

DERECHO Y TIEMPO: DOGMATICA Y DOGMATICOS

El rasgo definitivo por excelencia de la historia jurídica es su constitución dualista en la síntesis del fluir histórico y la ordenación estable del Derecho. He aquí un problema sustancial al que en definitiva se reconducen todos los otros. Esa ambivalencia desborda además la específica estructura objetiva de la ciencia para aprehender y configurar a los mismos que la cultivan. “El historiador del Derecho —escribe THIEME¹— es tenido frecuentemente entre los juristas como un buen historiador y entre los historiadores como un buen jurista. No le resulta fácil contentar a unos y otros. Es un sujeto mixto, con doble ciudadanía, siempre —entre dos Facultades— al margen de su propia casa, en dos zonas, arrastrando la carga —que hoy percibimos mejor que nunca— del camante fronterizo. Incómodo a los historiadores por su mentalidad jurídica. Motivo de escándalo para los estudiosos del Derecho por su vocación a retrotraer históricamente el estado de las cuestiones. A menudo no sabe cuál es en realidad su patria ni de dónde es ciudadano”

Parecidas consideraciones son lugar común entre los autores de nuestros días. Se hace notar que el historiador del Derecho asume el riesgo de enfrentarse con dos ciencias de suma complejidad, donde no sólo debe conocerse la materia a elaborar sino hasta los peculiares y diversos tratamientos metodológicos. Resulta obvio que aun poseyendo a este respecto criterios específicos, los trabajos sobre una general metodología histórica o jurídica no deben pasarle inadvertidos

1. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, en *Festschrift für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25 Oktober 1948*, Berlín 1950, 288

Dado además que toda ciencia puede ser considerada *auxiliar* respecto a otras, si no se afirma la propia razón de ser, la desvaída temática es atraída por la fuerza centrípeta de otros sectores científicos con los que se solidariza y fusiona. El concepto de *ciencia auxiliar* resulta acusadamente relativo y no implica, en abstracto, valoración de tono menor. En la compleja convergencia de lo científico, la atención preferente a una de sus partes convierte a las colindantes en auxiliares de aquélla². Podría hablarse así de ciencias auxiliares con respecto al Derecho o a la Historia THIBAUT formuló una discutible clasificación de las primeras, donde la historia del Derecho quedaba a su vez encuadrada³. El tema de

2. No estimo de interés abundar en disquisiciones al estilo de HALKIN (*Initiation à la critique historique*², 1963, 64) entendiendo a costa de ese término una supuesta preterición. La resistencia de los cultivadores de la Paleografía, Diplomática, etc., en aceptar para sus disciplinas el calificativo de "ciencias auxiliares" de la Historia ha convertido en cuestionable el nombre mismo. SANTIFALLER propuso su abandono, sugiriendo en cambio designarlas con un nuevo lema, "ciencias históricas fundamentales" que él ya dio por bueno en el propio título del trabajo que pretendía justificarlo: *Gedanken und Aneignungen über technische Probleme der historischen Grundwissenschaften*, en *Metodologia Problemi generali. Scienze ausiliarie della Storia*, "Relazioni del X Congresso Internazionale di Scienze Storiche", I, Florencia, 1955, 445.

3. *Juristische Encyclopädie und Methodologie zum eignen Studio für Anfänger und zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*, Altona, 1797. La clasificación merece ser recordada. Divide las ciencias auxiliares en teóricas y prácticas, y aquéllas en *theoretische Vorbereitungs-wissenschaften* y *theoretische Hilfswissenschaften*, que comprenden prácticas de idiomas y ejercicios de exégesis. Las ciencias teórico preparatorias dan cabida al estudio de idiomas (latín, griego, hebreo y lenguas vivas), "conocimientos históricos" (que subdivide en historia del derecho, arqueología y ciencias auxiliares de la historia, e historia de la literatura jurídica), arte de interpretar el Derecho, ciencias filosóficas y matemáticas.

A la inclusión en ese cuadro de la historia del Derecho el autor formula la siguiente aclaración: "Wenn ich hier die Rechtsgeschichte zu den Vorbereitungs-wissenschaften zahle, so heisst diess nicht so viel *als man muss die Rechtsgeschichte schon auf Schulen lernen*. Das gegenwartig in Deutschland geltende Recht ist die Materie der Juristischen Hauptwissenschaften. Alle Kenntnisse, die zur Einsicht desselben vorausgesetzt werden, sind Vor-kenntnisse (pág. 228, me he permitido subrayar el delicioso optimismo de THIBAUT)

las ciencias auxiliares de la Historia ha sido largamente tratado. Ahora bien, esta ciencia muestra de entidad inequívocamente doble, ¿dónde ha de buscar su propio *auxilio*? ¿Debe valerse de las ciencias auxiliares del Derecho o quizá mejor de las que tradicionalmente han rodeado a la Historia?

Si se acepta la siguiente distinción, lo histórico como materia y lo jurídico como forma de una indivisible entidad (y no al revés: no la norma afectada por la historicidad; sí el pasado normativizado), llegamos a resolver el problema de un modo que me parece satisfactorio. La Historia del Derecho es historia por definición, como contenido, por recurrir a elementales precisiones filosóficas⁴. La Historia del Derecho es Derecho en cuanto así se cualifica al incidir en esa materia la forma jurídica que le es propia. Si la Historia del Derecho estudia lo histórico en cuanto conformado por la normatividad jurídica, puede y debe aceptar el concurso de otras ciencias que coadyuven al abordaje de su contenido primario. Acceder a esa colaboración a propósito del propio enfoque significaría renunciar automáticamente a su razón de ser. De ahí que la consideración de la historia del Derecho como ciencia jurídica⁵ no sólo no contradice el apoyo de las ciencias auxiliares de la historia sino que lo justifica y reclama. De esas ciencias auxiliares se ha venido haciendo uso y estas líneas únicamente pretenden proseguir el examen sobre base más consciente y reflexiva. Aplicarse, en fin, a la norma explicitada en el tiempo conduce a un enjuiciamiento restrictivo de la disciplina. Lo pretérito alentado por la expansiva ordenación de lo jurídico permite alejar los riesgos de cualquier dogmática, indagar una posible normatividad inactual en el heterogéneo panorama de las instituciones donde el hombre se desarrolló, y ensanchar, en suma, esa vasta proyección de la historia jurídica donde probablemente reside su mayor grandeza y la más pesada servidumbre. Polemizar, por

4. A veces bien necesarias para puntualizar. Cfr. MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*. Weimar, 1947, 60-61. y más recientemente, Bernhard REHFELDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft. Grundfragen, Grundgedanken und Zusammenhänge*². Berlín, 1966, 4.

5. Cfr. GARCÍA-GALLO *Historia Derecho e Historia del Derecho*, en este ANUARIO, XXIII (1953), 5-36.

tanto, sobre si la historia del Derecho debe ser preferentemente histórica o jurídica —desatendiendo la reivindicación y estudio de su específica naturaleza— puede conducirnos a entretenidos forcejeos especulativos en una especie de *puzzle* donde cualquier postura extrema, y no integradora, genera una inmediata aniquilación.

De hecho la historia jurídica fue inicialmente cultivada desde los sectores de la historia general. Aquélla utilizó las técnicas de ésta, los modos de hacer, y fue adquiriendo madurez al compás de sus progresos. Incluso recientemente nuestra ciencia se ha honrado con valiosas aportaciones de quienes se acercaron con una formación fundamentalmente histórica, en cuanto a los problemas abordados y su mecánica resolutoria. Por ello entiendo que la “reclamación jurídica” —más que justa, necesaria— debe resolverse no tanto en urgir el peso específico de un factor conceptual puramente defintorio, como en acometer la rehabilitación *in facto* del componente desequilibrado. Estudiar el Derecho —en su prodigiosa amplitud y expresión— pero sólo el Derecho. Muchas veces se nos ha prevenido contra la dogmática, y no tantas respecto a los peligros de llevar a cabo una historia excesivamente general donde apenas lo jurídico brota en parciales alusiones. Creer en la Historia del Derecho implica a mi juicio adherirse a la unitariedad de su quehacer con el instrumental de una propia metodología: desde lo jurídico hacia la interioridad del acontecer, hacia lo histórico. Siendo esto así, el hecho de enseñar la disciplina en el seno de una Facultad de Derecho encarece adjetivamente mis afirmaciones. Si no constituimos a la historia del *Derecho* como objeto de explicación, el alumno —aún en el candor formativo de un primer año— advierte la extemporánea presencia de lo que puede tener poco que ver con el Derecho pretendido y nuestra asignatura rehuye insensiblemente su papel formativo⁶ matizándose de cierta singular extrañeza.

6 Siendo la formación fruto de diversos factores —y más especialmente del concurso de la totalidad de las disciplinas— podemos preguntarnos acerca de la nuestra propia. No se trata ya de averiguar su peculiar naturaleza, sino de contemplarla hermanada con las demás en lo que puede aportar a esa empresa conjunta. La historia del Derecho implica instalar una conciencia histórica como base del entramado jurídico. No indagamos la aplicabilidad a

Según MITTEIS, la materia de la Historia y de la Historia del Derecho es idéntica, siendo sólo diversa la forma o modo de consideración. Esta última tiene un punto central de referencia —lo

situaciones determinadas, sino el logro del “seguro punto de vista” de que habló HUIZINGA (*Im Bann der Geschichte*, Basilea, 1943, 92) para garantizar, a través de un prisma que aviste al presente como resultado del pasado y germen del futuro, la correcta inteligencia de los fenómenos vitales que el Derecho normativiza. La historia jurídica no es así una más en el catálogo de asignaturas a cursar. Define la historicidad hacia todas las otras, es decir, da razón de su inmanente estructura por cuanto cualquier parcela jurídica es deudora de una progresiva conformación temporal. Concorre —diríamos— no horizontalmente, sino desde dentro.

Por ello la Historia del Derecho ha podido ser juzgada como el “fundamento necesario de la fenomenología jurídica y lazo de unión entre el Derecho y las restantes manifestaciones culturales” (M. DAVID, *Der Rechtshistoriker und seine Aufgabe*, Leiden, 1937, 18). Su virtualidad no se agota en la explicación de un sector acotado, sino que alcanza a comprender y razonar el Derecho en su totalidad y —por cuanto éste es en sí histórico— a ponerlo en relación con las otras —también históricas— manifestaciones del espíritu y vida del hombre.

El carácter de la Historia del Derecho es eminentemente formativo genérico, como todo lo sustancial que resiste a deslindes clasificatorios. Necesario también, con necesidad analógica desde este punto de vista a la Filosofía del Derecho, según taxativamente defendió HEYMANN (*Rechtslehre und Rechtsgeschichte*, en *Festgabe für Otto Liebmann*, Berlín, 1920, 310) por apuntar a los más hondos y radicales valores. Desconocerlo, al socaire de un practicismo superficial, acarrea la ignorancia de lo que en última instancia el Derecho es, aceptando la debilidad de la última y pasajera dogmática. “Toute spéculation resterait vaine —escribió GENY— si elle n’était éclairée et vivifiée par l’expérience. Ici intervient l’histoire, qui, sous les formes, nombreuses et variées, du droit romain, de l’histoire des institutions politiques et civiles de la France, du droit féodal et coutumier, du droit révolutionnaire, voire de l’évolution du droit contemporain parmi les transformations incessantes de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine, joue, à bon droit, un rôle capital dans l’ensemble de nos études” (*La mission scientifique et sociale des Facultés de Droit à l’heure présente*, París, 1925, 16).

La Historia del Derecho sirve a la comprensión del derecho vigente pero no a modo de erudito complemento, sino en cuanto explica cómo ha llegado a ser, permitiendo diferenciar lo más permanente de lo puramente transitorio. Con palabras de TROLLER “muestra cómo el presente se desprende del pasado, qué instituciones jurídicas son hoy mantenibles por no haber variado esencialmente las circunstancias, y cuáles en cambio perte-

jurídico— y se vierte sobre cualquier realidad histórica en la medida en que allí son apreciables categorías u ordenaciones propias del Derecho. “Comprende, por tanto, la totalidad de la vida histórica, su estructura, economía, caracteres sociales, comunidades religiosas e —incluso— la vida privada. En resumen, el conjunto de la cultura en cualquiera de sus manifestaciones”⁷. La Historia del Derecho sólo afirmará su propia razón de ser, ante un campo solicitado por otras muchas ciencias indagadoras del pasado, en la medida en que permanezca fiel a lo que MITTEIS llamaba “el peculiar modo de consideración” y su particular metodología, sea cualquiera la orientación con que se la estudie. Lo que conviene tener siempre presente es la progresiva evolución de lo jurídico, que diversos sectores del Derecho —o diversas instituciones— no protagonizan un desarrollo paralelo y, en fin, la atención a la realidad. El criterio que mejor resuelva y coordine estos problemas debe ser el preferido. Y tal vez el peligro más serio de un prevalente enfoque jurídico —la abstracción categórica— se subsane de raíz con un

necen a un pretérito irrevocable” (*Überall giltige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, Francfort-Berlín, 1965, 14). No se trata, por supuesto, de desatender a estas últimas —su conocimiento compete de forma exclusiva a la disciplina— sino de destacar, al hilo histórico, lo perdurable de lo pasajero. Por este camino, a modo de correctivo y disolvente de pretendidos esquemas intemporales, entiende Walther BUCKÁRIOT el cometido del historiador del Derecho al lado de sus colegas de Facultad (*Methode und System des Rechts mit Beispielen*, Zurich, 1936, 18-21). De manera triple. En primer lugar investigar y enseñar el Derecho en la forma en que —para cualquier tiempo— ha sido válido, modos de aplicación, lagunas, inobservancias y contradicciones. Se distingue así del *dogmático*. Aquél actúa sobre el derecho pasado como en realidad fue. Este, sobre el Derecho actual en la medida que debiera ser. La conexión entre ambos, el recurso del segundo al primero, ha de solucionar cómo el Derecho “puede ser”. En segundo lugar, ante el hallazgo de hechos históricos, explicar en qué grado son productos de una regulación jurídica y el carácter de ésta. Y ello porque con frecuencia aparecen para el simple jurista normativizados de forma caprichosa o incomprensible, con arreglo a cánones de justicia y equidad ajenos a los que actualmente la sociedad posee. Por último, definir el proceso por el que todo lo que alguna vez ha sido Derecho logró la validez que en su día lo justificó.

7. *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 59, y en general la primera parte del capítulo tercero.

estudio de las instituciones, postulado en definitiva por los mismos que reclaman un mayor sentido jurídico de nuestra ciencia⁸.

Finalmente, el historiador del Derecho ha de hacer frente a ese dualismo sobre el que científicamente quedó instalado, con el optimismo de quien debe acometer la superior síntesis de factores que, siendo únicos en una realidad histórica normativizada, fueron vistos de forma disociada e incompleta⁹. El caminante fronterizo evocado por THIEME es quien posee la perspectiva suficiente para remediar simultánea e incidentalmente —cuando ya la frontera se alza con logros de madurez y autonomía— los riesgos dogmáticos de los juristas y la insensibilidad jurídica de los historiadores¹⁰. Con ello se le apuntan —según discurría LAUN¹¹— serios

8. Conocida suficientemente la postura del profesor Alfonso GARCIA-GALLO véanse las siguientes líneas de NICOLINI "La mia profonda convinzione che gli istituti giuridici debbano costituire il centro e il fuoco dei nostri studi si rafferma osservando che, nello studio degli istituti, si trova, a mio avviso non una miracolistica panacea, ma un efficace antidoto contra i mali sempre affioranti nella nostra disciplina, particolarmente contro il pericolo di cadere in astrazioni" (*Per una maggiore concretezza negli studi storico-giuridici*, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milán, 1965, 31)

9. H. BRUNNER, *Die Rechtseinheit*, Berlín, 1887, 4. "In der Rechtsgeschichte aller Volker walten zwei entgegengesetzte Strömungen, der Zug zur Einheit und der Zug zur Besonderung des Rechts. In Deutschland ist der letztere auf die Dauer der stärkere gewesen, eine Erscheinung die man vielfach durch einen eingeborenen Trieb des Volkes erklärt, alle Verhältnisse des sozialen und des politischen Lebens zu particularisieren"

10. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, 289. "In einem solchen unsteten Leben, wie es der Rechtshistoriker notgedrungen führt, über die Grenze zweier Fakultäten hinweg, liegt ja auch ein besonderer Reichtum. Es schafft die Möglichkeit, das eigene Arbeitsgebiet auch von draussen zu betrachten, seine Eigentümlichkeiten, Vorzüge und Mangel deutlicher zu erfassen und ihm so und anders auf besondere Weise zu dienen. Dieses Schicksal teilt dem Rechtshistoriker vor allem die Aufgabe zu, Mittler zu sein zwischen Recht und Geschichte, Wanderer zwischen beiden Welten, wie es die Juristen, besonders wir deutschen Juristen, immer wieder nötig haben, um unsere Abgeschlossenheit zu überwinden. So sucht der Rechtshistoriker also aus jener Not eine Tugend zu machen, allen Schwierigkeiten zum Trotz, nach dem römischen Dichterwort eine *fatis avulsa potestas*."

11. *Aufgaben der Rechtsgeschichte*, en *Festschrift Karl Haff zum siebenzigsten Geburtstag*, Innsbruck, 1950, 138

compromisos hacia el futuro. Si hacemos una historia del Derecho hasta la orilla de nuestros días, si llegamos con la investigación hasta el presente inmediatamente convertido en histórico, la síntesis constituirá —en la interrelación causal de lo jurídico con el casi inmediato acontecer (la *Kausalzusammenhang*)— el más objetivo testimonio a la vuelta del tiempo

Las tradicionalmente reconocidas exigencias de la Escuela Histórica en torno al Derecho consuetudinario han sido reconciliadas por WIEACKER con cierta adopción de la sistemática iusnaturalista, patente asimismo en esa corriente doctrinal¹². Es así discernible una coherente dogmática en el pensamiento de SAVIGNY. De forma más aguda en las enseñanzas del invierno 1802-1803 —el *Curso* tomado en apuntes por Jacobo GRIMM y editado por WESENBERG en 1951—, donde hay una equiparación latente entre el Derecho positivo y el *Derecho legal*¹³. Como LARENZ hace notar, SAVIGNY distingue la elaboración interpretativa del Derecho junto a la histórica y la filosófico-sistemática, sobre la base de “una historia del Derecho que se acopla exactamente a la historia del Estado y de los pueblos, pues la legislación es una acción del Estado”¹⁴. En tanto “la legislación no expresa más que un todo” se desemboca en el Derecho como un sistema que lo explica. La tarea del historiador consistiría en “tomar el sistema en su totalidad e imaginarlo progresivamente, es decir: como historia del sistema de la jurisprudencia en su totalidad”¹⁵. En el *Sistema del Derecho romano actual*, casi medio siglo después, SAVIGNY vuelve a concebir

12. Fundamentalmente en el trabajo *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, publicado por la “Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe” en el cuaderno 77 de la colección “Sus puntos de vista han quedado incorporados a la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*”, Gotinga, 1967; me he ocupado de ellos en mi estudio *La problemática de la Escuela Histórica del Derecho* “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, XI, 28 (1967), 107-129

13. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de E. GIMBERNART, Barcelona, 1966, 26.

14. *Curso*, 17, cit. por LARENZ, *Metodología*, 26

15. *Idem idem*.

las reglas jurídicas mediante un proceso de índole abstractiva que alcanza la "contemplación total" de los institutos jurídicos orgánicamente coordinados¹⁶.

Ya la ciencia de las Pandectas contaba con una primera aportación en la *Ausführliche Erläuterung* de GLÜCK y, en el mismo año 1803, el *System des Pandektenrechts* de THIBAUT. Todo ello supone un inicial punto de partida del despliegue dogmático del XIX, donde la ciencia del Derecho queda adscrita a un conocimiento y exposición sistemática del mismo. En la larga cadena de sus representantes¹⁷ quisiera hacer una pasajera y rectificadora alusión a IHERING, únivocamente alineado en la serie por LARENZ y otros autores¹⁸. Según escribe LARENZ¹⁹, "la tarea sistemática de la ciencia del Derecho —a la que IHERING atribuye un rango más

16 *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840, 16. Para la conexión entre estas obras de investigación y los textos programáticos de SAVIGNY, J. HENNIG, "Von Beruf unserer Zeit" und *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander; mit einem unbekanntem Briefe Savigny's an Zimmer, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte" Ger. Abt. 56 (1936), 394-398. Más explícitamente WIEACKER en el trabajo citado en nota 12 y en *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959.

17 Ni los dogmáticos" son tan dogmáticos, ni los tradicionalmente reverenciados historiadores del Derecho son tan antidogmáticos. Véase este texto de VON AMIRA, "Wir nennen sie Dogmatik, weil wir an das Vorbild einer Tätigkeit auf einem ganz andern Wissensgebiet denken, nämlich auf dem der Theologie, deren Hauptteil sich ja schlechthin die Dogmatik nennt. Wie dort die religiösen Phänomene, so werden in der rechtswissenschaftlichen Dogmatik gewisse Erscheinungen des Rechts nicht auf ihre Ursachen, nicht als etwas Kommendes und Vergehendes untersucht, sondern als etwas Gegebenes hingenommen. Wir betrachten sie da als ob sie unumstößlich geoffenbarte Wahrheiten wären, so dass es nur ein halbes Studium des Rechtes wäre, wenn wir es bei dieser dogmatischen Tätigkeit bewenden liessen, aber ohne sie geht es nicht. Wollen wir das Recht von heute oder gestern oder jenes vor Jahrhunderten studieren, so müssen wir dogmatisch verfahren, tun wir es nicht, so kommen wir um den nächsten Erfolg aller gesellschaftlichen Tätigkeit, um das Vereinfachen" (*Wie studiert man Rechtswissenschaft* Munich, 1909, 5. El subrayado es mío).

18 Karl WIELAND, *Andreas Heusler und Rudolf von Ihering*, Basilea, 1935; Erich DÖRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, 1953; LARENZ, *Metodología*, en especial 39-42.

19 *Metodología*, 40.

alto que a las tareas histórico e interpretativa— consiste, según él, en descomponer los distintos institutos jurídicos y las proposiciones jurídicas que a ellos se refieren en sus *elementos lógicos*, y en destilar estos elementos para, inmediatamente, establecer, mediante la combinación, tanto las ya conocidas como las nuevas proposiciones jurídicas". De forma parecida, o con palabras aún más explícitas, se incluye a IHERING entre los partidarios a ultranza de una dogmática en el Derecho.

Esto último sería correcto siempre que no se extienda a la historia jurídica sin más precisiones. En *La jurisprudencia en broma y en serio*, IHERING adelanta su convencimiento de que el derecho histórico sólo puede ser conocido por el que entiende el derecho actual²⁰, lo que no es lo mismo que conocer aquél *a través* de las categorías de éste. Además, cuando IHERING trata exclusivamente de historia del Derecho, en su trabajo *Misión y método de la historiografía jurídica*, afirma textualmente: "El sistema de la dogmática no sirve para la historia. Al historiador no le incumbe poner de manifiesto la conexión sistemática, sino la histórica. Y cuando esa conexión descansa en motivos históricos debe dejarse conducir por ellos"²¹

Concluida esta puntualización, iniciemos otra de parecido signo.

Viene siendo habitual la atribución a BRUNNER de una paradigmática defensa del dogmatismo en la historia jurídica²². Cualquiera

20 *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*¹³, Leipzig, 1924, 365 (hay trad. esp). Algo similar y más detallado escribiría MAITLAND: "I do not think that an Englishman will often have the patience to study medieval procedure and conveyancing unless he has had to study modern procedure and modern conveyancing and to study them professionally" (*Why the history of English Law is not written*, en *Collected Papers*, I, 493-494)

21 *Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung*, en *Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von Gustav Radbruch. Herausgegeben von Christian Rusche*, Nuremberg, 1965, 401-444; mi referencia en 432

22 La frase "para la historia del Derecho es materia muerta, lo que no puede concebirse dogmáticamente" sintomatizaría ese juicio. Por ceñirme al panorama español, basta indicar que la vemos recogida y citada tanto en tratados generales (TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Hist del Derecho español*, I, 28), como en específicas reflexiones sobre la naturaleza y caracteres de la Historia del Derecho (v. gr. FONT RIUS, *Derecho histórico*

lector profano podría suponer la existencia de un sólido alegato en favor de cierta sistemática con categorías conceptuales vigentes. El tal alegato no existe. Tampoco existe —que yo sepa, al menos— una defensa coherente del dogmatismo en un tratado metodológico del autor y ni siquiera en los prolegómenos de su *Historia del Derecho germánico*, lugar propicio para explayar los planteamientos generales sobre la disciplina. El estandarte intelectual con que BRUNNER ha sido provisto encuentra su apoyo en cierta frase aislada de un trabajo que nada tiene que ver con la metodología. De ahí que convenga delimitar esa calificación a fin de no esgrimir el legado de la *materia muerta* sin contemplar el conjunto de la herencia y —lo que es más importante— la misma figura del testador.

BRUNNER procedía de la Escuela austriaca, de la que conservó el brillante formulismo del Instituto de Investigación Histórica de Viena, inmerso en una corriente espiritual deudora de la escolástica tardía con rasgos del josefinismo²³. Según ha señalado HECK compartió con sus contemporáneos una peculiar antipatía hacia las polémicas metodológicas²⁴, cuestión ciertamente de interés, así como el hecho de que sus aficiones se orientaran con preferencia hacia los estudios medievales, donde BRUNNER hace uso —y esto comienza a resultar sospechoso en el “dogmático”— de un notable rigor en el acopio de fuentes.

La afirmación de que “*lo que no puede concebirse dogmáticamente es materia muerta*”²⁵, se encuentra en un trabajo sobre donaciones de tierras en la época feudal²⁶, incluido en las *Inves-*

490), o del Derecho romano (v. gr. ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, 273), y hasta en el pórtico de monografías (v. gr. MALDONADO *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, 19).

23 MITHEIS *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 47.

24 *Übersetzungsprobleme*, 1931, 26.

25. Más bien *descansa, reposa* o *está como materia muerta*. Permitaseme observarlo, por cuanto la distinción ser-estar no puede entenderse como un sutil bizantinismo. Mucho menos cuando sobre la frase se presume un denso contenido ideológico. BRUNNER utiliza el verbo *liegen* y no el *sein*; véase la nota 29.

26 *Die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger*, comunicación a la Academia de Berlín en 1885.

*tigaciones sobre la historia del Derecho germánico y franco*²⁷. Allí, después de referirse a WAITZ y a propósito de él²⁸, BRUNNER nos deja el texto del que se ha extraído la ya famosa frase²⁹.

Con respecto a ese texto, me parecen pertinentes tres observaciones. La primera —aludida antes—, su carácter incidental con relación al tema genérico (el feudalismo) e incluso respecto al contorno más próximo (las referencias a WAITZ). La segunda —muy importante a mi entender— que lo que se pretende no es tanto la formulación o sistemática desde las categorías coetáneas a BRUNNER, sino aquella subyacente y desaparecida en las fuentes (“die in den Quellen vermisste rechtliche Formulierung”)

La tercera observación es de índole externa BRUNNER —en nota a pie de página— alude escuetamente a BINDING. Ha sido en efecto este autor, en su *Manual de Derecho penal*³⁰, quien con absoluta claridad defendió la dogmática para la historia jurídica. Por todo comentario sirva la transcripción de un sintomático texto —el que inspiró a BRUNNER— del penalista alemán

“Toda la historia del Derecho no es otra cosa que la dogmática jurídica en su progresiva conformación. Dado que los orígenes del

27. Las *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französisches Rechtes*, Stuttgart, 1894, reúnen tres trabajos de BRUNNER. El primero —en págs 1-39— es el citado antes. Los otros dos *Der Reiterdienst und die Anfänge des Lehnwesens* y *Zur Geschichte des frankischen Gefolgswesens*, habían sido publicados en “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*” Ger. Abt. 8 (1887), 1-38, y 9 (1888), 210-219, respectivamente.

28. Más bien a propósito de su *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cuya tercera edición (Berlín, 1880) BRUNNER utilizó.

29. Reproduzco el texto completo en versión original dado su interés para mis indicaciones. “Wenn die Juristen sich gegen die von Waitz aufgestellten Satze im allgemeinen zu spröde verhielten und den meines Erachtens durchaus zutreffenden Kern derselben nicht oder doch nur vereinzelt anerkannten, so lag der Grund wohl kaum in der von Waitz gerugten Erbsünde der juristischen Forscher, dass sie nämlich =nicht anerkennen wollen, was nicht rechtlich formuliert nachgewiesen werden kann=. Der Rechtshistoriker ist ja einerseits bei zahlreichen Rechtsinstituten genötigt, die in den Quellen vermisste rechtliche Formulierung aus ihnen erst herauszuarbeiten. Andererseits darf er auf eine solche Formulierung nirgends verzichten; denn für die Rechtsgeschichte bleibt was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff” (pág. 2, el subrayado es mío).

30. Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885.

Derecho escapan a nuestro conocimiento, la consideración histórico-jurídica radica en el Derecho que ha llegado a ser, que puede concebirse dogmáticamente³¹. Supuesta esta capacidad, puede el historiador atender a los grados de formación del Derecho. Hay asimismo una contemplación histórica del Derecho actual en la medida en que éste se capta, no sólo en cuanto es, sino en lo que puede llegar a ser. Pero incluso la comprensión del Derecho presente, limitada o lo que es, corresponde a una sana ciencia jurídica con tal de que no falte el tratamiento dogmático”³².

La antes citada afirmación de BRUNNER y otra paralela de MAITLAND —pero dialécticamente inversa— delimitan el sector donde se ha desenvuelto la crítica posterior. El historiador inglés había escrito. “Si tratamos de convertir a la historia en una criada del dogma, pronto dejará de ser historia”³³.

Los reproches a los historiadores del Derecho por ejercitar un método ahistórico, proyectando en el pasado los recientes conceptos y sistemática jurídica, se iniciaron polémicamente desde el Instituto de investigación histórica austriaca. En primer lugar con una obra de DOPSCH: *Fundamentos económicos y sociales del desarrollo cultural europeo*³⁴. Años después, de forma más aguda,

31. BINDING escribe “das sie dogmatisch muss erfassen können” BRUNNER prácticamente copia la frase Véase el texto en cursiva de la nota 29.

32. *Handbuch*, 4. PÉREZ-PRENDES se ha ocupado recientemente de este problema y retrotrae el dogmatismo de BINDING a un explícito texto de KIERULFF en su *Allgemeine Theorie*, hilvanando la conexión con BRUNNER. (*Sobre los orígenes de la Historia del Derecho*, “Arbor”, 282 [1969], 165)

33. “If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history” (*Why the history of English Law is not written, Collected Papers*, I, 492). Con distinto criterio, HOLDSWORTH exigía cierta virtualidad operativa del pasado, como condición para su examen por el historiador del Derecho (*Some lessons from our Legal History*, 6), abandonando así la *sterile part of antiquity* repudiada por SELDEN en pleno siglo XVII al prologar su *History of Tithes* (cfr. HAZELTINE, *Selden as legal historian a comment in criticism and appreciation*, “Harvard Law Review”, 24 [1911], 215). En Estados Unidos, HOLMES asumiría la tarea de desprestigiar el *pitfall of antiquarianism* (HOWE, *Readings in American Legal History*, 1949, III).

34. *Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung*, 1923.

con otra de Otto BRUNNER³⁵, donde renuncia a llevar a cabo una historia del Derecho público —para no verse precisado a proyectar hacia atrás los esquemas entonces válidos—, contentándose con enumerar una serie de cuestiones fundamentales. Niega, en fin, la licitud de cualquier “exposición sistemática”³⁶.

Desde entonces la corriente antidogmática ha ido acreciéndose. En 1946 se preguntaba BADER cómo era posible conciliar el estudio histórico —“las cosas según han sido”— con el aparato conceptual que inevitablemente acompaña al jurista³⁷. MITTEIS insistiría, un año después, en los principales riesgos del dogmatismo: pretender encontrar en el pasado el propio cuadro jurídico a fin de lograr adecuados justificantes, practicar una visión retrospectiva en lugar de una auténtica historia del Derecho, absolutizar los presentes esquemas, hacer —en fin— de nuestra ciencia una progresiva entelequia cuyo punto final creemos haber alcanzado³⁸. El profesor de Berlín confiere a la historia del Derecho una función propedeútica, de necesaria introducción al conjunto de las ciencias jurídicas, por su capacidad de reconducir la multiplicidad de facetas a los gérmenes más sencillos de donde proceden. Afirma la “unidad interna de la historia y de la dogmática jurídica”, por cuanto aquélla puede y debe evitar la caída en un positivismo que radicalice los conceptos del propio tiempo en cualquiera de las restantes disciplinas.

Retornamos así adjetivamente a la función de la historia jurídica en un contexto disciplinar unitario: “El pensamiento histórico supera la contraposición entre ser y deber ser... vinculando los factores causales y teológicos”³⁹ y ahí encuentra sustento su específico *valor vital*. Años más tarde, Walther HELLEBRAND, en otro

35. *Land und Herrschaft Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Sudost-Deutschlands im Mittelalter*, que apareció en 1939 entre las publicaciones del mencionado Instituto.

36. Véase el breve ensayo de Otto STOLZ, *Das Wesen des Staates im deutschen Mittelalter*, “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte” Ger. Abt. 61 (1941), 234-249, suscitado por el libro de O. BRUNNER, al que reseña y critica con hondura.

37. Cfr. *Ursache und Schuld in der geschichtlichen Wirklichkeit*.

38. *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 44.

39. *Vom Lebenswert*, 79-80.

trabajo de significativo título⁴⁰ habría de llegar más lejos. Según él, lo jurídico en el tiempo detenta dos rasgos peculiares. Por un lado es *histórico*; en el sentido de progresivo y sujeto a evolución. Por otro, tiende a explayarse en un sistema. De ahí deduce⁴¹ que la Ciencia Política, por ejemplo, es una parte de la historia política, al igual que la Economía lo es de la historia económica o la Teología de la historia sagrada. La Ciencia del Derecho, en cuanto expresa un sistema jurídico para un tiempo dado, sería también parte de la historia del derecho⁴².

En parecida línea, pretendiendo evitar los riesgos antes aludidos, se ha colocado BADER⁴³. Y dado que el peligro resulta más acuciante para los cultivadores del Derecho privado, el repudio es absolutamente terminante en WIEACKER. "La materia de la historia jurídica, como tal, no puede dar cabida a ninguna dignidad metafísica o dogmática"⁴⁴ escribía en 1963. En 1967 "Al historiador

40. *Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte* en *Ius et Lex Festgabe zum 70 Geburtstag von Max Gutzwiller* Edit por la Facultad de Derecho de Friburgo (Suiza), Basilea, 1959, 135-147.

41. *Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte* 136

42. El estudio histórico del Derecho facilitará, pues, la estimación contingente de cualquier sistema, y más en concreto del atendido por cada jurista en un sector normativo actual, procurando enlazar con las instituciones sociales en permanente desarrollo. La aprehensión de aquella relatividad desde los tempranos estadios discentes constituye una primaria garantía de independencia científica en el futuro jurista. Si procuramos anudar la historia del Derecho a la historia de la sociedad —y estimo que ello se logra ejemplarmente con el estudio de las instituciones— nuestra disciplina no sólo será formativa, sino que se injertará de un deseable interés vital. Y no habrá lugar quizá al reproche de aridez que en alguna ocasión se nos haya formulado o —lo que es peor— pudiera existir en el ánimo de nuestros alumnos. "Les juristes —observaba Pierre PÉTIT— et singulièrement les historiens du droit, traitent volontiers de sujets sévères, et même de sujets ennuyeux." (*Remarques sur la formation du droit privé français*, "Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux Serie Juridique", 1-2 (1957))

43. *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers*, Tubinga, 1951. Adopta más bien una postura intermedia, por cuanto manifiesta que la historia del Derecho —y en especial del Derecho privado— no puede liberarse enteramente de la sistemática que rige a la moderna ciencia jurídica (pág 6)

44. *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, en *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-hist. K.*, 1 (1963), 6

del Derecho no le está permitido orientar su examen ni los resultados según necesidades normativas”⁴⁵

Desde las prudentes consideraciones de MITTEIS para explicar la normatividad jurídica en el múltiple mosaico del suceder histórico, VOX LUBTOW llegó a proponer la aplicación de una serie de leyes: de continuidad, progresiva abstracción, diferenciación y ramificación, finalidad cambiante, transformación, expansividad normativa del Estado y convergencia⁴⁶. “Una verdadera historia del Derecho no debe contentarse con la acumulación descriptiva de los institutos jurídicos en sucesivos períodos. Sólo constituyéndose como historia ideal o del espíritu, puede penetrar en la comprensión auténtica del Derecho”⁴⁷. Esa *Geistesgeschichte* no ha de entenderse en llegar a una historia normativa desde un prisma dogmático. Buena prueba de ello es que venga a aceptarla un especialista como WIEACKER⁴⁸, autor de las tajantes afirmaciones recogidas antes. Se trataría, a mi juicio, de historiar la realidad jurídica primariamente —en las instituciones, por ejemplo— pero sin detenerse ahí. Luego debe procederse a una valoración estimativa de las líneas informantes de lo evolutivo en el Derecho: ¿Por qué las instituciones se han desenvuelto en los estadios en que las contemplamos? ¿Cuáles han sido los factores determinantes de la mutación? Se acepten unas determinadas leyes como las sugeridas por VOX LUBTOW, o se dude de la posibilidad de establecerlas (GAUDEMET, *Etudes juridiques*), el cotejo de realidades históricas suscita una “comparación” normativa, en cuanto aquéllas resultan informadas por supuestos sociológicos y culturales distintos. La “historia de ideas” me parece más fecunda en tanto es secuela de las instituciones por ellas vitalizadas: el germen unificador de las mismas arrancaría de la identidad más radical de las instituciones

45. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 424

46. *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte*, Berlín, 1954, 37-41, 41-42, 42-44, 44-45, 45-46, 46 y 46-48, para cada una de las leyes mencionadas

47. *Reflexionen*, 49.

48. En el trabajo antes citado *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, y posteriormente —intentando una base unificadora de la futura historia del Derecho europeo— en *Unidad y pluralidad en la historia del Derecho europeo*, “Revista de Derecho Privado”, septiembre 1965, 700.

fundamentales, con consistencia desafectada de las variantes cronológicas y de la dispersión geográfica que ha acompasado el caminar del hombre.

“Todas estas dificultades que la historia de los conceptos y la de los pretendidos sistemas opone a una exposición de conjunto, creo que podrían orillarse tomando como base de la misma, no los conceptos o institutos jurídicos, sino las realidades, situaciones e intereses que aquéllos regulan”⁴⁹. El profesor GARCÍA-GALLO sintetizaba ahí una serie de reflexiones renovadoras aplicadas a la exposición de la historia jurídica, cuando ya había adelantado con su *Historia, Derecho e Historia del Derecho la Carta Magna* de la orientación institucional. Una decena de veces se alude a la *dogmática*, para advertirla como obsesión de la ciencia jurídica, al indicar que una inclusión de la historia del Derecho entre las ciencias jurídicas —y no entre las históricas— no significaría convertirla en una rama auxiliar de aquéllas, al advertir su reflejo en una sistemática irreal y entender que las reconstrucciones del pasado hechas por juristas se resienten de transplantar sus nociones, etc. La historia del Derecho, en fin, “debe apartarse de esta concepción dogmática del ordenamiento jurídico, tan dominada por el conceptualismo, no puede ser historia de sistemas y conceptos”⁵⁰.

49 GARCÍA-GALLO *La historiografía jurídica contemporánea*, en este ANUARIO 24 (1954), 632-633.

50 *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, 30.

La tal vez excesiva carga dogmática de la historia del Derecho en los estudiosos alemanes de la primera década de nuestro siglo, supuso un duro factor de oposición a la hora de aceptar el concurso de cierta sociología historicista. El trabajo de KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (Tubinga, 1911), pretendió conciliar esa oposición distinguiendo las relaciones entre sociología, dogmática del Derecho —más precisamente, historia normativa— e historia *social* de lo jurídico. KANTOROWICZ reprocha la esterilidad del dogmatismo en la medida en que pretende explicar las causas y transformaciones de lo jurídico en el seno exclusivo de la normatividad precedente, apartándose —con su desprecio del contorno social condicionante— de las más elementales enseñanzas de la Escuela Histórica. “Únicamente cuando la historia del Derecho vivifique con investigaciones sociológicas los áridos datos de que hoy se ocupa, podrá alcanzar el rango científico que pretende (pág. 32). Además su propia metodología —la tupida

Señalemos por último que rasgos aislados de la conjunta crítica aquí resumida, se perciben también en tratados filosófico-jurídicos, especialmente para la relatividad de una metodología dogmática. El planteamiento de las concordancias y diferencias entre la dogmática del Derecho y la historia del Derecho —no tanto el de aquélla como orientación utilizable en ésta, sino en términos comparativos generales— se encuentra involucrado filosóficamente en GENZMER⁵¹ y explicitado con detenimiento en ST GAGNER⁵² y WIEACKER⁵³.

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

sistemática que quiere dar a todo respuesta con absolutos esquemas— está viciada a raíz para entender lo que en realidad ha sido el Derecho. La *Dogmengeschichte* resultaba así inconciliable con lo que la sociología histórica pretendía aportar. Ésta significa, pues, la corrección de un sistema vacío, que debe dar entrada a los elementos que han ido haciendo evolucionar al Derecho en toda la complejidad de la vida colectiva. Como JELLINEK había señalado, no puede haber un "ser-deber ser proyectado hacia atrás".

Lo que KANTOROWICZ entiende por *Sozialgeschichte des Rechts* es algo relativamente próximo a una historia institucional "El estudio del desarrollo de la vida social en la medida en que sobre ella incide la normatividad jurídica." El autor incurre, no obstante, en cierta petición de principio cuando pretende deslindar el valor de la "sociología histórica" para una "historia social". Esta "historia social del Derecho" debe estudiar lo jurídico no sólo en las normas, sino preferentemente en la realidad que lo originó. Atenderá así al Derecho legislado y al consuetudinario, al comportamiento social conforme a las normas previstas, o al comportamiento que conculca esas normas. Lo antijurídico, en suma, debe ser cuidadosamente analizado, punto éste que KANTOROWICZ ejemplifica de forma abundante. El cúmulo de sus interesantes consideraciones —en un texto de 1911— podría, a mi juicio, aceptarse ahora con escasos retoques.

51. *Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", N.11 (1954-1955), 326-347 V gr., en 336. "Podría decirse que mientras la dogmática jurídica investiga el ser del Derecho, la historia jurídica se ocupa de su devenir. Sin embargo, también el devenir es una forma de ser. ¿Deberíamos mejor decir que la dogmática contempla el Derecho como es y la historia como fue? Pero el Derecho es resultado de lo que ha sido", etc.

52. *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtliche Untersuchungen*, Estocolmo-Goteburgo-Upsala 1967.

53. *Der gegenwertige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, en *Erion Maridakis*, I. Atenas, 1963, 352-357; *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², 423 v ss.