HISTORIA, DERECHO E HISTORIA DEL DERECHO

Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa

Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 25 de noviembre de 1952, para conmemorar el centenario del nacimiento de Eduardo de Hinojosa.

Hoy se conmemora el centenario del nacimiento de Eduardo de Hinojosa, a quien en su tiempo se debió, más que una renovación, la iniciación del estudio científico de la Historia del Derecho en España. Treinta y tres años han transcurrido desde su muerte, y todavía hoy los historiadores españoles del Derecho, que salvo rara excepción no le conocieron, siguen considerándose sus discípulos. A diferencia de lo que ocurre en otros países, donde distintos maestros formaron otras tantas escuelas, en España todos los que actualmente cultivan la Historia del Derecho siguen las huellas de Hinojosa. Sólo se habla de una escuela; y esta es, por antonomasia, la *Escuela de Hinojosa*.

No habiendo sido Hinojosa un historiador genial, de intuiciones clarividentes, de interpretaciones personalísimas, o descubridor de técnicas nuevas, la trascendencia de su magisterio ha podido ser mayor. El genio no puede imitarse, pero la orientación y el método sí. Hinojosa asimiló plenamente las orientaciones y los métodos con que se estudiaba la Historia del Derecho fuera de España, y muy en especial en Alemania; aplicó aquéllas y éstos al estudio de nuestro pasado jurídico; y sentó los cimientos de una ciencia española. Las orientaciones y los métodos, pero también las preocupaciones personales de

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Hinojosa y su peculiar estilo de trabajar, han influído decisivamente en sus discípulos y continuadores, durante varias generaciones. Pero, como es natural, cada una de estas ha reaccionado de forma peculiar ante el magisterio de Hinojosa; y así, dentro de la unidad de la Escuela, es posible distinguir diversas tendencias. Vale la pena caracterizarlas.

I. LA FORMACION DE LA ESCUELA DE HINOJOSA

La influencia de Hinojosa se manifestó por vez primera, todavía en vida de éste. Varios discípulos suyos—discípulos en la acepción de seguidores de sus enseñanzas, aunque no todos fuesen alumnos suyos—llevaron muy pronto a la Universidad sus inquietudes. Fueron los primeros, Felipe Clemente de Diego (1897), en el campo del Derecho romano, y Rafael Altamira y Crevea (1897), en el de la Historia del Derecho. Le siguieron también en la orientación romanista, José Castillejo Duarte (1905) y Manuel Miguel Traviesas (1911), y en la histórico jurídica, Salvador Minguijón Adrián (1911). Cada uno por su lado procuró seguir a Hinojosa en aquello que mejor cuadraba a su propia vocación y, en consecuencia, su magisterio se mostró bajo facetas diferentes. Aunque Hinojosa lo era, ninguno de ellos fué investigador. En esta primera etapa de la Escuela de Hinojosa se trató, ante todo, de renovar los conocimientos generales en materia de Derecho romano y de Historia del Derecho: se utilizaron copiosamente las obras extranjeras sobre estas disciplinas, se recogió lo que había de aprovechable en investigaciones anteriores, y se intentaron nuevas exposiciones de conjunto. Titular Hinojosa de una cátedra de la Facultad de Filosofía y Letras, durante veinte años su labor histórico jurídica fué dada a conocer a los alumnos de las Facultades de Derecho casi exclusivamente por obra de Altamira y luego de Minguijón. Uno y otro dedicaron al maestro sus obras de conjunto: su *Historia de España*, el primero, y sus *Cuadernos de Historia del Derecho*, el segundo. En esta última disciplina fueron entonces iniciados por Altamira, Ramón Prieto Bances y José M.ª Ots Capdequí.

Sólo en los últimos años de su vida, cuando ya la salud de

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Hinojosa había sufrido un duro quebranto, se formaron en contacto personal con éste, Galo Sánchez, Claudio Sánchez Albornoz y José M.ª Ramos Loscertales. Orientado el primero hacia la Facultad de Derecho, hubo de consagrar todo su esfuerzo a la tarea inicial e indispensable de investigar la historia de las fuentes jurídicas, labor en que también se ocupó, en parte, Ramos. Pero éste y en especial Sánchez Albornoz, desde la sección de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras, dedicaron su atención a la historia de las instituciones. Como consecuencia de su contacto personal con Hinojosa, todos ellos fueron medievalistas en el terreno de la investigación.

Desde la muerte de Hinojosa hasta 1930, aproximadamente, la orientación y los métodos de aquél fueron divulgados entre los juristas, desde las cátedras de Historia del Derecho, por los titulares de éstas que habían seguido las huellas del maestro: por Salvador Minguijón, especialmente en lo que se refiere al Derecho privado; por Galo Sánchez, discípulo directo de Hinojosa, sobre todo en el terreno de las fuentes, cuyo estudio renovó por completo; por dos discípulos de Altamira, Ots y Prieto, en el aspecto del Derecho indiano el primero, y en un campo más dilatado el segundo; y por otros profesores formados en esta orientación, aunque con cierta independencia: Segura Soriano, Torres López, Riaza, Gómez Piñán y Rubio Sacristán. La labor de todos hubo de desarrollarse con grandes dificultades y limitaciones. La Historia del Derecho español estaba sin hacer—Hinojosa sólo había elaborado unos cuantos temas—y explicarla a los alumnos era, por consiguiente, tarea nada fácil. Para superar esta situación era preciso investigar; y por ello, los jóvenes de la nueva generación hubieron de formarse como investigadores. Su labor en este sentido encontró un órgano adecuado de expresión en el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, comenzado a publicar en 1924, bajo la iniciativa y dirección efectiva de Sánchez Albornoz. Pero, de momento, en la mayor parte de las cátedras apenas pudo explicarse con cierto rigor otra cosa que la historia de las fuentes, tomando como base los *Apuntes* (luego *Curso*) *de Historia del Derecho* de Galo Sánchez, que habían comenzado a publicarse en 1924, y que, pese a la modestia de su título,

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

suponían una obra meditada; las instituciones forzosamente fueron objeto, cuando de ellas se trataba, de una exposición más elemental. En cambio, en la Facultad de Historia de Madrid, Sánchez Albornoz explicó con gran amplitud las instituciones sociales y políticas de la Edad Media castellana.

Muy pronto, la originalidad de las explicaciones de Galo Sánchez y Sánchez Albornoz—que si en su orientación general seguían las directrices marcadas por Hinojosa, en lo demás reflejaban la preocupación y labor personal de cada uno, y el aprovechamiento intensivo de las fuentes españolas—les destacó como maestros indiscutidos por sus colegas, cada uno en su respectivo campo, y en torno de ambos se agruparon todos. La Escuela tomó cuerpo. Pero a la dirección mantenida por los dos discípulos directores de Hinojosa, se añadió ahora alguna otra nueva. La lectura asidua de la bibliografía histórico jurídica extranjera, recomendada tanto por Hinojosa como por sus discípulos y seguidores, así como el estudio en Universidades alemanas de algunos de estos últimos, abrieron nuevos horizontes y marcaron nuevos rumbos. El influjo de ciertos maestros extranjeros—von Below, Stutz, von Schwerin, etc.—se acusó inmediatamente en la formación de los especialistas. De esta manera, se operó una nueva recepción, no siempre discriminada, de la historiografía jurídica extranjera—con tendencias distintas a las que habían inspirado la anterior—, que modeló a quienes se formaron en estos años; la atención preferente que estos estudiosos concedieron a la bibliografía extranjera, en cierta medida supuso una utilización menos frecuente e intensa de las fuentes nacionales.

Desde 1930 a 1936 la formación de nuevos historiadores españoles del Derecho o de las instituciones se realizó, salvo algún caso aislado, en España. Esto hizo posible que junto al aprovechamiento de la bibliografía extranjera, se volviese al manejo fecundo de las fuentes españolas. La orientación de Sánchez Albornoz fué ampliamente incorporada a la Historia del Derecho por Luis García de Valdeavellano, uniéndola a la de Galo Sánchez; y fué continuada en el campo de la Historia institucional, por José M.ª Lacarra y de Miguel. Igualmente, las orientaciones de Galo Sánchez y Sánchez Albornoz influye-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ron sobre el P. José López Ortiz y Alfonso García Gallo, aunque en ellos se acusó ya una mayor preocupación por lo jurídico, reveladora de otras influencias anteriores o distintas; concretamente, por lo que al último se refiere, de la del profesor portugués Paulo Merêa. Sin descuidar la investigación—tarea que constituía la preocupación dominante de los miembros de la Escuela en estos años, y que en el campo de las fuentes medievales y de las instituciones castellanas de la misma época alcanzó incomparable rigor científico en los estudios de Galo Sánchez y Sánchez Albornoz—, volvió a sentirse la juvenil preocupación de Hinojosa por una exposición de conjunto, que se vió realizada con la publicación del *Manual de Historia del Derecho español* de Riaza y García Gallo. Utilizado desde 1934 en la casi totalidad de las Universidades españolas, a partir de esta fecha fué posible que en las mismas se estudiasen con atención preferente las instituciones sociales y políticas.

Estas nuevas tendencias en la forma de concebir la Historia del Derecho se abrieron camino a partir de 1939. Ausente de España Sánchez Albornoz, su orientación en el estudio de las instituciones medievales no encontró nuevos seguidores, si se exceptúa a Font Rius que las aplicó a los temas catalanes. Las perspectivas que se vislumbraron fuera de la Historia medieval, atrajeron a nuevos estudiosos, muchos de ellos procedentes del campo del Derecho—del canónico, del público, etc.—, que traían nuevas preocupaciones y en particular una más firme vocación jurídica y un interés por temas hasta entonces practicamente olvidados. En su casi totalidad, estos nuevos historiadores del Derecho se formaron con Galo Sánchez, el P. López Ortiz y García Gallo, y las orientaciones de éstos encauzaron las preocupaciones de aquéllos, sin desvirtuarlas, por los cauces de la Historia del Derecho.

El resultado, visto en su conjunto, supuso en muchos casos una nueva orientación de estos estudios dentro de la Escuela. Continuó caracterizando a los nuevos especialistas su formación y actividad investigadora. Pero el Derecho de la Edad Media dejó de ser el tema central de las investigaciones; el romano, el canónico y el indiano, atrajeron, en cambio, mayor atención. El germanismo hasta entonces indiscutido de nuestro

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Derecho de la Alta Edad Media, comenzó a ser revisado. Decayó la atención prestada a la historia de las fuentes, y se trabajó en mucha mayor medida sobre las instituciones, con un interés creciente por las estrictamente jurídicas. Como es natural, estas nuevas orientaciones no se impusieron radicalmente, ni se rompió con la manera tradicional de estudiar la Historia del Derecho. Pero en el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, publicado ahora bajo nueva dirección, en tomos cuyo volumen dobla el de los anteriores a 1936—exponente de la intensidad con que labora la nueva generación—fué quedando constancia de estas orientaciones nuevas. Es posible que un observador superficial no encuentre diferencias apreciables entre la producción de estos años y la de los anteriores. Sin embargo, existe en la realidad; sólo que las nuevas inquietudes, expresadas abiertamente en coloquios o conversaciones, se refrenan, en espera de madurar, cuando han de reflejarse en los programas de cátedra o en la realización de los trabajos de investigación.

Es fácil apreciar que los historiadores españoles del Derecho, que durante tantos años han trabajado bajo la inspiración de Hinojosa, pese a la unidad que nace del magisterio único de éste, acusan diversidad de preocupaciones. Siguiendo al maestro que en su tiempo recogió las orientaciones entonces en boga, sus discípulos han incorporado luego otras más recientes que aquél no pudo conocer; aún en esto, que en último término puede determinar un modo diferente de concebir la Historia jurídica, no han hecho sino continuar las huellas de Hinojosa. Fué tan amplia y sugerente la personalidad de éste, que de él han podido aprender lo mismo el medievalista que el cultivador de la Edad Moderna, el que investiga las clases sociales que el que se ocupa del Derecho privado. Todos son discípulos de Hinojosa, y ninguno puede recabar para sí o para su orientación la exclusiva de su magisterio; ni considerarse como el único y legítimo heredero de sus enseñanzas. Pretenderlo, sería empequeñecer la inmensa transcendencia que ha tenido la obra de Hinojosa, y traicionar su amplitud de miras que le hizo apartarse de toda bandería o capilla, cualesquiera que fuesen las ideas de éstas.

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

II. LA HISTORIA DEL DERECHO CONCEBIDA COMO CIENCIA HISTORICA

El interés por el Derecho del pasado se había manifestado ya en el siglo XVI. Pero la Historia del Derecho sólo adquirió rango científico iniciado ya el XIX, y sólo alcanzó su madurez en el último tercio de éste. Cuando en 1878 Hinojosa hizo su primer viaje a Alemania, los frutos de una perseverante labor comenzaban a cosecharse en este país y esta nueva ciencia perfilaba sus orientaciones y sus métodos, que en lo fundamental se mantendrían luego hasta nuestros días. La obra personal de Hinojosa, así como la de los miembros de su Escuela, que recogen por su parte los avances posteriores de esta ciencia, refleja el estado de la misma en todo este tiempo. No es, pues, inoportuno detenerse en caracterizar la orientación de los estudios de Historia del Derecho en esta dilatada etapa, que llega hasta nosotros.

El estudio de la Historia del Derecho sólo adquirió rango científico, cuando el Derecho del pasado se concibió en su conjunto como un fenómeno histórico, y cuando para conocerlo se aplicó el método histórico crítico. A esta situación se llegó por distintos caminos. De un lado, los historiadores se fueron desinteresando de la historia personalista de los reyes y sintieron un interés cada día mayor por la historia de los pueblos; es decir, por la de su cultura y sus instituciones. De otro, los juristas, por reacción contra el racionalismo revolucionario que inspiraba la nueva legislación, volvieron los ojos al Derecho hasta entonces vigente, llegando a considerarlo, lo mismo que la lengua, el arte y las restantes manifestaciones de la culutura, como expresión del «espíritu popular». Así, por uno y otro camino, el Derecho se consideró como un fenómeno cultural y por consiguiente mudable. Pero, cualquiera que fuese la razón que movía a estudiar el Derecho del pasado, las exigencias metodológicas de su investigación fueron las mismas: amplia utilización de fuentes, recogida de numerosos datos, depuración de los obtenidos para eliminar inexactitudes, etc. El método histórico crítico fué aplicado indistintamente por historiadores y juristas, sin que entre unos y otros pudiesen destacarse di-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ferencias perceptibles. Algún investigador—recuérdese a Mommsen—se ocupó indistintamente, aunque por separado, de la Historia general y de la jurídica. Otros muchos, ocupándose del común campo de las instituciones—Marquardt, Eichhorn, Dahn, Waitz, Flach, Fustel de Coulanges, Viollet, etc., y entre los españoles Muñoz Romero, Pérez Pujol, Colmeiro, etc.—, contribuyeron a renovar y edificar conjuntamente el contenido de la Historia.

La obra de estos grandes historiadores repercutió hondamente en la concepción de la Historia, antes atenta principalmente a lo político y a lo militar, y orientada ahora hacia la llamada historia interna; y aún dentro de ella, a lo institucional, ya que las restantes manifestaciones de la cultura—religión, arte, lengua, literatura, ciencia, etc.—fueron objeto no sólo de otras disciplinas más dispares, sino incluso de enseñanza independiente en las Facultades de Historia. Integrada la Historia general en no pequeña medida por la de las instituciones, y condicionada la orientación de aquélla por la de ésta, a nadie puede extrañar que historiadores del Derecho se ocupasen de escribir la historia general. Aparte el caso, ya citado, de Mommsen, recuérdese la *Breve historia del Imperio romano narrada por un jurista*, debida a Pacchioni; y en España, la Historia del reino visigodo, de Hinojosa, el manual de Altamira y el reciente de García de Valdeavellano. De las cuatro exposiciones de conjunto de la Historia de España publicadas con información rigurosa en lo que va de siglo, dos—precisamente, las más orgánicas; las otras, son las de Ballesteros y Aguado Bleye—se deben a historiadores del Derecho. Por otra parte, la Historia jurídica, aún siendo estudiada como disciplina autónoma en las Facultades de Derecho, o careció de rigor científico—como ocurría en casi todas las Universidades españolas en el siglo pasado—, o se convirtió en una rama especializada de la Historia, cuyo contenido, en gran parte tomado de ésta —económico, social, político, etc.—, no fué ya estrictamente jurídico o fué tratado como si no lo fuera. Hubo que reaccionar contra ello, y de esta reacción nacieron varios lemas que presidieron en adelante la labor de los historiadores juristas: la Historia del Derecho se ocupa de cuestiones jurídicas, y éstas

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

deben ser tratadas jurídicamente; para la Historia del Derecho es materia muerta la que no se puede concebir dogmáticamente.

Por lo que ahora tuvieron de común, ambas ciencias se influyeron recíprocamente; y en estas materias comunes, la Historia general y la del Derecho se orientaron exactamente de la misma manera; las páginas que se ocupaban de ellas podían incluirse indistintamente en obras de una u otra clase. La diferencia fué sólo cuantitativa entre ambas ciencias: la que media entre el todo y una parte. De esta forma, como es bien sabido, el Derecho público y el Derecho penal romano de Mommsen, así como las Fuentes de Krüger, o la organización administrativa de Roma de Marquardt, integraban un *Manual de Antigüedades romanas*; el *Grundriss des germanischen Rechts* de von Amira, formaba parte de una obra de Filología germánica; las *Deutsche Verfassungsgeschichte* de Meister y Hartung, y la *Deutsche Rechtsgeschichte* de von Schwerin, de una colección de manuales históricos; en la *Biblioteca de síntesis histórica* de Berr, publicada con el título de *La evolución de la Humanidad*, se incluyeron varios volúmenes destinados a la Historia del Derecho; y, por citar algún ejemplo español, las *Lecciones de Historia del Derecho*, de Torres López, son en su mayor parte reproducción literal de los capítulos consagrados a la misma materia y escritos por él en la *Historia de España* dirigida por Menéndez Pidal. Partiendo de esta identidad de orientación pudieron considerar un historiador como Bernheim y un historiador del Derecho como von Schwerin, que al mismo resultado llegarían un historiador con formación jurídica y un jurista con formación histórica.

Convertida la Historia del Derecho en una rama especializada de la Historia, las vicisitudes por que esta ciencia atravesó, repercutieron también en aquélla. La tendencia a descubrir leyes y fijar etapas en la evolución histórica y cultural, que desde Vico alentó repetidamente en el campo de la historiografía, tuvo manifestaciones propias en la historia jurídica. Pero en ésta influyeron más decisivamente otros esquemas conceptuales, que sustentados en una cierta base real e histórica, se convirtieron muy pronto en criterios simplistas y apriorísticos con los que se pretendió explicar la evolución del Derecho. For-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

mulados por vez primera en Alemania, fueron luego recogidos por la historiografía italiana, española y francesa. Como es bien sabido, frente a los proyectos de codificación se manifestó en Alemania a principios del siglo XIX la postura contraria de la llamada «Escuela histórica del Derecho»; al Derecho nuevo se opuso el histórico, entendiendo por tal el que como fruto de una secular evolución regía en aquel momento. No interesaba a los juristas de esta Escuela histórica el proceso mismo de formación de este Derecho, y una buena prueba de ello es que la labor de sus miembros cristalizó en resultados tan poco históricos como la Pandectística y el *Deutsche Privatrecht*, su equivalente germánico. A la vista de ambos sistemas, el romano y el germánico, los historiadores alemanes del Derecho, y a imitación suya los de otros países, concibieron la historia jurídica de cada pueblo como una mera lucha, no exenta de dramatismo, entre uno y otro, que se resolvió por su fusión. Sólo se vió en la historia de las instituciones su romanismo o su germanismo; en consecuencia, se desatendieron la etapa anterior a esta pugna, y aquella otra más tardía en que la misma se había resuelto. Inevitablemente, los historiadores del Derecho se hicieron medievalistas, y el Derecho estudiado por ellos apareció como algo remoto, sin una relación aparente con el actual; prácticamente, quedó rota toda continuidad entre aquél y éste.

La inclusión en la Historia general de la de la cultura y las instituciones, repercutió en la forma de concebir y exponer aquélla. La antigua división del desarrollo histórico en edades o períodos, que hasta ahora había sido puramente convencional y no había afectado a la narración de los acontecimientos políticos y militares, cobró singular importancia. La cultura y las instituciones no cambiaban con la misma frecuencia que las dinastías o las alianzas internacionales; frecuentemente, se mantenían durante siglos. La división de la historia en períodos quedó así justificada. La Edad Antigua, fué la época de la cultura romana; la que siguió a las invasiones bárbaras, la de la germánica; la moderna, la de la fusión de ambas; y la contemporánea, la de creación de nuevas formas desligadas de las anteriores. El esquema fué aceptado sin modificaciones por los historiadores del Derecho, y las etapas de la evolución

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

de éste vinieron a quedar así delimitadas por hechos políticos extraños al propio ordenamiento jurídico. A casi nadie se ocultaba lo artificioso de esta división, ni el hecho de que en todos los períodos pudiese destacarse la continuidad de principios y normas vigentes en los anteriores. No obstante, la división se mantuvo y se mantiene, acaso con la única excepción de los historiadores franceses del Derecho, que adoptan una periodificación distinta.

La explicación de esta anomalía, aparte razones de comodidad, ha de buscarse, probablemente, en la posición de los juristas alemanes, que tanto influyeron en los de los otros países. La ciencia jurídica estaba obsesionada por la dogmática y el conceptualismo. Se había conseguido reducir el Derecho vigente a un sistema, y este sistema suponía la construcción lógica y estática del ordenamiento jurídico, en contraste con la dinámica aparición y alteración de las instituciones en el curso del tiempo, irreductible a todo encuadramiento lógico, que daba su contenido a la Historia. Por ello, para dejar libre al curso histórico, y para que éste no perturbase el cuadro de la dogmática, lo mismo Sohm con referencia a las instituciones romanas, que Stutz para las canónicas, cuidaron en sus manuales de tratar por separado *Geschichte und System*. Pero los historiadores del Derecho fueron más lejos, y trataron de encuadrar el inquieto devenir histórico no en uno, sino en varios sistemas. En un primer momento, con cada uno de los períodos de la Historia general se hizo coincidir la vigencia de un sistema jurídico. Más tarde, ante lo forzados que éstos resultaban con semejante acoplamiento, se pretendió modificar la periodificación de la Historia jurídica, diferenciándola de la general, para que reflejase con exactitud la época de vigencia de cada sistema. Pero el resultado de estos esfuerzos ha sido escaso y la periodificación de la Historia del Derecho sigue coincidiendo sustancialmente con la de la general. La Historia del Derecho ha quedado convertida en una sucesión de sistemas jurídicos. Sin embargo, el propio von Schwerin, que de esta manera definió su contenido, se creyó en el caso de advertir que ello no suponía que en cada época se diese un sistema cerrado e inmutable, y que unos sucediesen a otros bruscamente por saltos; sino que la es-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tabilidad del sistema era sólo una ficción del historiador, encaminada a facilitar su tarea como jurista.

La presentación del desarrollo histórico del Derecho como una sucesión de sistemas, no fué sólo un método o criterio de exposición, como frecuentemente se indica. Fué, en realidad, una concepción peculiar de la naturaleza misma de la Historia del Derecho, que nació al concebirse ésta como una rama especializada de la Historia general. Si el contenido de la Historia, como se viene diciendo por quienes tratan de caracterizarla científicamente, es lo que no se repite, lo sucesivo, dado que el Derecho es un conjunto de normas destinadas a aplicarse reiteradamente, la Historia del Derecho no puede tener por objeto estas normas, sino los sistemas en que se articulan. Y así, en efecto, puede apreciarse que, en la generalidad de los casos, la diferencia externa más destacable entre los libros que llevan el título de *Derecho romano* o el de *Historia del Derecho romano* radica en que aquéllos exponen la materia como integrante de un solo sistema, y en éstos se encuentra escindida en varios sistemas sucesivos. La misma diferencia se observa entre el *Grundriss des germanischen Rechts* de von Amira y las *Germanische Rechtsgeschichte* de Planitz y de von Schwerin. La palabra «Historia» posee en todos estos casos una acepción erudita, en cuanto se alude como característica esencial de ella a la sucesión o transformación del Derecho operada en el tiempo; característica inexistente en su acepción vulgar—la recogida en el Diccionario de la Academia española—, en la que se considera como Historia «los acontecimientos *pasados*» El no considerar como Historia del Derecho la exposición del romano o del germano en un solo sistema, y el suponer que aquélla ha de representar varios sistemas sucesivos, constituye uno de los rasgos más decisivos que acreditan la consideración hoy dominante de aquélla como una nueva rama especializada de la Historia general.

El carácter nacionalista del Derecho, en cuanto éste es el ordenamiento que rige una colectividad determinada, constituye una de las notas jurídicas que se mantienen en nuestra disciplina pese a su configuración fundamentalmente histórica. Ciertamente, ha habido intentos de escribir una Historia uni-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

versal del Derecho. Que estos fracasasen en su día por falta de investigaciones previas y exceso de prejuicios sociológicos, o por su confusión con el Derecho comparado o la Filosofía jurídica, no explica que posteriormente no se haya abordado la empresa con el rigor debido. Mientras se han escrito libros excelentes en que se expone el desarrollo general en la Humanidad, de la Religión, de la Filosofía, del Arte, de la Literatura, de la Cultura o del acaecer político, falta cualquier exposición seria que se refiera al Derecho; incluso, de una Historia del Derecho en el mundo occidental, no obstante ser ésta suficientemente conocida y utilizada por los especialistas al aplicar los métodos comparativos.

La elaboración y la exposición de la Historia del Derecho como una rama especializada de la Historia, ha reportado para aquélla inmensas ventajas. En primer lugar, ha servido para destacar y acentuar la historicidad del Derecho, lo que en él hay de constante y de mudable, y para corregir el excesivo conceptualismo con que frecuentemente se caracterizan las instituciones jurídicas. Ha servido también—y en este orden la inclusión de materias no jurídicas ha sido beneficiosa—para precisar la relatividad del Derecho y su interdependencia con la cultura o los intereses materiales de cada época. Ha puesto de relieve la significación y trascendencia de instituciones que, por haber perdido luego su razón de ser, habían pasado inadvertidas a los juristas o habían sido defectuosamente valoradas. El método histórico ha hecho posible la utilización de nuevas fuentes de conocimiento y ha acrecentado de manera extraordinaria los materiales necesarios para la reconstrucción del Derecho pasado. Sin exageración alguna, puede afirmarse que si hoy la Historia del Derecho posee rango científico y ofrece—o está en condiciones de poderla ofrecer—una visión del desarrollo jurídico, ello se debe a su concepción y elaboración como ciencia histórica.

III. LA CRISIS DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Bajo la orientación histórica examinada, el estudio científico de la Historia del Derecho en España durante los últimos

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

treinta años ha producido una bibliografía muy valiosa, tanto por su amplitud como por su calidad. Si se la compara con la de la época anterior, de la que sólo algunas decenas de trabajos pueden aprovecharse, el juicio resulta altamente favorable. Sin embargo, falta mucho por hacer; hay temas fundamentales que están sin estudiar; de ninguno puede decirse que su investigación se haya agotado. Sólo en ciertas cuestiones muy concretas nuestros conocimientos pueden reputarse suficientes. Apenas está iniciado y desbrozado el camino que ha de conducir al conocimiento cabal de nuestra historia jurídica. Quienes hace un tercio de siglo comenzaron a cultivarla encontraron casi todo por hacer, y por ello, aunque la labor de los historiadores españoles del Derecho a partir de entonces pueda considerarse sin hipérbole como portentosa, la tarea que aún queda por realizar es prácticamente ilimitada. Desgraciadamente, los cultivadores de la historia jurídica son pocos y las vocaciones de quienes se consagran a ella parecen cada día más escasas.

Vivimos tiempos difíciles en los que el cultivo de las ciencias puras sin aplicaciones utilitarias—y evidentemente la historia del Derecho es una de ellas—tropieza cada vez más con el despego de la juventud estudiosa. La situación es general. A uno y otro lado del Atlántico, en el viejo mundo y en la joven América, resuenan acordes las voces de los profesores universitarios denunciando el mal. Por otro lado, la Universidad se ha visto invadida en todas partes por una masa estudiantil y ésta entorpece e impide la formación de las minorías que realmente debían forjarse en ellas. Todo esto es cierto. Y es cómodo para explicar el desinterés de la juventud por ciertas ciencias. Sin embargo, todos vemos a muchos jóvenes y aun a personas maduras, que luchan con estas mismas dificultades, interesarse por el cultivo de otras ciencias de las que poco provecho material cabe esperar. Nunca se han publicado tantas revistas científicas como ahora, ni la producción bibliográfica ha sido nunca tan crecida, pese a la carestía de las publicaciones. Todo esto indica que el problema es más complejo y que requiere más honda meditación.

En el caso específico de la Historia del Derecho, al que estas reflexiones han de contraerse, la falta de vocaciones hacia

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

estos estudios especializados contrasta, v. gr., con la atención que los juristas muestran hoy por los antecedentes históricos de las instituciones y aun con el esmero con que no pocas veces cuidan de estudiarlos. En no pequeña medida, la causa de la aludida falta de vocación en España se encuentra en el actual plan de estudios vigente desde 1944. Fragmentado el estudio de la Historia del Derecho en dos cuatrimestres, que se cursan con tres años de intervalo; reducido el primero, con un amplísimo contenido—fuentes e instituciones políticoadministrativas—a menos de cincuenta horas; y versando el segundo sobre materias aún no suficientemente investigadas en nuestro Derecho—instituciones privadas, penales y procesales—para una exposición de conjunto de las cuales aun una treintena de horas resultan excesivas, los resultados no se han hecho esperar. Las materias del primer cuatrimestre han tenido que ser expuestas, que no explicadas, en un elementalísimo esquema; mientras que en el segundo, la generalidad de los profesores ha tenido que recurrir al desarrollo monográfico de algún tema particular. El despertar de vocaciones, frecuente antes de 1944, aunque no todas llegasen a cuajar, apenas se ha dado en algún caso a partir de aquella fecha. Mas, pese a esto, sería excesivo achacar todas las culpas de la situación presente a este poco afortunado plan de estudios, cuya reforma, por lo demás, se viene pidiendo hace ya varios años. La causa es, sin duda, más profunda y tal vez se encuentra en la orientación actual de los estudios de Historia del Derecho, antes bosquejada.

La Historia del Derecho, como hemos visto, viene considerándose hoy día como una ciencia cuyo contenido es jurídico, pero cuya orientación general y cuyos métodos son fundamentalmente históricos. Considerado el Derecho en íntima unión con la política, la economía y la sociedad como una de las formas de expresión de la cultura de cada época, su historia pierde interés para el jurista dogmático, en idéntica medida que lo gana para el historiador. La Historia del Derecho que ya con la promulgación de los códigos perdió para el hombre de leyes su utilidad práctica—pues no fué necesario acudir a ella para conocer el origen de las fuentes ni la naturaleza de las instituciones cuyas raíces se hundían en el pasado, ni para defen-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

der a éstas contra las innovaciones—se presenta hoy al jurista preocupada ante todo por destacar las conexiones del Derecho con la política, la economía o la sociedad de otros tiempos, ya remotos, y por presentar una sucesión de sistemas cerrados, cuyas diferencias se tratan de exaltar. Cultivado principalmente el Derecho medieval, cuando menos en España, falta el enlace con el actual; el conocimiento de lo que fué, sin este nexo, ni siquiera sirve al jurista para explicar históricamente el Derecho que él vive y trata de comprender. Por otra parte, en plena efervescencia investigadora, la Historia del Derecho aparece revestida de erudición; pero de una erudición y una técnica históricas, que cierran el paso al jurista que trata de acercarse a ella. Perdida su utilidad práctica, desligada del Derecho vigente y marcadamente erudita, la Historia del Derecho, tal como se viene estudiando, ni sirve para iniciar en el conocimiento del Derecho ni para formar al jurista; queda reducida a informar sobre cosas que apenas si vale la pena conocer, si no es por pura curiosidad y afán de saber. Es decir, se convierte en los planes de estudio en una disciplina complementaria y de mero adorno, que puede cursarse en cualquier momento —pues en nada afecta al aprendizaje de las demás—, y cuyo conocimiento representa un esfuerzo que no reporta ningún provecho práctico ni teórico. En estas condiciones, el estudio de la Historia del Derecho satisface sólo al historiador.

Pero aun éste comienza hoy día a desinteresarse de ella. Las instituciones han ido estudiándose cada vez con mayor técnica jurídica; se ha pretendido deslindar lo formal, que constituye el Derecho, del contenido sustantivo: político, económico o social; el afán de precisar conceptos y formular normas abstractas ha hecho menospreciar los hechos individuales, que fundamentalmente interesan al historiador; la rigidez de los sistemas jurídicos se resiste a dar cabida en ellos a las vacilaciones y contradicciones del obrar humano. Los historiadores, en primer término los franceses, han reaccionado contra esto, no sólo por desenvolverse en un terreno libre de una técnica jurídica que les es extraña, sino también en una afán de dar un contenido más real y humano a la Historia, en contraposición al conceptualismo dominante. Han comenzado a apartarse del estudio de las

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

instituciones o han buscado en ellas, más que sus aspectos formales y técnicos, las fuerzas motrices que les dan vida, los intereses que juegan en ellas y su influjo en la sociedad. La Historia general, hasta hace poco íntimamente compenetrada con la de las instituciones, tiende a desentenderse de ella. Acaso el testimonio más representativo lo ofrece el manual de *Historia de España* que está publicando García de Valdeavellano, en el que, no obstante ser su autor profesor de Historia del Derecho, se prescinde de toda exposición sistemática de las instituciones.

No importa que la actitud de los juristas e historiadores que acaba de destacarse, no sea *unánime*, ni siquiera general; y que todavía se encuentren entre unos y otros mantenedores de la vieja posición. Lo indicado vale como síntoma revelador de un desinterés por la Historia del Derecho, tanto por parte de la ciencia histórica como de la jurídica. La situación no es exclusiva de España. Hace seis años, en las últimas páginas de su introducción a estos estudios, la denunciaba para Italia el profesor Enrico Besta, al señalar cierta disminución del interés de los historiadores por los fenómenos jurídicos, y la preferencia de los juristas por la ciencia abstracta del Derecho con menoscabo de las tendencias históricas.

Frente a esta situación, el historiador del Derecho puede adoptar dos posturas: o limitarse a lamentarla y continuar trabajando como hasta ahora, en un ambiente de indiferencia y en un aislamiento cada vez mayor, o revisar el planteamiento actual de estos estudios, considerar si la orientación hasta ahora seguida está o no necesitada de rectificación, y, en este último caso, tratar de encauzar sus tareas por un nuevo camino. Bien entendido, que no puede tratarse en ningún caso de desvirtuar la finalidad y el carácter de la Historia del Derecho, para atraer hacia ella, con menoscabo de sus exigencias científicas, nuevos adeptos; sino de situarla en el lugar que en realidad le corresponde.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

IV. LA HISTORIA DEL DERECHO, COMO CIENCIA JURIDICA

En una revisión de la problemática general de la Historia del Derecho, la primera cuestión que hay que plantear y resolver es la de su posición en el cuadro general de las ciencias; es decir, determinar la naturaleza científica de la Historia del Derecho.

Hasta ahora, la Historia jurídica ha venido considerándose como una rama especializada de la Historia, partiendo de una separación tajante entre el pasado y el presente, objeto aquél en todos sus aspectos de la ciencia de la Historia y éste de las restantes ciencias. Pero esto es demasiado simplista para que pueda tomarse en consideración. Sólo en un momento de extraordinario optimismo ante los progresos de la ciencia histórica, pudo recabarse para ésta como contenido propio—según hizo Bernheim—todo el pasado, y considerar la Historia del Derecho, la del Arte, la de la Filosofía, etc., como ramas especializadas de la ciencia histórica y subordinadas a ella. A aquel criterio simplista puede oponerse que la linde que separa el contenido de ésta del de las restantes—el tránsito al pasado de lo presente—, está en continuo desplazamiento. Por otra parte, no siempre lo pasado es distinto del presente—una ley se aplica de la misma manera a veces durante siglos—, y no hay por tanto razón alguna para que la mera situación en el tiempo cambie la naturaleza científica de un mismo hecho. Nuestras ideas y nuestros conocimientos actuales sólo en escasísima medida son una creación nuestra; en su casi totalidad los hemos recibido de generaciones anteriores, alejadas a veces miles de años. El pasado está presente en nosotros, sin que podamos eliminarlo. Naturalmente, no cabe negar el interés y aún la necesidad de conocer el proceso general del desarrollo de la cultura en el pasado—y como un aspecto de ella, el del Derecho—, tal como vienen haciendo los historiadores. Es decir, de una Historia general que abarque lo jurídico, e incluso de una Historia del Derecho encuadrada en la general. Pero tampoco puede desconocerse el interés y la necesidad que para el conocimiento de las realidades culturales presentes—objeto de diversas

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ciencias—tienen las realidades pasadas, puesto que en gran medida aquéllas no son más que éstas. La naturaleza de las cosas, y no el que éstas sean viejas o nuevas, es lo que ha de determinar su estudio por una u otra ciencia. La Historia no puede aspirar, como pretendió el positivismo, a ocupar el puesto que tuvo la Teología como madre de todas las ciencias sirviendo de introducción y fundamento a las mismas; su campo es mucho más restringido. El conocer histórico es tan sólo uno de los modos del conocimiento, que puede y debe emplear toda ciencia, sin convertirse por ello en mera Historia. En consecuencia, el estudio histórico del Derecho debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho; sólo en ella puede alcanzar pleno desarrollo.

Antes se ha visto cómo al ampliarse el contenido de la Historia con el campo de la cultura, las instituciones jurídicas constituyeron el objeto predilecto de las investigaciones de los historiadores, y cómo, enfocada la Historia del Derecho desde la Historia, se produjo cierta confusión entre la Historia general y la del Derecho. De esta confusión se libraron otras Historias especiales, que la mayor parte de las veces ni siquiera encontraron una simple referencia en la Historia general. Sería inútil, en la mayoría de los casos, buscar en ésta cualquier exposición suficiente sobre el desarrollo, no ya de las ciencias exactas o naturales, sino de fenómenos tan típicos de la cultura, como la lengua, la música, etc. A lo sumo, se encontrarían en ellas indicaciones sobre las manifestaciones puramente externas de los mismos; nunca, sobre los aspectos internos de cada uno. La Filología, la Historia de la Teología, de la Filosofía, de la Literatura, del Arte, de la Música, de la Química, de las Matemáticas, etc., han sido investigadas por filólogos, teólogos, filósofos, músicos, químicos, etc.; no por historiadores. Nadie confundirá nunca la orientación y la manera de trabajar de un filólogo y de un historiador, aunque trabajen sobre unos mismos materiales y aunque una misma persona cultive ambos campos. Entre la *España del Cid* y los *Orígenes del español* o la *Gramática histórica* de Menéndez Pidal, las diferencias son absolutas; nunca la última de estas obras será recogida o resumida en una exposición de la Historia de España. De análoga manera la Historia del Derecho debe independizarse de la His-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

toria general ya que su finalidad y método son distintos, y volver a integrarse plenamente en el cuadro de las ciencias jurídicas. Una y otra deben considerarse, recíprocamente, como meras ciencias afines y auxiliares. La Historia del Derecho, tal como viene considerándose, es un producto híbrido resultante del cruce de la Historia y del Derecho, cuya infecundidad comienza a reflejarse en el desinterés que hacia él muestran historiadores y juristas.

Lo que hasta ahora se ha hecho para garantizar su autonomía a la Historia jurídica dentro de la Historia general, ha sido insuficiente. Durante mucho tiempo los historiadores del Derecho han venido repitiendo insistentemente, como una consigna, que puesto que la Historia del Derecho se ocupa de cuestiones jurídicas, éstan deben ser tratadas jurídicamente. De esta manera, se han esforzado por defender las peculiaridades de la disciplina objeto de sus estudios del peligro que la amenazaba de verse deformada por la aplicación de puntos de vista extraños al Derecho. Ciertamente, han conseguido que en buena parte los temas jurídicos se estudien con técnica adecuada; pero no han logrado rescatar a la Historia del Derecho del dominio de la Historia. No se trata sólo de problemas de método. Poco gana la Historia general en claridad y cohesión en su intento de exponer el desarrollo general de la cultura, cuando cada aspecto de ésta se elabora independientemente por especialistas cerrados en su campo y en su técnica. A la ciencia del Derecho no le basta la valoración que del mismo en cada época pueda llevar a cabo el historiador general, poniéndolo en relación con el resto de la cultura. Lo que al jurista le interesa y exige a la Historia jurídica es que ésta le dé a conocer cómo se ha desarrollado el Derecho. Al jurista, normalmente, no le interesa el Derecho como un mero fenómeno cultural en el marco de cada época, sino como el ordenamiento de la vida social. Por ello, cuando se dirige a la Historia del Derecho, lo que le pide es una explicación de cómo este ordenamiento ha llegado a formarse. Sólo por mera curiosidad erudita puede interesarle saber cómo se otorgaban los testamentos entre los visigodos o se tramitaban los pleitos en tiempos de Felipe II. En cambio, para su completa formación, necesita conocer el porqué de las

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

instituciones que existen, hasta qué punto representan un pilar básico en la vida social, qué hay en ellas de permanente e inmutable, y qué responde a contingencias del momento.

La independización de la Historia del Derecho respecto de la general, ha de basarse fundamentalmente en la diferencia que existe entre la historicidad del Derecho y la de los otros actos y fenómenos de la cultura. Hasta ahora la Historia jurídica se ha preocupado de explicar cómo era el Derecho en cada época pasada. Ha descrito el Derecho que *fué*; es decir, un Derecho muerto, que ya *no es*. Sin embargo, nosotros sabemos perfectamente que si muchos conceptos, principios y normas que en tiempos rigieron han perdido su vigencia, muchísimos otros la conservan todavía. Han podido variar la forma de expresarlos, los textos que los formulan, e incluso las ideas que los inspiran. Pero los conceptos, principios y normas siguen en pie. Recuérdese, por citar un solo ejemplo, cómo en el mundo entero, y en España, el Derecho por que se rigió el Imperio romano continúa vigente en buena parte, sea en las formulaciones nuevas de los Códigos, sea en los propios textos justinianeos en algunas de nuestras regiones forales. La *persistencia* de las instituciones, e incluso a veces de su regulación, es algo evidente que han menospreciado hasta ahora los historiadores del Derecho. El régimen de gananciales en el matrimonio, v. gr.: estaba ya regulado hace casi cuatro mil años en el Código de Hammurabi. Algo tan primitivo como la responsabilidad penal por actos no queridos, dimanante sólo del resultado y proporcionada a éste, se conserva hoy tipificada en los delitos por imprudencia, en una esfera como la del Derecho penal en la que tan profundamente se han renovado sus principios inspiradores. Sería bien fácil multiplicar los ejemplos, que están en la mente de todos. En el Derecho, acaso en mayor proporción que en los otros órdenes de la actividad humana, lo pasado y lo presente son en buena parte una misma cosa.

La *persistencia* del Derecho—término que considero más expresivo que el de «continuidad», que vienen empleando los historiadores alemanes—, es un fenómeno que afecta no sólo a la originalidad de un ordenamiento jurídico, o a la delimita-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ción en el tiempo de los períodos en que se divide el desarrollo del Derecho, sino principalmente a la esencia del propio Derecho. Las discusiones sobre el origen romano, germánico, o cualquier otro, de las instituciones o de su regulación, llegan casi siempre a la conclusión ecléctica de que en todos estos ordenamientos se encuentran, en mayor o menor medida, los mismos elementos básicos. De igual forma, la comparación de diferentes Derechos acusa una analogía semejante. Lo que significa, que tales elementos no son primitivos, ni romanos, ni germánicos; sino que constituyen un núcleo permanente en todos los ordenamientos, y que en ellos sólo lo accesorio es mudable.

La persistencia no niega la historicidad o evolución del Derecho; lo que hace es reducir ésta a sus justos límites. Concebida la Historia como la ciencia de lo individual, de lo que no se repite, la Historia del Derecho, en su afán de identificarse con aquélla y adoptar sus métodos, centró su interés en destacar las diferencias que en el transcurso del tiempo mostraba el ordenamiento jurídico. La persistencia del Derecho quedó difuminada. Ciertamente, algunas ciencias que entonces surgieron—la Sociología, la Etnología jurídica, el Derecho comparado, la Historia universal del Derecho—pretendieron destacar aquella persistencia. Pero tales ciencias fracasaron, tanto por su falta de perspectiva histórica, como por la carencia de un método científico. Y con este fracaso, la persistencia del Derecho vino a ser totalmente olvidada.

La historicidad de los actos humanos o de la cultura, tal como viene entendiéndose—como individualidad o sucesión no reiterada de los mismos—no es aplicable al Derecho. Se da, plenamente, en las actividades políticas o militares, fundamentalmente oportunistas; es una aspiración intencionalmente buscada, en el Arte—el artista persigue la originalidad—, en la técnica o en la ciencia—donde se intenta superar los conocimientos—; se encuentra también, aunque menos acusadamente, en la economía, ya que las diferentes coyunturas obligan a reaccionar de distinta manera. Si bien, la individualidad de todas estas manifestaciones casi llega a borrarse cuando nacen de la actuación rutinaria de gentes incapaces de destacarse por su falta de personalidad. Por el contrario, la individualidad o el

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

afán de diferenciación, son en esencia contrarios a otros fenómenos culturales, como la lengua o el Derecho. Es absurdo pensar en que alguien cree una lengua que los demás no entiendan; incluso el lenguaje cifrado sirve para entenderse con otros, siquiera éstos sean unos pocos. Es igualmente contrario a su naturaleza, un ordenamiento jurídico que sólo sirva a una persona para una ocasión. El Derecho—prescindiendo de las normas de excepción—tiene como uno de sus rasgos característicos el de su propia persistencia; aspira a regir indefinidamente y a ser aplicado de la misma manera en todos los casos. Es esencial en todo ordenamiento jurídico que sea indudable la vigencia de sus preceptos, y la obligatoriedad, publicidad, conocimiento y estabilidad de los mismos. Todo lo cual tiende a prevenir la aplicación constante de unas mismas normas, y se opone a toda actuación individualizada o arbitraria. Los métodos de interpretación y aplicación de las normas tienden, igualmente, a asegurar su observancia e impedir toda novedad; y análoga tendencia conservadora se muestra en la preocupación de los abogados y jueces de seguir los precedentes. Incluso, toda reforma o innovación que se pretende introducir en el Derecho con aspiración de que arraigue sin el empleo de la fuerza, descansa, en mayor o menor medida, en criterios previamente establecidos y aceptados por todos. En el Derecho positivo no cabe crear de la nada un sistema nuevo; como, por ej., es posible en el terreno de la Filosofía. El Derecho, lo mismo que la lengua, evoluciona. Pero su evolución es bien distinta del suceder histórico que se opera en otras manifestaciones de la actividad humana. Su historicidad es de distinta naturaleza que la de éstas.

Por esto, la Historia del Derecho debe atender por igual a destacar, tanto la persistencia como la variabilidad del ordenamiento jurídico positivo, ya que preocuparse sólo de esta última—a la manera como lo hace la Historia—supondría ofrecer una visión parcial del mismo, en la que precisamente lo fundamental quedaría olvidado. La tarea de destacar y valorar sólo los elementos diferentes o característicos del Derecho en un tiempo dado, puede ser suficiente para el historiador, que de esta forma pone de relieve cómo la cultura de la época incide sobre el

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Derecho, y viceversa. Pero es en absoluto inaceptable para el jurista, a quien interesa la integridad del ordenamiento jurídico, imposible de apreciar si haciendo pasar sus elementos por diferentes cedazos logra aislar lo que es típico de cada época, y trata de operar sólo con ello. Por esto, la Historia del Derecho sólo puede concebirse en su plenitud como ciencia, desde el campo del Derecho. El enfoque histórico debe constituir sólo uno de los modos de estudiar éste.

Al propugnar el encuadramiento de la Historia del Derecho entre las ciencias jurídicas y no entre las históricas, no se desconoce su peculiaridad. No se pretende en manera alguna convertir aquélla en una rama auxiliar de la dogmática que se ocupa del Derecho vigente; ni ha de limitarse a facilitar los elementos para una interpretación histórica de éste, ni ha de reducirse a suministrar los antecedentes del mismo. En cualquiera de estos casos, el conocimiento del pasado se obtendría al proyectar sobre él la mirada desde el presente; sería como examinar desde el punto de llegada el camino recorrido. Esto es lo que han hecho casi siempre los tratadistas dogmáticos cuando se han ocupado de los aspectos históricos; con la agravante de que ni han utilizado todo el material histórico disponible, ni han sabido comprenderlo. Pero también incurren inconscientemente y en parte, en esta orientación deformada—no obstante condenarla—, no pocos historiadores del Derecho cuando consideran necesario el estudio previo del ordenamiento vigente para comprender la evolución del pasado, y tratan de explicar éste desde aquél, diciendo a cada paso: en aquel tiempo *no existía* una distinción entre el Derecho público y el privado, *no había* testamento, la responsabilidad penal *no* dependía de la voluntariedad de los actos...; o pretenden explicar conceptos viejos con un tecnicismo actual, que reponde a otros muy diferentes. La Historia del Derecho ha de ser verdadera historia, no en el sentido erudito que hoy encierra este término, sino en el de exposición del origen y desarrollo del Derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente. Ha de considerarlo desde el punto de partida, cuando todavía no es Derecho en el sentido actual; el Derecho vigente no es el punto de llegada, sino,

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tan sólo una etapa en el camino, y por ello, es tan histórico como pueda serlo el del siglo III. En este sentido, la Historia del Derecho no sólo instruye al jurista proporcionándole datos; sino que le forma, permitiéndole comprender por qué el Derecho actual es como es, y hasta qué punto podría ser de otra forma. Que este Derecho actual sea considerado aquí históricamente, en nada se opone a que por otro lado se estudie con criterio dogmático. Como una biografía, debe empezar por el comienzo, cuando todavía la figura central de la misma no es el personaje que justifica el que aquélla se escriba. Tan disparatado como presentar a San Agustín en su juventud como santo y Padre de la Iglesia, o a Colón como el descubridor del Nuevo Mundo, es estudiar el Derecho de la antigüedad como si fuese el actual.

La persistencia de los principios y preceptos jurídicos se opone a todo intento de concebir la Historia del Derecho como una sucesión de sistemas, entendiendo por tales las estructuras en que se agrupan y coordinan lógicamente, respondiendo a una unidad de espíritu, sin contradicciones, todos los principios y reglas que explícita o implícitamente contiene un Derecho positivo. El sistema, concebido de esta manera, es sólo un espejismo de la dogmática jurídica, cuya irrealidad la Historia del Derecho demuestra a cada paso. No se da la sucesión de sistemas, porque el Derecho no evoluciona al mismo ritmo en su totalidad, ni a saltos. Además, porque, aún en ordenamientos que parecen haber logrado cierta cohesión y estabilidad, la inexistencia de un sistema total y único es manifiesta. La diferenciación del Derecho público y del privado, por razón de sus peculiaridades, tanto en Roma como en la actualidad, contradice la supuesta unidad del sistema. La coexistencia de un mismo Derecho privado, en Roma con la constitución republicana y la Imperial; en España, desde el siglo XIII, con los reinos medievales, la Monarquía absoluta o el Estado constitucional; del *Code civil*, con las distintas estructuras políticas de Francia; y tantos otros casos, acreditan la inexistencia de un sistema que abarque todo el ámbito del Derecho. La existencia, en el mundo romano, del *ius civile* y del *ius honorarium*, del Derecho clásico y del vulgar; en la Baja Edad Media, de los Derechos locales y de los territoriales, unos y otros de raíz

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

popular, junto a las codificaciones reales—*Partidas*, Códigos de Huesca y de Valencia...—y el *ius commune*; en la época moderna y aún en el momento presente, del ordenamiento legal y de la práctica y la costumbre; todo ello revela, además, que no sólo el sistema carece de unidad, sino que en un mismo tiempo no rige un solo sistema. La dificultad de delimitarlos en el tiempo, arguye también contra ello. Y aún, finalmente, el que los sistemas reconstruídos en su conjunto por los historiadores del Derecho puedan exponerse conforme a la sistemática actual—Derecho público y sus subdivisiones; relaciones del Estado con la Iglesia y con otros Estado; Derecho privado, conforme al plan de Savigny; Derecho penal; Derecho procesal—, lleva la conclusión de que tales sistemas no eran tan distintos del actual como se quiere suponer, ya que se acomodan a éste. Bien está que los juristas que han de estudiar un Derecho vigente con miras a su aplicación, traten de ordenar y coordinar sus preceptos, artícularlos jerárquicamente, suprimir contradicciones y presentar su sistema; e incluso que para ello prescindan de la Historia. Pero el historiador del Derecho, al que lo que le interesa es conocer cómo se formó éste, y cómo se establecieron nuevas normas, frecuentemente en contradición con otras, no puede tener la preocupación del sistema; toda novedad rompe en algún modo una situación estable, ya que de no hacerlo, no lo sería.

La Historia del Derecho debe apartarse de esta concepción dogmática del ordenamiento jurídico, tan dominada por el conceptualismo. Son muy pocos los dogmas, y aún menos los de carácter jurídico, por los que el hombre vive y lucha. Los conceptos en este orden son sólo los instrumentos o modos de expresión de sus aspiraciones e intereses. Por ello, la Historia del Derecho no puede ser historia de sistemas y conceptos. Si la dificultad o imposibilidad de lo primero ha sido ya indicada, la de lo segundo no es menor cuando se trata de una exposición general. Aun salvando la dificultad de hacer historia de los conceptos en épocas en que no se han formulado, seguir su desarrollo produciría más confusión que otra cosa. Tratando de la donación, v. gr.: habrían de estudiarse tanto las concesiones de tierras que hacían los reyes por razones políticas,

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

como las efectuadas por pura liberalidad por los particulares, las hechas en razón del matrimonio, las verificadas *mortis causa*, o las de países infieles realizadas por los Papas; en los contratos, habría que ocuparse tanto de los estrictamente particulares, como del que une al rey con el reino, del que pone fin a una situación de enemistad o del que da nacimiento a un proceso; el concepto de paternidad, de los *patres*, habría de ser considerado tanto en la esfera familiar, como en la constitución senatorial e imperial de Roma; sería preciso relacionar con el concepto de *amo* en una relación de servicios, el calificativo de Amo con que se designó a Carlos III; y así, en infinidad de casos. No sólo las palabras cambian de significado; también los conceptos se aplican a cosas que en su origen nada tenían que ver con ellos.

La fijación del criterio que ha de presidir una exposición de conjunto de la Historia del Derecho, no es sólo una cuestión de método, sino de orientación. Descartada, desde el punto de vista de ésta, una presentación sucesiva de sistemas, o una historia de conceptos de contenido vario y fluctuante, la solución apetecida puede encontrarse en un planteamiento institucional. Existen realidades y situaciones que están por encima del Derecho y que éste se limita a regular o a moldear: el individuo, la familia, la sociedad en sus diferentes manifestaciones; la vida espiritual; la tenencia y el uso de las cosas, las relaciones de cooperación y auxilio entre los hombres, etc. Estas realidades y situaciones en lo fundamental son siempre las mismas en todos los pueblos y en todos los tiempos; aunque, naturalmente, su complejidad y desarrollo varíen considerablemente en uno y en otros. Así, también el Derecho presenta sobre un núcleo uniforme y persistente unas formas variables que tratan de adaptarse a aquéllas. La variabilidad del Derecho radica no sólo cuantitativamente en la medida de su desarrollo, sino también en la diversidad de soluciones con que se pretende encauzar aquellas realidades. Así, v. gr., la autoridad rectora de una comunidad, puede basarse en una potestad absoluta de origen divino, o en un contrato entre el rey y sus súbditos; la transmisión de bienes para después de la muerte, puede conseguirse mediante la ficción de un vínculo filial por la adop-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ción, por una donación sujeta a término o por un testamento. Los conceptos y los preceptos jurídicos son solo un instrumento de que el hombre se vale para regular estas situaciones e intereses, y, en consecuencia, hace uso de los mismos en la medida que pueden servirle, y prescinde de ellos, o crea otros nuevos, cuando lo estima necesario. Por ello, dada su variabilidad, tales conceptos no pueden servir de base para bosquejar el proceso de formación y desarrollo del Derecho. Esta sólo se encuentra en aquellas realidades, situaciones o relaciones antes aludidas.

La exposición global del desarrollo histórico del Derecho se acomoda, así, al que viene designándose como *plan sistemático*, aunque nada tiene que ver con aquellos sistemas cuya crítica antes se formuló. La existencia de manuales o tratados de Derecho romano elaborados con profundo criterio histórico —Emilio Costa, Jörs, Arangio-Ruiz, y tantos otros—, que sisiguen este plan, así como de otros de Historia del Derecho italiano—Pertile, Salvioli, Calisse, Besta, Leicht—, es buena prueba de la compatibilidad del mismo con el más rígido sentido historicista. Al tratar de cada institución es donde cabe caracterizar los distintos sistema con que sucesivamente ha sido regulada. Las líneas generales de la evolución conjunta del Derecho, que siguiendo este criterio de exposición podrían quedar desdibujadas, pueden encontrar cabida en una parte inicial, en la que, aceptando la división formulada por Brunner, se trate de la «Historia general del Derecho», como distinta de la «especial» de cada institución; procurando evitar la confusión que él luego introdujo, al entremezclar aquélla con la especial de las fuentes, del Derecho público, del penal y del procesal.

Centrada la Historia del Derecho entre las ciencias jurídicas, su desviación hacia campos afines—historia, política, economía, sociología—queda conjurada. Sus temas centrales han de ser los que preocupan a los juristas, y éstos han de poder encontrar en ella la explicación histórica del Derecho vigente. Por otra parte, el estudio de la evolución jurídica centrada en las realidades, situaciones e intereses vitales para el individuo y la sociedad, ahuyenta el peligro de una consideración puramente

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

conceptual del Derecho, ya que ésto sólo puede valorarse en función de aquéllas.

La consideración de la Historia del Derecho como ciencia jurídica no sólo afecta a su finalidad y orientación, sino también a sus métodos. Estos, hasta ahora, de acuerdo con la concepción que en aquella dominaba, eran fundamentalmente históricos. La historia jurídica se elaboraba como cualquiera otra rama de la Historia, y sólo en el momento de construir el sistema se acudía a la técnica del jurista. A no pocos de éstos ha contenido en su deseo de ocuparse de cuestiones de Historia del Derecho el no poseer un método histórico, que se reputaba previo e indispensable. Sin embargo, la situación es otra.

El estudio de un ordenamiento jurídico pasado ha de ser efectuado con método de jurista y, en un primer momento de su aplicación, de la misma forma que se estudia el Derecho vigente. Las fuentes de conocimiento que han de utilizarse son, ante todo, las fuentes del Derecho vigentes en la época en cuestión, tal como en ella fueron establecidas y valoradas. Respecto de ellas, el método propiamente histórico sólo sirve para realizar su crítica externa: fijación y depuración de los textos, cuando no hayan llegado a nosotros en su forma original; determinación de su fecha y procedencia; autenticidad... Resuelto esto, carecen de interés para el investigador los delicados problemas de la crítica interna: información y sinceridad de las fuentes. Ante un texto legal, una decisión judicial, esta crítica interna carece de sentido; lo que de ellos interesa es conocer su valor como fuente de creación del Derecho o para la interpretación de éste. Pero la respuesta a estas preguntas no la recibirá de la metodología histórica; sino del propio ordenamiento jurídico. Unicamente, cuando haya de acudir a fuentes de conocimiento no jurídicas—históricas, literarias, etc.—para conocer lo dispuesto en fuentes jurídicas no escritas—como la costumbre—o que se han perdido, o la aplicación de aquellas, o la opinión vulgar que se tenía del Derecho, habrá que tener en cuenta, para obtener y precisar los datos, las reglas de la crítica externa aplicada por los historiadores. Pero luego los datos habrán de ser utilizados con técnica de jurista, aquila-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tando la autoridad y vigencia de cada una de las fuentes del Derecho y la esfera en que rigen, para así atribuir a cada norma su verdadera significación.

El criterio histórico necesario para reconstruir con fidelidad un sistema jurídico pasado sin deformarlo, difícilmente lo obtendrá el investigador de una metodología histórica y aun de la exposición de un historiador. Si las reconstrucciones hechas por juristas se resienten con frecuencia del trasplante a épocas pasadas de la dogmática actual, las debidas a historiadores acusan análogo trasplante, sólo que de las nociones jurídicas vulgares de nuestro tiempo. El jurista que trabaje como historiador no puede limitarse a reconstruir un sistema pasado; sino que ha de pretender destacar su evolución. En esto es en lo que se diferencia del dogmático: mientras éste trata de buscar la unidad y concordancia de las normas en el sistema, el historiador ha de prestar especial atención a las divergencias y contradicciones, que denuncian cambios de principios o criterios. En lugar de pretender conciliar, v. gr., el carácter contractual de las donaciones con la libre revocabilidad de las verificadas *post obitum*, será preferible destacar el hecho y buscar su explicación en una imitación del testamento. Pero inútilmente buscará el jurista en las obras de los historiadores, o en sus manuales de metodología, una orientación sobre la forma de llevar a cabo este trabajo. En este punto, el jurista no se encuentra en situación de inferioridad con respecto al historiador. El sentido histórico es algo muy distinto de la técnica y que no se adquiere con ésta. Una concepción clara de lo que la Historia del Derecho debe ofrecer, es mucho más eficaz que un buen número de reglas metodológicas.

* * *

La concepción y orientación de la Historia del Derecho que se ha venido defendiendo difiere, en no pocos puntos fundamentales, de las que ha dominado hasta ahora en la historiografía jurídica alemana, en parte de la italiana y en ciertos aspectos en la francesa. Es distinta, también, de la que ha prevalecido en España, han seguido los miembros de la Escuela de Hinojosa y he mantenido yo mismo con anterioridad. Por ello,

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

no parece fuera de lugar, antes de concluir, la formulación de estas preguntas: ¿Hasta qué punto esta orientación puede tener cabida en la Escuela de Hinojosa? ¿No supone una ruptura con sus tendencias y métodos, tal como se aprendieron del ilustre maestro? ¿No representa una nueva dirección—no puedo decir Escuela, mientras no encuentre seguidores—en estos estudios?

En verdad creo, tal es mi convicción y por eso he planteado estas cuestiones en un acto celebrado en honor de Hinojosa, que la orientación que defiendo cabe plenamente dentro de la Escuela de éste. Rompe, sin duda, con la manera cómo ha venido cultivándose la Historia del Derecho, y marca un nuevo rumbo en relación con ella. Pero hay algo que no debe olvidarse: Hinojosa no representa una postura petrificada; a lo largo de su vida su pensamiento evolucionó sin descanso y, siguiendo su magisterio, sus discípulos enriquecieron su herencia con la aportación de nuevas orientaciones, que aquél no pudo conocer. Unicamente quienes ven en Hinojosa sólo al medievalista, o al estudioso de las clases sociales, pueden sentir alarma ante lo que acaba de decirse. Pero Hinojosa fué mucho más que eso. No se olvide cómo, poco después de cumplir los cincuenta años, en plena madurez, saboreando aún el éxito alcanzado por su mejor obra histórica—*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*—, Hinojosa se orientó abiertamente hacia el Derecho, hasta el punto de emprender la redacción de un manual de Derecho civil. El extravío de los originales de éste cortó su tarea. Pero de cómo la concebía, ha quedado expresiva muestra en su Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, en el que quiso estudiar, son sus palabras, «cuál ha sido, cuál es y cuál debiera ser la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil». He aquí una concepción del Derecho en que la historia se enlaza con la dogmática y la política legislativa, sin soluciones ni nexos forzados, y lo jurídico se estudia en íntima unión con lo social, lo económico, lo religioso y lo moral. ¿Podrá dudarse ahora de la plena legitimidad con que cuanto he venido defendiendo cabe de lleno en la Escuela de Hinojosa? Hasta ahora se nos

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ha presentado casi siempre a Hinojosa como un medievalista. La generación actual prefiere verle como jurista, aunque con vocación y formación históricas. Deseamos que este acto sirva, no sólo para conmemorar el centenario de su nacimiento, sino también para dar vida a este Hinojosa jurista, tan olvidado, del que tantas lecciones cabe aún recibir.

Alfonso GARCÍA GALLO