MISCELANEA

I

SOBRE HISTORIOGRAFIA JURIDICA

La aparición, hace tres años, de la colección de estudios sobre historiografía jurídica de Bruno Paradisi [1] me movió entonces a intentar una confrontación de opiniones, que deseaba ofrecer, no sólo al mismo autor, con el que me une una vieja amistad, sino también a los lectores del ANUARIO. Pero la admirable diligencia de Alfonso García-Gallo, cuyas reflexiones sobre ese libro pudieron prontamente leer nuestros lectores [2], parecía hacer ocioso quizá mi comentario en la misma revista. Sin embargo, la lectura de este comentario de mi maestro y amigo al libro de Paradisi me animó a terciar en el tema.

García-Gallo y Paradisi son dos estudiosos de una misma generación académica. Al primero acabo de reconocer como maestro y al segundo como viejo amigo, pero también como autor que no sólo por cierta ventaja de los años merece mi respeto y admiración. Los dos, por lo demás, han asumido en sus respectivas patrias el protagonismo de una renovación metodológica en el campo de la historiografía jurídica. La renovación metodológica de García-Gallo, que puede localizarse en la década de los 50 [3], no parece tener precedentes en el pensamiento español, y se contrapone a la tradición en la que el mismo García-Gallo se insertaba, cuya figura más significativa es quizá la de Eduardo Hinojosa. Paradisi, por su parte, aunque deudor del idealismo filosófico de Croce y del precedente del historiador del derecho Calasso, en la reacción de éste contra la indiferencia de la historiografía jurídica por la historia política y el pensamiento contemporáneo en general (p. 361), puede considerarse como independiente, y se contrapone también abiertamente a la tradición filológica de sus predecesores

Aunque de todos es conocida la personalidad de García-Gallo, conviene llamar la atención aquí sobre lo singular de su fecundidad como autor científico. Quizá los lectores del ANUARIO, por el mismo hábito de poder lucrar regularmente la producción de García-Gallo en los sucesivos volúmenes de esta revista, no valoren suficientemente lo que

---

1 B PARADISI, *Apologia della storia giuridica* (Il Mulino, Bologna, 1973) 545 págs.

2. García-Gallo, *Cuestiones de historiografía jurídica,* en *AHDE* 1974 páginas 741-752.

3. Vid los artículos de García-Gallo en *AHDE* 1953 p. 5 y 1954 p. 605, y sus páginas introductivas del *Manual de Historia del Derecho Español,* de 1959.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

esto significa, y de modo especial en España. El mismo hecho de su rápida toma en consideración del libro de Paradisi es una pequeña muestra de la agilidad y laboriosidad que debemos admirar en él. Porque el que un estudioso pueda llegar a los últimos años de su vida académica sin decaer en el ritmo y mérito de su trabajo, antes bien, dándonos a todos ejemplo de ordenada y constante fecundidad, eso es realmente excepcional entre nosotros. Quizá cierta apatía científica frecuente en España contribuya a desanimar el trabajo de muchos autores, que disminuyen o incluso interrumpen su producción por falta del necesario estímulo que supondría la crítica de sus colegas. García-Gallo, en cambio, se ha probado inaccesible a ese desaliento; antes bien, es él quien viene a estimular a sus discípulos con una renovada crítica de opiniones, incluso de sus propias opiniones, a las que consigue no permanecer aferrado. Eso mismo es lo que me mueve ahora a volver al anterior proyecto de escribir sobre el libro de Paradisi, y el que debería moverme a una revisión de la crítica profunda que García-Gallo hizo sobre las fuentes jurídicas visigodas [4]; un tema en el que, al superar sus propias posiciones seguidas por muchos de nosotros, nos ha dejado desconcertados.

Fue siempre García-Gallo, con su tesis de la territorialidad del Derecho visigodo, quien me llevó al estudio de ese período, que, aunque siga perteneciendo, en rigor, al mundo antiguo (cuyo fin debe colocarse, en mi opinión, el año 700), resulta menos familiar para un romanista, interesado principalmente en los textos clásicos, es decir, anteriores a mediados del siglo III d. C. Mi convicción favorable a la tesis de la territorialidad motivó mi intervención en una de las semanas spoletinas (1955), en un momento en el que García-Gallo, aun sin declararse contrario, dejaba vislumbrar ya, en conversaciones privadas, ciertos atisbos de nuevas perspectivas en ese campo. A pesar de ello, mis estudios inmediatamente posteriores, que culminaron en el libro sobre el Código de Eurico (1960), seguían fieles a aquella primera posición, con el propósito de mostrar lo mejor posible el carácter romano-vulgar del derecho privado visigodo Consecuente con ese resultado, vine a mantener el principio de que los germanismos del derecho visigodo no son residuales, sino impacto de un nuevo influjo transpirenaico, y que, de una manera general, los germanismos de nuestro derecho medieval deben atribuirse no a una reminiscencia del antiguo goticismo, sino a un nuevo influjo franco infiltrado en distintos momentos y por diversos conductos. Esta posición venía a requerir la atención de los historiadores del derecho sobre la necesidad de revisar la doctrina recepticia del origen de los germanismos del derecho hispánico —en especial relación con el problema de los «fueros de

4 En *AHDE* 1974 p 343.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

francos»—, pero ése era un campo en el que deliberadamente, y por aquella delimitación cronológica antes recordada, había decidido no inmiscuirme. La nueva crítica de García-Gallo obliga a revisarlo todo de nuevo, pero, sinceramente, mi actual apartamiento de las fuentes visigodas, en estos últimos años, me obligaría a realizar un esfuerzo de restauración que, de momento al menos, no proyecto emprender, ya que, quizá por una tendencia a concentrar el interés científico, y por no tener la capacidad de emprender investigaciones simultáneas en campos distantes (como ha demostrado saber hacer García-Gallo), casi todo mi trabajo se reduce hoy a la hermenéutica crítico-dogmática de los textos jurídicos clásicos.

En este otro campo de la teoría historiográfica general he conservado vivo mi interés, pero muy especialmente por el reciente encargo académico de unos cursos sobre «Sistema de las Ciencias», que me ha obligado a un estudio sobre el objeto de las distintas ciencias y sobre su congruente clasificación [5]. Por ello, aunque están ya muy lejos los años en que uno podía interesarse en estos temas generales de concepto y método, apremiado por la reglamentaria «memoria pedagógica» de las oposiciones, me atrevo hoy a terciar, como digo, en estas cuestiones, con el propósito de ofrecer a los lectores del ANUARIO una más variada y matizada consideración de las relaciones entre Historia y Derecho.

Bruno Paradisi, por su parte, no cuenta con una serie de publicaciones tan numerosa y variada como la de García-Gallo. Se interesó especialmente por la historia del derecho internacional y por las fuentes medievales, pero sus contribuciones más significativas fueron en el campo de los métodos de la historiografía jurídica [6], y éstos son precisamente los que se recogen en el presente volumen. Sus fechas oscilan entre 1946 y 1973 [7]; pertenecen así a la postguerra. Lo más característico de su producción ha sido quizá la ausencia de una temática jusprivatista, pero la preferencia por el derecho público e historia de las fuentes es bastante general en la historiografía jurídica, y también puede observarse en el mismo García-Gallo.

---

5. Vid. mis fascículos de *Sistema de las Ciencias* (Escuela de Bibliotecarias de la Universidad de Navarra, EUNSA, Pamplona) I (1969), II (1970), III (1974) y IV (1977). En este último fascículo se presenta una nueva clasificación de las ciencias que trata de mejorar la que se adelantaba en el fascículo I. Sobre el tema del objeto de la Historia, del que vuelvo a tratar aquí, pueden leerse los excursos correspondientes del fascículo III.

6. Como confiesa Paradisi (p. 368), su gran propósito científico fue el tratar el método en el mismo estudio de las realidades concretas, sin confundirlo con ellas, pero, a decir verdad, los aspectos metodológicos, al menos en los estudios reunidos en este volumen, son los dominantes. Por esto, hay que reconocer a García-Gallo una mayor experiencia en la aplicación de las propias premisas metodológicas.

7. Vid la "avvertenza" de p. 12 s.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Las palabras que el autor ha estampado en la cubierta que envuelve su libro expresan bien el sentido que aquél quiso dar a su Apología. «una interpretación de la historia del derecho, como historia humana, una historia que dé cuenta no sólo de los orígenes y del desarrollo de las instituciones, sino que aclare su significado a la luz de la historia general del hombre»

Aunque algunos de los doce estudios recogidos traten también de otros temas más especiales [8], el «leit-motiv» de todos ellos es la defensa de una historiografía del derecho que sea más histórica que estrictamente filológica. Con ello se pretende superar una tradición procedente del historicismo positivista del siglo XIX, que prevaleció en Italia, como también en España, hasta nuestros días. Este tema principal se repite con variaciones múltiples a lo largo de toda la obra [9]. Como los estudios que ésta comprende son, en su mayoría, conferencias introductivas de congresos, y lecturas similares, quizá se explique que el autor no se haya esforzado en dividirlas por párrafos, para poder hacer de cada una de ellas el correspondiente sumario, y así la lectura seguida de todo el libro puede producir cierta impresión de monotonía, aunque quizá sea más grave, en mi opinión, la falta de un buen índice alfabético de materias tratadas o, al menos, de tópicos selectos [10], pues se hace muy difícil reunir y cotejar los pasajes en que el autor trata, complementariamente y siempre con matices interesantes, las mismas ideas. Hay que reconocer, de todos modos, que en las repeticiones inevitables no deja de encontrarse siempre algo nuevo y, sobre todo, nuevas referencias bibliográficas, sin que, por lo demás, pueda eludirse a veces la impresión de que el temperamento altamente erudito del autor haya podido urdir muchas páginas como cañamazo para prender en él su abundante bibliografía. Por último, al menos para el lector hispánico, la facundia italiana resulta siempre algo excesiva [11]. Pero una censura para mí más grave es la de haber igno-

8. El artículo de *Studi Senesi* 1946-47 sobre *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio* y la relación del "Primer Congreso de la Sociedad de Historiadores Italianos" de 1963, sobre *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana* se refieren más concretamente a la literatura italiana, y el artículo de *Iura* 1966, al tema del *Diritto volgare e volgarismo.*

9. Quizá el ensayo más completo para entender el pensamiento del autor y su génesis es *Diritto, Dogmatica, Sociologia,* de 1970.

10. Es claro que el "índice de nombres" no puede suplir tal índice de materias, aparte de que los nombres son, a la vez, de autores antiguos tangencialmente aludidos, fuentes medievales o modernas, y de estudiosos modernos, lo que no deja de producir cierta ambiguedad.

11 Como es frecuente en este tipo de repeticiones, los textos originales han sido ampliados, ya en su primera publicación, y de ahí que no siempre podamos saber si el autor leyó efectivamente tal o cual parte de su conferencia ante el público a que ocasionalmente se destinaba; esto ocurre. por ejemplo, en una conferencia (*Quaestioni fondamentali per una moderna storia del diritto,* leída en 1971 y publicada en *Quaderni fiorentini* 1972), cuya exten-

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

rado Paradisi la aportación de García-Gallo en el campo de la historiografía jurídica [12], con lo que el autor italiano viene a incidir en el habitual olvido que los autores extranjeros suelen tener de la literatura científica española [13], cuando no de la misma historia de España [14].

Así, pues, para Paradisi la Historia del Derecho es ante todo Historia cultural y social. No es que Paradisi crea que el historiador pueda prescindir de los métodos de la Filología, sino que los excesos de una consideración estrictamente filológica de las fuentes impidieron la necesaria integración del fenómeno jurídico en la manifestación total del espíritu humano en cada momento histórico estudiado y, en definitiva, una visión realmente histórica, es decir, totalizadora, pues la Historia, según él, no debe fraccionar inconexamente los distintos aspectos de la cultura de cada momento [15]; porque el derecho se identifica con la sociedad, por lo que la Historia jurídica no es separable de la Historia política [16]. De ahí, dos direcciones sobresalientes del pensamiento

---

sión (42 páginas) podemos presumir que duplica o triplica quizá el texto realmente leído en Budapest.

12. La única mención (p. 194) es de un comentario de García-Gallo a un obra de Planitz.

13. También García-Gallo (p. 751) censura con razón a Paradisi por el olvido de la bibliografía española.

14. Hace unos años no existía en el Seminario de Historia del Derecho de la Universidad de Roma ningún ejemplar de Las Partidas, y Koschaker, por ejemplo, parece no haberlas tenido nunca en sus manos, a pesar de haber escrito su "Europa y el Derecho Romano". La desidia hispánica —de no haber procurado una nueva edición, aunque no fuera perfecta, de ese grandioso monumento legal— tiene, de todos modos, bastante culpa respecto a esa falta extranjera.

15. La Filología, que es imprescindible, pues la Historia se basa en textos (p. 454), debe ser considerada como "medio", y no convertirse en obstáculo para la comprensión histórica (p. 458); la Filología se queda a medio camino (p. 268); el predominio de la visión filológica corresponde a situaciones de falta de libertad política, en las que se tiende a desvincular al Derecho de los acontecimientos públicos (p. 321); como abuso filológico censura también Paradisi los excesos de la crítica interpolacionística entre los romanistas (p. 457).

16. Esta idea central se repite, como decimos, a lo largo de todo el libro: la Historia jurídica debe tomar como punto de partida la sociedad (p. 46); debe "essere risolta in storia politica" (p. 50); lo que la Historia se propone es hacer una síntesis cultural de una época del derecho (p. 66), y captar la significación de la cultura para el derecho en el punto de encuentro de todas las manifestaciones culturales (p. 102); porque el mismo derecho "es Historia" (p. 266) y la Historia del derecho es la Historia de una realidad indivisible (p. 271); que analiza desde el punto de vista del derecho una determinada situación histórica (p. 282), la organización total de la sociedad (p. 283); es "Historia de hechos sociales" (p 242) y el Derecho puede identificarse con la sociedad (p. 384), "la sociedad, esto es, la organización jurídica" (p. 387), por lo que el derecho viene a cobrar en la Sociología su dimensión histórica, o "pseudo-histórica" (p. 407); el objetivo de la Historia no es "la reconstrucción de lo sucedido", sino la comprensión de las manifestaciones del espíritu desde la perspectiva de los intereses humanos actuales (p. 476), y el de la Historia jurídica, el revivir el derecho del pasado bajo la inspiración de los problemas

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

de Paradisi: la repulsa de la distinción entre derecho público y derecho privado [17] y una preferencia, como recomendación a los historiadores del derecho, por la época moderna (p. 501), más próxima a los intereses actuales, en contraposición al estricto medievalismo de los historiadores «filólogos».

Conviene advertir, desde el primer momento, que, a pesar de la identificación de derecho y sociedad, el autor repudia el sociologismo jurídico —debe evitarse, dice, la «tentación» sociológica (p. 413)—, por la razón de que la Sociología no puede menos de proceder mediante paradigmas dogmáticos, siendo así que todo sistema jurídico dogmático es él mismo un producto del espíritu en el tiempo y no puede sobreponerse a la contingencia de la realidad concreta [18]. Por el mismo motivo rechaza expeditivamente Paradisi todo intento de estructuralismo en el campo del derecho (p. 414).

Quizá podría pensarse también que el pensamiento de Paradisi, al no separar lo jurídico de los otros aspectos sociales, incurre en el mismo resultado de indiferenciación a que conduce la ideología marxista, para la cual no existe una Historia del Derecho, como tampoco una Historia del Arte, ni de la Religión, sino que toda la realidad social forma un único conglomerado fundado en la Economía [19]. Pero el idealismo filosófico de Paradisi le aparta también de esa confusión marxista, concomitante con la del Sociologismo (p. 475 ss.). En rigor, el materialismo dialéctico no puede aducir méritos especiales en el campo de la historiografía jurídica, y por eso causa cierta perplejidad que —quizá por modas ideológicas muy circunstanciales— se haya llegado a lamentar que Marx sea «el gran ausente» de la historiografía jurídica española; es como lamentar que Marx no esté presente en las investigaciones de los teólogos, porque Jurisprudencia y Teología corrieron suertes parejas a lo largo de los siglos, y también el presente, que puede considerarse como de crisis de la Teología, lo es igualmente del Derecho [20].

---

de nuestro tiempo (p. 496); en fin, el historiador debe estudiar la relación entre el sistema jurídico conceptual y la realidad social (p. 525).

17. En *Sulla proposta di bipartizione dell' attuale insegnamento della storia del diritto italiano* (p. 285 ss) se defiende la división cronológica (histórica) de derecho medieval y moderno en lugar de la división sistemática de derecho público y privado. Cfr. contra esta distinción, de nuevo, p. 330. También García-Gallo (p. 751) parece despreciar esta distinción como convencional.

18. La Sociología, observa Paradisi, es una ciencia dogmática (p. 318), en tanto la vida del espíritu en la que el derecho se integra, se manifiesta en la libertad (p. 499); la Historia no se atiene a paradigmas, por eso no es válida la teoría de los "tipos" institucionales (p. 500). De acuerdo en la repulsa de una Sociología dogmática y de la abstracción de tipos, García-Gallo, página 752.

19 A este influjo marxista se debía ya el error de Croce, que reducía el Derecho a Economía, y que censura Paradisi (p. 478).

20. Sobre el tema de la crisis del derecho en nuestro tiempo, me permito

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

García-Gallo, en su nuevo artículo, vuelve a los puntos de vista por él sostenidos desde hace un cuarto de siglo y ejemplarmente desarrollados en su *Manual*. En estas páginas empieza por una exposición amplia del pensamiento de Paradisi, para recordar luego su propia posición.

Ambos historiadores parten de la misma idea de la integración de la Historia jurídica en lo social, pero García-Gallo previene más enérgicamente que Paradisi contra el riesgo de una disolución de lo jurídico en el cúmulo de los datos sociales [21], aunque, por otro lado, no participa del desprecio de Paradisi por la Sociología jurídica [22]. Para García-Gallo la consideración del cuadro social debe ser secundaria respecto al estudio de las instituciones [23], entendiendo por instituciones de la sociedad «esas relaciones o situaciones básicas en la vida de ésta y que, por tanto, gozan de arraigo y larga vida» (p. 751). La «Historia institucional» debe centrarse, según él, «en el conocimiento de la estructura de las mismas y de su función», y para ello el historiador del derecho debe proceder como propiamente jurista, pues la Historia del Derecho, conforme a lo que hace tiempo viene sosteniendo, es una disciplina «jurídica».

Así, la diferencia entre las posiciones de Paradisi y García-Gallo es de grado y de matiz, más que radical. Los dos creen necesaria la consideración de lo social extrajurídico, pero García-Gallo como complemento, por lo que salva mejor que Paradisi la substantividad de lo jurídico, sin que las censuras de Paradisi contra el dogmatismo jurídico valgan quizá para ese concepto de lo jurídico que tiene García-Gallo, pues no se trata para éste de imponer esquemas modernos a las realidades jurídicas pasadas, sino de proceder con mayor conciencia de la naturaleza de lo jurídico en el estudio de las instituciones históricas.

Al intentar ahora intervenir en la confrontación de estas dos insignes figuras de la historiografía jurídica actual, me permitiría decir ante todo que, en mi opinión, los estudios históricos especiales convierten siempre en histórica la materia especial que es objeto de su atención: que la Historia de la Economía, de la Química, del Arte, etc., son ante todo Historia, y que lo mismo puede decirse de la Historia del Derecho. No así, en cambio, con la Filosofía, la cual no altera la naturaleza de

---

remitirme a mi (al parecer poco conocido) libro de *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (CSIC., 1973).

21. Cito tan sólo esta tajante pero acertada afirmación (que difícilmente podrá refutar ningún historiador del derecho propiamente científico): "la integración de la historia del Derecho en la Historia total, en la que ya no forma un capítulo sino que se diluye en ella, no ha aportado nada a nuestra ciencia" (p. 749).

22 Cree García-Gallo "en la gran utilidad metodológica de los estudios de Sociología y Antropología cultural sobre dinámica y estática social y cultural, etc" (p. 752)

23 La "Historia institucional" que él propugna "destaca luego la consideración social, etc" (p 751).

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

la materia especial sobre que versa; pero esto se debe a que la Filosofía no es propiamente una ciencia —lo son, en cambio, la Metafísica, la Lógica y la Etica—, sino una cierta actitud reflexiva. La Filosofía del Derecho, así, no es una rama especial de una «ciencia» llamada Filosofía, sino Derecho filosóficamente considerado; y lo mismo cabe decir de la Filosofía de la Historia o de la Física: son Historia o Física filosóficamente consideradas.

Esta afirmación de que la Historia del Derecho no es Derecho sino Historia, podría hacer pensar que me inclino por la posición de Paradisi, pero no es así, porque, lo mismo que García-Gallo, tiendo a destacar la substantividad de lo jurídico, aunque sea para considerarlo como objeto de una ciencia histórica especial. Pero para dar a entender más claramente mi pensamiento, debo recordar aquí mi propio concepto de la Historia.

Desde mi punto de vista, la Historia tiene por objeto las reflexiones de la conciencia humana sobre su propio acontecer expresadas normalmente en textos, y, consecuentemente, la historia del derecho tiene por objeto esos textos en cuanto se refieren al derecho [24]. En este sentido digo que también la Historia jurídica es Historia de textos (no estrictamente «libros»): no en el sentido de pura enumeración o descripción de códices o códigos, sino como esfuerzo por alcanzar una interpretación profunda de aquellos textos, pues la Historia, como la misma Filología, es una ciencia hermenéutica. No es la materialidad de los libros y documentos lo que interesa al historiador, sino las reflexiones humanas expresadas en aquellos textos. Pero tomando esto como tales textos, no como simples testimonios de una realidad, pues la Historia —como todas las otras ciencias humanísticas— no se refiere a hechos, fenómenos o cosas, sino a reflexiones de la conciencia humana, contemporánea o sucesiva, y precisamente como tales reflexiones, de suerte que, aunque el historiador deba ejercer una crítica y controlar la veracidad de los textos —lo que sólo se puede hacer por comparación con otros textos— y deba discriminar lo auténtico de lo falso, lo objetivo de lo subjetivo, no puede desechar el texto menos verídico o más subjetivo, pues también éste expresa una reflexión de la conciencia humana. En otras palabras, el historiador debe discriminar el texto falso, pero no puede prescindir de él, como haría, en cambio, un juez

24. Es congruente que el sociologismo materialista de nuestro ilustre colega Lalinde le haga ver con prevención (cfr. *AHDE*. 1975 p 125 n. 8) mi concepción de la historiografía jurídica, pero la atenuante que él quiere otorgarnos, de que no somos consecuentes con nuestros principios metodológicos, es precisamente la que debe concederse a los historiadores materialistas en la medida en que, como ocurre con el mismo Lalinde, pueden ofrecer investigaciones históricas dignas de consideración. Por lo que a mí personalmente respecta, si en algún momento me excedo de los textos, no es sin temor o inseguridad, y si algún historiador sigue fiel a la tradición de estudiar los textos, conforme a la enseñanza de nuestro común maestro Galo Sánchez, ese es precisamente Gibert, al que Lalinde envuelve en la misma censura.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ante un documento falso. Y por eso los documentos falsos se guardan en los archivos junto a los verdaderos, y las historias tendenciosas pueden resultar tanto o más interesantes que las objetivas.

La tradición filológica venía a reconocer que la Historia se hace sobre textos, aunque no siempre fuera consciente de que son los textos como tales, y no como testimonios de la realidad, lo que debe interesar al historiador, pues los hechos mismos no interesan, y si, en hipótesis, tuviéramos un aparato maravilloso para captar las ondas del pasado y reproducir en una pantalla sonora todos los acontecimientos, no serían propiamente historiadores los que se interesaran por el novedoso entretenimiento.

Ahora bien, cuando de Historia jurídica se trata, resulta necesario tener una idea clara para la identificación de qué textos pueden considerarse jurídicos, y esto presupone un preconcepto de lo que sea el derecho Si se dice que el derecho es la organización social, esto equivale a decir que, en efecto, todo lo social, en la medida en que supone una cierta organización, es derecho, y el estudio se desliza insensiblemente al campo de la Sociología. Sin embargo, no es infrecuente que, sobre todo los más interesados por el derecho privado, tengamos un concepto más restringido del derecho, hasta el punto de que algunos reduzcamos el derecho propiamente dicho a lo judiciable [25] y lo definamos como «aquello que los jueces aprueban», entendiendo por «aprobar»», tanto las conductas probadas de los particulares como las normas públicas conocidas, que también son aprobadas por los jueces en la medida en que las aplican en sus fallos. Esta realidad jurídica se objetiviza para su estudio, también ella, en textos: en primer lugar, el texto de las sentencias judiciales que nos constan, las pruebas escritas, los documentos, las leyes y escritos jurídicos en general, porque también el Derecho, el derecho vigente, se estudia en textos, lo mismo que la Historia, la Metafísica, la Teología y todas las otras ciencias humanísticas. es precisamente esa referencia a los textos y a las «citas» de textos lo que les da la unidad, en contraposición a las ciencias naturales y a las geosociales o geonómicas, que estudian hechos y no dichos: *facta* y no *dicta*.

Este concepto judicialista de lo jurídico preserva al derecho, es verdad, de todo sociologismo. Aunque la actividad judicial se integre en un contexto social, ella misma no consiste en actos sociales, sino individuales, del juez y de las partes, que se objetivizan en textos de estudio. Sin embargo, los historiadores del derecho no suelen operar con un concepto tan depurado del derecho, sino que incluso propenden a considerar, dentro de lo que se suele llamar «derecho público», todo aquello que se refiere a la organización social, y suelen desatender ordinariamente el derecho privado, al menos en su contenido, pues suelen sí tomar en consideración las leyes que contiene el derecho privado,

25. Está claro, al decir "judiciable", que incluimos lo que no ha pasado realmente por el control judicial, pero podría pasar.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

lo que es muy consecuente con su interés publicístico, ya que tales leyes son públicas y están en estrecha relación con la organización de la sociedad. Así, pues, los historiadores «del derecho» no lo son propiamente del derecho, sino preferentemente de la organización pública. Esto se debe quizá a que el derecho privado, al menos en los ambientes en que se ha cultivado la Historia del derecho, es, en realidad, una tradición del Derecho Romano, y difícilmente puede ser investigado por quienes no profesan una formación civilística, es decir, de Derecho Romano. De ahí la propensión de los historiadores a rehuir la investigación de derecho privado —el derecho propiamente dicho— para atender a los aspectos del derecho público o de la organización social sin más, puesto que la diferencia entre el derecho público y tal organización se hace más difícil por la razón del escaso alcance que en estas materias ha tenido el control judicial de los actos públicos.

Hay que tolerar, pues, que los historiadores del derecho lo sean preferentemente de la organización social y sólo excepcionalmente del derecho propiamente dicho; y que den a los aspectos políticos, económicos, etc., una importancia mayor de la que les concede el verdadero jurista, para quien los datos sociales en general no constituyen el objeto de su ciencia, sino simples presupuestos de la especulación propiamente jurídica [26]. Pero, en todo caso, el objeto del estudio del historiador del derecho son los textos y no las mismas cosas o acontecimientos; ni su evolución, pues sólo se puede captar una evolución cuando se pueden comparar cuerpos, cosas tangibles que se perpetúan a través de distintos momentos, en tanto para la historia lo único tangible que tenemos son los textos, y éstos, como tales, son estáticos, no son objeto de evolución, sino que simplemente presentan en su comparación modificaciones y divergencias (debidas, muchas veces, a errores o corrupciones de transmisión) por las que se detecta una mutación en la reflexión de la conciencia humana sobre una realidad por sí misma inaccesible. Si decimos, por ejemplo, que la donación llegó en tal momento a convertirse en un contrato, tal afirmación no puede referirse a los actos mismos de donación, que no conocemos directamente, ni expresarían por sí mismos una determinada configuración conceptual, sino simplemente a que, en un determinado momento nos encontramos con reflexiones de juristas, en libros, en documentos, incluso recibidas por un legislador, que presentan tal configuración teórica (lo que no excluye importantes consecuencias prácticas conjeturables). Y si hablamos de «institución», y de que las instituciones «cambian» y «evolucionan», no debemos olvidar nunca que ese término de «institución» es sólo un recurso pedagógico para aludir a determinadas configuracio-

26. Que el absolutismo político dificulte la libre creación del derecho por los juristas, o que la mano de obra sea servil, o que la falta de dinero fomente la dación en pago, todo esto son datos extrajurídicos que tienen cierta influencia en el derecho, lo mismo que la pubertad puede determinar la capacidad, o la muerte causa la herencia, etc.

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

nes dogmáticas, que facilita la enseñanza del Derecho; tampoco las «instituciones» son cosas, cuerpos tangibles que puedan evolucionar por una como transmisión hereditaria de los caracteres adquiridos [27]. Esa visión organicista y biológica pudo tener cierto atractivo en la época del evolucionismo de las especies naturales, pero no pasa de ser una manera metafórica de extrapolar las divergencias que presentan los textos.

El mismo hecho del vulgarismo jurídico de que trata Paradisi [28], debe entenderse como cuestión de textos, y precisamente por eso cabe hablar del vulgarismo como «estilo» (que es, después de todo, un cálamo, un instrumento para escribir). Mejor dicho, el vulgarismo es una dejación de estilo, un abandono del refinamiento cultural, un escribir, si se me permite la expresión, «con los dedos» y no con la pluma. Si se prescinde de esta conexión textual, es claro que resulta difícil concebir el vulgarismo como estilo, y aun hablar propiamente de vulgarismo [29]. García-Gallo, por su parte, viene insistiendo en una como identificación de vulgarismo y derecho popular o consuetudinario —«Vulgarrecht» como «Volksrecht»—, lo que no coincide en el uso normal del término entre los romanistas [30]. El vulgarismo sólo es concebible donde ha existido una cultura jurídica, pues se detecta en la corrupción textual (incomprensión de los textos antiguos, mutilación, epitomación, etc.), en momentos de decadencia de una cultura jurídica consciente de su estilo, y por eso es compatible que se dé vulgarismo incluso en las escuelas retórico-jurídicas del siglo IV o V, en Occidente.

La misma comunicación que parece exigir el estudio histórico entre el objeto estudiado y el historiador no es concebible sin la homogeneidad que resulta de ser una compenetración de reflexiones: la del texto objeto de estudio y la del historiador que lo estudia; en tanto entre lo fáctico y la conciencia del historiador, por la misma heterogeneidad de los términos, no puede establecerse tal comunicación espiritual.

En fin, desde ese mismo punto de vista es posible la conjunción de historias de objetos especiales —la jurídica, por ejemplo, con la política,

---

27. Institución es, ante todo, enseñanza; luego, el libro de enseñanza; luego, los temas de los libros de enseñanza; luego, las relaciones o situaciones reales objeto de esos temas; finalmente, las personas jurídicas, que se asemejan a esos tópicos didácticos por su constancia y perpetuidad.

28. *Diritto volgare e volgarismo, note sulla validità del concetto di "stile" come strumento di ermeneutica storica* (*Iura*, 1966), p. 503 ss.

29. Paradisi (p. 512) pone el caso del *postliminium in pace*, que, efectivamente, yo he considerado como extensión no clásica del verdadero *postliminium* bélico, pero no me parece que esta figura sea de derecho vulgar, pues muestra claramente su condición escolástica. Sí es vulgar, en cambio, el uso que hacen los legisladores de ideas que pueden servir a una tendencia de naturalismo económico —como la innovación de la *laesio enormis* (p. 513 ss.)— o moralismo —como el recurso a la *humanitas* (p. 515), o mejor la *benignitas*—, aunque haya otros muchos ejemplos más claros de típico vulgarismo.

30 Por eso se adhiere ahora (p. 751) a la negación que hace Paradisi de la consideración del vulgarismo como "estilo".

INICIO SUMARIO AÑO 1977 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

militar, económica, etc.—, pues, en todo caso, se trata siempre de reflexiones plasmadas en textos (eventualmente en expresiones artísticas materiales) que deben combinarse para conseguir tal integración.

En mi opinión, pues, la Historia, también la jurídica, debe ser ante todo filológica, pero debe aspirar, como exige la misma Filología, a la comprensión más total de las manifestaciones escritas del espíritu humano, tanto en su contemporaneidad como en su sucesión, y precisamente referida siempre a otras reflexiones anteriores, a textos, y no a los fenómenos reales mismos: éstos no nos son directamente perceptibles, y pretender controlarlos directamente es hacer Sociología deficiente y no Historia cabal.

Nuestros antecesores, con su método filológico positivo, no llevaban un camino equivocado, aunque siempre puede ser perfeccionado y justamente por un mayor desprendimiento de algunas ideas, como la biológica de evolución, que les llevaba a falsear su misma austeridad filológica por el espejismo de que era posible captar una realidad «institucional» más objetiva que las referencias textuales que ellos directamente estudiaban Porque la objetividad, en Historia, no debe ponerse en los hechos, sino precisamente en la fidelidad a los textos y en la crítica rigurosa de los mismos, también los falsos o tendenciosos.

Por último, una palabra sobre los romanistas: que no pueden ser tomados sin más como puros «historiadores del derecho» [31]. El romanista debe, ante todo, fijar sus textos con un método histórico-crítico, y la crítica de interpolaciones, con todos sus eventuales riesgos, le es imprescindible. Filología e Historia contribuyen así a fijar con la mayor perfección posible los textos del romanista, pero, una vez conseguida esta primera meta, el romanista debe aplicarse a penetrar en la lógica de la jurisprudencia clásica y extraer de ella la adecuada dogmática. Esta segunda actividad científica es precisamente la que justifica la función y posición primordial del Derecho Romano dentro de los estudios de la carrera de Derecho. Sólo desde este dominio de la jurisprudencia clásica puede luego el romanista proyectar sus conocimientos para investigar la historia del derecho privado hasta la misma Edad Moderna, un campo que, como hemos dicho, no suele atraer a los historiadores del derecho [32].

---

31. Ha sido un grave error juntar Derecho Romano e Historia del Derecho, a efectos de estructuración departamental, en algunas universidades Es mejor mantener una separación de departamentos, o, como mal menor, aproximar el Derecho Romano al Derecho Privado (positivo). En cambio, desde el punto de vista bibliotecario, la conexión prioritaria del Derecho Romano es con la Filología y la Historia clásicas; la coincidencia con los libros que manejan los historiadores del derecho o incluso los privatistas es notoriamente más débil que con los libros de los clasicistas. Así, en la Universidad de Navarra, aunque existe un Departamento independiente de Derecho Romano, los fondos bibliográficos de esa materia se hallan integrados en la sección de Antiguedad de la Biblioteca de Humanidades.

32 Es cierto, sin embargo, que en la romanística actual no ha dejado de

INICIO | SUMARIO AÑO 1977 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Así, pues, aunque los romanistas colaboramos gustosamente con los historiadores del derecho, no debemos ocultar que no somos historiadores más que en la medida en que hacemos Historia —es decir, historia de los textos— del Derecho Romano, pero no ya cuando, una vez fijados los textos —el «Derecho Romano» es ante todo privado, es decir, derecho propiamente dicho—, nos aplicamos a revivir el pensamiento de los juristas romanos en orden a la solución de hipótesis casuísticas. En esto somos juristas, pero no hay que olvidar que, como ya hemos dicho, también los juristas estudian textos, como ocurre con todos los que cultivan ciencias humanísticas. En esto consiste la complejidad especial de la labor del romanista: en que debe tratar históricamente los textos para luego construir un sistema jurídico sobre ellos. Esta segunda actividad hace que la primera, la propiamente histórica, no sea tan desinteresada como la de los historiadores del derecho a los que la construcción de un sistema conceptual para poder resolver casos no interesa directamente. El historiador puede permitirse que de sus textos no resulte un sistema total y congruente, en tanto el romanista no puede dejar de buscar soluciones para casos jurídicos imaginables, en congruencia lógica con los datos de los textos conservados, como hacen los juristas profesionales de hoy cuando se les consulta acerca del *quid iuris* En esta función, el romanista es, ante todo, jurista.

ALVARO D'ORS

[*Addendum* En esta confrontación de opiniones en torno al concepto de la historia jurídica también hubiera podido entrar en consideración la reciente contribución de Franz Wieacker, en la *Festschrift für Erwin Seidl* (p. 220-230), sobre *Die Provinz der Rechtsgeschichte*. El a. alude constantemente a Paradisi, aunque no pretende una exacta contraposición con su pensamiento La distancia no parece quizá muy grande, por cuanto, para Wieacker, la identidad del estudio histórico-jurídico no depende de una diferencia en el objeto, sino de un específico interés del historiador en función de una experiencia jurídica que le estimula a destacar, en la materia común, la significación propiamente jurídica. A. O.]

---

manifestarse cierta tendencia también al estudio histórico-cultural (como el que propugna Paradisi), por el que se pretende integrar la vida jurídica de la antigua Roma (siempre según los textos, pues no puede ser de otro modo) en visiones más amplias y más históricas que propiamente jurídicas. Trátase unas veces de clasicismo y decadencia o de enmarcamientos políticos; otras, de la personalidad de juristas concretos, de su lógica y estilo; otros, de aspectos singulares como el interés por la perspectiva histórica de los antiguos juristas o de la crítica contemporánea del derecho; por no hablar de la insistencia de algunos en la subordinación de las instituciones a las coyunturas económicas. Pero toda esta tendencia, aun reconociendo el interés de algunos de sus resultados, no puede constituir en modo alguno el patrón ejemplar del verdadero romanismo