

MISCELANEA

I

LA HISTORIOGRAFIA JURIDICA CONTEMPORANEA

Observaciones en torno a la «Deutsche Rechtgeschichte» de Planitz (1)

Los historiadores del derecho de lengua alemana han acertado a darnos una serie de exposiciones de conjunto del desarrollo de su propio derecho, notables por su exacta información, su precisión y su armónica construcción. Un destacado lugar entre ellas ocupa el manual del Prof. Planitz, de la Universidad de Viena, recientemente fallecido, de que nos ocupamos en este lugar. Más que darlo a conocer al público español, pues su publicación data de algunos años, interesa aquí su valoración como último exponente hasta ahora de una orientación que tanto ha influido en la historiografía de los demás países.

Se trata de una obra escrita en plena madurez del autor y que ha sido precedida—aparte una valiosa aportación monográfica—por una breve y enjundiosa *Germanische Rechtsgeschichte* (Berlín, 1936; 2.^a edición, 1941), y unos no menos interesantes *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (Berlín, 1926; 2.^a edición, 1931, y 3.^a edición, 1949). En realidad, aunque no se advierta en la portada—falta también un prólogo en que se indique—, la *Deutsche Rechtsgeschichte* no es otra cosa que una tercera edición, corregida y adicionada con la parte referente a la Edad

(1) HANS PLANITZ: *Deutsche Rechtsgeschichte*. Graz, Verlag Hermann Böhlau Nachf. Ges. M. B. H., 1950; XII + 304 págs.

Moderna (§§ 61-88), de la *Germanische Rechtsgeschichte* del autor. El texto de ésta se reproduce literalmente en aquella obra, con algunas modificaciones. V. gr., la parte primera del § 1, donde se indica qué es derecho germánico y qué derecho alemán; pero incluso la bibliografía que en un libro se da como referente a "otros derechos germánicos"—entre ellos el español—, aparece en el otro como referente a "otros derechos europeos". Algún pasaje de la *Germ. Rechtsg.* se suprime en la *Deuts. Rechtsg.*; p. ej., el final del § 56 sobre los derechos escandinavos. En la parte reproducida del primer libro hay, sin embargo, adiciones de interés (v. gr., sin la pretensión de enumerarlas todas, en las págs. 87-88, 89, 92, 94, 95, 102, 132, 133, 134, 135, 153, 175, 178, 185 de la *Deutsche Rechtsg.*) y modificaciones de importancia (p. ej., 112-13, 117, 122, 128-29, 150, 156, 158, 180, 184), especialmente al tratar del régimen de las ciudades, sobre el que Planitz había realizado estudios de investigación en los últimos años. La bibliografía, por lo general, aparece ampliada y puesta al día; aunque no faltan casos en que ha sido seleccionada y reducida (v. gr., en el § 45).

I. EL DERECHO GERMÁNICO Y SU IMPORTANCIA EN LA FORMACIÓN DEL ESPAÑOL

Sobre la identidad que a veces y en este libro especialmente se se establece entre lo *germánico* y lo *alemán*, creo necesario llamar la atención. Como una licencia editorial encaminada a dar mayor difusión al libro, se consideró el titular como "Historia del derecho germánico" la versión española (Barcelona, 1936) de los "Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte" de Brunner. Pero es ahora un especialista como Planitz quien establece la sinonimia. Es evidente que el derecho alemán, cuando menos hasta el siglo xv, es fundamentalmente germánico; pero es también no menos evidente que lo germánico no es sólo lo alemán. Incluso puede afirmarse que en los tiempos históricos no existe propiamente un derecho germánico, si por tal se entiende un sistema u ordenamiento jurídico cerrado y uniforme con vigencia en todos los pueblos germánicos, como p. ej., se nos aparece el derecho romano. Así lo vió claramente K. von Amira (*Grundriss des germanischen Rechts*³ Strassburg, 1913, 1), al insistir en que lo que se llama derecho germánico, en la época histórica, no es otra cosa que el conjunto de derechos de cada una de las tribus, pueblos y territorios germánicos, que por lo demás se diferencian en aspectos esenciales; y al establecer, como primer principio metodológico de su estudio que el conocimiento de este llamado derecho germá-

nico sólo puede deducirse del conocimiento de *todos* los derechos germánicos especiales; y como segundo principio, que sólo mediante la comparación de *todos* estos derechos puede llegarse a conocer el derecho germánico "primitivo", del cual todos derivan, pero que no se conserva fielmente en ninguno.

Este derecho germánico, y en especial el visigodo anterior a las invasiones o coetáneo de ellas es el que realmente interesa al jurista español como inmediato precedente posible del visigodo. Pero su conocimiento es, precisamente, el más difícil de conseguir. A diferencia de la obra clásica de Amira, que toma en consideración todos los derechos germánicos y permite apreciar los rasgos comunes y especiales de los mismos, la generalidad de los autores alemanés—v. gr., C. von Schwerin: *Germanische Rechtsgeschichte, ein Grundriss* (Berlín, 1936) y especialmente Planitz—atienden casi de manera exclusiva a los derechos franco y alemán. La conversión de la historia del derecho *germánico* de Planitz en una historia del derecho *alemán*, con sólo cambiar el título y añadir la edad moderna, es elocuente a este respecto y debe prevenir a los estudiosos. Si además se tiene en cuenta que los derechos franco y alemán han experimentado una profunda evolución, no exenta de influencias extrañas, se comprenderá fácilmente cuán poco seguro resulta tomar y presentar como derecho *germánico*—es decir, como un sistema general que se contrapone al romano—lo que en definitiva no es otra cosa que derecho franco o alemán tardío, que es lo que en realidad se encuentra en las obras alemanas que se suelen consultar.

Téngase en cuenta para apreciar lo vago del calificativo de *germánico*, p. ej., que los autores alemanes suelen considerar como *germánico* el derecho de la Alta Edad Media española, en el que tan acusadamente se perciben innumerables rasgos de indudable procedencia romana. Nada habría que oponer si aquel derecho germánico se utilizase sólo para contrastar con él el derecho español *coetáneo*, como se hace con el francés e italiano medieval. Pero lo que parece metodológicamente insostenible es tomar este derecho germánico francoalemán como *precedente* del español visigodo o del de la Alta Edad Media y partiendo de él tratar de precisar el *origen* romano o germánico de las diferentes instituciones medievales.

Por obvio que esto parezca, el olvido frecuente de tan elemental norma metodológica, obliga a insistir en que la *coincidencia* entre varios derechos no supone necesariamente que uno de ellos sea fuente u origen de los otros. La simple lectura del *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Leipzig, 1894-1895, de A. H. Post, en el que se recogen y sistematizan innumerables datos de

los más variados ordenamientos jurídicos de la Antigüedad y de los tiempos modernos, de los pueblos salvajes y de los cultos, debiera ser suficiente para imponer al estudioso la más elemental reserva. Téngase en cuenta que esta hoy olvidada obra—que, sin embargo, fué traducida al italiano y anotada por dos romanistas de la solvencia de P. Bonfante y C. Longo (Milán, 1906-1908)—supuso precisamente una reacción contra los intentos anteriores acientíficos de reconstruir, a base de los mismos datos, arbitrariamente concatenados, una historia universal del derecho.

Esto nos lleva de la mano a tratar de una cuestión del más alto interés, que afecta sobre todo a la historia jurídica española: la importancia del elemento germánico. El *germanismo* del Derecho medieval español, entendido como una supervivencia de las viejas costumbres visigodas hasta el siglo XIV, con una vitalidad y difusión realmente sorprendentes, ha sido casi unánimemente admitido desde los estudios de J. Ficker (aparecidos en 1888 y traducidos al castellano: *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo hispánico y el noruego-islandico*. Barcelona, 1928) y de E. de Hinojosa (publicado en alemán en 1910 y vertido luego al castellano. *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid, 1914). La tesis se apoya en unos hechos notorios: 1.º En todos los territorios españoles cristianos de la Alta Edad Media, independientes políticamente, existe un sistema jurídico que, no obstante ciertas variantes, ofrece importantísimos rasgos comunes. 2.º Este sistema de la Reconquista es distinto del contenido en el *Liber iudiciorum*, pero coincide, en cambio, con el derecho germánico y especialmente, según los estudios de Ficker, con el germánico nórdico. 3.º Esta coincidencia con lo germánico se da especialmente—según Hinojosa: *El elem. germ.* 13-14—en León, Castilla y Portugal, menos en Aragón y Navarra y en Cataluña. Hasta aquí los hechos. Veámos ahora la argumentación: a) La amplia difusión del mismo sistema jurídico en territorios que en esta época viven aislados obliga a desechar la hipótesis de unas formas jurídicas nuevas—en tales circunstancias éstas hubieran sido diferentes en cada región—e induce a suponer que este sistema existía ya en una época anterior en la que los mismos estaban unidos; es decir, en el reino visigodo. b) La disparidad entre este sistema y el de la legislación visigoda, hace suponer que aquel tuvo vigencia consuetudinaria. c) La coincidencia entre este sistema y el derecho germánico ha de explicarse por el origen germánico de este derecho consuetudinario. Es decir, las costumbres que traían los suevos y visigodos al establecerse en España, no obstante ser desconocidas por la legislación, se mantuvieron prácticamente inalteradas durante nueve siglos al menos.

Como antes se ha indicado, la hipótesis germanista—en realidad no puede ser calificada de otra manera—se ha convertido en un axioma, y por serlo nadie ha tratado de fundamentarlo ni de discutirlo. Los investigadores, por lo general, han partido de este supuesto germanismo como de algo indiscutible y han tratado de encuadrar las instituciones españolas de la Alta Edad Media en los esquemas del derecho germánico; no pocas veces en los del derecho alemán. Brunner (*Hist. Der. germ.* 53), Schröder (*Lehrbuch*⁷ 255), Schwerin (*Grundzüge der deuts. Rechtsgesh.*⁴ 63, n. 4) y Planitz (*Germ. Rechtsg.*² 103 y *Deuts. Rechtsg.* 73), entre otros, consideran los fueros municipales como fuentes del derecho germánico. En la colección de *Germanenrechte*, vol. XII, se reproducen algunos de ellos. Y Mayer, Melicher y Wohlhaupter, entre otros, han estudiado el derecho de los fueros como un aspecto del germánico. Ha sido olvidada la prudente observación de Amira (*Grundriss der germ. Rechts*³ 37): "Un fuero español o un foral portugués... no es ni un monumento germánico del derecho ni un monumento del derecho germánico", aunque sea utilizable para el estudio de éste. (pág. 21).

Sin embargo, creo necesario revisar este planteamiento, que no me parece suficientemente fundado y al cual pueden oponerse serias objeciones. Apunté algunas de estas reservas en mi *Historia del Derecho español* I³, Madrid, 1943, 412, n. 28, pero no las he visto recogidas ni discutidas por los investigadores, y quiero insistir ahora en ellas más detenidamente. Bien entendido que aquí no trato de afirmar ni de negar la mayor o menor influencia del derecho germánico en el español, sino sólo de llamar la atención sobre lo que estimo una deformación metodológica en el estudio de la cuestión.

Ya el propio Hinojosa (*El elem. germ.* 11) no pudo menos de mostrar su extrañeza ante el hecho de que la población española muy romanizada, "abandonara por completo su derecho tradicional adoptando instituciones del pueblo vencedor tan radicalmente distintas de las suyas". Pero lo extraño no es sólo esto. También lo es que los visigodos, que habían convivido con los romanos en el Danubio y eran sin duda el pueblo germánico más romanizado, conservaran tan fiel y puramente sus viejas costumbres que el paralelo con ellas en la Edad Media sólo lo encuentra Ficker con los derechos nórdicos que nunca sufrieron la influencia romana. Resulta así, que durante siglos de peregrinación, desde que los godos se separaron de los pueblos nórdicos, y durante nueve siglos de estancia en España, incluso después de que visigodos e hispanorromanos se hubieron fundido —o más propiamente, de que la minoría racial germánica había sido absorbida

por la población española—, estos godos, que habían perdido su religión y su lengua y que se habían romanizado intensamente, conservaron en toda su pureza su viejo derecho. Otro tanto cabría decir de los suevos. Mientras que en contraste con ellos, los otros pueblos germánicos evolucionaron y su derecho se fué alterando. Un fenómeno tan sorprendente y único como el que se supone producido en España exige un minucioso y detenido estudio para comprobarlo, y sin embargo, se acepta plenamente como la cosa más natural.

Hay también otro hecho sorprendente. Los suevos y visigodos que se establecieron en España fueron relativamente pocos; unos 300.000 entre una población de doce a quince millones. No hay duda del establecimiento de los suevos en Galicia. La Arqueología nos da datos objetivos sobre los lugares de asentamiento de los visigodos. Naturalmente, que no se hayan encontrado necrópolis o restos visigodos en multitud de regiones españolas no quiere decir que en ellas no hubiese godos; pero, evidentemente, el contraste entre la falta de restos en ellas y la relativa abundancia en otras, no habiendo sido éstas solas objeto de excavaciones, indica que fué en ellas donde el asentamiento fué más denso. Según los resultados arqueológicos, que coinciden con los datos de los historiadores, los visigodos establecieron su centro en la provincia de Segovia e irradiaron por las de Valladolid, Palencia, Burgos, Soria, Guadalajara, Madrid y Toledo (Cf. Wm. Reinhart, en este ANUARIO XVI, 1945, 704-11, y el mapa allí incluido). La mayor densidad goda dentro de este área se observa en el alto Duero y entre este río y el Tajo. Fuera de ella se encuentra una necrópolis en Herrera de Pisuerga y otra en Pamplona. En las demás regiones sólo se han encontrado restos aislados. Esto no quiere decir que los visigodos no dominasen o se estableciesen en otras regiones. Pero lo que ante todo interesa es la exigencia de grupos fuertes y compactos con predominio sobre la población hispanorromana, pues sólo en esta forma se pudo conseguir que ésta abandonara su propio derecho, y que la acción puramente política o estatal que se recoge en el *Liber iudiciorum* se da por supuesto que fracasó. Estos grupos existieron sólo en la meseta. Pero ningún dato histórico nos indica que estos grupos tuviesen tanta vitalidad como para conseguir cambiar radicalmente la mentalidad de la población hispanorromana con la que convivían. Que hubo influencias y cambios, puede admitirse sin dificultad. Pero que el cambio provocado por los visigodos en los hispanorromanos fuese tan absoluto como para aceptar en bloque las costumbres germánicas y olvidar casi totalmente las anteriores, sólo puede admitirse ante pruebas decisivas. No menos dificultoso es supo-

ner que el mismo fenómeno se produjo con caracteres de generalidad en regiones en que no hubo asentamientos visigodos —la vertiente cantábrica, Aragón, Cataluña, etc.—, en las que siglos más tarde rige un derecho que se supone germánico. Sobre la posible introducción posterior de éste luego trataré.

Ahora bien, esta situación que acaba de describirse sufrió una profunda perturbación con la conquista musulmana. La meseta quedó sometida a los invasores por capitulación y la población anterior siguió de momento en él. Pero a mediados del siglo VIII, el valle del Duero quedó despoblado. Sólo quedaron de hecho libres de la dominación musulmana, el Norte de Galicia, la vertiente cantábrica y los altos valles del Pirineo. Pero en todas las regiones, excepto en Galicia, no había habido asentamientos visigodos, por lo menos lo suficientemente densos para que éstos consiguiesen desplazar el derecho vigente y sustituirlo por sus propias costumbres. De Vasconia, concretamente, sabemos que nunca estuvo de hecho sometida a los visigodos, que se rebeló frecuentemente contra ellos y que el propio rey Rodrigo trataba de someterla cuando los musulmanes desembarcaron en el Sur. La existencia de una necrópolis visigoda en Pamplona, alejada de la zona de denso asentamiento, puede encontrar su explicación en el establecimiento de una colonia militar que tratase de mantener sujeta la región.

¿Se refugiaron en esta franja de la vertiente cantábrica los godos e hispanorromanos, huyendo de la dominación y de los ataques de los musulmanes? No veo inconveniente en admitirlo, siempre que no se suponga una emigración en masa. El territorio era reducido y pobre, y todavía en los siglos IX y X estaba poco poblado. ¿Hubiera sucedido esto si en él se hubiera refugiado toda la población de la meseta? Pero hay otro hecho indiscutible. Toda la zona nórdica, desde Galicia a Vascongadas, ha conservado hasta nuestros días multitud de rasgos culturales cuyo origen se encuentra en los tiempos prehistóricos (Vid. J. Caro Baroja: *Los pueblos del norte de la Península Ibérica*. Madrid, 1943); hoy, todavía, en Vascongadas se conserva una lengua prerromana, sin que veinte siglos hayan podido borrar estos rasgos de la cultura popular. Sin embargo, el derecho medieval de este área se viene considerando como germánico. ¿No es extraño que los visigodos que entraron en el país como exilados, sin arraigo, debiendo acomodarse entre una población anterior, consiguiesen hacer olvidar a ésta su propio derecho y aceptar el suyo?

Pues bien, como es sabido, de este área cultural nórdica partió la repoblación y la reconquista de la meseta. Gallegos y asturianos repoblaron León, cántabros y vascones repoblaron Castilla. Todos

ellos llevaron a las nuevas tierras, hasta entonces desiertas, su propio derecho. Este derecho de Galicia, León y Castilla, coincide con el germánico, como demostró Hinojosa. Lo mismo ocurre en Navarra, donde los vascones o pueblos afines se extendieron hasta el Ebro. Otro tanto en Aragón y Cataluña, donde los pueblos pirenaicos se extendieron también hasta el sur; con la circunstancia, altamente significativa, de que no habiéndose establecido en la época anterior los visigodos —entendidos como grupo racial— en el país, mal pudieron refugiarse en la zona montañosa y llevar a ella sus costumbres germánicas. Sin embargo, también el derecho de estas partes, aunque según Hinojosa en menor medida, coincide con el germánico. Creo que los trabajos de éste, de Mayer, de Melicher, de Wohlhaupter, etc., que destacan el carácter germánico del derecho medieval español, porque prueban demasiado —es decir, la existencia de un derecho germánico en toda la Península—, no prueban nada. Queda por contestar una pregunta fundamental: ¿cuándo y cómo, sin ser impuesto o llevado por un pueblo germánico, su derecho se extendió por toda España?

Se ha convenido que este derecho germánico fué esencialmente consuetudinario, pues son escasas las huellas de él en la legislación visigoda y ésta incluso lo contradice. Ahora bien, el derecho consuetudinario, por su propia naturaleza, y máxime cuando no consiste en la adaptación de una legislación unánimemente aceptada, sino en una formulación puramente popular, difícilmente se extiende con un sello de uniformidad por un territorio tan amplio y vario como el que va desde Galicia a Cataluña; esto aun sin tener en cuenta que en varias regiones no debió haber visigodos que pudiesen modelar el sistema jurídico. Sin embargo, pese a diferencias más o menos importantes, muchas veces fácilmente explicables por influjos posteriores o por las condiciones en que se desarrolló la vida de los pueblos, el derecho medieval español ofrece un claro fondo común. E. Mayer (*El antiguo derecho de obligaciones español*, Barcelona, 1926, 10) confiesa no haber encontrado diferencias entre el derecho de los territorios ocupados por los suevos y el de los sometidos a los visigodos. Esto quiere decir que el origen de este fondo común habrá que buscarlo en una época en que la unidad jurídica de la Península fuese más firme que en la visigoda. Pues no ha de olvidarse que en ésta hay regiones con rasgos propios: el nordeste, ocupado por los suevos; la Septimania, con un régimen propio (los Capítulos gaudenzianos); Vasconia, con pueblos aborígenes no dominados; el sur, influido por el derecho justiniano.

Los filólogos, cuando han tratado de determinar la aportación del léxico germánico a la lengua latina, han considerado que las

palabras germánicas que se encuentran en todas las lenguas románicas entraron en el latín antes de que con la caída del Imperio se produjese su división y el aislamiento de sus provincias; y que sólo aquellas que se encuentran en una sola lengua románica se introdujeron en época posterior, cuando ya era difícil o imposible su difusión. Con arreglo al mismo criterio habrá que concluir que este derecho, que se encuentra difundido por toda la Península, alcanzó su difusión en una época de unidad jurídica; es decir, antes de la invasión de los suevos y visigodos. Sólo así puede explicarse que, independientemente de que en unas u otras regiones hubiese o no godos, el derecho fuese el mismo en toda la Península. Que en la época romana se había logrado en gran parte la unidad jurídica no sólo en el aspecto legislativo, sino también en la práctica, es cosa sabida y fácilmente explicable porque el derecho romano vulgar no era un ordenamiento jurídico opuesto al establecido por las *leges* o el *ius*, sino una adaptación de aquéllas y de éste a la mentalidad y a las necesidades de las gentes. Por ello, porque en todo caso se apoyaba en un sistema vigente en todo el Imperio, pese a los diferentes grados de adaptación, el derecho vulgar de Occidente poseía un amplio fondo común y uniforme.

Que el derecho consuetudinario de la época visigoda, que luego retoña en la Reconquista, considerado en su conjunto no debía su origen a los germanos —suevos y visigodos—, aparte lo indicado, puede inducirse de otros hechos. Todo sistema jurídico regula una forma de vida determinada. Pues bien, la forma de vida que aparece regulada en el derecho medieval español, no es de origen germánico. Ni la estructura política, que encuadra a gentes que no pertenecen a un mismo pueblo o raza; ni la organización territorial, que mal pudieron conocer los visigodos durante el siglo que duró su peregrinar por tierras del Imperio hasta tiempos de Eurico; ni la estructura social, fundamentada en la vinculación a la tierra; ni el régimen de la propiedad territorial, tan largo tiempo desconocida por ellos; ni las formas de cultivo, ni todas aquellas instituciones basadas en la tierra o referibles a un tráfico económico desarrollado. Desde que en el año 376 los visigodos atravesaron el Danubio, hasta su definitivo establecimiento en España, transcurrió un siglo. Tres generaciones nacieron en este tiempo, y ello debió ser suficiente para olvidar el viejo régimen que había existido a orillas del mar Negro, y para conocer —para aceptarlo o rechazarlo— el que imperaba en las provincias occidentales. El régimen familiar y sucesorio pudo mantenerse inalterado pese al continuo desplazamiento y conservarse aun después de su establecimiento definitivo, por el aislamiento de los godos e hispanorromanos. Otro tanto puede decirse del sistema represivo y procesal.

Pero parece indudable que en todos los órdenes llegaron a fundirse con el tiempo las formas de vida propias de los germanos y romanos; la tesis de Mayer en favor de su no fusión y de su coexistencia hasta fechas muy avanzadas ha sido rechazada unánimemente.

Ahora bien, si se supone que fundidas ambas formas de vida prevaleció en la práctica la regulación de los conquistadores sobre la hispanorromana y que aquélla era radicalmente distinta a ésta —el derecho germánico frente al romano—, no sólo en las soluciones casuísticas, sino en sus principios y conceptos. ¿cómo explicar que para designar unos y otros no se empleasen las voces suevas o góticas que los expresaban exactamente y se acudiese a emplear palabras latinas que, naturalmente, no podían expresar algo que les era extraño? De la lengua gótica ha pasado al latín español un centenar de palabras que designan objetos o relaciones típicas de los visigodos: sólo unas pocas son jurídicas. Unas se refieren a la organización social o política: *gasalian* (compañero), *saio*, *leudes*, *banda*, *gardingo*, *scanciaris*, *thiusadus*, *bannus* (bando); una, a relaciones militares o guerreras: *tregua*; otra, a las relaciones de obligación: *vicissitudo* (Vid. Gamillscheg, en *Rev. de Filología española* XIX, 1932, 137-43). Todas ellas designan algo no existente en el derecho romano o al menos regulado de manera muy diferente. Sin pretender reducir a esto sólo lo que los visigodos aportaron al nuevo sistema jurídico, no puede menos de extrañar, si se supone que éste fué radicalmente distinto del romano, que de manera tan absoluta se perdiese la terminología germánica que sin duda debió existir.

Al reaccionar contra el germanismo dominante, ha de evitarse con todo cuidado caer en el extremo opuesto y negar en redondo la influencia de las costumbres suevas y visigodas. Debe evitarse todo apriorismo, lo mismo para considerar todo como derecho germánico, que para atribuirle cualquier otro origen. La posición de Joaquín Costa, que todo lo que no coincidía con el derecho romano clásico y con las costumbres germánicas descritas por César y Tácito lo consideraba ibérico o celta, no puede hoy mantenerse. De un lado, porque existió también un derecho romano vulgar que en tiempos de Costa no se había sospechado, y porque la investigación germanista ha conseguido también un conocimiento más cabal del primitivo derecho germánico. De otro, porque juegan en la Reconquista una serie de factores que tampoco se habían precisado en tiempos de Costa y que condicionan el desarrollo del derecho medieval. Igualmente debe huírse de la actitud de los antiguos historiadores que atribuían todas las peculiaridades del derecho medieval a los trastornos producidos por la invasión musul-

mana y el proceso de la reconquista. Así como, también, la tesis de Ribera y Ureña, que atribuían una marcada influencia en el sistema medieval al derecho musulmán. Ahora bien, el hecho de que tanto Costa como Ureña pudieran destacar coincidencias entre nuestro derecho medieval anterior a la recepción y otros derechos de la antigüedad o el musulmán, no debe ser menospreciado. La coincidencia existe; pero de ella no puede deducirse sin más que el origen de nuestro derecho deba verse en aquéllos. Como tampoco la coincidencia del derecho español con el alemán de la Edad Media y aun con el germánico primitivo, revela necesariamente un origen en éste.

Sin duda alguna, el mayor y más exacto conocimiento que los historiadores tienen del derecho germánico o del alemán que de los primitivos y del musulmán, ha determinado en buena parte que haya sido aquél y no éstos el que los investigadores han tomado en cuenta. Wohlhaupter, por ejemplo, estudió el derecho territorial aragonés como un derecho germánico (en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* II, 1935, 859 y ss.; y en la *Zeitschrift der Savigny Stiftung G.*, LXII, 1942, 89 ss.; LXIII, 1943, 214 ss.; LXIV, 1944, 172 ss.). Pero nadie se ha preocupado de ver hasta qué punto el derecho de la comarca del Ebro y del Bajo Aragón, donde la población musulmana continuó viviendo bajo el dominio de los reyes aragoneses, coincide con el derecho musulmán. Ni de lo que, en parecidas condiciones, ocurre en Mallorca, Valencia, Murcia, Castilla la Nueva y Andalucía. Ni siquiera en el caso de los mozárabes, que no sólo vivían a la usanza mora, sino que incluso utilizaban sus formularios notariales. La parcialidad de los investigadores es evidente, aunque encuentre explicación y aun justificación en un momento dado de la investigación histórico jurídica.

Una necesidad urgente en la investigación de nuestro derecho medieval es la de tratar de situar los datos en el espacio y en el tiempo. Demasiado fácilmente se generalizan los datos. Hinojosa (*El elem. germ.* 16) dió la pauta para ello. "Por contener los fueros generalmente el derecho tradicional, es lícito sacar conclusiones de uno solo, reconociendo gran alcance a sus disposiciones y considerándolas en varios puntos como expresión del derecho común de los tiempos anteriores". Y así, a veces, lo que dice un solo fuero se da como existente en toda España, y como vigente desde el siglo V al XIII, si coincide con lo que dispone el derecho de cualquier ciudad alemana. De esta manera, fácil y brillantemente se puede reconstruir la historia de nuestro derecho medieval. No cabe desconocer que esto puede ser útil en el estado inicial de investigación en que la misma se encuentra; pero siempre que la recons-

trucción se admita sólo como una hipótesis para trabajos ulteriores, no como un resultado definitivo. La preocupación del investigador no debe ser la de ofrecer una visión de este sistema que, en cuanto supervivencia del consuetudinario visigodo, será único; sino la de destacar dentro de esta unidad las diferentes áreas o círculos jurídicos, sin preocuparse excesivamente de descubrir el origen primitivo, romano o germánico de las instituciones. Mientras lo primero no se logre y no se conozca la exacta difusión de las instituciones y sus diferentes regulaciones, no será posible conocer con cierta seguridad cuál es su origen. Así como los etnólogos se han beneficiado del método histórico, así también los historiadores del derecho, por extraño que esto suene, han de acudir, en este y otros casos, al método histórico-cultural. Un brillante y autorizado ejemplo de la utilización del mismo nos lo da E. M. Meijers en su estudio sobre *Le droit menapien*, en la *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XVIII, 1950, 1-18.

En cuanto el derecho español de la Alta Edad Media regula unas formas de vida agrícola y pecuaria, aquél se nos aparece poco desarrollado y complejo. En consecuencia, sus posibilidades y soluciones son pocas; lo que determina que en todas parte aparezca con rasgos muy semejantes. Pero esta semejanza y aun coincidencia no se da sólo entre los diferentes derechos peninsulares, sino también con otros de fuera de España que regulan formas de vida semejantes a la de ésta. Y ello, independientemente de que los pueblos pertenezcan o no a una misma raza. Los etnólogos han demostrado hasta la saciedad la falta de correlación entre los tipos de cultura y los tipos raciales. Inexplicablemente, los historiadores del derecho cuando encuentran un ordenamiento que reúne las mismas o parecidas características que el de los pueblos germánicos, lo consideran sin más como germánico. Sin embargo, todo el que haya sentido interés por el derecho de los pueblos primitivos sabe que la clientela militar, que la distinción en *Schuld* y *Haftung* (deuda y responsabilidad), que la venganza de la sangre y la pérdida de la paz, la autogestión en defensa de los intereses, etc., consideradas como típicamente germánicas, se dan también en otros muchos derechos. Muchas de las semejanzas que se encuentran entre las instituciones españolas y las germánicas se deben a esta coincidencia frecuente entre derechos poco desarrollados.

También habrá que tener en cuenta que, precisamente en las regiones en que se establecieron los suevos y visigodos, pero también en otras, se asentaron en tiempos antiguos los celtas, que, como pueblo indogermánico, pertenecía al mismo tronco que los germanos. No pretendo oponer una tesis celtista a la germanista.

sino sólo destacar que desde tiempos muy antiguos existe en España un fondo consuetudinario afín al que se encuentra fuera de ella. Que este conjunto institucional se haya ido matizando por influjos romanos y germánicos, es lo más seguro.

Lo que no cabe aceptar —ello supondría un caso único en la historia universal del derecho— es que en un momento dado un pueblo cambie radicalmente su ordenamiento jurídico, y que éste permanezca luego prácticamente inalterado durante cerca de un milenio. La investigación, por consiguiente, debe tender no a probar la recepción en masa del derecho germánico y señalar las divergencias del español respecto de él, como se ha venido haciendo; sino a destacar lo que en este sistema —con toda probabilidad no germánico de origen— se debe a la aportación de los celtas, de los romanos, de los suevos y visigodos, y también de los hombres de la Alta Edad Media, hasta ahora considerados casi exclusivamente como meros receptores y conservadores de un derecho anterior. En esto, como en tantas cosas, debe tenerse muy presente en todo momento la magnífica lección de método que ofrece en sus estudios el profesor Paulo Merea, cuando, sin prejuicios ni partidismos, con una minuciosidad que es indispensable y con todo rigor científico, investiga qué procede del derecho romano vulgar, qué del germánico y qué de una evolución íntima del propio sistema jurídico.

II. LA ORIENTACIÓN DOMINANTE DE LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA

La *Deutsche Rechtsgeschichte* de Planitz ocupa un lugar destacado en la magnífica serie de manuales que ofrecen una exposición de conjunto del desarrollo jurídico de Alemania. Aparte sus características propias, se mantiene fiel a la orientación dominante en todos ellos. Como último de la serie, los rasgos peculiares de esta orientación se aprecian en él con firmeza y madurez. Y esto hace más fácil la valoración de esta concepción historiográfica, que tanto ha influido en otros países y especialmente en España.

Pero antes de seguir adelante quiero destacar, haciendo especial hincapié en ello, que se trata de una obra de gran valor, documentada, de información segura, extraordinariamente precisa y clara, que siempre se leerá con interés y se consultará con provecho. Precisamente por ello, por ser una obra modelo dentro de su orientación, he fijado mi atención en la misma, tomándola como objeto de unas reflexiones.

Por su extensión se asemeja al tipo medio de los manuales clásicos.

sicos de Brunner, Fehr y von Schwerin. Pero, como el de Brunner y el tratado de Schröder, no se limita sólo a la historia general, a las fuentes y al derecho público, penal y procesal: sino que abarca también el privado, y esto, no obstante haber dedicado a éste, como Schwerin y Mitteis, un manual modelo en su género.

¿Cómo concibe y desarrolla la Historia del Derecho? Frente al Derecho y a la Historia, Planitz destaca en las primeras líneas del libro la singularidad de la Historia del Derecho no por su objeto, sino por su método. La ciencia del derecho, y con ella la historia del derecho, trata de formar conceptos y opera con ellos; pero éstos, que en la ciencia jurídica constituyen el fin, en la Historia del Derecho son solo un medio; tras ellos están los hechos de la vida pasada, en especial los económicos y sociales. Estos constituyen el objeto de la Historia. Pero la del Derecho sólo se ocupa de aquellos que son objeto de regulación por las normas; no de los hechos aislados o singulares. Objeto de la Historia del Derecho —concluye Planitz— es el derecho en las formas históricas en que se manifiesta.

El libro está escrito por un jurista —Planitz fué profesor de Derecho de la Universidad de Viena— y destinado a los estudiantes de Derecho. Sin embargo, pese al contenido y a la técnica jurídica del autor, el libro se aproxima más a una obra de historia que a una de derecho. En esto la obra de Planitz no ofrece singularidad alguna, porque las mismas características se encuentran en los demás manuales alemanes y en buena parte de los extranjeros, por responder todos a una concepción que hasta ahora ha predominado. No he de insistir en sus orígenes y características —ya lo hice en mi conferencia sobre *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, publicada en este ANUARIO XXIII, 1953, 5-36—, pero sí quiero contrastarla, fijándome en una obra tan excelente como la de Planitz, plenamente inspirada en ella. En la misma podemos apreciar las posibilidades y las limitaciones de esta orientación.

He indicado que la obra está más cerca de la Historia que del Derecho. Esto no quiere decir que prevalezca la visión histórica sobre la jurídica, pues, precisamente, la evolución histórica resulta deformada en la exposición. Esto es evidente y no sería necesario insistir en ello si no fuese porque la generalidad de los autores incurren conscientemente en ello. Nadie ignora que el derecho evoluciona lenta pero ininterrumpidamente y que sólo en muy contadas ocasiones se produce un cambio fulminante y profundo. De ordinario, la evolución del derecho se produce por pequeñas innovaciones o reformas de alcance muy restringido en relación con los principios y el conjunto del ordenamiento jurídico. Incluso la mayor parte de estos cambios vienen preparados desde mucho antes por

reformas aun menos intrascendentes. Pocas son las instituciones establecidas en un momento dado a las que no pueden encontrarse precedentes, aunque a veces el hecho o la conducta que sirve de precedente y de base a una regulación posterior se han realizado sin que sus protagonistas tuviesen conciencia de la trascendencia de sus actos. Naturalmente, un mínimo de precisión y fidelidad en la reconstrucción histórica exige que esta peculiaridad de la evolución jurídica sea reflejada tal como es. Y esto es, precisamente, lo que no se consigue, porque es imposible conseguirlo dentro de la orientación dominante.

En efecto, en la *Deutsche Rechtsgeschichte* de Planitz—como en todas las obras que siguen la misma orientación—la exposición del derecho pasado se centra en° unos cuantos sistemas jurídicos que, convencionalmente, se consideran como característicos y vigentes sin cambios esenciales durante un largo periodo de tiempo. Para Planitz, como para la generalidad de los autores alemanes, —sólo Mitteis distingue el de la Alta del de la Baja Edad Media— estos sistemas son cuatro: el germánico, el franco, el medieval y el moderno. Von Schwerin (*Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte*, Friburgo de Brisgovia, 1922, 15) trató de justificar este método de exposición, afirmando que durante cada uno de los periodos la evolución del derecho aunque no se paraliza adquiere un ritmo lento, sin grandes alteraciones, lo que permite suponer idealmente que el derecho permanece en reposo durante el mismo tiempo.

Pero esto no pasa de ser una afirmación, que en manera alguna encuentra fundamento en la evolución real del derecho. Hay, sin duda, épocas en que ésta se muestra más o menos general y profunda; pero ni aun en ellas se opera un cambio radical de todo el sistema jurídico, ni una vez realizado éste pervive casi inmutable durante siglos. Hay instituciones, normas o conceptos, que se establecen una vez y viven durante muchos siglos sin cambios apreciables; algunas pueden considerarse, hasta hoy, establecidas definitivamente. Pero si se considera la totalidad del ordenamiento jurídico—el llamado sistema—, la mutación nunca se opera en un momento, ni deja de ser constante, ya sea en uno o en otro aspecto. Esta ficción metodológica de los periodos de estabilización ha sido generalmente aceptada y se encuentra en todas las exposiciones de conjunto. A ella se llega por un procedimiento puramente convencional. El historiador del derecho destaca los diferentes momentos que él estima de madurez o culminación de una línea evolutiva y los toma como puntos centrales de otros tantos periodos. Lo que en aquel momento encuentra, lo considera como típico o característico de él: lo que antecede, dentro de los límites cromo-

lógicos establecidos para el período, lo estima como mero precedente y—como se verá luego al recoger expresiones de Mitteis—sin interés especial para la historia jurídica; lo que sigue y se aparta de lo característico, como simple deformación; pero todo, como integrante de un sistema orgánico que existe durante todo el período. La conveniencia de no multiplicar estos períodos, para evitar repeticiones al exponer los sistemas, obliga a dar a aquéllos larga vida, con lo que se acentúa su distanciamiento de la realidad. Mucho mejor, en este sentido, reflejaban ésta los viejos manuales de Historia del derecho español—Sempere, Marichalar y Manrique, Antequera, Sánchez Román, Fabié, etc.—que exponían al tratar cronológicamente de cada código su propio contenido. El vicio capital de estas obras radicaba en su falta de rigor científico. Pero es indudable que, de haberse hecho un estudio circunstanciado de cada fuente, el sistema de cada una y lo que la misma significaba en la historia jurídica, quedaría bien claro. Piénsese en lo que representaría una serie completa de estudios como los que Conrat dedicó al Breviario Alariciano y al Paulo y Gayo visigóticos; el de Archi sobre este último; el de Dahn sobre el *Liber iudiciorum*; los de Gibert sobre el fuero de la Novenera y sobre el de Sepúlveda; el de Wohlhaupter sobre los Fueros de Aragón, el de Riaza sobre el derecho penal en las *Partidas*; etc.

Este último procedimiento es sin duda enojoso y confuso en cuanto a destacar en una visión general las líneas generales del desarrollo del derecho; pero con él se logra algo tan esencial en una reconstrucción histórica como es la fidelidad de la misma. Lo que, en cambio, no puede conseguir una exposición del ininterrumpido proceso histórico en la que sólo se destaquen unos determinados momentos de ella.

Porque, de esta forma—y así parece desprenderse de las observaciones de von Schwerin, aunque indudablemente éste no era su pensamiento—se obtiene la impresión de que el derecho avanza a saltos: que con las invasiones germánicas el primitivo sistema germánico se transforma radicalmente en el franco, que luego se estanca durante cinco siglos, hasta el año 888; que con la división del Imperio carolingio aparece un nuevo sistema, el medieval, que después se mantiene durante otros seis siglos; que con la política imperial de Maximiliano I se crea un nuevo sistema que pervive hasta la penúltima guerra mundial. Pero si se abre el libro de Planitz por cualquier parte se aprecia en seguida que esto no es así y lo arbitrario de la división. Así, en la época franca (s'glos v al ix), al exponer el sistema político se destaca la significación de los señoríos y la inmunidad (§ 20); pues bien, al hacerlo el autor no sólo se ve obligado a remontarse a la época romana y al pri-

mitivo derecho germánico, sino que ha de señalar cómo una serie de rasgos característicos sólo aparecen en los siglos VII o IX; el régimen beneficial sólo aparece en el siglo VIII (§ 21). En el *sistema* medieval (888-1477), las ciudades, p. ej., que tan decisivo papel juegan en la estructura política no cobran significación hasta el siglo XII (§ 42). Pudieran multiplicarse los ejemplos. A la vista de los dos casos citados se observa en seguida que el *sistema* político no descansa en las mismas bases en los siglos V-VII, en que todavía el poder real no se ha desmembrado, que en los siglos VIII-XII, en que domina una estructura feudal; o en los posteriores en que el Imperio descansa en las ciudades y territorios. En todos estos casos, el posible sistema no coincide con un solo período.

No es que Planitz haya delimitado mal los cuatro períodos en que divide la historia jurídica alemana. Críticas análogas pudieran formularse a cualquiera otra división. Y esto, porque el concepto de *sistema*—tal como lo entienden los juristas—es por naturaleza incompatible con el hecho de la evolución histórica. Todo sistema supone coordinación, armonía, unidad, equilibrio entre todas sus partes: para el dogmático, ninguna institución, ninguna norma puede quedar fuera del sistema y romper su armonía. Ahora bien, toda norma nueva—es decir, distinta de aquella que viene a sustituir—, en cuanto lo es, rompe esta armonía en tanta mayor medida cuanto mayor sea su importancia. Como exageradamente dijo Kirchmann, “dos palabras correctoras o rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor”. Aun sin tomar esta frase al pie de la letra, hay que reconocer que el sistema queda desarticulado; de igual forma que en un mecanismo delicado la falta o la adición de una pieza, o la sustitución de alguna por otra diferente, produce un trastorno. Mas como el *sistema* ha de vivir largo tiempo, el historiador del derecho ha de componérselas para encuadrar los nuevos hechos en la misma estructura, como si a ésta nada le hubiese ocurrido. Con lo cual nuevas ficciones se agregan a la primera. Sólo una pura ficción puede atribuir unidad de inspiración, una sola *mens legis*, v. gr., a las disposiciones de origen feudal, de derecho romano o canónico y de procedencia liberal que coexisten en Cataluña y que integran el *sistema* jurídico allí vigente.

Pero con esto sólo se consigue deformar la auténtica evolución del derecho. En todos y en cada uno de los momentos de la historia—el presente no es sino uno más—el jurista profesional ha tenido que operar con las normas vigentes en el mismo, respondan o no a unos mismos principios, sean o no lógicos. Hasta hace un siglo no se ha sentido preocupado por la idea del sistema: se ha servido de conceptos, pero no se ha convertido en servidor y es-

clavo de los mismos. Su preocupación ha sido la de resolver casos: la de dar solución justa a las situaciones que contempla ante sus ojos. Querer ahora presentar el derecho del pasado, y aún más, la evolución del mismo, como una serie de sistemas sucesivos, es algo que va tanto contra la historia como contra el derecho antiguo mismo. Con ello, la *Historia del Derecho* ni refleja exactamente la historia, ni muestra lo que fué el derecho, ni menos como éste se ha formado.

La Historia del Derecho, en su afán de huir de lo singular y anecdótico—es decir, de diferenciarse de la Historia general—, ha caído en el conceptualismo, olvidándose de los hechos concretos. La situación ha sido denunciada varias veces. Hace treinta años, Alfonso Dopsch (*Carlomagno y el "Capitulare de villis"*, en este ANUARIO II, 1925, 47-48) exaltando la nueva historiografía económica señalaba como una de sus virtudes el haberse liberado del dogmatismo de la historiografía jurídica, a la que antes había estado vinculada. Recientemente, H. Mitteis (*Die Krise des deutschen Königswahlrechts*, en *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philos.—histor. Klasse* 1950, Heft 8) ha destacado los excesos del conceptualismo en el caso concreto de los estudios sobre la elección real en Alemania (págs. 8-10). Resulta del más alto interés, por la autoridad de quien la expresa, la caracterización que formula Mitteis de los distintos métodos seguidos por los historiadores generales y los historiadores del derecho. Observa (l. cit., págs. 90-91) que mientras el historiador destaca el cambio de tendencia en un sistema fijándose en las primeras manifestaciones o hechos que lo rompen, el historiador del derecho—el jurista, dice él—no concede importancia a las mismas en este "statu nascendi", sino sólo cuando alcanzan su plenitud y madurez y se consolidan (recuérdese lo antes dicho sobre el método seguido en la formación de los sistemas). Un cambio en el derecho presupone que existe algo estable que puede cambiarse; aquél a menudo es preparado por numerosos precedentes históricos, sobre todo por un cambio fundamental del pensamiento, que penetra hasta los más profundos estratos del espíritu común; pero sólo cuando se presenta un cambio del derecho, adquieren todos los precedentes relevancia histórica. El jurista distingue la preparación, de la tentativa y de la ejecución, y las condiciones de las causas. No toda circunstancia que lógicamente debe considerarse como condición, ha de tomarse en cuenta, sino sólo aquellas que son causa concreta de resultados concretos. Pero a esto pudiera argüirse. ¿es que el hecho no engendra costumbre, que es también derecho? ¿Acaso el hecho no es un precedente que condiciona la norma futura? Si para un jurista dogmático la norma consuetudinaria sólo tiene

valor cuando previamente ha sido atestiguada por la reiteración de hechos y el largo transcurso del tiempo, para el historiador del derecho debe ser ya significativo el primer acto que responde a la concepción de esta norma. Aunque una tendencia no llegue a prosperar, ¿deja por ello de ser una costumbre contra ley, que si para el dogmático carece de interés lo tiene para el historiador?

El jurista—sigue diciendo Mitteis—ha de investigar en todo proceso la situación histórica en que se sitúa, mientras que para el historiador la historia entera es un gran proceso, que él destaca apoyándose en las fuentes. Por ello, el historiador del derecho no debe contentarse con los preceptos normativos y con ínfrecuencia muy abstractos que le transmiten las fuentes jurídicas, para apoyar en ellos la exposición de algo estático e inalterable, sino que debe tender a insertar el desarrollo del derecho en el marco de la dinámica histórica y a investigar las bases histórico espirituales, de la vida del derecho, en mayor medida que hasta ahora; mientras que el historiador general, por el contrario, al ocuparse de cuestiones jurídicas se ocupa tan sólo, sin ir más allá, de determinar cuándo los procesos históricos que observa cristalizan en las normas vinculantes del derecho. En ello radica, a juicio de Mitteis, la diferencia, dentro de la ciencia histórica, de los métodos distintos, aunque complementarios del historiador del derecho y del historiador general.

Pero yo no creo que, en cuanto historiador el del derecho se distinga de los demás que se ocupan de materias jurídicas en lo que acaba de indicarse. Al formular sus diferencias, Mitteis parte de las distintas conclusiones a que en un caso concreto llegan unos y otros y trata de explicarlas por la distinta manera como actualmente tratan las cuestiones unos y otros: los historiadores del derecho atentos a caracterizar los distintos sistemas, los historiadores generales atendiendo a los hechos en su individualidad. Pero que unos y otros trabajen hoy de una manera determinada, no quiere decir que ésta sea la única ni la más apropiada. Si los sistemas carecen de realidad y los actos individuales responden por lo general a un estado de espíritu o de opinión, las diferencias de método en su estudio se acortan o desaparecen. Pues todos han de considerar los hechos en el tiempo y en su conexión, causal o no, con la situación del mismo y los factores políticos, culturales, económicos, sociales, etc.; todos han de valorar lo que es un hecho aislado sin trascendencia, lo que es un mero ideal, lo que insinúa una tendencia y lo que la realiza y perfecciona. Dentro de la orientación dominante de la historiografía jurídica no se observa en la bibliografía diferencia alguna; no sólo los historiadores generales que trabajan sobre instituciones aplican hoy una técnica

jurídica, sino que los historiadores del derecho amplían su campo de estudio a problemas económicos, sociales, etc., y siguen una técnica fundamentalmente histórica. Por ello, decía, que aunque el libro de Planitz está escrito por un jurista y para juristas, y aunque la evolución histórica resulta deformada, es más bien una obra histórica que jurídica.

Esta crítica puede dirigirse no sólo a la obra de Planitz, sino a todas las inspiradas en la misma orientación. F. Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, 250-51) destaca, por lo que se refiere a Alemania—aunque la situación no se da sólo en este país—, que tal como actualmente se concibe la Historia del Derecho forma parte de la ciencia de la antigüedad y no de la dogmática jurídica. Pero esto no parece suficiente a K. S. Bader (*Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers*, Tubinga, 1951; Cf. la recensión de Grass, en *Historische Jahrbuch* LXXI, 1952, 467-8), quien considerando que los historiadores del derecho de su patria se encuentran en una situación crítica, propugna para superarla una mayor aproximación de la historia jurídica a la historia general. En realidad, el historiador del derecho, aunque sólo se ocupe de éste, le considera fundamentalmente como un aspecto de la cultura y trata de estudiarlo en relación con ella. Reaccionando contra la consideración exclusiva de los factores políticos, económicos y sociales en la formación del derecho—v. gr., en Brunner, Schröder, Solmi—, von Schwerin (*Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlín-Munich, 1934; 4.^a ed., 1950) destacó en algunas épocas las corrientes culturales que han influido en el desarrollo del derecho. Con carácter general los tomé yo en cuenta en mi *Hist. del der. esp.* (Madrid, 1940; 3.^a ed., 1943-45) y en mi *Curso de Hist. del der. esp.* (Madrid, 1946; 5.^a ed., 1950). Lo mismo hizo Planitz en su *German. Rechtsgeschichte* (Berlín, 1936; esta obra yo no pude conocerla hasta su 2.^a ed., 1941, por el aislamiento producido por la guerra civil española) y en su *Deutsche Rechtsgeschichte*. Pero Planitz no se limita a destacar las tendencias generales, sino que, aunque esquemáticamente, alude a otros aspectos concretos (astronomía, literatura, música, etc.; Cf. § 62). Se llega de esta manera a una visión general de la historia desde el derecho. Así, cuando Planitz (*Deuts. Rechtsg.* § 1 I 1, pág. 1) dice que la historia del derecho se sirve sólo como medio de los conceptos jurídicos, advierte que “tras ellos está la realidad de la vida; a la que pertenecen casi todos los hechos históricos, especialmente los económicos y sociales”; aunque éstos se estudian sólo en cuanto son objeto de regulación por el derecho. Es lo mismo que R. Grand (*L'Histoire du droit français, ses règles, sa méthode, son utilité*, en *Nouvelle revue histor. de droit*

français et étranger, 1919, 289) había dicho al considerar la historia jurídica como "la historia misma de la humanidad". O lo que guiaba a G. Salvioi (*Storia del diritto italiano*, Turín, 1930, páginas VII-VIII) cuando decía que "escribiendo la historia del derecho italiano, he tenido el propósito de escribir la historia social, económica y jurídica del pueblo italiano, cuando menos en sus grandes líneas, en una unidad orgánica e indivisible".

Pero donde la historiografía jurídica muestra más claramente su vinculación a la ciencia histórica y se presenta como una simple rama especializada de ésta, es en la división de épocas. Admitida generalmente por los historiadores la periodificación del desarrollo histórico—aunque no sin formular al paso sus reservas—, ha llegado a convertirse en la necesidad de fijar y delimitar los periodos de forma que cada uno abarque una concepción o sistema de vida. Conforme a ello, la periodificación de la historia jurídica debiera acomodarse a la vigencia de los distintos sistemas. Sin embargo, los historiadores alemanes del derecho, y también muchos de otros países, acomodan la periodificación del desarrollo histórico a la de la historia general: época germánica, franca, Edad Media—Mitteis divide ésta en Alta y Baja—y época moderna. El plan sistemático seguido por Amira para el derecho germánico, y la distinta periodificación del derecho público, penal y procesal, y del privado adoptados por Brunner en atención al peculiar desarrollo de cada rama, han sido abandonados. Ahora bien, con estos periodos no coincide la evolución del derecho—como antes se indicó—, por la sencilla razón de que no responden siquiera a un criterio histórico cultural, sino a uno político. Lo que significa que al tratar la historia jurídica no se toma en cuenta su propio proceso evolutivo, sino que se estudian las instituciones que se han dado en cada una de las épocas en que el historiador general divide la historia.

Esta concepción de la historia jurídica como parte de la historia general, se revela además en la delimitación de las materias que se consideran propias de aquélla. Así, porque también la historia económica y la social son ramas especializadas de la historia general, lo económico y social se tratan por algunos en la historia del derecho como algo extraño a éste, junto a lo cultural (p. ej., en Schwerin). Planitz, en cambio, supera ya este planteamiento y trata lo social aparte de lo jurídico sólo en la edad moderna, mientras que en las tres épocas anteriores se ocupa de ello al tratar de la constitución política. Nada habría que objetar al planteamiento primero si en aquellos capítulos se tratase verdaderamente de economía o sociología; pero, en realidad, lo que en los mismos se examina son únicamente las instituciones económicas y sociales,

las cuales son también instituciones jurídicas. Sólo la diferenciación de aquéllas de las político-constitucionales (*Verfassung*) explica que se incluyan fuera de las propiamente jurídicas; pues no puede haber duda de que el régimen agrario, la regulación del comercio o de la industria, los sistemas monetarios y de crédito, son también objeto de regulación jurídica. Otros aspectos del derecho son asimismo sistemáticamente excluidos de estas obras—incluso la de Planitz—, sin una simple alusión: así, la parte no organicista de lo que hoy es el derecho administrativo, el derecho internacional, el mercantil... Las doctrinas y concepciones de la ciencia jurídica, por mucha que sea su importancia y trascendencia en la formación del derecho, son igualmente olvidadas, porque si bien las mismas interesan al jurista, carecen de interés para el historiador. El mismo sistema documental, fundamentalmente jurídico, se estudia, no entre las instituciones jurídicas, como sería natural, sino como fuente del derecho (§§ 30 y 59).

Parece obvio que una historia del derecho se ocupe en primer lugar de lo que es el Derecho—concepto, fundamento, caracteres, etcétera—, ya que no en los escritos de los juristas y filósofos, si al menos tal como se concibe, entiende y realiza de hecho, aunque sólo fuese porque esto queda al margen de la Historia de la Filosofía del Derecho. Pues bien, esto, que interesa al jurista pero no al historiador, sólo rápidamente se trata en la obra de Planitz.

Las mismas fuentes del derecho, que son siempre objeto de especial atención, se consideran habitualmente como fuentes de conocimiento de la historia jurídica, y no como formas de expresión del derecho; como algo que es también jurídico, que responde a conceptos y a normas del propio ordenamiento. La crítica de este planteamiento—generalmente seguido—y la exacta orientación han sido llevados a cabo con referencia al derecho italiano por F. Callasso: *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milán, 1936-38; y *Medio evo del diritto*: I, *Le fonti*, Milán, 1954. Pero en la obra de Planitz, como en las de Schröder y Mitteis, el planteamiento varía. En cada época se tratan, por este orden, en capítulos separados, las bases del derecho (historia política, vida cultural, económica y a veces la social): la constitución política, territorial y local; el derecho privado y penal y el proceso; las fuentes del derecho (Schröder y Mitteis alteran el orden de estos dos últimos capítulos). El lugar que se asigna a las fuentes, después de exponer el cuadro institucional de la época, hace suponer que las mismas se consideran no como el origen o forma de creación del derecho y de las instituciones, sino como una creación de éstas o como los medios de determinación de que se valen estas mismas. En este último sentido, p. ej., podría tomarse la caracterización

de los capitulares y de las leyes francas (§ 29); pero esto se olvida y ya no se encuentra en el libro nada semejante sobre la edad Media y la Moderna. En cambio, en esta última parte, después de estudiado el sistema institucional de cada época, es donde Planitz señala las líneas generales de la evolución del derecho durante la misma (§§ 28, 53, 85) y donde, brevisísimamente, destaca al tratar de la edad media los caracteres generales del derecho en la misma. Este proceder—el tratar de las fuentes después de las instituciones—, tan extraño al jurista, encuentra su explicación cuando se piensa ante todo en una evolución histórica general o—como en Eichhorn y sus seguidores—en una historia del Estado y del Derecho, en la que lo jurídico es sólo un aspecto de la misma.

Ante la absorción por la historia general de la jurídica, los historiadores del derecho han tratado de afirmar la autonomía y especialización de su disciplina acentuando su carácter jurídico. La historia del derecho, dice Planitz (pág. 1), opera con conceptos jurídicos, aunque éstos no son un fin sino un medio. Pero esto no deja de ofrecer dificultades. Una primera dificultad estriba en la terminología con que tales conceptos se expresan. Evidentemente, nuestro lenguaje refleja nuestras ideas—las del hombre del siglo xx—y con él, precisamente, para hacerse comprender, ha de expresarse el historiador del derecho. Si éste es jurista, la dificultad se acrece porque se expresa con un tecnicismo erudito, que con frecuencia responde a una concepción determinada del derecho, no aceptada unánimemente. ¿Dudará alguien de que las palabras *propiedad*, *posesión*, etc., tienen un significado distinto en cada tiempo? Mas esta dificultad puede vencerse, porque el explicar las distintas acepciones o conceptos de una expresión técnica en el transcurso del tiempo es objeto inmediato de la historia jurídica.

Pero una dificultad mayor y casi invencible se presenta cuando, superada o dejada a un lado la cuestión terminológica, se opera con los conceptos jurídicos y se trata de construir el cuadro institucional. La distinción entre derecho público y privado, penal y procesal sirve de base a la ordenación de la materia en cada período; y esto, sin una previa definición y delimitación de lo que son aquéllos; y, sin plantear la cuestión de la existencia o no de un derecho público y privado en las diferentes épocas—muy discutida, como es bien sabido—, las instituciones se encuadran en uno u otro campo. La *Markgenossenschaft*, las *Gildas* y gremios; las regalías de aguas, montes y minas. ¿son propiamente instituciones de derecho privado? (§§ 48 y 49). Discutible es la distribución de la materia referente a las personas, ya que lo referente al estado social se integra en el sistema constitucional (§ 37), y lo referente a los extranjeros y judíos y a la capacidad se incluye en el dere-

cho privado (§ 48); en cambio, en la época germánica y franca la condición de las personas se trata siempre al describir la constitución política (§§ 6 y 22). Aunque Planitz no sigue al tratar del derecho privado la sistemática alemana—como, p. ej., hace en sus *Grundzüge des deuts. Privatrechts*—, la dogmática moderna se refleja acusadamente en la exposición; en todo caso, aun cuando se aparta de ella, el sistema conserva cierta rigidez al ser mantenido igual en todas las épocas, buscando, por otra parte, mayor claridad.

Los primeros germanistas que emprendieron el estudio del derecho privado alemán—observa G. Wesenberg (*Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, Lahr, 1954, 169-70), siguieron tan fielmente el programa originario de la Escuela histórica, que tomaron como “ratio scripta” la concepción de la Jurisprudencia de conceptos de Puchta y la aplicaron al estudio del derecho germánico. Desde entonces, los historiadores del derecho han tenido la preocupación y aun la obsesión de la dogmática. La frase de Brunner, en 1894, de que “para la historia del derecho es materia muerta la que no se puede concebir dogmáticamente”, ha sido repetida como una consigna hasta la saciedad (Landsberg, Schwerin, von Below, Besta, Torres, etc.). Pero ¿qué dogmática es ésta? Más que investigar la del pasado—o las varias que en él se dieron—, los historiadores del derecho han preferido descubrirla o crearla ellos, adaptando para el derecho privado la de la pandectística alemana. Mas con ello se ha falseado la realidad histórica, al menos la de ciertas épocas; recuérdese, v. gr., las reservas de E. Besta (*Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Milán, 1946, 61-65). La posibilidad de encajar diversos ordenamientos en un mismo y único cuadro sistemático, o de exponer uno mismo según sistemáticas diferentes, prueba hasta qué punto la idea de sistema es extraña al ordenamiento jurídico a que se aplica y a la evolución histórica del derecho. La comprobación de ello se tiene al ver cómo en la época de la recepción del derecho común, los juristas pudieron manejar y aplicar simultánea y conjuntamente sus principios y preceptos con los del derecho feudal o los del popular.

Y esto es así porque, en todo tiempo, el hombre, profano o experto en derecho, se enfrenta con situaciones muy diversas en la vida y ha de regularlas. El trata de solucionar las cuestiones o problemas en forma conveniente; pero si no es un teórico, al hacerlo piensa menos en una doctrina o sistema, que en la eficacia de las normas que establece. De igual forma, al jurista moderno le interesa más conocer las soluciones o las regulaciones que en el pasado se han dado a cada situación o relación, que la problemática construcción dogmática que en cada momento pudo abarcar todas ellas. Ahora bien, es claro que los principios y las normas en

que aquéllas cristalizan sólo pueden tener pleno sentido conociendo las circunstancias y el ambiente en que rigieron; por ello, no deben ser tomadas en abstracto—como con frecuencia hacen los juristas contemporáneos cuando examinan los precedentes del derecho actual—, sino en relación con el medio en que vivieron. Mas para conseguir esto, no es necesario alterar los términos, como hoy vienen haciendo los historiadores del derecho. Es decir, no es necesario centrar el estudio en el medio y el ambiente históricos de cada época, y precisamente dentro de él examinar todas y cada una de las instituciones existentes en la misma. Esto puede ser de gran interés para un historiador; pero escamotea al jurista lo que a él le interesa: cómo se ha formado un concepto o una norma; o cómo en los distintos tiempos se han resuelto toda suerte de problemas: verbi gracia, los de la coexistencia de razas, del abuso de poder, de la incapacidad material de los locos, de que una misma cosa sea disfrutada por distintas personas, de que otro cultive la tierra que es de uno, de que se preste asistencia a los enfermos, de que se mantenga la paz, etc. No debe olvidarse nunca que el derecho es sólo un medio y no un fin.

Por ser el derecho sólo un medio y no un fin, la sociedad se sirve de él en la medida en que puede satisfacer éste. Los medios—es decir, los conceptos y las normas—cambian buscando una mayor perfección y no es raro que el último estadio de esta evolución apenas guarde analogía con el más antiguo. Por otra parte, también un mismo fin puede a veces conseguirse por medios diferentes. De ambas situaciones la historia nos ofrece múltiples ejemplos: así, por ejemplo, la adopción moderna es bien diferente de la antigua, y la responsabilidad del deudor no es la misma cuando su insolvencia le hacía caer en la servidumbre que cuando se reduce a consecuencias puramente pecuniarias. En ciertas épocas la transmisión *mortis causa* de los bienes podía conseguirse indistintamente por adopción, donación (bien fuese *post obitum* o con reserva de usufructo), testamento, pacto sucesorio, etc. La adecuación de los medios a los fines, la habilitación de nuevos medios, su perfección técnica, determinan en buena parte la historia del derecho. Y por ello es exagerado afirmar, como hace Planitz (§ 1, I 2), que ésta encuentra su contenido principal en la tensión que se produce entre el derecho positivo y un ideal de justicia. Sin duda el hombre procura que la solución que establece sea justa; pero también procura ante todo que sea eficaz. Por ello, v. gr., cuando trata de fortalecer el cumplimiento de una obligación, escoge de entre los posibles medios de que para ello dispone—la palabra, la fianza, la prenda—aquel que le ofrece una mayor seguridad.

Precisamente por ser el derecho sólo un medio y no un fin, por-

que los conceptos y las normas cambian de contenido y de aplicación, el historiador del derecho que trata de exponer en su conjunto la evolución de éste, tropieza frecuentemente con una dificultad a veces insuperable. Tal ocurre cuando en las instituciones se operan cambios esenciales. Mientras los cambios afectan sólo a cosas secundarias, como se mantiene la sustancia del concepto o de la institución, es posible y fácil trazar su historia, porque la cosa sigue siendo la misma. Pero si, como antes se ha indicado, el cambio se opera en lo esencial, la institución deja de ser la que era y aparece en su lugar otra nueva. Entonces la historia ya no es de una institución, sino de instituciones diferentes enlazadas sólo por un nexo de causalidad. Si la exposición se hace por sistemas sucesivos y los cambios coinciden con el tránsito de uno a otro, la dificultad se reduce a la falta de conexión de un sistema con otro. Pero si el cambio se produce durante la vigencia de un supuesto sistema—como el desarrollo de la inmunidad, la aparición del régimen benefical o de la organización ciudadana, como antes se destacó—el problema se presenta en toda su magnitud. Si, por el contrario, la exposición se hace según el plan llamado sistemático, por instituciones jurídicas, los cambios de configuración de éstas y la sustitución de unas por otras, agravan aún más la dificultad.

Las observaciones que R. Gibert (en la revista *Arbor* XVI, 1950, 317) formuló a cierto capítulo de mi *Curso de Hist. del Derecho Español*, tienen un valor general en todos aquellos casos en que se trata de estudiar la evolución de los conceptos o instituciones jurídicas. “El concepto de derecho civil o de cualquier otra cosa de que se quiera hacer la historia—dice Gibert—, tiene que ser apriorístico y lógico. La historia no da conceptos ni los conceptos tienen historia. El haber intentado para cada época definir lo que se entiende por derecho civil y por derecho privado, sin adoptar uno claro y preciso, sino manejando varios de ellos implícitamente, hace que el capítulo destinado a la historia del concepto y contenido del derecho civil produzca cierta confusión.” “Creo—sigue diciendo Gibert—que la falta de claridad, atribuible también a lo sintético y esquemático de este capítulo, radica en haber involucrado en la historia una problemática conceptual, en lugar de decidirse previamente por una u otra solución sobre el concepto del Derecho civil.” Aun admitiendo las observaciones de Gibert en cuanto se refieren a una posible confusión y falta de claridad, dentro de la concepción histórico-jurídica dominante—a la que respondía mi *Curso*—, no veo forma hábil de soslayar tales defectos.

Si como Gibert propone, se adopta apriorísticamente un concepto de derecho civil, ¿cuál ha de ser éste? ¿El actual? ¿Cuál

de los que hoy se formulan? Si partimos de un concepto actual, ¿puede ser la misión de un historiador del derecho explicar cómo se ha formado éste; tomar en consideración en cada época sólo lo que va a servir para configurarlo y dejar a un lado todo lo que no ha influido en él? ¿Es lícito, al proceder así, prescindir del *ius civile* romano como contrapuesto al honorario o al natural y de gentes? ¿O del *ius civile* como identificado con el romano y distinto del canónico? ¿O de él en cuanto se contrapone al *real*? De seguir este criterio, todas aquellas instituciones del pasado que han desaparecido sin dejar huella en el ordenamiento vigente, quedarían fuera de la historia del derecho. Si, por el contrario, aceptamos como concepto previo de derecho civil el del *ius civile* de la Roma preclásica, por ser el que primero aparece en la historia, ésta quedará convertida en una larga enumeración de desviaciones; en una historia de la decadencia de la humanidad, con un cierto regusto y nostalgia de lo puramente arqueológico. Y lo mismo sucederá si tomamos como concepto lógico el de cualquiera de las épocas intermedias: con la única diferencia de que aquí se impondrá una primera etapa de integración del concepto—como se ha indicado en la primera hipótesis—y una segunda de deformación—como en la segunda—. Aún cabe otra hipótesis: la de fijar lógica o filosóficamente un concepto de derecho civil, de contrato, de pena... Pero entonces nos encontramos con todos los inconvenientes de la primera solución y otros aún mayores. Porque entonces la historia no nos explicará siquiera cómo se ha formado el actual concepto de derecho, de contrato, etc., sino que se convertirá en una historia pragmática, encaminada a proporcionar un apoyo pseudohistórico a una elucubración doctrinal.

En todo esto se olvida una cosa importante. Que la historia del derecho, como la del individuo, no siempre se mantiene en una línea recta. Pese a todos los horóscopos que puedan formularse, nadie es capaz de adivinar el porvenir de una persona. La vida de ésta es casi siempre incierta: las ilusiones de la infancia, los proyectos de la juventud, las realizaciones de la madurez raramente se mantienen en una misma dirección. ¿Qué tienen que ver en la vida de San Francisco de Borja, su actuación política como virrey y como general de los jesuitas? ¿O la vida miserable del porquerizo y la brillante del marqués Pizarro, gobernador del Perú? Fácil sería multiplicar los ejemplos. En todo caso son capítulos de una misma vida. Lo mismo ocurre con el derecho. Una misma es la comunidad política española y, sin embargo, cuán diferente bajo Teodosio el Grande, Eurico, Bermudo II, los Reyes Católicos... Uno se considera el Estado moderno, pero en él se engloban las formas corporativas, liberales y totalitarias. La

diversidad en estos casos se vincula a un cuerpo político y ello atenúa la desorientación. Pero cuando nos ocupamos de conceptos sin posible referencia a un sujeto, sólo un vínculo causal mantiene el lazo entre una y otra configuración del mismo. Piénsese en la serie de definiciones de la *libertad*, desde la romana de Florentino recogida en el Digesto hasta lo que hoy se entiende por ella. ¿Quién sabe cómo se definirá en el futuro? La misión del historiador del derecho es señalar esta evolución. Si ella es tortuosa y confusa, aparte la habilidad reconstructiva y expositiva de aquél, la culpa no es suya, sino de la evolución del concepto.

Ahora bien, cuando se hace la historia de un solo concepto o de una sola institución, por quebrado que sea su curso es posible seguirlo en su desarrollo, y entonces, la exposición, si éste se conoce, no ofrece especial dificultad. Pero la confusión es inevitable cuando se estudia en su conjunto la historia del ordenamiento jurídico. Las líneas quebradas de la vida de cada concepto o institución se cruzan y entrecruzan constantemente. Si en diferentes momentos, como se hace cuando se expone la historia del derecho como una sucesión de sistemas, buscamos cuál es el lugar de aquéllas en éste, los encontramos frecuentemente desplazados y cumpliendo funciones distintas. Así, el precario, derecho real privado en Roma, aparece convertido en beneficio como base del sistema político feudal; el derecho del colono de no ser privado de su tierra, mera ventaja privada, aparece luego como una obligación que determina su situación política; y la colaboración piadosa y apolítica de los reyes en la construcción y cuidado de las iglesias, es más tarde una regalía de la corona que pretende limitar la potestad de la Iglesia; etc., etc.

La confusión no se manifiesta con tan graves rasgos en los manuales que tratan la historia del derecho como una sucesión de sistemas, porque en realidad lo que en ellos se expone no es el *auténtico sistema* de la época escogida—prueba de ello es que en todas las épocas aparece el mismo orden y distribución de las materias, sino la exposición en un esquema general, y absolutamente moderno, de lo que en el pasado se encuentra referente a él. Es decir, una visión del pasado a través de nuestro propio prisma: es decir, una visión deformada del mismo. Así, por ejemplo, en la obra de Planitz nos encontramos con análoga distinción de lo constitucional, privado, penal y procesal, en la época germánica, en la franca, en la medieval y en la moderna. La propiedad *v. gr.*, juega el mismo papel en todas ellas. ¿Puede haber alguna duda de que esto no fué así?

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. Unas y otros son, con pocas excepciones, tan inherentes o vinculados al hombre que pueden considerarse permanentes y universales como él mismo, y ofrecen, por ello, una base sólida para la integración y ordenación de la materia e incluso para dar una unidad a instituciones muy diferentes. La explotación de la tierra, v. gr., bien sea personalmente bien por otras personas, determina dos tipos diferentes de cultivo, y en el segundo caso agrupa tipos distintos de instituciones (sociedad, arrendamiento, precario, prestimonio, plantación, etc.); la identidad de fin que con las mismas a veces se persigue, es la que explica las interferencias entre unas y otras, y su deformación, simplificación, etc. El ejercicio del comercio es el que determina la existencia de un derecho mercantil, que se integra con instituciones públicas (v. gr., el derecho de mercado) y privadas. Contadas son las situaciones en cuya regulación no intervienen conjuntamente el Estado y la iniciativa privada—en otros tiempos, también la familia—; por ello carece de interés, históricamente, la distinción entre derecho público y derecho privado. Aún hoy día—como denuncian a cada paso los juristas—la distinción carece de realidad y sólo por rutina se mantiene. Pero excede de este lugar la fundamentación y desarrollo de un nuevo método y plan, en el que al mismo tiempo habría de realzarse y hacerse más fiel el proceso histórico de las respectivas instituciones. Por lo demás, sus ventajas y excelencias—también sus limitaciones y defectos—sólo podrían apreciarse exactamente a la vista de una exposición de la materia.

La conveniencia y oportunidad de una revisión de la orientación y métodos dominantes parece indicada. Basta considerar que, en contraste con el impulso decisivo recibido por los estudios de historia del derecho en los últimos setenta años y con la renovación de tendencias, problemas y conclusiones que se manifiesta en los estudios monográficos, los tratados y manuales, aun recogiendo los datos de estos últimos, se mantienen fieles en absoluto a los esquemas ya contruídos hace tres cuartos de siglo. Compárese, en cambio, con lo ocurrido en otras disciplinas afines o análogas—la Historia general, la Historia económica y social, el Derecho romano y la propia Historia del derecho canónico—, en las que el contraste entre los viejos y los nuevos manuales es manifiesto. ¿Puede atribuirse a afán de novedades o prurito de originalidad la crítica de la orientación y métodos actuales y la exigencia de una revisión?

Se muestra ya esta tendencia revisionista en los modernos his-

toridores del derecho italiano, especialmente en Calasso y Paradisi, aunque con distintas tendencias; se apartan también ya de las líneas clásicas, las *Lezioni di storia del dir. ital. Diritto privato* de P. Torelli (Milán, 1946-1948, 3 vols.) y la *Introduzione storica al vigente Diritto privato italiano* (Milán, 1949), de P. Vaccari, dos veteranos profesores, el primero de ellos ya fallecido. Para cubrir una laguna de la historiografía jurídica alemana, se ha creado hace unos años en Alemania una nueva disciplina—la “Historia del Derecho privado de la Edad Moderna”—que cuenta con manuales como los de Molitor, Wieacker y Wesenberg. Un ilustre romanista como Franz Wieacker, al examinar la bibliografía histórica jurídica alemana y hacer su crítica, propugna insertar la historia del derecho en una fenomenología históricamente orientada de las situaciones jurídicas, en una historia de problemas; pues en el inmenso material sobre que se opera sólo se encuentra un número limitado de tipos de vida económicos y sociales (*Privatrechtsgesch. der Neuzeit* 251-52).

No me dirijo a los *historiadores* que estudian el derecho del pasado, aunque también ellos han de encontrar mucho que corregir en los métodos actuales. Me dirijo a los *juristas* que investigan la historia del derecho, invitándoles a que mediten sobre estos problemas de orientación y método, no ya con un criterio filosófico, sino teniendo en cuenta la realización práctica de los estudios e investigaciones en que se ocupan.

ALFONSO GARCIA GALLO