

## **II. Departamento de Derecho privado.**

### **1. Historia del Derecho y las Instituciones.**

#### **CONCEPTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (1947).**

Por el Dr. D. Rafael GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA.

Catedrático de la Asignatura, Facultad de Derecho.  
Universidad de Madrid.

A fray José López Ortiz O.S.A.,  
arzobispo de Grado,  
en agradecido recuerdo  
de su preciosa enseñanza  
y su liberal amistad.

Curso de doctorado 1942-1943.

## PRELIMINARES

*Cuarenta años han transcurrido desde que fueron escritas las siguientes páginas que hoy se acogen a la hospitalidad del Anuario de una joven y amiga Facultad de Derecho. Decir que están anticuadas quizá sea excesivo. Constituyen un documento acerca de nuestra asignatura que ha experimentado importantes modificaciones en general y para el autor una última y radical: la pura y simple eliminación del término Historia y la sustitución de su nombre tradicional por el desde hace muchos años preferido: Antiguo Derecho Español. Aquí reproduzco los dos primeros capítulos. Para una preparada publicación del conjunto, redacté las dos siguientes notas:*

### **Preliminar en 1964.**

*Esta introducción metodológica a la Historia del Derecho Español fue redactada con mucho gusto e ilusión por un opositor a la Cátedra de Valladolid en la Navidad de 1947. Le dedicó todo aquel año, especialmente su verano fecundo y feliz. No llegó a actuar, ante la concurrencia de un candidato ya catedrático. Con el mismo texto, ligeramente revisado, el autor acudió a las oposiciones de Granada y La Laguna, en la Navidad de 1949, y la benevolencia del tribunal (don Salvador Minguijón, presidente, don Manuel Ferrandis, don Alfonso García Gallo, don Juan Beneyto y don José Orlandis) le convirtió en propietario de la cátedra que hoy ocupa. Sorprendió entonces al opositor la poca importancia que en las oposiciones se suele dar a este ejercicio, que cualquiera consideraría fundamental, sobre concepto, método y fuentes. Quizá sea justamente por eso. No se sorprendió de no haber sido bastante apreciado, sino al contrario, de que no se tuvieran bastante en cuenta sus defectos y limitaciones. El opositor a Cátedras saca del segundo ejercicio la impresión de que, si no lo ha preparado muy bien, podría, sin riesgo, haberlo preparado peor.*

*Sobre las Memorias de Cátedra ha escrito don Álvaro d'Ors muy acertadamente en Anuario de Historia del Derecho Español 24 (1954) 639-640. El mismo aconsejó publicar esta memoria a raíz de su redacción, no quizá por considerarla digna de la luz, sino por librar a su autor del maleficio de lo inédito. Si no siguió el autor su consejo, en lo que siempre se ha equivocado, fue por un falso prurito de propiedad literaria, superstición específicamente moderna. Pues ante la desorientación que la falta de modelos producía en el opositor acerca del modo de componerse una memoria de Cátedra, el favor de su maestro y amigo don José Maldonado le había proporcionado una memoria de esas, la suya propia de la misma cátedra obtenida en 1941. Memoria que fue leída y asimilada con mucha intensidad por el autor. El esquema y datos de aquella memoria pasaron a la aquí presente en una medida que sólo un cotejo permitiría apreciar. Creo, sin embargo, que algo le añadí y recuerdo haber realizado un trabajo algo mayor que el de copiar, cosa que, por otra parte, hubiera sido excelente, pero quizá no bastante apreciada. El mismo profesor, hacia quien va desde aquí mi constante recuerdo por su generosa protección y sus avisadas orientaciones, consideraba estas memorias como una especie de Edicto del Pretor de nuestra amada disciplina, que sucesivamente iba pasando de opositor a opositor, recibiendo en el camino retoques e incrementos, por cuya razón nadie podía considerarse autor de ellas. Ni puede considerarse autor de casi nada. La memoria que sirvió de modelo a ésta llevaba la fecha de 1939; ésta, para muchos efectos, es de 1949; ulteriormente fue transmitida a otros opositores que hicieron de ella el uso que su discreción les aconsejó. Tampoco ellos la han publicado, por lo que el Concepto, Método y Fuentes de la Historia del Derecho Español, más que el de un Edicto tiene el carácter de una jurisprudencia pontifical, Sacra Themidis Arcana.*

*En mi opinión, debiera haberse publicado la Memoria primera, el arquetipo, si es que existió. Quizá de este modo las memorias sucesivas no hubieran ido simplemente abultándose con cosas nuevas y perdiendo las antiguas, sino formando una serie ascendente, depurada, enriquecida con aportes y variantes, vital como una tradición manuscrita sin canon. Esta publicación sucesiva permitiría contrastar criterios y advertir algo cierto: la existencia de una Escuela de Historia del Derecho en España, y acaso también poner nuestra labor de historiadores del derecho en contacto con otras corrientes científicas y someterla a la crítica general y de los especialistas.*

*Concretamente, el autor no tenía, al plantearse los problemas de Concepto más formación filosófica que la adquirida en la Licenciatura de Derecho, época en la que se adhirió resueltamente al formalismo de Stammler. La actitud no iba a ser nueva en la Historia del Derecho pues, según ví después, Laureano Díez Canseco fue oyente de Stammler en Berlín y se mantuvo adicto a su doctrina cuando profesó nuestra asignatura en Madrid desde 1910 a 1930, procedente de Filosofía del Derecho, que había regentado en Valladolid.*

*Por otra parte, había arraigado en el autor la convicción del derecho natural (efecto de la victoria de 1939) mientras que fue muy leve el atractivo que pudo tener para él cualquier género de historicismo, aunque éste hubiera sido el señuelo que le atrajo hacia el campo en que había de curarse definitivamente de tal ideología. Pues si hay alguien que no puede ser historicista es precisamente el historiador del derecho. Lograr una síntesis filosófica no es tarea fácil. Algunos maestros de la Historia aconsejan que se prescindiera del problema filosófico. Pero siempre he pensado que cuando no hacemos una cosa hacemos fatalmente otra. Tratar de los fundamentos de una ciencia prescindiendo de la filosofía equivale a ponerlos sobre otra filosofía. La única diferencia es que cuando adoptamos un sistema por lo menos sabemos cual es; cuando prescindimos de todo sistema, no sabemos a qué extraña o aberrante filosofía nos habremos entregado. Del formalismo neokantiano puede uno librarse alguna vez. ¿Pero cómo se liberará el hombre que acerca de las cuestiones de principio dice «sea de ello lo que quiera»? Nunca he comprendido esa clase de neutralismo que deja ello a su suerte. Ello es lo único que en realidad importa.*

### **Preliminar en 1974.**

*Han pasado diez años. Aunque sin darme cuenta, he cumplido el precepto. La puesta en limpio de este original fue interrumpida por un alegre y triste suceso (María Jesús, Málaga, 30 de agosto de 1964). Quedó cerrada la carpeta, como se huye de un lugar. Otros encargos y tareas me ocuparon. La sinrazón de hacer una cosa diferente y mejor desplazó aquel proyecto de publicar esta memoria íntegra. No dejé de acumular notas sobre un ejemplar perdido más tarde, algunas de las cuales incorporo al aparato de las mismas sin alterar el texto principal. Las fechas indican con bastante claridad que no se trata de una obra actual ni actualizada. Con posterioridad se han publicado obras de la misma índole más modernas y progresivas. ¿Tiene algún interés una obra superada? Así he opinado siempre. Constituye, en último, término, un punto de referencia.*

# I

## EL DERECHO Y SU POSICIÓN HISTÓRICA

### 1. La ciencia histórico-jurídica.

«La historia de nuestro derecho es una ciencia en formación»: esta es la alentadora advertencia con la que fuimos saludados<sup>1</sup> y el hecho con el que debe contar quien se decide a profesar en su investigación y en su enseñanza. En las dos necesariamente porque este es el doble oficio universitario y porque el estado actual de nuestra disciplina reclama en muchos de sus temas ser abordada por primera vez. Estos son más numerosos de lo que a primera vista parece. Muchas cuestiones históricas referentes a la vida jurídica han sido tratadas, pero no siempre en términos estrictamente histórico-jurídicos. El grado de formación en que realmente se encuentra la Historia del Derecho Español sólo puede ser apreciado partiendo de un riguroso concepto de lo que sea en general la Historia del Derecho.

Al intentarlo confluyen hacia nuestro tema cuestiones procedentes de ambos terrenos: el histórico y el jurídico. Cuestiones que deben ser resueltas; mejor dicho, que aun discutidas indefinidamente, hemos de tomar como solucionadas en un determinado momento, para en este punto configurar los límites y las posibilidades de nuestra propia labor. Si Mommsen pudo tener como legítimo orgullo haber contribuido a «derribar las absurdas barreras que impone a la ciencia la división reglamentaria de las Facultades en la Universidad»<sup>2</sup>, tal derribar permitió el positivo construir de unos con-

---

1 Galo SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*. Apuntes. Madrid, V. Suárez, 1932, pág. 5; que repite: «La historia del Derecho español es una ciencia en formación, en gran parte por hacer todavía» (p. 10).

Para SÁNCHEZ ALBORNOZ, «la historia de nuestro derecho en los siglos medios es a manera de una extensa y desierta llanura apenas poblada por algunas minúsculas aldeas: las pocas monografías sólidas que pueden utilizarse sin reparo» (AHDE I, 1924, p. 167). Cfr. Rafael de UREÑA, *El desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, discurso de apertura del curso académico en la Universidad Central, Madrid, 1906, p. 10. En autores del siglo XVIII, como Floranes y Jovellanos, la observación se refería al conocimiento del derecho vigente, dificultado por un imperfecto conocimiento de sus fuentes históricas.

2 E. FUETER, *Histoire de l' historiographie moderne*, trad. E. Jennmaire, Paris, 1914, p. 695. (Vid ahora Karl CHRIST, *Von Gibbon zu Rostovzaff. Leben und Werk führender althistoriker der Neuzeit* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972; en p. 94, fragmento del discurso en que proclamó su propio mérito).

tornos científicos: los de la historia especial del derecho. La Facultad de Derecho integró en el cuadro de sus enseñanzas esta historia especial. Podemos considerar la Historia del Derecho como un momento del desarrollo de la ciencia histórica, que en su perfeccionamiento toma por objeto el orden jurídico del pasado, pero desde nuestro lugar es más acusada su significación como un momento del desarrollo de la ciencia del derecho que se enriquece con el conocimiento histórico, alcanzando así una nueva dimensión<sup>3</sup>.

## 2. Historia e historia del derecho.

Historia general, historia del hombre sobre la tierra, no existe más que una en la sucesión del tiempo y en la interdependencia de los acontecimientos. Todo lo demás son historias particulares, de una época, de un territorio, de una actividad humana, cuya delimitación se opera sobre la masa continua del curso histórico conforme a criterios de interés no proporcionados por el suceder histórico sino por el conocimiento<sup>4</sup>. «El pensador histórico —dice Huizinga— no forma conocimientos históricos del pasado hasta que hace ciertas preguntas a la tradición separando y arreglando datos determinados que se refieren a tales preguntas... Quiere ver vivir el pasado, pero en las formas espirituales que él mismo aporta. Pregunta por formas de Estado, de las industrias; por formas de religiones y modos de pensar de los cuales él mismo ha preparado las categorías y normas en su

---

3 José MALDONADO, en la introducción a *Herencias en favor del alma*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944, ps. 17-20 ha desarrollado el tema: «El enfoque histórico de una institución o problema de derecho viene a mostrarlo al jurista dotado de una nueva dimensión: la dimensión histórica».

4 El dar a las Edades históricas una significación substantiva es una posición definitivamente superada (Nada hay definitivo). O SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, trad. GARCÍA MORENTE, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, intentó sustituirla por las grandes culturas como círculos históricos independientes. (Cfr. Manuel GARCÍA MORENTE, *El futuro del derecho occidental*, en RGLJ, febrero 1926 (El derecho según el pensamiento de Oswald Spengler) reproduciendo en mi *Introducción al Derecho*, curso de la UNED, Madrid, 1977, 3, ps. 60-61). «El problema de los límites cronológicos y geográficos lo es para cada individuo historiográfico, pero no para la Historia considerada en su valor potencialmente global» (Vicente GENOVÉS AMORÓS, «Dos ensayos de metodología histórica», revista *Escorial* IV, p. 383).

espíritu. Ninguno de ellos se halla dado inmediatamente en la materia del pasado»<sup>5</sup>. En términos de la técnica historiográfica, la *Historia del Derecho* es un caso de conceptualización. Mediante ésta, según Bauer, intentamos sacar del caos una ordenación lógica; «consiste en la inclusión de los hechos particulares en ciclos de hechos, creados más o menos arbitrariamente; que no son los dados por la naturaleza, sino que se derivan de los fines prácticos que nos proponemos o de determinados supuestos intelectuales»<sup>6</sup>.

Esa preparación, esas preguntas, esas formas espirituales que el historiador jurista lleva a la tradición que conserva la memoria del pasado, son de índole jurídica. El supuesto intelectual de la historia jurídica es el derecho. La especialidad de esta historia resulta de aplicar a la masa de acontecimientos del pasado un criterio de selección mediante el cual se obtiene y ordena el suceder jurídico. Este criterio sólo puede ser un concepto del derecho. Un concepto filosófico, universal, no un concepto procedente de la experiencia histórica<sup>7</sup>. Como decía Díez Canseco, en una versión castiza de la gnoseología kantiana: «en la historia, como en todo, no se encuentra nada más que lo que se busca». Que ese concepto del derecho, añadía, se tome como un *principium essendi* o como un *principium cognoscendi*, es indiferente para las exigencias de la investigación histórica<sup>8</sup>.

---

5 J. HUIZINGA, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica. Cuatro conferencias*, Madrid, Revista de Occidente, 1934, págs. 52-53. Vicente GENOVÉS AMORÓS (loc. cit. en n. 4, pág. 387): «Únicamente será historiógrafo quien disponga de un criterio apriorístico de valoración». Wilhelm BAUER, *Introducción al estudio de la Historia*, trad. G. DE VALDE-VELLANO, Barcelona, Bosch, 1944, p. 34: «el historiador *forma* la historia con el suceder... da configuración al suceder amorfo y trata de conocerlo como un conjunto inteligible». Ortega y Gasset ha expresado admirablemente, para rebatirla esta misma concepción de la historia de raíz kantiana: «Sólo el pensar tiene y da forma a lo que carece de ella. De aquí que tampoco lo histórico tenga por sí una figura y un verdadero ser. El pensamiento encuentra un caos de datos humanos, puro material informe al cual mediante la historiografía proporciona modelado y perfil» («La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología», en *Goethe desde dentro*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1933, p. 288).

6 BAUER, *Introducción* cit. en n. 5, pág. 139.

7 G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, trad. RECASÈNS SICHES, Barcelona, 1934-36, t. I. p. 390, recoge el postulano filosófico según el cual los problemas generales del derecho requieren una investigación sistemática que no puede ser llevada a cabo por ninguna ciencia jurídica particular.

8 Laureano DIEZ CANSECO, en la revista *La Lectura*, año III, vol. 3.º, págs. 527-



### 3. El derecho, sobre la contingencia histórica.

El derecho se presenta en la vida social como un hecho positivo, aunque no es ésta su única realidad<sup>9</sup>. Partiendo de cualquiera de las dos grandes escuelas filosófico-jurídicas, la que considera el derecho como una entidad ontológica, y la que considera el derecho como una categoría lógica, se llega al mismo término: el derecho como hecho positivo. En el primer caso consistirá en las diversas formulaciones mediante las cuales se expresa la Ley natural para adaptarse a las circunstancias variables de la sociedad humana. En el segundo caso se tratará de los contenidos variables que se alojan en la noción permanente de lo jurídico, para dar satisfacción a un sector de las aspiraciones humanas.

La visión filosófica reconoce el derecho positivo y supera su exclusiva consideración. Tampoco puede la visión histórica desconocer lo que es su objeto inmediato: las posiciones contingentes que el derecho adopta. Pero si el derecho fuera simplemente ese *hecho* de los positivistas quedaría cortado en su raíz como fenómeno histórico, si pensamos en los términos de la filosofía clásica; escaparía al conocimiento, para expresarnos en los términos de la filosofía moderna<sup>10</sup>. El derecho positivo significa la posición de algo, que es sustantivo. Contestar al *quid iuris?* lleva implícito una respuesta al *quid ius?* Pues si lo establecido como derecho es el objeto inmediato del conocimiento histórico, más allá de la historia está el derecho en absoluto. Más profundo que la exterior sucesión de las diferentes posiciones del

---

534. De la obra de este gran maestro quedan desgraciadamente pocos documentos. En cuanto al concepto y método, la citada nota crítica sobre el libro de R. ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*, Madrid, 1903. Con su carácter circunstancial y sumario, tiene destellos de una inteligencia clarísima de la cuestión. (Por fin se ha publicado la *Necrología de Canseco*, por Blas RAMOS, con prólogo de Jorge Guillén, Obsequio de A. Caffarena, Librería «El Guadalhorce, Málaga, 1967).

9 Sobre este punto y en general sobre la aparición histórica del derecho, G. DEL VECCHIO, *El concepto del derecho*, trad. de M. CASTAÑO, Madrid, 1914, y «El pretendido carácter positivo del derecho», en sus *Hechos y doctrinas*, trad. Eustaquio GALÁN, Madrid, Reus, 1942.

10 ORTEGA Y GASSET: «Para el positivismo... ninguna cosa tenía un ser. No había, según él, más que *hechos*. Y el *hecho* significa, poco más o menos, un cambio en las cosas. Y si no hay más que cambios, resulta que cada cosa deja en cada instante de ser lo que era, y pasa a ser otra», «Max Scheler, un embriagado de esencias», en *Goethe desde dentro*, p. 227).

derecho, ocurre el hecho de la posición misma. El proceso histórico del derecho es un consecutivo respecto a la idea que se pone<sup>11</sup>.

Pero aún prescindiendo de la realidad del mundo, que mantiene la filosofía a la que siempre se retorna, queda todavía la exigencia de la razón, para la cual aun la mera sucesión de posiciones sólo es perceptible mediante el hilo conductor de un concepto. Y es, como mínimo, un concepto del derecho lo que el historiador necesita para abordar una dimensión del hecho jurídico, en la que los contenidos son variados y se modifican sin límite. Un concepto que no lleve la impronta de la contingencia. Justamente un concepto que no proceda de la experiencia histórica, puesto que ha de ser anterior a ella y va a condicionarla.

La necesidad de un concepto de tal naturaleza ha sido proclamada en todos los sectores del pensamiento jurídico, con particular relieve en cuanto a la investigación histórica y a la comparación jurídica<sup>12</sup>. Ambas presuponen, según Bierling, «que todo lo que se llama derecho es algo esencialmente idéntico en medio de todas las diferencias de contenido, en medio de los cambios de los tiempos y de los pueblos, y sin tal identidad de naturaleza, no puede pensarse ni en una verdadera comparación del derecho de distintos pueblos, ni en un verdadero desarrollo histórico de un derecho determinado»<sup>13</sup>.

Este concepto es un mínimo. Del Vecchio ha formulado también la ne-

11 DEL VECCHIO, «El pretendido carácter positivo», loc. cit. en n. 9, pág. 97.

12 Víctor CATHREIN, *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el derecho positivo*, trad. por JARDÓN y BARJAR, Madrid, Reus, 1926, págs. 15-28, hace referencia a autores de diversa filiación filosófica que coinciden en este punto.

13 BIERLING, *Juristische Principienlehre*, I, 1894, ps. 2-3; citado por CATHREIN, loc. cit. ps. 26-28. Cuando A. GARCÍA GALLO dice que «no puede fijarse de antemano y de la misma forma para todos los tiempos lo que ha de entenderse por Derecho y los aspectos de éste que han de recogerse, sino que en cada momento habrá que delimitarlo» (*Historia del Derecho Español* I, 1941, p. 12) debemos entender que se refiere a las materias reguladas jurídicamente y no al concepto de lo jurídico. Román RIAZA, en el *Manual de Historia del Derecho Español* (en colaboración con García Gallo), Madrid, Suárez, 1934, pág. 2 ss., tras aludir al concepto de la Historia y a la consideración histórica del Derecho, dice: «naturalmente, todas estas consideraciones descansan sobre un supuesto: el de la noción del Derecho. Como tal habremos de entender una especie de normas de la conducta social, sin pretender puntualizar más estas notas, pues de otro modo habríamos de entrar en consideraciones ajenas a este lugar» (§9).

cesidad de un sentimiento de lo jurídico para acercarse a la historia y captar en ella la estructura objetiva del derecho<sup>14</sup>.

#### 4. Un concepto del derecho.

La falta de unanimidad de los autores acerca de lo que es el derecho se opone sólo aparentemente a la existencia de un concepto general del mismo. Decía Diez Canseco: «Tampoco los biólogos se han puesto de acuerdo acerca de lo que es la vida, y sin embargo nadie duda del sentido con que se califica de vivo a un ser»<sup>15</sup>.

Cualquier definición del derecho que se apoye en los rasgos de un derecho positivo es insuficiente; aquéllas que marcan una tendencia ideal presuponen la noción lógica del derecho, y no se pueden introducir criterios ideales en la representación de los hechos, cuando se trata de comprenderlos y explicarlos<sup>16</sup>. La referencia a un *cierto* orden social deja sin resol-

---

14 «Una vocación jurídica de la conciencia es el presupuesto de la misma consideración histórica del derecho. Para poder comprender la estructura objetiva del derecho, tenemos que sentir en nosotros la vibración ideal que a aquella corresponde. No ya la palabra derecho o sus correlativas o análogas, sino la esencial verdad del objeto que tiene naturalmente en nosotros mismos su raíz y fundamento, es lo que buscamos en la historia. Quien no siente en sí los elementos y las razones simples o necesarias de los institutos jurídicos en general, quien no tiene vivo y despierto en la conciencia el principio teórico y el motivo que intrínsecamente corresponde a los datos históricos del derecho, no podrá recogerlos, no podrá asimilarlos, y, sobre todo, no podrá entender su íntimo sentido y verdadera naturaleza.

«Por eso fracasará en su empeño quien, pretendiendo captar la razón natural del derecho, rechace, por prejuicio de escuela, recurrir al fundamento interior del mismo y crea poder realizar cumplidamente la investigación según datos puramente mecánicos o materiales. No la simplicidad y justeza ambicionadas, sino el más pernicioso extravío, será el único efecto de un método semejante, el cual jamás podrá conducir al *nudo esencial* de las relaciones jurídicas. *Natura iuris ab hominis repetenda est natura.*

«El fundamento psicológico del derecho tiene de consiguiente una función delicadísima en la propia investigación histórica y objetiva, porque de él deriva en general el *habitus* para la ciencia jurídica» (*El sentimiento del derecho*, en *Hechos y doctrinas*, cit. supra, n. 9, págs. 46-47).

15 Loc. cit. en n. 8. —Exposición de las teorías sobre el origen y la naturaleza del derecho, en M. ARAMBURU, *Filosofía del Derecho* I, Nueva York, págs. 43 ss.— Henri LEVY-ULLMANN, *La definición del derecho*, trad. C. CAMARGO, Madrid, Góngora, 1925.

16 DEL VECCHIO, «La ciencia del derecho universal comparado», en *Hechos y doctrinas*, cit. en nota 9, pág. 66.

ver la especialidad de tal distinción. Mediante un riguroso análisis de la noción de lo jurídico, Rudolf Stammler obtiene la siguiente definición: «Voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable»<sup>17</sup>.

Si analizamos nuestra noción del derecho, encontramos que éste es algo, perteneciente al mundo de la voluntad, no al de la pura inteligibilidad; que se refiere al obrar humano; esto nos proporciona un lado de la definición. El segundo viene constituido por ser el derecho un aspecto de la conducta humana que hace referencia a los demás, que no se desenvuelve en la intimidad del sujeto; la *alteridad* de los escolásticos. El tercero escinde aquella parte de la conducta social que no depende de la libre adhesión del sujeto, sino que tiene una soberanía propia. Dentro de aquel obrar humano no dejado a la iniciativa del sujeto, sino gobernado por un principio exterior y autárquico, aún podemos distinguir, que ese principio sea arbitrario o que represente un orden inviolable: cuarto límite. Siempre que estemos ante un acto que tenga esos caracteres estamos en presencia del derecho. Esta es la función del concepto investigado por Stammler, en el que se cumplen las condiciones tradicionales de la definición: indagar lo que tienen de común las cosas semejantes y las que, formando parte del mismo género, difieren de las anteriores en especie<sup>18</sup>.

Legaz Lacambra, en un estudio sobre la Filosofía del Derecho en España, aludiendo al auge que entre nosotros tuvo años atrás la doctrina de Stammler, ha explicado su éxito porque era «una filosofía para juristas». Limitación que la hace apreciable, aunque, como el mismo autor indica, hoy esa filosofía ha pasado de moda<sup>19</sup>. Se ha señalado en la filosofía de Stammler una cierta insuficiencia filosófica; pero esto mismo la resguarda de la corriente antikantiana que está de moda hoy. En pleno auge del formalismo de Stammler, un crítico español indicó la endeblez filosófica de la doctrina; y sostuvo que Stammler no es puramente kantiano. En realidad, su pretendida categoría de lo jurídico no pasaría de ser un concepto general. «Todo concepto general, y por lo tanto el concepto general del derecho

---

17 R. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de la 2.ª ed. alemana, por W. Roces. Madrid, Reus, 1930, libro primero, págs. 63-122.

18 A. BONILLA Y SAN MARTÍN, *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*, t. II, Madrid, 1929, p. 83.

19 L. LEGAZ LACAMBRA, «La filosofía jurídica en España», BFD Coimbra t. XII, 1946, págs. 381 ss.

es para él absoluto y categórico»<sup>20</sup>. Ese concepto es el que aquí debemos retener<sup>21</sup>.

La refutación de la doctrina de Stammler, que en general es simplemente olvidado, gira en torno a su exclusión de contenidos concretos, normativos o valorativos. Así, Cathrein, oponiéndose a todo propósito de definir formalmente, dice: «Conceptos sin contenido, por mínimo que sea, son hueros, vacíos, lógicamente no son nada»<sup>22</sup>. Habrá, según esto, que dar al concepto un contenido. Si éste es el mutable que el derecho adopta en cada posición histórica, volvemos a la cuestión ya resuelta para todo el que la plantee en términos filosóficos. Si el inmutable y permanente que es propio del derecho natural, entonces será preciso aún señalar aquellas notas comunes que nos permiten llamar derecho al Natural y al Positivo.

## 5. El concepto formalista y el derecho natural.

El iusnaturalismo racional unitario fue barrido por la Escuela Histórica; esa fue su aportación decisiva y representa una ganancia que no hemos de perder ya<sup>23</sup>. La natural tendencia hacia el derecho natural —que renacería siempre aunque se perdiera toda tradición— ha vuelto a la Escuela en la que refulgen los nombres de Santo Tomás y Suárez; y en ella había de encontrar satisfacción una época nutrida desde la raíz en los postulados de la Escuela Histórica, por la razón de que al admitir la legítima coexistencia del derecho natural y del derecho positivo, como dos entidades

---

20 J. GÓMEZ DE LA SERNA Y FAORE, nota en *Revista de Occidente* X, 1926, p. 100 ss. 1884-1936. Abogado del Estado, digno de atención.

21 Que don Laureano Diez Canseco se sintiera atraído por el formalismo neokantiano es un argumento *ad hominem*, pero no sólo por su valor anecdótico; *iusnaturalismo* o *formalismo*, cualquiera de los dos, tienen el mérito de apartar al historiador de la tentación historicista.

22 CATHEREIN, ob. cit. en nota 12, págs. 33-37 y 144-155 hace la crítica del formalismo con especial referencia a Stammler.

23 *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, por SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER, trads. del alemán por E. ATARD, Madrid, Suárez, 1908. Vid ahora: Felipe GONZÁLEZ VICEN, «La escuela histórica del derecho», en *Savigny y la Ciencia Jurídica del siglo XIX. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núms. 18-19, 1978-1979. Granada, Universidad, págs. 1-48.

realmente separadas aunque en comunicación, permite asomarse a la vertiente histórica del derecho<sup>24</sup>.

La historia de la filosofía nos enseña que el nominalismo venció al realismo medieval, y que después de esa victoria sucedió la filosofía moderna, cuyo objeto no es el ser, sino la posibilidad y condiciones del conocimiento. Dentro de esa filosofía vivimos aún. «De la magnífica prisión kantiana sólo es posible evadirse ingiriéndola. Es preciso ser kantiano hasta el fondo de sí mismo y luego, por digestión, renacer a un nuevo espíritu»<sup>25</sup>. En definitiva, lo que hizo Stammler fue aplicar al derecho la filosofía kantiana, en cuanto estilo del pensamiento, y en la fuerte atracción que su concepto del derecho ejerce se reconoce la dominación del kantismo sobre la mente moderna.

Pero la superación del formalismo neokantiano no es necesario que se haga individualmente, sino que la filosofía parenne se encarga de hacerla por todos<sup>26</sup>. Ya la doctrina de Stammler estaba vinculada a esa filosofía, como en la crítica a que nos hemos referido se precisaba<sup>27</sup>. El cuchillo que cortó en el campo del pensamiento moderno las duras yerbas del historicismo, del positivismo, del materialismo histórico ¿no iba a ser, por ventura, de un fino y templado acero? Y la filosofía clásica tiene un sitio para acoger la doctrina de Stammler en el principio universal de razón: la causa formal, que aquella doctrina dibujó nítidamente sobre el ser del derecho<sup>28</sup>.

---

24 Sobre el retorno a la escuela tradicional, LEGAZ, «La filosofía jurídica en España» (nota 19), p. 35 ss. Cfr. R. RIAZA, «La escuela española del derecho natural», en la revista *Universidad*, Zaragoza, 1925. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1946, sobre las dos tendencias del iusnaturalismo y su estado actual; allí se objeta al «derecho natural de contenido progresivo» el no acentuar la dualidad Natural-Positivo.

25 J. ORTEGA Y GASSET, *Kant*, en el vol. *Misión de la Universidad*, Madrid, 1936, p. 84.

26 Según ITURRIOZ, *El hombre y su metafísica*, Madrid, 1943, cuando a la Escolástica se le desprovee de toda la coloración partidista, se advierte su capacidad para recibir y salvar las direcciones filosóficas modernas.

27 «Según Stammler, no toda volición de carácter social y autárquico es jurídica, sino sólo aquella en la cual el legislador, lejos de proceder arbitrariamente, se ajusta a un orden determinado. ¿Qué orden será éste? Necesariamente habrá de ser aquel orden teleológico que rige, según Stammler, todo el reino del querer y con él las voliciones jurídicas, sometiéndolo a lo que se llama fin o idea del Derecho. Por consiguiente, cualquier pretendido derecho que se aparte del ideal de justicia no es tal derecho, aún cuando reúna los otros caracteres de volición, socialidad y autarquía (GÓMEZ DE LA SERNA, loc. cit. supra en n. 20, ps. 105-106).

28 Hoy se reconoce el valor de Stammler. BOCHENSKI, *Europäische Philosophie der*

## 6. Derecho natural y derecho histórico.

¿Por qué esa preferencia por un concepto del derecho, después de haber reconocido que el pensamiento gravita hacia el realismo, en el que, en definitiva, el propio formalismo debe integrarse? Hay una teoría del derecho natural que acoge como uno de sus elementos el derecho histórico. Corts Grau habla de «la vocación histórica del derecho natural»<sup>29</sup>. Aramburo formula así esta integración: «Derecho natural y derecho histórico no son dos cosas heteróclitas, sino dos modos de una misma esencia. Entre ellos no puede haber contradicción lógica, puesto que son dos expresiones diversas de una misma verdad. Las contradicciones que se dan en la ley escrita y en las costumbres, agrios frutos de la imperfección humana, no son sino limitaciones e impurezas del conocimiento y de la voluntad del hombre. Más la esencia común queda siempre invulnerada e indemne, porque lo que por derecho se dé contra el derecho en la historia no tendrá de derecho más que la apariencia y el nombre»<sup>30</sup>.

Claro es que tal actitud crítica no puede ser abandonada por el iusnaturalismo ni respecto al derecho actual ni respecto al derecho histórico, porque tal es el carácter que hace del derecho natural principio rector y trascendente del orden jurídico<sup>31</sup>. Mas, por lo mismo, no puede ser el derecho natural, simultáneamente, criterio selectivo de lo que se entienda por

---

*Gegenwart*, Berna, 1947, p. 96: «Schliesslich vertritt R. Stammler (1856-1938) als wichtigste Figur den Zweig der Rechtsphilosophie in Rahmen der Marburger Schule». En el campo del Derecho Natural, LUÑO PEÑA, *Derecho Natural*, Barcelona, 1947, p. 36, le atribuye un «movimiento renovador de la filosofía contemporánea en todos los países con las concesiones y superaciones consiguientes a todo sistema científico». Eustaquio GALÁN, *El incesante retorno del derecho natural*, incluye a Stammler entre las tendencias actuales del derecho natural, siendo el suyo, según dicho autor, un derecho natural de contenido variable. Según LEGAZ, *La filosofía jurídica en España*, loc. cit. supra en n. 19, p. 404, la «superación desde dentro del pensamiento moderno» es lo que apunta en la reacción moderna hacia San Agustín, Santo Tomás y Suárez.

29 J. CORTS GRAU, *Principios del derecho natural*, p. 189.

30 Mariano ARAMBURU, *Filosofía del Derecho*, cit. en n. 15, pág. 151.

31 Santo Tomás, *Summa Theologica*, I<sup>a</sup>, II<sup>a</sup> 2<sup>a</sup>, q. 95, art. 2: «Unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordat, iam non erit lex, sed legis corruptio». Cit. por F.J. DOTRES Y AURRECOECHEA, *Santo Tomás de Aquino y las leyes*, en RCJS 14, 1931, p. 275.

derecho en la actualidad o en la historia. Esta historia no es una pura ver-sión al tiempo de la aptitud natural del hombre; puede ser valorada, pero antes tiene que ser conocida, no sólo en las cimas, sino también en las depresiones. Todo aquello que adopte la forma de lo jurídico, en cuanto se mantenga en la misma, será objeto de la historia del derecho. Si el historiadador del derecho rechaza instituciones jurídicas porque en su contenido o en sus fines no estén de acuerdo con la idea de libertad humana, que ordena el derecho natural, por el mismo motivo se le irá de entre las manos la mayor parte del derecho pasado, ya que si éste pasó es justamente porque triunfó la aspiración a un estado más justo, lo que es efecto de la virtualidad del derecho natural, y aquel orden jurídico fue sustituido por otro<sup>32</sup>. Con esto nos acercamos al segundo capítulo de la doctrina de Stammler, que permite la comprensión del derecho como hecho histórico: la génesis del derecho.

## 7. La posición histórica del derecho.

Tras el concepto general del derecho, se plantea Del Vecchio la positividad del derecho, y su examen del proceso en virtud del cual el derecho surge para regir la sociedad humana, se centra en dos puntos: ¿Cuando el derecho es verdaderamente positivo? ¿Cómo se realiza y en qué consiste esencialmente su posición<sup>33</sup>? Dos puntos de máximo interés para la ciencia histórico-jurídica. El primero, en cuanto completa la delimitación de la historia del derecho, que no se debe extender a todas las proposiciones jurídicas, sino solamente a aquellas que han regido efectivamente<sup>34</sup>, y el segundo, en cuanto se refiere a la esencia misma del fenómeno histórico-jurídico.

---

32 Cfr. la crítica de V. CATHREIN a Stammler, sobre la libertad de movimiento, *Filosofía del Derecho*, cit. en n. 12, ps. 150-151, según la cual, deberá considerarse fuera del derecho el régimen medieval de población campesina.

33 G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* y «El pretendido carácter positivo de derecho» cit. *supra* en notas 7 y 9. Como es sabido, el desarrollo del pensamiento filosófico de Del Vecchio una de las más limpias aventuras intelectuales de nuestro tiempo le lleva desde el idealismo neokantiano al iusnaturalismo tradicional.

34 Hemos de hacer algunas salvedades al dogma del derecho realmente vivido, en favor del método histórico-crítico sobre las fuentes.



Cuándo un derecho es verdaderamente positivo, o en otros términos, cuándo entra realmente en el curso histórico una proposición de índole jurídica, es un criterio selectivo de la materia histórico-jurídica, pues aunque también se incluya en su contenido las aspiraciones sociales hacia una reforma del derecho o la especulación teórica sobre el mismo, en todo caso, dentro de tal historia ampliamente concebida, deberá trazarse el contorno del derecho vigente.

El derecho es positivo, dice Del Vecchio, cuando «regula efectivamente la vida de un pueblo..; por eso sería absurdo limitar la calificación sólo al derecho establecido por la ley, y al contrario, se podría preguntar si todo lo que se establece por medio de una ley es derecho positivo». Muchos ejemplos de la historia jurídica podrían confirmar la precedente afirmación. Prácticas jurídicas cuya existencia es innegable, a despecho de las leyes; declaraciones no jurídicas —morales o retóricas— contenidas en las leyes, y preceptos que teniendo aquel carácter formal aún no rigen el realidad, aunque más tarde adquieren vigor, como lo pierden sin haber sido formalmente derogados.

Pero aún la práctica, prosigue Del Vecchio, no es suficiente; hay reglas generalmente observadas, incluso con cierto género de obligatoriedad, que sin embargo no son jurídicas. En este momento se revela la fecundidad del concepto de Stammler. Y en efecto a la nota de inviolabilidad puede reconducirse la expresión del filósofo italiano: «que su observancia no dependa ni del mero arbitrio de aquellos a quienes obliga ni de la mera fuerza de aquellos a quienes interesa». Esta determinación, conceptual en Stammler, es interpretada por Del Vecchio como un requisito de la práctica jurídica: «que exista un organismo social capaz de ratificar la voluntad del individuo, en cuanto pretenda el cumplimiento de una regla de derecho». Pero este autor considera arbitrario excluir del orden jurídico todo lo que no se desenvuelve por la vía judicial, hacia cuya posición le llevaba el curso de su pensamiento.

## **8. La acción como exteriorización histórica del derecho.**

Con ese «organismo social capaz de ratificar la voluntad» nos hemos aproximado a lo que hoy constituye para la ciencia romanística el centro principal de interés, y que se utiliza para configurar el concepto del derecho

romano como disciplina didáctica: el derecho clásico concebido dinámicamente como un sistema de acciones y no como un sistema de derechos subjetivos<sup>35</sup>. Independientemente de la significación que tiene en derecho romano —o acaso sin esa independencia— tal orientación encierra un valor general de aplicación fecunda para toda delimitación histórico-jurídica. Cuando queremos precisar en qué momento se ha *puesto* el derecho, ha acontecido la historia, ha aparecido la nueva forma jurídica —no en su concepción lógica, sino como norma práctica en la realidad del pasado— el perfil más neto y preciso es el de aquella norma como acción, como facultad del titular para ejercitar la pretensión que la norma formula.

Cuando, en el pretendido retorno al derecho consuetudinario visigodo, el agraviado pudo ejercitar su acción de venganza privada, dando muerte al agresor sin que por ello se le exigiese responsabilidad; cuando el ofensor pudo ofrecer fiadores procesales de estar a derecho, para librarse de la venganza; cuando lo único que se permitió al ofendido fue dirigir su acción al poder público para que éste castigase el delito; estos son los momentos de la historia del derecho que nos acusan la efectiva vigencia de una norma. La acción determina el punto en que un precepto tiene validez positiva y por lo tanto ha constituido etapa, movimiento histórico.

En el vasto despliegue del derecho en el pasado, el historiador debe aislar la norma jurídica realmente *puesta* en condiciones de tiempo y de espacio, desde el mundo ideal o natural donde las normas existen libres de condiciones y por lo tanto de limitaciones históricas. El dato de concederse una acción viene a significar que tal principio entró en el área del suceder histórico. Vigencia de un derecho, dice Stammler, es su posibilidad de actuación<sup>36</sup>.

---

35 Álvaro D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, Universidad, 1943. Mi reseña en *Arbor* II, 1944, ps. 161-163. El mismo en «In Diem Ad dictio», *AHDE* XVI, 1946, p. 277, sintetiza las preguntas metódicas ante una institución romana: ¿Qué acciones son posibles? ¿Qué finalidad persiguen estas acciones?

36 STAMMLER, *Filosofía del Derecho*, ps. 181-186. BRUNNER-VON SCHWERIN, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 1930, p. 187: «Gleich dem römischen hat auch das deutsche Privatrecht im engsten Anschluss an das Prozessrecht entwickelt».

## 9. Esencia de la historia del derecho.

No corresponde a la ciencia histórico-jurídica establecer cómo y por qué la norma jurídica se hace real e histórica. La historia del derecho sólo proporcionará un material empírico a la fenomenología o génesis del derecho, dimensión filosófica del mismo.

La Escuela Histórica supone un espíritu del pueblo como factor histórico trascendente, una razón viva y por sí misma actuante que dicta de un modo misterioso y poderoso el derecho nacional, el cual se manifiesta más pura y genuinamente en la costumbre popular, y de modo indirecto en la legislación y en la doctrina jurídica. Pero un siglo y medio de investigación histórica, que arranca de aquella escuela, permite afirmar que el derecho de cualquier pueblo no es un producto espontáneo y directo de la llamada conciencia jurídica popular, sino el resultado de conscientes actividades espirituales, tanto de juristas individuales como de asambleas, reuniones y consejos<sup>37</sup>, y (una vez que en la historia universal se produjo el monumento definitivo que es el derecho romano), el resultado, principalmente, de una tradición cultural.

La doctrina del espíritu popular, ya que no el crédito de la exactitud mereció el prestigio de ser útil o fecunda; pero el propio Savigny, que habló elocuentemente del genio nacional no ligó su actividad de historiador a la doctrina del espíritu popular, sino que estableció el sólido puente de esa cultura a través de la Edad Media<sup>38</sup>. Abandonada la creencia en el mito del espíritu popular, el positivismo filosófico supone que «la intuición de lo justo es el efecto de experiencias utilitarias acumuladas y hechas después independientes en virtud de la herencia» (Spencer). El positivismo jurídico había llevado la cuestión a un punto muerto, del que la sacó Stammler —esta ha sido la función histórica de su doctrina—, al tiempo que elimina-

---

37 PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, trad. Martín y Reverte, Valladolid, 1942. I, p. 14.

38 FUETER, *Histoire* cit. supra en nota 2, págs. 525-526. Bibl. cit. en nota 23, y principalmente: Giuliano MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milán, Giuffré, 1966. Así como los estudios de Helmut COING, Werner KRAWIETZ, H. KLENNER, Andrés OLLERO, Enrique ZULUETA y otros en los *Anales de la Cátedra Suárez* allí citados, y el núm. 14, 1979, de la *Revista de Ciencias Sociales*, de la Universidad de Chile (Valparaíso), dedicado a «Savigny y la ciencia del derecho».

ba la confusa espontaneidad del historicismo con una clara percepción de la génesis del derecho, en un aspecto externo que hemos de intentar hacer más profundo.

Parte Stammler de un estado del derecho, en el cual van surgiendo aspiraciones sociales que propugnan la modificación de ciertas normas. Cuando una de esas aspiraciones consigue imponerse con los caracteres del concepto del derecho, se ha producido el hecho de la sucesión: un orden jurídico ha sido sustituido por otro. Esto puede ser debido a la acción de la ley que instaure la norma jurídica o a la acción de la costumbre que lentamente la moldea. La variación puede afectar a relaciones muy extensas y de importante volumen; por ejemplo, si en un país se suprime la servidumbre y automáticamente se convierte a los siervos en propietarios de la tierra que cultivan; o a otras de menor importancia social. Pero en todos los casos el hecho es conceptualmente idéntico: la historia del derecho.

En la posición histórica del derecho hay dos series: una que va desde el derecho positivo al derecho positivo, es la sucesión propiamente histórica<sup>40</sup>. Pero hay otra serie, cuyo término es también el derecho positivo, pero cuyo principio es un orden superior, al que nosotros llamamos derecho natural, aunque en su lugar se haya pretendido poner otras causas creadoras. Y la historia del derecho es también, en un sentido más profundo, ese tránsito, en el que el nuevo derecho significa una evasión respecto al anterior.

Del Vecchio habla de una vocación jurídica de la subjetividad, de una tendencia natural hacia el derecho, que se verifica históricamente<sup>41</sup>. Para

---

39 «Génesis del derecho», en su *Filosofía del Derecho*, cit. en n. 17, págs. 123-207, y en *La génesis del derecho* (lecciones en la Universidad de Granada, 1922), trad. W. Roces, Madrid, Calpe, 1922.

40 Para RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. RECASÈNS, Madrid, 1933, p. 49, cada impulso del derecho «no se realiza nunca en el vacío jurídico, sino bien por transformación de una institución jurídica preexistente, ya por inserción de una nueva institución jurídica en el sistema dado, y en ambos casos construyendo dentro de la arquitectura poderosa de un edificio jurídico, que él tan solo varía en algún detalle y de cuyo sentido no puede evadirse».

41 Véase especialmente, «El sentimiento jurídico», en *Hechos y doctrinas*, cit. en n. 9, donde a la conciencia jurídica popular Del Vecchio opone la teoría de la razón histórica suficiente, que vendría a ser como la plenitud de causas que producen cada mutación del derecho positivo. Con referencia a Juan Bautista Vico: «en el hombre están enterradas las semillas

Stammler existe una Idea del derecho que es como la estrella polar por la que se guía la evolución jurídica. Como una resonancia de esta teoría dice Diez Canseco: «El derecho positivo es un intento de derecho justo el esfuerzo por serlo, la lucha por el derecho justo, es la fuerza interna que produce y da valor e interés a la historia del derecho»<sup>42</sup>.

Mirada desde su objeto, la historia del derecho muestra su esencial intimidad: ser la tensión entre los dos polos de lo jurídico: el derecho y la justicia. Esta es la sustancia de la historia del derecho. En qué condiciones y con qué caracteres se hace asequible para nosotros, es una cuestión que depende de la índole y de la validez del conocimiento histórico.

## II

### EL CONOCIMIENTO HISTÓRICO DEL DERECHO

#### 10. Vinculación a la ciencia histórica.

Si es cierto que la consideración del propio derecho nos lleva a advertir en él su vertiente histórica, aun debemos, colocados en el punto de mira de la historia discernir la posibilidad de que el derecho sea captado como fenómeno histórico. Considera Bauer la inclinación de ciertas ciencias, entre las que incluye el derecho, a encauzar por este método, como la «pingüe renta de los frutos sazonados por la metódica histórica y su consiguiente fundamentación filosófica»<sup>43</sup>. Pero la historia del derecho no debe conten-

---

eternas de lo justo que continuamente desde la infancia del mundo, con el desenvolvimiento cada vez mayor de la mente humana acerca de la verdadera naturaleza, se van desarrollando en máximas demostradas de justicia».

42 Laureano DIEZ CANSECO, *Apuntes de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1911, p. 28. Ni entonces ni después he conseguido ver estos Apuntes. La cita está tomada de la *Memoria de Cátedra* inédita (1941), de José Maldonado, que sirvió de modelo y en algunos casos, de fuente, como en éste, a la nuestra.

43 BAUER, *Introducción al estudio de la Historia*, cit. supra en nota 5, pág. 12. «El supuesto necesario de una Historia especial es el conocimiento de la especialidad que trate de considerar» (p. 163); «La necesidad de llegar a un compromiso entre el Sistema y el curso del devenir histórico conduce fácilmente a que estos dos opuestos puntos de vista se perjudiquen el uno al otro. El punto de vista sistemático en lo histórico-jurídico lleva a construcciones que fuerzan el devenir histórico; con el punto de vista del historiador se corre el peligro de impedir la formación de acusados límites conceptuales en la doctrina jurídica, desdibujando esos límites» (p. 197). «El problema de la historiografía jurídica estriba, como ya se ha indicado, en superar la oposición natural existente entre la Ciencia del Derecho y la Ciencia histórica» (p. 201). Esta oposición debe ser demostrada, según Tomás Valiente, y ahora para Escudero.

tarse con haber arrancado de un momento espléndido de la ciencia histórica, sino que debe permanecer siempre vinculada a ella, y aportar las observaciones de su propio campo, cuando se discuten los fundamentos generales, el método o la finalidad del conocimiento histórico.

La cuestión sobre la índole científica de ese conocimiento no se reduce a las discusiones relativamente recientes sobre su posibilidad. Al margen de ellas discurre una gran tradición historiográfica que constantemente ha ido perfilando su método, ampliando el campo de sus investigaciones y mostrando limpias imágenes del pasado. Hoy se puede advertir como un retorno. Y lo que contemplado desde la clasificación de Bernheim podría tomarse por una inocente ignorancia, es ya una confianza tranquila y consciente en el objeto, los fines y los medios de la ciencia histórica. Esta confianza la tuvieron, por otra parte, los grandes historiadores, que son la contestación, afirmativa o negativa, a la pregunta de si la historia es una verdadera ciencia. Si a Mommsen le ha inquietado, en su obra no se trasluce lo más mínimo y Ranke, cuya dimensión teórica se enlaza a la filosofía kantiana, era, como vio Ortega y Gasset, acusándole de falta de ideología, maestro en el arte de no comprometerse<sup>44</sup>.

Lamprecht, Hartmann, Buckle, historiadores que propugnaban teorías de estilo matemático o naturalista, desarrollan su labor historiográfica por los cauces tradicionales, sin que en la misma trasciendan las radicales posiciones tomadas previamente. El autor en que esta actitud se presenta en forma de persuasión y llega a configurarse como una doctrina sobre la historia, es Huizinga, quien dice: «La ciencia histórica inició el siglo nuevo (XX) liberada de la carga de probar, con la cual no podía cumplir, restablecida en su derecho y en su deber de seguir tranquilamente los caminos por los cuales había caminado desde antiguo»<sup>45</sup>.

«Historia y Ciencia Natural», de Windelband, y «Ciencia de la Naturaleza y Ciencia del Espíritu», de Rickert, son dos grandes batallas del pensamiento europeo en las que se superaron las tendencias, descaminadas, a aplicar a la historia los métodos de la investigación natural<sup>46</sup>. El mismo

---

44 ORTEGA Y GASSET, «La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología» en *Goethe desde dentro*, p. 260.

45 HUIZINGA, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, Madrid, Revista de Occidente, p. 37.

46 «Rickert hace una crítica definitiva de toda concepción generalizadora de la historia,

Huizinga no permanece adscrito a la escuela culturalista de Windelband y Rickert, pero reconoce el servicio prestado por ésta a la depuración del concepto de la historia. Hay en esta escuela una idea inicial y renovadora (de Windelband) que desligó el concepto de lo histórico del concepto de lo natural, pero más tarde Rickert procedió a una vinculación ideológica con la Cultura y sobre todo con los Valores, en la que padeció la independencia lógica conseguida para aquel conocimiento en la primera etapa.

La aspiración a convertir la historia en Ciencia (en la acepción fuerte de esta palabra en el mundo moderno) enlaza con el racionalismo, por más que en su autor original y más representativo la historia no se plantease como un problema independiente de conocimiento. Para Descartes, en efecto, la historia sólo consiste en reproducir los relatos anteriores<sup>47</sup>. Kant se hace ya una pregunta que va a ser el eje de las siguientes indagaciones sobre la esencia del conocimiento histórico: «¿Cómo es posible entender que exista un curso regular en la historia del mundo respecto de los actos de los hombres en particular y de la aparente libertad de los impulsos volitivos?»<sup>48</sup>. Durante mucho tiempo la actividad de los teóricos de la historia se aplicó a dar a esa pregunta una contestación satisfactoria; intentaban hallar una regularidad matemática o biológica en el curso histórico. Desde la «época de las luces» se había intentado aplicar al suceder histórico un conocimiento análogo al de la ciencia natural.

---

ya materialista o positivista, ya ultrametafísica o intuitiva», (M. TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho español I*<sup>2</sup>, Salamanca, 1935, p. 13. H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de Manuel G. MORENTE, Buenos Aires, 1945.

47 LANGLOIS-SEIGNOBOS, *Introduction aux études historiques*, 4.<sup>a</sup> ed. Paris, 1897, p. 131. DESCARTES, *Discours de la Méthode*, I: «lorsqu'on est trop curieux des choses qui se practiquaint aux siècles passés, on demeure ordinairement fort ignorant de celles qui se practiquent en celui-ci» (*Oeuvres*, París, 1844, p. 5) Prevost en el prólogo a esta edición, p. XII, indica la proscripción absoluta de las ciencias históricas, por Descartes, su «mepris de-raisonnable», y cómo este antihistoricismo prosigue en Malebranche y Spinoza, hasta que con Vico y Leibnitz se produce una reacción que culminará en Hegel, que identificó Filosofía e Historia. Para llegar a esto, bien se estaba en Descartes, quien al menos reconocía que la Historia, leída con discreción, podía ayudar a formar el juicio (*Discours*, p. 4).

48 Bauer, *Introducción* cit. en nota 5, p. 41.

## 11. Naturaleza e Historia. Los valores.

Windelband inició un proceso de distinción lógica en su discurso sobre Historia y Ciencia Natural (1894). Adjudicaba a ésta los conceptos nomotéticos o conceptos de leyes, y a la historia los conceptos ideográficos o de representación. La Historia tendría un método crítico, la Naturaleza un método genético, distinción que conviene retener, porque una clasificación muy extendida (la de Bernheim), retrasada respecto a la concepción que examinamos, intenta calificar científicamente a la Historia por ser su objeto una realidad genética.

La iniciación de Windelband, que separa en su raíz la índole de dos clases de conocimiento, es continuada por Rickert, aunque en éste la doctrina se carga de adherencias ideológicas. Rickert intenta trazar un cuadro general de las ciencias con una división fundamental: ciencia de la naturaleza y ciencia de la cultura; queda la historia incluida en el segundo término. Esa distinción se funda en que, además de la naturaleza y de las ideas puras, existen los actos humanos, las convicciones, la literatura, las ciencias, las estructuras sociales, cuya significación no se puede comprender simplemente por sus causas ni por la consideración física de sus materiales, sino por la finalidad humana a que responden. Las cosas bajo esta segunda consideración constituyen el mundo de la cultura. Mundo, en realidad, es único pero admite una contemplación singular si sus realidades las ordenamos, no por su propia efectividad, sino en cuanto hacen referencia a los valores. Ninguna definición clara se ha dado de éstos: los valores no son, los valores valen<sup>49</sup>. La referencia a los universales de la filosofía medieval es insuficiente para explicar los valores. La significación de estos valores sólo se puede comprender si se advierte que ocuparon el lugar que tradicionalmente tenía la idea de bien. Bienes son las cosas apetecibles por sí mismas o como medio de adquirir otros bienes. Esta asimilación hace más asequible la filosofía de los valores, porque su esforzado apartarse de las concepciones materialistas y positivistas adquiere el sentido de una vuelta a la distinción de siempre entre el mundo como efecto de una causa y mundo

---

49 RICKERT, ob. cit. en nota 46, págs. 54-55, *passim*. Vid. Carl Schmitt, «La tiranía de los valores» en Revista de Estudios Políticos, núm. 115, Madrid 1961. Separata.



como medio para un fin<sup>50</sup>. O sea, la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu con una base antropológica que ha sido expuesta por Augusto Brunner: «El fundamento de la distinción entre las ciencias y hasta los grados de separación entre ellas es la gradación que se da en el ser personal del hombre. Como el hombre toma parte inmediatamente en dos escalas, está orientado por su ser en dos direcciones, hacia el puro espíritu y hacia lo puro corpóreo. A estas direcciones corresponden las dos grandes ramas de la ciencia del espíritu y ciencia natural»<sup>51</sup>.

La inclusión de la historia entre las ciencias de la cultura y, como consecuencia, la posibilidad del conocimiento histórico por la referencia de las realidades a los valores, es el rasgo más saliente de la obra de Rickert, pero también aquel que le vincula a una posición filosófica expuesta a graves reparos. Más general es su concepto formal de lo histórico como «aquello que no sucede más que una vez en su peculiaridad e individualidad». Esta noción lógica de la historia —que es la de Windelband— puede adoptarse sin someterse a la doctrina de los valores. Como son diferentes la Cultura y la Historia, puede la cultura ser contemplada realizándose en la historia, pero también es posible la contemplación no histórica, sino teórica o sistemática de la cultura<sup>52</sup>.

Fuera de la doctrina de los valores como criterio de conceptualización histórica, y limitándose a la distinción lógica del conocimiento, Spann opone el concepto de totalidad (que contempla la realidad en su estructura siste-

50 El mismo RICKERT, pág. 35, refiriéndose a la contaminación naturalista, dice que la discusión sobre los métodos y los fines de la investigación histórica, no hubiera sido posible «de haberse conservado una relación algo más íntima con nuestro pasado filosófico». En el mismo sentido, CABRAL DE MONCADA, «Hacia un nuevo derecho natural», en *Arbor*, III, 1945, p. 215-234.

51 August BRUNNER, *Ideario Filosófico*, trad. Iriarte, Madrid, 1940, pág. 151 ss.

52 El mismo RICKERT parece admitirlo: «El método naturalista se prolonga dentro de la esfera de la cultura, y especialmente no debe decirse que sólo haya ciencias culturales históricas» (ob. cit. pág. 44). La cuestión es si Rickert ha abandonado esta clara idea suya en el desenvolvimiento de su doctrina o si los seguidores de Rickert han exagerado la vinculación Historia-Cultura. Vid. ahora Eugenio d'ORS, *Ciencia de la Cultura*, Madrid, Rialp, 1964: «La Ciencia de la Cultura representa el esfuerzo orsiano de explicar, ordenar y sistematizar la historia, reduciendo sus cambiantes manifestaciones a lo largo del tiempo a valores inmutables de cultura» (E. ROJO PÉREZ, en el prólogo de esta edición; del mismo, *La Ciencia de la Cultura, Teoría historiográfica de Eugenio d'Ors*, Barcelona, Juan Flors, 1963).

mática) al concepto de articulación (que aprehende las constantes transformaciones de aquélla)<sup>53</sup>. Este autor, en su crítica de la doctrina de los valores, acierta a ver que su aplicación a la historia es más bien una interpretación filosófica de la misma, que la presupone. La investigación histórica no trata de valores: un acontecimiento puede referirse más o menos enérgicamente a un valor y ser discutible que pertenezca a un valor o a otro, sin que esto le haga más o menos histórico. «Fue, dice Augusto Brunner, una falsa localización el ir fijando valores a la historia, y ver en ellos la estructura propia de ella. Con eso fuéseta despojando de toda objetividad»<sup>54</sup>. La contraposición, por Spann, de historia y sistema, señala el núcleo realmente aprovechable de la escuela cultural.

## 12. Historia y libertad.

En otra dirección filosófica que incluye una profunda crítica de la escuela de los valores se ha intentado fijar el concepto de lo histórico. García Morente, en un importante discurso, revela las posibilidades de un amplio movimiento filosófico —separación de Kant y del racionalismo— en la posición que lo equilibra; llevándolo cerca de la ontología tradicional<sup>54</sup>.

Para García Morente, todos los intentos de reducir la realidad histórica a otra realidad no histórica se fundan en el principio de la realidad única, que siguen todos los sistemas derivados del idealismo<sup>56</sup>. Hay diversas realidades, dotadas de diferente estructura. «La realidad histórica no es la misma que la realidad biológica, ni que la realidad física ni que la realidad ideal». La realidad histórica es una realidad que acontece, que sobreviene en el tiempo, después de algo y antes de algo. También la realidad física y la realidad biológica están en el tiempo; pero ni la piedra ni el animal tienen historia, según este autor. El hombre mismo, en cuanto a su vida biológica no tiene historia. «Pero sobre su vida animal, sobre su vida biológica, vive cada hombre otra vida —llamémosla histórica— que es la serie de transformaciones, por las que atraviesa el ser humano, el conjunto de lo que le

53 Cit. por BAUER, Introducción, p. 37.

54 BRUNNER, *Ideario Filosófico*, cit. en nota 51, pág. 161.

55 Manuel GARCÍA MORENTE, *Ideas para una filosofía de la Historia de España*, con un prólogo de Juan ZARAGÜETA, Madrid, Universidad, 1943.

56 GARCÍA MORENTE, *Ideas*, págs. 16-17.

acontece al hilo del tiempo, en sus relaciones con otros hombres. Esta vida no puede ser prevista, no puede ser reducida a leyes generales: es una vida peculiar, propia, única. Puede ser narrada posteriormente; puede ser escrita; puede ser admirada, aplaudida, vituperada, censurada. Es vida histórica. Es la vida de lo que el hombre tiene de no animal. Estamos llegando al núcleo íntimo que constituye la realidad histórica... Esta peculiaridad de la vida humana que la hace imprevisible, irreductible a las leyes generales, llámase libertad. Hemos llegado a la estructura esencial de la realidad histórica. La realidad histórica es una realidad libre»<sup>57</sup>.

Pero no todo es libre, de libertad personal, lo que en la historia acaece. Incluso en la biografía hay mucho que no corresponde a la libre decisión del hombre, cuya biología y cuya psicología le impone muchas limitaciones, individual y colectivamente. El medio geográfico, social y espiritual no son absolutamente superables por la voluntad. Las diferentes realidades, cuyo conjunto constituye la realidad, abren muy concretos cauces a la conducta humana. Augusto Brunner reconoce la limitación de la libertad en la historia: «La voluntad tiene que escoger únicamente entre posibilidades dadas en general al hombre. Ni en este respecto es limitada y absoluta la libertad. Por dentro y por fuera está condicionado históricamente». Imposible es exteriormente determinar en qué grado ésta actúa para repeler motivaciones forzosas. «La libertad humana se halla condicionada y limitada en muchos aspectos, como lo está el ser humano»<sup>58</sup>.

Ortega y Gasset define al hombre como el ente que se hace a sí mismo. «Un ente que la ontología tradicional topaba sólo precisamente cuando concluía y que renunciaba a entender: la *causa sui*. ... La doctrina del ser viviente sólo encuentra en la tradición como conceptos aproximadamente utilizables los que intentó pensar la doctrina del ser divino»<sup>59</sup>.

Justamente, lo que debe encontrar, porque el hombre sólo aproximadamente se hace a sí mismo, y el ser que podría ser definido como Ortega y Gasset define al hombre es sólo el Ser Supremo. La historia no comprende únicamente lo que el hombre hace, sino también lo que al hombre le ocurre.

---

57 GARCÍA MORENTE, *Ideas*, p. 20-27.

58 BRUNNER, *Ideario filosófico*, p. 57.

59 J. ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema y del Imperio Romano*, Madrid, Revista de Occidente, 1941, p. 49.

### 13. Historia y singularidad.

Al identificar el conocimiento histórico con el conocimiento acerca del hombre se implica en una noción más sencilla y puramente lógica, el más grave problema metafísico, el del ser del hombre. El concepto difícil de abarcar no es el de historia, sino el de la humanidad considerada en su conjunto: individuos y colectividades, cuerpo y espíritu, necesidad y libertad; ser imagen y semejanza de Dios y haber pecado originalmente; medio geográfico, herencia, redención cristiana, conciencia del pasado y del porvenir. Todos estos factores pueden ser contemplados en la historia, pero están situados radicalmente en la naturaleza del hombre, y es ahí donde tienen que resolverse.

El hombre no tiene naturaleza sino historia, dice Dilthey; no está en la historia sino que es historia; «ahora bien, observa J. Marías, esto no excluye la presencia en él, como en la historia misma, de un mínimo esquema universal, que permitirá, por ejemplo, la formulación de leyes —biográficas, sociológicas, históricas»<sup>60</sup>. En mi opinión ese esquema no es un mínimo, sino un máximo, o mejor dicho, es un esquema total. En otros términos, el hombre, en su historia no salta por encima de su naturaleza. La libertad del hombre, es decir, su relativa independencia frente al mundo, puede ser, efectivamente, el supuesto de ciertos hechos históricos que sólo se dan en la historia del hombre; pero, en sí misma, es una condición de la naturaleza del hombre, como lo es el mero instinto en los animales o la vida vegetativa en las plantas, y esa libertad puede ser estudiada *naturalmente*, como algo constante, como ley de un ser, ley que le deja sin la determinación última de sus actos. Esta libertad no es por sí misma histórica, sino una condición natural que da su peculiar fisonomía a la historia del hombre. Pero hay otras historias, que se soslayan cuando se prescinde del más evidente carácter de la historia: la sucesión en el tiempo. «Como ser espiritual el hombre es esencialmente *histórico*, insiste Augusto Brunner. Quiere esto decir, no sólo que anteriormente a él, han sucedido muchas cosas en el pasado...; en algún sentido puede decirse eso de *la materia*

---

60 G. DILTHEY, *Teoría de las concepciones del mundo*; Madrid, Revista de Occidente, 1944, prólogo de Julián MARÍAS, p. 45.

inerte»<sup>61</sup>. Efectivamente, en algún sentido puede decirse: en un sentido histórico.

Acertadamente sostiene Torres López que también se puede hacer historia de una planta, de un animal, de un edificio, porque también respecto a ellos podemos considerar los hechos en su singularidad<sup>62</sup>. Una simple piedra —el ser por antonomasia ahistórico, según las doctrinas antes examinadas— tiene una historia de hechos singulares e irreversibles. Lo especial de la historia del hombre consiste únicamente en la especialidad de su propio ser. Como el hombre puede dominar a sus semejantes, fabricar máquinas y conocer a su Creador, su historia registra los importantes actos relativos a esas potencias. Como la piedra sólo puede caer o estar quieta, su historia sólo consigna que estuvo quieta o cayó. Es una historia poco interesante, pero es una historia singular. Cabe lo singular e irreversible fuera de la vida del hombre. El enarenamiento de los canales de Brujas, la inclinación de una torre de Pisa, el diluvio, los terremotos son hechos naturales, en cuanto a la actuación de unas leyes naturales no siempre conocidas, pero en su singularidad cada uno de estos hechos son plenamente históricos. Son susceptibles de conocimiento histórico.

#### 14. La historia del ser jurídico.

Si llegamos a sostener la historicidad de las piedras es con el fin de quedar más acá: en la historicidad del derecho. El derecho, como todos los seres reales, concebido conforme a la ontología tradicional, a la gnoseología de Stammler o conforme al último reducto de la metafísica que es la Fenomenología, puede ser objeto de un conocimiento sistemático, que lo comprende en su totalidad como naturaleza, y de un conocimiento histórico, que se dirige a sus modificaciones, o mejor a sus posiciones contingentes. Pues estas modificaciones no afectan al ser del derecho, en cuyo caso su naturaleza sería histórica, y desaparecería la dualidad de conocimiento establecida. Tal es la posición del historicismo del XIX, y de un nuevo historicismo que admitiendo como «realidad radical la vida histórica» ha llegado a la sugestiva proposición de la «historia como sistema» (Ortega y Gasset).

---

61 A. BRUNNER, *Ideario filosófico*, p. 151.

62 TORRES LÓPEZ, *Lecciones* 1<sup>2</sup>, p. 2.

La historia de un ser cualquiera sólo puede consistir en los actos singulares que son propios del mismo por su naturaleza: para la piedra caer, para la semilla germinar, para el podenco correr tras la liebre. La historia del derecho consiste únicamente en los actos del ser del derecho puede realizar conforme a su naturaleza<sup>63</sup>. Si el derecho es un principio extrínseco de la conducta humana, en la historia sólo podemos encontrarlo rigiendo desde fuera esa conducta, nunca lo encontraremos actuando como una fuerza física o como una convicción moral. Aquí rige el concepto del derecho. Puede una persona satisfacer su deuda jurídica, por un imperativo moral, observando una norma social, sometiéndose a un poder arbitrario, pues en la misma acción de pagar una deuda se producen aislada o conjuntamente diversos actos formales de la voluntad, de los que a la historia del derecho interesa sólo el acto en cuanto regido por el derecho. Y el derecho sólo obliga, permite, sanciona, valora jurídicamente; esto es, conforme a su naturaleza. Su historia es la de los actos propios del ser natural que es el derecho. Dice Ortega y Gasset que «la historia es constitutivamente antropología»<sup>64</sup>. Pues bien, la historia del derecho es constitutivamente jurisprudencia.

---

63 También en el derecho hay algo de natural y necesario, que se sustrae a la decisión humana. El hombre puede hacer muchas cosas con el derecho, pero en cuanto sobrepase ciertos límites, el derecho se rebela, y el hombre sigue actuando por caminos de arbitrariedad, de violencia o de moral, pero sale del derecho, entendido como noción formal.

64 «La filosofía de la Historia», cit. supra en nota 5, págs. 282-283. No dice Ortega eso por sí mismo, sino interpretando el pensamiento de Eduardo Meyer (sobre éste, 1855-1930, CHRIST, ob. cit. supra, nota 2, págs. 286-333), a quien atribuye haber llevado al extremo la distinción de Rickert, que según nuestro filósofo «durante quince años (no es mucho) había impedido el progreso de la historia» (p. 281). En Meyer, «la historia recibe de una ciencia que él llama *Antropología* una suma de conceptos generales». Contesta Ortega: «No es cosa muy clara eso de que una ciencia reciba conceptos de otra y, sin embargo, no esté constituida también por ella; en consecuencia, que la historia no sea constitutivamente antropología». Ortega proseguía persiguiendo su peculiar pensamiento historiológico, frente a la historiografía convencional, que no le entusiasmaba. Su objetivo consiste en una «ontología de la realidad histórica, el estudio *a priori* de su estructura esencial. Sólo esto puede transformar a la historia en ciencia; es decir, en reconstrucción de lo real mediante una construcción *a priori* de lo que en esa realidad —en este caso la vida histórica— haya de invariante» (p. 286). Demasiado para mí, aunque otra cosa haya imaginado hacia 1947, o más exactamente hasta 1943. Un tan alto objetivo, propuesto por Ortega, corresponde a la Ciencia de la Cultura de su gran paralelo y coetáneo (aunque de muy distinta generación). Si bien Eugenio d'Ors no tenía esa también ontología como un *a priori*, sino una superación de la historia: de la anécdota a la categoría, si yo no me equivoco. «Sea de ello lo que quiera». Voy a seguir copiando. No es prudente meter la mano en la ceniza (10.VII.82).

## 15. Posibilidad del conocimiento histórico-jurídico.

La posibilidad de que el derecho sea conocido históricamente ha sido abordada en general sobre la base de que historia es la historia del hombre. Especialmente aprovechables eran las doctrinas que dentro de ese concepto especificaban «el hombre como ser social». Así la de Bernheim cuando define la historia como «ciencia de la evolución de los hombres en cuanto seres sociales»<sup>65</sup>. Es opinión común que el conocimiento histórico tiene por objeto los actos humanos en cuanto se refieren a la actividad social de los hombres o para dar a conocer las condiciones del estado social<sup>66</sup>. El mismo Diez Canseco, tan certeramente orientado para precisar el concepto de la historia del derecho partiendo del mismo derecho, prepara su admisión en el marco del acontecer histórico de este modo: «el objeto de la historia es la vida social; la explicación genética de la sociedad»<sup>67</sup>.

Admitiendo que el conocimiento histórico no se limita al hombre, no tiene sentido limitarlo al hombre como ser social. Pero el enfoque de la historia del derecho como historia social es al mismo tiempo excesivamente amplio e incompleto. La sociedad es un presupuesto real del orden jurídico, que sólo sobre su base puede construirse. Pero la vida social no se agota en el ámbito de las relaciones jurídicas, por sí sola insuficientes para comprender el conjunto de contactos y vinculaciones que la sociedad entraña. Tampoco la mera referencia a lo social aclara definitivamente la naturaleza del derecho. El derecho existe en la sociedad, pero no es sociedad. Acertadamente dice Vanni: «Es preciso buscar en la misma naturaleza del derecho la razón de sus transformaciones»<sup>68</sup>.

---

65 Prescindiendo de otros aspectos de su definición, a la que tantos reparos habría que oponer. Cfr. BAUER, *Introducción*, cit. en nota 5, pág. 38. Mi reseña de esta obra, en AHDE XV (1944) 744-745, con un entusiasmo inicial que el tiempo no ha hecho más que confirmar.

66 Incluso en un autor alejado de la concepción naturalista de Bernheim, como R. KREMER, «La connaissance historique, son objet et sa nature», en *Revue Neo-scholastique de Philosophie* (lovaína), n.º 93, (febrero 1922) ps. 93-118. Ref. de la Memoria de J. Maldonado, citada supra, pág. 308.

67 DIEZ CANSECO, *Apuntes* cit. en nota 42, pág. 13.

68 «¿Por qué razones sufre el derecho transformaciones en el curso de la historia? ¿Cómo es que el derecho tiene una historia? Se puede responder a esta pregunta: que el derecho tiene una historia por lo mismo que la tiene la sociedad humana. Pero esa respuesta sería demasiado genérica y sencilla. Es preciso buscar en la misma naturaleza del derecho, *en el modo*

Pero dicha arbitraria identificación del acontecer histórico con la actividad del hombre como ser social deriva de haber reducido la historia a la actividad del hombre<sup>69</sup>. El derecho no es substantivamente obra del

---

*mismo como se produce, una razón específica y más íntima de sus transformaciones».* (Icilio VANNI, *Filosofía del Derecho*, trad. Urbano, s.a., pág. 204. Dos elementos distingue Vanni: a) la conciencia social; b) la necesidad y la exigencia de la vida común. «Y esto, como los elementos que concurren a formar el derecho, su *producto*, o sea justamente el derecho, está sujeto a diversas variaciones en el curso de la historia». Una saludable separación del Derecho respecto a Sociedad, y de la ciencia jurídica, respecto a las Ciencias Sociales, en Álvaro d'ORS, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963; en su texto y en sus apéndices, suprimidos en ediciones ulteriores. Mi reseña de este libro en la revista *Nuestro Tiempo* 124 (Madrid, octubre 1964) 475-478. Hemos seguido este libro en nuestro curso de *Introducción al Derecho*, del Curso de Acceso Directo de la UNED, 1973 y ss (allí, en págs. 11-13, explicaciones complementarias sobre la cuestión). En el Curso sobre la misma disciplina y en el mismo lugar (Distancia, 1977), dicho libro ha continuado siendo el que seguimos, aunque, por razones de producción y técnicas, un poco más lejos. Remito a dicho curso, que asimismo encierra el reciclaje de mi licenciatura en Derecho, graduado el 26 de septiembre de 1942 en la Universidad Central (¡la patria en San Bernardo!), y punto de referencia actual para todo lo que signifique derecho en nuestra disciplina, plural y no exenta de cierta contradicción, patente en la existencia de las dos Facultades: Derecho e Historia.

69 El prototipo de la historia es la biografía, viene a decir GARCÍA MORENTE (*Ideas* cit. en nota 55). Pero junto a la historia de las personas se dan otras historias. «¿Cómo se realizan —pregunta— en estas otras historias no biográficas las condiciones esenciales de toda historia, ejemplarmente expuestas en la historia de una vida personal? Hay dos modalidades —continúa— de la historiografía no biográfica. Una es la de los pueblos, naciones, épocas y humanidad que —según el autor— se adaptan con perfecta naturalidad a la estructura histórico-biográfica. «En el segundo grupo comprenderemos la historia de las *formas de vida*: arte, filosofía, economía, lengua, etc», etc. (p. 31). Estas historias —reconoce García Morente— no tienen tras de sí un sujeto personal y libre, pero tienen muchos sujetos personales: «arte, filosofía, economía, etc. son obra de hombres, producto de actividades libres. Son formas de vida y han nacido de mentes humanas. Las cuales, a su vez, viven en el seno de esas unidades superiores que son las naciones y los pueblos. En rigor, pues, el arte, la filosofía, la economía pertenecen, como otros muchos ingredientes y producciones, a la historia de un pueblo o de una nación. El arte español hállase comprendido en la historia de España; y su esclarecimiento íntegro y profundo no puede tener lugar sino dentro de la historia de España, como una de las creaciones del espíritu español...» (ps. 39-40). Aunque el autor no lo incluye, podemos suponer que una de esas *formas de vida* fuera el derecho aunque la expresión sea dudosa y opinamos que inaceptable para una ontología del derecho; en la gnoseología del mismo, la forma no pertenece a la vida, sino al pensamiento. El extremado nacionalismo de la idea histórica expuesta parece llevar al extremo la tesis convencional de la Escuela Histórica. Al pasar a esta nota una discusión que el paso del tiempo ha hecho extemporánea, no queremos dejar de rendir un homenaje a la memoria del gran universitario y santo sacerdote que fue García Morente, y de respeto hacia su concepto de la Hispanidad y a un nacionalismo que hoy resulta patético. (10.VI.82).



hombre, ni siquiera de muchos hombres o de algunos en particular. Ellos pueden adaptar y moldear la sustancia de lo jurídico, pero el derecho tiene una entidad, un ser propio, dotado de una naturaleza, que el hombre encuentra fuera de sí, como un objeto para su actividad.

El hombre está sujeto a operar sobre el ser ontológico del derecho, y en general se encuentra más limitado aún: a actuar sobre las condiciones del mismo que le son dadas. No sólo tiene que adaptar el derecho natural a sus necesidades, sino que en general se ve constreñido a adaptar otras adaptaciones: el derecho histórico. Así, las posibilidades de actuación libre e independiente son doblemente limitadas. Primero, porque el derecho no lo crea el hombre; segundo, porque cada grupo de hombres no puede verificar la formulación primaria del derecho. Esta segunda limitación la conocemos sólo por una experiencia histórica que no es insuperable. En la historia del derecho hay una tradición jurídica que enlaza a los diversos pueblos, pero no es imposible una creación autónoma<sup>70</sup>.

La historia del derecho no es la historia de los actos humanos creando o transformando el derecho, sino la historia de éste mismo. El derecho romano no es solamente la producción intelectual del pueblo romano y de los pueblos que ulteriormente lo han transmitido; más bien al contrario, el derecho romano ha configurado a sociedades que no hubieran sido capaces de crearlo. A través de la historia el derecho aparece desenvolviéndose con una relativa independencia.

## 16. Condicionamiento histórico y Providencialismo.

Relativa independencia, porque nada se produce en la historia, independiente de un modo absoluto. Ningún ser asume las posiciones históricas por entero desligado de los demás. El ser del derecho también se despliega históricamente condicionado. Lo inexacto es negar, sobre esa base, que la

---

70 Cfr. del autor, *La tradición del derecho español*, en la revista *Arbor* núm. 150 (Madrid, junio 1958). Es la primera de cinco lecciones dictadas en el curso de verano de 1950 de la Universidad de Santiago de Compostela. En la Segunda Semana de Historia del Derecho Español, 1948, el autor había propuesto sustituir las delimitaciones nacionales (liberado de nacionalismos gracias a su temprana lectura de Eugenio d'Ors) por la discriminación de tradiciones, y buscar en las comunes las semejanzas que se atribuyen a la influencia mutua o a la influencia del medio». Cfr. mi reseña de dicha Semana, en *AHDE* 19, 1948-1949, p. 874.

historia del derecho sea la historia del mismo, y convertirla en función de la historia de otros seres. La posición más acusada en este punto es el materialismo histórico, formulado por Marx para la historia humana<sup>71</sup>. Para el marxismo la historia es esencialmente la historia de la lucha de clases por poseer los medios de producción, y lo que en la historia interesa es la estructura económica de la sociedad, porque a través de ella nos explicaremos el conjunto de instituciones políticas y jurídicas, e incluso las ideas religiosas y filosóficas. No hay más realidad que la económica, sobre la cual se edifican las ideologías y los sistemas. A cambios de la economía corresponde causalmente el cambio de la superestructura. «La naturaleza de la producción de la vida material condiciona esencialmente el proceso social, político, espiritual». La conclusión concreta en el campo que nos interesa ahora es que «el derecho, igual que la religión, no tiene historia propia»<sup>72</sup>.

Pero si el materialismo histórico es la doctrina más enérgicamente rebatida por la reacción filosófica actual, cualquier otro género de dependencia que se le imponga al derecho, en el sentido de convertirle en consecuencia de la historia de otros seres, llega al mismo fin. El reunir todo género de condiciones, incluso recargando las de tipo espiritual, acentúa la posición antimaterialista, pero no es más real, y condiciona el acontecer histórico de un ser con desconocimiento de su propia virtualidad.

---

71 Ver ahora J. HIRSCHBERGER, *Historia de la Filosofía*, trad. española, tomo II, Barcelona, 1970, págs. 303-317.

72 Críticas sobre el marxismo respecto a la Historia del Derecho, en VANNI, ob. cit. en nota 68, pág. 195 ss; RADBRUCH, ob. cit. en nota 40, pág. 116. STAMMLER, que ha estudiado cuidadosamente las posibilidades de las tesis marxistas para explicar las relaciones entre Economía y Derecho, afirma que es en todos sus aspectos deficiente e incompleta y que no ha alcanzado la mira que se proponía: desentrañar la ley suprema por la que se rige la vida social. A la afirmación del marxismo: «el derecho de un pueblo es un simple instrumento por la existencia; el derecho es algo, subordinado a prestar servicio y obediencia», Stammler opone: «Toda economía —cooperación ordenada, sistemática y duradera para la satisfacción de las necesidades materiales— presupone una regulación jurídica bajo cuyo imperio se realiza». Además, dice el mismo autor, no preocupa al materialismo histórico el criterio en base del cual se puede distinguir la norma jurídica del poder arbitrario. En cuanto a la justicia, confunde las normas concretas con la noción absoluta de justicia. «El error del materialismo histórico se explica por la falta de sentido crítico, porque de otro modo se hubiera visto que toda vida social entraña aspiraciones humanas y las aspiraciones no son susceptibles de análisis científicos por los métodos de las ciencias naturales, sino en el sentido teleológico, según los fines a que se encaminan». (*Tratado*, págs. 52-55, y su *Economía y Derecho*, trad. de W. Roces).

En cambio, la visión providencialista de la historia hace posible la historia genuina de todos los seres<sup>73</sup>. La acción de la Providencia en la historia no puede ser medida con los mismos criterios que la acción de la economía o de la cultura; sobrepasa consideraciones de tal tipo. La Providencia divina es compatible con la libertad humana<sup>74</sup>. Pero en cuanto aquí se ha admitido la historia del derecho no simplemente como actividad libre del hombre, sino como actividad del ente derecho, debemos referirnos a otro género de compatibilidad. La Providencia es compatible con la naturaleza de los seres, y por lo tanto también con la del ser del derecho.

### 17. Causa y leyes en la historia del derecho.

La reacción contra el naturalismo aplicado al estudio de las ciencias del espíritu, incluida la Historia, suprime el problema de la causalidad y de las leyes, allí donde se desenvuelve la actividad libre del hombre. Donde estaba la noción de causa y efecto se pone la de medio y fin, y donde se bus-

---

73 La incomprensión para el providencialismo histórico lo encontramos en un autor, como W. BAUER, tan sensible, por otra parte, a todos los estímulos espirituales: equipara la concepción del historiador estadístico a la de un cronista medieval que «en cualquier acto sólo ve el de dedo de Dios y que con ello se cierra el camino de la explicación de la vida o de su exploración» (*Introducción*, p. 51). En TORRES LÓPEZ encontramos el reconocimiento de que la concepción teocrática no ha impedido en modo alguno el desarrollo de la ciencia histórica, «habiendo permitido a los autores de esta orientación colocarse a la cabeza de las investigaciones históricas en cuanto a su método y adaptarse a los progresos de cada momento» (*Leciones I*, pág. 9). En García Gallo se encuentra plenamente admitida la interpretación providencialista de la Historia: «la causa primera de cuanto existe y por lo tanto de las transformaciones del Derecho es la Providencia divina que rige el mundo». (*Curso de Historia del Derecho Español*, I, 1946, p. 5). Posición estimada por Fr. José LÓPEZ ORTIZ, «Un avance en la Historia del Derecho Español», en *Arbor* VII, 1946, 67-73; reproducido en AHDE XVII, 1946, 1013-18, y en sucesivas ediciones de dicho *Curso*.

74 Santiago MONTERO DÍAZ, «Estoicismo e Historiografía», *Revista de la Universidad* (de Madrid) III, 1943, p. 67 ss, señala la raíz estoica del providencialismo. LANDSBERG, «La Edad Media y nosotros», *Revista de Occidente* IX, 1925, p. 22, sostiene que la doctrina de Hegel, en cuanto a la acción de la Providencia, es un eco panteísta de San Agustín: «Dios ha construido el orden de las edades con una serie de contrastes, como acabadas poesías». José Tissot, *La Vida Interior*, trad. de Sagués, Barcelona, Herder, 1941, p. 171: «La historia debería ser el esplendente cuadro de la gloria de Dios a través de las vicisitudes humanas, de la acción divina en medio de las agitaciones de los pueblos».

caba un curso constante y regular se busca la decisión creadora de cada momento. El propósito de hallar en la historia leyes permanentes y causas determinadoras se ha rechazado ya casi unánimemente en la historia de los hechos políticos, donde la singularidad es dominante, pero encuentra aún cierta acogida cuando se trata de historiar instituciones sociales, económicas y jurídicas, en las que el papel del individuo, con su iniciativa, parece menos decisivo, y al contrario, los grandes factores de la naturaleza y de las masas humanas son las que marcan las trayectorias históricas. Sombart elude el término «ley», y habla de «tendencias formativas»<sup>75</sup>.

Pero la causalidad es una necesidad del pensamiento (Bauer). Para Aramburu la historia sólo es idónea para registrar los fenómenos, sus relaciones y sus causas segundas y contingentes, pero inepta para descubrir la norma superior con arreglo a la cual son generados y producidos los hechos que forman su materia<sup>76</sup>. Esta limitación es generalmente reconocida en nuestros estudios. El terreno de la historia es más modesto, pero más seguro, dice Besta<sup>77</sup>. Schwerin admite que exista una evolución jurídica, no que corresponda al historiador del derecho buscar las leyes generales de esa evolución, y reconoce que la investigación histórico-jurídica muestra las relaciones existentes entre la evolución del derecho y otros factores de la vida humana, como son los fenómenos sociales, económicos o políticos, y aún que en dichas relaciones no pueda negarse una cierta regularidad, pero que ésta arroja en el caso más favorable leyes empíricas, nunca un mecánica causalidad. Aunque admitiéramos la posibilidad de tales leyes, no es misión de la ciencia histórica el fijarlas. Huizinga dice que por la historia queremos conocer cómo ocurrieron la revolución inglesa y la revolución francesa, no el mecanismo general de las revoluciones. Y el mismo autor añade: entender no es de ninguna manera decir el por qué de un acontecimiento<sup>79</sup>.

Cuestión aparte en este punto es el estudio de las fuentes o heurística,

---

75 BAUER, *Introducción*, p. 53; vid. todo el capítulo sobre «Causalidad histórica. La Historia como ciencia de Leyes», con bibliografía.

76 ARAMBURU, *Filosofía* cit. en nota 15, p. 94.

77 ENRICO BESTA, *Avviamento allo studio della Storia del Diritto italiano* (1926) 2.ª ed. Milán, Giuffré, 1946.

78 CLAUDIUS VON SCHWERIN, *Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte und ihrer Teilgebiete*, Freiburg Br. 1922, págs. 12-13.

79 HUIZINGA, *Sobre el estado actual*, cit. supra en nota 5, págs. 58-62: leyes históricas; 62-64: causalidad; 64-69: evolución.

que, según Bauer, es en sus distintos sectores una ciencia de leyes<sup>80</sup>. Pero no se trata aquí del acontecer histórico mismo, sino de los medios para su conocimiento.

No son propiamente historiadores quienes han pretendido establecer leyes en la historia. Quizá estos intentos no deben considerarse como una ilegítima intromisión en el campo de la ciencia histórica. Sobre la misma realidad que puede ser contemplada en su singularidad histórica, es posible abordar también una consideración sistemática. Lo necesario es deslindar los campos y excluir de la investigación histórica los métodos generalizados. Admite Besta que se pueda concebir una historia general del derecho, referente al que ha existido en todos los pueblos, desaparecidos y subsistentes, pero en cuanto esa historia pretenda extraer de los fenómenos jurídicos, prescindiendo de su individualidad singular, aquello que aparece en todos los tiempos y lugares, y construir una doctrina de las leyes que regulan el fenómeno jurídico, excede del objeto de la historia y de sus métodos<sup>81</sup>.

Por lo demás, la aspiración a sintetizar, a elevarse en una visión general, es consustancial con el espíritu humano. La investigación fenomenológica o genética no puede ser excluida<sup>82</sup>; para la cual los resultados obtenidos en la historia del derecho constituyen el material de trabajo. Estos resultados pueden servir de otro modo para contestar a la pregunta que yace en el fondo de las especulaciones sobre el ideal y los ideales del derecho. A ellos se refiere Radbruch, quien señala dos direcciones: «Puede partirse de las ideas jurídicas de los distintos partidos o concepciones del mundo y preguntarse hasta donde la historia ha servido a la realización de cada uno de ellos. Puede también preguntarse de qué manera las ideas en general y en especial las jurídicas influyen en la historia, en forma de finalidades conscientes planteadas por los individuos o bien en forma de procesos incons-

---

80 BAUER, *Introducción*, p. 45.

81 BESTA, *Avviamento*, cit. en nota 77, pág. 7.

82 El fin de esta investigación es «una teoría sintética de los fenómenos jurídicos», según VANNI, *Filosofía del Derecho* cit. en nota 68, pág. 30. DEL VECCHIO considera como elementos constantes en la evolución histórica del Derecho cierto respeto a la voluntad humana y cierta limitación del arbitrio individual. La evolución jurídica representa: 1.º El paso de la elaboración espontánea a la elaboración reflexiva y consciente; 2.º El paso de lo particular a lo universal; 3.º El paso de motivos psicológicos inferiores a motivos superiores (*Filosofía del Derecho*, cit. en nota 7, tomo II, págs. 238-246).

cientes de la sociedad»<sup>83</sup>. Recogiendo estas posibilidades y en general las de toda investigación de tipo filosófico, Maldonado concluye: «para llenar estos cometidos habrá de acudir a los resultados de la Historia del Derecho pero el trabajo de ésta no tiene esa finalidad concreta, limitándose a mostrar cómo fue el derecho del pasado y cual ha sido la línea de su evolución»<sup>84</sup>. «Una vista sobre el pasado» define Huizinga la historia, en un intento de liberarla de pretensiones pseudo-filosóficas<sup>85</sup>.

### 18. Función de la Historia.

Sobre el valor y la misión de la ciencia histórica en nuestros días es poco ya lo que se puede decir, *La antigua declaración sobre la Historia*, maestra de la vida, ha sido notablemente superada. Hasta la especulación filosófica se intenta comprender no por su contenido propio sino por su posición en la historia. Ciencias dominadas por una finalidad positiva y práctica experimentan igual gravitación. «Los tiempos son, en Medicina, como en todo, de retorno al pasado, de vuelta»<sup>86</sup>. La conciencia histórica —dice Ortega y Gasset— ha llegado a ser una radical necesidad de nuestro ser<sup>87</sup>. «El siglo XIX se vuelve el del pensar histórico por excelencia. Para comprender un fenómeno quiere sólo ver en su origen y desarrollo. El idioma, el Derecho, la Hacienda Pública... son considerados históricamente e históricamente comprendidos»<sup>88</sup>. Julián Marías repite: «Ante una cosa cualquiera

---

83 RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cit. en nota 40, pág. 118.

84 MALDONADO, *Memoria*, cit. en nota 42. El mismo autor en la introducción a *Herencias en favor del alma*, cit. en nota 3, pág. 17, establece la distinción entre dogmática e historia: «La historia jurídica examina la institución, no en reposo, con un sentido estático, sino pasando por diversos momentos que representan eslabones de la cadena del devenir histórico (von Schwerin), es decir, moviéndose en el tiempo, y precisamente con objeto de trazar la línea de evolución que en su movimiento ha seguido. Por eso la coloca bajo una nueva luz que presenta aspectos de la misma antes no considerados, y que sirven para llegar más adentro en su entraña y comprenderla mejor».

85 HUIZINGA, *Sobre el estado actual*, p. 95 y 118. Continúa siendo este un libro tónico que se alza esclarecedor sobre la confusión de su tiempo y del nuestro. Un clásico al que reducirse.

86 Gregorio MARAÑÓN, *Veinticinco años de labor*, Madrid, 1935, p. 24.

87 *Revista de Occidente* XLIX, 1935, p. 2.

88 HUIZINGA, *Sobre el estado actual*, p. 109. La situación parece haber cambiado en 1970: «En amplios sectores de la vida intelectual es fácil percibir un cierto despego por la his-

necesitamos una fecha, su inserción en la historia, y sin ella no la entendemos. Todo se nos da incluso en una circunstancia histórica: nuestra visión de una ciudad, por ejemplo, no es la inmediata de lo presente, sino que nos parece como una acumulación de estratos temporales, como un resultado histórico<sup>89</sup>.

Pero tal situación es más antigua en el campo del derecho, como en éste ya se ha vuelto de sus exageraciones, por varios caminos que en definitiva llegan a la verdad de la ontología tradicional: el ser del derecho no consiste en su historia. El nuevo historicismo, mejor equipado que el positivismo (mera ignorancia o despreocupación filosófica) y que la romántica Escuela Histórica del Derecho, representa un asalto a la metafísica más riguroso que el de los pasados movimientos ideológicos.

La ciencia histórica, que hasta muy recientemente tuvo que defenderse de la postergación haría bien ahora en defenderse de la exaltación y una vez que recobró «el derecho de volver a su antiguo camino» (Huizinga) mantenerse en él.

La fundamental razón de ser de la historia del derecho como disciplina independiente es la especialidad de su objeto<sup>90</sup>. Langlois ridiculizaba a quienes alargan la lista de los conocimientos auxiliares que debía poseer el historiador —Medicina, Finanzas, Derecho— y decía que no todo es igualmente necesario, pues, por ejemplo, una cuestión de Química puede surgir en la Historia y sería demasiado exigir al historiador que la dominase también. Sin embargo, un historiador de las ciencias ha de conocerlas para adentrarse en su pasado formador<sup>91</sup>. Igual ocurre con el derecho. Sobre es-

---

toria. Las razones de este despego son múltiples, pero una de ellas, quizá la más general, es que la conciencia histórica ha sido sustituida por la conciencia lingüística» (Emilio LLEDÓ, *Filosofía y lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 173). Movimiento que vendría a coincidir con la posición de aquellos para quienes Historia es esencialmente Filología, e identifican la historia con los textos. Y ejercen su lectura. (11.VII.82) «El objeto de la Historia no es el acontecer mismo, los hechos, sino la reflexión personal sobre aquél: no los *facta* sino los *verba*» A. d'ORS, prólogo a *Historia Económica y Social de España*. Madrid, Cajas de Ahorro, 1973, p. 1. Cfr. ahora sus *Nuevos papeles del oficio universitarios*, Madrid, Rialp. 1980, págs. 416-426.

89 Prólogo a DILTHEY, ob. cit. supra en nota 60.

90 Cfr. BAUER, *Introducción*, ps. 197-200.

91 LANGLOIS-SEIGNOBOS, *Introducción* cit. supra en nota 47, pág. 28.

te punto gira, el conocido tríptico de afirmaciones sobre la índole jurídica de nuestros estudios: «El análisis de las relaciones jurídicas de cualquier tiempo ha de hacerse con los medios de la ciencia del Derecho (von Below); las cuestiones jurídicas, aun planteadas desde un punto de vista histórico, han de ser resueltas jurídicamente (von Amira). Para la Historia del Derecho es materia muerta todo aquello que no puede concebirse dogmáticamente (Brunner)»<sup>92</sup>.

---

92 MALDONADO, *Herencias*, cit. en nota 3. págs. 18-19. Heinrich MITTEIS, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Munich, Biederstein, 1949, p. 1: «Die Rechtsgeschichte ist ein Teilgebiet sowohl der Rechts wie der Geschichtswissenschaft. Sie gehört also zwei Disziplinen an, wahrt aber beiden gegenüber die Selbständigkeit ihrer Methode». Hermann CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte I*, Karlsruhe, Müller, 1954, p. XVII: «Die Rechtsgeschichte als Wissenschaftszweig beschäftigt sich in Forschung und Lehre mit dem Rechte der Vergangenheit... Die Rechtsgeschichte als Wissenschaftsdisziplin ist ein Zweig der Rechtswissenschaft, die das Recht in allen seinen Erscheinungen, also die Geschichte des Rechts, umfasst».