

III

CUESTIONES DE HISTORIOGRAFIA JURIDICA

En los últimos veinticinco años, en los que el mundo ha sufrido tan honda transformación, el estudio de la historia del Derecho ha experimentado también sensibles cambios. Como veía yo hace un cuarto de siglo la relación entre *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, quedó expuesto en las páginas de este *Anuario* (23 [1953] 5-36), en el que también aparecieron unas observaciones sobre *La historiografía jurídica contemporánea* (24 [1954] 605-34), en las que formulaba la crítica de ésta y propugnaba una nueva orientación de su estudio. Conforme a esta última, abandonando los criterios de exposición hasta entonces seguidos por mí en otras obras de conjunto (*Historia del Derecho español* [Madrid 1940-1941, 2 vols.; 3.^a edición 1943] y *Curso de Historia del Derecho español* [Madrid 1946-1950; 6.^a ed. 1956]), inicié la publicación de un *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1959-1960, 2 vols.; 5.^a ed. 1973), radicalmente distinto de aquéllas, en cuyas primeras páginas, en forma muy sumaria, traté de exponer mis puntos de vista sobre estas cuestiones generales. Paralelamente, a lo largo de estos años se han ido manifestando fuera y dentro de España diferentes orientaciones y métodos, que en gran parte suponen una toma de posición ante los mismos hechos que me movieron a rectificar la mía. Dejando para otra ocasión una valoración de conjunto de las modernas tendencias, quiero detenerme en dos obras recientes, debidas a grandes maestros de nuestra disciplina, que tratan cuestiones de interés primordial.

I. LA JUSTIFICACION DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Hace un cuarto de siglo se habló repetidamente de la «crisis» de los estudios de Derecho romano y de Historia del Derecho, y yo mismo aludí a ella. Tal crisis se cifraba, principalmente, en la menor atención que a los mismos se concedía en los nuevos planes de estudio de algunos países y en el desinterés de los jóvenes estudiantes por ellos. Hoy se habla a veces también de «crisis», o sin hacerlo se tiene conciencia de ella. Pero esta nueva crisis, pese a las amenazas que en ocasiones se ciernen en el sentido de suprimir o restringir los estudios histórico-jurídicos y que por fortuna no siempre llegan a consumarse —antes bien, en muchas partes donde no

existían se están introduciendo—, afecta fundamentalmente a su orientación y métodos; es una crisis de cambio más que de vivencia. La creación, en todas partes, de nuevas Universidades en las que se mantienen estos estudios, y el aumento del número de profesores, ha hecho que hoy sean muchos más que antes los que se ocupan de ellos y que las publicaciones sean también más numerosas. Pero, en cambio, la tendencia hace tiempo iniciada y hoy dominante en un gran sector de la historiografía general hacia lo social y lo económico, con manifiesto desdén por lo jurídico, hace que la historiografía jurídica, que se había esforzado por integrarse como rama especializada de la ciencia histórica, se vea no pocas veces marginada, menospreciada e incluso negada por ésta. Vayan sólo dos ejemplos destacados, con gran resonancia en el movimiento historiográfico actual en el ámbito internacional y en el español. Uno de ellos lo ofrece Marc Bloch (*Introducción a la Historia* [Méjico 1952] 115-16), al que sigue P. Duparc (*Leçon d'ouverture du cours d'Histoire du Droit privé et canonique à l'École des Chartes en Bibliothèque de l'École des Chartes* 124 [1956] 11-12), cuando afirma que la Historia del Derecho no existe, que es sólo la de un nombre sin contenido, puesto que el Derecho no es otra cosa que la envoltura de unas realidades sociales muy diversas, que son las que interesan. Y el segundo, Jaime Vicéns, que no vaciló en afirmar (prólogo a Ch. Morazé, *Principios generales de Historia, Economía y Sociología* [Barcelona 1952] 5-6) que las instituciones son una mixtificación histórica que oculta la auténtica vida humana, y que la hora de los historiadores del Derecho había pasado. Lo que explica que en los más recientes libros de Historia sea raro encontrar las páginas que en los antiguos se hallaban sobre cuestiones jurídicas, e incluso elementales referencias a éstas. Esta situación es la que fuerza a los historiadores del Derecho a justificar su tarea y en ciertos casos a renovar los planteamientos y métodos de nuestra disciplina para ponerla a tono con las nuevas corrientes dominantes.

Bruno Paradisi, Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Roma, es uno de los especialistas que ininterrumpidamente desde su juventud ha venido planteándose la compleja problemática de nuestra disciplina. Siendo ya profesor de ésta, y con ocasión de presentar en 1946 una visión panorámica de los estudios de historia del Derecho italiano desde su renovación en 1896, expuso por vez primera sus puntos de vista personales sobre ella. Hace ahora un año, en el III Congreso de la Sociedad italiana de Historia del Derecho, reunido en Florencia, planteó la problemática de la Historia del Derecho moderno. Entre aquel primer estudio y éste, a lo largo de veintisiete años, ha venido insistiendo una y otra vez incansable sobre el tema. Doce estudios distintos de estos años han sido ahora

recogidos en un extenso volumen, con un título que refleja claramente su intención: *Apologia della storia giuridica*¹. De los estudios reunidos, reproducidos literalmente con leves retoques de estilo o adiciones bibliográficas, la mayor parte ofrecen un planteamiento general: *I nuovi orizzonti della storia giuridica* (1950; págs. 15-104), *Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica* (1955; págs. 259-272), *Considerazioni attuali sulla storiografia giuridica* (1957; páginas 273-284), *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea* (1963; págs. 307-360), *Storia del diritto, dogmatica e sociologia* (1970; págs. 361-424), *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto* (1971; págs. 461-502), *Storia del diritto e filologia* (1972; págs. 425-460) y *Storia del diritto moderno e palingenesi della scienza giuridica* (1973; págs. 519-532). Algunos se refieren concretamente a la historiografía italiana: *Gli studi di storia del diritto italiano del 1896 al 1946* (1946; págs. 105-172), *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana* (1963; págs. 173-258) y *Sulla proposta di bipartizione dell'attuale insegnamento della storia del diritto italiano* (1963; págs. 285-306). El último, fundamentalmente referido al Derecho romano, contiene observaciones de carácter general: *Diritto volgare e volgarismo. Note sulla validità del concetto di «stile» como strumento di ermeneutica storica* (1966; págs. 503-518).

El propio Paradisi explica la génesis de su formación y posición (págs. 7-8, 178-181 y 197-198). Iniciado en los estudios universitarios en un momento en que los de historia jurídica alcanzaban en Italia gran intensidad por obra de ilustres maestros, pero que, bajo un signo de positivismo científico, se satisfacían con el estudio de los textos y en la aplicación de un método histórico crítico riguroso —lo que él llama *filologia*— o se esforzaban en la reconstrucción del sistema jurídico —lo que designa como *dogmatica*—, presentando el Derecho como algo que gozaba de vida autónoma y autosuficiente, casi siempre sin relacionarlo con el medio en que se desenvolvía, sintió Paradisi, desde el primer momento, una profunda insatisfacción que le llevó a buscar el sentido y la vida del Derecho en un más amplio entorno. El espíritu que alienta el devenir histórico lo encontró en la filosofía idealista de Benedetto Croce, en aquellos momentos en pleno auge en Italia. Pero en Croce encontró, también, que el Derecho, en cuanto actividad práctica, se desvanecía en la economía —en una historia ética—, que en definitiva no era sino algo que a su vez se resolvía en la Historia política o general. La Historia del Derecho veía negada de este modo su entidad. La preocupación de Paradisi ha sido, desde entonces, afirmar esta entidad de la

1. BRUNO PARADISI, *Apologia della storia giuridica*. Bologna, Società editrice Il Mulino, 1973, Colección «Saggi», núm. 129; 545 págs.

Historia jurídica, dentro de la propia filosofía crociana; la justificación, o como ahora dice, la *apología* de su existencia, sobre bases nuevas. Esta postura la mantiene Paradisi en todos sus escritos a lo largo de un cuarto de siglo, cualquiera que sea la ocasión o el tema concreto, por lo que no es de extrañar que en el medio millar de páginas que abarca esta compilación se insista una y otra vez en el tema, bajo uno u otro ángulo, y haya reiteraciones de los mismos puntos de vista; y que escribiendo al juzgar otras posturas, su pensamiento completo no aparezca expuesto de un modo sistemático sino a través de comentarios y juicios aislados, al calor de la polémica.

Aunque Paradisi se declara no filósofo (pág. 483), todo su razonamiento es puramente filosófico, y esto lo destaca él mismo cuando aludiendo a otro gran renovador de los estudios histórico-jurídicos —Francisco Calasso—, con el que en muchos aspectos coincide, pone de relieve el manifiesto desinterés de éste por los problemas de la filosofía (págs. 187-191); desinterés común a los historiadores del Derecho italiano (págs. 196-197). El planteamiento filosófico de Paradisi le lleva a enfocar el origen y desarrollo general de la historiografía jurídica, y en especial el de la italiana, más que en sus realizaciones y logros efectivos —que subraya—, en función de sus orientaciones y perspectivas. Expresiones usuales entre los historiadores del Derecho se utilizan por Paradisi en acepciones peculiares, creo que en ocasiones muy personales, que conviene precisar para poder comprender con exactitud su pensamiento. *Filología* es para él el método crítico y su aplicación, en especial el que se aplica en la investigación histórica en el siglo XIX (págs. 426 y 454-458). *Storia* no es para él ni el pasado, ni el devenir; sino la realidad política, religiosa, social, económica, cultural, etc., que existe en un momento dado (págs. 9, 29, 31-32, 49, etc.). Toda esta realidad en el transcurso de los tiempos constituye la *historia*; pero es también *historia*, y en esta acepción emplea casi siempre la palabra, la realidad temporal en que en un momento determinado existe el Derecho. Paradisi no da una definición de lo que entiende por *Derecho*, aunque en forma dispersa lo caracteriza como algo que no es un fenómeno de la naturaleza ni creación de una ciencia técnica (pág. 262), sino que es la propia actuación humana, que en sí es un hecho real (página 85); pero que, por atribuírsele la condición de ser la mejor regla de conducta posible (pág. 243) y reconocérsele efectos jurídicos (págs. 9 y 88), resulta, conforme con el pensamiento de Croce, ser algo formal y abstracto (pág. 35 n. 46 y pág. 262). *Dogmática*, que en rigor es el complejo de operaciones lógicas que se realizan en torno a las normas del Derecho positivo para llegar a construir un sistema basado en principios y axiomas y desarrollado de modo racional y coherente (págs. 10-11), se entiende habitualmente por Paradisi, sin duda porque la dogmática jurídica del siglo XIX y

del actual incurrió en ello; como una construcción técnica puramente lógica y abstracta, formulada en dogmas y preceptos (v. gr., páginas 10-11, 64, 261, 289-290 y 390-391). Conforme a estas acepciones hay que entender los planteamientos de Paradisi cuando habla de *historia y derecho*, de *historia y dogmática* (en especial, pág. 259-272 y 361-424) o de *historia y filología* (págs. 425-460).

Paradisi contempla el Derecho no como algo que exista por sí, con entidad autónoma, sino como uno de los elementos de la cultura de una sociedad; cultura que constituye un todo indivisible, sin compartimentos ni límites (pág. 271); que es manifestación de la voluntad colectiva de una sociedad cuyo espíritu se exterioriza de modo peculiar en todas las manifestaciones de su actividad (páginas 46 y 275), de tal manera que cualquier acto o institución sólo puede ser concebido y valorado en función del todo a que pertenece (págs. 366-367). El Derecho no es, como con frecuencia se considera, la forma de lo político (págs. 308-314), sino la organización coherente de las relaciones humanas y su sistemática representación conceptual (pág. 70). Lo jurídico no lo es *per se*, porque haya un principio superior que le otorgue este carácter, sino porque en cada momento se reputa e interpreta como tal (págs. 243 y 261-262). Por eso, el sistema jurídico no es algo abstracto, un conjunto de normas formuladas como una abstracción intelectual, sino un hecho histórico, una realidad primaria, algo que responde a la organización social y a un complejo de normas implícitas en ésta (pág. 85); algo que tiene su razón de ser y encuentra su justificación en cuanto corresponde al momento y contexto histórico en que se formula (página 390). De ahí, que concluya Paradisi que el punto de vista del historiador del Derecho no está en el Derecho, sino fuera de éste, en el inmenso campo de la historia —de la realidad— en el que el Derecho está también comprendido (pág. 266); y que el objeto de la Historia del Derecho no deben serlo las normas jurídicas sino la sociedad (pág. 46).

Este encuadramiento pleno del Derecho en la realidad social —en la *historia*— hace que Paradisi conciba la Historia del Derecho como historia plena. Para él, coincidiendo con Croce —y también con los historiadores modernos (págs. 242-243)— no hay diversas Historias especializadas, sino una sola; la que Croce llama *política* y otros *total*, *integral* o *social*; en consecuencia, la distinción entre Historia política e Historia del Derecho es condenada (págs. 64, 276-279, 307, 316-317 y 330). Pero Paradisi, que es historiador del Derecho, no puede coincidir con Croce, para el que la Historia del Derecho se integra y diluye en la general (págs. 356 y 478-482), pues si bien reconoce que la Historia jurídica no se distingue de cualquier otra mas que por su objeto particular (pág. 280), no olvida que aquélla tiene problemas propios (págs. 242-243). No es que haya que eliminar un campo propio de ella, puesto que la Historia jurídica

ha de tener una visión completa de la realidad social (pág. 54). Lo que la caracteriza es que ha de atender al «comportamiento» de la sociedad (pág. 68), que constituye el aspecto jurídico de la realidad entera, el modo de ser jurídico de toda la *historia* (pág. 88), el vínculo que une al Derecho con su época (págs. 266 y 525); tal como los juristas romanos operaban sobre la realidad de su tiempo (pág. 393). La Historia del Derecho debe reconstruir e interpretar el Derecho como producto de la historia: de la realidad (pág. 485). «Habiendo sostenido —dice— que en general la Historia del Derecho es verdadera y plenamente tal sólo si en ella se trasvasa toda la historia, diremos aún que la historia de una institución, de un sistema de instituciones, de un ordenamiento entero, debe ser concebida de modo que cuanto en ellos es propiamente jurídico no sea otra cosa que el aspecto jurídico de la realidad entera, el modo de ser jurídico de toda la historia» (pág. 88). E incluso debe actuar sobre la Historia general, llegando a convertirla en Historia del Derecho, ya que esta última no puede anularse en la política, sino que debe asumir el significado de ésta en la jurídica, y viceversa (pág. 356). «Así como la Historia jurídica puede y debe convertirse en Historia política, así también esta última debe, de vez en cuando, transformarse y convertirse en Historia jurídica, cuando el Derecho se ponga en toda su complejidad en el centro del interés historiográfico» (págs. 50-51). Porque la comunidad humana no es otra cosa que el Derecho; la sociedad en cuanto Derecho (pág. 104). Se comprende así, que piense que la Historia del Derecho como mera consideración técnica de los hechos jurídicos carece de identidad (pág. 35, n. 46), que limitada al estudio de la dogmática jurídica como pura técnica sea insatisfactoria, si no ve la dogmática como historia-realidad (págs. 67-68 y 378-387), y que su tratamiento puramente filológico nos deje a mitad de camino (págs. 268-269). Todo esto es necesario, pero sólo instrumental. Es necesario llegar a una síntesis (pág. 245), en la que se destaque el presupuesto contenido en la unidad del espíritu y en la unidad del Derecho como organización coherente de relaciones humanas y de su sistemática representación conceptual, de modo que la síntesis histórica aparezca como síntesis jurídica del desarrollo de aquel presupuesto (págs. 69-70); como razón que califique los hechos en una dimensión que corresponda al desarrollo del espíritu en el tiempo (pág. 405) y destaque como hilo conductor del conjunto (páginas 420-421). La búsqueda de esta interpretación —de lo que califica de «juicio político» (en el sentido de la *polis*; págs. 477-478)— es la que ha de caracterizar una nueva Historia del Derecho (págs. 57-58).

Paradisi nos dice cómo ha de ser esta nueva Historia del Derecho, no como realizarla; y eso que destaca los graves peligros que nuestra disciplina ha corrido y aún corre debido a lo incierto de su metodología (págs. 384-385).

La dificultad suma que representa para el historiador del Dere-

cho conciliar y armonizar la presentación de uno o varios sistemas jurídicos —en los que predomina una consideración estática de los mismos— con la de sus cambios y transformaciones —que muestran su dinámica—, no se encuentra considerada en estos estudios. Cuando en ellos se habla de *historia* y *dogmática* no se alude, como es habitual en la bibliografía europea, a los problemas que suscita esta distinta contemplación dinámica y sistemática y su coordinación; sino a la oposición entre una consideración abstracta puramente técnica del sistema (*dogmática*) y otra en la que este se explica y razona en función de la realidad social del momento (*historia*). En este sentido es como se consideran una y otra opuestas e irreducibles (págs. 260-261); en el que se rechaza la exposición de la historia de un sistema como pura y simple evolución interna de las instituciones sin referencia a la realidad (pág. 85) y en el que historificar la dogmática equivale a explicar ésta por las condiciones del medio en que el sistema rige (págs. 379-380). En cambio, la habitualmente llamada *Historia dogmática* se considera aquí como aquella que estudia el sistema jurídico en sí mismo, sin consideración a la realidad en que vive, como un mundo cerrado autónomo que evoluciona por sus propios impulsos (pág. 63), dando lugar, al estudiarlo en sí mismo, a una visión naturalista (págs. 259-260), que es recusable (págs. 72-74). Los cambios del Derecho a lo largo del tiempo no son objeto de especial atención. Una alusión incidental al orden jurídico que se compara con un reloj, con sus engranajes y ruedas que giran al mismo tiempo con velocidades muy distintas —donde el movimiento de unas es claramente perceptible, el de otras más lento y aun el de algunas parece no existir (págs. 488-489)—, que pudiera llevar a tratar del tiempo histórico —con sus ciclos de larga y corta duración o los acontecimientos transitorios— y su apreciación en la evolución del Derecho, no da pie a una consideración de ésta. Sólo de pasada se alude al fenómeno de la «continuidad» de la dogmática jurídica y de las instituciones (págs. 259-260), que se supone en realidad no hay que atribuir tanto al Derecho como a las condiciones sociales o políticas (pág. 270). La crítica de los sistemas expositivos de la historia jurídica que se ocupan por separado de las fuentes, el derecho público, el privado, el penal y el procesal, y la propuesta de cursar por separado el Derecho medieval y el moderno (págs. 285-306), nos indican de un modo muy general cuál es el criterio de Paradisi sobre la forma de destacar la evolución del Derecho.

Dado lo que el Derecho es en la realidad social se comprende que, para Paradisi, el ángulo visual del historiador del Derecho no se sitúe en éste, sino en el inmenso campo de esta realidad en la que el Derecho se encuentra (pág. 266) y que la Historia jurídica se conciba como Historia de problemas de la vida y no de la dogmática o la técnica jurídicas (págs. 378-379); que conceda importancia

secundaria a la reconstrucción del sistema de normas (págs. 289-290) y la atribuya esencial, en cambio, a descubrir la armonía de las instituciones (págs. 90-91), la relación entre dogma e historia (páginas 260 y 525), la medida en que el sistema expresa e interpreta la realidad (pág. 487) y la razón del mismo (págs. 10-11). Naturalmente, el criterio expresado hace mucho tiempo por Brunner, y tantas veces repetido, de que lo que no se puede concebir dogmáticamente es materia muerta para la Historia del Derecho, es rechazado por Paradisi (pág. 61 n. 98). Nada se encuentra en la *Apología* que nos indique con alguna precisión cómo éste concibe una exposición general del desarrollo histórico del Derecho. Es evidente que las líneas generales de éste y las fuentes como hitos que van jalonando y caracterizando el curso histórico, pueden ser objeto de una exposición de este tipo, y el propio Paradisi nos ha dado una excelente; el procedimiento, sin duda, soslaya las dificultades que entraña el tratamiento del sistema jurídico (pág. 220). Pero no se ve claro cómo de esta forma pueden estudiarse las instituciones y cómo vencerse las dificultades que se presentan como ineludibles cuando se estudian éstas. Los estudios de Paradisi sobre éstas se encuentran en la línea tradicional de la historiografía que aquí se combate.

La concepción de la Historia del Derecho a que llega Paradisi por vía filosófica no difiere esencialmente de la que elaboró Calasso con su profundo sentido histórico, ni de la que desde fuera de nuestra disciplina han forjado los historiadores generales. Superada la larga y brillante etapa en que los historiadores del Derecho bajo el influjo de la Escuela histórica trataron de reconstruir el sistema jurídico del pasado de un modo técnico y conceptual sin inmediata conexión con las condiciones del medio en que se había formado —no se olvide que inicialmente lo elaboraron cara al futuro, para que sirviera de base a la codificación—; y superado también el momento en que bajo la influencia de Kelsen algunos propusieron reconstruir un Derecho puro sin relación con lo metajurídico —recuérdese a Pitzorno y Cabral de Moncada—, los historiadores actuales del Derecho son conscientes de que éste sólo puede comprenderse en función del medio en que se forja y vive. La «Historia de las instituciones y de los hechos sociales» introducida en los planes de estudio franceses no supuso una innovación radical, pues como observó G. Lepage (*Histoire des institutions et des faits sociaux, 987-1875* [París 1956] págs. 1-11), los grandes maestros de su patria habían insistido sobre ello. Que el modo de ponerlo de relieve fuera o no acertado y eficaz, es una cuestión distinta. Lo que en esta «Historia de las instituciones» establecida en Francia sustituyendo a la «Historia del Derecho» puede haber de recusable, desde mi punto de vista, es el desplazamiento de lo jurídico, objeto central en esta última, para situar en el primer plano de la atención el

hecho social o las instituciones, con su complejidad política, religiosa, moral, social, económica, etc., relegando a lugar secundario el Derecho.

Esa Historia total, o social —porque en definitiva es la del hombre en sociedad—, que absorbe y unifica en un proceso único todas las Historias especiales, y con ello, toda la acción del hombre y su obra, nadie la ha negado nunca. Lo que ocurre es que si es fácil de concebir, es difícil o imposible de realizar de un modo completo porque no tiene límites. El historiador, en cambio, es limitado, carece de la capacidad intelectual de abarcarla toda —necesitaría ser un dios—, y no dispone, en sus cursos o en sus libros, más que de un espacio también limitado. Forzosamente ha de restringir su campo de atención, sea para destacar las grandes líneas —lo que afecta, caracteriza y condiciona al todo (pero, ¿se sabe con certeza qué es éste?)— sea para centrarse en unos temas concretos. Basta examinar cualquiera de las obras históricas de conjunto más recientes para comprobar lo dicho; y si en ellas buscamos lo jurídico, se verá en cuán poca e inexpresiva cosa ha quedado. La integración de la Historia del Derecho en la Historia total, en la que ya no forma un capítulo sino que se diluye en ella, no ha aportado nada a nuestra ciencia.

Si esta integración se entiende como la necesidad de comprender el Derecho en estrecha vinculación con las restantes manifestaciones de la vida y la cultura de un pueblo, puesto que él es una más de éstas, nada hay que objetar en principio, porque es cosa que han venido repitiendo sin cesar los historiadores del Derecho. Aunque tiene un riesgo, evitable si se tiene conciencia de él: que al estudiar el cuadro en que se mueve el Derecho la atención se ponga más en aquél que en éste. No es cosa de discutir si la política, la filosofía, lo social o lo económico son más o menos importantes, o interesan más que el Derecho. Pero si es éste lo que se trata de estudiar, y ésta es sin duda la tarea propia del historiador-jurista, es evidente que hay que ocuparse fundamentalmente del Derecho y no de los otros aspectos involucrados en él; del Derecho en su integridad —no sólo de lo que tiene repercusión en la historia general (¿y cómo puede saberse qué es lo que la tiene si sólo en parte se conoce?)—, en sus principios, en su técnica, en su dogmática y en sus normas; con sentido y método de jurista. Es indudable que el historiador del Derecho ha de sentir la historia —no sólo saberla— y conocer sus métodos; que ha de ser auténtico historiador, porque el que sin serlo se pone a hacer historia jurídica rara vez consigue hacerla con éxito. Pero ha de ser también jurista por temperamento y con técnica. Y al ocuparse del Derecho del pasado, si es jurista por vocación, estudiará el Derecho; no la historia. Pensando en la intención y finalidad del estudio, no en el medio en que está situado el objeto

o en el método que en parte ha de aplicarse, es por lo que insistí en 1952 en que había que considerar la Historia del Derecho como ciencia jurídica (en este *Anuario* 23 [1953] 22-34).

Una Historia del Derecho embebida en la Historia general puede interesar a mayor número de personas y resultar más accesible al no especializado. Pero el jurista como tal, no como hombre interesado por la cultura, si realmente desea conocer el Derecho (y no sólo aquello que le sirva para su ejercicio profesional), mostrará su preferencia por el estudio de su historia desde el campo jurídico. En todo caso, el planteamiento metodológico de una ciencia no puede depender del número de personas que se sientan atraídas por ella.

Por otra parte, concebir la Historia del Derecho como ciencia jurídica es plenamente compatible con la consideración del Derecho como fenómeno de cultura en función de ésta, pues hacerlo de ese modo no supone necesariamente que haya que contemplarlo como algo puro y aséptico. El Derecho ordena la vida social y si se quiere comprenderlo hay que conocer ésta: lo que es objeto de regulación, lo que inspira y motiva la ordenación —que con frecuencia no es jurídico, sino político, religioso, moral, social, económico, etc.—. Todo esto puede y debe estudiarse con el criterio correspondiente, pero la ordenación, es decir, el Derecho, ha de ser estudiado jurídicamente si no se quiere deformarlo. No hay por qué sacrificar su rigor metodológico.

El resultado a que se llega desde una consideración de la Historia del Derecho como ciencia histórica o como ciencia jurídica, es el mismo en cuanto a la vinculación del Derecho con la sociedad y su cultura. Pero cambia la perspectiva, que en el primer caso se contempla desde el punto de vista del desarrollo de la sociedad y en el segundo desde el del Derecho; con la ventaja, en este caso, de ser el adecuado a la mentalidad del jurista. Estudiando el desarrollo histórico del Derecho con esta última concepción jurídica, no de arriba abajo —desde los principios y esquemas generales del ordenamiento hasta las regulaciones particulares— como hizo el positivismo dogmático, sino centrando la atención en los problemas y en las instituciones, que constituyen las situaciones o relaciones básicas de la vida social, para estudiar cuál es la ordenación jurídica que ellas reciben, desaparece toda abstracción y el Derecho cobra realismo y dimensión social. A la vez que se obvian las dificultades que en un planteamiento de Historia total surgen cuando no se trata de estudiar las grandes líneas del desarrollo sino las instituciones concretas. Tales dificultades creo haberlas superado en mi *Manual*, que concebido como obra para juristas ha resultado ser menos dogmático que mis otras exposiciones de conjunto anteriores y, valga la expresión, más *histórico* que ellas.

Yo preconizo una *Historia institucional*, que califico así porque

centra la atención primaria en las instituciones de la sociedad; en esas relaciones o situaciones básicas en la vida de ésta y que, por serlo, gozan de arraigo y larga vida —y no en las divisiones convencionales del sistema jurídico (derecho público, privado, etc.).—; en el conocimiento de la estructura de las mismas y de su función. Que destaca luego la consideración social —individual y colectiva— de estas situaciones y relaciones conforme a las convicciones religiosas y morales, a las ideas filosóficas, jurídicas, sociales y económicas, a los intereses políticos o de cualquier clase, y en general, de todo cuanto influye en el juicio y opinión de los hombres; todo esto, que no es jurídico o sólo lo es en parte, es lo que hace que aquellas situaciones sean reguladas de una u otra manera. Al tomar en cuenta todo esto creo coincidir con la preocupación de Paradisi por la *storia* y dar al Derecho una razón, una justificación y un sentido. Pero una vez que de lo anterior ha surgido el Derecho —cuando valorada una institución por la sociedad ésta la ordena—, creo necesario y obligado consagrar a éste toda la atención, no con la mentalidad de jurista moderno que proyecta hacia el pasado sus ideas, sino con la preocupación de comprender cómo aquella realidad fue ordenada con arreglo a la ideología y los medios técnico-jurídicos de su tiempo (conceptos, principios formulados, lógica y metodología jurídicas, criterios de interpretación, etc.); cómo los distintos grupos o niveles sociales —legisladores, teólogos o filósofos, juristas, jueces, funcionarios, pueblo en general— trataron de ordenarla, o entendieron la ordenación que se dio. Lo *vulgar*, o lo *vulgarizado*, tiene aquí distinta acepción de la que hoy se le da, y no puede considerarse un «estilo» (comparto aquí lo que dice Paradisi, páginas 503-518). Y también creo obligado estudiar cómo este Derecho actuó sobre la sociedad, en los aspectos que hoy preocupan a la *Sociología jurídica*. En este tratamiento del Derecho creo que debe procederse a fondo, sin concesiones o atenuaciones para hacerlo accesible o atractivo a los no juristas.

La preocupación por los problemas de orientación y método de la Historia del Derecho que desde hace un cuarto de siglo compartimos el Profesor Paradisi y yo, nos ha conducido a planteamientos y métodos radicalmente distintos, que sin embargo llevan en buena parte a las mismas conclusiones.

Es una satisfacción releer en las páginas de esta *Apología* viejos trabajos, tantas veces examinados, en los que campea la gran cultura de su autor, su agudeza y su calidad literaria. Sólo se echa de menos el manejo de la bibliografía española sobre el tema, que aunque escasa no carece de interés; y que puede servir para el contraste de puntos de vista.

Y una última observación, para mostrar mi extrañeza ante el hecho de que reputándose unánimemente que el Derecho es un

fenómeno social de cultura y como tal histórico, para estudiar los problemas del mismo se acuda sólo a las obras de orientación y metodología históricas y no a las excelentes del mismo carácter sobre Sociología y ciencia de la cultura. En esta *Apología* del Profesor Paradisi se habla repetidamente de la *Sociología*, pero siempre entendida como ciencia abstracta, generalizadora y dogmática, ahistórica o pseudohistórica, que busca grandes síntesis con olvido de lo concreto. Comparto la repulsa de esta Sociología (págs. 378, 407, 414-416 y 499-500) y la de los «tipos» propuestos por ella (págs. 52-53, 263-264, 353-354, 380, 409, 412 y 499-500). Pero creo, en cambio, en la gran utilidad metodológica de los estudios de Sociología y Antropología cultural sobre dinámica y estática social y cultural —es el mismo problema que plantea la evolución de un sistema de Derecho—, nacimiento, conservación y transmisión de la cultura —el Derecho forma parte de ella—, participación del individuo y de la sociedad en ello, etc. Y también, en el interés de los problemas que plantea la *Sociología jurídica* al contemplar tanto el Derecho desde la sociedad como el impacto de aquél en ésta.

II. LA HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO

El prestigioso Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Francfort, que dirige el Profesor Helmut Coing, acorde con la temática propia del mismo, ha iniciado, a los nueve años de su fundación, la publicación de una obra ambiciosa y sin precedentes en la literatura científica, consagrada a la Historia del Derecho europeo; en el primer tomo, único hasta ahora publicado, a las fuentes y literatura del mismo hasta 1500¹. Vaya por delante el elogio de la obra no sólo porque viene a llenar un vacío, sino también, y de modo muy especial, porque su calidad la hace merecedora de él. Sin hipérbole, puede afirmarse que se trata de una obra fundamental, de manejo indispensable y que abre una nueva dirección en los estudios histórico-jurídicos. Sin perjuicio de lo cual, y aun por ello mismo, cabe suponer ha de ser probablemente ocasión de amplias discusiones y polémicas. Sin esperar a la aparición de éstas, el interés que la obra ha despertado en mí me mueve a exteriorizar algunas consideraciones que su lectura provoca.

En primer lugar, hay que destacar la novedad que supone la publicación de una Historia del Derecho europeo. El estudio histó-

1. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Erster Band, Mittelalter (1100-1500): Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*. Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, herausgegeben von Helmut Coing. München, C. H. Beck'sche Verlagschhandlung, 1973; XXIV + 913 págs.

rico del Derecho se inició en el siglo XVI en el campo estricto del Derecho romano y en el de los diferentes Derechos nacionales que entonces pugnaban por afirmarse frente a él. Tras la apertura universalista de Montesquieu, que en su *Esprit des lois* contempló un amplio panorama de sistemas jurídicos, aparecieron en el siglo XIX, en estrecha conexión con la nueva ciencia de la *Legislación comparada*, algunas Historias universales del Derecho a partir de las primeras altas culturas —recuérdese a Lermínier y Ahrens—, a las que siguieron otras que se remontaban, y en parte se ceñían, a las prehistóricas y las de los pueblos salvajes —v. gr., las de Maine, Post, Kohler, Leist, etc.—. Pero los intentos de una Historia universal, o de grandes ámbitos, del Derecho, no progresaron. La investigación histórico-jurídica seria, la realizada con rigor científico, se centró, y así ha continuado hasta nuestros días, en el estudio concreto de alguno de los Derechos nacionales —el romano, el alemán, el español, el francés, el italiano, etc.— o confesionales —el canónico, judío o musulmán—. Hoy día no existe una obra aceptable de Historia universal del Derecho, o del europeo, americano u oriental. Lo que contrasta con la abundancia de obras de Historia universal, de Europa, de América o del Oriente, que se ocupan de lo político o cultural (arte, literatura, economía, etc.). Por ello, una Historia del Derecho *europeo* destaca por la amplitud de su ámbito con el marco nacional a que suele ceñirse la moderna bibliografía.

No significa esto que no interese la Historia del Derecho en una amplia perspectiva supranacional, y prueba de ello es que existen actualmente Centros de investigación o coordinación de estudios proyectados hacia ella. La meritoria *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, desde 1935, o el *Centre d'Histoire et d'Ethnologie juridiques* de la Universidad Libre de Bruselas, desde 1959, han promovido estudios que sin duda preparan y facilitan la elaboración en su día de una Historia universal del Derecho. Lo mismo que otros Institutos de diversas Universidades —v. gr., Friburgo, París y Würzburgo— orientados hacia la Historia comparada del Derecho, o más concretamente —el de Francfort y los de Viena y Linz—, consagrados a la Historia del Derecho europeo. Sin olvidar que, en una u otra medida, el estudio comparado de la Historia del Derecho ocupa siempre un lugar en la moderna investigación. Y que en el aspecto de la docencia existen en algunas Universidades cursos de Historia universal o general del Derecho, y que en la Facultad internacional para la enseñanza del Derecho comparado, que tiene su sede en Estrasburgo, se viene explicando desde un principio —yo mismo lo he hecho—, aunque sea en forma esquemática, la historia del Derecho europeo. Si esto no obstante, la investigación histórico-jurídica continúa centrada preferentemente sobre ámbitos nacionales, la razón de ello ha de buscarse no en la falta de interés por lo universal o europeo, sino en otras causas.

Existe, sin duda, una dificultad extraordinaria para el conocimiento de los Derechos no propios a escala universal, porque los mismos no han sido objeto de estudio, como otras manifestaciones políticas o culturales (arte, literatura, etc.) que son tratadas por la Historia general; pero esta dificultad es mucho menor, aun siendo grande, si la atención se dirige sólo al ámbito europeo, que pese a ello tampoco ha sido estudiado hasta ahora. Creo que la causa principal de que el estudio de la Historia del Derecho se haya centrado en ámbitos nacionales hay que buscarla, ante todo, en la orientación acentuadamente jurídica que desde hace un siglo se manifiesta en él. Al margen de la discusión teórica de si la Historia del Derecho es una disciplina histórica o jurídica, de hecho sus modernos cultivadores se han esforzado por tratar la materia jurídicamente. Y al hacerlo, se han visto condicionados por la naturaleza misma del Derecho, que no es otra cosa que el ordenamiento de una determinada comunidad; tal como los romanos definían el *ius civile*. Fuera de una comunidad dada no existe un Derecho, como no sean unas escasas normas de vigencia supranacional; el propio *ius gentium* concebido a la romana no constituye un sistema jurídico. El estudio del Derecho como *sistema jurídico* sólo es posible en el marco de la comunidad en que rige. Cosa distinta es el estudio del Derecho como *fenómeno cultural*. Puesto que la cultura —lengua, religión, arte, técnica, etc.— no se identifica necesariamente con una sola comunidad, sino que puede ser común a varias de éstas, también el Derecho, visto como producto de cultura, puede ser contemplado en una más amplia perspectiva.

Todos sabemos, aunque hayamos profesado cursos o escrito libros de Historia del Derecho español —o del alemán, francés, inglés, italiano, etc.—, que en tiempos pasados no ha existido un Derecho alemán, español, francés, inglés o italiano, sino que han coexistido en cada país sistemas jurídicos diferentes. Hace un siglo, en España estos distintos sistemas —el castellano, el aragonés, el catalán, etcétera—, al menos los más importantes, se trataban por separado; hoy, cuando ello es posible, se funden en una exposición conjunta, como suelen hacerlo también los especialistas de otros países. Hoy predominan las obras generales de Historia del Derecho alemán, español, francés, etc., frente a las que se ocupan de sólo alguno de los que lo integran —catalán, navarro, bávaro, siciliano, etc.—. Pero el criterio hoy seguido para delimitar el ámbito espacial no es jurídico, sino político —lo que hoy es España, Francia, Italia— o cultural —los pueblos de habla alemana.

¿En qué medida cabe hablar de un *Derecho europeo* y hasta qué punto es o no arbitrario delimitarlo a objeto de su estudio? Evidentemente, Europa no ha sido ni es una comunidad regida por un Derecho. Ni tampoco ha constituido nunca un mundo cultural homo-

géneo ni uniforme; sólo en contraste con otros mundos muy diversos puede hablarse, como una abstracción, de Europa o el Occidente. Hubo, sí, una comunidad política y un Derecho de ella en el mundo romano —fuera el de la *Urbs* o el del Imperio—; pero que no abarcó toda Europa ni se limitó sólo a ella. No hubo una comunidad ni un Derecho tras las invasiones germánicas, ni tampoco hubo un Derecho germánico que entonces unificara Europa, ni siquiera la occidental. Aunque la labor de los germanistas, buscando o rastreando por todos los países de Europa elementos o huellas del Derecho germánico, les llevará en el primer tercio de nuestro siglo a proclamar el triunfo y vigencia de él en todas partes; y a muchos historiadores de algunos países, especialmente de Italia y España, a concebir el Derecho del suyo como mera extensión y adaptación del germánico, con la consecuencia metodológica de exponer el Derecho germánico general —o traducir o resumir obras referentes a este— con notas del nacional, como comprobantes de su vigencia o adaptación; de donde resultaba, aparentemente, la existencia en los siglos V al XII de un común Derecho *européo* de cuño germánico.

Sí hubo, en cambio, sin perjuicio de particularismos, un Derecho canónico que, al cristianizarse todos los pueblos, rigió en todo el Occidente europeo hasta comienzos del siglo XVI. Y hubo, también, en este mismo ámbito, a partir del siglo XII, un sistema jurídico basado fundamentalmente en el romano y en el canónico que fue conocido y cultivado por los juristas de todos los países hasta convertirse en un *ius commune*. Y tras él, sólo hasta cierto punto, puesto que careció de la homogeneidad del anterior, un sistema de Derecho natural y de gentes cultivado por minorías cultas. Pero al lado de ellos, u oponiéndose a los mismos, desde la Baja Edad Media, con el fortalecimiento del Poder público y de las nacionalidades, se desarrollaron y arraigaron los Derechos propios de cada Estado.

A la vista de lo anterior, como *sistemas jurídicos* comunes a toda Europa, en este sentido, propiamente *européos* —aunque también proyectados desde el siglo XVI al XIX a América—², sólo pueden considerarse el canónico, el romano-canónico y el yusnaturalista; bien entendido que, salvo el canónico, que rige la vida de una amplia comunidad religiosa (restringida a partir de la Reforma), el romano-canónico y el yusnaturalista son objeto de cultivo por una minoría de juristas, y sólo el primero, aunque en diferente

2. Coing alude a la importancia de esta proyección, aunque excluye de su obra el tratamiento de la misma por la dificultad de su estudio (pág. 7). En este mismo volumen del *Anuario* (págs. 157-200) puede verse mi comunicación al III Congreso de la Sociedad italiana de Historia del Derecho (Florencia 1973) sobre *La ciencia jurídica en la formación del Derecho Hispanoamericano en los siglos XVI al XVII*, leída en sesión presidida por el profesor Coing, que se publicará en las Actas de dicho Congreso y con autorización de sus organizadores se reproduce aquí.

medida a partir de su recepción en cada país, Derecho vigente. Todos los otros sistemas jurídicos, incluso el feudal y el mercantil (aunque estos con amplia esfera de vigencia), son europeos únicamente en cuanto rigen a comunidades radicadas en Europa —en este sentido lo es también el privativo de cualquier ciudad—, pero no por ser comunes a toda ella. Sólo en una perspectiva geográfica o cultural —no en la política o jurídica— pueden considerarse europeos.

En la concepción de la obra planeada por Coing a primera vista lo europeo se entiende en esta doble acepción. De un lado, como *europeo* se trata el Derecho que es común a toda Europa —el romano-canónico y el natural—; de otro, el nacional propio de cada uno de los países de ésta, con exclusión de Rusia. Pero en este punto la inclusión o exclusión de los Derechos nacionales en la obra viene determinada no tanto por su ubicación en el marco geográfico de Europa —en el que, conforme a la costumbre, habría que incluir a Rusia—, como por la presencia en ellos de rasgos jurídicos que se consideran característicos del Derecho común que es propio de ella: de la existencia de una ciencia jurídica y de codificaciones —aunque a veces se trate no de un fenómeno pleno, sino de meras influencias— (pág. 7); con esto, los distintos sistemas jurídicos en que tales caracteres se dan —los que suelen integrarse por los comparatistas como «familia del Derecho civil» o romanista (págs. 6-7)— resultan caracterizados no por su vigencia general o su encuadramiento geográfico, sino por presentar rasgos que de hecho se definen como *europeos* y que tienen su origen en el Derecho común romano-canónico y en los códigos de Justiniano (págs. 4-5); es decir, en el Derecho auténticamente europeo por su ámbito de difusión. De donde resulta que el Derecho *europeo*, objeto de la obra, es tanto el erudito, común en toda Europa, como los nacionales en la medida en que son influidos por él y muestran rasgos comunes (pág. 4). Con lo cual juega aquí, para determinar qué es lo *europeo*, aunque no se advierta, la consideración del Derecho más que como sistema jurídico como fenómeno cultural, según antes se ha señalado; porque el director de la obra no olvida que el Derecho es parte de la cultura y está íntimamente relacionado con ésta (pág. 15).

El Derecho plena y propiamente europeo que constituye el centro de la obra —en la primera parte (contenida en este tomo) y en la primera sección de la segunda (aún no publicada)—, es el Derecho culto romano-canónico creado y cultivado por los juristas formados en las Universidades y enseñado en éstas; un Derecho elaborado por juristas de toda Europa al margen del de su propia patria, difundido por todas partes y expuesto en obras que se utilizan y comentan en países muy distantes de aquél en que se escribieron. Un Derecho que, aunque basado fundamentalmente en el de Roma, ya no es

romano; que, aunque construido en gran parte en Italia, no puede identificarse con el de ésta, porque es un sistema nuevo producido en Europa y difundido en ella como un *ius commune*. Un Derecho sobre el que luego se apoya, para llegar a una construcción más abstracta, el nuevo sistema del Derecho natural —objeto de la segunda sección de la segunda parte (aún no publicada)—. Uno y otro son Derechos auténticamente *européos*, por su elaboración colectiva, que no puede atribuirse a un solo país, y por su difusión.

Estos sistemas jurídicos que, pese a su importancia extraordinaria en la formación de los Derechos europeos modernos a partir del siglo XII, no habían sido objeto de un estudio amplio y comprensivo, son los que, hace poco más de un cuarto de siglo, constituyen en Alemania el objeto de una nueva disciplina jurídica: la *Historia del Derecho privado moderno* (*neuere Privatrechtsgeschichte*). Dando al adjetivo «moderno», o al sustantivo «Edad Moderna» (empleado por Wieacker), un sentido lato, porque los comienzos del mismo se remontan al siglo XII. Lo «moderno» supone aquí más que un concepto cronológico, una exclusión de lo germánico y precientífico. La finalidad perseguida por esta disciplina había sido ya sentida años antes, aunque con alcance más restringido. En el decenio de los años 30 se había intensificado en Italia el estudio del *Diritto comune* romano-canónico como disciplina universitaria distinta de la Historia del Derecho italiano, aunque sin duda conexas con ésta, y a ella habían dedicado exposiciones generales Besta, Ermini, Leicht y Callasso; pero este Derecho común constituía sólo una primera etapa, aunque sin duda decisiva, en la formación del Derecho moderno, y tal como era estudiado se centraba en el mundo italiano. La «Historia del Derecho privado moderno» concebida en Alemania no se limita a aquél, sino que abarca también el natural y de gentes y aun grandes corrientes científicas del siglo XIX y, al mismo tiempo, se abre a aquellos países europeos que participan en su elaboración o reciben de modo notable su influencia —así, en los libros de Molitor (1949) y Wieacker (1952); sólo el pequeño manual de Wesenberg (1954) centra el estudio en Alemania, aunque situándolo en el marco del desarrollo jurídico europeo. En cualquier caso, esta Historia del Derecho privado moderno se concibe como Historia del pensamiento y de la ciencia jurídica y no del Derecho positivo. La referencia al «Derecho privado» tiene su razón de ser en la coexistencia de otras disciplinas con un contenido tradicional: la Historia del Derecho alemán, la Historia constitucional de la Edad Moderna o la de la Administración de justicia, en los que la ciencia jurídica referente a ellas era objeto ya de atención. Pero esta referencia al «Derecho privado» no supone una limitación a la elaboración científica en este campo; la llamada «Historia del Derecho privado moderno» interesa por igual a los cultivadores de cualquier rama del sistema jurídico. Dentro de esta línea, la obra de Coing —tal como

puede apreciarse por este primer tomo—, por un lado, tiene un alcance más restringido —se ciñe a las fuentes y literatura— y, de otro, uno mucho más amplio, porque se ocupa también de los Derechos patrios o nacionales, dedicándoles la mitad de las páginas.

Para un historiador español del Derecho la primera parte de este tomo consagrada a la «Ciencia» (págs. 39-397), las dos secciones últimas de la tercera —«Las fuentes del Derecho mercantil» (págs. 801-834) y «El desarrollo del *Corpus iuris canonici*» (págs. 835-846)— y la cuarta sobre «la jurisprudencia» y las colecciones de ella (páginas 849-856), tienen un especial interés. Hasta tiempos muy recientes, por ser medievalistas los maestros que formaron a los estudiosos, el cultivo de la historia jurídica se polarizó en la Edad Media, y bajo el influjo de aquéllos, en el Derecho altomedieval concebido como una manifestación del germánico, con evidente desinterés hacia el bajomedieval influido por el romano-canónico. Mas aunque hoy día se ha extendido ampliamente la atención a los tiempos modernos y el presunto germanismo del Derecho español se halla en crisis, la investigación continúa realizándose, por lo común, sobre las fuentes nacionales, con una superficial y evasiva alusión a que ellas recogen el Derecho romano; un Derecho romano que no se trata de precisar en la forma en que lo presentan los glosadores y comentaristas. Y, aunque este Derecho romano llega a recibirse como ley en los tribunales —en Cataluña y Navarra— y la doctrina jurídica medieval puede alegarse oficialmente en éstos —en Castilla desde 1427 a 1505— y, en todo caso, en cualquier parte, condiciona y deforma el Derecho nacional, la casi generalidad de los investigadores lo olvidan sistemáticamente. Los manuales que se ocupan de las fuentes del Derecho español —Galo Sánchez, Beneyto, Gibert, Lalinde, Pérez Prendes— prescinden, como de cosa extraña, de las del *ius commune*; no obstante ser básicas en aquél y, por su aplicación y utilización, ser en cierto modo españolas o españolizadas. La atención concedida a ellas en mi *Manual de Historia del Derecho español*, I (Madrid 1959; 5.ª ed., 1973) §§ 848-866, ha sido considerada como algo fuera de lugar, y, por supuesto, su tratamiento excluido de los programas universitarios de la disciplina. Pero es imposible comprender la evolución del Derecho español en la Baja Edad Media y en la Moderna prescindiendo de estas fuentes, y por ello se hace necesario insistir en la importancia de su manejo. Una reciente tesis doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid por el Doctor Gustavo Villapalos sobre «Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media castellana», ha mostrado hasta qué punto resultan ininteligibles la legislación y la práctica si se prescinde de la elaboración doctrinal de los tratadistas del Derecho común. De igual forma que la evolución del Derecho aragonés en la misma época resulta incomprensible si no se tiene en cuenta la obra de los mismos

tratadistas y su utilización por los juristas indígenas, como se refleja en las *Observancias* de Jacobo de Hospital, de próxima publicación por el Profesor Gonzalo Martínez Díez.

La dificultad que el manejo de las fuentes del *ius commune* entraña, y que aleja a los estudiosos de su manejo, queda ahora, en cuanto a información y método de estudio, en gran parte vencida en esta obra magistral. El capítulo del Profesor Coing sobre las Facultades de Derecho medievales y sus programas y técnicas de estudio (págs. 39-128), introduce al conocimiento de la formación general de los juristas de la época. En el debido al Profesor Peter Weimar sobre la literatura civilística de los glosadores (págs. 129-260), en el del Profesor Norbert Horn sobre la misma en la época de los comentaristas y en el Derecho culto (págs. 261-364) y en los del Profesor Knut Wolfgang Nörr sobre la literatura canónica (págs. 365-382) y la del proceso civil común (págs. 383-397), se encuentra tanto una caracterización de los diversos géneros de la literatura jurídica medieval como un inventario de las obras conocidas de cada tipo: textos legales, glosas, sumas, casos, comentarios, cuestiones, distinciones, argumentos, disensiones, lecturas, consejos, monografías, vocabularios, repertorios, etc. Dentro de cada género se ofrece una información sucinta y segura sobre los autores que lo cultivan, sus obras, manuscritos principales o ediciones de éstas y bibliografía seleccionada y puesta al día. No ha interesado a los redactores formar un repertorio biográfico de juristas, sino de las obras pertenecientes a cada grupo. El resultado ha sido condensar en cerca de tres centenares de páginas una información fundamental, hasta ahora dispersa y prácticamente imposible de reunir, que merece toda clase de elogios y suministra una base indispensable de partida. Lo mismo que la bibliografía.

Si entre los glosadores legistas no se encuentran juristas españoles, aparecen éstos en la Baja Edad Media y a ellos y a la recepción romana dedica Nörr una breves pero densas páginas (294-300). El deficientísimo estudio del proceso de la recepción del Derecho romano en España —consecuencia del desinterés antes destacado hacia éste— hace que estas páginas, que no pueden hacer otra cosa que resumir el estado de las investigaciones publicadas, no alcancen la densidad y profundidad de las dedicadas a otros países. A estas deficiencias se deben algunas omisiones, imprecisiones o errores. Así, la observación sobre la continuidad de la tradición romana en la España altomedieval, no interrumpida por la invasión musulmana, «en los territorios nórdicos y en especial en Aragón y Cataluña» (pág. 294), ha de ser matizada. Hay, sin duda, en toda esta parte persistencia de una tradición jurídica romana vulgar, consuetudinaria, muy deformada, que difícilmente podría identificarse como romana. Sólo a través del *Forum iudicum* visigodo, con vigencia reducida en León y plena en Cataluña y entre los mozárabes toledanos; de los

formularios visigodos utilizados en este tiempo y de las definiciones jurídicas contenidas en las *Etimologías* de San Isidoro, ampliamente difundidas, puede estimarse la continuidad de una tradición romana, no pocas veces adulterada. Es posible que en Cataluña se hayan conservado algunos manuscritos del Breviario en los primeros siglos de la Alta Edad Media, aunque no parece hayan sido objeto de glosa o estudio como en otras partes (véase luego García-Gallo, *Vocabul.*, págs. 50 y 51 n. 38 y 41). Que Pedro de Grañón, monje de San Millán de la Cogolla en el siglo X, que al reproducir las leyes godas antepuso un elogio en verso de las XII Tablas (Nicolás Antonio, *Bibl. Hisp. Vetus*, lib. 6, c. 14, § 350, ed. 1799, I, 518), conociera el Derecho romano, es cosa más que dudosa. De la recepción en España de los textos legales justinianeos y de las obras de los glosadores y comentaristas son buena prueba su cita y utilización, los inventarios de bibliotecas jurídicas españolas de la época y aun los ejemplares de ellas conservados hoy día. Se echa de menos en estas páginas la referencia a la traducción al castellano de las *Etimología* de San Isidoro; a la manifiesta recepción romanista en las llamadas *Leyes del estilo*, y la cita del estudio de Ana María Barrero sobre la utilización de textos romanos en los *Furs de Valencia*, en lugar oportuno (pág. 291 n. 1, aunque aparece mencionado en otro lugar: pág. 299). En cambio, habría que omitir, por ser juristas posteriores al 1500, a José Sessé (pág. 295), puesto que vivió de 1563 a 1629 y a Villalobos y Martínez de Olano (página 361, n. 7). Junto al formulario castellano del siglo XV aquí citado (págs. 295 y 299) habría que incluir otro *Formulario notarial castellano del siglo XV* editado por Luisa Cuesta (Madrid 1947) y el estudio de F. Durán y Cañameras, *Los formularios notariales en Cataluña*, en *Anuario de la Academia de Doctores del distrito universitario de Barcelona* (1966) 15-24, muy rico en referencias. A la información que se da sobre los Vocabularios (págs. 258-260) hay que añadir ahora la noticia de una impresión en Segovia, ya en 1472, del *Epitome exactis regibus*: véase sobre ella, y obras similares en España. A. García-Gallo, *Las «Expositiones nominum legalium» y los Vocabularios jurídicos medievales* (Madrid 1974, «Estudios y Ensayos»: Joyas bibliográficas III), que incluye la transcripción del incunable y su traducción por Gustavo Villapalos; se prepara la edición anastática del original.

El apartado sobre la literatura jurídico-política, muy breve (páginas 363-364), como algo marginal a la Historia del Derecho privado, resulta confuso por mezclar obras de muy distinto carácter: las de tipo moralizante y filosófico en la línea aristotélica, con las de riguroso carácter jurídico. Faltan aquí, entre las últimas debidas a autores españoles, las de Jaime Callís (citadas en págs. 297 y 361), Tomás Mieres y Pedro Belluga: véase sobre éste, A. García-Gallo, *El Derecho en el «Speculum principis» de Belluga*, en este *Anuario*

42 (1972), 189-216, y su biografía y testamento, con el inventario de su biblioteca, en F. A. Roca Traver, *Pedro Juan Belluga*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón* 9 (1973) 101-160.

Las páginas dedicadas al origen y desarrollo del Derecho mercantil medieval escritas por Hansjörg Pohlmann, ofrecen interés para el historiador español por su amplia perspectiva (págs. 801-834). En lo que se refiere a las fuentes españolas cabe, sin embargo, formular alguna observación. No aparece claro, en la medida en que hoy está estudiado, el proceso de redacción del *Libro de Consolat de mar*, expuesto por Font Rius en su valioso prólogo a la edición de Capmany (no destacado en la bibliografía, págs. 826 y 828) y por García Sanz (éste citado reiteradamente, págs. 807 n. 3 y 808 n. 1, sólo por su segundo apellido). Contra lo que se ha venido repitiendo, no parece claro que los *Roles de Olerón* influyeran en las Partidas (páginas 808 n. 4 y 809 n. 2); podría añadirse la cita de las ediciones del texto castellano de aquéllos por Capmany y de nuevo por F. Hernández Borondo, *Sobre la aplicación en España de los Roles de Olerón* (El Escorial 1928), con facsímil del manuscrito. La fecha de 1608 dada a los *Usatges* de Barcelona (pág. 812) no puede mantenerse; véase en esta misma obra la página 688.

La segunda y tercera partes de la obra, sobre las instituciones que directamente influyen en la formación del Derecho —organización política, judicial eclesiástica y notariado (págs. 401-466)—, de bida a Gunter Gudian, y a la legislación de los diferentes Estados, de Armin Wolf (págs. 517-800), se refieren no ya al Derecho común propiamente europeo, sino al particular de los distintos países, más o menos influidos por aquél. Su redacción sigue las mismas líneas de concisión e información bibliográfica precisa y seleccionada que las otras partes ya comentadas. Por ello, si se tiene en cuenta la diversidad de territorios y sistemas jurídicos aquí presentados, en su casi totalidad desconocidos para cualquier historiador de un Derecho nacional, su valor y utilidad resultan inapreciables. Pero esta misma diversidad hace sumamente difícil la elaboración de esta parte, porque si bien al principio se intentan destacar unas líneas generales —las que pudieran considerarse comunes o europeas (pág. 517-565)—, enseguida se procede al examen particular de las fuentes y literatura de los distintos Derechos, yuxtapuestas en un abigarrado mosaico, sin posibilidad siquiera de agruparlos por analogías o paralelos en su desarrollo o sistema de fuentes. Lo que pudiera ser culturalmente europeo, se desvanece aquí para serlo únicamente por su radicación geográfica. Constituye esta obra, ciertamente, un primer paso en el estudio de las fuentes del Derecho europeo y no se puede pedir que se superen todas las dificultades, pero ella muestra, también, cuán lejos se está todavía de conseguirlo.

Dentro del estudio de las fuentes del Derecho propio de cada comunidad, se descuida lo que pudiera considerarse el sistema de valoración y prelación de las mismas dentro de cada uno de los sistemas jurídicos —lo que en cierto modo caracteriza la «familia de Derecho civil» a que se circunscribe la obra— para proceder a destacar su significación en el orden cultural, según las corrientes jurídicas que en ellas influyen, o las fases de su redacción, lo que sin duda ofrece el más alto interés al utilizarlas como fuentes de conocimiento. En todo caso, lo tratado en esta parte excede con mucho a lo que se anuncia como contenido en el título general de ella —«la legislación» de los diferentes territorios—, ya que no son sólo leyes las que aquí se estudian, sino obras de todo género. Obras que, con frecuencia, son aceptadas, seguidas y utilizadas, pero cuyo carácter y valor jurídico formal es desconocido incluso para los contemporáneos; que son utilizadas como si fueran leyes, pese a no haber sido promulgadas por ningún rey o autoridad —v. gr., el *Fuero de Navarra* (págs. 678-679).

En la exposición de las instituciones y de la legislación —juzgando por lo que se refiere a España, pues me declaro incompetente respecto de otros países—, se echa de menos una apreciación de lo que las primeras significan en la formación del Derecho. De lo que las Cortes o el rey suponen para la legislación; de lo que los tribunales de justicia y sus decisiones representan. No hay una sola referencia a las llamadas *leyes del estilo* —decisiones del Tribunal real—, en las que la equidad canónica juega respecto de la costumbre local o general de modo muy semejante al del Derecho inglés. No se destaca lo que es la obra de los jueces y juristas letrados en la elaboración de los códigos, en la selección de fuentes y en la interpretación de los textos hasta llegar a darles un sentido opuesto al literal. A ellos se debe, por ejemplo, que siendo las *Partidas* un código que, en el orden de prelación de 1348, sólo en tercer lugar puede alegarse, después de los fueros locales (págs. 673-674), se desplace a éstos y queden como el texto básico del Derecho castellano. En conjunto, no se valora debidamente en estos capítulos la significación de los Derechos locales. Respecto de Castilla, el fuero de León, que aquí se cita (pág. 669), había perdido toda vigencia a principios del siglo XIII (véase mi estudio citado en la pág. 678, pero no utilizado) y, en cambio, no se alude a otros muchos e importantes fueros que rigen hasta el siglo XIV, y se da por sustituido el *Fuero Juzgo* por el *Real* de Alfonso X (pág. 670). En Navarra se silencian los fueros, vigentes hasta el siglo XV, y se alude sólo al Privilegio de la Unión, que afecta únicamente a la organización municipal de la ciudad de Pamplona (pág. 680). En Aragón se prescinde igualmente de la vigencia del Derecho local de Teruel, que no se incorpora al general del reino hasta fines del siglo XVI, y se dedica cierta atención a unas Ordenanzas de Zaragoza sobre huertas y

montes (pág. 685). Y aún más sensibles son las omisiones al tratar del Derecho local catalán, reducido al de la ciudad de Barcelona (pág. 689), con olvido total del de Tortosa y Gerona, donde las costumbres se redactan por extenso bajo la inspiración de textos de Derecho romano. Esta penetración del Derecho romano-canónico—en definitiva, del Derecho europeo—no se destaca para Navarra (págs. 678-681) y Cataluña (págs. 687-689), donde es supletorio del patrio; ni para Mallorca (pág. 693), donde al independizarse el reino de Cataluña y desentenderse del Derecho de ésta, al encontrarse con sólo muy escasas disposiciones legales propias, se acepta plenamente en la esfera privada la legislación justiniana. Ciertamente, todo esto no cabe presentarlo como legislación de estos territorios, pero sí como las fuentes del Derecho vigente propio de ellos.

El encuadramiento de los Derechos nacionales dentro de una historia del Derecho *européo* constituye, sin duda, uno de los problemas de más difícil resolución. La presentación individualizada de cada uno de ellos presta una ayuda importantísima para cualquier intento de estudio o comparación, pero no facilita la percepción de un «Derecho europeo», o de la acción del que lo es sobre los mismos. Ni tampoco el proceso inverso, el de la medida en que los problemas de cada Derecho nacional al ser recogidos y tratados con la técnica del Derecho común en obras que van a engrosar el acervo bibliográfico de éste, al ser utilizadas por tratadistas de un país distinto van a modelar tanto lo europeo como lo nacional de él. Téngase en cuenta, por vía de ejemplo, cómo la obra de Belluga, escrita sobre los problemas jurídicos privativos del reino de Valencia en 1441, no se imprime nunca en su patria, y sí en París en 1530, en Venecia en 1580 con amplias adiciones y comentarios de un autor italiano, y de nuevo en Bruselas, con nuevas adiciones y comentarios en 1655. Es, como tantos otros, un autor más leído fuera de su patria que en ella.

Tanto o más que la legislación de los Estados nacionales interesa en una perspectiva del Derecho *européo* su literatura jurídica. Digan lo que digan las leyes, los juristas les hacen decir otra cosa; y lo que éstos dicen, en último término, a través de su actuación ante los tribunales, es lo que constituye el Derecho realmente vivido. Por establecerlo el código castellano de las *Partidas*, los textos romanos aplicados en otras regiones, o la interpretación de los juristas sobre textos legales que dicen otra cosa, la plena mayoría de edad en toda España en el siglo xv ha quedado fijada a los veinticinco años, como en el Derecho romano. Y así, en otros muchos casos en la práctica llega a regir una regulación uniforme y en cierto modo europea.

Todas estas observaciones no menoscaban lo más mínimo el valor

positivo de esta obra, cuya rápida terminación es de desear. La empresa acometida es de tal magnitud y complejidad que forzosamente ha de presentar puntos de discusión —especialmente, cuando los criterios inspiradores no coincidan—, lagunas y deficiencias. Si alguna se ha destacado, responde al deseo de colaborar en alguna medida en obra tan importante, aportando algún grano de arena. Y en este terreno me atrevería a sugerir que a la obra se añadiera, en la forma esquemática en que está concebida, un diccionario biográfico de los juristas cuyas obras se mencionan en la misma.

ALFONSO GARCÍA-GALLO