

Historia del Derecho portugués

History of Portuguese Law

RESUMEN

El pensamiento crítico de Luis António Vernay, el Compendio Histórico y los Estatutos de la Universidad de Coimbra constituyen la base de la obra de Melo Freire, el «fundador de la historia del derecho portugués». El siglo XIX, a pesar de las figuras de Coelho da Rocha, Alexandre Herculano y Gama Barros, no fue muy fructífero en estudios históricos. En las dos primeras décadas del siglo XX, el sociologismo de Comte y Littré marcó la historia del Derecho portugués, desarrollado sobre todo por profesores universitarios. A esta concepción se opusieron más tarde el idealismo y el juridismo.

PALABRAS CLAVE

Historia del derecho; positivismo; sociologismo; idealismo.

ABSTRACT

The critical thinking of Luis António Vernay, the Compendio Histórico and the Estatutos da Universidade de Coimbra are the basis of the work of the «founder of the history of Portuguese law», Melo Freire. The 19th century, despite the figures of Coelho da Rocha, Alexandre Herculano and Gama Barros, was not very fruitful in terms of historical studies. In the first two decades of the 20th century, the sociologism of Comte and Littré marks the history of Portuguese law, developed, above all, by university teachers. This conception will later be combated by the idealism and the juridism.

KEY WORDS

History of law; positivism; sociology; idealism.

SUMARIO/SUMMARY: I. La falta de condiciones para elaborar una historia del derecho portugués. Recopilaciones de fuentes y estudios bio-bibliográficos.–II. Bases para una historia del derecho portugués.–III. Los comienzos de una historia del derecho portugués propiamente dicha.–IV. La contribución de la Real Academia de Ciencias de Lisboa.–V. Algunas iniciativas importantes en un período de crisis.–VI. Las contribuciones de Alexandre Herculano y Gama Barros.–VII. La influencia del sociologismo jurídico en la historia del derecho.–VIII. Manuel Paulo Merêa y la renovación de la historia del derecho portugués.

I. FALTA DE CONDICIONES CIENTÍFICAS PARA ELABORAR UNA HISTORIA DEL DERECHO PORTUGUÉS. RECOPIACIÓN DE FUENTES Y ESTUDIOS BIO-BIBLIOGRÁFICOS

La ciencia jurídica histórica portuguesa se formó en la segunda mitad del siglo XVIII. Hasta entonces, los historiadores se dedicaban principalmente a la crónica de hechos y a la biografía, y no se animaba a los jurisconsultos a considerar la dimensión histórica en el desarrollo de la ciencia jurídica. Portugal fue un fuerte bastión del *mos italicus*. El *corpus iuris civilis*, interpretado según los criterios propuestos por los comentaristas Bártolo y Baldo como representantes más ilustres de esta escuela, y la *communis opinio* son las grandes referencias.

En el siglo XVI se comprende, por tanto, el fracaso de una línea de humanismo, aunque moderado, como la de los civilistas Manuel da Costa. Aires Pinhel y Heitor Rodrigues¹. La antipatía hacia la *communis opinio* de una corriente que, al fin y al cabo, sigue trabajando fundamentalmente con los viejos instrumentos del *mos italicus*, no es absorbible en un medio donde reina la metodología de los comentaristas. Si este es el caso para una concepción complaciente, una posición más radical no podría lograr un mejor resultado. Nos referimos a la vertiente filológico-crítica, tanto italiana como francesa. En cuanto a la primera, los juristas que regresaron al país (Luis Teixeira y Martinho de Figueiredo) optaron por la desmovilización. Los de orientación francesa (Miguel Cabedo y Diogo Mendes de Vasconcelos)² ejercieron poca influencia. António Gouveia (1510?-1566) nunca regresó³. Esta corriente es incompatible con el *statu quo* jurídico portugués.

Si hubo, con todo, algunos juristas portugueses que reaccionaron contra la *opinio communis doctorum*, no se puede decir lo mismo de la recepción de la

¹ Sobre estos juristas, véase GOMES DA SILVA, N. E., *Humanismo e direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964, pp. 239 ss, y pp. 354 ss.

² Henrique Caiado y Luís Álvares Nogueira no volvieron. GOMES DA SILVA, *Humanismo y Derecho...*, pp. 123 y 354.

³ Véase DE MATOS, L., «António de Gouveia» en *Dicionário de História de Portugal*, Mirandela, 1975, vol. III, pp. 139 ss.; SERRÃO, J. V., «António de Gouveia e a prioridade do método cujaciano do direito», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXVIII, pp. 181 ss., y GOMES DA SILVA, *Humanismo e direito...*, pp.266 ss.

dialéctica, herramienta preciosa para sistematizar las prescripciones jurídicas. Luis Teixeira es una excepción. Así, aunque haya representantes de la corriente «cultas» en Portugal, su influencia es fugaz. Los agentes de las opiniones «libres» y de las «bonae litterae» se desvanecieron en un ambiente dominado por el *instrumentarium* del *mos italicus*. Después de la primera mitad del siglo XVI, se produjo un fuerte retorno a escritos más prácticos y casuísticos (*consilia*), repertorios, colecciones de doctrina, Acursio, Bártolo y Baldo y la práctica de los tribunales (recopilación de sentencias, etc.). Ni siquiera una metodología innovadora, aunque sin romper con los juristas y la práctica medievales, utilizando instrumentos de carácter literario, filológico e histórico, como propuso el profesor italiano Andrea Alciato (1492-1550)⁴, pudo dar fruto.

En resumen, el predominio del Derecho romano, del Derecho canónico y de la orientación dogmática aleja a los juristas portugueses de los aspectos históricos de su ciencia. En la universidad casi no hay espacio para el Derecho nacional, que queda relegado al mundo de la praxis como algo no digno de esfuerzo científico. Se trata de un derecho que no cumple el principio epistemológico de la distancia, es decir, un derecho diferente del derecho romano y canónico, derechos temporalmente distantes, escritos en latín, configurados por un complejo de normas de larga tradición y, sobre todo, independientes de las influencias políticas y de los debates ideológicos del presente⁵.

Aun así, el Renacimiento no dejó de manifestarse, por ejemplo en la obra de André de Resende (1498-1573) quien, en palabras de Paulo Merêa, escribiendo sobre la «organización de la Hispania antigua» puede ser considerado el «fundador de la historia del derecho público peninsular»⁶.

En el siglo siguiente se destacan fray Antonio Brandão (1584-1637)⁷, fray Francisco Brandão (1601-1680)⁸, fray Francisco do Santíssimo Sacramento (1610-1689)⁹. Entre los jurisconsultos dignos de mención están Jorge de Cabe-

⁴ VIARD, P., *André Alciat (1492-1550)*, París, 1926, pp. 193 ss.

⁵ REIS, M. «Ciência e acção: o Poder simbólico do discurso universitário no período do ius commune», en *Universidade(s), História, Memórias, Perspectivas. Congresso História da Universidade, 7.º centenário*, Coimbra, 1991, actas pp. 5, 31 y 36.

⁶ MERÊA, M. P., «De André de Resende a Herculano (Súmula histórica da história do direito português)», en MERÊA, M. P., *Estudos de história do direito*, Coimbra, 1923, p. 11. Las obras de André de Resende son *Historia, da Antiguidade da Cidade de Evora*, Evora, MDLIII (2.ª edición póstuma, con alteraciones del autor, en 1576), y *De Antiquitatibus Lusitaniae*, Eborae, 1593.

⁷ *Terceira parte da Monarchia lusitana: que contem a historia de Portugal desde do Conde Dom Henrique, até todo o reinado del Rey Dom Afonso Henriques*, Lisboa, 1636, y *Quarta parte da Monarchia lusitana: que contem a historia de Portugal desde do tempo del Rey Dom Sancho Primeiro, até todo o reinado del Rey D. Afonso III*, Lisboa, 1632.

⁸ *Quinta parte da Monarchia lusytana: que contem a história dos primeiros 23 anos del Rey D. Dinis*, Lisboa, 1650, y *Sexta parte da Monarchia lusitana: que contem a historia dos ultimos vinte & tres annos del Rey Dom Dinis*, Lisboa, 1672.

⁹ *Epitome único da dignidade de grande, e maior Ministro da Puridade, e de sua muita antiguidade e excelência*, Lisboa, 1666.

do (1525-1604)¹⁰, Gabriel Pereira de Castro (1571-1633)¹¹ y Domingues Antunes Portugal (?-1677)¹².

A partir de 1720, con la fundación de la *Academia Real de História*, dedicada a profundizar en el conocimiento de la vida civil, eclesiástica y militar del país, los estudios históricos adquirieron mayor agudeza. En

el marco de este renovado interés, uno de sus miembros, António Caetano de Sousa (1674-1759) escribió la monumental *História Genealógica da Casa Real Portuguesa*¹³. Al proporcionar un vasto conjunto de «Instrumentos, Memorias Públicas, e Particulares»¹⁴ en los diversos volúmenes de las *Provas*, a partir de los cuales compiló la *História Genealógica*, el ilustre bibliógrafo y genealogista revela un precioso conjunto de fuentes cruciales para la construcción de la historia del derecho nacional. En el ámbito de la bio-bibliografía, merece destacarse la *Biblioteca Lusitana*¹⁵ de Diogo Barbosa Machado (1682-1772), que ofrece una lista de jurisconsultos portugueses y su contribución a la literatura jurídica portuguesa.

II. BASES PARA UNA HISTORIA DEL DERECHO PORTUGUÉS

Luis António Vernay (1713-1793) fue fundamental para tomar conciencia de la crisis en que se encontraban los estudios jurídicos en la primera mitad del siglo XVIII. El *Verdadeiro Método de Estudar* (1746)¹⁶ no sólo describe la rutinaria, anacrónica e irreformable enseñanza del *mos italicus* dominante en los estudios universitarios, sino que también ofrece útiles sugerencias metodológicas y bibliográficas para superarla. La preparación de juristas, legistas y canonistas se presenta en toda su desnudez. El alejamiento de los principios de la jurisprudencia natural, el conocimiento de apenas algunos textos del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici*, las sutilezas de la lógica peripatética, el exceso de erudición, la falta de estudios en el campo de la Política y la presencia superficial del Derecho nacional son algunos de los puntos enumerados que ayudan a comprender la decadencia de la enseñanza jurídica.

La falta de estudio de la historia en sus diversas formas se considera una de las causas más importantes de esta decadencia. Para Vernay, un jurista que no

¹⁰ *De Patronatibus Ecclesiarum Regiae Coronae Regni Lusitaniae*, Olisipone, 1602.

¹¹ *De Manu Regia Tractatus*, Ulyssipone, I, 1622, II, 1625.

¹² *Tractatus de Donationibus Regiis Jurium et bonorum Regiae Coronae*, 1673. Cf. RODRÍGUEZ GIL, M., «Domingos Antunes Portugal. Un jurista barroco», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2004, vol. Extraordinario, pp. 279 ss.

¹³ *Historia Genealogica da Casa Real Portuguesa*, Lisboa, Tomo I, MDCCXXXV (los 12 volúmenes restantes, el último de los cuales contiene el índice general, se publicaron hasta 1749).

¹⁴ *Provas da Historia Genealógica da Casa Real Portuguesa*, Lisboa, Tomo I, MDC-CXXXIX, 1 (los cinco volúmenes restantes se publicaron hasta 1748).

¹⁵ *Bibliotheca Lusitana*, Lisboa, MDCCXXXI (los tres volúmenes restantes se publicaron hasta 1758).

¹⁶ VERNAY, L. A., *Verdadeiro Método de Estudar para ser útil à República, e à Igreja: Proporcionado Ao Estilo, e necessidade de Portugal*, Valensa, MDCCXLVI. Véase MARCOS, R. M. DE F., *A história do direito e o seu ensino na escola de Coimbra*, coimbra, 2023, pp. 38 ss.

conoce la historia civil o un teólogo que no conoce la historia de la Iglesia no saben ni derecho ni teología¹⁷. Pero para el *Padre Barbadinho*, «la historia no se aprende en cuatro días»¹⁸. ¿Cómo determinar las circunstancias y la finalidad de las leyes sin la historia? Para Vernay un jurisconsulto debe conocer «las diferentes variantes de gobierno», estar al tanto de la evolución del reino y de los intereses de su príncipe. Del mismo modo, un canonista debe conocer la historia de la Iglesia y las antigüedades eclesiásticas. En resumen, la historia general, el derecho comparado, el estudio de la historia eclesiástica y del derecho nacional deben introducirse en la enseñanza jurídica. Dada la importancia del Derecho romano y del Derecho canónico en el Derecho contemporáneo, el estudio de la evolución de la jurisprudencia romana y canónica es absolutamente esencial. En resumen, dada la distancia entre la enseñanza y las necesidades de las profesiones jurídicas, Vernay sostiene que tal enseñanza es inútil. Y no se trata de un discurso aislado. José de Castro Sarmiento, António Ribeiro Sanches, Pereira de Figueiredo y otros intelectuales ilustrados también desarrollaron una línea de crítica al *statu quo* que debía ser protagonizada por el poder político.

Y el poder intervino desde la Universidad de Coimbra. El *Compendio Histórico* (1771)¹⁹, elaborado por la *Junta de Providência Literária*, creada por el rey José y el marqués de Pombal, pretende describir la insostenible situación en que se encontraban las letras y las ciencias en Portugal. En términos discursivos, favorece la confrontación con el paradigma dominante de la enseñanza jesuítica, acusada de ser responsable del estado decrepito de los estudios universitarios; en términos intencionales, el *Compendio Histórico* busca difundir en la universidad las nuevas líneas racionalistas que impregnaban el proyecto de Pombal. Es en este contexto que se defiende la integración de la historia del derecho y el aumento de la historia general en los estudios jurídicos, frente a la práctica de los jesuitas, que habían prescindido de la historia del derecho civil, romano, canónico y patrio. La separación entre «conocimiento histórico y Estudios Jurídicos» se percibe como «un golpe mortal a la Jurisprudencia»²⁰. ¿Cómo pueden cotejarse e interpretarse las leyes y los cánones sin la ayuda de la historia? Se invocan como referencia los ejemplos de Alciato, Cujacio y Balduino. El jurista que presupone el *Patronato de la Providencia Literaria*, entre los que destaca João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho en materia jurídica, debe tener en una mano el «Código de las Leyes Naturales» y en la otra los «Anales de la Historia». De hecho, siempre que las leyes se apartan del camino de la *razón natural*, es decir, de la posibilidad de ser interpretadas de acuerdo con los dictados del derecho natural, sólo la historia puede proporcionar una compren-

¹⁷ VERNAY, *Verdadeiro Método de Estudar...*, Libro II, Carta XIII, p. 144.

¹⁸ VERNAY, *Verdadeiro Método de Estudar...*, Libro II, Carta XIII, p. 156.

¹⁹ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuitas e dos estragos feitos nas ciencias e nos professores, e directores que a regiam pela maquinações, e publicações dos Novos Estatutos por eles fabricados*, Lisboa, MDCCLXXI. Véase FRANCO, J. E., «A reforma pombalina da Universidade Portuguesa no quadro da reforma anti-jesuítica da educação», en *Marquês de Pombal, Junta de Providência Literária, Compendio Histórico da Universidade de Coimbra*, Porto, 2008, pp. 17 ss.

²⁰ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. 227.

sión de las circunstancias civiles, de las circunstancias de hecho que llevaron al legislador a apartarse de los preceptos de la razón natural.

Lo que está en juego es la «Máxima jesuítica» de que «las leyes dudosas no obligan»²¹, es decir, la reducción de los imperativos de las leyes a meros casos de conciencia y la elevación de los propios jesuitas, como oráculos, a la condición de árbitros de las leyes del Estado. Siempre que las leyes se revelen como expresión de la ley natural, es así como deben ser interpretadas; si el legislador se ha apartado de los preceptos de esta ley, el intérprete debe valorar si las leyes se han apartado en todo o en parte. En el primer supuesto el intérprete, iluminado por la historia, debe llegar a comprender las razones que llevaron al legislador a apartarse de los dictados de la razón natural, para llegar a comprender las circunstancias particulares y las razones civiles que deben guiarle en la interpretación de la ley. Si las disposiciones legislativas se apartan sólo en parte de esos preceptos, entonces el intérprete debe recurrir a los preceptos naturales y a las razones civiles, según cada situación concreta²². Contrariamente a lo que practicaba la pedagogía jesuítica, para la nueva concepción «no hay antorcha más brillante para la buena inteligencia de las Leyes» que la historia²³. La historia, siguiendo el modelo de la escuela holandesa, armoniza con el derecho natural racionalista y no pierde su evidente relevancia.

La historia de la literatura jurídica, considerada como «uno de los mayores auxiliares del estudio jurídico»²⁴, es también un punto privilegiado. La difusión de los métodos, del conocimiento de los juristas más representativos, de la bibliografía más consolidada y de las mejores ediciones tiene el beneficioso efecto de liberar a los juristas de muchas de las opiniones sectarias de sus escuelas, proporcionándoles nuevos horizontes. En términos de militancia, la historia de la literatura jurídica ofrece al espíritu reformador el *instrumental* adecuado para confrontar las «intolerables» opciones impuestas por los Estatutos Viejos de 1598, revisados en 1612 y reconfirmados en 1653, con la magnitud de las nuevas corrientes ilustradas²⁵. Siguiendo los pasos de la Ley de 18 de agosto de 1769, la Ley de la Buena Razón²⁶, el *Compendio Histórico* ofrece un nuevo conjunto de referencias teóricas para sustituir a los viejos marcos del Bartholismo tardío.

Hecho este diagnóstico, pasamos a la «nueva fundación de la Universidad de Coimbra» con la imposición de los *Estatutos Pombalinos* (1772)²⁷. Siguiendo con el *Compendio Histórico*, lo que estaba en juego era la construcción de

²¹ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 225.

²² *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 227.

²³ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 242.

²⁴ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 244.

²⁵ *Compendio histórico del estado de la Universidad de Coimbra...*, cit., pp. 243 y 244.

²⁶ Sobre esta ley, véase nuestra *História do Direito Português Medieval e Moderno*, Coimbra, 2002, pp. 159 ss.

²⁷ *Estatutos da Universidade de Coimbra compilados debaixo da immediata e suprema inspecção de ElRei D. José I nosso Senhor pela Junta de Providencia Literaria creada pelo mesmo Senhor para a restauração das sciencias, e artes liberaes nestes reinos, e todos seus dominios ultimamente roborados por Sua Magestade na sua lei de 28 de Agosto deste presente anno*, Lisboa, MDCCLXXII.

un nuevo cuerpo doctrinal a partir de un conjunto de disciplinas de carácter filosófico, histórico y metodológico cuya función era sustituir el antiguo marco escolástico y barroco por un renovado sistema normativo y dogmático en el que el derecho nacional ocupaba un lugar central y el derecho romano justinianeo se depuraba a partir del *usus modernus Pandectarum*, es decir, de su adaptación a las necesidades de las sociedades burguesas en construcción en Centroeuropa. La introducción de las disciplinas del derecho natural o del derecho de gentes y de la historia del derecho en el plan de estudios revela los objetivos de la reforma. Si, por un lado, como «verdadera fuente de todo derecho civil», el derecho natural es la verdadera «clave» para comprender el derecho²⁸, por otro lado, aunque la historia no es ni la «fuente» ni el «principio de demostración» del derecho natural, sí «ilustra sus preceptos» a través de las noticias que difunde de su aplicación en las naciones más cultas e ilustradas.

En los términos de la construcción renovada, el derecho natural desempeña la importante función positiva de ofrecer los «fundamentos más sólidos» a todas las «Leyes positivas, Divinas y Humanas, Canónicas y Civiles»²⁹, de contribuir al perfeccionamiento del «Arte Nomothetica»³⁰ y a la correcta interpretación y aplicación de las leyes. A su vez, la historia del derecho, impartida en la asignatura de «Historia civil de los pueblos y derecho romano y portugués»³¹, además de cumplir la función negativa de desvitalizar los viejos marcos dogmáticos del *mos italicus*, identificados como derecho caótico y sin sentido, inútil para el nuevo modelo en construcción, realizaba una contribución positiva al difundir las «Escuelas de buena Jurisprudencia». Sólo la historia del derecho podía ayudar a los juristas «a salir del tenebroso caos de confusión en que les había sumido la ignorancia de la historia; y a evitar los crasos errores en que habían caído, por falta de ella, los intérpretes glosadores y bartolistas»³².

Casi como un esfuerzo pionero, la historia del derecho, insertada como asignatura de derecho natural en el primer curso, debía mostrar los «errores» de las escuelas acursiana y bartolista, a las que se culpaba de atentar contra la pureza del derecho romano³³. En oposición a las «escuelas bárbaras de jurisprudencia» se propone el ejemplo de la escuela de Cujas³⁴. En lugar del agotado método analítico, se propugna una enseñanza sintética, demostrativa y compendiosa³⁵.

Los *Estatutos Pombalinos* no sólo ofrecen una convincente primera sistematización de la historia del derecho, sino que vinculan dogmáticamente a los futuros profesores. Los períodos, las fuentes respectivas, los puntos esenciales a

²⁸ Utilizo la edición de MDCCLXXIII, p. 86.

²⁹ *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 210.

³⁰ *Compendio historico da Universidade de Coimbra...*, p. 216.

³¹ *Estatutos da Universidade Coimbra...*, Libro II, p. 288.

³² *Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit. p. 132.

³³ *Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit., pp. 149 e 150. En Italia, la asignatura de historia del derecho sólo se enseña en Pavía desde 1763, en Bolonia desde 1797, en Florencia en 1840; en España sólo se introdujo en 1873. Véase HESPANHA, A. M., *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978, p. 142.

³⁴ *Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit. 150.

³⁵ *Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit. 79.

desarrollar, el sentido de la valoración metodológica de cada escuela, los procesos de investigación y exposición, nada queda al arbitrio de los expositores³⁶. El catedrático, ante la inexistencia de una Historia del Derecho Portugués, debe elaborar un compendio que pasa a examen del claustro de la Facultad y a la aprobación del monarca. Hasta que se lleve a cabo esta tarea, los *Estatutos* ordenan la selección del compendio sobre historia del derecho romano que más se ajuste al programa, aumentado en las materias relativas al derecho portugués³⁷. Así, para la historia del Derecho romano, se eligió *Historia jurisprudentiae romanae* de Bachio³⁸, obra de gran prestigio. El Derecho nacional, que formaba parte del programa del curso, no se trató. Esta laguna fue cubierta en 5.º curso por el profesor de Derecho nacional³⁹.

III. LOS COMIENZOS DE UNA HISTORIA DEL DERECHO PORTUGUÉS EN SENTIDO ESTRICTO

Sin embargo, ante la falta de publicación de compendios por parte de los profesores, el Real Aviso de 26 de septiembre de 1786 obligó a cada facultad a su elaboración⁴⁰. En la de Derecho, Ricardo Raimundo Nogueira fue el encargado de redactar todos los compendios, incluida la Historia del Derecho Romano y del Derecho patrio. Debido a su extensión, el compendio de Bachio fue sustituido por el *Ordo historiae juris civilis* de Carlos António Martini (1726-1800), profesor de la Universidad Católica de Viena y alto funcionario austríaco. Pero fue Pascoal de Melo Freire (1738-1798) quien, por orden de la Real Academia de Ciencias, publicó en 1788 la *Historia Juris Civilis Lusitani*⁴¹, aceptada ofi-

³⁶ Como ejemplo de este vínculo, en el contexto de la asignatura de derecho natural, como no se espera que el profesor asignado pueda presentar un texto inmediatamente, éste se elegirá entre los numerosos compendios existentes. Al profesor no sólo se le niega la autonomía para seleccionar este texto, ya que se requiere aprobación, sino que tampoco se le da la oportunidad de desarrollarlo libremente. Todos los apuntes ilustrativos y ejemplos que proporciona a los alumnos deben ser previamente «aprobados por la Congregación de la Facultad de Derecho» (*Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit., p. 122). El contenido ideológico de los compendios se somete a un riguroso escrutinio, y su aprobación es un asunto reservado a la censura real. HESPANHA, *A história do direito...*, cit., pp. 115-116.

³⁷ *Estatutos da Universidade de Coimbra...*, cit., pp. 167-168.

³⁸ La Imprenta Universitaria mandó imprimir 6.000 ejemplares. Véase ANTUNES, J., «A imprensa da Universidade na reforma pombalina», en TAVEIRA DA FONSECA, F.; ANTUNES, J.; VAQUINHAS, I.; VARGUES, I. N.; TORGAL, L. R., y REGATEIRO, F. J.; *Imprensa da Universidade de Coimbra. Uma história dentro da história*, Coimbra, Imprensa Universitaria, 2001, p. 64.

³⁹ MERÊA, P., «Lance de olhos sobre o ensino do direito desde 1772 até 1804», en MERÊA, P., *Estudos de história do ensino jurídico em Portugal (1772-1902)*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2005, p. 22.

⁴⁰ Para más desarrollos, véase MERÊA, P., «O ensino do direito em Portugal de 1805 a 1836», en MERÊA, *Estudos de história do ensino jurídico...*, cit. pp. 52 ss.

⁴¹ FREIRII, P. J. M., *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber singularis*, Olisipone, Academiae Scientiarum Regalis, MDCCLXXXVIII. Esta edición termina con una útil tabla de concordancias entre las Ordenanzas Afonsinas, Manuelinas y Filipinas. El texto fue incisivamente criticado por el teólogo António Pereira de Figueiredo (1725-1797) por su estilo, erudición y falta de discreción en la elección de las fuentes (*Censura do P.e Antonio Per.a de Figueiredo ao Compendio de Historia*

cialmente para la enseñanza. Muy en el espíritu de la reforma pombalina, esta obra marcó el inicio de una historia del Derecho portugués basada en una cuidadosa recopilación de fuentes y en la aportación de la literatura histórico-jurídica más relevante de la época, con énfasis en los modernos⁴². Por primera vez, la legislación portuguesa se redujo a un sistema regular. Tratando de superar las «bagatelas y fábulas» difundidas por los autores, el autor ofrece una descripción del Derecho desde la época prerromana hasta los reinados de los reyes José y María I. El libro termina con un capítulo pionero sobre el «buen método de interpretación del derecho portugués», en el que Melo Freire concluye que el intérprete debe alejarse de las reglas de los escolásticos, es decir, interpretar el derecho portugués por el derecho común, restringiendo las leyes correctivas del derecho civil romano y limitando o ampliando las disposiciones según sean odiosas o favorables⁴³. En consonancia con el espíritu de las reformas jurídicas pombalinas, para las que el derecho romano pasaba a estar condicionado en cuanto a su validez por el derecho natural racionalista, los juristas no debían percibir el derecho romano como las verdaderas reglas de interpretación del derecho portugués. Melo Freire, apoyándose en Agostinho Leyser, considera que la excesiva veneración del Derecho romano no es más que «superstición jurídica»⁴⁴. Apoyado en la doctrina de la escuela elegante e histórico-crítica de los Países Bajos, pero sobre todo en el *usus modernus* y en la vertiente ius-racionalista, Melo Freire pretendía liberar al Derecho nacional de las ataduras del *ius commune*⁴⁵.

Por otra parte, la Universidad de Coimbra, en virtud de la resolución real de 2 de septiembre de 1789, inició en 1792 la publicación de la *Colecção da*

do Direito Civil Portuguez, Biblioteca Municipal, Porto, Manusc. 1061. E. 1.-26 de octubre de 1786). El autor defiende sus opciones en la *Resposta de Pascoal José de Mello contra a censura do compendio Historia Juris Civilis Lusitani, feito por António Pereira de Figueiredo, deputado da extinta Real Mesa Censoria, (obra póstuma)*, Na Impressão Regia, Lisboa, 1809. Sobre este intercambio de argumentos, véase Paulo Ferreira da Cunha, «La polemique du premier manuel d'histoire du droit portuguais, de Melo Freire. Suivant le manuscrit de son critique, António Pereira de Figueiredo», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 (1994), pp. 487 ss. Por ofrecer múltiples aportaciones históricas, cabe mencionar también sus *Institutiones Juris Civilis Lusitani* (1789-1794), en cinco volúmenes, en los que trata del Derecho público (volumen I), del Derecho de las personas (volumen 2), del Derecho de las cosas (volumen III), del Derecho de obligaciones y acciones (volumen IV) y del Derecho penal (volumen V). La obra se estructura a partir de una división entre Derecho público y Derecho privado. En cuanto a este último, sigue el ejemplo de los compendios de derecho romano utilizados en Coimbra, que tomaban la sistematización de las *Institutiones* de Justiniano: personas, cosas y acciones.

⁴² Melo Freire menciona las contribuciones de fray Bernardo de Brito (1569-1617), fray Antonio Brandão (1584-1637) y fray Francisco Brandão (1601-1680).

⁴³ En cuanto a las disposiciones odiosas o favorables, el autor, citando a varios aurores (Thomasius, Titius y Barbeyrac), no encuentra una definición perfecta (FREIRE, *Historiae Juris Civilis...*, cit., p. 159).

⁴⁴ Augustino Leysero, *Superstitione iuridica in foro et extra forum obvia*, Vitembergae, MDCCXXXIX.

⁴⁵ Para un estudio detallado de las referencias de Melo Freire en la *Historia Juris Civilis Lusitani*, véase HESPANHA, A. M., «Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXIX (2010), pp. 124 ss.

Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Organizada en dos partes (I - Da Legislação de Portugal; II - Da Legislação Moderna), esta colección no sólo facilitó el acceso a las fuentes, sino que también tuvo el mérito de ofrecer una edición crítica de las *Ordenações Afonsinas*, que hasta entonces habían permanecido sumergidas en la reclusión de un pequeño conjunto de copias manuscritas incompletas⁴⁶.

En 1789, nombrado sustituto ordinario de la cátedra de Derecho Nacional, Francisco Coelho de Sousa e S. Paio publicó *Prelecções de Direito Pátrio Público e Particular*⁴⁷, un texto en el que se encuentran múltiples referencias históricas y que pretende conciliar los derechos mayestáticos, basados en el poder inmediato recibido de Dios, con los «derechos del hombre»⁴⁸. Al año siguiente enseñó Historia del Derecho Civil Romano y Patrio sin ningún compendio conocido. En 1805 publicó *Observações às prelecções de Direito Pátrio Público e Particular*⁴⁹.

La enseñanza del Derecho portugués impartida por Ricardo Raimundo Nogueira en 1795 y 1796 dio lugar a las *Prelecções sobre a Historia de Direito Patrio*, de las que existe un manuscrito en la Biblioteca General de la Universidad y que más tarde serían publicadas, en parte, por la Imprenta Universitaria⁵⁰. Destaca un capítulo sobre los jurisconsultos portugueses, en el que se consideran «Comentadores às Ordenações do reino», os «Tratadistas», os «Casuistas», os «Praxistas», los «Autores de «índices, ou dictionarios jurídicos», los «Autores de Instituições», y los «Antiquários»⁵¹. Raimundo Nogueira hace un balance del derecho prepombalino reflexionando sobre la práctica de los juristas protagonistas de la jurisprudencia nacional con el objetivo de separar las aportaciones todavía útiles de las interpretaciones deducidas de falsos principios⁵². Siguiendo la línea de pensamiento de los Estatutos de la Universidad, el

⁴⁶ *Ordenações do Senhor Rei D. Afonso V*, Coimbra, MDCCLXXXII, 5 vols. En el Prefacio (p. XIII), el Dr. Luís Joaquim Correia da Silva nos informa de que, al no haberse encontrado el manuscrito original, se sirvió de copias, todas ellas incompletas, halladas en la Torre do Tombo, las Cámaras de Santarém y Oporto, el Convento de S. António da Merceana y el Monasterio de Alcobaça. En la Parte I (*Da Legislação Antiga*), además de las Ordenanzas Afonsinas, se publicaron las *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel* (1797), las *Leis e Provisões que El-Rey D. Sebastião fez depois que começou a governar* (1816) y el *Repertório dos cinco livros das Ordenações do Senhor Rei D. Manuel com adições das leis extravagantes* (1820).

⁴⁷ S. PAIO, F. C. de Sousa e, *Prelecções de Direito Pátrio Público e Particular*, Coimbra, 1.º volumen, 1793, p. VII. El 2.º volumen data de 1794.

⁴⁸ S. PAIO, F. C. de Sousa e, *Prelecções de Direito Pátrio...*, cit., Vol. 1, 1793, pp. 1 ss. En estas páginas iniciales el autor trata de las «Nociones preliminares del derecho portugués», en las que hace una importante inversión histórica en la legislación nacional.

⁴⁹ S. PAIO, F. C. de Sousa e, *Observações às prelecções de Direito Pátrio Público e Particular*, Lisboa Imprensa Régia, 1805.

⁵⁰ También fueron publicadas en el *Jornal de jurisprudência*, Vol. VI y en la revista *O Instituto*, de 1865 a 1871. NOGUEIRA, R. R., *Prelecções sobre a Historia do Direito Patrio ao curso do quinto ano jurídico da Universidade de Coimbra no ano de 1795 a 1796*, Coimbra, 1866. El autor hace una relación detallada de las fuentes del derecho, que divide en externas y domésticas, en las que separa las remotas de las próximas (NOGUEIRA, *Prelecções sobre a Historia...*, cit., p. 32 ss).

⁵¹ NOGUEIRA, *Prelecções sobre a Historia...*, cit. pp.181 ss.

⁵² NOGUEIRA, *Prelecções sobre a Historia...*, cit.

autor considera que los juristas portugueses «cuanto más (...) se alejan de los tiempos del reinado del Rey João III, y cuanto más se acercan a la época actual, menos meritorios son»⁵³. Una buena jurisprudencia, desarrollada con «método, crítica y solidez de principios» sólo se habría formado a partir de 1772, con la Reforma Pombalina de la Universidad.

IV. LA CONTRIBUCIÓN DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS DE LISBOA

El periodo siguiente conoció cierta vitalidad, fruto de las iniciativas de la Universidad y de la Real Academia de Ciencias, creada en 1779. Miembro de esta última, António Caetano do Amaral (1747-1819) fue el autor de las importantes *Memorias para a Historia da Legislação, e Costumes de Portugal*⁵⁴, nombre genérico de un conjunto de memorias que forman parte de las *Memórias da Literatura Portuguesa*⁵⁵. Como ya se ha dicho, se trata del «primer intento de historia del Derecho Público portugués, elaborada según un método científico»⁵⁶. Otra contribución importante a las *Memórias da Literatura Portuguesa* fue la de José Anastácio de Figueiredo (1766-1805), con su memoria *Sobre qual foi a época certa da introdução do Direito de Justiniano em Portugal*⁵⁷. Este miembro de la Academia compiló también la *Synopsis Chronologica de subsídios, ainda os mais raros, para a História e Estudo crítico da Legislação Portuguesa*, esforzándose en recoger todo lo posible para suplir la falta de colecciones sobre «algunas épocas»⁵⁸ y publicó la *Nova história Militar da Ordem de Malta*⁵⁹.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Sobre el autor, véase TORRES, A., «António Caetano do Amaral, como autor das «Memórias» e tradutor das obras latinas de S. Martinho e S. Frutuoso», en *Evphrosyne: Revista de filologia clássica*, núm. 21, 1993, 319 ss, y OLIVEIRA RAMOS, L. A. DE, «António Caetano do Amaral e a História Portuguesa», en *Revista da Universidade de Coimbra*, v. XXX (1983), pp. 935 ss.

⁵⁵ *Memórias da Literatura Portuguesa*, Tomo I. En el Prólogo (p. 14) se afirma que «São por consequente a Lingua e a História Portuguesa, consideradas em todos os possíveis aspetos, e relações, os dois objectos que constituem, o que a Academia quis entender por Literatura Portuguesa», *Memórias da Literatura Portuguesa publicadas pela Academia Real das ciências de Lisboa*, Lisboa, MDCCXCII.

⁵⁶ CAETANO, M., *História do direito português (sécs. XII-XVI) seguida de subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI*, Lisboa, 2000, p. 42.

⁵⁷ *Memórias da Literatura Portuguesa...*, *cit.*, p., 258. Las otras memorias fueron *Sobre a origem dos nossos juizes de fora* (*idem*, p. 31ss); *Sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra façanhas* (*idem*, pp. 61 ss), *Para dar uma ideia justa do que eram as beetrias* (*idem*, p. 98).

⁵⁸ *Synopsis Chronologica de subsídios ainda os mais raros para a História e Estudo crítico da Legislação Portuguesa (...)* ordenada por José Anastacio de Figueiredo, Tomo I, Desde 1143 até 1549, Lisboa, MDCCXC, pp. VIII y IX.

⁵⁹ FIGUEIREDO, J. A. DE, *Nova história Militar da Ordem de Malta e dos senhores Grão-Priores dela em Portugal*, Lisboa, MDCCC.

Joaquim de Santa Rosa de Viterbo (1744-1822), miembro de la Academia que tenía acceso a todos los archivos debido a su función de notario apostólico, publicó el *Elucidário*⁶⁰, una ayuda indispensable para cualquier persona que estudie el derecho nacional de épocas pasadas.

El también académico João Pedro Ribeiro (1758-1839), encargado por la Academia de recorrer los diversos centros de documentación, poseía profundos conocimientos de paleografía y diplomática y dejó una obra extensa y muy relevante para la historia del derecho. Mención especial merecen sus *Observações históricas e críticas*⁶¹ y sus *Dissertações Chronologicas*⁶². También colaboró con textos jurídicos en las *Memórias da Literatura Portuguesa*⁶³ y, además de otras intervenciones, publicó el *Indice Chronologico Remissivo da Legislação Portuguesa posterior à publicação do Código Filipino*⁶⁴.

También debemos mencionar a Tomás António de Vila Nova Portugal (1754-1839) por su participación en las *Memórias da Literatura Portuguesa* con dos estudios, respectivamente sobre la jurisprudencia de los *morgados* y sobre la introducción del derecho romano en Portugal, y a Vicente José Cardoso da Costa (1765-1834), que más tarde publicaría el famoso *Que é o código civil?*⁶⁵, por haber escrito la *Compilação sistemática das leis Extravagantes de Portugal*⁶⁶ y por haber contribuido a las *Memórias da Literatura* con un estudio sobre la *Influência do conhecimento das nossas leis antigas*⁶⁷. Además de estas contribuciones más significativas, hubo muchas otras⁶⁸.

⁶⁰ SANTA ROSA VITERBO, Fray J. de, *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal aantigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*, segunda edição, Lisboa, MDCCXCVIII.

⁶¹ RIBEIRO, J. P., *Observações históricas e críticas para servirem de memórias ao sistema da Diplomática portuguesa*, Lisboa, MDCCXCVIII. También es importante mencionar la obra de ARAGÃO, A. B. E., *Demetrio moderno, ou o bibliografo juridico portuguez...*, Lisboa, MDCCCLXXXI, en la que el autor afirma que, así como no es posible tener una idea de la historia de cualquier nación sin el conocimiento de todos sus «monumentos antiguos y modernos», lo mismo ocurre con el conocimiento del Derecho civil portugués si se desconoce su bibliografía, de la que se pueden extraer «los instrumentos del arte del Derecho» (*idem*, p. 7). Véase Johannes-Michael Scholz, «Portugal», en COING, H., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band II/2, München, 1976, pp. 1320 ss.

⁶² RIBEIRO, J. P., *Dissertações Chronológicas e Críticas sobre a história e jurisprudência Eclesiastica e Cível de Portugal*, Lisboa, 1810. En el prólogo, el autor señala el objetivo de esta obra en cinco volúmenes: combatir la práctica de publicar «documentos falsos» que se produjo a finales del siglo XVI y principios del XVII, tanto en Portugal como en España.

⁶³ RIBEIRO, J. P., «Memória sobre as fontes do Código Filipino», en *Memórias da Literatura Portuguesa cit.* VI, 5 ss., y *Sobre os inconvenientes e vantagem dos prazos com relação à agricultura de Portugal*, en *Memórias da Literatura Portuguesa...*, cit. VII, pp. 248 ss.

⁶⁴ RIBEIRO, J. P., *Indice Chronologico Remissivo da Legislação Portuguesa posterior à publicação do Código Filipino*, Lisboa, 1805-1820, 6 vols.

⁶⁵ DA COSTA, V. J. F. C., *Que é o código civil?*, Lisboa 1822.

⁶⁶ DA COSTA, V. J. F. C., *Compilação sistemática das leis Extravagantes de Portugal*, Lisboa, MDCCXCIX.

⁶⁷ DA COSTA, V. J. F. C., «Influência do conhecimento das nossas leis antigas em os estudos do jurista português», en *Memórias da Literatura Portuguesa...*, cit. VI, p. 101 ss.

⁶⁸ Paulo Merêa ofrece una «revisión completa» en MERÊA, P., «*De André de Resende a Herculano...*», cit. pp. 37-38.

V. ALGUNAS INICIATIVAS IMPORTANTES EN UN PERIODO DE CRISIS

En el siglo XIX, debido a muchos factores, entre ellos la abolición de las órdenes religiosas, disminuyó el interés por la historia del derecho. Con la revolución liberal de 1820 surgió la necesidad de profundizar en el conocimiento de ciertas instituciones. Fue este espíritu el que llevó a Manuel Francisco de Barros e Sousa (1817-1846) a publicar *Memórias para a história e teoria das Cortes Gerais*⁶⁹.

Mención especial merece la contribución de Coelho da Rocha (1793-1850). Al recibir la asignatura de Historia del Derecho Romano y Portugués en la Facultad de Derecho de 1834-1835 y 1836-1837⁷⁰, el ilustre jurista, autor de las futuras *Instituições do direito civil português* (1842), se inclinó por los temas de derecho nacional y se sintió obligado a reformar la *História* de Melo Freire, que le sirvió de compendio, para la segunda parte de la asignatura. A partir de los elementos recogidos, concibió su *Ensaio sobre a história do governo e legislação de Portugal* (1841), que sería adoptado como compendio⁷¹. Hubo aspectos en los que Coelho da Rocha intentó «suplir las omisiones» de esa *Historia*, que fueron reconocidas por su autor⁷². Sin embargo, en muchos puntos, especialmente en lo que se refiere a las ideas políticas, el *Ensaio* se aparta de las opiniones y marcos mentales de Melo Freire, que, como representante ideal de la ilustración jurídica pombalina, defendía el absolutismo y el origen divino del poder.

Tras la creación de la Facultad de Derecho en 1836, el *Ensaio* se adoptó como texto de cátedra y se mantuvo en vigor durante décadas. Su última reimpresión, la sexta, data de 1896. Aunque no se trate de un texto de historia del derecho, cabe referirse también a las ya citadas *Instituições*, la obra universitaria más importante en el ámbito del derecho civil hasta la publicación del Código Civil de 1867. Este celeberrimo texto, que conoció ocho ediciones hasta 1917, contiene incursiones históricas muy valiosas. Además, el carácter un tanto caótico del Derecho portugués contemporáneo, que carecía de un código civil que lo regulara, obligó a los juristas a estudiar la historia jurídica. Como describe Coelho da Rocha:

«tinhamos de extractar as leis publicadas no longo período de mais de dois séculos: tinhamos de combinar as Ordenações, a cuja redacção presidiu a influência eclesiástica, ou a supremacia do direito romano, com as leis da reforma Josefina, dictadas por um espirito inteiramente oposto; e além disso de pôr em harmonia umas e outras com os princípios da Carta, e com as refor-

⁶⁹ DE BARROS E SOUSA, M. F., *Memórias para a história e teoria das Cortes Gerais que em Portugal se celebram pelos Três Estados do Reino*, Lisboa, 1824. El autor afirma en la «Advertencia preliminar» que «ninguna parte de nuestros asuntos nacionales es hoy más ignorada que la de nuestras antiguas instituciones».

⁷⁰ En 1835-1836, Coelho da Rocha sólo impartió clases hasta noviembre.

⁷¹ DA ROCHA, C., *Ensaio sobre a história do governo e legislação de Portugal*, Coimbra, 1841. Véase MERÊA, P., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito», en MERÊA, P., *Estudos de história do ensino jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa, 2005, pp. 131 ss.

⁷² DA ROCHA, C., *Ensaio sobre a história...*, cit. Prefacio.

mas novíssimas: tinhamos finalmente de suprir as imensas lacunas das leis pátrias, mendigando os materiais pelos escritos dos praxistas, pelas colecções do direito romano e canónico, e pelos codigos modernos das nações civilizadas»⁷³.

VI. LAS APORTACIONES DE ALEXANDRE HERCULANO Y GAMA BARROS

Durante mucho tiempo aparecieron las aportaciones más notables fuera de la enseñanza universitaria. Tal fue el caso de parte de la obra de Alexandre Herculano (1810-1877). Paulo Merêa afirma que la *História de Portugal* de Herculano y otra serie de estudios complementarios, la mayoría de los cuales se encuentran en sus *Opúsculos*, «marcan una nueva época en la historia del derecho nacional»⁷⁴. Como ya se ha señalado, «antes de Herculano, a historia da nossa nacionalidade era um tecido inconcebível de lendas, enredando-se inextricavelmente em factos verdadeiros»⁷⁵. Al igual que Thierry con sus *Lettres sur l'Histoire de France*, el ilustre historiador preparaba una obra que iba a renovar la historiografía portuguesa: *Estudos sobre a Idade Média Portuguesa*. Fue ésta la que, alterado el plan, constituyó la base de la *Historia de Portugal*, publicada en cuatro volúmenes entre 1846 y 1853. En la *Advertência*, el autor expresa su intención de hacer ciencia y llegar a la verdad. Si bien en «doutrinas de opinião (...) talvez sejam lícitas as concessões: nas matérias de facto seriam absurdas»⁷⁶. Por eso deja de lado el patriotismo, que es «un terrible consejero para el historiador». En su empeño por crear una historia objetiva e imparcial, se opuso a todas las «fábulas» y «creencias inventadas» y a las «leyendas de las Mil y Una Noches» como «material histórico»⁷⁷. Al adoptar esta actitud, el autor espera, como sucedería, que su obra sea objeto de polémicas protagonizadas por quie-

⁷³ ROCHA, M. A Coelho da, *Instituições do direito civil português, Lisboa, 1917*, pp. VIII y XIX. Véase HESPANHA, «*Razões de decidir na doutrina portuguesa...*», cit. pp.136 ss.

⁷⁴ MERÊA, P., «*De André de Resende a Herculano...*», cit. p. 43. Para una aproximación al pensamiento histórico del autor, véase CATROGA, F., «Alexandre Herculano e o historicismo romântico», en TORGAL, L. R., MENDES, J. M. A., CATROGA, F., *História da História em Portugal. Sécs. XIX-XX*, Lisboa, Círculo de Leitores, 1996, pp. 39 ss. Sobre la valoración de Manuel de Torres López y Galo Sánchez de la obra de Herculano, véase MORÁN, R., «Don Manuel Torres López: Salamanca (1926) - Madrid (1949). La coherencia de una trayectoria», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 1999, núm. 6, pp. 185 ss., y pp. 194 ss.

⁷⁵ Esta afirmación se toma de un artículo del *Primeiro de Janeiro* con ocasión de la defensa de la celebración del centenario, en «Alexandre Herculano», *Dicionário bibliográfico português, estudos de Inocêncio Francisco da Silva applicaveis a Portugal e ao Brasil (...)*, Lisboa, MCMXIV, Tomo XXI, p. 27. En términos del catedrático de Letras Manuel de Oliveira Ramos, quien dio una conferencia sobre Herculano en la Sociedad Geográfica, «A história de Portugal (...) estava num período não infantil, mas rudimentar. As histórias de Portugal eram quase todas estrangeiras, e a única completa até o seu tempo era a de Schaeffer e ainda assim fundada sobre cronistas, pois não consultara documentos originaes» (*Idem*, 34).

⁷⁶ HERCULANO, A., *História de Portugal*, Tomo primeiro, Lisboa, MDCCCXLVI, p. VII.

⁷⁷ HERCULANO, A., *História de Portugal...*, cit. pp. VIII y XIX.

nes «tratam a história como uma questão de partido literário»⁷⁸. Ranke, Thierry, Guizot y Coelho da Rocha, entre otros, fueron sus maestros.

Ante la falta de colecciones impresas de fuentes, que no pudieron ser suplidas por las *Memórias da Academia Real das Ciências*, Herculano se vio obligado a rastrear los «archivos públicos y los registros privados de catedrales, municipios y monasterios»⁷⁹. El resultado de este notable esfuerzo fue la transmisión de una historia en la que la dimensión social primaba sobre la individual y en la que el ultramontanismo centralista era superado por una visión liberal descentralizadora donde los municipios, como forma de organización comunitaria, se imponían como matriz del poder y verdadera esencia política que generaría la regeneración del país en el futuro⁸⁰. Para Herculano, «do mesmo modo (...) que em relação às várias condições das classes populares fomos entroncar a sua história nos tempos do império romano, iremos agora buscar as origens dos concelhos nos municípios, que a conquista germânica veio encontrar e alterar entre os hispano-romanos»⁸¹. De ahí que el municipio emerja como la «mais bela das instituições que o mundo antigo legou ao mundo moderno»⁸². La descentralización administrativa que tiene en mente hunde sus raíces en el municipio medieval.

Como ya se ha argumentado, el liberalismo de Herculano estaba teñido de historicismo⁸³. Seguramente influido por su lectura del libro de Tocqueville *De la démocratie en Amérique* (1835), en el que, además de afirmar que «la commune paraît sortir directement des mains de Dieu»⁸⁴, se legitimaban las libertades comunales y se veía en la institución municipal, asfixiada por la monarquía absoluta, un instrumento de defensa contra los desvaríos antiliberales de los privilegiados.

A la contribución que Herculano hizo a la historia jurídica a través de su *História de Portugal*, hay que añadir una serie de estudios recogidos en los *Opúsculos*: «Do estado das classes servas na Península desde o VIII até o XII século»⁸⁵; «Cartas sobre a História de Portugal»⁸⁶; «Da existência ou não existência do feudalismo nos reinos de Leão, Castela e Portugal»⁸⁷; «Apontamentos para a história dos bens da Coroa e dos forais»⁸⁸. Es importante recordar que Herculano, que no era licenciado en Derecho, formaba parte de la

⁷⁸ HERCULANO, A., *História de Portugal...*, cit. p. X.

⁷⁹ HERCULANO, A., *História de Portugal...*, cit. p. XII.

⁸⁰ DE OLIVEIRA RAMOS, Luís A., «Herculano e os grandes movimentos políticos coevos», en *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa. Classe de Letras*, Tomo XL, Volumen II, Lisboa, 2019, p. 330.

⁸¹ HERCULANO, A., *História de Portugal...*, cit., Tomo IV, Lisboa, MDCCCLIII, p. 4.

⁸² HERCULANO, A., *História de Portugal...*, cit., Tomo IV, p. 3.

⁸³ MERÊA, P., «O liberalismo de Herculano», en MERÊA, P., *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*, Lisboa, 2004, p. 285.

⁸⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, 2012, p. 55. Esta obra fue publicada en 1835.

⁸⁵ HERCULANO, A., *Opúsculos*, Lisboa, MDCCCLXXXVI, Tomo III, pp. 235 ss.

⁸⁶ HERCULANO, A., *Opúsculos*, Lisboa, MDCCCLXXXVI, Tomo V, pp. 31 ss.

⁸⁷ HERCULANO, A., *Opúsculos cit.*, Tomo V, pp. 191 ss.

⁸⁸ HERCULANO, A., *Opúsculos*, Lisboa, MDCCCLXXXIV, Tomo VI, pp. 194 ss.

Comisión Revisora del Código Civil, y su propuesta era introducir el régimen jurídico del matrimonio civil. La polémica que surgió dio lugar a sus *Estudos sobre o casamento civil*, en los que intentaba justificar su postura en términos históricos y jurídicos⁸⁹.

Después de que la Academia Real de Ciencias aceptara su propuesta de recopilar documentos medievales portugueses sobre historia social y política de los siglos VIII al XV, Herculano fue nombrado coordinador de la publicación en 1852. Durante los dos años siguientes recorrió el norte y el centro del país, creando las condiciones para el lanzamiento de los *Portugaliae Monumenta Historica*. La obra sigue el modelo de la colección *Monumenta Germaniae Historica*. Al comienzo de la recopilación, Herculano afirma que se pretende seguir a «la mayoría de las naciones europeas» que, con gran esfuerzo, desentierran «diariamente monumentos desconocidos del polvo de bibliotecas y archivos». Sólo criticando los «elementos seguros» es «exequível reduzir a historia a uma verdadeira ciência, que habilite o presente e o futuro para tirarem vantagem das lições do passado»⁹⁰. El Plan consta de cuatro series: *Diplomata et Chartae; Leges et Consuetudines; Scriptorum e Inquisitiones*. El primer volumen de esta última sección apareció después de su muerte (1877), en 1888.

Henrique da Gama Barros (1833-1925), administrador y magistrado, publicó su *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV* (1885-1922)⁹¹ en un período de crisis de la enseñanza universitaria de la historia del derecho. El autor no se limita al conocimiento del derecho que rige la administración. Se esfuerza por penetrar en el «corazón de la sociedad» conociendo las costumbres, los privilegios y las cargas de cada clase, así como estudiando la «constitución de la familia, de la propiedad y de la justicia civil y penal»⁹². Como ya se ha señalado, la obra de Gama Barros se presenta como un punto de llegada en la historiografía académica, debido a la utilización de los materiales recopilados hasta su publicación, así como un punto de partida dada la influencia que ejerció en el ámbito universitario sobre algunos de los más importantes protagonistas de la renovación de la enseñanza, como Guilherme Moreira (1861-1922), Marnoco e Sousa (1860-1916), Joaquim Pedro Martins (1875-1939) y Paulo Merêa (1889-1977)⁹³.

⁸⁹ HERCULANO, A., *Estudos sobre o casamento civil por ocasião do opúsculo do Sr. Visconde de Seabra sobre este assunto*, Primera serie, Lisboa, 1866, pp. 13 ss. Sobre la polémica, véase RODRIGUES, S., *A polémica sobre o Casamento Civil (1865-1867)*, Lisboa, 1987, pp. 140 ss. y 159 ss.

⁹⁰ *Portugaliae Monumenta Historica*, vol. I, *Scriptores*, Olisipone, Typis Academicis, 1856, pp. V y VI. Como se puede leer, la intención de la Real Academia de Ciencias de Lisboa era dotar al país de una «colección análoga a las que se han publicado y se siguen publicando en Alemania, Francia, Inglaterra, Italia y otros lugares» (*idem*, VI). Véase COELHO, M. H. C., «Herculano, a Academia e os Portugaliae Monumenta Historica», en *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa. Classe de Letras*, Tomo LX, Volumen II, Lisboa, 2019, pp. 333 ss.

⁹¹ La primera edición constaba de cuatro volúmenes; la segunda, publicada entre 1945 y 1954, tenía 11 volúmenes.

⁹² BARROS, H. G., *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Lisboa, 1885, Tomo I, prefacio.

⁹³ HOMEM, A. L. C., «Gama Barros, historiador das instituições administrativas (no I Centenário do início da publicação da História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV)», en *Revista da Faculdade de Letras, História*, II série, II, 1985, p. 246.

Por último, a finales de siglo, José Joaquim Lopes Praça (1844-1920) publicó la *Coleção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Português* (1893 e 1894)⁹⁴ y Joaquim Santos Abranches (1860-1926), catedrático de Derecho Eclesiástico en el Seminario de Coimbra, publicó *Fontes de Direito Ecclesiastico Português - I Suma do Bullario Português*⁹⁵ en 1895. Además de resumir los documentos de la Santa Sede relativos a Portugal, el autor presenta algunas «Nociones generales de ley y derecho» y, por último, trata del «Derecho público eclesiástico».

En cuanto a la enseñanza, no hay avances significativos. Como ejemplo, Pedro Monteiro, regente durante varios años, hasta 1891-1892, adoptó el *Ensaio* de Coelho da Rocha para la parte histórica de la 1.ª asignatura, complementándolo con las *Prelecciones* de Ricardo Raimundo Nogueira, la *História de Portugal* de Alexandre Herculano, la *História da Civilização Ibérica* de Oliveira Martins y el volumen I de la *História da Administração* de Gama Barros⁹⁶.

En el curso académico siguiente, Alves Moreira disertó sobre la historia del derecho civil portugués en la 3.ª asignatura («Historia y principios generales del derecho civil portugués»)⁹⁷, habiendo renovado la presentación de los períodos anteriores a la independencia y habiendo dado a conocer la doctrina española, concretamente la de Hinojosa, sobre los orígenes del régimen municipal⁹⁸. Si para la historia del derecho anterior a la formación de la monarquía, Alves Moreira sigue a Coelho da Rocha que, a su vez, reproduce la periodización de Melo Freire, la fase posterior se subdivide en tres períodos, correspondientes a diferentes formas de organización política: a) el período de la «monarquía limitada por los estamentos» (hasta la muerte del rey João II); b) el período hasta la revolución de 1820; c) y el período hasta el presente del autor. En el primer período predomina el derecho consuetudinario, local, sobre el derecho escrito; el segundo se caracteriza por el absolutismo y la supremacía del derecho escrito (*ordenações*) sobre el derecho local, y el tercero por la codificación, en cuanto a las fuentes del derecho, y por el sistema representativo⁹⁹. En este último período, Alves Moreira aborda el problema de la integración de las lagunas, alejándose de la posición iusnaturalista del Código Civil de 1867 para sostener que los «principios del derecho natural» a que se refiere el artículo 16, más que los «principios absolutos e inmutables de la escuela metafísica», son «los que encierran el pensamiento general y el espíritu del derecho de un determinado pueblo»¹⁰⁰.

⁹⁴ PRAÇA, J. J. L., *Coleção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Constitucional Português, Volumen I, Leis e Subsídios Referentes ao Nosso Velho Regime Político*, Coimbra, 1993; *Volumen II, Constituições Políticas de Portugal*, Coimbra, 1894. Ver CANOTILHO, J. J. G., «Lopes Praça, Um Constitucionalista esquecido» en *Almansor*, núm.13, 1995-96, pp. 301 ss.

⁹⁵ ABRANCHES, J. S., *Fontes de Direito Ecclesiastico Português - I Suma do Bullario Português*, Coimbra 1895.

⁹⁶ MERÊA, P., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito [1952-1955]», en MERÊA, P., *Estudos de história do ensino jurídico em Portugal...*, cit. pp. 228-229.

⁹⁷ RIBEIRO DE CASTRO, A. A., *Resumo das matérias de 3.ª cadeira da Faculdade de Direito - História e principios geraes do direito civil português. Resumo das preleções do dignissimo professor da cadeira, o Ex. mo Sr. Dr. Guilherme Moreira, no ano lectivo de 1895 a 1896*, Coimbra, 1896.

⁹⁸ MERÊA, P., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito...», cit. pp. 219 e 230.

⁹⁹ RIBEIRO DE CASTRO, A. A., *Resumo das matérias da 3.ª cadeira...* cit. pp. 14 e 15.

¹⁰⁰ RIBEIRO DE CASTRO, A. A., *Resumo das matérias da 3.ª cadeira...* cit. p. 119.

VII. LA INFLUENCIA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LA HISTORIA DEL DERECHO

El siglo xx fue testigo de un estrechamiento del campo de la historia jurídica. Son los juristas, en su mayoría profesores de las facultades de Derecho, quienes producen el discurso histórico-jurídico. Este discurso no es ajeno a las estrategias dominantes del mundo universitario. Existe una relación entre la inversión científica de los historiadores y las políticas pedagógicas y científicas de las instituciones universitarias. Estas últimas, como *locus* institucionalizado para el desarrollo heurístico del conocimiento, están a su vez sometidas a la presión del «proyecto social global»¹⁰¹ y, aunque no son meros receptores¹⁰², responden con nuevas configuraciones a los impulsos externos.

En el cambio de siglo, las referencias del sociologismo positivista y del naturalismo seguían siendo dominantes, y su influencia en el ámbito jurídico se manifestó sobre todo a través del magisterio de Manuel Emídio Garcia (1838-1904), el padre del positivismo sociológico en Portugal¹⁰³, el administrativista que definió la sociología como «a ciência que estuda as condições de existência dos organismos sociais humanos ou a ciência da condicionalidade social humana»¹⁰⁴. La simple exégesis de los textos en la que habíamos caído tras la codificación de las áreas más importantes del derecho nacional no podía continuar. El espíritu de la época daba cuenta de una realidad jurídica más profunda, derivada de la relación del hombre con la sociedad. De ahí la necesidad de analizar las experiencias extranjeras para responder a las «exigencias más imperiosas de la ciencia»¹⁰⁵. Bajo esta nueva luz, sin una coordinación metodológica y sistemática para investigar «a origem histórica da lei, o seu valor filosófico, político, social e económico», no es posible desarrollar el Derecho científico¹⁰⁶. De ahí la defensa del estudio de los principios generales de la sociología, que ahora forma parte de la disciplina de la filosofía del derecho. Si la sociología se

¹⁰¹ CARVALHO, Orlando de, «Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIII, 1997, pp. 1 ss.

¹⁰² SCHOLZ, J.-M., «Elements pour une histoire du droit moderne», en Cerdá Ruiz-Funes, J. C. y Salvador Coderch, P. (eds.), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, 1985, pp. 471-472. El autor, utilizando la «consigna de la eufemización» (Bourdieu), sostiene que ésta se traduce en la legitimación de propiedades simbólicas que avalan intereses sociales y políticos. En este sentido, es a través de los instrumentos jurídicos como se produce «la transformación racional de la nueva jerarquización social».

¹⁰³ MONCADA, *Subsídios...*, cit., p. 156. Sobre «los primeros positivistas» en Portugal, véase CATROGA, F., «Os inícios do positivismo em Portugal. O seu significado político-social», en *Revista de história das ideias*, Vol. I, 1977, pp. 314 ss. y DA LUZ, J. L. B., «Orientação sociológica do positivismo», en *História do pensamento filosófico português*, Dirección de Pedro Calafate, Coordinación de Manuel Cândido Pimentel, Vol. IV. *O século XIX, Tomo 1*, 2004, pp. 263 ss.

¹⁰⁴ *Notas sobre algunas conferencias del Dr. Emídio Garcia*, Coimbra, 1893, pp. 28 y 64. Sobre «o sociologismo jurídico e a história do direito». Véase HESPANHA, António M. «Historiografía jurídica e política do direito (portugal 1900-50)», in *Análise Social*. Vol. XVIII (72-73-74), 1982-3º-4º-5º, pp. 796 ss.

¹⁰⁵ *Anuario da Universidade de Coimbra*, curso 1902-1903, sección III, p. 12.

¹⁰⁶ *Ibid.*

encarga del estudio de los fenómenos sociales, la filosofía del derecho, como expresión de la autonomía relativa del derecho, se ocupa de lo específico del organismo jurídico. El estudio de este organismo presupone la historia del derecho como disciplina que estudia su evolución histórica, las tendencias de su desarrollo.

Era una época de gran influencia de Comte y Littré, pensamientos que se entrelazaban con el evolucionismo de Spencer y el biologismo y antropocentrismo de la Escuela Italiana, con el rechazo del jusnaturalismo de Kant y Krause, corrientes de pensamiento que se habían hecho dominantes desde los años cuarenta y que aún tenían sus ecos. De ahí la toma de conciencia de que el Derecho, como proceso orgánico y natural, es algo más que un sistema autosuficiente de arquitectura normativista. La enseñanza del derecho debe integrar todas las aportaciones que se refieren a la relación pasada y presente entre el hombre y la sociedad. En este contexto, ya no es posible prescindir de la investigación de los orígenes históricos de las leyes y del estudio de aquellas condiciones filosóficas, políticas y sociales que constituyen el entorno necesario para el establecimiento de la vida jurídica. La historia del derecho se encarga de establecer las causas que movilizaron al legislador, las necesidades a las que pretendía responder, la *intentio legislatoris*. La historia del derecho tiene que mostrar el desarrollo progresivo de las instituciones jurídicas. En este contexto, la historia del derecho recupera el papel que había alcanzado a principios del siglo XIX con la afirmación de la Escuela histórica en los países de tradición romano-germánica. Los contornos de la realidad jurídica se establecen a partir de los elementos aportados por la cultura de un pueblo. Así las cosas, cualquier intento de reforma, en lugar de agotarse en tecnicismos abstractos, debe adaptarse a la evolución de las condiciones sociales.

Es sintomático, en el ámbito del derecho romano, que en 1896 la «reelaboración superficial»¹⁰⁷ de las *Institutiones Juris Civilis Heineccianae* de Waldeck fuera retirada como texto para las lecciones y sustituida, como texto recomendado, por el reciente (1892) *Traité Élémentaire de Droit Romain* de Eugène Petit, pero sobre todo por la publicación de las *Lições de Derecho Romano* de Artur Montenegro, que, con algunos cambios, dieron paso en 1898 al relevante manual *O antigo direito de Roma*¹⁰⁸. En lugar de privilegiar los aspectos descriptivos, dogmáticos y exegéticos, como exigía la larga tradición de la enseñanza jurídica en Coimbra, Montenegro se centró en una exposición histórico-sociológica, en la que, además de los aspectos territoriales y étnicos, se destacaron una serie de factores de carácter religioso, político y económico (agricultura, industria, esclavitud, comercio, moneda y finanzas), que configuraron el desarrollo de la vida jurídica romana. El estudio de las instituciones del

¹⁰⁷ LANDSBERG, E., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, dritte Abtheilung, erster Halbband, Noten, Múchen und Leipzig, Druck und Verlag von R Oldenbourg, 1898, pp. 287-288.

¹⁰⁸ MONTENEGRO, A., *Lições de direito romano*, 1896-1897, Coimbra, 1896 y MONTENEGRO, A., *O Antigo direito de Roma*, Coimbra, 1898, Tomo Primero. Véase MELO, Gonçalo de Sampaio e, *Apontamentos para a história do ensino do direito romano em Portugal*, Volumen I, Parte 1, Lisboa, 1991, pp. 124-155.

ius civile se plantea en términos histórico-evolutivos. Los condicionamientos sociales están siempre presentes.

La reforma de los estudios en la Universidad de Coimbra, introducida por el Decreto núm. 4, de 24 de diciembre de 1901, iba en este sentido¹⁰⁹. El artículo 98 establece que «a faculdade de direito tem o duplo fim de promover o estudo e o progresso das ciências sociais e jurídicas (...)». Las disciplinas emblemáticas son «Sociología General y Filosofía del Derecho» (1.ª materia) y «Sociología General y Derecho Penal» (14.ª materia). A la Historia del Derecho, asignatura también popular, toca explorar el potencial del método inductivo a la luz de las ciencias naturales. La asignatura se divide en dos materias: «Historia General del Derecho Romano, Peninsular y Portugués» (2.ª materia) e «Historia de las Instituciones de Derecho Romano, Peninsular y Portugués» (4.ª materia). En palabras del informe que más tarde se convirtió en el preámbulo del decreto, se trataba de una nueva forma de etiquetar las categorías de historia externa e interna introducidas por Leibniz en su opúsculo *Methodi novae descendae docendaeque jurisprudentiae*¹¹⁰. El derecho romano, dentro de las dos disciplinas, pierde su autonomía, pues este derecho, una de las fuentes más representativas del derecho portugués, ha quedado tan imbricado en las instituciones nacionales que su estudio debe estar siempre presente, tras el fenómeno de la romanización de la península, en la comprensión de los diversos períodos que le siguieron.

La nueva reforma daría sus frutos. Un buen ejemplo es la *Historia del Derecho Romano Peninsular y Portugués*¹¹¹ de Joaquim Pedro Martins, que impartió Historia General del Derecho (2.ª asignatura) entre 1903 y 1904. En la concepción que Pedro Martins tiene del Derecho se advierte la influencia de Icilio Vanni (1855-1905), uno de los primeros representantes del positivismo sociológico italiano, autor que le condujo a la concepción de Albert Schäffle (1831-1903), según la cual el Derecho «es una organización de garantía que ha asegurado la conservación y el desarrollo de los agregados sociales y de sus componentes de la historia»¹¹². En este contexto, Pedro Martins considera que las normas e instituciones jurídicas son la expresión natural y necesaria de un *processus* evolutivo impulsado por una «obra íntima de la conciencia social»¹¹³. En lugar de

¹⁰⁹ El Decreto núm. 4, de 24 de diciembre de 1901, fue redactado de acuerdo con las *Bases para la reorganización de la Universidad de Coimbra* presentadas a la Cámara de Diputados en el Proyecto de Ley núm. 42-L, de 15 de abril de 1901. Cfr. *Collecção Oficial de Legislação Portuguesa*, anno 1901, Lisboa, Imprensa Nacional, 1902, pp. 1156 ss. Cfr. MONIZ, A. R. G., «A história do direito na Escola de Coimbra em cen anos de Boletim da Faculdade de Direito», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCI, *Volumen Commemorativo*, 1914/2014, 2015, pp. 167 ss.

¹¹⁰ LEIBNITZII, *Opera omnia*, Genevae, MDCCLXVIII, Tom. IV, pars III, p. 191.

¹¹¹ MARTINS, P., *Historia del derecho romano peninsular y portugués. Lições feitas na Universidade de Coimbra ao curso da segunda cadeira da Faculdade de Direito de 1904-05*, Coimbra, 1904. Utilizo la 2.ª edición, publicada en Coimbra, Imprenta Universitaria, 1906.

¹¹² La principal obra de Albert Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers*, Tübingen, 4 Bände, 1875-1878, se tradujo al italiano con el título *Struttura e vita del corpo sociale. Saggio enciclopedico di una reale anatomia, fisiologia e psicologia della società umana con speciale riferimento all'economia sociale come scambio sociale di materia*, Turino, Ute, 1881.

¹¹³ MARTINS, P., *História do direito Romano peninsular e português...*, cit.

una perspectiva política, favorece una concepción social de la historia en la que la «acción de las colectividades» prevalece sobre la «acción de los grandes hombres»¹¹⁴, en la que el perímetro de la historia del derecho, no limitado a la elucidación del derecho positivo de las diversas épocas, se amplía para incluir elementos económicos, familiares, religiosos, científicos y políticos. De ahí su definición de la historia del derecho como «a disciplina que investiga, expõe e explica a génese, formação e transformação evolutiva dos fenómenos jurídicos em harmonia com as condições de existência e desenvolvimento da sociedade»¹¹⁵. Alejándose de los marcos del período de orientación metafísica, en el que los principios del derecho natural otorgaban al derecho un carácter universal y absoluto, y de los idólatras del *ius positivum* coetáneo con su percepción de la inmutabilidad del derecho, Pedro Martins abrazó los postulados del sociologismo y del evolucionismo.

La historia y la sociología son requisitos indispensables para comprender el incesante cambio del Derecho e investigar las causas que impulsan las transformaciones del fenómeno jurídico. El papel de la historia del derecho, asumida como una de las disciplinas centrales en la formación de los juristas, es facilitar el acceso a la comprensión del sentido de la evolución jurídica; contribuir a la toma de conciencia de que la ley, más que formarse a partir de la *voluntas* del legislador, es algo que se forja en la conciencia social, no teniendo esta *Voluntas* más que una función declarativa; y evitar soluciones de continuidad entre el derecho de los códigos y el derecho vigente en el momento de su promulgación, ya que, como sostiene Eduardo Hinojosa, uno de los autores seguidos por Pedro Martins, «todos los códigos se apoyan en el derecho vigente en el momento de su elaboración»¹¹⁶, ofreciendo importantes instrumentos para la interpretación de las leyes, lo que presupone la percepción de la conexión entre el derecho positivo y las condiciones sociales, económicas y políticas.

Una contribución igualmente importante fue la de Marnouco e Sousa (1869-1916), tras su breve paso por la cátedra de «Historia de las Instituciones de Derecho Romano, Peninsular y Portugués», para la que publicó un texto homónimo basado en sus conferencias durante el segundo año de Derecho, entre 1904 y 1905¹¹⁷. Imbuido de las mismas influencias jurídico-culturales, Marnouco e Sousa, siguiendo a Icilio Vanni, ve la sociedad como un organismo vivo en el que los diversos fenómenos sociales «ejercen una acción recíprocamente modificadora unos sobre otros» y en el que el derecho, perdiendo su aura de categoría absoluta y abstracta para emerger como realidad fenoménica y

¹¹⁴ MARTINS, P., *História do direito Romano peninsular e português...*, cit. p. 8.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ HINOJOSA, E., *Historia generale del derecho español*, Tomo I, Madrid, 1887, p. 3.

¹¹⁷ SOUSA, Marnouco e, *História das instituições do direito romano peninsular e português. Preleções feitas ao curso do 2.º ano jurídico do ano de 1904-1905*, Coimbra, Tipografia França Amado, 1905. Utilizaré la tercera edición, Coimbra, França Amado Editor, 1910. Marnouco e Sousa impartió Historia de las Instituciones de Derecho Romano, Peninsular y Portugués (4.ª asignatura) en los cursos 1903-1904 y 1904-1905, aunque no era profesor titular de estas materias. Véase *Professores e assistentes de Direito Romano. (1895-1985)*, en MELO, *Apontamentos para a história do ensino...*, cit. pp. 286 e 287.

como instrumento de cultura, cumple, en términos orgánicos, la función de establecer un orden en las relaciones humanas comprometido con la sobrevaloración de los intereses generales de la comunidad. Defendiendo la autonomía relativa del derecho, sin discutir la importancia de la evolución económica, se opone a la corriente economicista, ya que niega la función orgánica del derecho de la que derivan las instituciones jurídicas, percibidas, en lenguaje tomado de Ihering, como los huesos del derecho¹¹⁸.

Marnoco e Sousa comparte la idea evolucionista de Giuseppe D'Aguanno, depurada de elementos deterministas, según la cual el derecho nace de las necesidades de la convivencia, y se adhiere a la idea de este autor de que la evolución del derecho se produce a través de un conjunto de leyes universales, siendo las principales la tradición, el entorno y la lucha por el derecho, concepto derivado de Ihering. La ley de la tradición apunta a la identificación entre «herencia biopsicológica», «herencia social» y «herencia jurídica»¹¹⁹. Esta última no sólo regula la vida de las personas, sino que también condiciona todos los avances legislativos. En palabras de D'Aguanno, se desarrolla como «una cadena cuyos anillos están tan entrelazados que no se puede quitar nada sin romper toda la cadena»¹²⁰. Al igual que las sociedades modernas derivan de las antiguas, el derecho coetáneo se nutre del patrimonio jurídico acumulado por las generaciones anteriores. La ley del ambiente o del medio rechaza la existencia de normas de comportamiento absolutas e intemporales que se apliquen en todas partes. Cada sociedad, marcada por circunstancias políticas, costumbres y tradiciones específicas, desarrolla su propio derecho. Las normas que son excelentes para una sociedad pueden ser disfuncionales si se aplican a otra con un nivel cultural y de desarrollo diferente.

Por último, la ley de la lucha por el derecho muestra que, en su desarrollo histórico y evolutivo, el derecho no es, como sostenían Savigny y Puchta en términos románticos, la pura expresión del espíritu del pueblo, algo que se desarrolla inadvertidamente y «sin ningún esfuerzo» como la formación del lenguaje. La lucha por el derecho es una condición indispensable para la formación del derecho. Muchos de los cambios jurídicos esenciales sólo pueden lograrse interviniendo en los intereses establecidos, desencadenando una lucha en la que, en general, el peso relativo de los contendientes supera al de las razones esgrimidas. Sin embargo, al igual que D'Aguanno, se distancia de la concepción trascendental de Ihering, quien, siguiendo el pensamiento de Hegel, ve esta lucha como el «eterno devenir de la idea».

A partir de estas premisas, Marnouco e Sousa, coherente con su definición del derecho de las instituciones, pasa a explicar «las transformaciones que han sufrido las instituciones jurídicas», teniendo en cuenta las «condiciones de existencia y desarrollo de las sociedades»¹²¹. El estudio de las instituciones de las

¹¹⁸ SOUSA, Marnouco e, *História das instituições do direito romano peninsular e português cit.*

¹¹⁹ D'AGUANNO, G., *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultante delle scienze antropologiche e storico-sociali*, Turín, Frarelli Bocca Editori, 1890, p. 121.

¹²⁰ D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto...*, cit. p. 120.

¹²¹ SOUSA, *História das instituições do direito romano peninsular e português cit.* p. 6.

distintas épocas recibe una aportación de la historia de la legislación comparada. La sistematización de las materias revela la influencia del modelo alemán basado en el estudio inicial de la personalidad, la centralidad atribuida al sujeto de derecho como sujeto de la relación jurídica, considerado ahora no en términos del racionalismo abstracto de la escuela metafísica, sino como una entidad condicionada por elementos sociales, como sostiene la escuela positiva. Posteriormente, se consideran las principales instituciones del derecho económico (propiedad y obligaciones), a las que atribuye una influencia preponderante, las instituciones del derecho de familia y, por último, el estudio del derecho sucesorio, entendido en el sentido de Guillaume De Greef como un derecho mixto dada su conexión con la propiedad y la organización de la familia¹²².

Mientras tanto, en marzo de 1907, a raíz del fracaso de un doctorando de la Facultad de Derecho, se produjo un levantamiento en el mundo académico contra los profesores de esta institución, a los que se acusaba de desarrollar un estilo de enseñanza anacrónico, dogmático, despótico e injusto, todavía muy marcado por la «metafísica romántica del siglo XVIII»¹²³. Dada la magnitud del conflicto, que trascendió los muros de la Universidad para llegar a los periódicos, las conferencias y el Parlamento, Marnouco e Sousa y Alberto dos Reis, dos de los profesores de la Facultad, se sintieron obligados a responder a las críticas, especialmente a la que más hería el prestigio del profesorado: que la Facultad enseñaba material obsoleto.

Este es el contexto del libro *A faculdade de direito e o seu ensino*, texto que nos ofrece el marco de referencia dominante en el discurso jurídico contemporáneo. Muestra claramente la preocupación de la reforma de 1901 para que la enseñanza se protegiera del «método dogmático» y del «formalismo rígido», lo que motivó la apertura a la sociología general, a través de la cual el derecho perdió «el carácter abstracto de categoría absoluta para ser considerado un proceso natural en la vida de las sociedades»¹²⁴. Resulta muy sintomático que un libro que pretende demostrar que la ciencia jurídica portuguesa en su dimensión doctrinal está a la altura de lo que mejor se enseña en países con propuestas más avanzadas, comience dedicando el primer capítulo a «La enseñanza de las ciencias sociales en la Facultad de Derecho»¹²⁵. Desde el punto de vista de los autores, la comprensión de las leyes y el temor a que la enseñanza jurídica pierda su utilidad exigen la necesaria integración de los fenómenos jurídicos en el contexto de las relaciones sociales. Lo que está en cuestión, especialmente en el Derecho público, es el método jurídico difundido por la escuela alemana, la convicción de que es imposible crear nuevas instituciones que no extraigan su legitimidad de conceptos jurídicos superiores preexistentes (*allgemeine Rechtsbegriffe*). Este método propugnado por Laband, Meyer, Zorn y Jellinek no sólo

¹²² SOUSA, *História das instituições do direito romano peninsular e português cit.*, p. 30, y DE GREEF, G., *Introduction a la sociologie*, Deuxième Partie, Fonctions et Organes, París, 1889, p. 357.

¹²³ «A faculdade de Direito e o seu ensino por Marnouco e Sousa e Alberto dos Reis, Coimbra, F. França Amado, editor, 1907», en *Gazeta de Direito Administrativo*, Anno V, pp. 15 y 16.

¹²⁴ Decreto de 18 de abril de 1911. SOUSA, Marnouco e REIS, Alberto dos, *A faculdade de direito e o seu ensino*, F. França Amado, Editor, Coimbra, 1907.

¹²⁵ SOUSA e REIS, *A faculdade de direito...*, cit. pp. 1 ss.

se considera metafísicamente orientado, sino que también es reactivo al método histórico, precisamente aquel que, al no detenerse en el espacio etéreo de los conceptos abstractos, permite estudiar el origen y la evolución de las instituciones. Predomina, por tanto, una actitud antimetafísica y sociológica, unificadora de la ideología republicana, que tiene en Teófilo Braga (1843-1924), autor de *História universal. Esboço de uma sociologia descritiva* (1879), que había explicitado su adhesión al sistema comteano a partir de 1872, su primer expositor sistemático¹²⁶; una orientación que pretende superar la ideología monárquico-clerical, una visión teológica del mundo, con la idea de la inevitabilidad de la evolución.

Caeiro da Mata (1877-1960), profesor que, tras compartir la cátedra de «Historia General del Derecho Romano, Peninsular y Portugués» con Joaquim Pedro Martins en el curso 1907-08, publicó en 1911 una *História do Direito português*. Para este autor, alejado del marco ético-religioso, «el Derecho es una idea humana, una idea histórica», «los fenómenos y las instituciones jurídicas» se forjan a partir de «necesidades, ideas y sentimientos sociales, que viven en un constante, aunque lento, movimiento de transformación». Por ello, su evolución corresponde a la de los «elementos de los que son producto»¹²⁷. En este contexto, «não se podem admitir instituições políticas independentes da realidade concreta das condições de cultura de um povo. Por isso, as reformas não podem ser construções lógicas do espírito humano, mas adaptações graduais e contínuas do Estado às variáveis condições»¹²⁸.

Contra la unanimidad del discurso positivista y sociológico, se alza la voz de Manuel Paulo Merêa (1889-1977), estudiante de cuarto curso de Derecho, en una conferencia titulada *Idealismo e Direito*, pronunciada en 1910 en el Instituto de Coimbra tras la instauración de la República (5 de octubre de 1910). La filosofía antiintelectualista, pluralista y práctica del autor, que rehabilita al hombre de la lógica y de la objetividad de la ciencia, se inscribe en el idealismo moderno, un «movimiento de protesta contra el dogmatismo científico a que ha conducido el positivismo»¹²⁹. En palabras de Cabral de Moncada, fue un verdadero «grito en la noche», el primer choque violento contra el positivismo filosófico jurídico de la escuela penal italiana, representada por Enrico Ferri (1856-1929), por haber sustituido el derecho penal por la sociología criminal, pero sobre todo el de León Duguit¹³⁰, por no haber reconocido éste los derechos subjetivos y los derechos naturales. Paulo Merêa se inspira en las nuevas corrientes idealistas

¹²⁶ HOMEM, A. C., *La idea republicana en Portugal. O Contributo de Teófilo Braga*, Coimbra, Livraria Minerva, 1989.

¹²⁷ MATA, Caeiro da, *História do Direito Português*, Coimbra, 1911, p. 11.

¹²⁸ MATA, *História do direito...*, cit., p. 22. El autor dedica un epígrafe a la «Naturaleza evolutiva del derecho» (Idem, pp. 11 ss).

¹²⁹ MERÊA, P., «O idealismo e direito», en MERÊA, P., *Estudos de filosofia jurídica e história das doutrinas políticas*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2004, pp. 39 ss.

¹³⁰ MERÊA, «O idealismo e direito»..., cit., pp. 47 ss, y DE MONCADA, L. C., «Para a história da filosofia em Portugal no século XX», en DE MONCADA, L. C., *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2003, p. 284, y TEIXEIRA, A. B. y CUNHA, P. F. S. DA, «Filosofia do Direito», en *História do Pensamento do Direito*, cit. 284, y TEIXEIRA, A. B. y CUNHA, P. F. S., DA, «Filosofia do direito», en *História do Pensamen-*

francesas (Ravaisson, Secrétan, Lachelier, Renouvier, Boutroux, Fouillée), el pragmatismo de William James, el intuicionismo de Henri Bergson y el institucionalismo de Maurice Hauriou¹³¹.

Esta reacción no podía tener éxito en un entorno todavía dominado por el positivismo sociológico que tanto había contribuido a la herencia ideológica de la revolución republicana de 1910.

Así, tras el estudio y el contacto con la enseñanza del Derecho en otros sistemas jurídicos, se instituyó la reforma de 1911, cuyas raíces son anteriores al periodo postrevolucionario¹³². Estrechamente vinculado a esta reforma, se creó el Instituto Jurídico, que en un principio apareció como un centro de investigación científica compuesto por cuatro secciones, una de las cuales estaba dedicada a la «Historia del Derecho y Legislación Comparada»¹³³. Esta reforma extinguió la Filosofía del Derecho, proscribió la sociología en la denominación de las asignaturas, aunque impuso la «cultura» y el «progreso de las ciencias jurídicas y sociales» como objetivos de la Facultad de Derecho, y restableció la distinción entre historia del derecho («Historia del derecho portugués») y derecho romano («Historia de las instituciones del derecho romano»)¹³⁴. El espíritu positivista está claramente presente en el nombre de la nueva escuela jurídica creada en Lisboa el 30 de julio de 1913. Siguiendo el ejemplo español establecido por el decreto de 2 de agosto de 1900, se denominó Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas¹³⁵.

Desde el punto de vista metodológico, el positivismo sociológico, alejándose de los criterios *dogmáticos* y *descriptivos* que favorecían el estudio de la legislación emanada de los organismos oficiales, se centró en la observación de los procesos *orgánicos* y *evolutivos* en los que el medio físico y geográfico, los factores étnicos y el entorno social se configuraban como condicionantes. Es característico de esta corriente un discurso impresionista y literario abierto a la inclusión de factores extrajurídicos como la «psicología colectiva». Por ello, es comprensible que el método documental se vea reforzado por los métodos colonial, etnográfico y residual (pervivencias)¹³⁶. En el plano temático, se privilegió

to *Filosófico Português*, dirigida por Pedro Calafate, Tomo V, *O Século xx*, Lisboa, 2000, Tomo 2, pp. 15 ss.

¹³¹ LEAL, E. C., «O pensamento jurídico antipositivista do jovem Manuel Paulo Merêa», en *Revista de Estudos Filosóficos*, núm. 14/2015 (<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>), pp. 39 ss.

¹³² MARCOS, R. M. de Figueiredo, *A história do direito e o seu ensino...*, cit.

¹³³ FARIA, M., «O Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra», en *Cadernos Bibl. Arq. Doc.*, Coimbra 2 (4), oct. 1965, pp. 244 y 246.

¹³⁴ El programa de estas asignaturas puede leerse en *Anuário da Universidade de Coimbra*, Ano lectivo de 1911-1912, Coimbra, 2012. Véase CRUZ, M. B. C., «Para a história da sociologia académica em Portugal», en *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem aos Profs. Doutor M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, II, Vol. LVIII, pp. 1982, 96 ss.

¹³⁵ DE ALMEIDA COSTA, M. J., «O ensino do direito em Portugal no século xx», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, núm. 39, 1963, pp. 51-52.

¹³⁶ SOUSA, *História das instituições do direito romano...*, cit. pp. 22 ss.

la historia institucional (propiedad, familia y herencia) por su proximidad a los datos de la «psicología y fisiología social»¹³⁷.

Sin embargo, durante este período aún existían importantes carencias en el panorama nacional. En primer lugar, el escaso número de historiadores dedicados al Derecho, la falta de recursos bibliográficos, la ausencia de colecciones sistemáticas de fuentes jurídicas, a pesar de la importante colección de los *Portugaliae Monumenta Historica*, que, como ya se ha dicho, sigue el modelo de la colección documental alemana *Monumenta Germaniae Historica*, la falta de ediciones críticas de fuentes consuetudinarias y legislativas y, sobre todo, la escasez de investigaciones monográficas. En lo que a esto se refiere, hubo contribuciones importantes: *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, de Manuel Paulo Merêa (1913, 2 vols.); *A Reserva Hereditária no Direito Peninsular e Português*, de Luís Cabral de Moncada (1916, 2 vols.), y a *Enfiteuse no Direito Romano, Peninsular e Português* de Adriano Vaz Serra (1925-1926, 2 vols.). Sin embargo, en 1912, en la revista *Dionysios* de Coimbra, Simeão Pinto Mesquita, en un artículo titulado *Positivismo e Idealismo*, al referirse a esta última corriente, rechaza la idea de que pueda representarse como una «pequeña iglesia filosófica sin sentido», justificando su repercusión en el «protagonismo indestructible que cada individuo tiene para su propio *Yo*, protagonismo que nos es revelado, y que nos es segregado a cada instante por las facultades más íntimas de la conciencia»¹³⁸. En resumen, el autor ve en la afirmación de la individualidad, hasta ahora subyugada por el cientificismo, un rasgo distintivo de la corriente idealista que explica su reacción contra el utilitarismo positivista.

VIII. MANUEL PAULO MERÊA Y LA RENOVACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO PORTUGUÉS

La historia del derecho experimentó un proceso de renovación con Manuel Paulo Merêa, profesor de la Universidad de Coimbra (Facultades de Derecho y Letras) de 1914 a 1949, con la excepción de 1924 a 1931, cuando enseñó en la Facultad de Derecho de Lisboa. Inicialmente, podemos ver algunos intentos de ofrecer una visión de conjunto en la *Súmula histórica da história do direito português* (1918-1921)¹³⁹, en las *Lições de história do Direito Português* (1923)¹⁴⁰, en las conferencias recogidas en *O poder real e as Cortes* (1923)¹⁴¹ y en el capítulo sobre «Organização social e administração pública», publicado

¹³⁷ HESPANHA, A. M., «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), p. 428.

¹³⁸ MESQUITA, S. P., «Positivismo e idealismo», en *Dionysios*, serie 1, núm. 2, p. 68.

¹³⁹ MERÊA, P., «Súmula histórica da história do direito português», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 5 (1918-1920), pp. 216 ss, y 6 (1920-1921), pp. 95 ss.

¹⁴⁰ MERÊA, P., *Lições de história do direito português feitas na Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1922-1923*, Coimbra, 1923. Esta obra se abre con el estudio anterior titulado «De André de Resende a Herculano (Súmula histórica da história do direito português)».

¹⁴¹ MERÊA, P., «O poder real e as cortes», en MERÊA, *Estudos de filosofia jurídica e história das doutrinas políticas...*, cit. p. 225.

en la *História de Portugal* de Barcelos¹⁴². Sin embargo, su aportación esencial se materializó en un extenso e importante conjunto de estudios parciales de gran riqueza analítica, en los que destacan los estudios sobre Derecho romano vulgar, Derecho visigodo y Derecho hispánico medieval¹⁴³. Para Merêa, en el marco del idealismo, la reconstrucción de la sociedad requería mucho más que el estudio de los textos de la ley. De ahí la apelación a los «documentos de la vida real»¹⁴⁴. La historia analítica, el culto al documento, en sus vertientes de investigación, análisis y divulgación, necesita el complemento interventor e integrador del historiador. En palabras de António Hespanha, «no plano do direito, esta corrente idealista insistia sobretudo no carácter «plural» e «espontâneo» do direito; neste ponto reagindo menos contra o positivismo sociológico (que também sublinhou esta natureza informal e vivida do direito) do que contra a concepção demo-liberal e positivista-legalista do monopólio do direito pelo Estado»¹⁴⁵. La concepción de que el derecho procede de la voluntad del Estado, que en la práctica conduce a la «omnipotencia del poder soberano», al ser cuestionada por la concepción pluralista de Hauriou, ya había recibido el asentimiento de Paulo Merêa en 1912 en su comentario a los *Princípios de direito público* del sociólogo francés¹⁴⁶.

Una contribución muy significativa fue la de Luís Cabral de Moncada (1888-1974), que, entre 1919 y 1934, enseñó Historia de las Instituciones del Derecho Romano en la Facultad de Derecho de Coimbra. Para ello publicó *Elementos de história do direito romano* (2 vols. 1923 y 1924), en el que afirma que esta materia es «el punto de partida de todo estudio científico del Derecho»¹⁴⁷. En el periodo previo a su paso a Filosofía del Derecho, asignatura que se reinstauró en la Facultad tras su desaparición con la reforma de 1911, y que impartió desde 1937 hasta su jubilación (1958), Cabral de Moncada publicó estudios muy importantes en el área de la historia del derecho. Su interés por la historia se manifestó ante todo en su tesis doctoral *A reserva hereditária no direito peninsular e português*¹⁴⁸ a la que siguieron múltiples contribuciones como *O casamento em Portugal na Idade Média*¹⁴⁹, *O duelo na vida do direi-*

¹⁴² *História de Portugal*. Edição monumental comemorativa do 8.º centenário da fundação da nacionalidade, Volume II, MCMXXIX, Barcelos, pp. 445 ss. Sigo a CAETANO, M., *História do direito português. Séculos XII-XVI. Subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no século XVI*, Lisboa/São Paulo, 2000, p. 54.

¹⁴³ La bibliografía de Paulo Merêa, que contiene libros, artículos publicados en revistas y reseñas críticas, puede consultarse en *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem aos Profs. Dr. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz cit.*, I, pp. 3 ss.

¹⁴⁴ MERÊA, P., «A propósito do feudalismo», en *Dionysios* 1 (I), 1912, p. 37.

¹⁴⁵ HESPANHA, «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit»..., *cit.* p. 430.

¹⁴⁶ MERÊA, P., «O «pluralismo» no direito público (a propósito dum livro de Hauriou)», en *Dionysios*, Serie 1, núm. 5, 1912, pp. 277 ss.

¹⁴⁷ DE MONCADA, L. C., *Elementos de história do direito romano (fontes e instituições)*, Coimbra, 1923, pp. 10-11.

¹⁴⁸ DE MONCADA, L. C., *A reserva hereditária no direito peninsular e português*, Coimbra, França e Arménio, 1916 (2 vols).

¹⁴⁹ DE MONCADA, L. C., *Estudos de história do direito*, Tomo I, Coimbra, 1948, pp. 37 ss.

to¹⁵⁰, *O tempo e o trasteempo nos costumes municipais portugueses*¹⁵¹ y *Um iluminista português do século XVIII: Luís António Verney*¹⁵².

Como ya se ha señalado, es difícil encontrar un solo estudio «donde aparezca secamente el historiador o donde aparezca secamente el filósofo»¹⁵³. Hay, sin embargo, un período en el que la historia prima sobre la dimensión filosófica. Esta relación comenzó a cambiar con el estudio *O século XVIII na legislação de Pombal* (1926)¹⁵⁴, en el que se observa una igual intensidad entre las dos dimensiones. Al comienzo de este trabajo Cabral de Moncada afirma que «la historia del derecho no es sólo el estudio descriptivo de las instituciones jurídicas del pasado», sino que también pretende «proporcionarnos su explicación filosófica»¹⁵⁵. La filosofía adquiere protagonismo con el primer ensayo filosófico-jurídico, titulado *Valor y sentido de la democracia*¹⁵⁶.

Como contemporáneos, Merêa y Moncada realizaron sus investigaciones en un momento en que la crisis del positivismo y el agotamiento del discurso sociológico propiciaron una revalorización de lo jurídico y la recuperación del *habitus* exegético, relativamente visible en el refuerzo que la reforma de 1911 dio a las disciplinas del Derecho privado. Esta recomposición no podía sino afectar al perímetro de la historia del derecho, que las corrientes sociológicas habían ampliado hasta el punto de integrar en su ámbito factores que trascendían la dimensión jurídica y lógico-racional. Lo que está en juego es la idea de que el derecho no es más que una secreción social, como defienden las corrientes sociológicas. Cabral de Moncada, en una ponencia presentada en la *Semana de historia del derecho* de 1932, titulada *O problema metodológico na ciência da história do direito português*, sostenía que la verdadera historia jurídica «não é qualquer história dos factos sociais jurídicos, como factos sociais. É a história das formas jurídicas de uma sociedade, como *formas jurídicas* em si mesmas, desligadas, quanto possível, dos condicionalismos sociológicos»¹⁵⁷. Del mismo modo que la historia económica, la historia política o la historia religiosa se circunscriben a sus respectivos fenómenos económicos, políticos y religiosos, sin admitir hechos extraños, la historia jurídica debe contenerse dentro de los límites del ámbito «jurídico»¹⁵⁸. Ello conducirá a una mayor depuración del concepto de historia del Derecho. El mundo jurídico de cada época se

¹⁵⁰ DE MONCADA, *Estudos de história...*, cit.

¹⁵¹ DE MONCADA, *Estudos de história...*, cit., Tomo II, Coimbra, 1949, pp. 1 ss.

¹⁵² DE MONCADA, *Estudos de história...*, cit., Tomo III, Coimbra, 1950, pp. 1 ss.

¹⁵³ «Discurso do doutor Guilherme Braga da Cruz», en *Boletim da Faculdade de direito*, 34 (1958), p. 287. Sobre la evolución de la obra de Moncada, véase nuestro «Em torno das primeiras décadas do Boletim», en MARQUES, M. R.; GAUDÊNCIO, A. M. S.; y LINHARES, J.M. A.; «Os Cem Anos do Boletim na sua Vertente Jurídico-filosófica», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCI, Volume Comemorativo, 1914/2014, 2015, pp. 7 ss.

¹⁵⁴ DE MONCADA, *Estudos de história...* cit, Tomo I.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ DE MONCADA, L. C., «Valor e sentido da democracia», en *Boletim da Faculdade de Direito*, 12 (1930-1931), pp. 1-95.

¹⁵⁷ DE MONCADA, L. C., «O problema metodológico na ciência da história do direito português», en *Estudos de história do direito*, Tomo II, cit. p. 205 e 206.

¹⁵⁸ DE MONCADA, *El problema metodológico...*, cit. p. 194

circunscribe a su respectivo ordenamiento jurídico, sin que se contamine por el «espíritu» de otros ordenamientos.

Cabral de Mondada compara su empeño con la «purificación del objeto y de los métodos de la “ciencia pura del derecho” que pretendía Kelsen»¹⁵⁹. Esta idea de que la verdadera historia jurídica es la «historia de los conceptos constructivos y de los dogmas de los diversos sistemas jurídicos del pasado»¹⁶⁰ cuestiona una historiografía, como la del positivismo sociológico, que abordaba el derecho como un hecho social, que buscaba comprender las causas sociales de las normas y de las instituciones. Sin negar el interés de esta perspectiva, Cabral de Mondada la remite a las disciplinas de las Facultades de Filosofía y Letras. En definitiva, en lugar de una historia sociológica del derecho, aboga por una «historia de la conceptología jurídica»¹⁶¹.

Esta revalorización de lo jurídico se produjo bien a través de la corriente conceptualista (*Begriffsjurisprudenz*) de la que Guilherme Moreira (1861-1922) fue exponente en el Derecho civil, que propugnaba la integración mediante el recurso a los «principios generales del Derecho»¹⁶², bien retomando la vía del positivismo legalista, que hundía sus raíces en el positivismo ilustrado que dio forma a la reforma pombalina de la enseñanza jurídica (1772) y en el movimiento codificador surgido de la estabilización política lograda a raíz de la «regeneración» (1851). Tras el interregno impuesto por el predominio del positivismo sociológico, pero sobre todo tras la instauración de un régimen conservador, autoritario y nacionalista por la Revolución del 28 de mayo de 1926, el pensamiento jurídico evolucionó hacia una concepción estatalista del derecho¹⁶³ y una comprensión apologetica de la historia del derecho.

En cuanto a este último aspecto, es sintomática la conferencia de Cabral de Mondada en 1927, en la Asociación Académica de Coimbra, con motivo de la conmemoración de la Revolución del 1 de diciembre, titulada «1640 – Restauração do pensamento político português». En su discurso, que abrió una confrontación de argumentos con Vitorino Nemésio y António Sérgio, entre mayo de 1928 y julio de 1929, el ilustre conferenciante sostiene que:

«1640 deve também ser para nós um grande e poderoso estímulo para a nossa acção social e política, ainda no presente»¹⁶⁴. Su intención era extraer de los hechos que mencionaba y de las ideas de la época «uma lição moral» que sirviera no sólo de «consolação patriótica», sino sobre todo de estímulo para la «acção social e política» de sus contemporáneos¹⁶⁵.

¹⁵⁹ DE MONCADA, *El problema metodológico...*, cit. p. 207.

¹⁶⁰ DE MONCADA, *El problema metodológico...*, cit. p. 213.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² MOREIRA, G., *Instituições de direito civil português*, Coimbra, 1907, p. 30 ss.

¹⁶³ Para profundizar en los aspectos jurídicos de este período, véase CHORÃO, L. B., *Crise Política e Política do Direito. O caso da Ditadura Militar*, Facultad de Letras, Universidad de Coimbra, 2007, pp. 469 ss.

¹⁶⁴ DE MONCADA, L. C., «1640 – Restauração do pensamento político português», en *Estudos de história do direito*, Volumen I, Coimbra, 1948, p. 222.

¹⁶⁵ DE MONCADA, «1640 - Restauración del pensamiento político...», cit. 220.

Para Moncada, Portugal debía ser de nuevo restaurado, no en su «independencia política», sino en su «independencia espiritual y cultural» distorsionada por el dominio de «un nuevo absolutismo democrático o demagógico»¹⁶⁶. Está en juego la idea puramente individualista de la soberanía, el parlamentarismo y el gobierno de partidos y clientelas¹⁶⁷. Había que superar la crisis recurriendo a los valores y al pensamiento que habían configurado la experiencia política nacional durante siglos.

Como resultado de esta comprensión, se generó una actitud apologética de baja intensidad, que se manifestó sobre todo en opciones temáticas vinculadas a los «tópicos ideológicos del “Estado Novo”»: los consejos, los gremios, la representación política orgánica (...)»¹⁶⁸. Esta supeditación de la historia a un proyecto ideológico-político conservador no era inaudita. Una concepción apologética de la historia está presente en el integralismo lusitano, un movimiento antiliberal que se estructuró, a partir de 1914, en torno a la revista *Nação portuguesa*¹⁶⁹ y cuyas banderas incluyen el retorno a una monarquía tradicionalista, la defensa de la Iglesia católica, la descentralización del Estado a través del reconocimiento de los cuerpos intermedios (municipios, corporaciones, parroquias, familias, etc.), el sindicalismo, pero sobre todo el rechazo del constitucionalismo, de la democracia liberal, del régimen republicano y del individualismo liberal burgués. Para António Sardinha, uno de los representantes más ilustres del movimiento, la «Tradicción» es el «conjunto de hábitos y tendencias que buscan mantener la sociedad en el equilibrio de las fuerzas que le dieron origen y por las que continúa perdurando»¹⁷⁰. Corresponde así a la Historia extraer de los factores de permanencia y continuidad en que se traduce la «Tradicción» la idea directriz (Claude Bernard) que preside el desarrollo íntimo de la nación. En palabras de Sardinha, «es la Historia –y no nuestras predilecciones doctrinales– la que debe guiarnos en la determinación del régimen que mejor convenga a los destinos de una nacionalidad»¹⁷¹. En resumen, desde esta perspectiva, la historia aparece como el «demiurgo de la nación»¹⁷².

Entretanto, con el cambio de marco político que supuso el golpe de Estado del 28 de mayo de 1926, el pensamiento jurídico conservador abandonó la perspectiva descentralizadora basada en la defensa de los cuerpos intermedios, para vincularse progresivamente a la idea de que el verdadero derecho emana del Estado, de que el Estado encarna el «derecho de la nación». En términos de

¹⁶⁶ DE MONCADA, «1640 - Restauración del pensamiento político...», *cit.* p. 223. Véase HESPANHA, A. M., «Historiografia jurídica e politica do direito...», *cit.* pp. 802 y 803.

¹⁶⁷ DE MONCADA, *1640 - Restauración del pensamiento político...*, *cit.* pp. 224 -225.

¹⁶⁸ HESPANHA, *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit...*, *cit.* p. 442.

¹⁶⁹ A la revista *Nação Portuguesa* le sucedió la publicación periódica *A Monarquia*, que se publicó de forma intermitente desde febrero de 1917 hasta mayo de 1925.

¹⁷⁰ SARDINHA, A., *Na feira dos mitos*, 2.ª edición, Oporto, MCMXLII, pp. 11 y 12. La primera edición se publicó en 1926.

¹⁷¹ SARDINHA, A., *Na feira dos mitos*, *cit.*, p. 15.

¹⁷² HESPANHA, «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit»..., *cit.*, pp. 439-440. Véase DA CRUZ, M. B., «O integralismo lusitano nas origens do salazarismo», en *Análise Social*, vol. XVIII (70), 1982-1.º, pp. 137-182.

política jurídica, esta concepción sustenta medidas que favorecen la seguridad jurídica¹⁷³.

Sin embargo, éste no era el único camino. Hubo quienes se distanciaron de una historia didáctica subordinada a los marcos ideológicos del poder político dominante. Al priorizar la investigación de temas de la época medieval, sin perder de vista una hermenéutica crítica de la masa documental, Paulo Merêa, en cumplimiento del principio epistemológico de la distancia, es un ejemplo. Esta línea de investigación continuará en el futuro.

MÁRIO REIS MARQUES

Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Portugal

¹⁷³ HESPANHA, A. M., *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, 2017, p. 484. Véase RODRIGUES, M., *A justiça no Estado novo*, Lisboa, 1933.

