

II. Departamento de Derecho Privado.

1. Historia del Derecho y de las Instituciones.

CONCEPTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (1947)

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

Catedrático de Universidad.

III

LA MATERIA DE LA HISTORIA DEL DERECHO*

18. Los presupuestos de formación del derecho.

El concepto adoptado de historia del derecho, como un conocimiento del pasado en el que se ingresa con un criterio de selección que es el concepto del derecho, nos sitúa ya en una posición restrictiva por lo que se refiere a la materia perteneciente a nuestra disciplina.

La integración de la historia del derecho en el conjunto de los estudios sociales y económicos ha sido propugnada por Roger Grand, por considerar que el aislamiento de aquel estudio conduce a dos errores opuestos: que las instituciones jurídicas sean una creación arbitraria y provisional de los juristas, o bien que tengan un carácter absoluto de permanencia e inmutabilidad⁹³. Al contrario, integrada o puesta en comunicación la his-

* Continúo la publicación de mi Memoria de Cátedra, iniciada en este Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, núm. IV (1986) 305-344. Reproduzco el texto tal como quedó preparado para la imprenta en el verano de 1964. Entonces introduje algunas variaciones respecto a la redacción presentada en las oposiciones de 1949, hoy perdida, que a su vez alteraba levemente la primera redacción, destinada a las de 1947, cuyo original está depositado en el Archivo Histórico de la Administración (Alcalá de Henares) y de la cual conservo una copia que me ha servido para rescatar algunas particularidades suprimidas en 1964, y a las que he vuelto, por parecerme hoy más resueltas y afirmativas. Uno se deteriora y es conveniente reconciliarse con la propia juventud. También para componer las notas a pie de página hube de servirme, en 1982, de la copia de 1947, perdiendo en esto, porque aparte de estar recargada de añadidos ininteligibles ahora, carece de datos que tenía la de 1949, también enriquecida después, aunque siempre se hace uno ilusiones sobre los bienes perdidos. Al revisar por última vez el original me abstengo de acrecentarlo y también de suprimir nada, pues sería el cuento de nunca acabar. Hubiera deseado, al releerme entablar un diálogo conmigo, explicarme y glosarme. No pierdo la esperanza de hacerlo alguna vez. De nuevo agradezco a este hogar floreciente, su hospitalidad y afectuosa acogida.

⁹³ Roger Grand, «L'histoire du droit français. Ses règles. Sa Méthode. Sa utilité», *Nouvelle Revue Historique du Droit*, 1919, págs. 277-304 (1947: Efectivamente, son dos erro-

toria del derecho con la historia social y económica, las instituciones jurídicas aparecerán en su íntima afinidad con las condiciones de la sociedad y de la economía, y además en correspondencia con las alteraciones y modificaciones de una y otra.

Es para otros incuestionable que la historia del derecho tiene por objeto exclusivamente el derecho⁹⁴. Cabral de Moncada, recogiendo orientaciones en este sentido, de Pitzorno y Besta, y considerando que estos autores no han sido del todo consecuentes en su propósito inicial de depurar el contenido jurídico de la historia del derecho, presenta un plan, en el que con gran rigor quedan exceptuadas las materias extrajurídicas. La historia del derecho es para este autor la historia de las formas jurídicas de una sociedad, como tales formas jurídicas, desligadas de condicionalismos sociológicos⁹⁵.

El derecho no existe y se transforma por la sola virtud de su contenido lógico; ambos aspectos de su entidad real, su existencia y su transformación, están enlazados estrechamente con otros factores de la vida humana, individual y colectiva. Una situación política, unas condiciones económicas, una estructura social, un ambiente cultural, unas convicciones reli-

res que pueden acompañar a esa separación, como pueden acompañar a la fusión. Pero el estudiar e investigar conjuntamente Historia del Derecho, Economía y Sociedad, además de estar avocado a un error es un error en sí mismo. ¿Cómo y porqué atenué esta posición tan clara y resuelta, al copiar esta memoria en 1964?).

94 (1947: Que la historia del derecho tiene por objeto exclusivamente el derecho nos parece incuestionable). «La investigación de la historia del derecho tiene que apoyarse simplemente en el propio derecho; pueden ofrecérsele datos de otro carácter que le den indicaciones útiles, pero no puede tratar de antemano como definitivo cualquier parentesco que no haya sido comprobado todavía en el terreno del propio derecho», dice Julio FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego islándico*, Barcelona, Facultad de Derecho, 1928, pág. 29. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, CSIC, 1944, p. 258, aunque «en la vida se nos presentan formando un todo único, los acontecimientos sociales, económicos y políticos que dan vida al derecho... no caben dentro del concepto jurídico los hechos culturales, económicos y políticos que le determinaron. Estudiéseles donde se quiera, esos acontecimientos son extrajurídicos y repugnan a la rúbrica Historia del derecho romano».

95 CABRAL DE MONCADA, *O problema metodológico na ciência da história do direito português (criterio para una nova divisao cronológica)*, en AHDE X (1933) 138-160. La cita, a la pág. 155. 1947: En principio nos parece plenamente aceptable tal actitud. Pero nadie duda de que...).

gias, se reflejan en el fondo del régimen jurídico, y éste recibe de esa múltiple realidad en lo general y en lo particular, impulsos y estímulos, o bien se ve detenido o desviado por circunstancias de la misma índole. La historia del derecho no es una historia angélica, desprovista de gravitaciones.

Pero la misma complejidad de las causas que determinan exteriormente el desenvolvimiento del derecho impide establecer una relación clara y constante. Hay momentos históricos, en que se acentúa el peso de las motivaciones espirituales y religiosas; otros, en que ejercen el mayor influjo exigencias económicas; como hay etapas dominadas por poderosas individualidades y otras, en que la trayectoria es marcada por la colectividad. Aunque fuera posible aislar y conocer los variados agentes del movimiento histórico y señalar aquéllos a los que corresponde la primacía, aún queda una incógnita: dado que en una sociedad los factores más influyentes sean estos y no otros, en qué medida y cómo se han traducido en formas jurídicas adecuadas. En definitiva esto es lo que interesa a la historia del derecho.

En mi opinión, no es posible ir desde las condiciones históricas generales a la historia del derecho, sino al contrario, *desde las formas jurídicas*, y a través del sello que en ellas ponen aquellas condiciones, al proceso histórico de su formación. Porque sin duda resulta del todo insuficiente reducir la historia del derecho a las formas lógicas que el mismo adopta y ponerlas en una serie que frecuentemente carecería de sentido.

Hay procesos histórico-jurídicos que se producen en los límites de la técnica jurídica. Así, cierta simplificación de las normas, adulteración de conceptos y principios, inmediatamente reconducibles al estado de la cultura jurídica de una época. Estos fenómenos se producen ya fuera del campo de las formas jurídicas. Pero incluso el tránsito de una a otra forma jurídica puede ser debido a modificaciones operadas en el medio histórico general: en la política, la sociedad, la economía, la técnica, la cultura o la religión; fuera del derecho. Entonces es indispensable incluir en la historia del derecho materias extra-jurídicas, pero esto ha de hacerse con sujeción al método histórico. Contrario a este método sería dar por supuesto que todas las circunstancias históricas tienen una función actual sobre la vida jurídica, y por lo tanto, que es obligado su estudio como medio de abordar la historia del derecho. La historia general puede ser directamente aborda-

da desde el lado del derecho, que posee una propia y específica virtualidad⁹⁶. Incluso la historia universal puede ser considerada por el jurista.

19. Lo formalmente jurídico.

El concepto del derecho es un criterio suficiente para seleccionar el contenido de su historia. Lo constituyen, principalmente, las normas que integran el sistema; la investigación deberá aplicarse a reconstruirlo en su ordenación lógica⁹⁷. Pero todo aquéllo que en la vida de un pueblo adopta la forma de lo jurídico debe ser también incluido.

Cuando en nuestro derecho medieval se encuentra una profusión de formas de concesión de tierras por los monasterios para la explotación agraria, puede partirse para su estudio del fenómeno económico de la concentración de esas tierras en poder de los monasterios. Pero el fundamento de la situación económica de la tierra está en la titularidad jurídica y no al contrario. La subsiguiente distribución de las tierras para el cultivo puede ponerse en contacto con la situación económica, pero de un modo más estrecho está relacionada con la titularidad jurídica. El curso histórico-jurídico, bajo este concepto, es más real. Explicar que las tierras estaban en el poder económico de ciertas entidades o personas no nos pone en camino para observar el modo jurídico como pasaron a poder de otras. Lo lógico es seguir explicando la historia económica. Mientras que si intentamos profundizar en la índole jurídica de aquel poder, el proceso histórico seguirá

96 1947: La economía o la política no tienen necesariamente un papel de causa determinante para todo lo demás. El historiador del derecho se encuentra con unas normas jurídicas y para comprender su sentido real puede considerar necesario el establecer a qué modalidades de la organización económica o social se adaptaban, no para deducir de ello una relación genética, sino meramente para precisar una idea jurídica. Muñoz y Romero señala que muchos preceptos del derecho medieval resultan ininteligibles no sólo por su defectuosa redacción, sino porque desconocemos a qué estado social o económico se refieren. (*La necesidad de fomentar el estudio de la Edad Media*, discurso, La Academia de la Historia, 1859).

97 Tanto el carácter normativo del derecho, como su organización sistemática, son manifestaciones históricas del derecho, pero no, en mi opinión actual, notas esenciales de su concepto, puesto que hay derecho no normativo y derecho no sistemático (12.VII.82). Sobre la noción de *sistema* vid. la primera parte del estudio de Iván C. IVÁN sobre «*Sistemas matrimoniales*», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. mon. 1, 1978, págs. 75-90. «Norma» no es palabra propiamente jurídica, reciente en el Derecho.

continuo a fijar el poder que transmitieron, el título y la relación subsiguiente entre los antiguos y los nuevos poseedores de la tierra. La institución de la propiedad en la España romana tiene como precedente el acontecimiento político de la conquista romana, pero se explica más precisamente si previamente se ha intentado la conceptualización jurídica de la conquista. Una relación jurídica puede afectar distintas modalidades por la condición social de las personas, que en la misma intervienen, pero cuando esa calidad determina una especialidad de su posición en la relación jurídica, ésta debe ser esclarecida como condición personal de índole jurídica.

Lo que hoy entendemos por sistema jurídico es un conjunto de normas, en las que se manifiestan cuestiones de derecho, que han sido puestas en discusión y se han resuelto en uno u otro sentido; pero estas soluciones están en la superficie de la realidad jurídica⁹⁸. La historia del derecho —dimensión profunda del derecho en el pasado— debe buscar las raíces de las situaciones jurídicas, no sólo sus precedentes económicos y sociales, sino la configuración jurídica de los mismos. En esta indagación puede encontrarse el límite del derecho: el acto arbitrario, o el uso social, o la convicción moral. Entonces, lo que interesa a la historia jurídica es fijar el momento y el modo en que tales formas de la voluntad adoptaron la forma de lo jurídico.

La inclusión de materias en la historia jurídica, siendo variable en cada época, no depende de modificaciones en el concepto del derecho. No es necesario ni posible investigar qué se entendía por derecho en los diversos estados de una sociedad o en sociedades diferentes de la nuestra, sino más bien qué actos de esa sociedad se ordenaban jurídicamente. Y más que la regulación o no por el derecho aparecerá una diversa posición en el mismo de aquellos actos. El derecho toma al hombre desde antes de su nacimiento y no le abandona hasta después de su muerte. Ruggiero inicia su enseñanza del derecho diciendo que éste, para el conocimiento vulgar es algo que está contenido en los códigos y en las leyes, pero que los actos más sencillos y elementales de la vida diaria son ya jurídicos⁹⁹. Una apreciación semejante

98 Cfr. sobre el carácter alternativamente jurídico y social de una institución: CABRAL DE MONCADA, «O duelo na vida do direito», en AHDE II (1925) 213-232.

99 Roberto de RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de SERRANO SUÑER Y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, I, Madrid, Reus, s.a. págs. 1-2 (1947: Ya la historia jurídica es un caso de conceptualización histórica, como hemos indicado; una limitación externa sobre el conjunto del suceder, conforme al concepto del derecho. Con esto, el historiador se halla en condiciones de dominar la materia jurídica).

de la vida real solamente puede hacerla un jurista. De análoga manera, la historia del derecho entra en el pasado con el mismo sentido del jurista para captar el acontecer jurídico. Es este sentido y no una materia determinada por sí misma lo que proporciona su contenido a la historia del derecho.

20. Selectividad histórica.

Pero no todo lo conceptualmente jurídico puede entrar por igual medida en la ciencia histórica. Hay una segunda selección por el conocimiento histórico, que Bauer compara a la que se realiza en la formación del mapa de un territorio: los accidentes que puede registrar están en progresión con la magnitud creciente de la escala, pero llega un momento, en que la visión de conjunto desmerece al crecer las indicaciones de detalle¹⁰⁰. La medida en que se puede descender a los detalles en la historia del derecho, como en general, viene dada por la extensión del territorio tomado como objeto de investigación, y depende además del número y riqueza de los datos transmitidos. El investigador del derecho en la época prerromana o en la alta edad media se ve obligado a recoger las informaciones y datos, aun los más lejanos, que facilitan las fuentes de conocimiento, mientras que el investigador de la baja edad media o de la edad moderna, ante la abundancia de documentos, procede más bien a la selección de aquellos que más expresivamente recogen las direcciones fundamentales.

En la síntesis histórica hay siempre el peligro de que se pierdan matices y particularidades, en las que radica muchas veces la mayor enseñanza de la historia. Dice Scialoja que debemos disfrutar de todo lo que la historia enseña y no sólo de las grandes enseñanzas filosóficas sobre el movimiento general del derecho, sino también de las instituciones prácticas e incluso del análisis sutil de las relaciones jurídicas^{101, 102}. Este doble objetivo se ha

100 BAUER, *Introducción*, pág. 35. GENOVÉS AMORÓS, loc. cit. supra en nota 4, pág. 385: «el relato histórico tiene que escoger, no puede contar todo».

101 Cit. por TORRES LÓPEZ, *Lecciones I²*, 1935, p. 36. Cfr. la necrología de Scialoja, por Prieto Bancos en AHDE 6 (1929) 588-590.

102 (1947: La solución para esta dualidad de objetivos en el estudio de la Historia del Derecho no consiste, a nuestro entender, en una gradación que va de lo general a lo particular, en una misma escala, sino en una doble manera de abordar la historia del derecho: fuentes e instituciones, a la que habremos de referirnos detalladamente en nuestras observaciones sobre el

intentado a veces conseguir mediante una distinción entre la llamada evolución general del derecho y el estudio de las instituciones en particular. Más precisamente se obtiene, a nuestro entender, en la doble manera de abordar la historia del derecho como historia de las fuentes y como historia de las instituciones. Dada la sustancial identidad de ambas, en la realidad del derecho del pasado, ambas visiones abarcan, respectivamente su trazo más general, en la manifestación o aparición de las normas jurídicas, y su estructura más fina en el análisis del contenido. Todavía es posible aplicar los criterios relativos de lo general y de lo especial, en la selección histórica del pasado, tanto en el aspecto de la fuente como en el de la institución; el objetivo común será ahora la proporción del cuadro histórico. Con este doble criterio hay acontecimientos histórico-jurídicos, que sobrepasan el marco de la historia del derecho y pertenecen a la historia general. La historia general del derecho estará constituida precisamente por aquellos acontecimientos histórico-jurídicos, que afectan en mayor o menor medida a la totalidad de un ordenamiento jurídico. En esta dirección la selectividad histórica adopta dos grados, en función del ámbito acotado o de los fines que el historiador se propone: lo general y lo especial.

El significado general de un acontecimiento histórico-jurídico es determinado o bien por la singularidad e importancia, que como tal asume, o bien por las que se derivan del hecho social, político o económico, que configura. Cada sucesión regia plantea un problema de derecho, lo mismo que la sucesión de un particular, un matrimonio, la organización de una ciudad determinada, un conflicto internacional, etc. Es preciso distinguir entre la importancia general de tales acontecimientos y la del acontecimiento sustantivo, que para nuestra disciplina es la figura jurídica allí manifestada.

método. La Historia del Derecho, que no debe reducirse al estudio de las normas como forma de lo jurídico, tiene, no obstante, que partir de ellas. Si intentase describir cómo era la vida regulada por el derecho, tendría que hacer una historia general de la vida social e incluso de los individuos. Cada sucesión de un rey ha planteado un problema jurídico, como la sucesión de un particular, un matrimonio, un municipio, un conflicto internacional, etc. etc. Es preciso distinguir entre estos acontecimientos, que corresponden a la historia de una dinastía, de una familia o de una ciudad, y el acontecimiento sustantivo que es la norma jurídica, un momento allí aplicada).

21. La aplicación del derecho y lo antijurídico.

La aplicación de la norma jurídica es un aspecto de la misma, que interesa a la historia del derecho, no tanto en la singularidad histórica de las relaciones ordenadas por las normas, como en la singularidad histórica de la norma. No solamente se busca comprobar la efectividad y la vigencia de un derecho, que se supone lógicamente conocido, sino completar la visión del mismo derecho.

En contraste con la aplicación del derecho como objeto de la historia jurídica, aparece lo antijurídico. La vida social se desenvuelve normalmente conforme a las prescripciones del derecho, pero también en parte se separa del derecho y lo quebranta. Lo antijurídico encierra un sentido profundo del derecho, dado que éste se formula generalmente como reacción frente a un quebrantamiento. En cierto sentido el derecho es una afirmación, que sólo se produce cuando ha sido negado. Lo antijurídico también ha sido previsto por el derecho y entra primariamente en su ámbito: los actos que el derecho no protege, los que torna ineficaces, los que persigue y castiga son también actos calificados jurídicamente. La cuestión es si esa realidad antijurídica debe ser incluida como tal en la historia del derecho o únicamente en cuanto a su efecto sobre el orden normativo. En determinados momentos de la historia se producen actitudes sociales contrarias al estado de derecho vigente, que en sí mismas tienden a configurarse como ordenación dotada con los caracteres del derecho. Según Torres López, estas actitudes y movimientos pueden representar supervivencias de un derecho anterior o mostrar el ideal de un nuevo derecho; el mismo autor señala como manifestación de estos acontecimientos la falsificación de fuentes y documentos¹⁰³. El problema puede reconducirse al concepto del derecho.

103 Torres López, Lecciones I², pág. ... Ahora (27.XI.87) me es imposible localizar la página. Al redactar esta memoria, hacia 1947, como en todo aquel tiempo de mi preparación, siempre tuve a la mano las *Lecciones* de Torres, el fruto de su actividad y fecunda juventud. Ejercía un papel dirigente en todo lo relativo a concepto y método de nuestra asignatura. Después, durante los veinte años de Granada no me hice con un ejemplar. También era difícil en el Departamento de Madrid disponer de uno en constante posesión, como es necesario para el servicio de una cátedra, dado el régimen normal de biblioteca, ahora más, jubilado y eliminado del Departamento por una cruda depuración. Dispénsame el lector que no le remita más precisamente al lugar donde Torres trató con especial atención del punto de las falsificaciones jurídicas.

Usurpaciones y violencias se registran en la historia del derecho de propiedad, en rela-

El derecho no se identifica con la ley, aunque ésta es una de sus manifestaciones. Cuando el historiador comprueba que al mismo tiempo que una ley había sido promulgada ciertos sectores sociales continuaban viviendo conforme a un derecho anterior, incluso expresamente derogado por la ley, deberá rectificar el esquema del derecho vigente, incluyendo el realmente aplicado. Cada época no se identifica con un orden jurídico determinado; más bien, en el interior de cada una se da una tensión entre concepciones jurídicas extremas. Pasado y porvenir se agitan en cada momento presente. La sociedad se adelanta al legislador elaborando normas jurídicas allí donde aquél se abstiene todavía de intervenir, o contrariando abiertamente el orden legal.

Definido el derecho a diferencia de otros aspectos de la voluntad humana: la íntima, la social y la arbitraria, se plantea la oportunidad de atender a éstas en la historia del derecho, pues a la distinción lógica en que consiste el concepto del derecho no corresponde una clasificación de los actos humanos en concreto. Cada uno de éstos puede pertenecer a todos o a varios de estos órdenes de la voluntad¹⁰⁴. A la historia del derecho corresponde estudiar primordialmente la forma jurídica. Las convicciones morales, los usos sociales y los poderes arbitrarios han adoptado en el curso de la historia la condición formal de lo jurídico, y al contrario ésta ha podido abandonar a esas convicciones, usos y poderes. La historia del derecho

ción con la vigencia o no del retracto gentilicio; cfr. Braga da Cruz, *O direito de troncalidade*, I, ps. 248 ss. y documentos allí referidos. Se hace difícil considerar estos actos como simplemente antijurídicos, precisamente cuando no está claro que existiera un orden normativo seguro, y las diversas pretensiones son formalmente jurídicas. Para eludir la aplicación de dicho retracto, un libro de derecho aragonés (Compilación privada, publ. en AHDE I, ps. 400-408, § 34) propone un fraude de la ley (Braga da Cruz, loc. cit. p. 289). Sobre lo antijurídico Jan den TEX, «Le proces d'Oldenbarnevelt (1618-1619) fut-il un meurtre judiciaire», en TRG 22 (1954) 137-168. Trata en general el problema del «asesinato judicial». Vid. como investigación que pone en contraste el orden normativo y su desarrollo en la práctica, con un notorio predominio de lo antijurídico, y de la arbitrariedad, la serie de estudios: *Quelques procès criminels des XVII^e et XVIII^e siècles*, présentés par un groupe d'étudiants sous la direction de Jean IMBERT. Paris, Presses Universitaires de France, 1964.

104 (1947: Materialmente, dar una limosna, comprar la papeleta de una tómbola benéfica, entregar la bolsa a un bandido generoso y pagar el recargo fiscal de mendicidad son actos idénticos, incluso porque todos ellos entrañan un género de necesidad, pero ésta es distinta: moral, social, arbitraria y jurídica, respectivamente). Observarán que Stammler me había impresionado.

observa ese acontecer: el producirse del derecho, y no solamente lo producido, o sea, las formas jurídicas como tales.

IV

LA DIVISIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO

22. Historia externa e historia interna.

Concebida la historia del derecho como el ser real del derecho en las posiciones que adopta en condiciones de espacio y tiempo, la ciencia histórico-jurídica será el conocimiento ordenado, por series de fenómenos, de aquella realidad. La división a que ahora vamos a referirnos no tiene su fundamento en la misma realidad histórico-jurídica; consiste en una doble posibilidad de ser abordada: el estudio de las fuentes y el estudio de las instituciones¹⁰⁵. La primera idea de una división semejante remonta a Leibniz, pero más tarde fue objeto de transformaciones, en alguna de las cuales se ha retornado parcialmente a la primitiva concepción, que es también la genuina y fecunda. Dice Leibniz en su *Nova methodus discaendae docendaeque jurisprudentiae* (1667): «Historia externa ad jurisprudentiam necessaria est. Historia Romana ad intelligendum ius civile; ecclesiastica, ad intelligendum ius canonicum; medii aevi ad intelligendum ius feudale;

105 Sobre la distinción, TORRES LÓPEZ, *Lecciones I*², 1935, págs. 30 y 43-48, que la considera como «doble posibilidad de estudio». Es distinto el significado de «Instituciones» en Derecho Romano, donde se designa un estudio de carácter elemental, fundamental y sencillo. Para BESTA, *Avviamento*, cit. supra en nota 77, pág. 2, la institución jurídica es el «complejo de normas que tienen una propia razón de ser». La comunicación de don Álvaro d'Ors a la VIª Semana de Historia del Derecho Español (abril, 1983) ha sido publicada en *Prudentia Iuris* (UCA, Buenos Aires, XI, dic. 1963, 1983, 6-8). La ocasión aprovecho para agradecer a don Álvaro su participación, a Distancia, en la Semana, así como que haya elegido para publicarla, esa lejanía. La posibilidad de publicar las Actas —que no entraba en la tradición de las Semanas, sino en las páginas del AHDE— se aleja cada día. Y recuerdo la obligación moral e histórica, en que se hallan nuestros colegas de Barcelona para convocar la VIIª. Clarifica el autor con su agudeza ese término clásico, que ha venido a matizar el nombre recibido de nuestra asignatura «Historia del Derecho (elidido Español) con el añadido «de las Instituciones». De esa comunicación extraemos ahora: «el romanista no hace historia del derecho» ¡Y hace muy bien! Tampoco debe hacerla el jurista de Español (28.XI.87).

nostrorum temporum ad intelligendum ius publicum»¹⁰⁶. Historia externa en ese contexto es simplemente la Historia general; planteamiento anterior a la historia del derecho como disciplina histórica independiente, no afectado por la crisis de esa independencia a la que asistimos hoy.

Un autor español, Rafael Altamira, intenta revalorizar la división de Leibniz, en oposición al desenvolvimiento ulterior de su doctrina, en el cual los autores se han «empeñado en distinguir lo externo y lo interno en la misma historia del derecho, deshaciendo la unidad orgánica de sus partes, y tendiendo cada vez más a ver la aparición y cambios de las fuentes como independientes de las instituciones»¹⁰⁷.

Gustavo Hugo establece la distinción en su forma clásica, aunque menos difundida dentro de la disciplina histórico-jurídica. Para él la historia externa del derecho comprende las fuentes jurídicas y las noticias sobre su origen, alteraciones y destino; esta historia limita con la historia política y con la historia de la cultura jurídica. La historia interna se refiere a los conceptos y normas del derecho, a su origen, perfeccionamiento y sucesivas

106 Reimpresión de la edición de Leipzig y Halle, 1748, con una introducción de Gustav HARTMANN: «Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph», 1974, Ed. Auvermann. De Leibniz es la siguiente distinción, antes no observada: «Jurisprudentia historica est vel interna vel externa; illa ipsam Jurisprudentia substantiam ingreditur, haec adminiculum tantum est, et requisitum, Historia iuris interna est, quae variarum rerum publicarum jura recenset».

Agradezco a don Eustaquio Galán Gutiérrez, catedrático y digno decano de la Facultad de Derecho de Madrid (¡la patria en San Bernardo!) haber podido al fin manejar este libro.

TARANOWSKI, «Leibniz und die sogennante aussere Rechtsgeschichte», SZ Germ. 27 (1906) 190-203, estudia el origen y desarrollo de la distinción entre historia externa e interna, y sostiene que apenas se debe a Leibniz, ya que el filósofo llamaba historia externa simplemente a la historia general correspondiente al derecho que se trata de estudiar. Al organizarse, hacia 1963, en la Universidad de Pamplona la Biblioteca de Humanidades, común a las Facultades de Derecho y Letras, aparecen sendos departamentos que asocian, como en el texto de Leibniz: la Historia Antigua y el Derecho Civil (Romano); la Historia de la Iglesia y el Derecho Canónico; la Historia de la Edad Media y la Historia del Derecho (nacional); la Historia Moderna y el Derecho Público, bajo la rúbrica de Mundo Moderno (1964).

107 Rafael ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*, págs. 35-38, 44-46. En esta visión hay algo que es exacto: se ha intentado efectuar la división de la historia del derecho en vez de hacerla consistir en la simple delimitación de ésta; que con ello se haya intentado tratar la aparición y cambio de las fuentes con independencia de los mismos fenómenos en las instituciones, sólo es admisible dentro del concepto de institución del propio Altamira; y entonces sí hay motivos para asegurar que ambas historias tiene cierta independencia.

modificaciones¹⁰⁸. Klimrath dio la versión más generalizada de esta división al agrupar como historia externa junto a las fuentes el estudio de los sucesos políticos y sociales necesarios para explicar su aparición; y dejar para la historia interna el fondo del derecho, sus disposiciones y principios¹⁰⁹. Con esto quedaba imprecisa una frontera original de la historia del derecho. Una íntima unidad para esa historia externa, en torno a las fuentes, preciniza Besta, cuando incluye en la misma los varios elementos de los cuales en cada momento de la historia resultó el derecho objetivo, manifestado en las fuentes, que venían a ser como la culminación de aquéllos¹¹⁰.

En España Pérez Pujol incluye en la historia externa sólo las fuentes, y en la historia interna las instituciones¹¹¹. Sánchez Román acentuó la exclusividad de los elementos jurídicos; en su exposición cronológica de las fuentes y sus vicisitudes, y el contenido de las mismas, con una especie de

108 Vid. ahora: Giuliano MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milán, Giuffrè, 1969; págs. 68-74; «grazie al contemporaneo superamento delle tendenze antiquarie e de le tendenze giusnaturalistiche, Hugo è in grado di dare diverso peso e significato alla distinzione leibniziana tra *historia iuris* e *antiquitates iuris*». Esto fue bien apreciado por Savigny, que puso de relieve el valor de la obra de Hugo para la historia jurídica interna. G. Hugo: «Die äussere Geschichte des Rechts erzählt nur von dem Anteil der Rechtsquellen, soweit Nachrichten über ihren Ursprung, ihre weiteren Schicksale vorhanden sind. Sie grenzt an die politische Geschichte des Staates, und sie wurde in einer gewissen Verbindung mit der juristischen gelehrten Geschichte lange Zeit allein unter dem Namen der Rechtsgeschichte bearbeitet. Dagegen beschäftigt sich die innere Rechtsgeschichte mit den Begriffen und Satzungen des positiven Rechtes selbst, mit ihrem meist rohen Ursprung, ihrer allmählichen Verfeinerung und auch mit ihren darauffolgenden Umwandlungen. Sie betrachte den Inhalt der Quellen, welche die äussere Rechtsgeschichte erwähnt, und bereichert sich ausserdem bedeutsam durch das Eindringen in solche Wahrheiten, von deren Quellen die äussere Rechtsgeschichte nichts weiss und nichts wissen kann» (cit. TARANOWSKY, cit. supra en nota 106, p. 210).

109 KLIMRATH, *Travaux pour l'histoire du Droit français*, I, París, 1843. Según Laboulaye (1845), Klimrath hubiera sido el Savigny y el Eichorn de Francia, de no morir tan joven. Pero los años sólo no añaden talento.

110 BESTA, en *Storia del Diritto Italiano*, dirigida por DEL GIUDICE, I, Milán, 1923, pág. XI. Entendía por historia externa los varios elementos de los cuales en cada momento de la historia resultó el derecho objetivo y entre los mismos ocupa un lugar preeminente el estudio de las fuentes jurídicas.

111 MALDONADO, *Memoria* cit. supra en nota 42, con ref. a PÉREZ PUJOL, *Historia General del Derecho Español. Apuntes de las explicaciones* en el Curso 1885-86, Valencia, 1886, p. 24.

positivismo¹¹². Barrio y Mier amplía la noción de fuentes, pues incluye en la misma aquellos hechos políticos y sociales que han ejercido influencia sobre la vida jurídica¹¹³. Hinojosa persiste en la línea clásica al definir la externa como «expresión de las formas en que se revela y actúa el derecho, así en la costumbre como en la legislación y en la ciencia», y la interna: «aquella otra parte de la historia del derecho que muestra el origen, florecimiento y decadencia de las instituciones jurídicas»¹¹⁴. Ahora bien, quizá como consecuencia de la definitiva formulación de la doctrina, a que ahora vamos a referirnos, en la misma obra en que había fijado esos conceptos dedicó, al principio de cada época un capítulo a las instituciones políticas y culturales.

Heinrich Brunner se inspira en la observación de Puchta, según el cual existe una evolución general de todo el organismo del derecho, y otra de cada institución, como miembro de aquél; sobre esta idea Brunner distingue una historia general del derecho y una historia especial de las instituciones, pero rechaza que una sea externa y otra interna. La historia general comprende en la obra de Brunner el contenido extrajurídico-político, economía y sociedad—, la formación del derecho y las fuentes. La historia especial comprende el desarrollo de las ramas jurídicas¹¹⁵.

Este sistema es aceptado en lo esencial por Torres López, que estudia el establecimiento de los pueblos y la vida política, la formación del derecho y sus fuentes, la organización económica y social de cada periodo y a continuación las instituciones jurídicas¹¹⁶. El Manual de Rianza y García

112 Felipe SÁNCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil. Historia general de la Legislación Española* I, 2.ª ed. Madrid, 1886, p. 110.

113 Matias BARRIO Y MIER, *Historia general del derecho español* (explicaciones en la Universidad Central), s.a. tomo I, págs. 67-70: «por la historia externa conocemos los códigos, la legislación, por la *interna* penetramos en su interior, en su contenido, y apreciamos las reglas en ellos establecidas a propósito de todas y cada una de las instituciones jurídicas. De lo dicho se desprende que no es posible realizar el estudio de la historia *externa*, ni el de la *interna* separadamente, puesto que ambas son complemento obligado de la otra».

114 HINOJOSA, *Historia General del Derecho Español* I, 1887; ed. Madrid, 1924, págs. 1-2.

115 BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* I², 1906.

116 M. TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho Español I-II²*, Salamanca, 1935. La *Historia de España*, dirigida por R. MENÉNDEZ PIDAL, Espasa Calpe, Madrid II, España Romana, 1935, comprende una introducción magistral del director sobre «El Impe-

Gallo (1934) la primera exposición formalmente completa y acabada de una historia del derecho español en esta línea clásica, adopta una tripartición: Las bases de formación del derecho, El derecho y sus fuentes, Las instituciones jurídicas¹¹⁷. Sigue la tripartición Juan Beneyto¹¹⁸. La ha man-

rio Romano y su provincia», ps. IX-XL; un primer libro dedicado a «La conquista de España por Roma (218 a 19 a. J.)» por BOSCH GIMPERÁ y AGUADO BLEYE, impregnado del sentido jurídico, que entrañaba la propia dominación, y decisivo para la comprensión del derecho público provincial (¡en realidad, libro de ese derecho!); lo he utilizado entonces y abreviado en mi curso de *Instituciones* para la Academia de Mellado, *Apuntes*, hacia 1943, ps. 12-14. También fray José López Ortiz lo utilizaba en sus cursos de la Central, junto a don Galo. Manuel TORRES LÓPEZ dedicaba un extenso y denso libro a «La península hispánica, provincia Romana (218 a.J. -409). Instituciones económicas, sociales y político-administrativas», con sendos capítulos referentes a la transformación en estos campos de la España primitiva; la vida y las instituciones económicas; las clases sociales; la organización político administrativa y judicial; las finanzas y el ejército; el derecho en general: su formación y sus fuentes; el derecho privado penal y procesal; la religión pagana, la Iglesia y la vida privada, sobrepasando el cuadro jurídico (ps. 285-519). Dentro del libro III, sobre «Las letras y las artes», José M. Pabón consideraba autores con cierto interés para el derecho, como Séneca, Quintiliano y Columela (ps. 525-543). En el tomo III, *España Visigoda* (414-711), Madrid, 1940, 2.ª ed. 1963, que utilizamos, tras la superior introducción de Menéndez Pidal, «Universalismo y nacionalismo. Romanos y Godos», Manuel Torres López asumió también aquí la historia general, en el libro I, bajo el título «Las invasiones y los reinos germánicos de España (años 409-711)» (ps. 1-140), donde no deja de advertirse la mano del jurista. Sea aquí mencionado que nuevamente un historiador del derecho, don José Orlandis expone la historia general, o como suele decirse, política, en la *Historia de España* de la editorial Gredos, Madrid, 1977, obra en la que se recogen aspectos jurídicos que no se encuentran en los manuales formalmente dedicados a esta disciplina. Las «Instituciones económicas, sociales y político-administrativas» eran desarrolladas por Torres López en el libro II, con sendos capítulos sobre el asentamiento de los pueblos germánicos, las instituciones económicas (donde prevalecía el enfoque jurídico; un cap. III sobre moneda sueva y visigótica se debe a Octavio Gil Farrés); instituciones sociales; el derecho y el Estado; privado, penal y procesal, al que seguía la descripción de las «Fuentes del derecho visigodo» (cap. VII) por don Ramón Prieto Bancos; y la Iglesia, a lo que añadí un «Apéndice bibliográfico sobre Instituciones y derecho de la época visigótica (cap. IX, ps. 343-353). Del mayor interés para nosotros hoy son los capítulos tocantes a «La escritura y el libro», por Matilde Serrano (ps. 383-432), «Las letras», por Fray Justo Pérez de Urbel (ps. 433-490) y aun las Artes... pero fue al final de esta ilimitada e inabarcable ampliación de nuestra disciplina, imposible de mantener en las sucesivas etapas históricas, cuando comprendimos que si queríamos hacer algo útil, debíamos delimitar nuestro campo y reducirnos al derecho, que se encuentra principalmente en los libros jurídicos (28.XI.87).

117 *Manual de Historia del Derecho Español* por Román RIAZA y Alfonso GARCÍA GALLO, Madrid, Suárez, 1934. «El plan seguido en el presente libro coincide en sus líneas ge-

tenido García Gallo en su *Historia* y en su *Manual*, añadiendo a las bases de formación del derecho un capítulo sobre la vida espiritual y cultural de cada época¹¹⁹.

nerales con el adoptado por la mayoría de los modernos historiadores del Derecho nacionales y extranjeros, en particular con el defendido por Brunner y Solmi en Alemania e Italia, respectivamente. Se separa, por consiguiente, de una parte la Historia de las fuentes y del Derecho público, y de otra la del Derecho privado, penal y procesal. Más sujeta a transformaciones aquélla que ésta, deben ser distinguidos en la primera diferentes periodos de los que puede prescindirse en la segunda, siguiendo en cambio en ella un plan más sistemático. De acuerdo con las modernas direcciones científicas, hemos recogido en una exposición de conjunto materias políticas, económicas y sociales, sin cuyo conocimiento, el de las instituciones jurídicas sería defectuoso. De la misma manera hemos procurado separar del capítulo de fuentes del Derecho, donde habitualmente se engloba, todo aquello que se refiere a las distintas direcciones culturales, que han encauzado la evolución jurídica, en cuanto éstas no constituyen fuentes o monumentos del Derecho. La romanización, la germanización, la recepción, entre otros muchos ejemplos, no son fuentes, sino orientaciones decisivas que se manifiestan en múltiples formas, y sin cuyo conocimiento la Historia de las fuentes y de las instituciones no se comprendería. No interesándonos el Derecho canónico más que como factor importantísimo del desarrollo del nuestro, hemos incluido sus fuentes entre los elementos culturales de cada momento, reservando el tratar de las instituciones más características y de mayor repercusión en el derecho seglar para un apartado especial de cada capítulo. Con todos estos factores —historia política, vida económica y social y elementos de la cultura jurídica, tomando esta frase en su sentido más amplio— hemos formado en cada época de la primera parte un apartado con el título de «Bases de la formación del derecho» (pag. VI-VII).

118 Juan Beneyto, *Manual de Historia del Derecho*, Zaragoza, 1940 p. 18, y su *Manual de Historia del Derecho Español*, Zaragoza, Librería General, 1948. Debe también tenerse en cuenta su *Historia de la Administración Española*, Madrid, 1951, y su *Historia Social de España y de Hispanoamérica*, 1973. Merece más atención. La lucha de escuelas, en la que rige el principio de amistad-enemistad ha impedido apreciar en todo su valor la enorme vocación, la gran erudición, la uníversalidad y amplitud de una producción, que se inserta de un modo personal en la Escuela de Hinojosa. He intentado apreciarlas a propósito de sus libros *Las autonomías. El poder regional en España, Siglo XXI*, Madrid, 1980, y *España, meseta y litoral*, Madrid, Mezquita, 1983, nutridos de saber histórico-jurídico y abiertos a nuevas perspectivas: «Recapitulación de Juan Beneyto», en *El Alcázar*, Madrid, 22 junio 1983, N.º 27.

119 Alfonso GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho Español*, Madrid, 1940. El propio autor habría de considerar esta obra como «de mayores vuelos, con el carácter de tratado», que habían echado de menos los autores del *Manual* de 1934, Riaza y el propio García Gallo: «sin que sea posible aún hoy presentar un tratado magistral al estilo de los ya clásicos que poseen Alemania, Francia, Italia o Inglaterra. Lógicamente, un libro así debía preceder a la redacción de un manual» (Manuel citado, p. V). Las proporciones de gran tratado, se mantuvieron hasta «La Germanización» (1942). La reforma del plan de estudios de

23. Fuentes e instituciones¹²⁰.

En Leibniz quedó planteada la necesidad de cultivar junto al estudio del derecho —que en su época era un derecho antiguo y conservado junto a un derecho moderno y estable— el conocimiento de las diferentes historias, en el seno de las cuales habían surgido los órdenes jurídicos coexistentes en la armonía del antiguo régimen. Más tarde se produjo la autonomía del conocimiento histórico jurídico, con una tendencia dominadora y expansiva. De cualquier modo se intentó someter a la disciplina de la nueva ciencia la misma historia general en torno a las fuentes. A nuestra época corresponde una nueva limitación de la historia del derecho, tras haber pagado las consecuencias de la tendencia dominadora, que la animó durante un siglo.

Objeto de la historia del derecho son las normas y los principios del derecho, sus figuras y sus términos. Y éstos pueden ser agrupados de dos maneras. La primera, exactamente definida por Hinojosa con unos términos propios de la ciencia jurídica: formas de revelarse y actuarse el derecho. La teoría de las fuentes jurídicas encuentra en la historia unas experiencias más complejas que las dadas por el estado legal presente. Ley, costumbre, doctrina y jurisprudencia tienen una significación relativa y peculiar en cada época histórica. Inexacto es identificar la historia del derecho con la historia de la legislación, con el establecimiento expreso y solemne del derecho, ni subordinar al mismo las restantes formas de manifestación

1944 llevó al autor a la exposición más breve del *Curso de Historia del Derecho Español*, 1946. Entre las bases de formación del derecho, figura siempre el epígrafe *La Cultura*, junto a la Economía y la Sociedad, y las formas de asentamiento, con leves variaciones; en general, antecede a todo el fundamento político, con distintos nombres: «los estados indígenas, España y Roma, el Estado, Estado y monarquía, el Imperio español, La crisis del Imperio, etc.».

120 (1947: Aunque el tema habrá de ser tratado en el aspecto metodológico —en cuanto especialmente la investigación pero también la enseñanza están sometidas a los efectos de la división de la materia— éste, sin embargo es principalmente un problema de concepto, como se ha observado en algunos momentos de la formación doctrinal indicada. En Leibniz queda planteada una cuestión que ha de reaparecer más adelante: la de incluir en la historia del Derecho, con la debida separación, aquellos otros acontecimientos históricos de toda índole en íntima conexión con el desenvolvimiento del sistema jurídico. Pero el aspecto de mayor interés se inicia cuando se agrega a esa historia externa —y con ello la expresión se vuelve impropia— la historia de las fuentes. En un tercer momento se prescinde del contenido no jurídico y quedan disociadas fuentes e instituciones, y con ello obtenida la separación que consideramos fundamental).

del derecho, que pueden tener en determinados momentos una significación histórica superior¹²¹. Ésta se manifiesta en las fuentes históricas, concepto íntimamente unido al de fuente jurídica. Las fuentes históricas proporcionan la información sobre el acontecer, pero ese acontecer, en el campo del derecho, consiste en la sucesión de las fuentes jurídicas. Por fuentes jurídicas no se entiende en la doctrina general los textos relativos al derecho, sino los actos, que crean o establecen normas jurídicas, no sólo la manifestación exterior de la norma jurídica, sino también el proceso, que a la misma conduce, las condiciones históricas, en que la fuente va a surgir y el ámbito, en el que va a desplegar su eficacia. Fuentes de la historia del derecho son precisamente los textos, en que la fuente jurídica se ha reflejado más o menos inmediatamente.

En cierto sentido la historia de las fuentes cubre toda la extensión de la historia del derecho, es el centro de su historia general, aunque no alcanza toda su profundidad. La división de fuentes e instituciones no rompe una estructura orgánica, ni disócia algo, que en la realidad está unido, pues tal división no penetra en el fondo de la historia del derecho, sino que ordena su materia en dos series diferentes. Fuente e institución no son dos entidades diferentes, sino dos modos de conocer las mismas normas del derecho¹²². La institución jurídica no es la familia, el estado, el cultivo de la tierra o la condición de las personas, sino las normas jurídicas relativas a esos objetos. Así reducida la institución al concepto del derecho, no tiene ya sentido preguntar si las fuentes son anteriores o posteriores a las instituciones. Tampoco sería exacto afirmar que fuente e institución son simultáneas. Surge la nueva norma jurídica y el único fenómeno se capta en dos registros diferentes: el estudio de las fuentes y el estudio de las instituciones.

121 (1947: En el mismo error, por camino distinto, se incurre cuando, con fidelidad al dogma historicista de la primacía del derecho consuetudinario, se busca a todo trance esta fuente como única genuina del estado jurídico real de ciertas épocas).

122 (1947: En este punto es donde el concepto de institución debe precisarse. Cuando Altamira apunta que la división Fuentes-Instituciones está mal planteada, que es ilógica y que obedece a una abstracción, que lleva a pensar «que una cosa son las reglas jurídicas y otra las instituciones y que es preciso que aquellas se produzcan primeramente para que las segundas nazcan», entendemos que no se refiere a la institución jurídica. Puede hablarse de que las reglas jurídicas sean anteriores o posteriores a la institución, cuando por ésta se entienda el organismo biológico, natural, social, económico, al cual se superpone dicha regulación).

24. La historia no jurídica.

Dada una significación conceptualmente idéntica a la historia de las fuentes y de las instituciones, en cuanto historia del derecho, la clásica distinción en historia externa e interna queda reducida a una cuestión de punto de vista sobre una realidad única. En cuanto a la historia política, social, económica y cultural, su propia importancia es evidente sin necesidad de ver en las mismas las bases de la formación del derecho. Indiscutible la mayor gravedad de los grandes problemas históricos, que en esas disciplinas históricas se estudian, en comparación de los cuales los temas que interesan al historiador del derecho son para quien carece del sentido del derecho una especie de bizantinismo. Ha sido como una tentación para los historiadores del derecho, cuando se han enfrentado con una época histórica el atender primero a los grandes acontecimientos de esa época. Para vencer esa tentación, lo mejor es no enfrentarse con las épocas, sino comenzar por aislar en ellas las fuentes jurídicas, y desde ellas llegar a los grandes acontecimientos tanto como se pueda, e incluso a caracterizar las épocas.

La historia económica es una historia tan especial y rigurosamente delimitada como la historia del derecho; no es ni su ciencia auxiliar ciencia superior. La historia social guarda con la del derecho la misma relación que lo social con lo jurídico. El propósito de hallar una íntima conexión entre estas diferentes apreciaciones de un mismo curso histórico será más seguro y fecundo al término que al principio de las investigaciones. La doctrina de las bases de formación del derecho o bien ha de llevar a un estudio causal y genético, o se limitará a confrontar dos cursos históricos, que naturalmente han de tener cierta analogía: la economía latifundial con el derecho de los latifundios, la economía gremial y corporativa con el derecho de los gremios y corporaciones.

En la historia del derecho ha de atenderse al régimen de las minas, pero no como presupuesto económico, sino como régimen jurídico. Colocar como presupuesto económico derecho relativo a la economía es un error de método. Materias que han venido tratándose como tales presupuestos deberán integrarse en la historia del derecho sustantiva, previa su conceptualización jurídica. El haber incluido materias no jurídicas en la historia del derecho obedeció a razones circunstanciales, que serán superadas. Preten-

der hallar una razón sistemática para esta inclusión no ha dado resultados y retrasa la delimitación de la historia del derecho. Cuando el volumen de investigaciones en un sentido puramente jurídico vaya ocupando todo el ámbito, que le corresponde, insensiblemente desplazará, en nuestros estudios, la consideración económica y social de las instituciones. Entonces será el momento de afirmar la íntima relación de la historia del derecho con las historias especiales y con la historia general. La historia es única y universal; la historia del derecho es la consecuencia de practicar una selección en el acontecer histórico; pero esta selección sólo puede hacerse con el rigor que impone el ente o la categoría del derecho.

V

DELIMITACIÓN NACIONAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO

25. Historia nacional.

El concepto de nuestra disciplina incluye una limitación en cierto modo ajena a su índole científica, y es la misma que afecta a otros estudios de las Facultades de Derecho: no comprende la historia universal del derecho sino únicamente la del español. Puede abordarse esta limitación desde ambos términos: una historia nacional del derecho, un derecho nacional en la historia¹²³.

Tras una época de dominante nacionalismo histórico, se ha llegado a la convicción general de que es inexacto hacer de la nación el concepto central de la historia y convertirlo en eje de las valoraciones y de la crítica. Huizinga denunció el nacionalismo histórico de signo exclusivamente político, que para afirmar los contornos de la propia nación creía necesario negar a las demás y desfigurar las efectivas relaciones y los comunes

123 (1947: En un aspecto puramente histórico entendemos que la idea de lo nacional, no se debe permitir que cale muy profundamente en la concepción central de la historia, es decir, que llegue a ser el eje de las valoraciones y de la crítica. Huizinga, que por otra parte había trazado la imagen histórica de su patria holandesa, intentando hallar un genuino carácter y el acento, que ponía en la historia europea, denunció en tonos enérgicos el sedicente nacionalismo histórico (*Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, pág. 124 ss), de signo exclusivamente político, que para afirmar los contornos de la propia nación tenía que negar a las demás y el origen común que a las mismas unía).

orígenes, que las unen. Diferente este nacionalismo del que durante el siglo XIX impulsó a la ciencia histórica. «Santus amor patriae dat animum» era el lema de los *Monumenta germaniae histórica*. Pero incluso el sello nacional, que el siglo XIX impuso a la ciencia histórica, y especialmente a la historia del derecho, ha sido levantado.

El concepto de historia nacional arranca del Renacimiento¹²⁴. La empresa¹²⁵ de tratar las historias nacionales en su¹²⁶ desarrollo independiente está en íntima¹²⁷ correspondencia con la doctrina de la soberanía del estado moderno. En la historiografía contemporánea, como una reacción contra el Racionalismo ilustrado que había aspirado nuevamente a una historia universal, se consolida el ámbito nacional de la historia¹²⁸. No obstante, la historia de las naciones tiene una tradición más antigua, y no valen contra ella los reparos¹²⁹, que se pueden oponer a que una situación tan reciente y tan en crisis¹³⁰ como es la soberanía absoluta del estado, sirva de criterio ordenador para épocas y civilizaciones¹³¹, que no han vivido bajo tal concepto¹³².

124 · FUETER, *Histoire*, cit. supra en nota 2, pág. 17. Alfonso OTERO *La delimitación nacional de la Historia del Derecho*. Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico 1971-1972 de la Universidad de Santiago de Compostela, ha enaltecido esta memoria reproduciendo algunos de los párrafos siguientes sin indicación de procedencia, en las páginas 8 y 11-12 con leves modificaciones. Previamente y en amable polémica, me dedica la nota primera de su discurso, p. 31, donde reproduce objeciones formuladas en su reseña de mi *Historia General del Derecho Español*, Granada, 168, en AHDE 38 (1968) 691-695. Menciona cuando impugna, silencio si utiliza. Hemos tenido éxito. El discurso de OTERO ha sido valorado por Beneyto en *Las Autonomías*, cit. supra en nota 118, pág. 42, y por nuestro nuevo colega mallorquin Román PIÑA HOMŞ, «La España de las autonomías» en *IX Jornadas Internacionales de Derecho Comparado*, Palma de Mallorca, 1986, p. 18.

125 En 1947: La tentativa. OTERO: El intento.

126 En 1947 y OTERO: con un

127 En 1947: en honda. OTERO: fundamentalmente en

128 En 1947: Como ocurre muchas veces, se ha tomado ahí la fase más reciente del fenómeno —la reacción contra el racionalismo— por su totalidad. En este sentido la historia de las naciones... *Otero*: en cierto modo, pero sólo en cierto modo, la historia de las naciones...

129 En 1947: sin que valgan contra ella las razones. *Otero*: sin que prevalezcan contra ella las razones.

130 *Otero* suprime: *tan en crisis*. La crisis del nacionalismo ha sido formulada por Álvaro d'Ors, con esta misma expresión en su conferencia de 1959 (recogida en *Papeles del Oficio Universitario*, Madrid, Rialp, 1961, págs. 310-343), pero seguramente la he recogido del mismo autor, en un momento anterior a la redacción de esta memoria. Por otra parte, una

La nación española aparece en la historia universal con una propia entidad. «El concepto de Hispania —dice Menéndez Pidal— no fue una creación arbitraria de los romanos, sino que éstos lo hubieron de recibir de los iberos, celtas y demás pueblos, que convivían, comerciaban y se fundían en el suelo de la Península, formando un cierto conjunto humano»¹³³. Sánchez Albornoz lleva ese proceso caracterizador hasta la prehistoria¹³⁴.

cierta imposibilidad ante el nacionalismo adquiere todo lector asiduo de Eugenio d'Ors, y el propio Álvaro ha indicado, entre las cosas aprendidas de su buen padre: «el desprecio por los nacionalismo» (loc. cit. p. 349).

131 1947 y *Otero*: ordenador de épocas históricas.

132 En 1947: En efecto, sin sujeción al mismo... universal con una personalidad propia. En este punto OTERO expone una propia doctrina sobre el concepto de nación, hasta enlazar con la exposición alternativa de las posiciones de Menéndez Pidal y Sánchez Albornoz, a lo que se limitaba mi memoria, redactada en 1947, retocada en 1949, para las oposiciones de fin de este año, reducida y también modificada en 1964, y copiada por último en 1982, cuando ha pasado la hora de recapitular y no hay tiempo. Por su parte, añade a aquellos dos autores Américo Castro, con las dos redacciones de su obra *España en su Historia* (1948) y *La realidad histórica de España* (1954).

133 R. Menéndez Pidal, *La España del Cid*, t. I. p. 72. La unidad de España ha sido estudiada por este autor, con su examen de los caracteres constantes del español a través de su historia en la *Introducción* al tomo I de la *Historia* dirigida por él mismo, ed. Espasa Calpe, Madrid, 1947. Esta escueta mención de alcance no refleja la profunda impresión causada por el escrito de Menéndez Pidal, que desarrollaba una doctrina de «las dos Españas», no ajena a las circunstancias políticas que las fechas indican. El tema excedía del interés de una asignatura como la Historia del Derecho, entendida en los límites marcados por el *Curso* de don Galo. Pero quizá, a distancia, no sea inoportuno mencionar dos obras que una historia de libros tendría que asociar. Aunque de muy distintas procedencias, vinieron a coincidir. La segunda, en el tiempo, ha sido mencionada aquí, y para separarse del «nacionalismo» de que en nuestra opinión adolecía: *Ideas para una filosofía de la Historia de España*, por Manuel García Morante (vid. supra, nota 55). La primera, Zacarías GARCÍA VILLADA, S.J. *El destino de España en la Historia Universal*, ed. Cultura Española, 1.ª ed. Madrid, 1936; 2.ª ed. aumentada, 1940. Ninguna de estas dos obras fueron tenidas en cuenta al redactar esta parte de la memoria en 1947. No eran obligatorias.

134 Vid. un avance de estas investigaciones, en su estudio *El culto del Emperador y la unificación de España*, Buenos Aires, 1946, separata. (Reseña de Casimiro Torres en AHDE 19 (1948-1949) 672-681). La doctrina de Sánchez Albornoz culmina en su *España, un enigma histórico*, Buenos Aires, 1957. Ese concepto de nación española, remontando hasta la prehistoria, preside la obra de su discípulo L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Historia de España. I. De los orígenes a la baja Edad Media*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1952. Mi reseña en ARBOR 110 (1955) 322-327, «Dos historias de España» (junto con la del catalán Soldevilla).

La historiografía antigua aprecia la nacionalidad española: «los escritores griegos y latinos tratan de ella considerándola como una entidad individual, y realmente su unidad geográfica perfecta (península con istmo montañoso) como toda unidad de habitación fue para las razas que la poblaron un gran agente de fusión étnica, aunque no de unión política»¹³⁵. Aun dentro del mundo romano, con su gran poder modelador, «España, sin historia propia, aparece, no obstante, dentro de la historia imperial con plenitud de rasgos característicos, expresados en escritos y acciones tan grandes como el inmenso ámbito romano en que se producen»¹³⁶. Hay un momento en la historia del Imperio romano —en sí mismo, una forma política procedente de las provincias— en que se impone una fisonomía española¹³⁶.

El reino visigótico añade el elemento de la independencia política¹³⁷. En algún momento de la época visigótica, dice Menéndez Pidal, «el sentimiento de la unidad política se sobrepone al mismo sentimiento de solidaridad religiosa, pero cuando ambos se unen entonces se produce el carácter más persistente y eficaz de la historia española»¹³⁸. El IV Concilio de Tole-

135 R. Menéndez Pidal, *Introducción* al tomo II de la Historia de España dirigida por él mismo, Madrid, 1935, p. IX (Si las etnias son algo, no me parece hoy que la fusión de esa índole se haya producido más que la política, cuya realidad está a la vista).

136 *Ibidem*, p. XXXXVIII y ss. Una alusión a A. d'ORS, «Sobre los orígenes del culto al Emperador en la España Romana», *Emérita* X (1942) separata. O bien, el tópico de los «emperadores españoles», acerca de lo cual el mismo autor, en «Les empereurs romains d'Espagne», sep. de *Coloques internationaux*, París, 1965, observa que la ideología de Adriano era helenística, una razón más para desconfiar del nacionalismo histórico.

En 1947: Sánchez Albornoz, por otra parte, adjudica a la misma dominación (romana) un papel decisivo en el proceso formador de la nacionalidad. (Ob cit. supra, en nota 134). Más tarde, el mismo, *Proceso de la romanización de España desde los Escipiones hasta Augusto*, Buenos Aires, 1949, separata: «En el camino hacia el hacer de España ocupó la romanización la segunda etapa».

137 En 1947: El estado visigótico es un nuevo fundente que añade un elemento enormemente activo: la independencia.

138 R. Menéndez Pidal, *Introducción* al tomo III de su *Historia de España*, Madrid, 1940, p. XXXV ss: «Nacimiento del nacionalismo moderno».

No localizo ahora la frase de Menéndez Pidal reproducida en el texto. Sintetiza su pensamiento acerca del episodio de Leovigildo y Hermenegildo. Sobre este punto, el coloquio de Spoleto (1955) *I Goti in Occidente* (*Settimane* III, 1956, págs. 229-233) y mi comunicación sobre la «Conversión de los Visigodos» en la Semana Visigótica de Toledo, 1979, que espero todavía terminar, mientras desde aquí pido un poco de paciencia todavía a don Cleofé Sánchez.

do proclama la unidad de la disciplina eclesiástica «para todos los que vivimos abrazados por una misma fe y por un mismo reino». El reino visigótico es además, después de haber desaparecido, un ideal concreto y permanente para las diversas comunidades políticas territoriales, que surgen en la Reconquista¹³⁹. La «totius Hiberiae monarchia» es vivamente sentida en la Edad Media¹⁴⁰. En la Edad Moderna el concepto de hispanidad sobrepasa las fronteras nacionales. De nuevo, en el siglo XIX, reducido en lo político a la nación, la idea de un pasado glorioso no deja de inspirar muchas dimensiones del carácter nacional¹⁴¹.

Hacer una historia nacional del derecho tiene sentido y justificación en el fin de destacar un aspecto de la historia nacional. La nación marca el derecho conforme al cual viven los pueblos. El derecho romano se adapta a las necesidades indígenas; el derecho germánico se detiene ante la romanización de las provincias; el derecho musulmán se desarrolla en España con ciertas notas peculiares¹⁴².

139 En 1947; El estado visigodo es, además, después de haber desaparecido, un ideal-concreto y permanente para las diversas entidades políticas que se crean en la Reconquista... Y en el conjunto de las ciudades que forman el reino castellano-leonés es notable la posición que asume Toledo solamente inspirada en la conciencia de su condición histórica. La Edad Media Española, donde una mirada superficial sólo encontraría la diversidad, es comprendida por Menéndez Pelayo en su activa conspiración hacia la unidad, en la que empresas políticas reconstituyen el contorno material de la patria, mientras que otras, culturales, ponen los trazos fundamentales de su espíritu. Otero reproduce este párrafo en su discurso, ps. 11-12, con la acertada sustitución de «Estado» por «Reino», siguiendo a Álvaro d'Ors, como yo mismo he hecho después. Si no recuerdo mal, la mención de Menéndez Pelayo se refiere a su discurso «El siglo XIII y San Fernando» (1892) recogido en su *Historia de España* seleccionada en la obra del maestro. Madrid, 1933, ps. 30-43.

140 Cfr. ahora José Antonio MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, Res. por G. de VALDEAVELLANO en AHDE 25 (1955) 877-890.

141 En 1947: En la Edad Moderna, este concepto de la Hispanidad desborda sus fronteras —deja de ser nacional y se convierte en imperial. Contemporáneamente, de nuevo reducido en lo político a la nación, la idea de las marcas alcanzadas en un pasado glorioso no deja de inspirar muchas dimensiones de la actividad nacional.

142 En 1947: Hacer una historia nacional del Derecho tiene un sentido y su profunda justificación en el fin de destacar un aspecto de la historia nacional. La nación pone un sello en el derecho conforme al cual viven sus pueblos, así consideremos a aquella en la reducción que opera sobre las culturas jurídicas (cuando el derecho romano se adapta a las necesidades indígenas, o el derecho germánico, al grado de romanización de la Provincia, a) e incluso el mismo derecho musulmán se desarrolla con cierta peculiaridad respecto a la cultura islámica en general, b) e igualmente si apreciamos aspectos de su expansión, como ocurre con la Legislación para las Indias.

a) Según TORRES LÓPEZ, el derecho visigodo es «una construcción peculiar que inte-

La historia nacional del derecho proporciona unos límites¹⁴³ dentro de los cuales podemos observar todas las manifestaciones del derecho, que se produzcan. La historia del derecho español, dice Galo Sánchez, «debe estudiar todas las culturas jurídicas que en el transcurso de los siglos se han manifestado en la Península... el conjunto de las instituciones jurídicas que adquieren en España un carácter especial, personal y propio: lo que ha quedado muerto y lo que permanece vivo de las diversas culturas jurídicas que en la Península se han dado»¹⁴⁴. Ahora bien los límites son de una parte tan flexibles y de otra tan complejos como los de la nacionalidad. Ésta es un sentimiento muy fuerte sobre un concepto muy impreciso¹⁴⁵. Admitido el término geográfico de la Península, es preciso hacer dos rectificaciones, para disminuir y ampliar, respectivamente el ámbito peninsular¹⁴⁶. El reino

gra elementos diversos y los somete a una elaboración original... un organismo que integrado por elementos varios logró adquirir personalidad propia» (*Historia de España* dirigida por Menéndez Pidal, tomo III, Madrid, p. 203).

b) SÁNCHEZ ALBORNOZ, «España y el Islam», en *Revista de Occidente* XXIV, 1929, págs. 1-30. Fray José LÓPEZ ORTIZ, «La recepción de la Escuela Malequí en España», en *AHDE* VII (1930), p. 160, y su conferencia en la Reunión de Historiadores del Derecho de diciembre de 1948, que no sé que se haya publicado; cfr. mi reseña en *AHDE* 19 (1948-49) pág. 874s. En la VIª Semana de HDE (1983), el autor recapituló su experiencia de arabista.

La publicación en 1953 de la *Epigrafía Jurídica Española*, y en 1960, del *Código de Euri-co*, por don Álvaro d'Ors, resuelve de una vez todos estos problemas. La historia del derecho concebida como historia de los libros jurídicos encuentra en esos libros la cierta solución. En cuanto al derecho islámico, los libros redactados en romance, como *Leyes de Moros* y la *Suma*, que hemos examinado en nuestra HGDE (1968) ps. 165-167.

143 En 1947: contornos.

144 Galo SÁNCHEZ, *Curso* cit. en nota 1, pág. 6. Sobre esta obra de maestro joven, del autor, de quien fui alumno, a Distancia, en 1934, expresé mi entusiasmo inicial en la revista *Arbor* V, 13 (enero-febrero 1946) 145-146, con motivo de una de sus ediciones. El autor me honró colocándola al frente de la última que publicó en vida en 1960. Desde estas fechas hasta hoy, el *Curso* no ha dejado de sorprenderme no sólo en su arquitectónica disposición sino con pequeños y aun mínimos detalles, especialmente desde que tuve acceso a su primera edición —como *Apuntes* litografiados, hacia 1925— que revelan variantes, añadidos y omisiones, expresión de una vida académica, vertida en sucesivos cursos orales, llena de atención y exactitud. Cfr. «El curso de don Galo», en los *Quaderni Fiorentini* de Paolo GROSSI, *per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984) 641-650, mi comunicación a la VIª Semana de Historia del Derecho Español (Madrid, abril, 1983).

145 En 1947: Ahora bien, los contornos son tan movedizos como los propios de la nacionalidad. Este es un sentimiento muy vivo sobre un concepto sumamente vago.

146 En 1947: El puramente geográfico que acaba de indicarse es, sin duda, decisivo, (la

de Portugal en la Edad Media, ni por su origen ni por su constitución y su posición respecto a los demás estados peninsulares, puede considerarse como algo, diferente de éstos. No fue imposible, sino efectivo, que el reino de Portugal se incorporase en el mismo proceso de unificación, que absorbió a estados más diferentes entre sí que Portugal y Castilla. Pero la historia no es el reino del poder ser, sino el de haber sido¹⁴⁷. Y en el curso histórico la formación de dos nacionalidades modernas tan perfectamente caracterizadas como España y Portugal es un fundamento suficiente para configurar dos historias nacionales, en las que, sin embargo hay etapas y elementos comunes.

Por otro lado, la formación del Imperio español extiende más allá de los límites peninsulares la historia jurídica nacional. El fenómeno es el mismo, aunque en sentido contrario, cuando dominaciones extrañas se habían impuesto en la península. Y en uno y otro caso el concepto de la historia nacional entra en crisis, y la sección nacional de la historia deja de ser admisible. Las provincias romanas de Hispania y el Islam español no se puede comprender sin referencia a sus respectivos centros políticos, como la dominación española en Flandes, en Italia o en Indias, sin referirse a la base indígena que modela en cierto sentido la propia dominación. Más que a una historia estrictamente nacional, en estos casos se procede a una historia desde la nación¹⁴⁸.

«unidad de habitación» en que desde la prehistoria se vienen fundiendo los más diversos elementos naturales y espirituales) pero dentro de él es preciso hacer algunas rectificaciones. Una, recordando el ámbito peninsular, otra, ampliándolo. Claro está que desde hace mucho tiempo la metáfora metalúrgica de la fusión no me dice nada, pero resulta cómica y trágica en los días presentes (2.VIII.82).

147 Esta expresión debe de tener su autor. Se la escuché en un memorable curso de Historia Antigua, en la Facultad de Filosofía y Letras, al profesor Santiago Montero Díaz, hacia 1942, al que debo lo mejor de mi modesta formación histórica general. A dicho curso y a su libro (seguramente una memoria de cátedra): *Introducción al estudio de la Edad Media Universal*, Murcia, Universidad, 1936.

148 En 1947: El Imperio romano es observado en una perspectiva que coloca más cerca el efecto; el Imperio español, en otra que coloca más cerca la acción. (Esta expresión, Imperio español, que figura en el programa a que corresponde esta memoria, ignoro de donde procede, porque el Imperio es uno, dentro del cual los pueblos hispánicos han estado integrados en tres momentos: en la antigüedad romana, bajo Carlos V y bajo Napoleón. 2.VIII.82).

OTS CAPDEQUI, *Cuestiones de la Historia del Derecho*. «Alcance que debe darse al estudio histórico de nuestra legislación en Indias en un programa universitario de Historia del

26. Derecho nacional.

La delimitación nacional de la historia del derecho ha pretendido hacerse más profunda sobre la base de la índole nacional del derecho. Puede todavía hoy considerarse válida aquella afirmación de Stammmler, según la cual, «todo aquél que en la actualidad intente presentarse ante nuestro mundo jurídico para exponer algunas consideraciones de carácter general sobre el derecho, debe saber de antemano que dirige la palabra a una colectividad estrechamente unida; pues aquellos de quienes puede esperar que le presten atención tienen todos sus raíces en el mismo suelo, los enlaza el vínculo de una concepción común. Han ido juntos a la Escuela histórica; la ciencia del derecho desde el punto de vista del historicismo fue la leche que a todos nos nutrió»¹⁴⁹.

¿Y qué nos decía la Escuela histórica del derecho acerca de lo qué es el derecho? Es la expresión peculiar del espíritu de pueblo; que cada pueblo forma su derecho de la misma manera que forma su lenguaje; y por lo tanto, que el derecho es algo, esencialmente nacional.

La vieja y sólida escuela del Derecho natural no podía permanecer indiferente ante una negación semejante del universal jurídico. La reacción

Derecho español», en Asociación española para el progreso de las Ciencias, 8.º congreso de Sevilla, 1918, Sección 6.ª, págs. 171-194 (Cit. Maldonado). Vid. ahora, Alfonso GARCÍA GALLO, *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1970, y sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, INEJ, 1972, con unas «Cuestiones de orientación y método».

Luis GENUARDI, «La influencia del derecho español en las instituciones públicas y privada de Sicilia», AHDE IV (1927) 158-224.

TORRES LÓPEZ, *Lecciones*, cit. supra en nota 46, págs. 51 y 56 indica no haber sido abordado el estudio del derecho español en Flandes y considera que debe incluirse la organización política-administrativa española en estos territorios. J. BENEYTO PÉREZ, «La administración de los territorios europeos durante el predominio español», en REVL 3 (1944) 877-911. Cayetano ALCÁZAR, «Libros recientes de historia de la época del gobierno español en tierras de Flandes», en *Hispania. Revista de Historia* 7 (1947) 303-307.

149 R. Stammmler, en *La Escuela Histórica del Derecho*, cit. en nota 23, pág. 112. Hermann CONRAD, «Aus der Entstehungszeit der historische Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm», en SZG 65 (1947) 261-283; res. en AHDE 19 (1948-49) 705. Vid. supra notas 23 y 38. Dos renovadoras obras de Giuliano MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1966, y *L'opera de Gustavo Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*. Ibidem, 1969.

filosófica, que arranca del neokantismo vino a reforzar su posición, ampliamente utilizada su teoría lógica general incluso por aquéllos que la consideraban insuficiente¹⁵⁰. La pretensión metafísica del historicismo fue rechazada¹⁵¹. Pero ha quedado en pie su pretensión histórica, al menos por lo que al derecho se refiere. Admitido el derecho natural como patrimonio común a toda la humanidad, la formulación positiva de ese derecho sigue adscribiéndose a cada pueblo como algo propio y genuino, dotado de un principio rector, que se vincula a la nacionalidad.

También quienes rechazan que la delimitación nacional sea esencial en el acontecer histórico-jurídico, consideran que existe cierta utilidad en conservarla¹⁵². El apoyo que la Escuela histórica buscaba¹⁵³ en la Filología carece de validez. Cada idioma no es el patrimonio de una nación ni deriva inmediatamente del don humano del lenguaje; en la historia de las lenguas los límites nacionales se borran muy pronto para dar acceso a un idioma común; hay una tradición histórica no nacional, sin recurrir a la cual es incompleta la historia de las lenguas nacionales.

Un argumento paralelo, que pudiera fundarse en las letras nacionales, está hoy en completa revisión. No hay escrituras nacionales tal como se vino admitiendo hasta que Maffei (1675-1755) demostró que todas ellas derivan de la mayúscula, minúscula y cursivas romanas¹⁵⁴.

Nos encontramos, pues, ante derivaciones nacionales, no creaciones nacionales. Lo que en idioma y letra tienen de común las diferentes naciones no es la aptitud general humana, sino positiva historia.

¿Y en cuanto al derecho? ¿En qué medida puede hablarse para España de un derecho nacional?¹⁵⁵ Para la época anterior a la dominación romana

150 Así CATHREIN, *Filosofía del Derecho*, cit. en nota 12, págs. 145-155.

151 En 1947: ha sido batida en todo el frente (Demasiado bélico).

152 En 1947: Vamos a exponer una posición absolutamente contraria a que la delimitación nacional sea algo, esencial... y no obstante consideramos que existe. (Sin duda con el tiempo se vuelve uno prudente).

153 En 1947: Ante todo, debe consignarse que aquel apoyo que la Escuela Histórica encontraba... (Supongo que la negación que sigue debía de tener un fundamento. 3.VIII.82).

154 Z. GARCÍA VILLADA, *Paleografía Española*, Madrid, 1923, p. 7. Este aserto sí ha tenido luego eficaz confirmación: MALLÓN, *Paleographie Romaine*, Madrid, 1952: «la letra llamada visigótica no es más que una derivación de la letra de los gobiernos provinciales», págs. 114, 120. Debo esta indicación, como en general toda mi erudición clásica, a don Álvaro d'Ors.

155 En 1947: Vamos a examinarlo en diferentes etapas.

Hispania es una mera expresión geográfica¹⁵⁶. No hay entre sus diferentes pueblos relaciones constantes, ni espirituales ni políticas ni económicas, que permitan hablar, por extensión, de un derecho nacional. En el terreno de las suposiciones, es lógico que el derecho de los grupos de procedencia céltica fuera más afín al derecho de esta raza que al de los pueblos ibéricos, con los que más tarde se pusieron en contacto. Difícilmente han podido ofrecer estos pueblos una sola cultura jurídica frente al derecho romano.

La dominación romana proporciona a Hispania la unidad política y cultural, que puede servir de base a la unidad jurídica, pero ésta fue común a todo el Imperio, y por otra parte no se extiende uniformemente por toda la Península; hay regiones menos romanizadas; existe un gran desnivel entre la ciudad y el campo y un desigual reparto de la civilización urbana¹⁵⁷.

El reino visigótico ofrece la posibilidad más favorable al nacionalismo jurídico¹⁵⁸. Pero todavía Eurico es el jefe de un estado sin base territorial fija; el primer derecho visigótico no es un derecho español. Se trata sólo del

156 En 1947: ¿Presentarían estos pueblos una cultura jurídica compacta frente a la primera recepción del derecho romano? En todos los demás aspectos de la romanización la verdad es que el elemento español no representó un factor constante. (Pregunta y respuesta dignas de ser tachadas palabra por palabra, excepto *la verdad*. 3.VIII.82).

157 Aquí se refleja la lectura de M. ROSTOVITZ, *Historia Social y económica del Imperio Romano*, trad. del inglés por L. López-Ballesteros, Madrid I-II, Espasa-Calpe, 1937, especialmente págs. 412-420 del tomo I, «la ciudad y el campo en España». En 1947: La dominación romana proporciona una unidad política y espiritual que ciertamente puede servir de base a la creación de una cultura jurídica; pero aquélla no fue absoluta: quedan regiones no reducidas a la romanidad; junto al derecho que de un modo normal continúa el desarrollo del derecho romano, habremos de tener en cuenta una tradición jurídica que dentro de los mismos límites nacionales no enlaza, al menos tan directamente, a la tradición romanista. Tenemos ya el hecho de que junto a una trayectoria histórica central existen otras que no pueden considerarse excluidas de la historia del derecho nacional y que tampoco son derivaciones de ésta.

158 En 1947: El estado visigodo ofrece la posibilidad más aceptable de un nacionalismo jurídico. Cl. von Schwerin considera el derecho visigodo como *el derecho español más antiguo*; cfr. AHDE I (1924) 27-54. «Carecemos, hasta la fecha, de una exposición que poniendo en el centro al Código de Eurico haga de él asunto de una investigación de la historia de las recepciones. Sólo ella pondría de manifiesto su lugar histórico en un cuadro completo de los elementos de la historia del derecho europeo». Este objetivo fue alcanzado plenamente en la obra de Álvaro D'ORS, *El Código de Eurico*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, del CSIC. Estudios Visigóticos II. Roma-Madrid, 1960. Mi reseña en *Nuestro Tiempo* 81 (marzo 1961) 363-366.

comienzo de un proceso, que alcanzará su plenitud cuando las razas se han fundido y el reino visigótico ha logrado fijar sus límites territoriales. Y todavía en el derecho legislado de los visigodos sólo es nacional el ámbito de su vigencia; su contenido sólo puede ser explicado en una esfera más amplia que la nacional: o los derechos germánicos, o, según parece más probable, el desarrollo occidental del derecho romano a continuación de su etapa postclásica¹⁵⁹.

Esa misma amplitud nacional de la vigencia de un derecho desaparece en la etapa siguiente, en la que se manifiesta el particularismo que latía bajo la unidad del reino visigótico¹⁶⁰. La fragmentación del orden jurídico consiguiente a la ruina del Imperio y a la decadencia cultural se precipita hacia la Edad Media. Los límites de la vigencia se multiplican y no siempre reproducen fronteras políticas. Para el derecho de una localidad el forastero es tan extraño como el extranjero para el derecho nacional. Este localismo tiene otros aspectos: la diversidad de contenido. Para mantener la delimitación nacional en esta etapa creadora del derecho que es la Edad Media sería necesario agrupar en un mismo estudio el Fuero de Jaca y el Fuero de Usagre, y prescindir del Fuero de Castello Branco, porque éste pertenece a territorio portugués. Sin embargo, el Fuero de Usagre y el de Castello y otros, son simples copias y traslados de un original común¹⁶¹. No es posible

159 Esto es lo que ha confirmado la investigación ulterior. En 1947: ¿Es suficiente el ámbito de vigencia para delimitar nacionalmente el estudio de la historia del derecho? El examen de la etapa histórica siguiente nos dará la contestación (mejor dicho, la respuesta). Y, en efecto, la Edad media española nos presentará inicialmente un cuadro de derechos locales, en el que los límites de vigencia se han multiplicado y no reproducen demarcación política. Para el derecho de una localidad el forastero es tan extraño como el extranjero en el derecho nacional. Pero este localismo tiene aún otra vertiente: la diversidad de contenido. No se trata únicamente de que la misma norma haya sido promulgada y rija independientemente para diversas localidades, sino que por efecto de la formulación independiente de las normas, éstas, o bien representan continuidades simultáneas y del mismo rango respecto a una tradición común — la del derecho visigodo — o bien se enlazan a una tradición diferente: la cultura jurídica que no tiene su origen en el mismo.

160 Esta observación procede de mi comunicación a la Semana de Spoleto, de 1955, sobre: «El reino visigodo y el particularismo español», en *Estudios Visigóticos I*, del Instituto Jurídico Español CSIC, Roma, 1956, págs. 15-47. Sobre la misma, GARCÍA GALLO, en dichos *Estudios I*, págs. X-XI, y Luis A. GARCÍA MORENO, *El fin del Reino visigodo de Toledo*, Madrid, Universidad Autónoma, 1975, p. 39.

161 En 1947: Es preciso mantener la delimitación nacional en esa etapa de los derechos

«comparar» como dos derechos nacionales fueros portugueses y españoles, que pertenecen a un solo sistema de derechos locales con una trabazón interna más sólida que la existente entre fueros de un mismo territorio. No puede hablarse de sistemas jurídicos portugués y español como categoría metodológica, que se imponga a la investigación histórica¹⁶².

La baja Edad Media de los derechos territoriales manifiesta más agudamente la crisis de la delimitación nacional. La vigencia del derecho alcanza límites nacionales y su contenido adquiere un carácter peculiar. Pero esas naciones no son la española. Hay un derecho catalán, un derecho aragonés, un derecho navarro y un derecho castellano¹⁶³. Entre sus respectivos

locales. Y para ello tenemos que agrupar, con las debidas salvedades, el Fuero de Usagre y el Fuero de Jaca; pero tenemos que excluir el Fuero de Castello-Branco, porque está en territorio portugués; y sin embargo el de Usagre, juntamente con el de Castello-Branco y otros son simples copias y versiones de un original común, que se presentan en latín, portugués y castellano. El cambio de visión está significado, respectivamente en las dos ediciones: UREÑA y BONILLA, *Fuero de Usagre, anotado con las variantes del de Cáceres*, Madrid, Reus, 1907; J. MALDONADO, *El Fuero de Coria*, Madrid, IEAL, 1949; mis reseñas en REVL VIII, 45 (1949) 474-476 y RGLJ (1951) 381-383. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, «Los Fueros de la familia Coria Cima-Coa» en *Revista Portuguesa de Historia XIII* (Homenaje a Mereá) 1971 343-373.

162 En 1947: Claro es que ya nadie puede considerar que se mencionan junto a los preceptos del Fuero de Usagre los de Castello-Branco, en términos de comparación, de analogía con el «derecho extranjero» sino que se trata de un único sistema de derechos locales en una trabazón interna incomparablemente más sólida que la que puede suponer el Fuero de Cuenca y el Fuero de Brihuega, pongamos por caso de fuentes estrechamente emparentadas. He aquí que la delimitación nacional ha quebrado por un punto en que era de esperar. ¿Puede hablarse de sistemas jurídicos portugués y español, como categoría metodológica que haya de imponerse en la investigación histórica? Una respuesta negativa a esta pregunta parece deducirse de la copiosa y fecunda labor histórico-jurídica de Paulo Merêa, quien llegó a acuñar la expresión «derecho hispánico medieval»; cfr. sus *Estudos* sobre el mismo, I-II, Coimbra, Universidad, 1952. Todavía en 1921 emplea términos nacionales: León, Castilla, Portugal, o geográfico peninsular. Desde 1937 *hispánico*.

163 En 1947: Una segunda etapa medieval pondrá en más aguda crisis el criterio de la delimitación nacional: y justamente porque la vigencia del derecho alcanza límites nacionales y su contenido adquiere peculiaridades dentro de los mismos. Pero ocurre que esas nacionalidades no son la española. Habrá un derecho catalán y otro aragonés y otro navarro y otro castellano-leonés. Cuando Alfonso V, en 1429, decreta la indisoluble incorporación de Teruel y sus aldeas a la Corona de Aragón, se respetan sus privilegios y derechos particulares, y hasta 1598, la historia jurídica de Aragón no tiene la homogeneidad de un sistema. Cfr. UREÑA, *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1930, pág. LXXXI. Sobre la vigencia del derecho propio de un territorio en otro, políticamente separado, cfr. LACARRRA, en AHDE 10 (1933) 204-205. Documento expresivo de esta virtualidad del fuero, a despecho de los límites políticos, la carta de los Jurados de Jaca a los de Pamplona, en 1342, sobre las apelaciones de esta ciudad a

sistemas de fuentes no existe mayor comunicación que entre cualquiera de ellos y el de otro territorio político de la misma época. La índole interna de las instituciones no presenta mayor afinidad ni mayor disparidad en esos territorios que las que puedan existir entre ellas y las de otro país perteneciente al mismo ámbito cultural.

En la Edad Moderna se acentúa el carácter nacional del derecho, bajo las monarquías. Pero en la monarquía española se mantiene y aun se acentúa la diversidad del derecho bajo los Austrias, y sólo bajo la monarquía Borbónica se sientan las bases de un derecho común a las Coronas de Aragón y Castilla, y aún persiste el derecho de Navarra para demostrar¹⁶⁴ que no hay un sistema jurídico nacional, que permita comprender la historia del derecho español como la historia de un solo derecho. Un «derecho nacional español» solamente aparece en el siglo XIX, época que justamente puede denominarse, en muy variadas acepciones, como la de «nacionalización del derecho», y que en profunda afinidad fue también la de «nacionalización de la historia»¹⁶⁵.

27. Historia nacional del derecho.

Si admitimos la delimitación nacional de la historia del derecho no es por suponer que el objeto de la misma constituye un todo homogéneo que

aquel Fuero, como solían hacer los de San Sebastián y Fuenterrabía «que son de la señoría del rey de Castilla» (*El Fuero de Jaca*, ed. de Mauricio MOLHO, p. 7 Zaragoza, CSIC, 1964).

El límite nacional de la historia revela su insuficiencia en los territorios fronterizos: ej. la Baja Navarra, provincia de este reino hasta 1620, en que Luis XIII realiza una unión personal, pero con respeto para las instituciones del territorio. Cfr. Alain Destrée, *La Basse-Navarre et ses institutions de 1620 à la Révolution* (tesis de Derecho) Zaragoza; res. Ourliac en RHDDE 41 (1963) 659-661. Cfr. Olivier-Martin, «La réunion de la Basse-Navarre à la Couronne de France», en AHDE 9 (1932) 249-289. Vid. ahora lo que nos interesa: *Los Fors et Costumes deu Royaume de Navarre Deca-Ports avec l'estil et aranzel Deudit Royaume*. En Pau, año 1681. Edición facsimil. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona. Año 1968. HD concedida como H de los LL.JJ.

164 En 1947: Hacia la Edad Moderna, ciertamente se dibuja la fisonomía nacional del Derecho, por factores ajenos al sistema jurídico. Estos se conservan separados hasta que la Nueva Planta de Felipe V sienta las bases de un derecho unitario, al apagar los más importantes focos legislativos no castellanos. Queda aún el territorio de Navarra para demostrarnos que no existe...

165 Se alude aquí, sin duda, a la calificación dada a esta época como de «desnacionalización»; una época en la que todo es nacional, desde la soberanía a los bienes, y por supuesto el ámbito de vigencia de los códigos, el objeto central de nuestro estudio. Seguramente se trataba de conceptos distintos de nación (4.VIII.82).

se modifica en el tiempo¹⁶⁶. El derecho contenido en el Fuero Real forma serie con el contenido en el Fuero de Soria; como el contenido en el Código de Huesca la forma con el Fuero de Jaca, pero no hay continuidad entre el Fuero de Jaca y el Fuero Real; no hay más que cierto paralelismo entre ambas series, como se podría señalar en otras, correspondientes, del derecho francés o el derecho alemán.

La delimitación nacional es algo, exterior al propio acontecer histórico-jurídico, como un marco en el que acotamos lo que constituye el pasado histórico de nuestro derecho actual; sin entender que éste, lo mismo que el pasado, forma un todo homogéneo nacional; hay momentos y lugares en los que se da, incluso, mayor proximidad con otros llamados derechos nacionales. Existe una historia universal del derecho, que los comprende a todos.

Cuando seleccionamos lo nacional no obtenemos una peculiarísima parte del acontecer histórico-jurídico, dotada de un singular carácter y sometida a unas condiciones únicas, sino que dentro de sus límites se encontrará una gran diversidad respecto al interior, grandes semejanzas e identidades respecto al exterior. Como el geógrafo no encuentra en la Península un solo clima, una sola vegetación, orografía, etc., y por otra parte no encuentra los mismos objetos asumiendo un carácter único y excepcional respecto a las demás regiones de la tierra. Junto al carácter nacional de la historia del derecho habrá, pues de señalarse su carácter regional, tanto en el interior, como en el exterior, sobre los límites nacionales¹⁶⁷.

Criterio de inclusión en la historia del derecho español no es, por lo tanto, que el fenómeno histórico-jurídico acuse los caracteres específicos de los españoles como algo trascendente y ultra-histórico, sino el haber ocurrido en condiciones de espacio y tiempo dentro de los límites de una visión nacional¹⁶⁸. En los términos empleados por Solmi, el derecho español

166 En 1947: de tal manera que la que podría llamar, por ej. tercera etapa —el estado actual de ese orden jurídico en ella— lo sea justamente respecto a la totalidad de una segunda. No;

167 En 1947: Constituirlos con ellos es simplemente comparar derechos, no hacer su historia. La ciencia popular ha registrado este fenómeno: en Suiza se encuentran las mismas particularidades y variantes existentes en países tan vastos como Alemania. Cfr. Krüger, en RD-TP 9, 1953, 395. No hay homogeneidad nacional.

168 En 1947: Límites de nuestra visión histórica.

no es un derecho de estirpe sino de cultura¹⁶⁹. Un derecho que se ha formado por agregaciones históricas de culturas jurídicas, cuyo resultado es, acaso¹⁷⁰ algo, peculiar y propio, pero cuya formación —a la que atiende preferentemente la historia del derecho— no se produce como emanación de la entidad nacional, sino mediante la participación en varias tradiciones culturales¹⁷¹.

En el sentido de no vincular el carácter nacional de la historia del derecho español a la peculiaridad de un pueblo, destaca la posición de Torres López: «Lo que hoy llamamos derecho español ha sido la resultante de un largo proceso de evolución íntimamente ligado con este típico proceso de nuestra historia... Un sistema jurídico que puede llamarse español surge, como la nacionalidad española, de la mezcla de esos elementos y en época bastante avanzada de nuestra historia... Cuando decimos historia del derecho español atendemos muy principalmente a una idea política y geográfica para determinar el ámbito de nuestro estudio»¹⁷².

169 Arrigo SOLMI, *Storia del Diritto Italiano*, 1930, pág. 4. Noción esta duramente criticada por CALASSO, *Le fonti del diritto*, Milán, 1946, ps. 11-13.

170 En 1947: ciertamente.

171 En 1947: sino de aportaciones extrañas. Mi conferencia (1950) «La tradición del derecho español», en *Arbor* (Madrid) 150 (junio, 1958).

172 Torres López, *Lecciones I*², págs. 52-53. En verdad, los historiadores españoles del Derecho se han caracterizado por rechazar una visión nacionalista. Al dar cuenta de la reedición de la DRG de Brunner, decía José Antonio Rubio: «La Historia del Derecho, por naturaleza de lo histórico, ha de ser y es distinta en cada país; pero las diferencias atañen sólo a la materia. La Historia del Derecho, como ciencia, tiene un método, sin distinción ninguna de países. Representa el elemento verdaderamente científico de la Historia» (AHDE 5, 1928, 488-489). José M.ª OTS, en su reseña de OLIVIER-MARTIN, que había dicho: «el estudio de nuestro pasado puede ayudar a resolverlo en un sentido verdaderamente francés», señaló que estas palabras no condicionaban el contenido objetivo y riguroso del libro: «afortunadamente para los que vemos nuestra función universitaria y científica como algo absolutamente desinteresado que no debe ser puesta al servicio de ninguna preocupación nacionalista» (AHDE 9, 1932, 417-418). Cierta ventolera nacionalista fue puramente coyuntural. Sobre las razones por las que la concepción política nacional de la historia no afectase gravemente a España, dice Álvaro D'ORS, en su nota al libro de BÖCKENFORDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung* (Berlín, Duncker y Humblot, 1961): «la conciencia del hecho estatal era, en nuestro XIX, demasiado débil para condicionar una visión de las instituciones medievales. España no necesitó el Estado, en su momento, porque no tuvo guerras confesionales, y si el Estado sobrevino a España, fue, no sólo tardiamente y con poca profundidad, sino también por la razón negativa de que la depauperación de las fuerzas sociales naturales (desde el siglo XVII) hacía necesario el aparato diríamos *ortopédico* de un poder público organizado en Estado, al modo europeo». (AHDE 30, 1960, 652-654).

Cuando se encuentran sorprendentes relaciones de semejanza entre la historia del derecho español y la de otros derechos, no es preciso suponer influencias o contactos históricos, ni tampoco referirlas a un fondo común, natural o racional, subsistente bajo las culturas nacionales, sino entender que se ha practicado una división práctica y arbitraria sobre una materia histórica homogénea y continua¹⁷³. A cierta altura de la Edad Media se produce una crisis semejante en todas las monarquías de Europa, simplemente porque se produce esa crisis en la institución monárquica europea. En todos los estados peninsulares el estado llano de las ciudades penetra en las asambleas políticas, dando lugar a la institución de las Cortes, con ligeras variantes cronológicas, y con las mismas ocurre el hecho en Francia, en Inglaterra y en otros países. Para explicar esta coincidencia se podría recurrir a leyes históricas, que se cumplen siempre en ciertas condiciones, y aportar como prueba los diferentes casos nacionales: España, Francia, Inglaterra. Pero es que realmente no son diferentes casos, sino que los contemplamos como tales por haber seccionado las historias nacionales sobre una historia general.

A la crítica filosófica del empirismo historicista, que señala en esta dirección el error de haber negado la existencia de un derecho anterior y superior a los derechos nacionales, se añade desde el terreno histórico que esos pretendidos derechos nacionales no solamente tienen la conexión y la unidad de un orden jurídico superior, sino que además están ligados a una tradición supranacional histórica. Los dos términos derecho natural y derecho nacional no están inmediatamente unidos, sino que entre ambos se da el desenvolvimiento de una cultura jurídica. El enlace de la Historia del Derecho Español con esa tradición histórica lo hallaremos en los elementos que han contribuido a su formación.

173 En 1947: y por lo tanto esta condición no se pierde por nuestras clasificaciones.

Puede parecer un contrasentido que veamos algo, homogéneo, en la historia universal del derecho y no en la historia nacional. En realidad, una y otra tienen cierta variedad y cierta unidad, pero aquí, para exponer más gráficamente nuestra opinión, hemos acentuado lo que la historia nacional tiene de diverso en su contenido y de común con lo exterior. Claro está que también es diversa respecto al exterior y que tiene bastante de común en su interior.