propio Hespanha cita como precursor al Merêa de sus últimos tiempos⁸⁴, y el interés que la historia jurídica así entendida tiene para la formación de los juristas.

Dice Hespanha que es a un nivel inferior al legislativo en el que el derecho regula las situaciones concretas y se transforma en «instituciones», en vida: al nivel de las sentencias judiciales, de las actividades de los abogados y de los notarios, de las decisiones de los órganos administrativos, de las obras jurídicas de divulgación destinadas a los juristas generalistas e incluso a los legos⁸⁵. En el estudio de esas obras, no se trataría tanto de atender al brillo y originalidad de los textos o de los autores sino, sobre todo, al impacto de su producción doctrinal en la vida jurídica de su tiempo, habida cuenta de que no siempre los más originales y creadores son los de mayor impacto práctico, pues suele ocurrir incluso lo contrario⁸⁶.

En cuanto al interés actual de la historia de las instituciones jurídicas para la formación de los juristas, reside, según Hespanha, en que les explica, apoyándose en otras ciencias sociales, la grandeza y continuidad de las soluciones jurídicas, como también su miseria y precariedad.

En sus propias palabras⁸⁷, al sacar al derecho del «centro del mundo» en el que la formación de los juristas tiende a colocarlo, se pone de relieve, por un lado, la insuficiencia del derecho para la total reglamentación de la vida social, y, por otro, la manera en la que es determinado por circunstancias externas a sí mismo. Bajo esta perspectiva, la historia se asume como una disciplina crítica del derecho vigente, como un correctivo al positivismo y al dogmatismo jurídicos. Pero un correctivo científico y no ideológico: esto es, no opone a estas concepciones otras concepciones de carácter opuesto, sino que intenta, a través del análisis del funcionamiento concreto del derecho en la historia, desmontar las bases ideológicas de las que aquellas concepciones parten.

de estructuras heredadas la aparición de dos manuales, el de Hespanha, en Portugal, en 1978-80, y en España, en 1979, el de Tomás y Valiente. Coincidentes ambos en el ámbito cronológico de su atención, alejado de los primeros siglos medievales y, sobre todo, en su interpretación social del derecho pretérito.

⁸³ Particularmente en su artículo «O Direito e a História. Os caminhos de uma história renovada das realidades jurídicas» (sep. de la *Revista de direito e estudos sociais*, Lisboa, 1971), y en sus libros *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, e *História das Instituições*, Coimbra, 1982.

⁸⁴ En concreto su artículo «Da minha gaveta (os Secretários de Estado do antigo regime)», publicado en *Boletim da Faculdade do Direito (Universidade de Coimbra)*, XL, 1964, págs. 172 y ss.

⁸⁵ A. M. Hespanha, *História das Instituições*, pág. 18.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 22-23.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 35.

Sobre ambas vertientes, la sociológica y la crítica, se construye en sustancia la alternativa que Hespanha propone y que, según él, es la única que, salvando una concepción menos limitada del derecho al suprimir las barreras colocadas por el positivismo, puede asimismo salvar a la Historia del Derecho como disciplina jurídica, sobre todo en cuanto desveladora de los límites históricos del derecho vigente, y por tanto, de su crítica. Es el camino de la demostración, a partir de la historia, de la irreductibilidad del derecho a la ley y de la ligazón efectiva del derecho a factores sociológicos y políticos⁸⁸.

Esta corriente contemporánea que representa Hespanha, y que tiene un cierto paralelismo con la que sostuvo Tomás y Valiente, ha venido ejerciendo su influencia de muy importante manera sobre los historiadores del derecho español, particularmente en los últimos años. Enlaza sobre todo con la corriente sostenida por Clavero y su manera de abordar la problemática del historiar, entendiendo la praxis científico-jurídica como praxis social, las metáforas jurídicas como fórmulas culturalmente fijadas de unas relaciones de poder dadas.

⁸⁸ A. M. Hespanha, *L'histoire...*, pág. 446.