

II. Departamento de Derecho Privado

1. Historia del Derecho y de las Instituciones

MÉTODO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL VII-X

por D. RAFAEL GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA

Catedrático de la Asignatura

S U M A R I O

ÚLTIMO PRELIMINAR

(59) Periodificación (1947).

(59 bis) Periodización (1964).

VII. LA DISTRIBUCIÓN DE LA MATERIA (1947).

(60) A) Fuentes.

(61) B) Instituciones. Derecho Político.

(62) (Esquemas sucesivos).

(63) C) Derecho Privado, Penal y Procesal.

(64) Relación entre ambas distribuciones.

VII (bis). DISTRIBUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA (1964).

VIII. MÉTODO DE ENSEÑANZA.

(65) A) La transmisión de conocimientos: a) Comunicación o ponencia; b) Artículo o monografía; c) Tratado; d) Manual; e) Recensión y crítica; f) Divulgación.

IX. ENSEÑANZA UNIVERSITARIA.

(66) A) El Derecho en la Universidad.

(67) B) Función de la HD en la formación del jurista.

(68) C) Medios en particular: a) El examen: b) Conjunto de medios docentes: a') Lecciones; b') Preguntas: Clases prácticas; c') Curso monográfico; d') Relación con el alumno. Programas.

X. EPÍLOGO (1949).

ÚLTIMO PRELIMINAR

He deseado mucho terminar la publicación de esta Memoria y ahora que veo el fin experimento la tristeza de separarme de ella, como algo que termina. Significa el plan y el fundamento para una tarea que oficialmente ha concluido. Es el documento del compromiso de regentar la cátedra "vitalicia" que se nos otorga en gracia precisamente a ese Concepto, Método y Programa de la Asignatura, además de los otros ejercicios que constitulan las Oposiciones, para mí un buen recuerdo. Nuestro amigo y antes colega Manuel J. Peláez, en el justo homenaje a Ismael Sánchez Bella (al que lamento no haber concurrido todavía, rindiéndole el de poner un poco de orden en mi tumultuosa actividad) ha tenido el acierto de investigar en el expediente de las Oposiciones que nos dieron el triunfo, y en las que participaron Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, que nos dio la alegría de ingresar en las siguientes, y José Moreno Casado, que más adelante tuvo un voto y continuó sirviendo dignamente en Granada. Me alegra coincidir en el interés y el aprecio por esa acción académica decisiva y formativa, que otros, incluso ilustres, prefieren olvidar como un incidente enojoso o banal de su carrera científica, al que yo he preferido volver, concretamente en ese capítulo del Segundo Ejercicio. Ya lo hice en 1964, reelaborando, con diferente objetivo, la redacción de quince años atrás. Al preparar la presente entrega y última, me dí cuenta de que la revisión había quedado interrumpida hacia la mitad del capítulo ahora numerado VII bis, "Distribución histórico-jurídica" (nota 342). Esto quiere decir que en adelante el texto conservado y ahora reproducido-perdido, como he dicho otras veces, el definitivo y presentado en 1949 es el de 1947, cuyo objeto, el Método de Enseñanza, por haber ejercido el autor solamente el oficio de Ayudante de Clases Prácticas, que tenían vedado el teórico de la Asignatura, apenas había sido objeto de actuación, y a primera vista resultó más pobre y esquemático que todo lo anterior. Aparte el modelo de la siempre recordada Memoria del profesor

Maldonado, yo tenía la experiencia como alumno de un espléndido cuadro de profesores en la Facultad, y especialmente, en Historia del Derecho, las lecciones de don Galo Sánchez, Torres López, García Gallo y del fraternal Maldonado.

Pero también me dí cuenta de que era esta la sección de la Memoria en la que el transcurso del tiempo había enriquecido o tal vez sólo ampliado y recargado en los veinte años largos de Granada y los Veinte acortados en Madrid, la patria en San Bernardo. El material acumulado desbordaba el espacio de las notas. Comenzando por los Programas. Parecía obligado reproducir el primero e inicial, sancionado por el juicio del Tribunal que me otorgó la cátedra y contrastado por la crítica de los cooperadores.

Inmediatamente, al amparo de la libertad española de cátedra, que a diferencia de la vecina Francia, no imponía programas oficiales únicos (como después en España para la Enseñanza Media, coincidiendo con su decadencia) permitía al Catedrático alterar la estructura primitiva e incluso el contenido y hasta el concepto de la Asignatura y el consiguiente cambio de nombre. Esto había sucedido en los Cuarenta años previstos, límite de un reinado, lo que ya indica la radical injusticia de la jubilación del Catedrático, que equivale siempre a la confiscación de una legítima propiedad, lo que ya fue advertido y elocuentemente impugnado por los civilistas Felipe Sánchez Román en el Congreso y por Augusto Comas en el Senado, el año 1900, innovación de un novel ministro de Instrucción Pública, separada de Fomento por una operación política, comenzando una tradición a su modo, al modo de los sucesivos titulares, de inferir algún daño o al menos una ofensa a la Universidad, con buena intención a veces, tan peligrosas. La famosa y reciente jubilación anticipada, seguidamente derogada, indicio de su verdadera índole y finalidad, no ha sido sólo una anécdota, por eso muy importante, con la favorable consecuencia de dar lugar a la nueva figura del Emérito, buena para la ciencia y para la Familia, pero cuya índole discrecional y/o arbitraria es característica de la época vulgar y antijurídica que atravesamos. Reveladora de que el tratamiento administrativo y burocrático del oficio académico no era el adecuado. Decir que soy Noémérito de ninguna manera significa desprecio o desestima de una honrosa condición que he deseado, solicitado y esperado, todo cada vez menos por la obvia razón del transcurrir del tiempo que a todo pone fin. Por motivos que no voy ahora a analizar, y menos a juzgar, siendo como soy parte, con interés legítimo pero sin estricto derecho, como he indicado, ostento con orgullo ese título. Precisamente en un momento de crisis económica

en que se nos invita a la austeridad en el gasto público, yo puedo decir que por el precio de un pensionista que se puede dedicar a tomar el sol y ver la Tele yo continuo sirviendo la cátedra, tan modestamente como se quiera, pero sin recibir emolumentos y con gastos a mi costa.

RAFAEL GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA

28-X-92.

Simón y Judas, aps.

59.-Periodificación (1947)

Periodificación. Íntimamente ligada con esta idea de la evolución jurídica está la periodificación de la historia del Derecho entendida como consideración sobre la sustancia del acontecer histórico³¹⁶. La cuestión fue

316 El párrafo estaba a continuación del 58 (p. 279 del Anuario 8, 1992) donde se alude a la idea de evolución, declarada en crisis por Federico Kuntze, "El nuevo estilo de los métodos científicos", en *Revista de Occidente* XIII (1926) 317-152; el método había sufrido una transformación radical; se iniciaba el predominio de la forma y desaparecía la evolución, que presentaba toda época como superación de la precedente (vid. infra, nota 329). Erich Bradenburg, *Begriff der Entwicklung und seine Anwendung auf die Geschichte*. Leipzig, 1941; res, por Schonfeld en *ZSS Germ.* 64 (1944) 345. Noción de la ciencia natural, que se debe a Aristóteles y que Herder introduce en la ciencia histórica, durante el siglo XIX impera tanto entre los juristas históricos como entre los no históricos. El siglo XX se había liberado. Alfred Schultze reprochó a Melicher, el estudioso de las fuentes visigóticas, permanecer todavía adherido a la evolución germánica (Ib. 63 (1943) 378-389. Un amplio tratamiento de la periodificación, en Bauer, *Introducción al estudio de la Historia*, 1944, págs. 144-157. El Curso de don Galo (desde 1925) adoptó la división tradicional, "atendiendo por lo general a la historia política", con algunas modificaciones fundadas en la índole de las fuentes, así, en la Edad Antigua separaba las del "primitivo derecho español" (con las relativas a colonias fenicias y griegas) respecto a las del derecho romano; en las visigóticas señalaba el "inicio de la Edad Media hasta la desaparición del Estado visigodo". Las "fuentes medievales" propiamente dichas comprendían elementos de la época anterior, como el "elemento germánico" y el indatado elemento consuetudinario más los libros romanos y el visigótico. Dentro de la Edad Media distinguía dos períodos: el germánico y el romano de la Recepción, pero luego las fuentes medievales serían agrupadas bajo esta sola rúbrica precedida de unos "caracteres generales". Riaza, en su Manual de 1934, con García Gallo, se refiere tal vez a la periodización sistemática por Cabral de Moncada cuando escribe que "el ideal consistiría en explicar y exponer lo que ha sido el sistema de cada época"; pero ambos mantienen la división en España primitiva, romana y visigoda, dividen Alta y Baja Edad Media, Moderna y Siglo XIX. La identificación entre épocas y sistemas, tal vez iniciativa de Torres López, se encuentra en los *Apuntes y Curso* de Pérez Prendes (1964, 1972), la *Iniciación* de Lalinde (1970), y el *Curso* de Tomás y Valiente (1979). Interesan las observaciones de Escudero, en su *Curso* (1985, págs. 29-33) sobre periodificación y dogmática y las anteriores de García Gallo en su Manual de 1959, p. 7: "Durante cerca de medio millón de años, y por qué no de un millón, el Derecho permaneció estacionado de una forma rudimentaria. A partir de entonces, y en períodos cada vez más breves, la evolución ha continuado hasta nuestros días con un ritmo acelerado". Por mi parte, tras haber seguido el plan del *Curso* de don Galo, la prelección de 1959-60 ofrece ordenar la materia en torno a la monarquía, reinos y dinastías, lo que se realiza en la *Historia General*, de 1968, aunque respetada la división medieval y moderno, determinada por la apa-

removida cuando SPENGLER atacó el arbitrario esquema de las edades Antigua, Media y Moderna, aunque ya se habían suscitado dudas sobre su validez. LORENZ, a fines del siglo pasado, se inquietaba porque no se acu- diese a periodificar mejor que lo había hecho el Renacimiento.

SPANGEBERG³¹⁷, tratando de la periodificación, alude a que an- teriormente a la establecida por los renacentistas (que se fundaba en su personalísima idea de su propia posición respecto a la antigüedad) había regido una, a la cual se inclina él mismo. Y es la división binaria, que se instaló en las mentes europeas a la raíz de la desaparición del im- perio romano, con un sentido mucho más hondo que el de un arbitrio di- dático: la Antigüedad y el Tiempo Nuevo. Aquél era el auténtico pasa- do que se alcanza con definidos contornos en una perspectiva a la con- templación desde el presente que aún se estaba haciendo. En esta divi- sión binaria había el acierto de no constituir constantemente con el tro- zo de inmediato ayer una nueva era "antigua". Cuando LANDSBERG³¹⁸ dice que la Edad Media no debe aparecérsenos como una lejanía sin re- lación inmediata con nosotros, sino como una forma todavía realizable, expresa muy claramente la realidad de ese Tiempo nuevo como una eta- pa en ningún aspecto concluida.

A la vuelta de los mil motivos que existen para marcar nuevos perío- dos y para borrar los tradicionales, la posición más acertada nos parece la de GELZER, cuando dice que "todas las periodificaciones y delimitacio- nes en el curso de la historia universal son sólo condicionales y por ello puramente voluntarias. La Historia misma, en la que cada acontecimiento está en relación causal con el que le precede y con el que le sigue, no ha- ce ningún corte; es un continuo sucesivo"³¹⁹. Con ello queda reducido el

rión del Estado (págs. 176, 275, 272, 417, 431 e índice tópico), pero hay continuidad entre ambas edades. Para una HD concebida como H en los LLJJ, las épocas comienzan cuando empiezan a escri- birse y terminan cuando dejan de leerse.

317 H. Spangerberg, "Los períodos de la Historia Universal" en Revista de Occidente X, 29 y 30 (1925), 192-219 y 330-340. Con motivo de la obra de Spengler, que había cuestionado la división tradicional, la Revista se propuso publicar artículos de grandes historiadores actuales, pero no los ha- bía. *La intermedia aetas*, 600-1517, se debe al historiador de la Iglesia Gosbert Voetius, 1676.

318 Landsberg, "La Edad Media y nosotros", R. de O., res. de Javier Zubiri en X (1925) 251- 257. Autor presentado por Ortega y Gasset en 1926, OCCC VI, p. 336. Eugenio d'Ors le dedicó unas glosas en 1934, *Nuevo Glosario II*, págs. 241-247.

319 Cit. por Bauer, Introducción, p. 154.

problema a sus naturales términos, más que históricos historiográficos. SPANGEBERG reconoce que, siendo un auxiliar imprescindible (RANKE periodificó, con una profunda convicción contraria) toda división de períodos es artificial³²⁰.

Aceptada esta doctrina, no tendría lugar el tema de la periodificación en el examen del método para elaborar las instituciones, puesto que se trata de secciones practicadas sobre el curso de las mismas, por motivos circunstanciales, a los que se aludirá cuando nos ocupemos de la distribución de la materia para su ulterior exposición.

Pero la periodificación se ha considerado en la historia del Derecho como un aspecto substantivo del curso histórico. La "unidad interior del período", que se postula como exigencia general de la periodificación, ha encajado en nuestra disciplina con la noción de sistemas jurídicos.

La formulación más rotunda de la doctrina se debe a CABRAL DE MONCADA³²¹; vamos a detenernos en su examen ya que se tra-

320 Spangenberg, loc. cit. p. 195. López Ortiz, "A la paz de Dios", en Cruz y Raya, diciembre, 1933, p. 127: "La periodización, dentro de su necesidad metodológica, es siempre una rigidez que intenta en vano aprisionar el fluir de la historia". Huizinga ha rechazado toda división esquemática de las épocas culturales; "cada edad es un haz sin unidad, de elementos dispersos, un conjunto de revoluciones, oscilaciones, intercambios y mezcolanzas que puede ser descrito en plural, pero encerrado en una fórmula" (Antoni).

Al repasar la obra de Bauer (págs. 154-157) observo que el autor mantiene la necesidad de la periodificación y que no se puede prescindir de un punto de sustentación semejante; la necesidad de destacar el sucesivo encadenamiento causal; del conocimiento de las relaciones del devenir histórico y poner de manifiesto lo distinto y la esencia de cada época. No obstante, para el jurista veo más necesaria la continuidad que perfora las épocas, y "la falsedad de atribuir a cada época o momento histórico un determinado carácter... Identificar categorías sistemáticas con momentos históricos. Pues en cada uno de éstos, al contrario, se manifiesta una tensión que va adoptando diversas modalidades y se prolonga a través del tiempo. Una extrema polaridad se da más bien en momentos sucesivos o en un solo momento que en los extremos de una pretendida evolución". (Prelección del curso 1962-63 sobre Fuentes del Derecho Mercantil de Castilla).

321 Luis Cabral de Moncada, "El problema metodológico na ciência da história do direito português. Criterio para una nova divisão cronológica" en AHDE x (1933) 138-160. El autor declaraba deber su inspiración a un trabajo de Pitzorno y a su comentario por Era y Stutz. Entonces advertí que prefería el método seguido por Cabral de Moncada en sus trabajos histórico-jurídicos a la innovación mantenida en esta comunicación, y asimismo el criterio de épocas a que se refiere en el preliminar de su estudio sobre "O seculo XVIII na legislação de Pombal", al de rígidos períodos sistemáticos. El siglo como unidad histórica también es apreciable. Respeto la viveza con que me manifesté acerca de la doctrina de Cabral de Moncada, pero remito al lector a sus páginas en el AHDE, donde además recoge el estado de la cuestión, con la opinión de Besta y otros autores en una discusión que sobrepasa los límites de la periodificación y alcanza los del concepto y fines de nuestra asignatura.

ta de un estudio sobre la metodología histórico-jurídica, en el que más que una adaptación de métodos históricos se ha intentado hallar en el seno mismo de la historia del Derecho los criterios para elaborar su propio método. El que en este punto se advierta una casi total discrepancia nuestra, no impide el reconocimiento a las valiosas sugerencias que contiene la aportación del insigne profesor portugués, cuya actitud inicial totalmente admitimos y seguimos: contemplar el desarrollo histórico y cambiadizo desde puntos de vista conceptuales y permanentes. Es más, creemos que su periodificación sistemática —en la que sistema y período se identifican— tiene una plena singularidad, digna de que se tome en cuenta como una posición metodológica independiente y original.

En el tema de la periodificación nos separa de CABRAL DEL MONCADA en primer término la importancia que le concede al problema, que para él la asume no sólo desde el punto de vista de la exposición y de la enseñanza, sino desde el punto de vista del éxito de las propias investigaciones históricas. Supone que es enteramente erróneo el método de separar artificialmente la historia externa, o de las fuentes, de la historia interna o de las instituciones, conservando para la primera el criterio cronológico y aplicando a la segunda el puramente sistemático o monográfico. Y sostiene que aplicando a ambas el criterio cronológico es como se podrá sorprender la unidad del derecho.

Este es un supuesto que CABRAL no se cuida de defender por parecerle de una evidencia absoluta. La única razón que él aporta contra la generalmente admitida división Fuentes-Instituciones es que se trata de una división artificial. Lo es en el mismo sentido que cualquier delimitación que se haga del suceder histórico. Pero aún nos preguntamos si realmente CABRAL habrá hecho desaparecer la distinción entre Fuentes e Instituciones y sus métodos respectivos, por aplicar a ambas partes la misma división cronológica, lo que solamente ha de traducirse en que las instituciones se estudiarán a continuación de las fuentes de cada período. Pero esto es accidental. Lo importante es que dentro del "sistema visigodo", por ejemplo tendrá que tratar primero del Código de Eurico que del Liber iudiciorum; y después de

la Monarquía, el senatus... la propiedad, los contratos, etc. Es decir, ni desaparece la distinción Fuentes-Instituciones ni su distinto método³²².

Reconoce que no se puede hallar un criterio absolutamente riguroso para periodificar, sino valores aproximativos. Lo extraño es que a base de ellos haya llegado a crear límites que no ejercen, según él, la fun-

322 ¿Qué otra cosa podría hacer? Como no fuera estudiar la fuente y las instituciones que la misma norma regula (1) y esto a través de todas las fuentes de la Historia del Derecho. Creo que Cabral de Moncada se ha fundado en la apariencia al combatir la distinción fuentes e instituciones; en realidad, sólo ha combatido el que se estudie primero toda la historia de la fuente (?) y a continuación la de las instituciones: pero esto no puede tener la menor trascendencia en la investigación, ninguna en la exposición general y muy relativa en la didáctica. La verdad, no me entiendo. Tal vez relacionado con estas disquisiciones esté el intento metodológico que encierra mi estudio sobre "El consentimiento familiar en el matrimonio", en AHDE 18 (1947) 707-761, con su "examen de las fuentes" y "la institución" (p. 746). "Hemos presentado los preceptos relativos a ella en la serie histórica de las fuentes, que nos ofrece tanto la sucesión de regímenes jurídicos como su coexistencia y aun su superposición en un mismo tiempo y lugar. No se produce, pues, la aparición de una etapa tras otra que nos permita yuxtaponer diferentes regulaciones: son tantas como lugares y momentos. Debemos intentar una visión unitaria de la institución en los límites históricos que marcan las fuentes utilizadas, sin perder de vista las variantes que éstas proporcionan, pero observándolas desde el esquema único y abstracto de una cuestión al (a la que) ellas dan, en ciertos aspectos y detalles una solución diferente". No se trataba de nada original: el modelo eran los estudios de Alvaro d'Ors, en el propio Anuario: "In diem additio", con sus "conspectus locorum" y "exégesis crítica", seguidos de "resultados dogmáticos" (AH-DE XVI, 1945, 193-289; 209, 220, 274), y "Optio servi" (Ib. 18, 1947, 167-232; 180, 192, 225), éste reseñado por mí con entusiasmo en Anuario de Derecho Civil II (1949) 210-211, porque veía allí cumplidas "tres condiciones de la ciencia histórica del Derecho: estado de la cuestión, recogiendo y apreciando los anteriores esfuerzos por esclarecerla; segunda, se procede a una depuración crítica de los textos; sólo en un tercer lugar se procede a la elaboración del instituto, en sus aspectos dogmático e histórico". Lo esencial y diferente, sin embargo, era la presentación en primer lugar de los mismos textos, ordenados por su afinidad, a diferencia de la colocación ocasional a pie de página de los textos pertinentes a la exposición; en este punto he respetado la tradición del Anuario, poniendo a pie de página y en tipo menor los textos, lo esencial y más valioso y duradero. Añadí en mi reseña: "Creemos (siempre el abuso de ese verbo creer, reservado a más altos y difíciles objetos) muy conveniente la disposición material de estas monografías, al proporcionar primero los textos sobre los que se ha de trabajar y al separar después la labor crítica de los intentos constructivos, con las necesarias referencias internas. Además de una aportación objetiva, constituyen así un precioso medio para el aprendizaje de la técnica de la investigación en los seminarios de Derecho Romano". Desconfíe de las imitaciones. Yo mismo abandoné ese camino al redactar mi trabajo de firma de las oposiciones ("El contrato de servicio en el Derecho Medieval Español", CHE XV (1951) 5-131. Sin embargo, cuando el joven Alfonso Otero llegó de becarío a Villalbana siguió el consejo de presentar así su tesis doctoral sobre "El riego en el derecho castellano-leonés", que si no me equivoco, y si me equivoco más a mi favor, no era la forma original en la que fue aprobada. Mi propia tesis, inédita entonces, mucho tiempo después, y por extenso, para siempre, aportaba las fuentes utilizadas en un cuaderno aparte, y dedicaba un apartado a "la paz otorgada en las fuentes".

ción de indicar etapas en el desarrollo de un sistema —que no tendríamos inconveniente en admitir— sino de señalar la separación entre sistemas.

El criterio de periodificación de CABRAL es estrictamente jurídico o jurídico interno. Y esto, según él, sólo se puede alcanzar si se procura extraer de la propia esencia de lo jurídico, o sea de la índole del propio sistema jurídico de cada época.

El autor pide permiso para resaltar esa observación, quizá sin darse cuenta de que el pedir que nos fijemos en ella, podemos advertir que se ha encerrado en un círculo vicioso: puesto que el criterio de periodificación hay que extraerlo de la esencia o índole de cada sistema, pero el aislar y delimitar éste es algo que ya supone la periodificación. Y realmente, como veremos después, la división concreta del derecho portugués que propone se funda en realidad en criterios políticos y jurídico-externos que antes ha rechazado.

Al sistema jurídico CABRAL le busca no sólo el sistema de normas, sino también “el conjunto explícito o implícito de sus cuadros lógicos formales de representación jurídica, de sus categorías, de su mentalidad...” visión notoriamente dispar de aquella que preconiza ajustarse a la fuentes. El dogma historicista tiene una versión más estrecha que la clásica nacionalista. Aquí es el espíritu de una época “el que interpreta sus necesidades sociales, las transforma en fuentes de norma e instituciones, se eleva también en la creación de conceptos y formas jurídicas, que por último organiza, haciendo con ellas una ciencia”³²³. Cada punto de ésta proposición lo consideramos inadmisibles.

Frente a la serie espíritu de la época sistema jurídico, nosotros creemos en la tradición jurídica y en el inmanente desarrollo del sistema, en el que influyen factores de otra índole, sí, pero que esencialmente es la transformación del Derecho. Mejor que en el tránsito de las condiciones sociales o espirituales a las formas jurídicas, entendemos que la his-

323 Cabral de Moncada, “O problema metodológico”, AHDE X (1933) págs. 145-146. No borraré mi juicio de entonces, pero insisto en la necesidad de releer el estudio de quien, aparte de su dedicación fructífera a nuestra asignatura, fue luego un muy notable filósofo del Derecho y siempre gran jurista.

toria del Derecho consiste en el tránsito de las formas jurídicas a las formas jurídicas.³²⁴

CABRAL señala los sistemas concretos de la Historia del Derecho portugués con un carácter provisional, sujeto a rectificaciones. Pero entendemos que no sólo caben éstas, sino que el intento de separar tales sistemas es radicalmente erróneo.

1. Sistema primitivo o ibérico, desde los más remotos tiempos hasta la constitución de Caracala, 211.
2. Sistema de Derecho romano vulgar, desde Caracala hasta la publicación de la lex Recesvindiana.
3. Sistema romano gótico desde Recesvinto hasta el s. XI.
4. Sistema germánico desde el s. XI hasta la mitad del XIII.
5. Sistema de romanismo justiniano hasta el fin del s. XVIII.
6. Sistema de Derecho natural y de individualismo crítico hasta la moderna tendencia del Derecho social de nuestros días.

Ante todo, debe notarse que los motivos de la periodificación coinciden extrañamente con los acontecimientos de la historia de las fuentes más que con el desarrollo interno de las instituciones. La constitución antoniniana, por ejemplo, no significa una fase del sistema jurídico romano, sino más bien la extensión de su vigencia a la población del Imperio.

Si examinamos los sistemas, en modo alguno han quedado separados por estos caracteres. Para el "sistema primitivo" la escasez de noticias hace indiferente el que se pretenda o no buscar una mentalidad jurídica en la diversidad de culturas jurídicas. En el terreno de las suposiciones, entre el Imperio tartesio, las colonias griegas y las tribus cántabras, es indudable que hay grandes desniveles históricos.

Pero la romanización comienza antes de 211, como indican las leyes

324 El propio Cabral reproduce las doctrinas de Pitzorno y Besta, indicando que no son consecuentes. Para el primero, el sistema jurídico comprende: "normas, institutos e instituciones", lo que nos parece mucho más exacto y viable que el "sistema" de Cabral. Por el contrario, como ya indiqué, me parece enteramente aceptable que el objeto de la Historia del Derecho sea el estudio del desenvolvimiento de las normas jurídicas, como sostiene Cabral, y no "sus causas y sus factores históricos", como dice Pitzorno. (Apenas necesario es ya rectificar el normativismo latente en esta nota, pero es siempre saludable reiterar que el empleo de norma en lenguaje jurídico, hoy avasallador, la normativa, es muy reciente y extrajurídico, y por lo que se refiere a nuestros colegas los historiadores simplemente anacrónico hasta el 1900).

de colonias y municipios y las concesiones de latinidad y ciudadanía. El Derecho romano vulgar es la consecuencia de la aplicación del Derecho romano que en la periodificación de CABRAL se esfuma dejando a la constitución de Caracala sin efecto inmediato.

Derecho vulgar debe entenderse, quizá de un modo muy amplio, como Derecho romano provincial y no como un fenómeno adyacente. Pero antes de la ley recesvintiana, hay ya un código de Eurico-Leovigildo tan romano-gótico como esa legislación, cuya tercera parte lleva la indicación *antiqua*: o sea, que sería preciso llevar muy atrás el término inicial. Para prolongar el final hasta el s. XI hay que fundarse en la persistencia de la ley visigoda. Y cuando se pone a continuación el sistema germánico queda rota la lógica y la realidad del germanismo, que se funda en la continuidad de Derecho germánico, no sólo desde la caída del Estado visigodo, en el s. VIII, sino desde antes, simultáneamente con la legislación visigoda. Es un poco absurdo que el renacimiento germanista se ponga en el s. XI. Pero si prescindimos del dogma germánico, para aludir a unas condiciones que permitieron un Derecho sin tutela inmediata del Estado, su comienzo no se puede colocar tan tarde, cuando más bien se inicia un retorno o atavismo hacia tales concepciones. Un sistema de romanismo justiniano no ha regido de un modo uniforme en la Península; el grado de influencia romanista es muy diverso, para poner todo el desarrollo del sistema —en el que perduran vigorosos elementos altomedievales—, bajo la misma rúbrica. Finalmente el sistema de Derecho natural sólo puede referirse a una fase del pensamiento jurídico, y muy estrechamente concebida. *Ius naturalismo* ha habido —como doctrinas actuantes sobre el desarrollo del Derecho— desde el siglo XVI.

La división en sistemas no es rigurosa —no puede serlo— porque se olvida en ella la magnífica continuidad de una tradición jurídica, en la que ninguno de aquéllos se ha clausurado, no digamos en la fecha de promulgación de un código, ni en dos o tres siglos. El ejemplo del *Liber iudiciorum* es suficiente: cuando deja de aplicarse en su forma original, empieza a actuar en forma de Fuero Juzgo, ejerciendo una función constante en la vida del Derecho. Y el Fuero Real, redactado después de la mitad del s. XIII, representaría la continuidad del Derecho castellano, si de un modo más eficaz no lo hiciesen los cuadernos del Derecho municipal, que hasta

el s. XV reciben expresas confirmaciones³²⁵. Del XIII al XVIII hay romanización justiniana, pero la legislación real, las Cortes, los Consejos, crean un Derecho enteramente peculiar. El Derecho aragonés, el Derecho vasconavarro no pueden considerarse como efecto de la Recepción.

325 Alguno, como el de Soria, fue confirmado en 1419; en lo referente a sucesiones siguió vigente hasta el siglo XVIII, y hasta comienzos del XIX (Galo Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, 1919, pág. 145 y ss.). Hoy se puede añadir la vigencia del Fuero de Sepúlveda. Con razón dice Tomás y Valiente "que la historia del Derecho no es sólo cuestión de y para medievalistas; que puede ser y es útil para quienes tratan de conocer el todavía cercano siglo XIX" (su prólogo Alicia Fiestas Loza, *Los delitos políticos*, Salamanca, 1977, pág. 339). E incluso el siglo XX, que hacia el final camina. Pero especialmente a los juristas. Cfr. María Luz Alonso, "La perduración del Fuero Juzgo y el derecho de los castellanos de Toledo", *AHDE* 48 (1-78) y "Un caso de pervivencia de los Fueros locales en el siglo XVIII", *Ib.* 593-614; se refiere al Fuero de Sepúlveda y añade un documento relativo a la troncalidad, fechado en 1789, y relacionado con la respuesta del Concejo al Consejo de Castilla sobre la observancia del Fuero en cuarenta artículos, que son tenidos en cuenta en los lugares correspondientes de mi estudio de los Fueros de Sepúlveda, por Emilio Sáez y colaboradores, Segovia, Diputación, 1953. La autora indica que "la sobrevivencia de los derechos locales en la época moderna carece de un estudio detallado", y que "el único trabajo disponible es el del profesor García Gallo", del cual cita precisamente su referencia a dicha respuesta del Concejo. Fidelidad al maestro y práctica de la escuela. La ocasión aprovecho para agradecer al jurista y cronista de Sepúlveda, notario de Madrid y acreditado historiador don Antonio Linaje Conde la atención prestada a mi estudio y el haber confirmado y ampliado la visión general y muchos detalles del singular monumento del Derecho castellano; últimamente en "El fuero de Sepúlveda en la gestación del Fuero de Teruel", *Cuadernos de Historia de Jerónimo Zurita* 49-50 (1984) 7-29 y "Una villa castellana en la historia española: Sepúlveda entre despoblación, la repoblación y la reconquista", en *Estudios en Homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz*, II, Buenos Aires, 1983, 237-250. Fundamental para la vigencia de los Fueros municipales es el Discurso del fiscal Antonio Robles Vives reproducido como prólogo de la Colección de Fueros de Palacio, que responde a un para mí desconocido proyecto legal, y copiado con variantes significativas por Rafael de Floranes. Estas ya recogidas, haber localizado el documento original, en su sitio, el Archivo Histórico Nacional, me obliga a revisar una modesta labor crítica. Pero la actualidad del antiguo derecho es más urgente y esta cátedra, a diferencia de aquel señor referido en el *Glosari* (1908) y en el *Novísimo* (1944), si lee periódicos, y el ABC del martes seis de junio de 1992, pág. 95, publica el comentario de don Jorge Trías Sagnier, que nos informa haberse ejercitado ante el Tribunal Supremo la acción de jactancia fundada en la ley de Partidas III, 2, 43. No es el caso único.

El autor, por otra parte, formula la opinión, hoy común entre juristas, de que el Real Decreto Ley 2/1983 de 23 de febrero y sus posteriores consecuencias legales, especialmente la sentencia del Tribunal Constitucional que avaló la misma... supuso un auténtico golpe de Estado legal que hizo tambalear el estado de derecho y por supuesto la credibilidad de la Justicia. Pero no es éste el aspecto (político o social) el que nos interesa, sino desde el punto de vista de nuestra asignatura, el antiguo derecho la plena vigencia de la Constitución (dudosamente jurídica siempre, pero, en cuanto antiderecho, dentro del camino de la Historia del Derecho, como su patología) la confiscación derogada por la ilusionada Constitución de Cádiz, 1812, código local, en su artículo 301, "Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes"; vigente bajo la democracia, igual que bajo el Imperio Romano y la Monarquía Absoluta, excepto las leves garantías del derecho. Abolida, igual que la tortura y la esclavitud, persisten sin derecho.

CABRAL ha expuesto su tesis de un modo que no deja lugar a dudas: cada sistema es un mundo jurídico aparte, con su propio centro de gravitación. ¿Hay algo común entre ellos?. Sí, hay normas, instituciones y formas de representación jurídicamente comunes a los sistemas... pero "que son de todos los tiempos, como algo humano y por lo tanto de racional y universal, que los ligará así los unos a los otros"³²⁶

Creo que nunca se ha estampado una negación tan absoluta de la Historia del Derecho, de su sustancia, de su función y de la conveniencia de su estudio.

Cuando esta periodificación se pretende convertir en método para la investigación, forzando a que todas las instituciones de una época se conviertan en un principio rector que sirva para interpretarlas no podemos por menos de temer una completa tergiversación de los datos positivos de las fuentes que en cada momento histórico no acusan ni mucho tal unanimidad, sino al contrario, que unos son una anticipación y otros la conservación del pasado, que expresa todas las contradicciones de su época, movida siempre entre la tradición y la renovación.

Hay sólo un falso dinamismo en esa sucesión de sistemas, para la cual ha sido necesario seccionar de un modo absoluto el curso histórico, dejándolo reducido a segmentos inmóviles. Creemos que en algún caso puede ser conveniente el separar épocas, especialmente para la exposición sistemática, pero al hacerlo advertiríamos siempre: Esta sección es artificial, cortamos en ella un curso continuo, y cada época deja sueltos unos hilos que hemos de recoger cuando iniciamos el estudio del período siguiente. Acentuar esta continuidad histórica, es el medio para penetrar en el verdadero dinamismo de la formación del Derecho, contemplado en cuanto sucesión de las Fuentes o de las Instituciones.

59 bis.—Periodización (1964)

La división en períodos ha sido generalmente aceptada de la historia

326 Cabral de Moncada, "O problema metodológico", pág. 151. El juicio que sigue como el que precede, deben ser entendidos "en términos de defensa". Realmente, puede ser admirable un libro que desarrolle ese concepto del derecho. Pero tal vez no fue ciego el destino que condujo a Cabral de Moncada a través de la Historia del Derecho, a la más elevada Filosofía del mismo. En cuanto a mi opinión de los Sistemas, dense por aludidos los insignes colegas que los han preferido.

general para la historia del derecho nacional, que fundamentalmente comprende la Edad Media y la Edad Moderna. Lorenz, a fines del siglo pasado, se sorprendía de que no se periodificase con mayor exactitud que lo había hecho el Renacimiento; Spengler, más tarde, atacó el arbitrario esquema de las tres Edades. Anteriormente a la periodización de los renacentistas, fundada en su particular posición respecto a la Antigüedad, que dio lugar al término puramente espacial de la Edad Media, luego impregnada de significados, había regido una división binaria, que se instaló en las mentes europeas a raíz de la desaparición del Imperio romano: la Antigüedad y el Tiempo Nuevo. La Antigüedad era el auténtico pasado, que se alzaba a la contemplación, desde el presente. A la realidad de ese Tiempo Nuevo, como una etapa no concluida, se refiere Lansberg cuando considera a la Edad Media como una forma todavía realizable, en relación inmediata con el presente. Antigüedad y Tiempo Nuevo es un concepto doble, relativo y flexible que puede ser adaptado a todos los momentos históricos; cada uno de ellos ha sido un tiempo nuevo con una perspectiva de antigüedad. Pero a su vez, el momento histórico tiene mayor o menor amplitud según la cuestión de que se trate. No sólo el derecho, como el arte o la economía, tiene períodos diversos, sino que éstos difieren también según las secciones de cada historia especial. "Todas las periodificaciones y delimitaciones en el curso de la historia universal son sólo condicionales, y por ello, puramente voluntarias. La historia misma, en la que cada acontecimiento está en relación causal con el que la precede y con el que la sigue, no hace ningún corte; es un continuo sucesivo".

Frente a esta consideración accidental se ha intentado descubrir en los períodos un aspecto sustantivo de la historia del derecho. La unidad interna de cada período se ha relacionado en nuestros estudios con la noción de sistema jurídico. Se debe a Cabral de Moncada la formulación de una metodología histórico-jurídica que no es una adaptación de los métodos históricos generales, sino que busca sus criterios en el mismo derecho histórico. Este método aspira a contemplar el desarrollo histórico desde puntos de vista conceptuales y permanentes, y éstos provienen de una rigurosa periodificación sistemática. Sistema y período se identifican. La periodización es, según Cabral de Moncada, importante no sólo la exposición histórica sino para la misma investigación.

Frente a la tradicional aplicación de un orden cronológico para la historia de las fuentes, y un orden sistemático para las instituciones, sostiene este autor que aplicando a ambas el orden cronológico es posible sorprender la unidad del sistema. Ahora bien, la periodificación según sistemas requiere conocer la esencia de lo jurídico de cada época, lo que supone una previa periodificación, que necesariamente será provisional. El sistema jurídico de cada período no comprende sólo las normas, sino también "el conjunto explícito o implícito de sus cuadros lógicos formales de representación jurídica, de sus categorías, de su mentalidad". A diferencia del espíritu del pueblo de la Escuela Histórica, es aquí el espíritu de la época, o de cada período "el que interpreta sus necesidades sociales, las transforma en fuentes de norma e instituciones, se eleva también en la creación de conceptos y formas jurídicas, que por último organiza, haciendo con ellos un ciencia".

Frente a la serie "espíritu de la época-sistema jurídico" se pone la creencia en la tradición jurídica y en el inmanente desarrollo del sistema, en el que influyen acaso factores de otra índole, pero que esencialmente es la transformación del derecho. Cada tiempo no produce su propio derecho, lo mismo que cada nación no produce su propio derecho; los tiempos y las naciones se caracterizan, precisamente, por su participación en la cultura del derecho que supera tiempos y lugares. Mejor que en el tránsito de las condiciones sociales o espirituales a las formas jurídicas, la historia del derecho investiga el tránsito de las formas jurídicas a las formas jurídicas.

327 Esta redacción, más concisa y moderada que la precedente, se apoyaba en la misma literatura, por lo que no es necesario reproducirla aquí. Sólo observaré que el encargo del Nuevo Savigny, el Derecho Romano en la Edad Media me obligó a adoptar una cronología que no por casualidad se aproxima a la propuesta de Cabral de Moncada, como se ve en "Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI a XI" IRMAE, Giuffré, Milán, 1-67, res. Tomás y Valiente en AHDE 37 (1967) 595-597, admirable resmen, mejor que la realidad y, con la benevolencia como constitutivo la más aguda y perfecta apreciación de un trabajo mío, bien que el científicamente superior, acaso el único, resultado no sólo de una larga aplicación sino de la paciente dirección de Erich Genzmer y la crítica implacable de Alvaro d'Ors, pero dentro de aquella cronología hube de separar siglos coincidentes con territorios. De nuevo, la convocatoria de Spoleto en 1974, por mediación de Orlandis, sobre "La cultura antica nell'Occidente latino dal VII all'XI secolo", vuelve a imponer el marco cronológico tan combatido por mí veinte años antes: cfr. en el tomo II de las actas, Spoleto, 1975, págs. 603-604, notas 1-3, con referencia a E. Robert Curtius, *Literatura europea y Edad Media latina*, trad. española, Fondo de Cultura Ecuménica, Méjico, 1955, y Menéndez Pidal, sobre Edad Media.

La división cronológica en sistemas, que tiene un fundamento en la realidad histórica, deja en segundo término la continuidad de la tradición jurídica. Si cada sistema es un mundo jurídico aparte, con su centro de gravedad propio, cabe preguntarse, qué es lo que da continuidad a la historia del derecho. Cabral de Moncada responde que hay normas, instituciones y formas de representación jurídica, comunes a los sistemas, "que son de todos los tiempos, como algo humano y por lo tanto, racional y universal que los ligará así los unos a los otros". La idea de la tradición jurídica, o más exactamente de las tradiciones jurídicas se basa en la continuidad y la duración que no excluye variaciones e interferencias, no sólo de esos elementos racionales y lógicos, sino de contenidos históricos concretos. Cuando la periodización se convierte, de límite convencional para el trabajo de investigación o la exposición, en criterio fundamental para ambas, todas las instituciones de una época se someten un principio rector que sirve para interpretarlas. Pero como ese principio rector está extraído de las instituciones de un período, está condicionado por lo que pretende condicionar. En cada época se dan la conservación de elementos del pasado y la anticipación de nuevos elementos que han de adquirir plenitud mucho después. La identificación de sistema y período obliga a seccionar el curso histórico y lo deja reducido a segmentos inmóviles. Admitiendo la división cronológica, cada una de sus secciones deja sueltos unos hilos que se han de recoger para iniciar el período siguiente. Acentuar la continuidad es el modo de penetrar en el dinamismo de la formación del sistema histórico de un derecho.

VII. LA DISTRIBUCION DE LA MATERIA (1947)

Hasta aquí se ha insistido en dos cosas: que la distinción entre fuentes e instituciones es la de dos puntos de vista sobre una misma realidad: el desenvolvimiento histórico del derecho. Y que éste se ofrece en estrecha trabazón e interdependencia. Cuando intentamos distribuir la materia—tanto para los efectos de la investigación como para los de su enseñanza—esas dos proposiciones se convierten en tres principios metodológicos: 1.º Que la separación entre el estudio de las Fuentes y el de la instituciones—que

se auxilian mutuamente— es rigurosa; 2.º Que la distribución dentro de cada uno de los estudios es enteramente circunstancial; 3.º Que la relación entre ambas distribuciones lo es asimismo.

El primer principio ha sido ya desarrollado, y no encontramos más oposición que la representada por algunas exposiciones de historia del Derecho, en la que se hacía el estudio de las fuentes y de las instituciones que en cada una de éstas se regulan³²⁸. En ellas, la visión de la historia de una institución sólo podía obtenerse coordinando las diferentes regulaciones, lo cual es un trabajo de investigación —aunque no de primera mano— que el autor encomendaba al lector. Pero aun en ese mismo caso había diferencia entre el estudio de las Fuentes y el de sus Instituciones: variaba el método, como el objeto que se perseguía conocer.

Seguidamente se va a exponer la distribución de la materia en las secciones clásicas y la relación entre ambas distribuciones.

328 Ejemplo, los *Estudios del Derecho Civil*, de Sánchez Román, que aparece en Granada, 1879, como *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos Españoles*, la asignatura cultivada en Madrid por Benito Gutiérrez, a quien sucedió. Libro recibido como innovador, ver rec. por Felix Aramburu en RGLJ 55 (1879) 332-346; hacía un amplio e independiente estudio de la historia, que en general debía corresponder, en cuanto tiene de externo, a la Historia y Elementos del Derecho Civil, y en cuanto a lo interno, a la Ampliación, en cada una de las instituciones. Distinguía la preparación y la consumación y también las edades bárbara, hispano-gótica, foral, mixta y moderna. Figura él mismo en la HD, interesa volver sobre su visión del Antiguo Derecho desde la Codificación, sobre la que escribió (1890). También la Historia o Cuadernos de don Salvador Minguijón, "uno de los libros recomendados a los neófitos para que lo aprovecharan con cautela, con sigilo, sin exhibirlo demasidado" (A. Guilarte), que no tuve la suerte de encontrar, pero sí la favorable opinión de Maldonado, y fueron vindicados por García Gallo y Orlandis en AHDE 29 (1959) 765. La lecciones de Matías Barrio y Mier (1844-1909) hacían una ligera descripción de los códigos antiguos en cuanto al contenido, en lo que me ha complacido verme continuador (HGDE, ps. XI-XII), sin que se me alcance la filiación, también honrosa, que me asigna A. García Gallo, en su "Metodología de la Historia de Textos Jurídicos", AHDE 53 (1983) 611-613, su destacada aportación a la VI Semana de HDE (11 de abril 1983), donde confirma que al estudiarse en el siglo XIX "la Historia de la Legislación como preliminar de Derecho Civil, de modo espontáneo, sin que ello respondiera a análisis o fundamentación, se adoptó como plan y método de exposición de aquella la presentación por riguroso orden cronológico de los códigos y principales leyes... extendida a lo que se consideraba más característico peculiar de los mismos". El resumen que hace de la Metodología de Gil Robles, publicada en 1893, lo presenta con cierta altura filosófica que me es ajena, y sigo envaneciéndome de una más modesta semejanza con Matías Barrio y Mier. Algún lector amigo ha notado un tono despectivo en la referencia a mi "historia de textos", lo que estaría bien; al enemigo, caña, y en esto el autor ha mantenido una virtuosa perseverancia. Pero mirado en general, considerar que la "historia de textos", que conoce sus cimas, haya cedido el paso a una historia escrita con una más amplia perspectiva, es una candorosa ilusión, pues esa perspectiva, atenta a las instituciones políticas y sociales, se ha cultivado paralelamente sin interrumpir el paso de la historia filológica o de textos, que continúa con toda dignidad.

60.— Fuentes

Respecto a la distribución de la historia de las fuentes hay una primera exigencia que es la cronológica; poner primero lo que está antes, que no es suficiente, sin embargo, cuando se trata de una realidad que se despliega y diversifica en un mismo tiempo, pero que da las líneas fundamentales —lo visigodo antes que lo medieval— y los detalles últimos: el código de Eurico antes que el *Liber iudiciorum*; el Fuero de Sagagún por Alfonso VII después que el de Alfonso VI. Entre aquellas líneas y estos detalles está la cuestión.

Para resolverla, hay que reconocer la importancia excepcional que tiene la marcha de la historia política que por algunos autores se pretende excluir como una servidumbre sobre la especialidad y la singularidad del acontecer histórico-jurídico. La política influye en mayor grado que nada, dice SPANGENBERG, que recoge esta afirmación de Eduardo MEYER: “toda división en períodos, no sólo en la historia política, sino en la de la cultura y, en general, en toda historia, depende del momento político, aun cuando se considere que el factor esencial es un gran cambio cultural, como ocurre en la decadencia de la antigüedad”³²⁹.

Sin necesidad de someterse a la periodificación política en general, hay unos momentos de la historia del derecho español, en los que aquélla es la única válida; se marca entonces una variación fundamental en la forma de fijarse el derecho que es lo que ahora interesa.

Son esos momentos: la dominación romana y la creación del Esta-

329 Spangenberg, *supra*, nota 317, pág. 194, donde remite a la *Geschichte der Altertum*, 1907, de Eduard Meyer (1855-1930), gran historiador del Oriente y de la Antigüedad, pero además con una significación en la política nacional y europea de su tiempo, lo que explica su opinión aquí reflejada muy de segunda mano; historiador también de la Iglesia primitiva, y teórico de la ciencia histórica; de la guerra europea del 14 y de Inglaterra y los Estados Unidos. Cfr. Karl Christ, *Von Gibson zu Rostovzeff*, Darmstadt, 1972, págs. 286-333 y 370-372. Erudición de primera instancia, rector Ángel Vian. Recuerdo de Gunther Krauss. Meyer, “el más grande historiador con que hoy cuenta Alemania”, Ortega y Gasset, “La forma como método histórico” (1926), en su *Espíritu de la letra*, Madrid, 1936, págs. 23-30, que remite a E. Fascher, *Die formgeschichtliche Methode*, 1924. En 1949, su estimación por Meyer no había decaído (OCC IX, 269, 279).

do visigodo³³⁰. La coherencia que en el desarrollo de las fuentes puede advertirse en cada uno de los tres períodos permite una exposición claramente histórica; pero, no obstante, es necesario introducir un criterio sistemático: el de la clasificación por la índole de las fuentes; restos jurídicos y escritores antiguos para el primitivo; leyes municipales y constituciones imperiales para el romano; legislación, derecho consuetudinario para el visigodo.

Con la caída del Estado visigodo, un hecho político, se inicia una nueva etapa, mas para considerarla clausurada, no se produce ya otro de la misma índole que se acuse fuertemente sobre la historia de las fuentes: Sí hay un hecho político que traza las líneas verticales de la distribución y son los territorios del Derecho medieval; como las horizontales son trazadas por la índole de las fuentes. Es preciso acentuar unas y otras, pero sin excluir la que queda en un segundo término. Dentro del derecho local habrá que distinguir el de Castilla y el de Cataluña, pero dentro de cada región el derecho local del territorial³³¹. La elección de

330 B. Sánchez Alonso en su *Historia de la Historiografía* (supra, nota 19) hace coincidir las dos primeras etapas con los mismos períodos de la historia política. Sobre "Estado visigodo", baste indicar que en el programa de *I Goti in Occidente*, Spoleto, 1956, pág. 10 aparece como título de una lección "El Estado Visigodo y el particularismo español", en el texto mismo, pág. 536, "El reino visigodo, etc." Visigótico. Aquella rectificación, debida al autor-que-seguimos; la segunda al visigotista García Moreno. En homenaje a Jesús Lalinde, he recapitulado el tópico del Estado en mi HD, pero el texto yace en las tripas de un ordenador y se niega a salir. Le rindo el de no "fatigar las prensas". Por lo demás, se encuentra lo esencial en mi conferencia de 1951 "La Ciudad Castellana bajo los Reyes Católicos", Granada, Escuela Social, 1952, y en el índice tópico de mi HGDE, 1968. El mismo Lalinde acaba de hacer en el Symposium Internacional sobre el origen de Catalunya II, 1992, págs. 35-74 la aguda observación según la cual los godos españoles nunca utilizaron el término visigodos para designarse a sí mismos, ni tampoco los francos, sino que el término es utilizado por Casiodoro y Jordanes, y dominante en la historiografía germanista, por lo que en la 4 edición de su *Iniciación* (1989) ha procedido a la conveniente rectificación. Compruebo con placer que en mi HGDE, 1-68, en dos lugares redactados a la vista de las fuentes (págs. 11 y 88-89) utilicé godos; pero conservaré visigodos por respeto a la autorizada tradición, incluso si se trata de un cultismo (palabra culta y erudita), primero por respeto a la cultura y más a la erudición, pero incorporando esta precisión: pág. 11, línea 16: "los llamados visigodos, nunca por ellos mismos sino por Cassiodoro y Jordanes, ni por sus vecinos y enemigos los francos" (Lalinde).

331 Galo Sánchez en su curso (desde 1925) utiliza (en primer término) la visión territorial, y dentro de cada territorio distingue fuentes locales y territoriales, tan rigurosamente que el Fuero Juzgo es incluido entre las primeras, por haber sido concedido como fuero municipal y del Fuero de León trata en ambos apartados por su doble índole. Rianza y García Gallo en su *Manual* de 1934, y el segundo en su curso, 1946, ponen en primer término la clasificación entre locales y territoriales, y dentro de cada sección los diversos territorios.

uno u otro sistema nos parece que puede discutirse: ambos seccionan la realidad de la historia; pero esto es inevitable.

Desde la Edad Media la periodificación se hace más insegura, falta, como decimos, de un gran acontecimiento político. Uno de índole estrictamente jurídica se ha propuesto para constituir una alta y una baja Edad Media: la recepción del Derecho romano. Pero creemos que no sirve para separar la historia de las fuentes, precisamente porque la formación de muchas de éstas está colocada en el centro de esas dos etapas fundamentales. La recepción no tiene una cronología fija, en unos territorios es temprana y en otros es tardía. El Código de Huesca, la fase más reciente del de Navarra, generalmente serían incluidos en la baja edad media, romanizada; por su contenido apenas puede serlo. Acertadamente. MALDONADO³³² caracteriza la baja edad media, además de con la Recepción, con la fijación de los derechos territoriales a lo que podríamos añadir la legislación regia.

Se hace preciso calificar cada momento jurídico respecto a la Recepción, y en éste punto las dudas impedirán muchas veces una decisión. Los Usatges de Barcelona, por ejemplo, una fuente perfectamente caracterizada, sufren los efectos del romanismo en cierto punto de su elaboración; sería necesario separar la etapa influida por la recepción. El Fuero Real ¿se consideraría como una fuente del período conceptualizado como la recepción romana canónica?. Ocurre a nuestro entender que la Recepción es acontecimiento de muchos matices, que en unos casos se traduce en que las normas del derecho romano entran a regir directamente; que otras influye en el desarrollo del derecho juntamente con otros factores (las Partidas recogen el derecho romano, pero también una política legislativa de raíz más antigua y de prolongación independiente del romanismo: la legislación re-

332 Vid. *infra*, Epílogo, nota. Maldonado, Memoria de Cátedra, citada. En varios lugares he mencionado la deuda que esta memoria guarda con la suya, que él puso generosamente a mi disposición. Recientemente fallecido, deseo aquí renovar mi homenaje de gratitud. Desempeñó un papel eminente en el mantenimiento de la Escuela de Hinojosa, que he indicado en una comunicación a la Revista de Investigaciones Jurídicas, de la Escuela Libre de Derecho, año 9, número 9, México, 1985, págs. 231-238. Su semblanza de jurista quedó trazada en la contestación de García Gallo a su discurso de entrada en la Academia de Jurisprudencia, de Madrid, en 1969, y en la presentación de los *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico* en su homenaje, Madrid, Complutense, 1983, pero quedan todavía aspectos de su personalidad y de su obra que deben ser destacados, especialmente su aportación a nuestra asignatura, antes y después de pasar a Canónico.

gia de los sucesores de Alfonso X) —y que en otras, finalmente, actúa por vías distintas de las fuentes directas— así cuando el derecho navarro penetra por la práctica del foro y de la notaría³³³. La Recepción tiene algo de hecho político, y también de hecho cultural de contornos más difusos. La Recepción de los derechos extranjeros, acontecimiento singular y único de la historia de las fuentes debe ser considerada como un tema general de la edad media, sin perjuicio de que en el estudio de cada territorio y de cada fuente se aprecie el grado de su influencia.

El examen de las fuentes de derecho musulmán queda perfectamente acotado por la cronología política de esta dominación, además de que la índole peculiar de este derecho lo aísla de todos los aspectos: su sistema de fuentes, ámbito de vigencia, etc.

Como término de la edad media tenemos en España un hecho político: La unidad nacional cuyo reflejo en la historia de las fuentes es muy

333 J.M. Lacarra, "Sobre la recepción del Derecho Romano en Navarra", en AHDE XI (1934) 457-467. También en Alemania los tribunales tienen un papel destacado en la recepción romanista. Vid. ahora, Fr. Wieacker, "Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland", en PRGNZ, 2.ª ed. Gotinga, Vandenhoeck y Ruprecht, 1967, págs. 97-203. El mismo, "Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des Weströmischen Reichs", en *Ius Romanum Medii Aevi*, Milán, Giuffré, 1963, 63 páginas. Helmut Coing, *Römisches Recht in Deutschland*, Ib. 1964, 212, que sobrepasa en varios sentidos los límites del IRMAE, conforme al criterio de Wieacker, según el cual las obras colectivas son simplemente la ocasión para que cada uno dé lo mejor (puede añadir, lo más) de sí. Sobre el Nuevo Savigny, primera noticia en AHDE 24 (1954) 768, reseña de varios de sus fascículos en el mismo AHDE, vid. ahora índice, tomo LI bis, 1982, sub varios Autores; una copiosa correspondencia en Genzmer y posibles colaboradores españoles, y mi comunicación "El Nuevo Savigny en España" al coloquio sobre La Cultura Ibérica y el Derecho Romano, en Sassari, Cerdeña, convocado por el Gruppo di Ricerca sulla diffusione del Diritto Romano, director Sandro Schipani, en diciembre de 1972, publicado en Studi Sarsaresi VIII (1980-81) 380-415, y, con el mismo título y los mismos errores, un resumen de dicha comunicación, "Estado de las investigaciones", II. Erich Genzmer (1893-1970). In memoriam, su primer director científico, y III. El Ideal del Nuevo Savigny, copia del estudio del propio Genzmer, traducido por Anima Schmitt de Otero y publicado antes en la Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid XVI, 1 (1958) 41-54. En Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED 7-8 (1981), 10 págs. La ausencia hasta ahora de un capítulo referente a España, con excepción del título indicado supra, nota 327, puede suplirse con ventaja por el estudio de José María Font Rius, "La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media", en *Recueil de memoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit VI* (1967) 85-104; res. en AHDE 38 (1968) 760-765.

En lo que sigue me limitaba a reproducir el criterio del curso de Don Galo que dedica un capítulo a exponer el fenómeno de la Recepción y a describir los monumentos literarios que son su instrumento o su consecuencia, previamente a la de las fuentes nacionales, las catalanas, más unidas al Derecho Común en la versión original, los Apuntes de hacia 1925, en primer término, después las castellanas (cfr. Quaderni fiorentini). Mi comunicación a la VI Semana.

débil. En efecto, una mayor actividad legislativa del Estado ya se produce desde la última fase de la edad media, pero ahora subsiste la independencia de territorios, en el aspecto jurídico. Un aspecto de lo más exterior de la técnica legislativa —la recopilación de disposiciones, la reelaboración de fuentes medievales— es lo que suele tomarse como signo y contenido de la nueva edad. Y sin embargo esta, al parecer motivación arbitraria, tiene una causa profunda: y es que realmente los derechos españoles salen formados de la edad media y la historia de las fuentes en la edad moderna, está casi literalmente vacía. El núcleo fundamental de las normas proviene de los monumentos medievales. En la ingente producción legislativa que recogen las recopilaciones castellanas hay relativamente poca sustancia jurídica nueva. El derecho castellano de la Edad Moderna está en las Partidas. En otros territorios las recopilaciones no han hecho más que ordenar las fuentes.

Hay por el contrario una fisura histórica de verdadera importancia en la Edad Moderna, y son los Decretos de Felipe V, en virtud de los cuales el derecho de la Corona de Aragón queda inmovilizado sin capacidad para continuar su desarrollo independiente. Y en rigor ese sería el momento de considerar una nueva etapa histórica si no fuera porque nuevamente el período político que se inicia con el constitucionalismo tiene suficiente fuerza para atraer y centrar en el primer tercio del s. XIX las corrientes que arrancando de la historia nos llevan a la exposición del derecho vigente, historia también, pero que la necesaria ordenación de los estudios hace considerar fuera de nuestra disciplina³³⁴.

334 La demostración más palpable de que no hay realmente diferencia entre el Derecho histórico y el Derecho vigente nos la ofrece Maldonado en sus dos monografías —*Herencias en favor del alma* y *La condición jurídica del Nasciturus* (1944 y 1946), ambos libros reseñados por mí, en *ARBOR*, revista del CSIC IV, 11 (1945) 349 ss, VII, 20 (1947) 299-300 y en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, CSIC, I (1948)—. Es cierto que la monumentalidad del Código impone cierto respeto y que su cláusula derogatoria sella las fuentes anteriores: pero cuando el mismo Código es ya historia por las nuevas leyes —que no siempre se incorporan formalmente a él y por las nuevas direcciones de la Jurisprudencia—. Podría subsistir la misma letra, pero si la interpretación y la práctica le da un sentido diferente, el Código se deslizará suavemente hacia las antigüedades jurídicas. La cláusula derogatoria es la del singular artículo 1976 del Código Civil, trasunto del 1992 del Proyecto de 1851, por virtud del cual quedaban derogados “todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este código en todas las materias que son objeto del mismo”, restringida la derogación en el código de 1889, en vigor, a los “cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común”, desigual y odioso trato al viejo derecho castellano-leonés, respecto al de las regiones forales.

61.- Instituciones

Por muchas que sean las modificaciones que el derecho asume en la historia es indudable que ciertas categorías de la ciencia jurídica son aplicables a todas las etapas de aquélla. En primer lugar la distinción entre Derecho público y Derecho privado, en cuyos motivos no vamos a entrar, aceptándola simplemente como criterio de distribución de las instituciones, pero no como prejuicio sobre la índole de las normas. Y esto porque admitimos que la "esencia lógica y la naturaleza sociológica de la norma jurídica es siempre la misma"³³⁵. De las instituciones de derecho público se separa el Procedimiento y el derecho penal, quedando aquél reducido a

Al redactarse esta memoria acababa de celebrarse el Congreso de Derecho Civil reunido en Zaragoza, 1946, que reveló la pujanza de los derechos forales, y fue el punto de partida de la redacción y promulgación de los derechos civiles especiales de las entonces regiones, en todas las cuales se aludía a la propia tradición histórica, proceso culminante en Navarra, cuando fue publicada, en 1966, la Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra I. II; mi reseña en *Nuestro Tiempo* 154 (abril 1967) 422-426, sólo en 1973, por ley de la Jefatura del Estado 1/1973 de 1.º de marzo, como "Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Privado Foral". En cuanto a las alteraciones del Código Civil, recogidas en la edición del INEJ, 1967, versión crítica del texto y estudio preliminar Jerónimo López López y Carlos Melón Infante, con prólogo de Federico de Castro Bravo, ha sido seguida aceleradamente por reformas que en algún caso dejan del texto primitivo sólo el orden natural de los números; cfr. la edición del Código Civil Concordado, por el profesor Francisco Rico Pérez, ed. Trivium, 1987, cerrada al 31 de julio de dicho año, y que recoge no sólo las reformas legales, sino las derivadas de sentencias del Tribunal Constitucional, Supremo y tribunales internacionales; un monumento histórico-jurídico.

Ya indicaba Riaza (en AHDE VIII, 1931, 548) que "la historia de las Instituciones cobra un valor (un calor) especial cuando sus problemas se entazan con los que de un modo inmediato preocupan al mundo contemporáneo". A esta función respecto a la actualidad han servido algunas empresas surgidas fuera del exclusivo y selecto recinto del Anuario (de HDE), que tuvo desde su origen una estudiada indiferencia y un altivo distanciamiento respecto del derecho actual y casi hacia el simplemente derecho. "Cómo nuestro derecho ha llegado a ser lo que es", finalidad señalada a la Historia del Derecho en el curso de don Galo, que abona la necesidad de continuar su estudio hasta el presente, sin quedar limitado a la Edad Media ni menos a la Moderna, y que hace necesario pararse en el espacio generalmente vacío que separa, según Chesterton, lo último que cuentan los libros de Historia y lo que trae cada mañana el periódico, lectura necesaria del jurista, no sólo, claro está, la del B.O.E. o Gaceta de Madrid, mi voz en el Diccionario Jurídico de Labor (1947).

335 A. d'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, Universidad, CSIC, 1943, pág. 17. Nos adherimos plenamente a la actitud de este autor, tanto sobre la no distinción sustancial entre Derecho Público y Privado, como sobre la necesidad de que el Derecho exige un Estado. En efecto, ambas afirmaciones se encuentran en esa página, sin perjuicio de que en la siguiente el autor establezca una distinción absoluta entre leyes civiles y políticas, lo que no es necesariamente contradictorio, puesto que no son lo mismo el derecho y la ley. Por otra parte, yo no soy sistémico y las contradicciones son una riqueza del pensamiento. No es de este momento recapitular

las políticas y administrativas. Estas son simplemente etiquetas en las que cabe la infinita singularidad de las instituciones históricas; y así, en el derecho penal y en el político hay aspectos que, según las ideas actuales, consideraríamos jurídico-privados³³⁶.

Sobre la base de estas ramas jurídicas generales, los métodos de distribución de la materia, son el resultado de aplicar en proporción correlativa un criterio sistemático y un criterio cronológico. Análogamente a como se ha dicho al tratar de la distribución de las fuentes, el acentuar uno u otro no quiere decir que el pospuesto desaparezca en absoluto, ya que en cada etapa histórica habría que distinguir las diferentes instituciones, y en cada una de éstas sus sucesivas etapas. Pero lo que rechazamos en absoluto es la idea de que cualquier método de distribución sea el único científico: incluso nos parece necesario para la fecundidad de la ciencia el que la materia sea investigada y expuesta en todas direcciones.

Si hay un principio fundamental en el asunto es el de la unidad de institución, con la relatividad que para este concepto dejamos apuntada. Es decir, que sea cualquiera el método utilizado, nunca se pierde la conexión histórica y sistemática que liga las normas jurídicas, para lo cual son necesarias las referencias de una u otra índole.

mi adhesión absoluta, como la monarquía, a don Álvaro d'Ors, sin que haya dejado nunca de expresar mis disidencias, como respecto a esa misma obra, por ejemplo, mi predilección por las oposiciones y por la literatura apollillada. Por lo que se refiere a la ciencia del Derecho, basta decir que he rehecho mi deficiente formación de Licenciatura, en el pequeño curso de Introducción al Derecho, de la UNED, en 1973, tomando como libro de texto el del bolsillo suyo del mismo título (Una... al estudio del, 1963) y en las Unidades del mismo, para uno entero en 1976, orientadas por el libro-que-seguimos. Por obra entiendo aquí, desde esos *Presupuestos*, a *De la guerra y la paz* (1954), *Papeles* (1961), que me fue dedicada, y *Nuevos papeles del Oficio Universitario* (1980), *Ensayos de Teoría Política* (1979), *Escritos varios sobre el Derecho en crisis* (1973), monografías, conferencias y comunicaciones, artículo, discursos, manuales, y una correspondencia, en especial la mantenida públicamente en el Correo académico de El Faro de Motril, y la innumerable obra no escrita, siempre decisiva y dotada de la más elevada autoridad, con visos de poder.

336 El hecho, a mi entender, carece de importancia ni es motivo para establecer una separación dentro del derecho penal. La venganza privada no es en su lógica jurídica ni en su realidad social de distinta índole que la legítima defensa y la existencia de ésta y otras actuaciones jurídicas que se encomiendan al particular no ha planteado problemas de concepción a la ciencia del Derecho Penal. De los que sabía muy poco, y ahora menos. Pero sí advierto ahora que el Derecho Privado Romano incluye las acciones penales (A. d'Ors, DPR 5, 1983, págs. 423-446; y la lectura de la VII Partida, "De acusaciones y maleficios" (Homenaje a Orlandis), Cuadernos de Peláez 1/2 (1988) 299-347, arroja la conclusión de que este libro contiene como núcleo la responsabilidad civil a los delitos, mientras derecho penal punitivo está repartido por todas las Partidas.

El método sistemático consiste en tomar una institución desde su origen y no abandonarla hasta su extinción. Cuando surge la ciencia histórico-jurídica con independencia de la historia política, éste es el método utilizado, con su visión exacta de que mientras los hechos políticos se suceden, con relación a ellos las instituciones permanecen. Claro es que éstas tenían también su curso histórico, pero consistía en variaciones reducibles a conceptos, siendo más conveniente acentuar la singularidad de éstos sobre el esquema de una trayectoria histórica previamente trazada³³⁷. Como atendemos preferentemente a la distribución de la materia con fines de investigación, el criterio sistemático es el que nos parece más aceptable, por cuanto es más económico seguir el desarrollo de un grupo de normas afines. Pero en general, no obstante los cortes que por razones cronológicas se hagan en una exposición de conjunto, debe subsistir la continuidad de las instituciones.

En la distribución concreta que vamos a adoptar la separación cronológica será reducida al mínimo, y sometida a excepciones, en favor de la unidad de la institución.

El Derecho político tiene etapas perfectamente definidas en las variaciones políticas por lo que se refiere al concepto central: el Estado. La dominación romana, el Estado visigodo, los Estados independientes de la Reconquista, la unificación de los Reinos con Carlos I, el régimen constitucional, son estas etapas en las que el titular de la soberanía y la forma de ejercerse el poder han experimentado un cambio profundo.

Pero la profundidad del cambio puede ser reconducida a la individualización de instituciones. Entre la dominación romana y el establecimiento de los visigodos, se produce la sucesión de dos regímenes perfectamente diferenciados: el gobierno provincial y la Monarquía visigoda, que cons-

337 El criterio sistemático es el seguido por algunos autores italianos. Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano della caduta dell'Imperio Romano alla Codificazione*, I-VIII, 1873-1887; nueva edición, 1892-1902; "das heute noch als massgebend geltende Handbuch... mit den erste grosse Zusammenfassung des Stoffes und somit eine wahre Pionierleistung in die Welt getreten war" "Heinrich Mitteis, Zur Lage der rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien", ZSS Germ. 69 (1952) 203-238). A mano en el Seminario Hinojosa, de Granada. Calisse, *Storia del diritto italiano*, Florencia, 1902, y en la obra colectiva dirigida por Del Giudice, Milán, 1923-25. Salvioi, *Storia del diritto italiano*, Turín, 1930, *Storia della procedura civile e criminale*, en la Historia de Del Giudice, Milán, 1925, objeto de una detallada crítica por Torres López, precisamente sobre la distribución de la materia, en AHDE IV (1927) 483-498.

tituyen las fundamentales instituciones políticas, cada una de las cuales lleva consigo otras relacionadas o dependientes, que se pueden agrupar en su entorno.

A la caída del Estado visigodo surgen los nuevos Estados independientes: además del musulmán, el reino astur, la Marca del reino franco, los oscuros condados pronto atraídos a aquellos focos de acción política. Los tres momentos indicados constituyen verdadero comienzo de instituciones. Hay, sin embargo algunas que perduran a través de la sustitución de la fundamental. Tal es por ejemplo el municipio romano cuya etapa final cae dentro de la época visigoda³³⁸. Pero aparte de que en su final influye decisivamente el hecho del nuevo Estado, y de la administración territorial que instaura, es tal la intensidad del tránsito histórico, que la supervivencia de instituciones del período anterior puede ser interpretada como un aspecto de la organización propia de la época que estudiamos; igual ocurre cuando instituciones indígenas han persistido bajo la dominación romana. Los elementos internos subsisten pero su radical cambio de posición respecto al Estado permite señalar una diferencia institucional.

El comienzo de las instituciones medievales ofrece una gran claridad; naturalmente que en cuanto a su manifestación externa, sin entrar en los oscuros problemas de los orígenes³³⁹. Quiero decir que en los reinos de la reconquista todo se organiza de nuevo: la institución monárquica, el go-

338 Sánchez Albornoz, Behetrías, en AHDE I (1924) nota 33. Desarrollado en Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que le reemplazan, Buenos Aires, 1943. Res. por Lacarra en Universidad (Zaragoza) XXII-3 (1945) 557-558. En mi reseña inédita de este libro he observado que del mismo se deduce una rigurosa continuidad, CA 10-11. XII-1988.

En seguida se emplea la expresión "Nuevo Estado" para referirse al Reino Visigótico, que ni estado ni nuevo, modelo de expresiones que deben ser evitadas por el jurista, anacronismo deformador de la visión del pasado, que prefieren algunos historiadores, no unos y otros atentos a las fuentes, de historia o del derecho, puesto que habrá un momento en que el Nuevo Estado aparezca realmente, por ejemplo cuando Vázquez de Mella publica *El Nuevo Estado*, tal vez distinta cosa, pero idéntico nombre, 1933, inspirador directo de don Francisco Franco, su realizador en una época que ha ingresado en la Historia (1936-1975) o el Antiguo Derecho, designado Franquismo, por los fueros, Dictadura en vulgar, Tiranía en Político, Lugartenencia para una exposición, como la HGDE (Granada, 1968), redactada en torno a la monarquía, volumen de Leyes Fundamentales y copioso Aranzadi para una HD concebida como H de los LLJJ y afines, memorias de políticos-juristas.

339 A la sazón inspiraba un gran interés la existencia de la Obra, aún inédita de Sánchez Albornoz, Orígenes de la nación española, utilizada por Rianza y García Gallo en su Manual de 1934. Se iban conociendo fragmentos (vid. reseñas en AHDE XVI, 1945, 827-828; XVIII, 1947, 830-836; XIX, 1948-49, 681-687).

bierno de los territorios, las ciudades, el ejército, etc. Hay sin duda elementos tomados al Estado visigodo, así cuando se instauro "el orden visigodo", pero se trata de instituciones distintas, que se perfilan inspirándose en los principios teóricos procedentes de la época anterior.

La dificultad surge al intentar poner término a esta etapa. HINOJOSA señaló la separación entre una alta y baja edad media, como ajustada al desarrollo real de las instituciones. La división entre ambas edades coincidirá aproximadamente con la que se indica en la periodificación de la historia de las fuentes. Ciertamente a mediados del s. XIII se producen importantes alteraciones, por ejemplo en la institución monárquica, y que con aproximación puede situarse al origen de las Cortes, aparte de que la fisonomía de los Estados ha variado en el aspecto territorial. Pero no creo que sean más profundas estas alteraciones que las que se producen antes, en el siglo XI, y después, en la era moderna con el advenimiento de las dinastías austriaca y la borbónica. Esencialmente son las mismas instituciones sometidas a un proceso de desarrollo que es preferible observar en su curso, a seccionar en sus momentos capitales. Por esta razón, aún admitiendo la separación entre alta y baja edad media, entendemos que no debería hacerse con tal rigor cronológico que todas las instituciones queden seccionadas en el mismo momento, sino procurando poner en cada una de aquellas las que allí tienen su propio centro de gravedad y son las más características, aparte de aquellas otras en que por ser más honda la transformación y comprender las dos etapas serían estudiadas en dos momentos, tal por ejemplo la Monarquía que en el s. XIII experimenta una crisis universal. O en otros términos, consideramos más importante que hallar y exponer "el estado de todas las instituciones entre unas determinadas fechas", el desarrollo de las mismas a través del tiempo.

Al pensar en esa solución media entre la división y la indivisión medieval, se hace ya con la vista puesta en la enseñanza universitaria de la disciplina. Pero dentro de este fin de utilidad cabe introducir alteraciones desde unificar la edad media estudiando en ella sistemáticamente las instituciones, hasta dividirla absolutamente; y ello en razón de la profundidad y el detalle con que se vaya a investigar y exponer. Para un estudio elemental, me parece más conveniente el mantener la indivisión.

En cada etapa histórica de las admitidas, la distribución de la materia

es, naturalmente, predominantemente sistemática, y suele exponerse el derecho público con cierto sentido jerárquico del poder político que se ejerce, coincidente con la amplitud, de mayor a menor, territorial y personal del mismo.

62.—Esquemas sucesivos

Pero la variedad que asumen las instituciones políticas impide aplicar una rigurosa sistemática a todas ellas, por lo que intentaremos señalar el esquema aplicable a cada época.

1.—En la España primitiva, se fijará la noción del Estado en los distintos pueblos indígenas, y en las colonias extranjeras, estudiándose las instituciones que lo sirven: caudillaje y monarquías, consejos, asambleas, etc., así como la condición social de las personas en cuanto afecta a la vida política y a aquellas relaciones de dependencia personal que implican una alteración de su calidad de súbdito en el Estado, ejemplo: la clientela. Respecto a la dominación cartaginesa, debe intentarse la conceptualización jurídica de un gobierno de índole provincial.

2.—La conquista romana comprende el problema de las relaciones entre Roma y Cartago (pactos sobre influencia entre ciudades indígenas) y las fórmulas de federación, anexión y supresión de estas entidades políticas, que establecen el dominio romano en la península y proceso de integración mediante el cual la provincia entra a formar parte del Estado romano. La evolución de éste debe ser contemplada desde la Provincia, procurando señalar la influencia del factor provincial. La condición política de las personas se amplía con la de las modalidades y relaciones sociales que penetran en aquélla. El gobierno provincial comprende su división, los órganos —gobemador y otro funcionarios, asambleas provinciales— y las funciones: militares (con la participación de elemento indígena) económicas, fiscales, de jurisdicción, obras y servicios públicos, etc. La organización y el gobierno local (tanto de las ciudades creadas por la colonización romana, como las indígenas sometidas al Imperio) reproducen temas análogos. Aquellas otras entidades que con cierto carácter patrimonial agrupan a los individuos y cumplen fines públicos —como los latifundios y los distritos mineros, las Corporaciones— deben ser incluidas como instituciones políticas y administrativas.

La organización jurídica y pública de la Iglesia cristiana se superpone a la secular de la misma época, interesando tanto su aspecto interno como las relaciones entre ambas.

3.—En el origen del Estado visigodo deben fijarse tanto las relaciones del tronco germánico con el Imperio de donde procede el título para el establecimiento en la Península, como las formas jurídicas de éste último (ejemplo: reparto de tierras)³⁴⁰. Junto a las nuevas instituciones se sitúan las precedentes del período anterior que el Estado visigodo conserva, estudiando su desarrollo histórico. La Monarquía, el palacio, las asambleas, los Concilios de Toledo, la administración territorial, la organización financiera y militar, el régimen municipal son las instituciones fundamentales integradas en el Estado. Aunque las noticias son escasas deben mencionarse aquí las otras organizaciones políticas y administrativas que coexisten en el tiempo (ejemplo: Estado suevo, dominación bizantina, territorios no sometidos en el Norte).

4.—A la caída del Estado visigodo el curso de la Historia del Derecho español se bifurca en Islam y Cristiandad. El primero tiene todo el carácter de una interferencia respecto a un curso histórico que comprende desde la dominación romana a la creación del Estado español. Los problemas iniciales del Islam español presentan cierta semejanza morfológica con los

340 Sobre el Estado visigótico, mi comunicación a la III Settimana di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo, I Goti in Occidente, (1955), Spoleto, 1956, págs. 537-583, y la discusión, en págs. 609-616. Reproducido el texto en Estudios Visigóticos I, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, CSIC, Roma-Madrid, 1956, con un prólogo de A. García Gallo, que dice sobre este estudio que "pese a versar sobre un tema que ha sido objeto de repetidas y valiosas investigaciones, ofrece el atractivo de un nuevo planteamiento. En él se pone de manifiesto la imposibilidad de trasplantar a la época visigoda esquemas posteriores o actuales de lo que es el Estado, y la insuficiencia de aquellos estudios que para comprender la estructura política visigoda se satisfacen con ver lo que hay en ella de continuidad de lo romano o de incorporación de lo germano. Hay pueblos o regiones que mantienen una acusada personalidad dentro del reino visigodo, como son la Gallaecia, la Vasconia, la Bae-tica, etc. Pero hay también entre los invasores y dominadores visigodos, grupos populares regidos por sus propios duces, cuya personalidad no queda anulada al quedar integrados en el reino visigodo. Con ello, la tan ponderada estructura unitaria del regnum visigodo queda en entredicho, y aparece como necesaria la revisión del sistema político de la época" (págs. X-XI). Este particularismo español bajo el dominio visigótico no ha sido objeto de atención en las obras de conjunto, pero en compensación J.A. Escudero lo cita en tres lugares de su Curso, 1985, págs. 221, 225 y 251. En "La fundación del Reino Visigótico. Una perspectiva histórico-jurídica", Album J. Balon, Namur, 1968, págs. 1-25, examino los factores romano, germánico y eclesíástico. Cfr. Luis A. García Moreno, "Estudios sobre la organización administrativa del reino de Toledo, en ADHE 44 (1974) 5-155, sobre duques, págs. 122, 147-149.

de la Provincia romana, y aquí también el hecho de la conquista y el establecimiento tienen que ser conceptuados jurídicamente, así como las ulteriores invasiones. La génesis del Estado abarca desde el Emirato independiente hasta los reinos de taifas y el proceso de la disolución ante la reconquista cristiana. Junto a las instituciones genuinamente musulmanas, tienen un lugar las procedentes del estado visigodo que prolongan su existencia (ejemplo: la ciudad de Toledo).

5.—En la Edad Media (independiente del problema de la subdivisión, que se traducirá, si no se acepta, en un tratamiento de conjunto, si se acepta, en una interrupción de todas las instituciones al llegar a cierto punto de su desarrollo, o en la inclusión en cada período de las más características), el hecho singular que se ofrece es el de los Estados independientes. El problema que estos plantean ha sido ya advertido al tratar del concepto de la institución histórico-jurídica en general. No hay una sola monarquía, un solo municipio, unas solas Cortes, una sola organización judicial o militar. ¿Cuál es la unidad de institución? Tanto pueden agruparse todos aquellos que forman el Estado de cada territorio, por ej. Aragón, con su monarquía, cortes, municipios, etc; como con un criterio sistemático estudiar, por ej., Las Cortes en los diferentes territorios. El primer método puede adoptarse, aún en el estudio de conjunto y aunque con ello desvirtuamos el concepto de institución histórico-jurídica propugnado—según el cual en torno a un esquema general deben ponerse las variedades históricas— por razón de ser el número relativamente corto de instituciones. Pero a los fines que tiene la disciplina, creo que cumple más el segundo método en el que cada institución queda enriquecida con las peculiaridades que adopta en sus diversas formulaciones históricas. Por ej. el municipio, en sus orígenes, en su organización, funcionarios, relación con el poder central, etc., presenta muchas variedades de territorio y aún de lugar a lugar. Pero como en toda visión histórico-jurídica una de las dimensiones tiene que ser sacrificada, en las instituciones procuraremos acentuar los matices institucionales (ej. municipio urbano y rural, grandes ciudades, el señorío urbano, la jurisdicción, las autoridades económicas, etc.) a los matices históricos. Además de las instituciones generalizadas por todo el territorio, existen otras del todo singulares (ej. el Justicia de Aragón) que ha de ser estudiada en su singularidad.

6.—Los mismos problemas, pero simplificados, se presentan para la

Edad Moderna y simultáneamente el ámbito de algunas instituciones se amplía —la monarquía unida al Imperio de las Indias— y surgen otras desplazadas territorialmente, que deben ser estudiadas en su procedencia de la metrópoli y en su posición sobre el territorio dominado. Esta espléndida profusión de nuevas instituciones, viene compensada por el hecho que respecto a otras (municipio, cortes, régimen señorial) sólo queda por consignar el proceso de su duración o su extinción.

7.—Con el siglo XIX la Historia del Derecho se desliza a su fin actual, sin que pueda señalarse un remate definitivo: insensiblemente se entra en la zona del Derecho público hoy en vigor. Monarquía, organización ministerial, cortes, consejos, provincias, municipios, corporaciones: Derecho actual e historia del Derecho intercambian sus perspectivas. Consideramos del mayor interés llevar la visión histórica lo más cerca posible del presente.

63.—Derecho privado, penal y procesal

Por su neta caracterización, constituyen otras tantas agrupaciones en el estudio histórico, como lo hacen cuando se les estudia en su estado actual.

El estudio de la Historia del Derecho privado con un criterio sistemático, ha tenido general aceptación, encontrándose en las obras de VIOLLET, BRISSAUD, ROBERTI, SCHWERIN, HUBNER, PLANITZ, aparte de otros que lo utilizan en general. Tiene la ventaja —agregadas a las generales del método— concretamente en el Derecho privado, de ahorrar la exposición de aquellos elementos comunes que se contienen en las diferentes etapas de la gran tradición del Derecho privado. “El plan sistemático suministra la visión más exacta y completa de cada institución y de su evolución concreta, con el que se obtiene una más clara exposición desde el punto de vista pedagógico”³⁴¹. La afirmación que aventuramos de que las Fuentes constituyen verdaderamente la Historia del Derecho, y que en las

341 Esta cita y la siguiente debo de haber tomado a la Memoria de Maldonado. En España, Torres López, Lecciones y Rianza y García Gallo, Tratado y Manual, han adoptado la división hoy (1947) reglamentaria, estudiando Fuentes y Derecho Público en su conjunto y dejando aparte el Derecho Privado, Penal y Procesal (segundo cuatrimestre en cuarto año de Licenciatura). El tema fue objeto de discusión en la reunión de Historiadores del Derecho, diciembre de 1948, en la que se expusieron diferentes experiencias de los profesores. En general se reconoció el efecto práctico favorable al estudio de la Historia del Privado, Penal y Procesal que en el plan anterior casi nunca se conseguía llegar a ex-

instituciones se refuerza la noción del sistema, aunque histórico también, es más válida, por lo que se refiere a Derecho privado.

Una fórmula intermedia entre la división cronológica y la sistemática, con predominio de ésta, ha sido la seguida por el prof. MALDONADO: "Intentando coordinar las ventajas de los distintos puntos de vista y, sobre todo, servir a la exigencias prácticas de la enseñanza de la asignatura, quizá sería el criterio preferible seguir un principio sistemático dividiendo las instituciones en grupos amplios según la propia naturaleza y dentro de cada grupo, distinguir los principios fundamentales, estudiando en cada uno de estos períodos todas las instituciones del grupo. Este criterio —agrega—

plicar, dada la extensión de la primera parte de la Asignatura. Pero también se advirtió la reducción extrema que se imponía a ésta, al asignársele sólo un cuatrimestre.

He indicado ya que una obra como la de Benito Gutiérrez, los Códigos o Estudios Fundamentales o Ampliación del Derecho Civil (1865 ss), que significa un puente entre el antiguo derecho y la codificación (vid. ahora mi aportación al Homenaje al Código Civil en su Centenario, por el Departamento de Derecho Civil de la Complutense, Facultad de Políticas, director don Rafael Alvarez de Vigaray, su impulsador más activo el prof. don Francisco Rico Pérez, con un prólogo (del ministro de Justicia Mújica) no fue conocida por mí hasta mucho más tarde, en Granada. Tampoco bastante apreciada, la breve y enjundiosa exposición de las tres ramas (PPP) por Riaza en el Manual con García Gallo, por mi prevención y antipatía hacia este manual. Torres López en la Historia de España, dirigida por Menéndez Pidal, cubría de modo suficiente pero sólo las épocas romana y visigótica. Por lo demás la formación exigida para las oposiciones era parcial y fragmentaria, al amparo de un pacto tácito o costumbre observada de, cuando se desarrollaba el tercer ejercicio o lección magistral sobre esta parte, sus lecciones no entraban en el sorteo de la lección ordinaria del 4º, sino sólo las fuentes y las instituciones de Político y Administrativo. Gracias a esta práctica se iban cubriendo los temas de aquella, de lo que es un modelo el estudio de José López Ortiz, sobre el Procedimiento anterior a la Recepción, en el AHDE XIV, expresamente indicado allí este origen, también el de otros presentados como artículos o monografías, ocultado como una vergüenza su origen, siendo tan digno. Más adelante sólo alcanzado el Derecho de Personas pero con dimensiones y aliento de tratado, la continuación del Manual de García Gallo (mi reseña en Arbor).

Queda fuera de nuestra consideración la llamada Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna, en realidad un nuevo camino en nuestra disciplina, que supera también la distinción convencional entre fuentes e instituciones, y la de la legislación y doctrina judicial o académica, reconducible también a una HD concebida como H de los LLJJ. Una obra como la monumental de don Juan Vallet de Goytisolo, para el Derecho de Sucesiones, con una enorme carga histórica, obliga a replantearse la Historia del Derecho privado como historia especial del derecho (ver la VI Semana, en AHDE, 43, 1983). Exposición, no obstante, en el sentido clásico, sistemático, centrada en el derecho Común, interesante por eso también para España, la de Helmut, Coing, *Europaisches Privatrecht I. Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Beck, Munich, 1985, reseña por A. Pérez Martín en AHDE 55, 1985, 843-853. En su estancia en Granada, 1968, Helmut Coing se embobó en la lectura de nuestro Covarrubias.

En torno a las Partidas y las Leyes de Toro con sus comentaristas, está si no todo, lo más y mejor del antiguo Derecho Privado Español, según había previsto Federico de Castro, en su *Derecho Civil de España*, reseña de Amadeo Fuenmayor en ADHE 14 (1942-43).

permite seguir de cerca la evolución de las instituciones y no rompe tanto los sistemas de los distintos períodos como el plan sistemático puro”.

Los mismos problemas y la misma solución se sigue y adoptamos para el estudio del Derecho penal y del Procedimiento. La conveniencia de señalar con la recepción del Derecho romano la distinción de dos grandes etapas, ya ha sido aludida al tratar de las fuentes del Derecho medieval, y nos remitimos a lo dicho allí. La recepción no tiene en España el carácter que asume, por ej. en la Historia del Derecho alemán, donde ha permitido al separarla radicalmente de la etapa de Derecho germánico. En España la tradición romano-canónica es más intensa, y por esta razón los derechos extranjeros enlazan más directamente con el Derecho nacional, siendo interesante contemplar la dirección que las instituciones de éste toman al ponerse en contacto con aquéllos, sin perjuicio de que en ciertos puntos la recepción signifique una innovación radical.

64.—Relación entre ambas distribuciones.

El relacionar estas distribuciones hechas por separado para la historia de las Fuentes, de las Instituciones del Derecho público, del privado, penal y procesal, a lo que, como se ha dicho, concedemos un valor meramente circunstancial, viene resuelto en parte por el plan vigente de enseñanza universitaria que hace dos asignaturas: Fuentes e Instituciones de Derecho público en el primer curso de la Facultad, y las restantes ramas del Derecho en el cuarto curso. Siendo esta distribución reglamentaria trasunto de una experiencia pedagógica y de unas ideas científicas, no es necesario proclamar la adhesión a la misma que ya viene presupuesta en todas las consideraciones anteriores.

Queda como único problema la distribución entre Fuentes e Instituciones del primer curso. Dos únicas soluciones hay: estudiar ambos cursos históricos por separado, o establecer una periodificación general y estudiar en cada etapa las Fuentes y las Instituciones.

Esto último presenta evidentes ventajas en el orden a la más clara percepción del proceso histórico. Sin la pretensión de una validez absoluta, consideramos preferible la separación de Fuentes e Instituciones.

La sucesión histórica de ambas, que ocurre bajo conceptos histórico-jurídicos muy diferentes, no debe ser interrumpida, obligando a cambiar la

actitud mental del que sigue la marcha del Derecho en ambos cursos. Hay cierta lógica en la exposición histórica, impuesta por su objeto: la fuente, la institución, que es favorable a la continuidad. El tránsito del Derecho romano al Derecho visigodo, de éste —con sus dos ramas, legislada y consuetudinaria— al Derecho alto medieval; de los fueros locales a los derechos territoriales; de la profusa producción de leyes en la baja Edad Media, a las recopilaciones modernas, y análogamente el tránsito de la provincia romana al Estado visigodo, a los reinos reconquistadores, a la monarquía nacional, estos tránsitos son más ligeros entre sí que los impuestos al estudioso para pasar de la Hacienda visigoda a las cartas pueblas.

Claro es que tenemos que insistir en la significación substantiva de la historia de las fuentes, o mejor dicho de la historia del derecho según las fuentes. Para la historia política, la legislación visigoda es un aspecto de la vida del Estado que puede estudiarse junto a la reconquista de la Bética bizantina y la colisión entre las tendencias romanistas y germanistas en el seno de la política visigoda; como el Código de Valencia es un episodio de la vida de Jaime el Conquistador; cuando se permite arrancar al Estado visigodo y a Jaime I el *Liber iudiciorum* y el Código de Valencia, y poner a éstos en serie uno tras otro, entonces hemos alcanzado la Historia del Derecho. Haber logrado dominar la conexión histórica que enlaza el Derecho romano más tarde con el Derecho visigodo, y percibir el íntimo enlace de la recepción romano-canónica con el desarrollo normal del derecho anterior; hallar idéntica conexión entre las instituciones políticas y administrativas de la España romana y las del Estado visigodo y con ello a la comprensión de ambas series como procesos históricos auténticos en sí mismos (no en cuanto accesorios de las etapas de otro proceso: el de los acontecimientos políticos o de la economía o de la cultura) éstas son las conquistas de la Historia del Derecho en sus propios contornos y esencia.

Hay una razón más, ya con vistas a la didáctica, para estudiar por separado la historia de las fuentes, y es que esta parte es, en rigor, común a las instituciones del primer curso y a las del cuarto, y para que sirva de referencia al desarrollo histórico de éstas en ese estudio en que predomina la consideración sistemática, conviene grabarlas como un proceso unitario, mejor que repartido, y mezclado con Instituciones políticas que marchan a un ritmo muy diferente del de las restantes ramas jurídicas.

VII BIS.—DISTRIBUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA (1964)

Cuando se considera que fuentes e instituciones son fundamentalmente dos puntos de vista sobre una misma realidad: el desenvolvimiento histórico del derecho, que por su propia índole tiene los caracteres de una historia y de un sistema, y que en ambos aspectos está dominada por una interna unidad, los problemas de distribución de la materia, tanto para los efectos de su investigación como para los de su enseñanza, asumen un carácter enteramente circunstancial y funcional, ajeno a las normas de un método en sentido estricto, y dependiente más bien de los propósitos o fines que con las mismas se intenta alcanzar. Dicho brevemente: cuando lo que interesa es conocer el derecho de un momento histórico, de una época más o menos extensa, o bien de un territorio o localidad, se impone una distribución o acotación histórica de la materia; cuando lo que interesa es el desarrollo histórico de una cuestión jurídica, más o menos amplia, se impone una distribución sistemática. Pero en ambos casos la distribución no tiene carácter absoluto: constantemente, en cada una, se interfieren aspectos y exigencias de la otra. Actúa también en la historia del derecho aquella limitación del conocimiento humano que le obliga a avanzar parcial e incompletamente. De aquí la necesidad de investigar y exponer la historia del derecho en todas las direcciones; junto a la ordenación tradicional de los temas, que la experiencia ha acreditado, las innovaciones permiten descubrir aspectos que en las mismas quedaban inéditos.

En una distribución histórica de la materia, la Hispania romana y la extensión del derecho romano a la península tiene un significado fundamental, que se revela en la misma expresión España Pre-romana, con que se designa a la España primitiva. La falta en ésta de fuentes jurídicas le resta corporeidad histórica, para una concepción de la historia del derecho que se apoya en las mismas. Sin embargo, la continuidad histórica exige, para la comprensión de la España romana, una visión tan completa como sea posible de los pueblos indígenas y de sus concepciones y prácticas jurídicas, que persisten e integran en diversa medida, no sólo en la Hispania romana, sino en ulteriores etapas de la historia del derecho. Pero junto al significado de presupuesto para épocas ulteriores, o de persistencia a través del tiempo, la España prerromana, en el vasto despliegue histórico que se comprende bajo esa rúbrica relativa, ofrece temas de interés sustantivo para un conocimiento histórico-jurídico: la or-

ganización tribal y la gentilicia, los pactos de hospitalidad, el fenómeno de la doble colonización helénica y fenicia, la dominación cartaginesa; cada uno de estos temas entraña ya una consideración sistemática, y por sí mismos plantean cuestiones sólo accesibles mediante la comparación con el derecho de los primitivos y de aquellos pueblos extranjeros, de avanzado grado de civilización. Para poner sólo un ejemplo, la constitución cartaginesa ha sido considerada por Aristóteles en su *Política*. La noción de lo primitivo y popular no es suficiente para captar una realidad histórico-jurídica perfectamente documentada: aquellos tratados internacionales entre Roma y Cartago, que deciden la suerte de los pueblos indígenas, y sin los cuales la misma integración de Hispania bajo el imperio romano quedaría sin su explicación jurídica.

La Hispania romana, desde la historia del derecho nacional, se configura con un carácter de participación en una disciplina universal y más amplia. Sobre esta base ha podido prescindirse deliberadamente de su estudio en el marco de aquella historia. Fuentes e instituciones del derecho romano en España pertenecen íntegramente al mundo de las antigüedades jurídicas romanas. La existencia de fuentes jurídicas radicadas en España, con la precisión que garantiza la Epigraffa jurídica, permite una clara delimitación de esta época en cuanto a su contenido jurídico. El hecho de que las fuentes del derecho municipal y del derecho minero del Imperio radiquen principalmente en Hispania, incluso con el motivo circunstancial de su conservación, da una especial intensidad al capítulo romano de nuestra historia jurídica, pero ni esto autoriza el intento de configurar un "derecho hispano-romano", atrayendo hacia la órbita nacional unos estudios que la sobrepasan radicalmente. Debe observarse que las particularidades españolas que se encuentran en las constituciones imperiales dirigidas a Hispania se encuentran históricamente muy alejadas de aquellas fuentes epigráficas; no deben ser arrancadas de su contexto en el derecho imperial, para refundirlas en ese hipotético derecho hispano-romano. Todavía un fenómeno como el derecho romano vulgar tiene una dimensión occidental, no nacional, en la que se enraiza el mismo derecho visigótico, en el que se venía considerando un neto carácter nacional, que la investigación más reciente ha desvirtuado. En efecto, la existencia de edictos pluri-provinciales, de origen romano, pero dictados para las provincias ocupadas militarmente por los pueblos germánicos, significan un nexo entre el derecho romano y los derechos nacionales, y en ese conjunto han de ser considerados.

Esos edictos, junto con los documentos de los vándalos, en el Africa romana, constituyen una auténtica sede de la historia del derecho.

Interrumpiendo la continuidad cronológica, que en una realidad sistemática, que se despliega simultáneamente, no es posible mantener, debemos aludir aquí a la constitución eclesiástica de Hispania, y a su derecho. Se concibe una historia del derecho nacional que se limite a la ordenación civil de la sociedad. Más inexacto es el intento de integrar la Iglesia en la estructura administrativa del Imperio romano. La Iglesia posee un organismo jurídico completo que afecta también al derecho privado; por otra parte, aunque con un límite provincial o nacional, tiene su centro universal. En el tiempo, la Iglesia cristiana no termina con el Imperio romano, sino que mantiene su peculiar organización (obispos, concilios, cánones, etc.) a través de las invasiones y en los nuevos reinos germánicos.

El reino visigótico aparece con una entidad histórico-jurídica muy perfecta, que se revela en la monarquía y en el *Liber Iudiciorum*. Históricamente, encierra orbes distintos. El reino de Tolosa y el Código de Eurico no corresponden a un emplazamiento nacional español. Simultáneamente se constituye el reino Suevo, tronco germánico occidental establecido en la antigua Galesia. La ley romana de los visigodos o Breviario de Alarico, dentro de la incertidumbre de ese monumento, encierra una referencia a la población hispano-romana bajo la soberanía visigótica. El reinado de Leovigildo con su reconstitución del dominio visigótico sobre Hispania fundamentalmente (aunque se conservará hasta el fin la doble designación *Galia Spaniaque*), la integración del reino suevo como provincia y más adelante la eliminación en la península del dominio bizantino (no en la Baleárica), alcanza su expresión en el *Codex Revisus*. Una vez que se ha restablecido conjeturalmente el Código de Eurico como una ordenación jurídica en cierto modo total (aparte de costumbres familiares y sociales), la revisión de Leovigildo, del modo incompleto que cabe conocerla, se revela como el aprovechamiento de una obra del pasado (un siglo largo atrás), a la que a efectos de la solemnidad regia se ha revestido de la apariencia de una obra legislativa, pero que sistemáticamente tiene de nuevo sólo algunas modificaciones y adiciones. Más profundas innovaciones se registran en la legislación de Chindasvinto y en las sucesivas etapas de la redacción del Liber, pero la Antigua constituye la base permanente de ese derecho.

La ruina del Reino visigótico, con su significado general y político, ha afectado al derecho público, pero en medio de la impresión catastrófica, debe subrayarse la línea de continuidad jurídica que representa de una parte la persistencia de la ley visigótica y de la jurisdicción cristiana bajo el dominio musulmán; de otra, la restauración gótica del reino de Oviedo y el goticismo de los *hispani* colocados bajo el dominio franco. Con un sentido jurídico se tendería a acentuar esta continuidad, a la que contribuye también una consideración de los elementos típicamente medievales que se descubren como insinuados bajo la estructura visigótica (prefeudalismo, particularismo popular, regresiones jurídicas).

Una consideración histórico-cronológica instala en la historia del derecho el concepto de Edad Media. La Edad Media española tiene la particularidad, entre las del Occidente cristiano, de albergar en los propios límites territoriales, cambiantes, una comunidad islámica. Los contactos e intercambios entre Islam y Cristiandad, en todos los órdenes de la historia, permiten una visión de conjunto, incluso sin perder el matiz de lucha y polémica que esa unidad encierra. No se limita esa visión unitaria a los primeros siglos (alta Edad Media); en ciertos aspectos es más intensa desde que las conquistas de Fernando III de Castilla y Jaime I de Aragón han constituido en realidad nuevos estados, con ciudades, poblaciones, fenómenos sociales, distintos y complejos. La diferencia se reduce a que los pequeños estados territoriales cristianos de la Alta Edad Media tenían el elemento musulmán en el exterior; las dos grandes Coronas de Castilla y Aragón tienen ese elemento en su interior, y más íntimamente entrelazada con la constitución antigua y original.

Posible es la distribución cronológica de la historia del derecho con el criterio de lo medieval, y de sus divisiones de orden también cronológico, pero ha de admitirse el significado histórico de una consideración geográfico-política: El reino de León y el condado de Castilla, constituido en reino, con la institución común de la monarquía, representan dos culturas jurídicas en neta oposición, que se marca en la opuesta actitud que mantienen respecto al legado visigótico, conservación en el reino leonés, repudio y creación de nuevas formas en Castilla; esta diferencia persiste y hasta se acentúa bajo la Corona definitivamente unida en Fernando III. La legislación común a ambos reinos, acaso más exactamente, para el nuevo estado

territorial, no toca en toda su profundidad al doble orden tradicional. No es una casualidad que el derecho territorial de Castilla se haya formulado definitivamente en una época muy posterior a la unión y como reacción contra la reforma legal de inspiración gótica y romana.

La unión de los Reinos de Castilla y Aragón bajo los Reyes Católicos determina en la historiografía jurídica, impulsada desde el siglo XIX a la integración nacional, una inclinación a constituir en ese acontecimiento una nueva etapa. Un examen más atento muestra que incluso en la institución de la monarquía ha persistido la vigencia de un doble derecho aragonés y castellano, hasta el momento en que se produjo la sucesión de los Reyes Católicos. Pero en el ámbito general de la historia del derecho (fuentes e instituciones) es indiscutible la continuidad del término histórico medieval que separa Castilla y Aragón. Siguen en vigor los antiguos libros de derecho y no se alteran instituciones como las cortes, los municipios; los nuevos libros (como *Leyes de Toro*) y las reformas públicas de los Reyes se refieren sólo a Castilla; y a ésta se incorporan nuevos territorios, como el reino de Granada, las Canarias, Indias, sin que estos acontecimientos históricos de impresionante volumen afecten a la unión castellano-aragonesa.

En la Corona de Aragón ha quedado siempre patente la constitución federativa. La realidad histórica que preside esa unión sobrepasa no sólo el término de lo español, sino el más amplio de lo hispánico, en el que entra, en cambio Portugal, cuya tradición jurídica condive con León y Castilla el legado visigótico. La Corona de Aragón comprende estados italianos e hispánicos. Al separar estos últimos, para una delimitación nacional, se prescinde de la unidad de la Corona. Más vigorosa y persistente, para la historia del derecho, es la entidad de los estados territoriales, cuyos orígenes, constitución y derecho son enteramente peculiares, y muy leves los elementos comunes que ha superpuesto tardíamente la unión de los estados. En la Marca hispánica del reino franco se organiza un régimen condal, sometido al proceso de disgregación feudal característico de aquel reino que enlaza con el de integración, en torno al Condado de Barcelona. Un nuevo derecho territorial, al lado de la *Ley visigótica*, se recoge en los *Usatjes de Barcelona*. No sometida a una directa y efectiva soberanía regia, el Condado desarrolla y organiza su derecho en dos líneas: la del derecho feudal, correspondiente a la Cataluña vieja, aristocrática y rural; y la del derecho municipal, a la Cataluña nueva, burguesa y urba-

na. Aragón, llamado a dar nombre a la Corona, surge también como un condado, inicialmente dependiente del reino de Pamplona, con el que transitoriamente, por razones dinásticas volverá a estar unido. El derecho privilegiado, también franco, de la antigua capital Jaca, con un desarrollo sumamente coherente dará lugar a los fueros territoriales, cuya fijación culmina en el Código de Huesca, de 1247, para continuar sin interrupción, como una trabada serie de sí mismo que sobrepasa el límite medieval y se adentra, sin perder sus caracteres originarios, en plena Edad Moderna. De las Baleares, sin el pasado visigótico que abraza como un elemento común los estados peninsulares, Mallorca tiene una historia jurídica peculiar que temporalmente alcanza la forma suprema de una monarquía (1262-1349); en las fuentes, responde a la alternativa del derecho romano y del derecho catalán. Valencia, también conquista de la Corona, presenta en el cuadro de un reino medieval, la extensión del derecho nobiliario aragonés, y del derecho municipal de origen regio, progresivamente extendido a todo el territorio.

El territorio de los Vascones se configura con una significación histórico-jurídica antes de la ruina del reino visigótico, frente al cual se había mantenido. Una parte de ese territorio se organiza como reino de Pamplona afirmando su independencia respecto a los dominios leonés y franco. Otra, las Provincias Vascongadas se integran en la Corona de Castilla; derecho municipal de origen franco rige en sus villas, derecho genuinamente vascón en el territorio. El reino de Pamplona comprende una doble tradición jurídica: la municipal, de Estella, procedente de Jaca, y la territorial, propiamente navarra, fijada tardíamente en el Fuero General. La característica de Navarra y de las Provincias Vascongadas (de Castilla) es su aislamiento territorial, su falta de "reconquista y repoblación", como fenómenos que afectan a los demás estados hispánicos, y que producen con la mezcla de poblaciones, una desintegración de la propia tradición jurídica.

El Islam español ofrece históricamente una autonomía que no le desliga totalmente de su centro oriental originario³⁴².

342 Aquí quedó interrumpida la reelaboración de la memoria, intentada en 1964, cuando se habían acumulado experiencias de quince años de cátedra, que determinaron modificaciones que en parte han quedado indicadas en los preliminares de programas, prelecciones y otras publicaciones consignadas en mi *Ciencia Jurídica Española*, Granada, 1983. Lo que sigue procede de la redacción original, de 1947, perdida la copia para las oposiciones de 1949, acaso con variantes y añadidos que ahora sería difícil reconstruir. El atento lector habrá observado el cambio radical que significa esta nue-

VIII.—MÉTODO DE ENSEÑANZA

Al tratar del método de enseñanza, un orden de problemas distinto del estrechamiento técnico se antepone en nuestra consideración. En definitiva, el defectuoso planteamiento o desarrollo de las investigaciones científicas, mientras no trasciende de la esfera individual, se reduce a ser una labor nula o negativa que es compensada suficientemente por la crítica y por el trabajo rectamente orientado. Un bajo nivel de la investigación, en tanto no se convierta en tónica general, es lamentable, pero con ello como margen de pérdidas puede contar toda escuela científica a la que impulsan verdaderamente unas cuantas individualidades destacadas. Pero esto no ocurre con la enseñanza. Aquí, la labor de un profesor es tan importante como la de cualquier otro; todos ellos tienen encomendada idéntica misión, y a todos incumbe la misma responsabilidad.

65.—La transmisión de los conocimientos.

En el método para transmitir lo investigado se comprenden todas las formas de exposición científica, que son diferentes, según la clase o importancia del objeto y según las personas a quienes van dirigidas³⁴³. Entre

va distribución de la materia que hemos expuesto como capítulo VII bis. No fue momentáneo sino que se iba gestando en los sucesivos cursos académicos, a los que ha estado unida la doble función de Cátedra, investigación y docencia que me he permitido sintetizar en el término clásico "estudio superior". Un giro quedó formulado en el "Plan de exposición", prelección del curso 1959-60, en el que los capítulos hasta aquí indicados añadía: La monarquía austriaca (1520-1700), monarquía borbónica (1705-1833) y nación española (1833...). Decisivos no para el desarrollo de este plan, sino para el plan mismo fue el encargado por el activo impulsor de empresas intelectuales, y en lo que a mí se refiere, eruditas, Florentino Pérez Embid, de grata memoria, para su *Enciclopedia de la Cultura Española*, Editora Nacional, 1963, del apartado Derecho en las voces Baleares (I, 641-644), Cataluña (II, 188-191), Galicia (III, 329-330) y Navarra (IV, 480-483), además de *Consuetudinario y Consulados* (II, 475-479).

343 Ver en AHDE XV (1944), pág. 845. Me interesa precisar que este párrafo está manuscrito en 1947, sin que pueda garantizar que no sea una simple copia de mi modelo, pero en este caso asumo su responsabilidad. Mi propia experiencia se limitaba a la función de ayudante de clases prácticas, a la enseñanza privada de asignaturas distintas de la Asignatura profesada en la Universidad (precepto de honor de la época) y alguna clase teórica, especialmente en el cuatrimestre de PPP, por concepción del Catedrático, a quien acompañé durante varios cursos, desde el 42 al 45, en su clase matutina, y en ulterior tertulia, a la que debo lo positivo que en este campo pude reunir, aparte la lectura de pasajes dispersos en la literatura, pues un tratamiento específico de esta materia sólo conocí más tarde en las obras citadas infra, nota 351 in fine.

la estricta comunicación a un congreso o sociedad de especialistas, que ya dominan la materia y a los que no es necesario poner en antecedentes, y la exposición de una novedad científica a un público general, al que es preciso hacérsela asequible e incluso interesarle en ella, existe una serie de matices que es preciso examinar. Igualmente se da otra entre la aportación a un punto concreto de un tema y la exposición de conjunto³⁴⁴. Ambas series guardan una cierta relación, pero no una correspondencia absoluta.

a) **Comunicación o ponencia.** Lo que en términos usuales se denomina comunicación o ponencia —cuando ha de ser objeto de debate en una reunión— suele consistir en un trabajo breve pero de cierta originalidad, bien el dato que aporte o en la interpretación que se le dé. No debe contener, si no es como referencia, lo que es del dominio común a las personas que lo reciben. En atención a éstas y considerando que se trata de una posición científica, es decir, objetiva, la comunicación debe hacerse abierta y en condiciones de que todos puedan penetrar en su contenido e incluso a base de los mismos elementos aportados por el comunicante adoptar una actitud contraria. Para ello es necesario que consten todos los pasos, y también los vacilantes, que le han conducido a su descubrimiento, así como los auxilios bibliográficos y documentales. Que el tema de la comunicación sea breve no quiere decir que haya de reducirse siempre al detalle de una institución o de una fuente; puede también consistir en un punto de vista más general sobre el concepto o el método, sobre el desarrollo en su conjunto o sobre una causa general del acontecer histórico jurídico. Modelo de estas comunicaciones serán siempre las presentadas por HINOJOSA a diversas reuniones científicas. En los volúmenes del *Anuario de Historia del Derecho español* se encuentran muchos artículos que fueron originalmente comunicaciones a reuniones nacionales o internacionales³⁴⁵.

344 La experiencia en este punto era nula, si se tiene en cuenta que la IIª Semana de Historia del Derecho Español, tuvo lugar en diciembre de 1948, reseñada por mí como secretario del AHDE 19 (1948-49), imposible de precisar si se reflejó en la redacción perdida de esta memoria, 1949. Recoger la obtenida por mi convocatoria y feliz suceso de la VI Semana, en la UNED, 1983, excede del objeto de estas notas, en Xeraco, y lejos de la bibliografía y de la biblioteca.

345 Importa recordar, o al menos mi memoria, que a veces modifica la realidad como observa-ba el difunto y recordado profesor Tierno Galván en sus inapreciables *Cabos Sueltos*, que el ámbito del opositor a Historia del Derecho estaba limitado por el Anuario de la misma Español. Yo llegué en el tomo XIV, en galareadas, el fechado en 1942, y de ahí hacia atrás aunque empezando por el primero (1924) y las Behetrías como rito de iniciación. Lo demás no existía. Únicamente, desde 1944 en ade-

b) **Artículo o monografía.** Con esta mención pasamos a otra modalidad de la exposición científica: el artículo de revista especializada, con lo que se indica su lugar propio de publicación o la monografía, para referirse a su contenido, un sólo tema, o bien varios pero en cuanto se integran en una unidad. Propio de este género es contener el resultado de una investigación, pero también todo el proceso de ésta, mediante la aportación de los documentos y del trabajo realizado sobre ellos. Cuando estos resultados difieren de los obtenidos por otro autor, puede entablarse la polémica, exponiendo las propias razones. Menos abierta que la comunicación, la monografía está destinada a circular entre especialistas que pueden analizarla. También va dirigida al estudioso que trata de adentrarse en la ciencia y por esto el artículo o monografía no debe ir desprovisto de una parte introductiva y de las necesarias aclaraciones y orientaciones en puntos que no hayan de profundizarse allí, pero que pueden ser necesarios para la cabal comprensión del tema.

La labor monográfica es hoy estimada como indispensable en la elaboración de todas las ciencias, por una ley de división del trabajo.

c) **Tratado.** Intimamente ligada con la monografía, por ser el medio de restablecer el equilibrio vencido por la excesiva especialización, está la exposición de conjunto, que se presenta normalmente como el resultado de coordinar y ajustar esa tarea monográfica propia o ajena. No debe reducirse a la yuxtaposición de monografías, ni aún en el caso de que éstas, por deberse a un mismo autor, o haber respondido a un esquema general admitido por varios, posean una estructura semejante y apta para la refundición. Esto se acentúa cuando es preciso utilizar trabajos realizados con distintos métodos y respondiendo a diversos propósitos³⁴⁶.

lante, los Cuadernos naranja de don Claudio, el maestro lejano y acatado, eran considerados como extensión del mismo hogar, a pesar de que el término Derecho, tan leve en esa época, dominada por el Medievalismo y la Facultad hermana, había sido eliminado del título: de Historia de España, Viamonte, 414, Buenos Aires, República Argentina (sus números I-II reseñados por José Maldonado en el propio AHDE). XV (1944) 692-695.

³⁴⁶ El *Tratado*, sencillamente no existía. La Escuela no había alcanzado a realizarlo, como "la ciencia en formación que era". Estaban los cimientos y fragmentos de la primera planta en el único volumen publicado de la Historia General, por el fundador Eduardo de Hinojosa (fundador de la Escuela, renovador de la Disciplina fundada por Martínez Marina, tal era la convicción común, partidista y propia de la época hasta la ruptura pretendida por F. Tomás y Valiente, a quien ahora saludo de retorno a su Cátedra, dorada por el Poder y la Jurisdicción política o constitucional, en su discurso de in-

La exposición de conjunto requiere estar sometida a un principio de dirección, a una noción central, que regula su marcha y la proporción con que deben ser tocados todos los aspectos de la disciplina. El núcleo de las monografías o tesis particulares debe pasar a ella, pero aquellas indicaciones generales que le acompañan, así como los temas marginales, y que, lógicamente, quedan en un segundo plano, aquí son realizadas por su propio interés mediante un estudio directo. Naturalmente, en este género de obras no puede evitarse que ciertos capítulos aparezcan con problemas sin resolver o en los que la discusión se ha empezado hasta dejarlos en un punto muerto. Es indispensable que todas las direcciones e interpretaciones de una misma cuestión sean apuntadas, y aunque no se desarrollen en su integridad, se deben hacer las indicaciones suficientes para comprender su significación. Un aparato bibliográfico, completo y aún exhaustivo, pero a ser posible valorado críticamente, es el complemento de la exposición de conjunto que de esta forma se convierte en el centro de las investigaciones; que parte de él para profundizar y revisar en todas las direcciones, como lo es de las que retornan aportando sus retoques o su renovación.

d) **Manual.** Lo que va dicho se refiere, naturalmente, al Tratado de historia del Derecho, que así como objetivamente es la expresión completa y total del estado de una disciplina, subjetivamente sólo puede ser intentada con el éxito por quien realmente posee la ciencia en sus principios fundamentales y en sus infinitos detalles, en las esenciales unidad y diversificación. Del tratado difiere el Manual, no sólo por su extensión sino por la relación que guarda con la ciencia y por el fin a que se le destina. En vez de coordinar todos los resultados parciales de una ciencia como hace el

greso en la Academia de la Historia, donde consta la perfecta continuidad de la Escuela, con sus precursores e individuos. Un signo de la veneración que siempre mantuvimos hacia el clérigo jansenista y liberal, comentarista de la Constitución, y por ello tan lejos de nuestra asignatura y de la Facultad de Derecho, ajeno de su estado y condición como reconoció él mismo, fueron los propósitos y no recuerdo bien si aún las gestiones encomendadas a nuestro colega Fray José López Ortiz. OSA, tal vez cuando ya obispo en 1944, vino a ser como el cuasiprelado de nuestra asignatura, que obtuviera sacar del índice Romano, donde con toda razón estaba incluido el *Ensayo Histórico-Crítico sobre la Legislación y Antiguos Cuerpos Legales de León y Castilla*, Madrid, 1808, y por la que la ortodoxa Academia lo había rechazado como prólogo de las Siete Partidas. Entonces importaban estas cosas, hasta el punto de que los ciudadanos no vacilábamos en obtener de nuestros respectivos ordinarios licencia necesaria para leer libros prohibidos. Nos escandalizaba que el Ensayo, antiguo testamento, estuviera en el índice y la opinión más clara consideraba que la inclusión estaba anticuada y carecía de justificación. Sí a lo primero, no a lo segundo.

Tratado, el Manual tiende a ofrecer una visión primaria del panorama científico. Prefiere, por tanto, acusar los aspectos afirmativos y constructivos de la ciencia, los resultados que están fuera de discusión, sin perjuicio de aludir a aquellos otros, que siendo problemáticos y permaneciendo los puntos en que la ciencia está funcionando, le permitan asomarse a ésta en su fase de movimiento hacia la verdad, fase que ha de ser constante dada la limitación del conocimiento humano y especialmente del histórico. En cuanto al Manual como punto de partida para una ampliación del estudio (y esto es su función principal; si no consigo que el estudio o el lector se sienta impulsado en algún momento a conocer más detalladamente, no la cumple), el ideal sería que existiese un tratado como punto de referencia común; de este modo se evitaría el brusco tránsito de la sencilla información de los manuales a la que suelen ofrecer las monografías; la ampliación tendría un carácter cíclico, cuya eficacia pedagógica, como principio, es indudable.

La necesidad de buenos manuales en las diferentes disciplinas es evidente. Ellos ofrecen la primera impresión de la ciencia, ellos ayudan a salvar el primer paso, que es también el más difícil, y muchas veces también son lugar de retorno para una actividad agudamente orientada en la investigación de los objetos particulares, que en su lectura pueden reponer un sano sentido de la proporción³⁴⁷.

347 La distinción entre el tratado y el manual está tomada directamente de las observaciones que don Román Riaza (caído en la Guerra Civil, o bien Cruzada) y don Alfonso García Gallo, (felizmente reinante en su Cátedra y en la pálida condición de emérito profesor de la Nocomplutense, que para mí quería sólo por el dinero, que es lo único serio, como dicen los ingleses, según Augusto Assía), que se justificaban de publicar un manual sin existir un anterior tratado, del que vendría a ser un resumen. El propio García Gallo, después de la Cruzada emprendió la publicación de dicho Tratado (1940); obra que quedó interrumpida, en 1946 su Manual. Comprendía la época visigótica, igual que las lecciones salmantinas de Manuel Torres López (1934-35) que por su contenido y riqueza bibliográfica, anunciaba también un tratado. Pero estos intentos habían confirmado la opinión según la cual el tratado tenía que fundarse en una copiosa y completa elaboración monográfica. Sólo en 1946 formulé formalmente, en ARBOR, la revista del CSIC, de que el Curso era algo más que un "manual", y desde entonces, con mayor firmeza, la opinión de que contiene el plano preciso y rico en detalles de la HGDE, que completada con la lectura de los textos y manejo de los libros constituye el "estudio superior", desaparecida la distinción convencional de investigación y enseñanza, y por lo tanto asimismo la de tratado y manual. Más tardío es el reconocimiento de lo que en este mismo orden significa el Discurso inaugural de 1906 por Rafael de Ureña, a quien dediqué mi última lección en la Cátedra confiscada en 1986, y antes en realidad por la jubilación de los catedráticos en la ley de Presupuestos, por el primer ministro, fundador del Ramo, de Instrucción Pública, de cuyo nombre no quiero acordarme.

e) **Recensión y crítica.** Un género caracterizado muy claramente por su forma externa, pero dentro del cual saben, sin embargo, todas las calidades del trabajo científico, es el de la recensión o nota crítica de las obras ajenas. Puede limitarse a una misión informativa, en cuyo caso debe consistir en una explicación de la labor realizada y una síntesis de las conclusiones; estas recensiones son sumamente útiles como orientación y realizadas con solvencia pueden ser utilizadas para informarse, siempre, claro está, que no se trate de profundizar en ella. Pero la nota suele incluir además una valoración crítica; en este caso, además de las razones concretas que aduzcan, importa la autoridad personal de quien escribe, y la crítica vale tanto al lector como al propio autor. Por otra parte, la redacción de las notas informativas y una actividad crítica tiene un gran valor en los comienzos de una formación científica; obliga a leer muy atentamente los libros y fuerza a extraer algo de ellos. En un reparto de la información, la norma sería: todas aquellas publicaciones que encierren un decisivo interés, o planteen una cuestión difícil, que la crítica debe aceptar o rechazar, encomendarlas al especialista formado, cuyo juicio esté a la altura de la publicación; por el contrario, esas obras inferiores al nivel de la ciencia, que todas las disciplinas padecen, producidas profusamente por personas sin preparación, entregarlas al ejercicio crítico de los principiantes, más fácil de practicar, indudablemente, sobre tales obras. El haber ejercido con cierta saña y destempe la crítica, quedará acaso como lección íntima y viva advertencia³⁴⁸.

348 Reflejaba en este pasaje la práctica observada en el antiguo Anuario, hasta 1936, en la que destacaban serias reseñas bibliográficas, así como violentas censuras de obras cuyos autores habían osado quebrantar las sagradas fronteras de la Disciplina. En la necesidad de que esta tarea sea atribuida a los grados más altos del oficio académico ha insistido sobre todo Alvaro d'Ors, con la doctrina y la aplicación, hasta el punto de ser calificada su íntegra y poderosa personalidad científica como autor de este género, con notoria injusticia, pues sobre esa parcela se yergue su elevada figura de investigador propiamente dicho. A Alfonso García Gallo he oído ponderar el sumo esfuerzo que los principiantes de su tiempo dedicaban a la recensión, en cuyos temas se ve que se instruían para aplastar al autor, posible contrincante. Por mi parte, y dentro de la tática y sutil apología que intento en estas notas y en la publicación de mi vieja memoria, aunque no faltará enemigo que la utilice para mi condena, haré constar que con las redactadas hasta el momento de la redacción compuse un tomo por orden alfabético de autores, que fue sometido al juicio del Tribunal y de los coautores. Con la producción ulterior en este género, que por fortuna he continuado con el mayor fervor, aunque son muchos los libros acerca de los que la he intentado sin éxito, aún conservo la esperanza de reunir un volumen (dado que en buena parte aparecieron fuera del AHDE donde al menos están reunidas y localizables) las publicaciones diversas y secundarias sedes y algunas inéditas o fragmentarias, bajo el título de *Concilio Histórico-Jurídico (CoCoCo)*, por el hecho de haberlas concertado, y en series designadas Pre-

A veces del examen de un libro ajeno lo que surge es un trabajo con todos los caracteres de investigación independiente, cuya exposición está sometida a las reglas generales.

f) **Divulgación.** Junto a la exposición propiamente científica, hay otro tipo de trabajos en los que también se exponen los resultados de la investigación, pero no ya directamente y como función normal de éstas, sino con una razón de oportunidad y tomando el contenido fundamental del acervo que ya puede considerarse común en la historia del Derecho. Es una labor vulgarizadora por su destino, mediante la cual se evita que circule otra enteramente vulgar por su origen. Bien frecuentemente, con motivo de creación de instituciones políticas o reformas legales, se da al público una pseudo-ilustración histórica, que a base de un sencillo manual hubiera podido ser correcta. Pues bien, esa labor de divulgación nadie como el especialista puede hacerla, pues él está capacitado para no enredarse en los datos, que domina de un modo profesional, y puede por lo tanto apoyarse levemente en ellos para extraer los perfiles de interés actual que convenga destacar en la cuestión³⁴⁹.

Con esto quedan ya señaladas, si bien de un modo muy esquemático, las diferentes formas de exposición científica. Claro es que no se ha aludido a las condiciones intrínsecas del trabajo que corresponde fijar a las normas generales de la investigación, ni a ciertas condiciones externas que han sido objeto de una ordenación en cierto modo reglamentaria. Tal es por ejemplo la que se refiere a la transcripción y edición de documentos, para cuyas operaciones la Escuela de Estudios medievales ha dado una serie de

ludios conceptuales, Motetes visigóticos, Cantos eclesiásticos, Melodía italiana, Intermedio germánico, Barroco administrativo, Pospurris congresuales, Variaciones civiles y penales, etcétera, con un índice tópico que permitiera utilizar su indudable riqueza, no por mi mérito sino por mi habilidad para la copia.

349 Esa misma palabra borraría, como tantas otras de esta Memoria: Historia y derivados, Normas, profundo, creo. Divulgación ofende, porque supone un vulgo. Cada vez, en el curso de mi dedicación docente o estudiosa al más alto nivel de lo que puedo, me fue ganando la impresión de actuar ante un público tan digno de respeto, que debía olvidarse uno de que pudiera enseñar algo. Desde los heroicos muchachos que habían superado el examen de Estado, del que libre me ví, sino de un catarro comienzo del cáncer, la Selectividad, ingreso en la Universidad, hasta imprevistos estudiosos y eruditos sobre las cuestiones tratadas. Los intentos de ilustrar con la experiencia del Derecho en el pasado, el actual o bien su Historia, (no un descubrimiento reciente) sino constante dimensión de nuestros estudios, desde los precursores, Espinosa y Padilla, constituyen no la divulgación sino el logro más elevado de este estudio superior.

normas. Las hay fijadas sin ese carácter oficial, relativas a la cita de documentos y de libros. El arte en la observancia de estas normas prácticas técnicas es el de guardar un justo equilibrio entre su respeto y la necesidad del trabajo concreto, a las que aquéllas habrán de adoptarse discretamente.

No es de esta ocasión insistir sobre otras normas prácticas que forman la ética especial de la investigación y que en el momento expositivo es cuando se exteriorizan. Tales son la dedicación a la verdad, el respeto a la labor ajena y a las ajenas opiniones y un cierto género de cortesía científica en la refutación y en la polémica, que es el signo aparente de lo que debe ser radical actitud humana del científico: la modestia.³⁵⁰

IX. LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

66.— **El Derecho en la Universidad.** Pero hemos de atender especialmente al ámbito propio en que ha de verificarse la transmisión de la ciencia investigada: la Universidad. El tema es muy amplio y en él se implican otros, como el del estado actual de la ciencia, la crisis cultural moderna y una sensación de angustia e insuficiencia que ha invadido a todas las actividades del pensamiento humano que no encuentran una inmediata satisfacción en el producir cosas y modificaciones sensibles. Ante todo, hemos de proclamar nuestra fe en una clase de conocimiento superior, que tradicionalmente ha venido manteniendo la Universidad, y nuestra fe asimismo en que sea esta institución que ha durado a través del tiempo, lo que conserve y transmita ese conocimiento.

Debe recordarse la especulación de ORTEGA y GASSET sobre la misión de la Universidad³⁵¹; hay en ella una clara visión del problema uni-

350 Ya se encargan los otros, como respecto a las Oposiciones, decía Maldonado. Progresivamente me he visto libre de esa afección.

351 José ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad* (1930), Madrid, 1936. Ahora en su OCCC, tomo IV, 1962, págs. 313-353. Libro central, clásico, único, de consulta y mención obligada en la época, como se podrá acreditar mediante un estudio de las memorias de cátedra que se suceden en todas las disciplinas, pero que, naturalmente, no agota el pensamiento ni la acción del insigne profesor en tomo al tema. Especial significado para la Universidad de Granada hubo de tener su discurso "En el centenario de una universidad" (ahora en OCCC V, 461-472), la de Granada, 1932, donde ha durado el eco de aquella conferencia en su paraninfo, y entre otros lugares, tomo IX, págs. 1954: "La universidad ha sido uno de los órganos viscerales en la vida de nuestros pueblos desde la Edad Media hasta fines del siglo XIX... A pesar de que los profesores universitarios son tal vez mejores, la Universidad ha dejado de ser un factor prominente en nuestra sociedad y vegeta en planos muy secundarios

versitario. Son sus presupuestos; la necesidad de arreglar la Universidad desde dentro, la íntima relación entre la vida universitaria y el resto de la vida nacional y la moderna barbarie de la especialización que es preciso compensar con una formación cultural. Las funciones que se asignan a la Universidad son la transmisión de la cultura, la enseñanza de las profesiones y la investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia. Esta triple misión ha sido universalmente aceptada.

En cuanto a los medios propuestos para organizar la primera función, sinceramente, entiendo que su "Facultad" de Cultura—que ya hiera a la vista— es una contradicción en los términos. Por ejemplo, enseñar una Física como "vigorosa síntesis ideológica de la figura y funcionamiento del cosmos material según éstas resultan de la investigación física hecha hasta el día"—parece suplantación de la auténtica cultura—, con sus dificultades actuales que no se pueden aludir. ORTEGA y GASSET insiste en la necesidad de criar y depurar un tipo de talentos específicamente sintetizadores. Quizás más efectivo y fecundo fuera el cultivar en el seno de las especialidades, dentro de ellas y del todo a su altura, una dimensión de síntesis; que las Facultades ahondaran en su sentido universitario. Pero crear con independencia la "facultad del ahonde" y darle a ella la máxima, la única jerarquía universitaria, es convertir a la Universidad en una rentista del duro esfuerzo de las especialidades. Ese núcleo de saber universitario que justamente se propugna ha de formarse por la aportación de los especialistas.

En unas conferencias pronunciadas hace cerca de cien años por el cardenal NEWMAN³⁵² están tratados los problemas de la enseñanza universitaria con tal altura, en una región de tan puras aspiraciones, que reconforta el leerlas después de algunos libros en que aquéllos se abordan con un aire de urgencia y apremio, de inmediata reforma. En ellas se observa

de la vida colectiva". Valioso su testimonio de medio siglo atrás en su epistolario, *Cartas de un joven español* (Celtibero en Marburgo) ed. por Soledad Ortega, con prólogo de Vicente Cacho Viu, eds. El Arquero, Madrid, 1991. Aparte del índice analítico, la serie allí de sus artículos en *El Imparcial*, de Madrid, 1906, sobre "La Universidad Española y la Universidad Alemana". De la literatura sobre Universidad y Ciencia, destacaré: Álvaro d'Ors, *Papeles del Oficio Universitario*, Madrid, Biblioteca del Pensamiento Actual, Rialp, 1961, que me fue dedicado, y *Nuevos papeles en el oficio universitario*, Libro de bolsillo, Rialp, 1980, donde todos los tópicos sobre métodos de investigación y enseñanza, tocados en esta parte de la memoria, son tratados de un modo superior, con principios y ejemplos.

352 Cardenal Newman, *Naturaleza y fin de la Educación Universitaria*. Primera parte de *Idea de una Universidad*, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1946. Trad. por Julio Mediavilla.

la seguridad y la confianza de quien no quiere cambiar el curso inevitable de las cosas, sino que sólo aspira a salvar de él ciertos valores y ciertos bienes reales de la vida humana, que no habrían de perderse, porque el espíritu del hombre volvería a recobrarlos, pero de los que nos veríamos privados en la confusión del momento, y que es preferible conservar en una limpia y viva tradición.

Las tendencias generales de la cultura moderna han modelado la enseñanza universitaria con los caracteres de tecnicismo y especialización. En una reciente Memoria de oposición y cátedra, uno de nuestros universitarios interpretaba así el fenómeno: "Bajo el signo del liberalismo, cuya raíz es preciso colocar, con Balmes, en la Reforma, comienza a difluir la apretada trabazón que ligaba entre sí, con comunidad de fin y de sentido, el cultivo de las diversas disciplinas. Como si la verdad cuya búsqueda seguía teniendo hipócritamente, por misión, pudiese excindirse, se había parcelado en comportamientos estancos el contacto de la porción intelectual del ser humano con su mundo circundante y así se llegó como desenlace inevitable a una nueva religión profana que se llama tecnicismo especializado". Y a continuación señala una reacción: "Hoy, por el contrario, adviértese una tendencia opuesta que, en última instancia, procede del ansia de dotar a la ciencia de un sentido unívoco y humano"³⁵³.

No obstante esa reacción, esa nueva tendencia en lo que tiene de efectivo se debe a individuales vocaciones universitarias, en la Universidad de nuestros días domina de hecho la formación especialista y técnica³⁵⁴. Con cierta crudeza ha definido esta situación KERSCHENSTEINER: "La Uni-

353 Amadeo de Fuenmayor, Memoria de la Oposición a Cátedra de Derecho Civil. Método de enseñanza. Toda esta parte, sobre la enseñanza, deben al manuscrito de la Memoria de este compañero y maestro mío en varios aspectos, desde el común curso de Doctorado, en la clase de García de Valdecasas y don Jerónimo González, pero me pareció obligado consignar la fuente propia y exacta de un pensamiento tan definido.

354 Geny, *Mission Scientifique* cit. pág. 9. Ortega y Gasset, ob. cit. (Misión de la Universidad, págs. 31-32), señala que incluso la Universidad inglesa se ha hecho tan profesional como otra cualquiera, aunque conserva las apariencias de la vieja universidad. Su observación de que en los últimos cincuenta años se produce un movimiento de convergencia entre las universidades europeas, que las va haciendo homogéneas, me parece algo superficial: esa homogeneidad es sustancial y nativa, por lo que no es extraño que todas las universidades, aún sometidas a circunstancias políticas y sociales diferentes se desenvuelvan con cierta semejanza. Al releer esta nota de 1947, deseo precisar la gran desconfianza que desde la lectura de Lledó (1982), eminente colega de la UNED, ahora en Berlín. Distancia me inspiran lo profundo y la profundidad, y la gran estimación que para Eugenio d'Ors tenía la superficie y por tanto lo superficial (26 de junio de 1992, beato Escrivá, o Balaguer o Albás, Josemaría).

versidad, en su organización externa, ha quedado como supremo centro de preparación, mientras que su aspecto interno se ha modificado, convirtiéndose exclusivamente en una escuela científica profesional³⁵⁵. Pero aún dentro de esos límites puede mantenerse la naturaleza y los fines de la educación universitaria. Y quizá la formación profesional ha constituido para la Universidad un salvaconducto que le permite transitar por unos tiempos y sitios en que la simple transmisión de la cultura encontraría dificultades.

Quizás en ninguna Facultad como la de Derecho, por la vertiente utilitaria y práctica de éste, se ha acentuado tanto la tendencia profesionalista. Por ello es preciso reforzar también en su seno el concepto y el sentimiento de la Universidad. Que el Derecho sea algo útil en la vida social, no le quita ser el objeto de un conocimiento más elevado que el de su mera aplicación. Cuando hoy en las universidades americanas se estudia la Cinematografía y la Propaganda —y no nos parece inadecuada tal ascensión— no se puede creer que vaya a salir de ella una de sus disciplinas tradicionales, que en su íntima esencia se enlaza al orden de la creación. Pero algo semejante a tal exclusión sería que en la Facultad penetrara la convicción de que el Derecho es sólo una técnica que conviene dominar.

Suele argumentarse con este motivo que la Facultad de Derecho no trata de formar leguleyos y prácticos. Pero todavía debe insistirse que su misión no es la de formar abogados, notarios o jueces, es decir, profesionales del Derecho, sino simplemente juristas, hombres de Derecho, con un dominio de éste en todas sus dimensiones. Y también la de su estado actual, pero especialmente en las más duraderas y permanentes³⁵⁶. No está

355 G. KERSCHTEINER, *El alma del Educador*, manuales Labor, pág. 151. (Esta bibliografía, lejana a la específica de la asignatura, debo a la orientación de mi buen suegro don Clarencio Maceda, digno y muy competente individuo del Magisterio Español, únicos cultivadores en realidad de la Pedagogía a la sazón, lejana la fundación de una facultad universitaria, a la que fuera de esa facultad, debe ser ajeno el término pedagogía y derivados. Todo lo más, didáctica, y ni eso. Claro está que la observación de ese señor Kerschenteiner, con la conocida tendencia a la generalización y categorización, cuando lo decisivo e importante son las Anécdotas, lo meramente, y por lo tanto puro, genuino y real, es lo anecdótico.

356 Cfr. GENY, *Mission scientifique*, cit., pág. 9. No puedo ahora localizar el origen de esta cita, y la anterior 354. Mario Rotondi, "Per la riforma degli studi della Facoltà de Giurisprudenza" en *Rivista di Diritto Privato*, año XIII, núm. 1-2, 1943; no puede, por la fecha, proceder esta nota de la estimada Memoria de Maldonado, pero tampoco es propia del opositor, por lo que debe tener el mismo origen que el reconocido supra, nota 353, reacciona contra el exceso de profesionalismo en la Facultad, señalando el actual divorcio entre la actividad profesional y la científica y sostiene que debe

mal que el jurista al instalarse en las profesiones se sienta un poco extrañó a su mecanismo; lo gobernará desde una esfera superior.

Aunque ORTEGA y GASSET no emplee el término en un sentido riguroso, opino que se salta un tramo importante cuando al señalar los fines de la Universidad, pasa del primero, de formar un hombre culto (con la Física, la Biología, la Historia, la Sociología y la Filosofía) al segundo, hacer un buen profesional, poniendo como ejemplo un buen juez, un buen profesor de Matemáticas³⁵⁷. Entre la cultura y la profesión hay un grado de especialización respecto a la primera que es todavía generalidad respecto a la segunda. Y es en esa zona donde se puede colocar la enseñanza universitaria.

darse una cultura superior. Pero también indica el peligro de que muchas disciplinas culturales ahoguen las de formación profesional, refiriéndose concretamente a la Estadística y la Medicina legal que ocupan tanto cada una en el plan de estudios como el Derecho Comercial. También incluye en su crítica a la Historia del Derecho, alegando el ejemplo de la Historia de la Medicina, a la que no se concede tanta atención en esta Facultad. No es el mismo caso, evidentemente (desconfío de las evidencias digo ahora, al copiar esta nota, cuando hemos abjurado de la Historia, como disciplina jurídica, para restaurar el Antiguo Derecho o Antigüedades Jurídicas, Almoneda), y la Historia del Derecho, más que romper los límites del estudio jurídico (el presunto mérito de Mommsen) ahonda en ellos (siempre la tendencia de ahondar, con lo bien que se camina sobre la superficie). Sí es acertada su opinión (de Rottondi historiador también o civilista, o su personal síntesis, historiador especial del Derecho?) de que se debe ahondar en la vida jurídica a través de la Historia, cuando dice: el fragmento del Digesto, antes que fragmento, fue respuesta jurídica". No historia, antigüedad.

357 ORTEGA Y GASSET, obra citada, supra en nota 352, págs. 53-54. Encuentro la tercera disidencia acerca del "gran maestro de mi generación", como decía don Ramón Serrano Suñer en la dedicatoria del libro de una etapa de su vida el jurista y político don Serrano Suñer, ausente de mi CJE, donde le correspondía estar precisamente entre José María Gil Robles (1989) y José Antonio Primo de Rivera (1903) por razón cronológica, más clara para mí que la razón histórica, sin advertir que varias son las generaciones, que hasta el presente le reconocen como tal, o no le reconocen, siendo él mismo engendrado a la vez por su buen padre José Ortega y Munilla, incluso literariamente, y por su predecesor inmediato, intelectual y político, Joaquín Costa. Disidencia legítima respecto a quien se definió a sí mismo como disidente. No faltará quien pueda atribuir ésta, por otra parte mínima y detalle, a una orientación o consigna de grupo procedente de la época o el régimen. Pues, no. Aparte de que no interesa la prueba, comprobar he podido que el órgano de opinión más caracterizado, el *Arriba*, del decenio 1940-50 revela un absoluto, como la monarquía, adhesión al maestro, primero en el extranjero, luego en el interior, menor, ciertamente en ABC y el *Ya*, las tres corrientes que integraban aquella y aquél, en la Universidad, al menos en mi ambiente, la autoridad de Ortega era incontestable. Aún recuerdo la indignación de mi maestro don Galo, cuando manifesté la opinión de que para un servidor Menéndez Pidal era superior y más valioso que Ortega. Se quedó sin palabra. En su inmensa lectura, Ortega ocupó siempre un lugar predilecto, aunque no se reflejara, igual que otras lecturas, en su producción especializada, es decir única conocida. Sí la de Antonio Machado, en el prólogo de sus *Fueros Castellanos* "barbacana, hacia Aragón en castellana tierra", con la elegancia de elidir la rima.

67.—**Función de la Historia del Derecho en la formación del jurista.** Quizá debamos partir de la afirmación de un historiador que responde plenamente a un sentimiento muy generalizado; lo más exacto que se puede decir de la historia es que constituye un conocimiento completamente inútil. Analizando una situación real, dice Bertran RUSSELL: “En todas partes el saber ya no se considera como un bien en sí o como un medio de crear una amplia y humana visión de la vida en general, sino como un mero ingrediente de la destreza técnica”³⁵⁸.

Claro es que consideramos esa situación como algo que debe ser modificado. Pero no existe inconveniente en iniciar el examen de la función que puede ejercer la Historia del Derecho, por el lado de su eficacia práctica; también en ese terreno puede justificarse plenamente.

Que el Código, la ley en general, que regula actualmente una institución jurídica, no representa una formulación absoluta del orden, fuera del tiempo, es algo comúnmente admitido hoy. La ley vigente no ha creado, por lo general, la institución, sino se ha limitado a introducir modificaciones en ella, que tiene una estructura interna peculiar, como lo prueba el que muchas veces la ley produce una confusión o una anomalía que incluso la práctica misma acaba por eliminar. Ahora bien, esa estructura interna de la institución, aparte necesidades lógicas, ha sido modelada en el transcurso de la historia. “El Código no representa sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico, y sólo puede llegarse a una posible comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda”³⁵⁹.

No es la simple vigencia del Derecho histórico lo que aconseja estudiarlo como disciplina de la Facultad. En este sentido podría recordarse que buena parte de los monumentos legislativos de la Historia del Derecho español rigen hoy en la misma forma en que fueron redactados. Pero entonces, estaría justificada su inclusión entre las disciplinas que estudian el

358 BERTRAND RUSSEL, “*Conocimientos inútiles*”, Revista de Occidente LI, pág. 6.

359 URSICINO ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, pág. 31. —El tipo de propiedad romanística absoluta que se atribuye al Código de Napoleón, en realidad se venía perfilando desde el siglo XIV y precisamente contra las modalidades feudales que aquél código había de suprimir formalmente (Olivier-Martin, *Histoire de la Coutume de Paris II*, fasc. I, París, 1926).

Derecho vigente. No; interesa el proceso histórico en su totalidad³⁶⁰. En cuanto al Derecho de hoy es en gran parte el resultado de un desarrollo histórico que en él se proyecta, las disciplinas particulares toman de éste aquellos elementos significativos para el estado actual. Este es el sentido de aplicación del método histórico a la interpretación del Derecho. Pero este tomar a la Historia del Derecho una determinada información concreta, requiere que ella misma sea estudiada y conocida en su integridad. Es decir, aunque se suprimiera la disciplina histórica-jurídica en los estudios de la Facultad destinada a formar los profesionales del derecho, aquella habría de cultivarse como ciencia independiente. Lo que se pretende al incluirla es que ese depósito de conocimiento histórico se ponga en posesión de todo jurista, para que el servicio que presta según las exigencias circunstanciales de la didáctica del Derecho vigente pueda prestárselo a él en todo momento. Las ilustraciones históricas que acompañan muchas veces a la explicación de las normas actuales sólo tienen sentido si se ponen en relación con la visión de conjunto que la Historia del Derecho, como disciplina independiente, proporciona.

El estudio de la Historia del Derecho coloca al jurista en una de las dimensiones reales del Derecho. Según dice MALDONADO: "cada momento de cada institución es siempre histórico". Por eso no puede limitarse el jurista "a saber el Derecho vigente, modalidad concreta de la institución en uno de los momentos por los que tiene que atravesar, sino que ha de calar más hondo, acostumbándose a verlo como algo mudable, sabiendo que la marcha del Derecho no ha significado siempre un progreso, y colocándose así en condiciones de manejar cualquier sistema que pueda venir después". E incluso apunta un intercambio de funciones entre Historia y Derecho, sobre el cual hemos de insistir: "El adquirir esta elasticidad histórica es indudable que producirá en él la elasticidad jurídica necesaria para esa labor de fondo"³⁶¹.

360 "Es antihistórico el método de escribir la historia considerando sólo aquéllos acontecimientos del pasado cuyos efectos aún pueden rastrearse en la actualidad (Spangenberg, en *Revista de Occidente* X, 1925, pág. 199). En el fondo, lo mismo significa qué "lo que ha muerto y lo que todavía vive", del Curso de don Galo, y aún lo que está muerto resucita. La afirmación relativa a la permanencia de antiguos monumentos legales puede parecer extraña hoy, tras la intensa renovación experimentada, pero en 1947 continuaban vigentes en lo esencial un Código penal de 1870, Mercantil de 1885, Civil de 1889, leyes de Enjuiciamiento civil y criminal de 1881 y 1882 y las más importantes Leyes administrativas.

361 MALDONADO, *Herencias en favor del alma*, pág. 18.

Sobre esta relación entre Historia y Derecho, un jurista moderno en el que la síntesis cultural emerge de su especialidad, CARNELUTTI, ha hecho la siguiente afirmación: "La misión del juez es siempre ante todo una misión histórica, o mejor historiográfica, y no sólo del juez sino en general de quien tenga que valorar la juridicidad de un hecho"³⁶². Hay que tener en cuenta que la espléndida sugestión de esa frase se ha motivado en la observación de la prueba judicial, por lo que CARNELUTTI menciona inicialmente al juez; pero enseguida la amplía a todo profesional del Derecho. En efecto, la prueba judicial tiene algo de constatación de un hecho histórico en un sentido general. El juez es el historiador de un suceso particular, en términos de la historiografía. Pero en la indagación de las normas aplicables hay también algo de fijación histórica; toda relación jurídica se desarrolla como hecho real en el tiempo, en el curso del cual también las normas varían; en cuanto operación intelectual, valorar jurídicamente, como dice CARNELUTTI, o sea, determinar la norma aplicable a una relación, es idéntica a la de historiar el Derecho. El jurista es, efectivamente, un historiador, pero un historiador del Derecho.

En esta profunda identificación se basa la gran utilidad de la Historia del Derecho para el jurista: la contemplación de un sistema en movimiento, en el que tanto alecciona lo que cambia como lo que perdura, le dará una agilidad mental para enfrentarse con el propio sistema de Derecho en vigor que está viviendo también históricamente³⁶³.

Muchas veces se ha hablado de la necesidad de completar la teoría con la práctica. Pues bien, la historia del Derecho es a modo de una experiencia, pero elevada a doctrina, cognoscible³⁶⁴.

Un cierto pragmatismo fundado en esa experiencia, dirigido al legislador, lo admite BESTA: "Alla cura dei mali presenti e pur necessaria una prognosci coscienzosa: quale guida verso di essa protrebbe riuscire miglio-

362 CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, Madrid, pág. 364. Me doy cuenta de la pobreza y aún inseguridad de este aparato de notas, tal efecto de la prisa con que fue terminada esta memoria en 1947. Debo suponer que recibí un pulimento en 1949, o quizá se trata de una radical incapacidad para la acribia. En todo caso, vale como ejemplo del malo de las aleyuvas. Deja las citas incompletas. Pero también posible es que algunas defectuosas referencias se hacen a libros más leídos, que otras de correcta factura.

363 SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, t. III, pág. 122(?).

364 Según BOFANTE, *Histoire du Droit Romain*, París, 1928, tomo I, pág. IX. La Historia del Derecho representa en las ciencias jurídicas la tendencia positiva y experimental. Geny, después de in-

ri di quella che offre la conoscenza dei precedenti storici diretti e indiretti. La storia puo, a traverso la segnalazione degli errori del passato, evitarci errori nuovi: ed ad ogni modo la migliore misura della realta"³⁶⁵. Esta experiencia histórica-jurídica, convertida ya en conceptos, se sitúa en la formación total del jurista, le orienta precisamente en las transformaciones del Derecho y le permite definir exactamente los fenómenos actuales³⁶⁶. Actualidad e Historia estaban ya asociadas en 1947 y mucho antes.

La delimitación nacional que se ha hecho de la historia jurídica, tiene aún otra ventaja para la formación del jurista español. Le sitúa en la tradición jurídica propia³⁶⁷, aunque no para encerrarle en un estrecho nacionalismo, que la misma lección histórica le hará superar, en los últimos tiempos se ha insistido mucho sobre la necesidad de una formación histórica para afrontar los momentos de transformación jurídica. Análogamente a como ante grandes crisis de tipo social o económico, se vuelve hacia la historia, para encontrar una experiencia, cuando aquéllas son de carácter jurídico, la historia del derecho puede explicar también muchas veces su naturaleza y alcance.

Utilidad y cultura no están disociados como a veces se pretende creer.

dicar la conveniencia de estudiar la filosofía del derecho en la Facultad, dice: "Mais toute spéculation restarait vaine, si elle n'était éclairée et vivifiée par l'expérience. Ici, intervient l'histoire des institutions politiques et civiles de la France, du droit féodal et coutumier, du droit révolutionnaire, voire de l'évolution du droit contemporain parmi les transformations incessantes de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine, joue, a bon droit, un rôle capital dans l'ensemble de nos études" (La mission scientifique, págs. 15-16).

365 BESTA, *Avviamento*, pág. 111.

366 Refiriéndose Stutz a la historia del derecho eclesiástico, ha formulado la relación entre la historia del derecho y la ciencia del derecho actual: "La historia del derecho ha de dejar el campo libre a la dogmática, por una parte, aliviándola del peso de toda materia puramente histórica; por otra, elaborando enérgicamente toda esa materia con sus métodos propios, revelando así, característicamente, el sello peculiar de cada uno de los grados de desarrollo del pasado para reconocer a primera vista lo que le separa del presente y transformar de una manera creadora el derecho vigente conforme a su esencia".

367 Dice Menéndez Pidal que los grandes recuerdos históricos nos hacen intimar con la esencia del pueblo al que pertenecemos (La España del Cid). Así la visión histórica del Derecho puede llevarnos a intimar con la esencia del derecho nacional. Debe recordarse la crítica de Joaquín Costa: "Para preparar una ley de gobierno local destinada a España, se estudia el municipio inglés, el francés, el italiano, el portugués, es decir, todo menos lo único que debiera estudiarse, el municipio español" (prólogo a Derecho consuetudinario por J. Costa y otros, II, Barcelona, 1902, pág. VI). Pérez Pujol, Historia de las Instituciones, t. I, pág. XI) se muestra contrario a la codificación por entender que faltaba el caudal de erudición histórica que se necesita para imprimir al código el sello de nuestra nacionalidad"

La Historia del Derecho tiene una misión en el cuadro de las disciplinas jurídicas. Historia, gravemente atraída hacia lo universal, puede, sin embargo, prestar algún servicio a lo particular que tiene por objeto: el Derecho. Y aun en lo que la Historia del Derecho no fuera útil al uso, le quedará siempre el supremo interés de ser una disciplina en la que, a través de la rigurosa especialidad, se obtiene una vista sobre la realidad del mundo; en la que se añade a la formación profesional de los juristas un elemento profundamente cultural. Y en este sentido la Historia del Derecho es en nuestras Facultades un bastión de la Universidad.

68.—Los medios de enseñanza universitaria en particular

Al tratar de los instrumentos pedagógicos mediante los cuales realiza el profesor universitario su función docente, es preciso distinguir dos grupos de alumnos: el de aquellos que por asistir a la clase son dirigidos y vigilados durante todo el curso por el mismo profesor, y el de aquellos otros que por estar dispensados de escolaridad, el profesor sólo conoce en el momento de verificar el examen de aptitud.

a) **El examen como medio único.** Este acto del examen que respecto al primer grupo puede dividirse en pruebas diversas y espaciadas, hasta conseguir que sea un verdadero conocimiento de la labor llevada a cabo por el alumno, se convierte en el caso que examinamos en una sola prueba, que muchos factores hacen sumamente problemática e insegura. Conocidas son las críticas que se dirigen al sistema de exámenes, utilizando no sólo en la graduación facultativa, sino también en la selección de sus profesionales para el servicio del Estado; jueces, notarios, etc.³⁶⁸. Por mu-

368 Vid. La crítica del sistema de exámenes, en Becerra, Magistratura y Justicia y en un informe sobre la enseñanza universitaria debido a Menéndez y Pelayo, publicado en Boletín de su Biblioteca, Santander, marzo-abril de 1919. Pedro Meseguer, la decimología. Ciencia y técnica de los exámenes, en Razón y Fe, febrero de 1945.—Consignaré aquí la fórmula darsiana, según la cual son los exámenes el tapón de la botella que impide se derrame el licor de la docencia"; la peste de los miles de exámenes escritos; el hecho de haber prescindido de ellos sin abolirlos, la refinada técnica de practicarlos orales, públicos, solemnes, rigurosos, ante tribunal colectivo; la creación de una liga contra los mismos; su restauración. Mucho a favor y en contra. Capítulo del *ius academicum*, erosionado siempre por la arbitrariedad y el intuicionismo, necesario volver sobre el asunto, gravísimo cuando se complica con la selectividad y el límite de convocatorias.

cho que en este último aspecto se haya combatido el sistema, indudablemente su mayor gravedad resalta cuando se utiliza, no como una prueba más de aptitud, añadida a la posesión del título facultativo, sino como arbitrario para conceder el mismo título. Claro es que el número de exámenes que el licenciado ha tenido que realizar en su carrera, resta algún valor al carácter aleatorio que cada uno de por sí asume. Es algo difícil que un licenciado deba su título a diez y nueve golpes de audacia y fortuna, mas para que lo sea del todo, es necesario que cada profesor se sienta en su cátedra con la convicción de que es él quien tiene toda la responsabilidad de que se añada a la suma de población española un nuevo titulado facultativo sin la menor competencia. Es triste saberlo, pero funciona algo como una guía vulgar de las Universidades españolas, en que las asignaturas están clasificadas según la mayor o menor facilidad que existe para aprobarlas y para muchos alumnos de matrícula errante hacer la carrera es viajar, no en busca de buenos maestros, conforme a la tradición medieval, sino de cátedras dominadas por el abandono, la desidia y, en definitiva, la traición a la Universidad.

Pero el examen como prueba única de aptitud tiene que ser admitido, y lo que se puede pretender es que rinda un máximo de eficacia. Para ello es preciso dotarle de una sola virtud y de una técnica. La virtud es la de la intransigencia: se debe exigir al examinando el conocimiento de toda la asignatura, con una profundidad que puede fijarse con dos puntos de referencia, lo que tengan los manuales que se recomiendan para la preparación y el que indica la propia experiencia pedagógica. La técnica del examen irá encaminada a conocer si el alumno ha realizado una labor pausada y metódica, o si simplemente ha hecho una labor superficial memorística, para despachar de mala manera al dragón de turno. Hay un género de "preguntas transversales", que sin el delictivo "salirse del programa" permiten al profesor penetrar en el grado de verdadera asimilación alcanzado por el estudiante. En lugar del tema concreto que reconduce a una determinada página del libro o de los apuntes, el tema que obliga a poner en contacto dos o más de aquellos. Qué se modifica y qué persiste al producirse un acontecimiento en la historia de las fuentes; el sentido de la evolución de un instituto en varias etapas históricas; la comparación de fuentes y de instituciones para esta-

blecer diferencias y semejanzas, etc.etc. Estas preguntas calan inmediatamente en la comprensión general de la materia, pero además son motivo para que se exponga la mayor o menor riqueza de datos positivos, y entonces hasta la captación de fechas, nombres propios, elementos descriptivos, etc. pueden ser apreciados en su exacto valor.

Los innegables defectos que tiene el sistema de exámenes no pueden ser motivo para que se descuiden, sino al contrario, para que se ponga en ellos la máxima seriedad y atención.

Hemos dicho que el examen debe ser duro e intransigente, pero no se debe entender esto como hostilidad al alumno que no asiste a la clase junto al que intenta aprobar cómodamente, existe el que, a costa de mayor esfuerzo y a veces de otros sacrificios, intenta llevar adelante su carrera. Y para éste, el examen —su único contacto con la Universidad— debe ser la ocasión de que su mérito reciba una digna sanción.

b) Conjunto de medios docentes. Respecto a los alumnos que asisten a la clase, los medios pedagógicos son más variados y su utilización supone una función docente más completa y eficiente.

Aquí se trata de algo más que transmitir conocimientos científicos o de realizar una nueva labor externa como la del examen aislado, sino de enseñar. Y enseñar, no es propiamente transmitir el conocimiento, porque éste es un acto vital, y lo propio de todo acto vital es nacer en el sujeto y permanecer en él. Según SANTO TOMAS enseñar es producir la ciencia en otro por medio de la razón natural.

a') La lección. La conferencia oral diaria es el centro de la actividad del profesor: ejerce la mayor influencia sobre los alumnos y marca el tono general de la enseñanza. Las conferencias, en su conjunto, deben obtener una finalidad esencial: que se ofrezca en ellas una visión de todo el programa de la disciplina. Si es necesario, en lo que sería un programa ideal, pero irrealizable por la falta de tiempo, se opera una selección de materias que no le quite esa unidad y lo deje truncado.

En nuestra asignatura entendemos que lo esencial es que el curso del acontecer histórico quede completo. La formación del derecho, o sea las fuentes - en las que ya lo hemos dicho, se acentúa el rasgo histórico, debe ser expuesta íntegramente, con la mayor continuidad; un vacío, especialmente el cronológico, deshace la comprensión del conjunto. Respecto a las

instituciones es ya posible destacar sobre el fondo en algunos temas en que se ejercite la visión sistemática cuya mayor riqueza está en el detalle.

La conferencia debe tender principalmente a la exposición de los conceptos histórico-jurídicos; pudiendo relegar a los libros de consulta la constatación de ciertas noticias y datos accidentales. La lección oral es más útil cuanto más profundice en las nociones fundamentales, y apure la distinción conceptual; el simple alarde de memoria, es del todo inadecuado. Vale más que el alumno salga hondamente impresionado por unas cuantas ideas nuevas, que con una sobrecarga de datos. LOMBARDO RADICE escribe: "Toda parte de un organismo sólo existe en cuanto que se halla en relación con las otras, gobernadas por el mismo ritmo vital. Otro tanto acontece en el organismo didáctico con las lecciones, que son sus células. Lección es todo aquello que impulsa hacia un progreso espiritual"³⁶⁹.

Sobre la utilización de los libros de estudio, simultáneamente con la asistencia a la clase oral, la experiencia del Prof. GARRIGUES es interesante; se lamenta de que el tono de atención y el rendimiento de su clase había descendido a partir de publicar su libro de texto. Efectivamente, cuando la clase gira en torno a la conferencia diaria, que ha de ser escuchada continua y asiduamente, la toma de apuntes obliga al auditorio a una colaboración intensa. Por otra parte, el contacto con los libros es siempre necesario en una formación intelectual. La conferencia debe excitar al estudiante a completar ciertos puntos en una bibliografía breve y cuidadosamente elegida. Sobre las relaciones entre el libro y la cátedra debe recordarse la observación de UNAMUNO³⁷⁰: "o el libro mata a la cátedra o ésta se convierte en lo que llaman los alemanes un "seminario". No obstante creemos que la existencia de buenos libros no priva de su eficacia a la explicación oral, más persuasiva y penetrante que el texto fijado por escrito; con una actuación más viva sobre la voluntad para que ésta mueva a la inteligencia.

369 LOMBARDO RADICE, *Lecciones de Didáctica*.— Aquí debe utilizarse la doble, sucesiva experiencia de oyente y disertante. Enseguida el autor se refería al modelo superior y ejemplar del profesor Joaquín Garrigues, y a la eficacia de su oratoria, persuasiva, intimadora (A. d'Ors) y de la prosa de su manual que enseñó a Miguel Delibes. También la observación de Jean Guilton, según la cual, en la Universidad, tan formativos son los malos como los buenos profesores, porque sobre éstos ejerce el alumno su crítica. En mi curso la Introducción al Derecho, de la UNED, 1977, he recogido la experiencia de dos grandes profesores: Garrigues y Gascón y Marín.

370 MIGUEL DE UNAMUNO, *De la enseñanza superior en España*, ahora en la edición de sus obras completas, Escelicer. (Derivado tal vez de una memoria de cátedra).

El estilo de la explicación oral no puede ser, para que alcance sus objetivos, un discurso de tono académico, como tampoco una disertación ante especialistas. Es preciso tener en cuenta el público al que va dirigida, al que se trata de iniciar en una disciplina científica. Hay algo en el principio del curso, en el principio de cada tema, que se debe poner en el nivel cero de su preparación en la especialidad, las más veces ausente de nociones jurídicamente elementales³⁷¹. Pero esto, sólo en el principio. Inmediatamente la explicación debe remontarse a la altura de la ciencia. El escuchar una clase es positivamente un trabajo, y un exceso de facilidad, con desvirtuación del contenido científico, la vuelve por completo inútil. El profesor debe conducir por los caminos más seguros hacia la entrada de los problemas con toda su dificultad. Este es además, el único medio de mantener viva la atención de la clase y de inspirar interés por el estudio. Es incalculable el efecto desmoralizador de las explicaciones simplemente fáciles y amenas. La crítica de UNAMUNO: "con el pretexto de lo tierno de la inteligencia del niño, no se le robustece ésta" (lec. cit.) es perfectamente aplicable a nuestro caso. En los extremos está el peligro pero éste es el mayor.

Hay un aspecto de la utilidad pedagógica muy importante en general, pero que en la enseñanza superior puede ser englobado en la cuestión que tratamos. Es el de la disciplina y el orden en la clase. El profesor universitario permanece ante los alumnos la hora lectiva. Pues bien, en esos términos, el problema de la disciplina escolar se resuelve simplemente con dar a la conferencia el tono científico adecuado. Es casi sorprendente, para quien tenga algunos prejuicios en contra del ambiente universitario, la importancia que la masa escolar y aun los no estudiosos, da a la formación científica de sus profesores, el grado de respeto que se otorga a quien les impresiona favorablemente en este sentido, y casi diríamos el instinto con que sobre este punto no se equivoca.

La conferencia a los alumnos es propiamente una lección, sometida a las reglas de la didáctica general. Para que una lección sea pedagógica, dice ACHILLE, debe estar bien preparada, bien dada y bien comprobada por parte del profesor. Y bien comprendida, bien retenida y bien aplicada por

371 Absurda distinción la de niveles de auditorio, que nunca se conocen, como suponer que existe un nivel cero. Imposible adaptarse, suicida el descender, se está bastante bajo. En esto, como en todo, maestros los toreros.

parte del alumno. Pero de la preparación depende en gran parte (por no decir todo) el resultado de una lección.

En la lección hay un acto complejo y dotado de una unidad entre sus elementos; no es simplemente una parte del programa, lo que se puede explicar de un tema en una cantidad fija de tiempo. Se ha de procurar producir efectivamente en los alumnos cada día el efecto de "una lección", como algo en serie con las demás, pero valioso por sí mismo. Dentro de la lección distingue HERBART varias etapas. 1.—Una primera preparatoria, en que el profesor remueve los conocimientos del alumno que pueden servir de antecedente al tema que se propone. 2.—El alumno va asociando los nuevos conocimientos a los ya adquiridos. 3.—De lo particular se desprende lo general que se reúne en el conjunto ordenado de los conocimientos. 4.—La conciencia en un estado de progreso, reconoce el sistema, lo pone en práctica, lo aplica nuevamente a lo concreto mediante ejemplo. Hay, como se ve en las normas relativas a la lección, una referencia a la función intelectual del alumno: el profesor no se reduce a dar la lección, sino que se extiende a hacer posible que sea recibida.

Una cuestión importante: relacionado con la conferencia es la de si ésta debe desarrollarse como un monólogo o bien tener algo de diálogo. Esto último suscita una gran simpatía: que los alumnos vayan participando con sus sugerentes preguntas en la exposición del tema. Antes de resolverse en ese sentido, es bueno considerar el elevado número de alumnos que concurren ordinariamente a nuestras clases universitarias; los muchos tipos de preguntas que pueden hacerse, y lo excepcional que entre ellos tiene que ser la pregunta hecha con reflexión oportuna y justamente³⁷².

Toda explicación científica, seguida con atención, va suscitando una curiosidad, a veces unas dudas, que en el curso de aquella se han de satisfacer y aclarar. Si animamos a que los alumnos interroguen sobre la marcha, nos veremos muchas veces precisados a desordenar la conferencia rompiendo su hilación natural, y adentrándonos en temas que intencionadamente quedaban al margen. Esta razón nos decide por la conferencia en que el profesor expone su lección, procurando que sea asequible al tipo

372 Entre otras objeciones que hoy podría hacer, no puedo silenciar la relativa a la absurda exigencia de que las preguntas cumplan tales condiciones. Cuanto más elementos o desorientadas más necesarias. Se interpone entre la lejana y abstracta disertación inútil, la fecunda experiencia del tiempo del tumulto, y el supremo valor de la ignorancia. Conferencia sobre Eduardo de Hinojosa en su Alhama.

medio de alumnos, con alguna concesión al nivel inferior y algún incentivo (bibliografía, indicar como entre paréntesis una perspectiva más amplia del tema, etc.) al nivel superior, pero conducida fundamentalmente por las razones objetivas del tema y no por las preferencias y las necesidades que constantemente planteen los alumnos. Sobre esto es preferible, como en todo, la teoría; procurar conocer cuáles son los puntos sobre los cuáles un principiante en general ha de demandar más amplia explicación, qué conceptos básicos deben servir de referencia, y satisfacer así las preguntas latentes pero no formuladas por el auditorio.

Con esto no se quiere decir que el profesor sea inasequible a sus alumnos. Simplemente con dirigirse a ellos en su conferencia, y con observar la atención que se le presta, el profesor puede percibir, si se va captando normalmente la explicación o si ha llegado a una de difícil comprensión. De los grupos de estudiantes más asiduos, suele surgir la manifestación en este sentido, especialmente cuando la dificultad surge al redactar las notas tomadas en clase. Y entonces claro es que el profesor recogerá este deseo. Un medio de interrumpir la incomunicación que a nuestro pesar hemos propugnado en definitiva son las preguntas en clase. La pregunta hecha durante la explicación puede servir para hacer más inmediata la relación entre el profesor y los alumnos. Cuando su objeto es de carácter muy elemental, propio o no de la asignatura, pero de alusión necesaria, el hacer que sea contestada por el alumno, es conveniente porque de este modo aquélla prosigue sin la digresión a que se veía obligado el profesor, o bien la falta de una contestación exacta le hará comprender la necesidad de realizarla.

b') Preguntas. Clases prácticas. Con alguna frecuencia, en la misma clase diaria, al final o al principio, puede preguntarse a los alumnos sobre lo explicado. Este acto es ocasión para apreciar que algún concepto debe ser aclarado. Pero fundamentalmente sirve para obligar a los alumnos a que vayan estudiando desde el principio pausadamente, con lo que la explicación ulterior, sobre un fondo de conocimiento, resulta fructífera; y para ir conociéndolos directamente y proceder desde el principio también a su calificación académica.

Este *repetitorium* iniciado por el profesor será necesario prolongarlo en las clases dirigidas por los ayudantes, con grupos menos numerosos, en las que se procederá al repaso de la asignatura. Para ello suelen utilizarse

las llamadas clases prácticas, cuya índole y función es enteramente distinta, y a las que a continuación nos referiremos. Los exámenes parciales, por secciones de la asignatura o simplemente por secciones cronológicas (al mes, trimestre) son el complemento de las preguntas en clase para ir preparando una justa calificación final. El resultado de estos exámenes servirá para una organización de los grupos de clases prácticas, en los que conviene exista la mayor homogeneidad posible, tanto en preparación auxiliar (idiomas, cultura general, desarrollo intelectual) cuanto en estudio de la disciplina.

Se hace necesario precisar el objeto y alcance de las clases prácticas en Historia del Derecho. Prácticas ¿de qué? Entendemos que no, precisamente, prácticas de investigación. En las asignaturas de Derecho vigente y mas en Derecho Romano, el instrumento pedagógico tradicional es el caso práctico³⁷³. En él se presenta una o varias relaciones jurídicas pendientes de solución, o bien una relación social sin calificación jurídica, que el alumno, a base de sus conocimientos teóricos y del manejo de las fuentes debe resolver o calificar jurídicamente. La gran ventaja del caso práctico no es realmente lo que se dice práctica—singularmente en el Derecho Romano, que ofrece relaciones jurídicas sin adaptación actual—sino que obliga a mover las ideas, a seleccionarlas con vistas a un determinado fin, y a comprender el esencial significado de cada principio jurídico que destaca de sus congéneres justamente por la función que realiza al aplicarse, con caracteres más vivos que los dibujados por la mera distinción lógica.

¿Cabe hablar de un curso práctico análogo en la Historia del Derecho? Para ello falta una tradición escolástica, y se corre el peligro de que una iniciación sea sólo una caricatura de lo que se hace en otras disciplinas. Lógicamente nada se opone a que con el Derecho Medieval se intenten resolver casos prácticos ideados por el profesor y de solución posible a base de los textos seleccionados con carácter sistemático. Incluso podría darse a su planteamiento un carácter histórico-jurídico, ofreciendo el contraste del Derecho Municipal y del Fuero Real, por ejemplo.

(*) Hoy por hoy, la clase práctica en Historia del Derecho está orientada hacia el examen de los monumentos, con el objeto de conocerlos di-

373 Cf. LEPAULE, "Le système du case et la méthode socratique dans les écoles de droit américaines", en *Revue International de l'enseignement*, 1920, págs. 162 ss.

rectamente y hacer que quede más fija la noción que de ellos se da en la explicación de las fuentes, y el examen de los textos relativos a una institución para conocer ésta en la viva realidad del precepto.

Pero si no nos hemos atrevido a insinuar en nuestra asignatura el tipo usual de caso práctico, no dudamos que hay en su estructura algo que puede ser aprovechado; así será conveniente no limitarse a entregar o leer el texto para que en él se observe la norma, sino presentar alguna cuestión que deba ser resuelta. Por ejemplo, extraer de un documento de aplicación los principios jurídicos que en él se reflejen o señalar en una serie de textos la línea de evolución histórica de la institución explicada, con las peculiaridades que en las mismas se presenten y difieran de la síntesis que necesariamente ofrece la explicación teórica.

Este trabajo de las clases prácticas, con manejo de los textos, tiene algo de iniciación en los métodos de investigación, que puede servir para orientar algunas vocaciones hacia el seminario; pero en sí mismo es sólo una continuación de la explicación teórica y forma parte del curso ordinario.

c') **Curso monográfico.** Se ha indicado cómo en la conferencia diaria se ha de exponer durante el curso una visión de conjunto de la disciplina; de ellos se infiere ya que no debe convertirse nunca la iniciación elemental en un curso monográfico. Ahora bien, no nos parece inadecuado el exponer un curso de esta índole paralelamente al ordinario, aunque comenzado un poco después, cuando los alumnos posean ya una base para permitir que sea desarrollado a una mayor altura. Desconfiamos profundamente de la mera asistencia voluntaria libre, por lo que parece preferible que se dé acceso a este curso a los alumnos que sigan con aprovechamiento notable el general. Objeto del curso puede ser una parte del programa, o bien un sistema jurídico que guarde relación con nuestra Historia del Derecho (ejemplo, el Derecho Feudal Común) o los temas de una ciencia afín (por ejemplo, la Paremiología jurídica), etcétera. Estos cursos, naturalmente, están estrechamente relacionados con la actividad investigadora del profesor, y pueden adaptarse enteramente a sus preferencias, aunque el ajustarse a un plan determinado, por ejemplo, ir explicando en una serie de cursos el programa general, pero monográficamente le ayudará a ese "mantenerse en forma" no dejando nunca de estudiar, que consideramos esencial en la vida del profesor.

Con el mismo carácter monográfico deben considerarse los cursillos que suelen organizar las facultades, a base de la colaboración de distintas cátedras, con el objeto de abordar un mismo tema desde puntos de vista diferentes. En esta labor, la aportación del tratamiento histórico es esencial —y puede mostrarse en ella la función de la disciplina histórica en el cuadro de las ciencias jurídicas. Por otro lado, la Cátedra de Historia del Derecho debe vivir en contacto con otra Facultad, la de Letras, participando en sus tareas, a la misma ocasión apuntada. Deseable sería también, la organización de unas más amplias conferencias universitarias, que permitiese a quienes viven en el ámbito cercado de su Facultad, vivir alguna vez realmente la universidad; y al mismo tiempo ésta tendría ocasión de expresarse con un sentido más general que el acostumbrado en los cauces profesionales por los que discurre.

El seminario constituye una esfera superior dentro de la enseñanza universitaria. Aparte de unas condiciones materiales que permitan el desarrollo de una labor científica seria, exige a su frente una verdadera personalidad de esa índole, un maestro en toda la extensión de la palabra, cosa distinta de un profesor, indudablemente.

Pero todo hay grados, y es mucho lo que se puede hacer, aprovechando los elementos disponibles en ambos aspectos —material y personal— con la mayor voluntad. El seminario es fundamentalmente un lugar de trabajo de investigación que debe contar con un fondo de biblioteca con las fuentes y la literatura de la especialidad más la adquisición de las nuevas publicaciones. La selección de los colaboradores debe ser rigurosa, siendo preferible por lo general que se haya sin relación directa con la marcha ordinaria del curso y procurando que de éste queden vinculados a las tareas del seminario los mejores alumnos. No es necesaria una definida y absoluta vocación por la Historia del Derecho, como disciplina, ni conviene exigir una total dedicación a ella en los años de formación profesional que ha de ser integral. Simplemente, unos años de trabajo en un seminario mientras se estudia la carrera pueden ser grandemente formativos, sin perjuicio de que luego se tome una dirección distinta.

Claro es que en el seminario se determinarán también la afectiva dedicación de los más interesados y capacitados, a la Historia del Derecho.

Las tareas que incumben al seminario son, en primer término, mante-

ner la atención hacia el desarrollo de los trabajos científicos. El comentario de las nuevas publicaciones, la revista de revistas, la valoración de nuevas doctrinas y el repaso de las obras clásicas. En segundo lugar, investigaciones individuales o colectivas bajo la dirección del profesor. Muy interesante es el contacto con los grandes centros de actividad científica, representados en nuestra Patria por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. El dirigir a ellos, o bien a otros seminarios donde puedan obtener mayor beneficio en su formación a los estudiosos que destaquen por su aptitud para el trabajo, es una función que ya por sí sola justifica el establecimiento de un seminario, aunque el desarrollo de concretas actividades sea más bien modesto.

d') Relación con el alumno. Expuestos en grandes rasgos el sentido y la técnica de la labor docente hay que referirse a la labor que compete al alumno, o mejor dicho, a lo que el mismo profesor puede influir y determinar en ella.

¿Qué se debe exigir al alumno? Ya se indicó al principio que para que aquél que sólo se conoce en el momento del examen, el único medio es poner una prueba de aptitud, exigente y de la mayor virtud exploradora. Respecto a los alumnos directamente encomendados al profesor, ya se puede afinar más. A éstos se les debe exigir que den el máximo rendimiento de sus capacidades. En primer lugar que den los pasos materiales necesarios para ponerse en condiciones de aprender. La asistencia a la clase ha sido en ocasiones menospreciada, justamente cuando se la consideraba como suficiente mérito académico. Pero las causas de no asistencia, continua o no, son muy numerosas, y entendemos que el profesor puede liberarse de la carga de valorar y enjuiciarlas, limitándose a apreciar el hecho real de quien no asiste a clase no sigue el curso y debe quedar eliminado automáticamente, dejándole en las mismas condiciones que el dispensado de escolaridad, es decir, sometido a la misma prueba de aptitud. Sobre esto, reglas fijas y rigurosamente seguidas, sin excepciones.

El conocimiento de cada alumno debe fundarse en su ficha escolar, en la que se anotarán todos los datos de su aplicación y conducta; el dejarse llevar por el conocimiento personal y directo está expuesto a grandes errores; generalmente sólo se llega a conocer a unos cuantos alumnos más decididos para acercarse al profesor. Es lógico que el alumno que atiende en

los primeros bancos, que aborda al profesor para consultarle sobre alguna duda o simplemente para manifestarle su interés o su admiración por la disciplina, se capta la simpatía. Pero a la hora de juzgar, el profesor debe guiarse sólo por los datos escuetos que figuran en la ficha escolar, aunque el resumirlos les cause alguna sorpresa.

La masa escolar es de muy heterogénea formación, por lo cual, resulta difícil adaptar el ritmo de la clase a lo que es el término de la enseñanza: el discípulo. Junto al alumno que ha cursado bien los estudios anteriores y que posee una clara inteligencia, se da el de deficiente preparación o comprensión tarda. Algunas indicaciones sobre libros que convenga repasar —una Historia de España, una Introducción a la Filosofía, etcétera— pueden servir a los alumnos que habiendo descuidado sus estudios, están dispuestos a rehacerse por su cuenta, a costa de esfuerzo. Pero en ningún caso puede emplearse la clase para explicar aquellos conocimientos elementales o previos al estudio de la asignatura, lo que constituiría una pérdida de tiempo para el alumno medio. Tampoco puede constituir una rémora para la marcha de la clase la deficiencia intelectual de algunos alumnos, sin que deba por esta razón abandonárseles a sus medios. En clases de repetición encomendadas a los ayudantes se les puede prestar un auxilio más directo. Por el contrario, al alumno bien dotado y de extraordinaria aplicación, la asistencia al curso monográfico e incluso la entrada al seminario le darán ocasión para emplear adecuadamente sus facultades ³⁷⁴.

Las direcciones en que se produzca el rendimiento del trabajo escolar, no deben ser dejadas al arbitrio de los propios estudiantes. Es muy natural que éstos prefieran la novedad y el lucimiento de las tareas superiores a la modesta aplicación de la primera etapa de aprendizaje. En este punto, ser inflexibles. Esa primera etapa se exigirá absolutamente a todos, y sólo quienes la ejecutan cumplidamente pueden aspirar a ocuparse de la ampliación. Es más, el haber ocupado un puesto en el curso monográfico, no constituye una condición personal que inmune a las obligaciones de asistencia,

374 La tentación resisto de entrar en un coloquio con el que concibió semejantes prejuicios, o bien se limitó a caligrafiarlos, pero me parece obligado declarar que habiendo incurrido durante algunos años en la mostruosa selección de un grupo de alumnos, especialmente dotados para el cultivo de la ciencia, y trabajar con ellos, al margen del curso ordinario, la luz se hizo un día y lo suprimí radicalmente, dedicando desde entonces una atención igual, pública para todos, a la multitud escolar, reservando para el fin su calificación, sin dar tampoco mucha importancia al juicio de un profesor. Que el porvenir y la sociedad nos juzguen a todos. Y ni siquiera eso. Hasta el Juicio Final.

a las preguntas, exámenes parciales y final del curso. La selección y clasificación de alumnos tiene por fin únicamente el hacer posible un trabajo de intensidad graduada, y la exigencia del rendimiento debe serlo también.

Es indudable que la satisfacción íntima, el progreso que experimenta el estudiante que cumple con sus deberes académicos, constituyen la sanción más importante a su esfuerzo, pero junto a ella, la calificación o nota final en la asignatura es el reconocimiento superior, que por una parte confirma aquella sanción y por otra le da un significado hacia el exterior. En el aspecto individual y en el social esta calificación académica es de suma importancia. Su exacta adjudicación es un problema de justicia y de discernimiento, y en ambos aspectos el profesor debe poner la más cuidadosa atención.

Quiero terminar recordando las palabras con que nuestro LUIS VIVES definía la Universidad, y cuyo sentido puede iluminar todas las cuestiones relativas al método de enseñanza en esta noble y magnífica institución. En sus relaciones con los alumnos, al profesor le guiará sobre todo un cabal concepto y un vivo sentimiento de lo que es la Universidad, que él definía como reunión.

“Reunión y convenio de personas doctas al par que buenas, congregadas para hacer, iguales a ellos, a todos cuantos allí acuden a aprender”.

375 J. LUIS VIVES, *Tratado de la Enseñanza*, Madrid, 1923, pág. 48. Aunque parezca mentira, esta única cita, tan convencional, es la única que hoy reivindicó. Una casualidad (Ntra. Sra.) me había hecho conocer en parte la obra de Juan Luis Vives, (1492-1540), tras su centenario había hecho el propósito de hacer su lectura jurídica en la versión magnífica de Lorenzo Riber (1947), en vez de dedicar horas lectivas a la enojosa tarea de desenterrar este cadáver de memoria, que ahora vuelve al polvo donde estaba tranquila. Para completar su carácter de documento, parece necesario reproducir también los programas preceptivos de los dos cuatrimestres de la Asignatura, tal como fueron impresos en Granada, 1950. Las sucesivas alteraciones fueron publicadas en su oportunidad y el efecto sobre el método está aludido en los preliminares de mis tres libros, HGDE, Elementos y CJE, incompletos y, por lo tanto, fecundos.

D) PROGRAMAS DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

(PRIMER CURSO)
Cuatrimestre Primero

INTRODUCCIÓN. HISTORIA DE LAS FUENTES. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS.

INTRODUCCIÓN

Lección 1.^a

El Derecho como objeto del conocimiento histórico. La ciencia histórica y la historia especial del Derecho. Noción y contenido de la Historia del Derecho español. Su función en la enseñanza del Derecho.

Lección 2.^a

Historiografía jurídica española. El estado actual de la disciplina. La historia de las fuentes y la historia de las instituciones. Bibliografía y ciencias auxiliares.

HISTORIA DE LAS FUENTES

Lección 3.^a

El Derecho Romano en España. Fuentes de conocimiento. Los Derechos indígenas y el Derecho provincial. Las leyes municipales. El Derecho imperial y la doctrina jurídica. El Derecho romano vulgar.

Lección 4.^a

El Derecho visigodo. Fuentes de conocimiento. Derecho germánico, romano y canónico. La legislación y las compilaciones del Derecho. El Derecho consuetudinario. Literatura jurídica.

Lección 5.^a

El Derecho musulmán. Fuentes de conocimiento. El Corán. La Suna y el Ichná. La ciencia y el Fiq: escuelas y autores. Las costumbres y los usos locales.

Lección 6.^a

El Derecho medieval de la Reconquista. Fuentes de conocimiento. Tradición, creación y fijación del Derecho. El Liber iudiciorum y los nuevos Derechos territoriales en León, Castilla, Cataluña, Navarra y Aragón. El Derecho conónico nacional.

Lección 7.^a

El Derecho municipal en los diversos territorios. Privilegios, costumbres y jurisprudencia. Redacciones del Derecho municipal: cartas pueblas. Fueros y «Consuetudines».

Lección 8.^a

El renacimiento del Derecho romano. Recepción del Derecho romano en España. Influencias del Derecho canónico y del Derecho feudal lombardo.

Lección 9.^a

La reelaboración y el predominio de los Derechos territoriales. La redacciones del Derecho en los diferentes territorios: Códigos y redacciones privadas. Legislación de las Cortes y otras asambleas políticas. La nueva legislación e interpretación regias.

Lección 10.^a

Derecho marítimo medieval: «Las Costums de la mar». Derecho corporativo. Derecho de las comunidades mora y judía. La literatura jurídica medieval. Filosofía y doctrinas políticas. El comentario de las fuentes directas.

Lección 11.^a

El Derecho de la Edad Moderna. Fuentes de conocimiento. El Derecho romano y el canónico. Los Derechos territoriales y el Derecho Castellano. El Derecho y la legislación indiana. El Derecho local y corporativo.

Lección 12.^a

La labor recopiladora en los diferentes territorios. Necesidad de la Recopilación. Métodos y resultados de la misma. Intentos de Codificación.

Lección 13.^a

La jurisprudencia en la Edad Moderna. La literatura jurídica. Influencias extranjeras. Escritores de las diversas ramas del Derecho.

Lección 14.^a

Las constituciones políticas del siglo XIX. Legislación, jurisprudencia y codificación. El Derecho local. Literatura jurídica y política.

INSTITUCIONES POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**Lección 15.^a**

Organización política en la España prerromana. Integración de España en el Imperio romano. Las provincias españolas y la constitución política romana.

Lección 16.^a

La condición política de las personas. Peregrinos. Derechos de latinidad y ciudadanía. Clases sociales. Relaciones de dependencia. La adscripción personal.

Lección 17.^a

Organización y régimen de las provincias. El gobierno provincial y las asambleas provinciales. Funciones administrativas. Organización del culto pagano.

Lección 18.^a

El régimen municipal. Ciudades indígenas, colonias y municipios. Magistrados locales. La curia municipal. Latifundios independientes.

Lección 19.^a

Derecho referente a la Economía política. Hacienda pública. Propiedades, impuestos, prestaciones. El servicio militar.

Lección 20.^a

Iglesia cristiana: organización y gobierno. El Obispo y los Concilios. Patrimonio eclesiástico. Relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Lección 21.^a

Establecimiento de los pueblos germánicos en el Occidente del Imperio. Las provincias romanas y el Estado visigodo. La Monarquía. Sucesión al trono. Poder regio.

Lección 22.^a

Los súbditos del Estado visigodo. Provinciales y visigodos. Clases sociales. Relaciones de dependencia.

Lección 23.^a

Organización y funciones de la Administración central: Asamblea popular. El Palatium o Aula regia. El oficio palatino. Los concilios de Toledo.

Lección 24.^a

División territorial visigoda. El Municipio bajo el Estado visigodo. Organización corporativa. Las villas señoriales.

Lección 25.^a

Derecho referente a la Economía política. La Hacienda pública visigoda. El servicio militar. La Iglesia en el Estado visigodo. Las relaciones internacionales.

Lección 26.^a

La dominación musulmana. Los grupos de población. Comunidad de creyentes. Del Emirato al Califato de Córdoba. Los reinos de taifas. Administración central.

Lección 27.^a

División y gobierno territorial en la España musulmana. Las ciudades. Economía y Hacienda pública. El Ejército.

Lección 28.^a

Restauración de los Estados cristianos tras la invasión musulmana. Origen y naturaleza del Estado. Unión y división de Estados. El territorio y la población.

Lección 29.^a

Condición de las personas en el Estado medieval. Clases sociales. El vasallaje. La encomendación. Las clases serviles.

Lección 30.^a

La monarquía medieval. Derecho de sucesión al trono. Poder regio. La casa del Rey.

Lección 31.^a

Administración central en la Edad Media. La curia regia. Funcionarios reales. Consejos y tribunales del Rey.

Lección 32.^a

Las asambleas políticas medievales. La Curia plena. Las Cortes: elementos que las forman, funcionamiento y atribuciones.

Lección 33.^a

Organización territorial en la Edad Media. Los condados. Las inmunidades y el régimen señorial. Las divisiones territoriales del Estado: Gobierno y Jurisdicción en estas esferas.

Lección 34.^a

Los orígenes del régimen municipal. Clases de municipio. Organización interna. Hermandades municipales. Los municipios y el poder central. Las aljamas.

Lección 35.^a

La organización corporativa medieval. Universidades de estudios. Cofradías. Gremios artesanos y mercantiles. La Mesta y corporaciones análogas.

Lección 36.^a

El servicio militar. Las milicias locales. La caballería. Las órdenes militares. La Marina.

Lección 37.^a

Derecho referente a la Economía política. Hacienda pública. Disgregación e integración del organismo fiscal. Impuestos y prestaciones.

Lección 38.^a

La Iglesia durante la Edad Media. Organización eclesiástica. Iglesias propias. Monasticismo. Relación de la Iglesia y el Estado. Relaciones internacionales.

Lección 39.^a

El Estado en la Edad Moderna. Imperio español. La población. Las clases sociales.

Lección 40.^a

La Monarquía. La sucesión al trono. El poder real. La Corte.

Lección 41.^a

Administración central en la Edad Moderna. Evolución de las Cortes. Régimen de Consejos. El régimen de Secretarías.

Lección 42.^a

Administración territorial en la Edad Moderna. Territorios políticos: Virreinos. Las Provincias. Organización judicial en estos territorios. El Ejército y la Armada.

Lección 43.^a

El régimen señorial en la Edad Moderna. Transformaciones del Municipio. Extensión del régimen municipal a Indias. La organización corporativa.

Lección 44.^a

El Derecho relativo a la Economía política en la Edad Moderna. La Hacienda pública. Sistema de impuestos. El presupuesto, la Contabilidad y el Procedimiento.

Lección 45.^a

La Iglesia en la Edad Moderna. La reforma eclesiástica. Relaciones de la Iglesia y el Estado. La jurisdicción eclesiástica. Relaciones internacionales.

Lección 46.^a

El Estado constitucional. La monarquía. Las Cortes, el Gobierno y los Consejos. La organización judicial.

Lección 47.^a

La Administración central. Hacienda y Ejército. La división provincial y el régimen municipal. Relaciones entre la Iglesia y el Estado. Relaciones internacionales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los alumnos que no asisten al curso oficial de la asignatura, pueden prepararla por los siguientes libros:

GALO SÁNCHEZ, *«Curso de Historia del Derecho Español»*. Contiene la introducción y la historia de las fuentes.

ALFONSO GARCÍA GALLO, *«Curso de Historia del Derecho Español»*, tomo I. Contiene la introducción, la historia de las fuentes y de las instituciones del Derecho político y administrativo.

(CUARTO CURSO)
Cuatrimestre Segundo

DERECHO PRIVADO. DERECHO PENAL. DERECHO PROCESAL.

DERECHO PRIVADO

Lección 1.^a

Consideración histórica de la distinción entre Derecho público y privado. Instituciones que se comprenden en la Historia del Derecho privado. El estado de la investigación. Derecho nacional y recepción romano-canónica.

Lección 2.^a

La persona individual y su capacidad jurídica. La condición de libertad. Nacimiento y extinción de la personalidad. El «nasciturus».

Lección 3.^a

Circunstancias jurídicas que modifican la capacidad. El estado de ciudadanía. La religión: herejes, moros, judíos. La condición social. El estado religioso.

Lección 4.^a

Circunstancias naturales que modifican la capacidad. La edad, el sexo, la enfermedad. La persona jurídica.

Lección 5.^a

Derechos sobre las cosas. Las figuras posesorias. La propiedad. Propiedad colectiva e individual. Vinculaciones. La amortización.

Lección 6.^a

La adquisición del derecho de propiedad. Formas originarias de adquirir. Formas derivativas: el título y el modo.

Lección 7.^a

Defensa del Derecho de propiedad. La acción reivindicatoria. Limitaciones del Derecho de propiedad: Las servidumbres prediales.

Lección 8.^a

Derechos limitados sobre las cosas. El usufructo. La división del dominio útil y el directo. Derechos reales de garantía.

Lección 9.^a

El Derecho de obligaciones. Las fuentes de las obligaciones. El contrato. Consentimiento y forma.

Lección 10.^a

La forma escrita de los actos jurídicos. El Notario. Publicidad. Registros públicos.

Lección 11.^a

Contratos en particular. La donación. La compraventa.

Lección 12.^a

Los contratos agrarios. La precaria. El arrendamiento.

Lección 13.^a

El contrato de servicios. El contrato de obra. El contrato de sociedad. Otros contratos.

Lección 14.^a

El Derecho de familia. Los grupos familiares en las diversas etapas históricas. La comunidad ante el Derecho.

Lección 15.^a

El matrimonio y sus formas. Requisitos. Relaciones personales entre los cónyuges. Disolución. Uniones semejantes al matrimonio.

Lección 16.^a

Aportaciones económicas al matrimonio. Régimen familiar de bienes. Consecuencias económicas de la disolución del matrimonio.

Lección 17.^a

Relación paterno-filial. Filiación ilegítima. Parentesco artificial. La tutela de los menores.

Lección 18.^a

Derecho de sucesiones. Sucesión familiar. La troncalidad. La mejora. Sucesiones especiales.

Lección 19.^a

La sucesión voluntaria. La parte libre. Actos de disposición. Testamento. Contratos sucesorios. La partición de la herencia.

Lección 20.^a

El Derecho Mercantil. El comerciante. Contratos especiales de comercio. Derecho marítimo.

DERECHO PENAL

Lección 21.^a

Historia del Derecho penal. Sus etapas fundamentales. El delito: su concepto.

Lección 22.^a

La responsabilidad penal. Circunstancias que la modifican. Grados y formas de comisión del delito. El encubrimiento.

Lección 23.^a

Las consecuencias del delito. Enemistad y venganza. La pena pública. Clases de penas.

Lección 24.^a

La prevención del delito. Las paces especiales. La fianza de salvo. Consecuencias del delito subsiguientes a la pena.

Lección 25.^a

Protección penal de la comunidad: traición política; la herejía. Protección penal de la familia: el adulterio.

Lección 26.^a

Protección penal de la persona: homicidio; injurias. Protección penal de la propiedad.

DERECHO PROCESAL**Lección 27.^a**

Historia del Derecho procesal. La jurisdicción y el procedimiento en la provincia romana y en el Estado visigodo.

Lección 28.^a

La administración de justicia en la Edad Media. La jurisdicción ordinaria: sus grados. Las jurisdicciones especiales.

Lección 29.^a

El procedimiento judicial anterior a la Recepción romano-canónica. Fases del proceso. Los medios de prueba. La sentencia.

Lección 30.^a

El proceso civil de la Recepción romano-canónica. Fases del proceso. Los procedimientos sumario y ejecutivo. El procedimiento penal.

Lección 31.^a

La administración de justicia en la Edad Moderna. Jurisdicciones ordinarias y especiales. El procedimiento.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los alumnos que no asistan al curso oficial de la asignatura, pueden prepararla por los siguientes libros.

ALFONSO GARCÍA GALLO. «*Curso de Historia del Derecho Español*», tomo II. Su volumen I, único hasta ahora (1950) publicado, contiene el Derecho de Personas.

JUAN BENEYTO. «*Instituciones de Derecho histórico español. Ensayos*». Vols. 1.^º y 2.^º Barcelona, 1930. Contiene la Historia del Derecho Privado.

SALVADOR MINGUIJÓN. «*Historia del Derecho Español*». Cuadernos. Zaragoza, 1929-1932. Cuadernos V y VI: *Capacidad y Familia*; VII: *Sucesiones*; VIII: *Derechos sobre cosas*; IX: *Contratación*; X: *Derecho Penal* y XI: *Derecho Procesal*.

Una exposición muy breve de las tres ramas (Privado, Penal y Procesal) se contiene en las obras de RIAZA y GARCÍA GALLO, «*Manual de Historia del Derecho Español*», Madrid 1935, y de JUAN BENEYTO, «*Manual de Historia del Derecho Español*», 2.^ª Ed., Zaragoza 1948.

Ninguno de estos libros es suficiente por sí solo para preparar el examen del Segundo cuatrimestre. Dado el estado actual de las publicaciones sobre la materia, es necesario recomendar a los alumnos no asistentes que atiendan preferentemente al Derecho de Personas, a base de la obra citada en primer término, y que adapten cualquiera de las otras a los epígrafes, muy generales, del programa.

EPÍLOGO

La brevedad del precepto reglamentario deja en una relativa libertad acerca de este primer ejercicio, pero la costumbre parece indicar que quien aspira a una cátedra universitaria exponga al Tribunal sus razones, méritos y trabajos¹.

La razón más profunda y lo más sólido que encuentro en mi favor es un sincero amor por la Universidad. Quisiera poder expresar todo lo que admiro y espero de ella y, manifestando sentimientos personales, creo que encontraría palabras de alabanza y entusiasmo.

Pero lo cierto es que encuentro más seguridad, que en el terreno puramente individual, en el que es tan poco lo que podría aportar a la gloriosa tradición de los estudios universitarios, en referirme a la generación de que formó parte, que ha llegado y está llegando a la Universidad, que la ama en obras y que le dedica su vida en justa compensación a cuanto de ella recibe. Me siento acompañado y conducido por haber sabido distinguir a los guías preclaros de esa generación y por haberme adherido, con aptitudes modestas pero con entera voluntad, a lo que ellos desean para la Universidad y para las Universidades españolas².

Con esto no expreso nada individual sino la resolución colectiva que ha dado y dará de sí, y tampoco estos sentimientos universitarios son un mérito mío, sino de la institución que los inspira y de los hombres que la han servido y la sirven lealmente.

1 Texto redactado para seguridad, pero no leído en el acto del primer ejercicio de las oposiciones, que debía ser oral. Estaban presididas por don Salvador Minguijón, y sus vocales don Alfonso García Gallo, don Juan Beneyto Pérez, don José Orlandis y don Juan Ferrándiz, catedrático de Historia de la Cultura en la Facultad de Filosofía y Letras.

2 Rendí tributo al error dominante acerca de la generación, que he procurado combatir, con la satisfacción de comprobar más tarde que ha sido objeto de suficiente crítica, no obstante lo cual sigue activo.

Pero es necesario abandonar ese terreno más firme, en el que uno se encuentra amparado y sostenido y quedarse en cierto modo solo frente a la Universidad, para someterse a estas pruebas.

Durante mi carrera en esta Facultad de Derecho, que refleja el expediente, no me faltó afición al estudio, aunque no siempre estuviera encauzada en la disciplina académica ordinaria. Cuando la Facultad convocó un concurso en 1940 para que los alumnos de los diferentes años escribieran sobre varios aspectos de la personalidad de Luis Vives, presenté un trabajo que fue premiado. Igualmente lo fue otro sobre Raimundo Lulio y su Filosofía jurídica y política, presentado en 1941.

Concedo a mi preferencia por este tipo de trabajos, en la época de estudiante, la importancia que tiene, porque veo en ello los peligros de una juventud que prefiere la libertad intelectual a la disciplina intelectual.

Al decidir quedarme en la Universidad me acogí al examen de Grado, en el que obtuve la nota de sobresaliente. Me fue concedido el premio Extraordinario de Licenciatura³.

En el curso de Doctorado y ya a su final ocupó la cátedra de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico el hoy señor obispo de Tuy, Fray Fosé López Ortiz. Este conocimiento y la relación que le siguió fueron decisivos para mí, como para otros muchos; y entre todos los beneficios que puede proporcionar el acercamiento a su extraordinaria personalidad, debo agradecerle ahora el haberme orientado hacia el trabajo científico.

En este camino, como es lógico, los resultados no se obtienen fácilmente y sólo en 1947 terminé la tesis doctoral, sobre un tema de Historia del Derecho Español que fue calificada con la nota de sobresaliente y hon-

3 Prudente, Maldonado censuró dos sinceros pasajes de este discurso que trataba de paliar la impresión de un expediente escolar regular tirando a malo: "mi preferencia por este tipo de trabajos en la época de estudiante... fue mi primer deseo mejorar mi concepción académica". El premio sobre Vives, que excluía para alumnos de 3º y 4º el aspecto jurídico, me fue concedido por mitad con mi luego amigo Justo Díaz Villasante, un año más adelantado, y ayudante de Filosofía del Derecho. A su benevolencia atribuyó la única matrícula de honor en mi Licenciatura, a lo que debo haber experimentado simbólicamente esa cumbre que es un requisito del acceso a la cátedra. Porque en realidad yo soy un mal estudiante, especie necesaria y en peligro de extinción por los esfuerzos combinados de la Selectividad y el Límite de las convocatorias. En efecto, el examen de Grado exigía un repaso de todas las asignaturas que para mí fue vital, como un poco más tarde, los cursos de Introducción al Derecho en la UNED, con los cuales no podría en absoluto ser llamado jurista, lo que soy tan apenas.

rada con el premio instituido en memoria de don Román Rianza para trabajos de esta índole.

Durante mi preparación abrí un paréntesis para hacer oposiciones entre Licenciados a un cuerpo de funcionarios del Ayuntamiento de Madrid, y como letrado interino he tenido ocasión, en la espléndida escuela de su Servicio Contencioso, de ejercer durante dos años la profesión, asesorando y defendiendo a la Corporación ante los tribunales. No he dedicado a la actividad profesional más tiempo del que estrictamente debía por razón de mi cargo y, sin embargo, no creo que me haya sido perjudicial esta aproximación a la vida práctica del Derecho. Al contrario, le debo haberme interesado más profundamente en su historia.

El origen de mi afición a la Historia del Derecho creo que está en las tendencias que dominaban mis primeras lecturas de Filosofía. Estas tendencias pueden resumirse en el término "historicismo". Me atraían expresiones como "las cosas no son, las cosas se hacen", "el ser del hombre es su historia", "la Historia como sistema".

A través de los libros de texto me llegaban noticias de aquel gran movimiento universitario y jurídico de la escuela histórica. Incluso me acercó más a materias como el Derecho Mercantil o el Procesal, la forma en que se explicaba la letra de cambio o el proceso ejecutivo, como resultado de un desarrollo histórico. Estos modelos me hacían sentir que había unos estudios en los que se podrían lograr esas síntesis.

Fue mucho más tarde, precisamente al plantearme las cuestiones que encierra el "Concepto de la Historia del Derecho", con destino a la Memoria reglamentaria, cuando comprendí la insuficiencia del historicismo para la ciencia histórica y la superioridad de los presupuestos filosóficos que, cuando menos, proporcionen a la historia conceptos, y mejor aún si le proporcionan sustancias.

Por lo pronto mi relación con la Escuela de Historiadores del Derecho me hizo conocer las exigencias del trabajo verdaderamente científico, que incluía muchos conocimientos preparatorios y auxiliares y una necesaria labor de análisis y de crítica, sin la cual las síntesis históricas no se pueden alcanzar. Y no habiendo admitido antes la sujeción de estudiante, me sentí ahora con verdaderas ganas de esa necesaria servidumbre de la inteligencia, a los manuales y a los métodos.

En este punto debo, para ser justo, agradecer y espero tener mejor ocasión de hacerlo a quien me exigió siempre la disciplina de trabajo que uno puede hasta desear, pero casi nunca imponerse a sí mismo⁴.

Fueron unos años aparentemente improductivos, pero a ellos debo cuanto he hecho y pueda hacer en el futuro.

Desde el primer momento me uní a lo que es el solar de la Historia del Derecho Español, el *Anuario*, colaborando en la confección de sus cuatro últimos volúmenes. Recientemente me fue concedido el honor de ser secretario de esta publicación.

En el círculo de los historiadores del Derecho encontré profesores y amigos.

Prescindiré de señalar personas con excepción de mi maestro don Galo Sánchez en cuya cátedra colaboré durante varios años y al que debo testimoniar especialmente mi gratitud; para atender a la espléndida unanimidad de varias generaciones de profesores e investigadores que agrupados en torno al recuerdo y a la obra de don Eduardo de Hinojosa, forman una escuela científica en varios aspectos única y excepcional.

He realizado mi labor como becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y del Instituto de Estudios de Administración Local para realizar en éste un trabajo concreto sobre un tema histórico-jurídico.

En la Sección de Historia del Derecho del Instituto de Estudios Jurídicos he pasado unos años de vida universitaria más intensa si cabe, que

4 El protocolo de las oposiciones impedía mencionar el nombre de los jueces, pero no omitiré que el aludido era don Alfonso García Gallo, cabeza de la Escuela felizmente dominante en nuestra asignatura, ante quien fue siempre mi abogado don José Maldonado, y en cuyo obsequio me esforcé por dar la apariencia de trabajar en serio, sin haber llegado nunca a convencerle, no obstante lo cual tuve la satisfacción de obtener su voto. Al mismo se refiere el curso sobre Instituciones musulmanas, aludido después, del que me dispensó el texto original del capítulo correspondiente de su tratado inédito, así como el enorme legajo de sus conferencias dictadas en su primer viaje a América. Con estas condiciones, y la constante lectura de sus trabajos, se darían los supuestos para ser considerado un discípulo suyo. Si he rechazado ese título es por haber tenido la sensación constante, a través de medio siglo, no de ser un Suspenso de su clase, sino como en la antigua nota, un Reprobado. Impresión confirmada por su ausencia en la colaboración a mi homenaje que le fue solicitada por Martínez Gijón, que tuvo la ocurrencia como en otras ocasiones de emparejarnos como sus maestros (no lo he sido de nadie; soy un libertador). Este género de enemistad académica me ha conducido hacia esta figura del Antiguo derecho, la inimicitia, que es compatible en mi caso también con el respeto, la admiración e incluso cierto afecto. Me es grato reiterarle mi gratitud por sus prestaciones objetivas a una ciencia, de la que he vivido y todavía vivo, y también por sus atenciones personales que son compatibles con las más absoluta desestima..

en la propia Universidad, porque en ésta tenía que actuar ya como profesor, mientras que en la sección he podido seguir siendo simplemente un estudiante, asistiendo al seminario allí dirigido por el profesor Maldonado con el fin de preparar las clases prácticas correspondientes a sus cursos en la Facultad sobre Historia del Derecho Privado.

He aprovechado todas las ocasiones de seguir siendo un estudiante, pero no en el sentido amplio que es común a todo el que se dedica a una tarea científica, sino en el sentido literal. Y así, aunque mi propósito no era el continuar siendo funcionario, asistí a un curso de estudios en el Instituto de Administración Local. Dentro de la Universidad, en el curso anterior acudí a dos seminarios del doctorado: el del profesor Torres López y el de don Galo Sánchez; y cuando en la cátedra de Valdecilla se dio un cursillo sobre Instituciones del Derecho Público musulmán en España, acudí también, no como el público va generalmente a las conferencias, sino con mis cuartillas a tomar apuntes, de unas lecciones que me hacían falta.

Deseando completar mi formación, no perdí la oportunidad de asistir a una interesante serie de lecciones sobre Metodología y a los cursillos de Derecho Privado, dados en esta Facultad por el profesor Maldonado.

Debo explicar por qué presento esos trabajos de estudiante, anteriores a mi dedicación formal a la Historia del Derecho. En primer lugar, porque me he permitido alegarlos en mi favor y justo es que los someta al juicio y a la crítica de estas oposiciones.

También porque otra cosa sería un desprecio para la Facultad que me concedió con motivo de ellos sus premios. Y fundamentalmente porque junto a sus limitaciones veo en ellos también algunos valores formativos y de aprendizaje histórico, si no en sus aspectos técnico y analítico, sí en el constructivo e ideológico.

El trabajo sobre Vives, publicado, no contiene un tema de Historia del Derecho, pero está ligado a la Universidad, puesto que trata con intención literaria la figura de Luis Vives como educador y en relación con su patria nativa. Sus fuentes son algunas obras de Vives, como los Diálogos, Tratado del alma, Socorro de los pobres, una elemental bibliografía vivista, como Menéndez Pelayo, Bonilla San Martín y algunas obras generales.

Más próximo a la Historia del Derecho, a las doctrinas políticas y jurídicas, está el libro sobre Raimundo Lulio, del que he publicado aislada-

mente dos capítulos. Aquí el tema me imponía buscar más medios de información, y por mi parte me interesaba ya cierta solidez de este tipo. Sólo utilicé por razones de tiempo parte de la bibliografía española sobre Lulio: Ribes, Ovejero. Pero fundamentalmente lo elaboré con la lectura de algunas obras, Arte Magna, Arte breve, Le Desconort, Libro del Amigo y del Amado, Ascenso y descenso del entendimiento, y, sobre todo, Blanqueria, utopía medieval en que Lulio había proyectado sus ideas acerca del hombre, de la sociedad y del Estado, pero, a diferencia de las utopías desde el Renacimiento, con un profundo sentido de la vida real. El resultado es también una visión algo personal de la biografía y la obra de Raimundo Lulio. Sin sustraer estos escritos a la crítica de que pueden ser objeto, quiero advertir que no los presento como labor propiamente científica sino como una muestra de la etapa inicial que le precedió⁵.

Antes de pasar a exponer con cierto detalle el planteamiento, desarrollo y resultados de los trabajos en la especialidad, creo que debo aclarar que mi vocación más auténtica, consolidada en los años universitarios y en los de profesión, es el Derecho. Considero que los estudios de Historia del Derecho junto a su intrínseco valor tienen la elevada misión de servir a la formación de los juristas, y que pueden dar a la vida jurídica un sentido de continuidad y de tradición; que sometidos a las exigencias de la ciencia histórica, tienen su lugar entre los problemas y las aspiraciones del mundo jurídico actual.

La elección del tema para mi tesis doctoral me preocupó mucho y por mucho tiempo. No me decidí a emprenderla antes de pasar unos años de estudio y deseché algunos temas antes de encontrar el definitivo.

Crecía y creo, con mis maestros, que la tesis doctoral es un momento

⁵ Este cuidado en delimitar el ámbito de lo científico, frente al cual incluso cometía la dudosa discriminación de disminuir lo personal y lo "meramente literario" (1), puede indicar el rigor que presidía y tal vez preside la vida académica, universitaria. Este mismo, me llevó a impedir la publicación de mi librito sobre *Juan Luis Vives, como hispanista y educador*, ya compuesta y en pruebas, acerca de la cual tuve la fortuna de recibir esta carta del Doctor Marañón, que sería un buen prólogo para una edición que no tendrá lugar y no quiero perder: "Mi querido amigo: he leído las pruebas de su Vives y no me explico por qué no anda ya por las manos de los lectores. Es un estudio excelente, agudo, vivaz, limpiamente escrito. Y, sobre todo, una promesa cierta de otras aportaciones que le honrarán y nos honrarán a todos. Torno varias notas de sus comentarios sobre este gran viajero de la vida, que esto fue Vives, antes que otra cosa. Un cordial saludo de su amigo". El texto, muy valioso por sí mismo, habla, sobre todo, de su autor y es un documento más de su proverbial generosidad.

de suma importancia para nuestra formación científica; que ella contiene como las semillas de toda nuestra labor futura. Deseaba que fuese su tema importante, que tuviera cierta peculiaridad y originalidad.

El tema surgió repasando los fueros municipales, y estaba reducido inicialmente a la Fianza de salvo. Los Fueros castigaban más gravemente el homicidio cometido, mediando esa relación. No conocía nada escrito sobre este asunto y empecé a tomar notas en los fueros municipales extensos que la regulaban con mayor detalle.

Con ellos hice una primera redacción describiendo la institución jurídica: quien sospechaba que otro iba a atacarle, se dirigía al juez para que éste obligase al sospechoso a otorgar una promesa de que no lo haría; la promesa era garantizada por unos fiadores que tenían cierta responsabilidad en caso de quebrantamiento. Este quebrantamiento era un delito formal, junto al delito de resultado.

Pero en el examen de las fuentes advertí que se asimilaban a estas consecuencias toda una serie de figuras, como la reconciliación posterior a la enemistad, la tregua del proceso, ciertos saludamientos con los que éste concluía, la antigua paz de los hidalgos, etcétera.

Esto me llevó a un repaso y a una ampliación de las fuentes.

Era necesario encontrar cierta unidad entre las figuras concretas y la solución me fue dada por los estudios sobre paz especial. La paz especial protege ciertos lugares, personas o actos, pero al lado de las paces especiales objetivas, frente a todos, era posible una paz subjetiva, entre partes; y con este criterio los testimonios de las fuentes podían ser sólidamente agrupados.

Vino a confirmar en el tema una monografía de Rudolf His sobre *Gelobter und gebotener Friede*; pero aunque en sus observaciones sobre las fuentes alemanas y flamencas y en su admirable sistema encontré mucha orientación, mi propósito fue trabajar directamente sobre las fuentes medievales españolas. Traté de agotar todo su contenido, atendiendo especialmente a la interpretación y procurando aislar en cada precepto, los supuestos y las normas que contenía.

La clasificación que en esta proximidad a los textos se impuso tenía su fundamento más bien en los caracteres exteriores y circunstanciales a que las diversas figuras responden. En cada una de ellas ordené los testimonios de las fuentes, primero por su afinidad formal y después por su orden histórico.

Esta labor encuentro hoy que podría mejorarla⁶, siguiendo las observaciones valiosas que han sido hechas, y mi experiencia de otros trabajos; encuentro en primer lugar que están muy mezcladas la labor de crítica y aproximación de textos con la propiamente constructiva; que se podrían introducir modificaciones en cuanto al emplazamiento del contenido de las fuentes, advirtiendo siempre que hay dificultades por falta de fecha en algunas de ellas y de sus diferentes estratos y porque el avance histórico no se produce al mismo ritmo en los diferentes círculos del Derecho Municipal; que se podrían sobre todo acentuar la unidad de toda una serie de paces entre partes vinculada al proceso, comenzando por la tregua procesal que se establece inmediatamente a la comisión del delito para restaurar de modo provisional la paz rota y terminando por el saludamiento o la reconciliación según los casos, que restauran definitivamente la paz.

Junto a ellas, la fianza de salvo tiene también, como observé entonces, un carácter procesal. El demandado viene obligado ordinariamente a garantizar con una fianza su asistencia al proceso: la fianza de salvo tiene por objeto preconstituir esa garantía procesal, lo que no fue advertido por His, que trataba la fianza simplemente como una garantía de la promesa de no atacar.

Para llegar a la situación procesal afianzada se desarrolla previamente toda esa parte del proceso, mejor que un proceso especial, como digo en la te-

6 El "ser mejorada" del original fue corregido por un "mejorarla", minucia reveladora de la necesidad de no ceder, en este ejercicio, calificado como de autobombo. Se comprende que tantos, los mejores, hayan considerado este trance de las Oposiciones como algo que es mejor olvidar y revestir, por el que sin embargo tengo una preferencia que no voy a ocultar, y declaro haber puesto la intención y la solemnidad que otros reservan, por ej. para su ingreso en las Academias. Varios los trabajos que se mencionan se encontraban inéditos. Su publicación ulterior consta en la lista que figura al final de mi CJE, con añadidos en el tomo XIV de *Historia, Instituciones, Documentos*, de la Universidad de Sevilla, en el homenaje convocado, a las que uno, como recapitulación de mi carrera, la reseña por mi amigo y compañero Joaquín Cerdá, en el Anuario, y por el prof. Porras en los Cuadernos de Peláez con motivo de mi jubilación, y asimismo, la pronunciada por el prof. Martín de Albuquerque, en la recepción como académico de mérito en la Portuguesa de la Historia, junto de nuevo con García Gallo. Una revisión del propio interesado sobre una prolongada experiencia en lo que hemos convenido en llamar estudio superior, síntesis de la convencional dualidad de investigación y enseñanza, y que cuenta con dos etapas singulares, de una parte la Distancia y de otra la que entonces y ahora llamaré dorado o glorioso tiempo del tumulto, podría tener algún interés, sobre todo para el autor, y aún espero ejecutarla. (28.VI.92)

sis. A él están ligados ciertos poderes y actuaciones que His consideraba como paces provisionales y subsidiarias, y medidas coercitivas, que no son sino los elementos de ese proceso que se desarrolla aún antes de cometerse el delito. En definitiva, la institución es un caso más de la precedencia que en el desarrollo histórico tiene el Proceso sobre el Derecho sustantivo.

Mirando a un interés actual y vivo, la conclusión de mi trabajo fue la enorme superioridad del Derecho Medieval, con esas garantías normales y jurídicas que por ejemplo el Derecho inglés ha conservado frente a la peligrosidad de un delincuente, y que contrastan con las arbitrarias e injustas medidas de seguridad de los tiempos modernos.

He deseado y espero todavía rehacer esa tesis y en el curso de los restantes trabajos he ampliado el examen de las fuentes—recogiendo sobre todo documentos de aplicación—cartas de seguridad, tregua, reconciliación, que se encuentra muy dispersos. Pero de momento me pareció más conveniente estudiar nuevos temas, pensando sobre todo en que tenía un extenso programa que preparar y era mejor ir abordándolo en sus diferentes sectores con algunos estudios directos.

Todavía en el mismo orden de asuntos, encontré otro tipo de paz especial no mencionada por los tratadistas, la paz especial del camino. Se trata de una paz local y no meramente de un *conductus*, puesta normalmente bajo la tuición regia, o bien de ciertos actos como la paz y la tregua y las hermandades que sustituyen al Estado; y con un típico delito formal de fractura o quebrantamiento de camino, junto a la agravación del delito de resultado.

Presento una redacción a base de una serie de textos, recogidos un poco incidentalmente, que si no permiten trazar un desarrollo histórico completo, creo que sí permiten observar sus líneas fundamentales. Aparte de algunas conclusiones sobre la paz especial, en la que se originan recursos y arbitrios de protección que luego se extienden al orden general de la paz jurídica, he visto en la paz del camino una lección histórica.

Si comparamos la ciudad o la casa con el camino, vemos que en aquellas incluso la disposición material de los lugares, favorecería la creación de una protección jurídica más intensa. Frente a quienes derivan el derecho de las condiciones de hecho, de la situación real de las fuerzas, tenemos este caso en que a la inseguridad real del camino, el derecho respon-

dió con la noción del camino real, con una protección más alta y una superior valoración de los bienes confiados a sus normas.

Cambiando de dirección con el propósito indicado, intenté un trabajo de Fuentes que presento, deseando continuar con una modesta contribución, el estudio de don Galo Sánchez sobre el Ordenamiento de Alcalá.

En sus fuentes se distinguen dos tipos de muy diverso carácter. El primero lo forman los ordenamientos anteriores otorgados por el mismo monarca: el de Burgos de 1328 y el de Segovia, 1347.

Hay una fuente, el Ordenamiento de Villa Real, inédito, que es a la vez la fase inicial en la formación del Código. Se trata de un conjunto de disposiciones que ha pasado con algunas reformas al Ordenamiento de Segovia, el cual a su vez se ha vertido, si bien no íntegramente, en el Ordenamiento de 1348.

En estos documentos se contiene pues, una sola acción legislativa que se ha ido incrementando y precisando en sucesivas etapas.

Tanto su contenido como la forma de su promulgación hacen de ellos una fuente característica del Derecho regio en la baja Edad Media, frente a la cual, con una índole diferente, adventicia, se sitúa el elemento agregado en las Cortes de Alcalá, el Pseudoordenamiento de Nájera.

Mi labor ha consistido en transcribir este Ordenamiento de Villa Real, y anotar las variantes con el de Segovia, y con el de Alcalá. Aunque algunas variantes tienen interés jurídico y alguna ley importante no ha sido incorporada, creo que se debe reservar este manuscrito para una posible edición crítica del Ordenamiento de Alcalá.

En cuanto a la forma de su promulgación el Ordenamiento de Villa Real se aproxima al ejercicio del *ius interpretandi* regio, con la habitual fórmula de inclusión en los cuadernos de Derecho Local. Esta ha desaparecido en el Ordenamiento de Alcalá. El orden territorial de prelación de fuentes alcanzaba allí un triunfo definitivo y el rodeo por los cuadernos locales se hizo innecesario.

En cuanto al contenido de la fuente, busqué en los Ordenamientos de Cortes las circunstancias y las necesidades a que respondían, manifestadas muchas veces en las peticiones de los procuradores, aunque el Rey les dió en su ley unas soluciones propias y personales.

Se advierte una enérgica actitud frente a la incomunicación de los cfr-

culos locales, en forma más efectiva y viable que la del Fuero Real, aunque la ley es de las no conservadas. Se encuentra también la simplificación del proceso complicado de la Recepción romanista. Y comparando una ley del Ordenamiento de Villa Real con su transmisión al de Alcalá se nota cierto retroceso en la tendencia centralizadora del monarca que en el Ordenamiento de Villa Real llegaba a la absorción de la mitad de las penas pecuniarias de la jurisdicción señorial, a lo que renunció en el Ordenamiento de Alcalá, como también había hecho en otra esfera al imponer el Fuero Real a algunas localidades con Fuero propio.

Repasando las colecciones de Cortes castellanas encontré una petición de singular fisonomía histórica, y extraña, por referirse al Derecho privado. Los procuradores se quejaban en 1422 de la no observancia de un antiguo Derecho relativo a la autoridad de los hermanos sobre el matrimonio de sus hermanas huérfanas. Se alegaban el Fuero Juzgo y el Fuero de las leyes y el Fuero castellano.

Me pareció haber dado con un tema interesante, y su brevedad: el consentimiento familiar en el matrimonio, me indujo a ensayar en él una forma de elaboración y exposición que había indicado al redactar la parte relativa al Método de Cátedra que entonces empezaba a preparar. Tenía cierto carácter apriorístico, y creía necesario contrastarlo con la práctica.

En lo esencial se reduce esa modalidad metodológica a presentar las instituciones con la mayor unidad sistemática posible, subordinando a ella el movimiento histórico en el tiempo, que por otra parte no es rectilíneo ni constante, y las variantes territoriales o locales que tampoco proporcionan criterios absolutos.

Ahora bien, para exponer así una institución es preciso tener claro y presente el esquema de la historia de las fuentes, a fin de que la agrupación sistemática de los elementos y variantes de la institución no desvirtúe su carácter histórico.

En un estudio particular estas premisas se traducen en un examen previo de las fuentes, en el que estas se agrupan, clasifican, interpretan y valoran y, después en una elaboración del instituto, sobre aquellos supuestos críticos.

El campo de fuentes acotado comprendía el *Liber iudiciorum*, los Derechos municipales y el Derecho territorial castellano. Dentro de ellas procuré reunir la mayor cantidad posible de textos significativos.

Los problemas del *Liber iudiciorum* llevaban al último Derecho romano en la línea marcada por el profesor Paulo Meréa de continuidad histórica, pero puse un límite en la compilación alariciana vigente en el Estado visigodo. Texto e *Interpretatio* reflejaban concepciones acaso de origen provincial, más favorables a la intervención de la familia que el Derecho romano clásico, que había superado los rigores de la antigua *patria potestas*.

En la interpretación de los textos visigodos procedí con independencia de los germanistas, llegando a conclusiones diferentes. Respecto a los textos medievales, distinguí entre Derecho popular y Derecho regio, con la salvedad de que las Redacciones privadas de Derecho castellano se inspiran más bien en éste último, a base del cual han sido indudablemente reelaboradas.

En algunos Derechos municipales se recogen concepciones de carácter familiar más amplio, en la intervención de unas parentelas que sólo muy tímidamente asoman en la tradición romano-visigótica. El Fuero Real enlaza con esta última y no con la Recepción romanista que sin embargo es aceptada en las Partidas y consolidada en las Leyes de Toro.

Para la elaboración del instituto tracé un cuadro abstracto en el que las fuentes, previamente criticadas y colocadas en su orden daban respuesta a estas preguntas: qué contrayentes están sometidos a pedir el consentimiento, qué personas deben otorgarlo y qué consecuencias patrimoniales y personales tiene el matrimonio, siempre posible verificado sin contar o contrariando la voluntad familiar.

Este artículo ha sido publicado en el Anuario de Historia del Derecho. Creo que puede haber algo de aprovechable en este intento metodológico, como la aproximación de fuentes que aunque alejadas en el tiempo responden a una misma tradición jurídica, pero quizás es excesivo agregar también las que no guardan esa relación.

Por lo pronto, en mi siguiente trabajo, me sometí más al método aprendido, y esto porque creo que es conveniente hacer algunos ensayos perso-

nales, pero que la labor más fructífera es aquella que se realiza dentro de una disciplina.

En el presente caso me planteé lo que pudiera ser una lección de nuestro programa: el Contrato de Servicios. E incluso hice un esquema de las cuestiones que en teoría se pueden plantear en él; esquema que naturalmente fue modificado al contacto con las fuentes. Las anteriores experiencias en el manejo de éstas, me sirvieron para conducirme con más seguridad y en este aspecto creo que la monografía representa un adelanto respecto a mi tesis doctoral.

La reciente obra de De Robertis sobre las relaciones de trabajo en Derecho romano, me hizo ver la poca importancia que a su contratación libre habían dedicado los juristas romanos.

El Derecho romano de los visigodos, apenas si decía más que el hombre podía contratar su trabajo porque cualquiera puede hacer peor su condición si quiere. Y el Derecho propiamente visigodo, acusaba una acentuación del carácter servil de las relaciones de trabajo, de tal modo que si bien se traslucía en algunos lugares la existencia de un *locus mercenariorum*, y la posibilidad de un contrato libre de servicios, lo cierto es que faltaba una regulación ni elemental del contrato.

Pasados los siglos mudos de la Historia del Derecho, cuando nos enfrentamos con los primeros documentos de aplicación, con las cartas pueblas y los fueros breves del ámbito señorial, tampoco se encontraba una regulación del contrato, pero sí la explicación de su silencio.

Porque el lugar correspondiente a la prestación libre de servicios mediante un precio, estaba ocupado por otro género de relaciones, relaciones de carácter servil en virtud de las cuales por una parte ciertas personas estaban adscritas hereditariamente a la realización de determinados oficios artesanos o a realizar trabajos propios de operarios del campo, de pastores y sirvientes domésticos; y por otra, los colonos establecidos en el campo, tenían que prestar unas jornadas de trabajo en la tierra y corte señorial, prestaciones que se habían ido lentamente fijando, limitando y a veces permutando por tributos en dinero.

El contrato de servicios renace y se desarrolla en el seno de los municipios libres, donde se daban las condiciones favorables para ello. Son los cuadernos de este Derecho los que nos suministran más abundantes noti-

cias. Primero es su más antiguo monumento, el Fuero de León de 1020, que menciona el "pretium laboratum" como aspecto del intervencionalismo económico del concejo, y tras él la masa de Ordenaciones locales, las redacciones del Derecho territorial, los Ordenamientos de Cortes.

Estas fuentes en una forma abstracta o en una forma casuística ofrecían el contrato con una neta diferenciación respecto al de obra, propio de los artesanos.

Había unos caracteres comunes al arrendamiento de servicios, pero también el contenido económico, por lo que se refiere a los servicios que se prestan y a la forma de retribución, variaba considerablemente de unos tipos a otros.

Era evidente la diferencia entre el simple jornalero contratado por días, y por un precio fijo, sometido directamente al derecho de dirección, y el clásico quintero o bubulco —ya objeto de un trabajo anterior muy notable y el único precedente que encontré en mi tarea— o algunos pastores que realizan con cierta independencia la empresa agraria y ganadera y que perciben su salario en forma de participación proporcional en los productos.

Las fuentes se pronunciaban con decisión sobre la unidad del "fuero del sirviente"; por ejemplo, el pastor llevaba las ovejas "a mandato del señor" el independiente "yuguero" en ciertos supuestos era tratado como un mancebo común.

Me resultaba un poco forzado separar lo que las fuentes habían unido. El ejemplo de los juristas aragoneses de Jaca que en la serie de redacciones privadas de Derecho territorial, habían ido eliminando las referencias casuísticas para elaborar la doctrina del contrato, me inclino decididamente por la unidad.

Y vertí el contenido de las fuentes en un esquema lógico que comprendía: las partes del contrato, señor y operario, su relación personal, subyacente a la mera relación de servicios; requisitos de consentimiento y forma; libertad de los contratantes y sumisión a los preceptos de la ley; garantías de las obligaciones, rechazando la posición prevalente atribuida por Mayer a la fianza.

En la duración del contrato y contenido de la prestación (determinado por la autoridad del amo, límites, objetivos y jornada de trabajo) se alojaron las

prestaciones especiales propias de los contratos típicos del yuguero, el hortelano, los pastores, los operarios puestós al frente del molino, etcétera.

En cuanto a la retribución de los servicios señalé la determinación y el aspecto remunerativo y la frecuencia del salario; salarios libremente pactados y salarios establecidos por la ley o por la autoridad pública; salarios fijos y salarios parciarios, tema en el que volvieron a tener cabida las peculiaridades de los contratos especiales.

El contrato terminaba normalmente, o bien este término era anticipado. Distinguí la facultad del dueño de despedir al sirviente y la facultad de éste de abandonar el servicio, aspecto en que la serie de fuentes presenta una tendencia progresiva centrada en el Derecho aragonés y propagada en los Fueros del tipo Cuenca.

Finalmente responsabilidad de ambas partes y procedimiento para hacerla efectivas; del operario por su mal servicio o abandono, y por la pérdida de las cosas que se le encomendaban –en lo que había de atender a las modalidades de la empresa agraria y ganadera–. Y responsabilidad del patrono en cuanto a entrega del salario.

En todos estos aspectos las fuentes presentaban variantes y ciertas líneas evolutivas. Solamente quiero referirme a la legislación de las Cortes castellanas y aragonesas de mitad del siglo XIV, especialmente dura y opresiva, en la cual casi llegó a anularse la noción del contrato libre y la de simple libertad, legislación contra la que inmediatamente reaccionó la conciencia jurídica aragonesa, derogándola como “mal fuero”.

Mirando a los problemas de la vida del Derecho, volví a encontrar en esa institución del Derecho medieval, con la excepción de esas leyes del siglo XIV, que son algo, completamente moderno, un elevado ejemplo de ordenación jurídica, superior a lo que fue la regulación de las relaciones de trabajo, antes del Derecho laboral contemporáneo.

Del “Contrato de servicios en el Derecho medieval”, sometí un avance a la Reunión de Historiadores del Derecho de 1948, y en su forma, por ahora definitiva, ha sido presentado como trabajo reglamentario en las presentes oposiciones. Todavía creo que en este tema se podría elaborar el desarrollo de una doctrina común del contrato de servicios, que permitiera tratar con más precisión los tipos particulares.

Antes de dar con el tema para la tesis doctoral, uno de los que había

proyectado era el de un estudio particular sobre el municipio medieval de Madrid.

Mi relación con la vida administrativa y jurídica del concejo reavivó este proyecto y la protección del Instituto de Estudios de Administración Local me permitió acometerlo.

Pero esta protección tenía un justo y saludable requisito: era necesario entregar el trabajo en un plazo de seis meses, dejándome por lo demás libertad en cuanto a enfoque, límites y desarrollo, si bien no había de ser una aportación exclusivamente erudita, de detalle, sino tener cierto interés general.

Una primera limitación se imponía: reducirme el material publicado, si no quería reducirme a un punto concreto, sino más bien dar una visión de conjunto, amplia, de lo que había sido el concejo madrileño histórico.

Las fuentes publicadas eran relativamente abundantes: la colección de documentos del *Archivo*, series de ellos publicadas por el *P. FITA* y un volumen de Libros de *Acuerdos* correspondientes a unos años del final del siglo XV, aparte del *Fuero Antiguo* y de otros documentos sueltos y reseñas detalladas del Libro horadado de la villa.

Procedí a papeletear este material, agotando las disposiciones normativas, y seleccionando en los Libros de *Acuerdos*, que reflejaban la actividad del concejo día a día, aquellos datos que pueden considerarse típicos y aquellos otros que son excepcionales.

Reunido este material, él mismo dio orientación al trabajo de síntesis. No podía versar éste sobre el problema de los orígenes del municipio, sino sobre su organización en una fase desarrollada, y en una fase que en Castilla se caracteriza por una progresiva uniformidad.

Por esto me pareció lícito y necesario extender la información con el examen de las fuentes generales, para completar ciertos aspectos. Especial interés atribuí a un ordenamiento de leyes de Juan II en 1432, y a otro promulgado en las Cortes de Toledo por los Reyes Católicos en 1480.

El tema se concretó en la descripción de un concejo castellano en la Edad Media, desde el concejo de Madrid; a base de un caso concreto, no único ni excepcional, pero sí real y vivo. En cuanto me fue posible señalé el tránsito desde el régimen local más antiguo a las reformas.

Estudí la organización del municipio, sus elementos territoriales y per-

sonal, con lo relativo a la diferente condición jurídica y política de los vecinos, y el instituto de la vecindad, que en pleno siglo XV ofrecía los mismos problemas que había planteado en los primeros tiempos de la Reconquista la atracción de las gentes desde los lugares de señorío a los municipios libres; la relación del municipio con el Estado con la cuestión palpitante en la baja Edad Media: la enajenación del señorío regio; la creación del Regimiento por Alfonso XI y el establecimiento de un sistema representativo más amplio por los Reyes Católicos, reformas que conocidas por la Ley, las actas del concejo y otros documentos nos ofrecen en su desarrollo práctico, con sus dificultades y contradicciones; los oficiales del Concejo, desde el Corregidor, yuxtapuesto al gobierno local, figura que suficientemente conocida en la formulación teórica de Castillo de Bobadilla, gana algunos detalles al ser observada en su actuación real; y los oficios de jurisdicción y administración, los oficios representativos de la entidad del concejo, los oficios profesionales y artesanos y los oficios que representan a la clase pechera.

Quedaba por estudiar el aspecto de la organización financiera y de las actividades administrativas del Concejo, especialmente la de ordenación económica de la villa, pero los límites del tiempo impusieron entregar la parte redactada, a la que se le ha concedido el honor de ser publicada en una serie de "estudios históricos" del Instituto de Estudios de Administración Local.

Habiéndose motivado este trabajo, en parte, en la proximidad de la vida actual del municipio madrileño, sus conclusiones tenían que revertir de algún modo sobre la misma. Y en efecto, coincidiendo con el más importante problema de nuestra vida local —la anexión de los municipios próximos al Ayuntamiento de la capital— vine a conocer que esa integración impuesta por necesidades modernas, reproduce la constitución histórica del concejo madrileño, que al igual de otros de la misma época, comprendía la villa o la ciudad y la tierra o alfoz circundante; en una ordenación orgánica y jerárquica, que agrupaba en torno a la villa rectora los concejos aldeanos sin quitarles su personalidad, pero sometiéndoles al común servicio del lugar y del reino.

Sólo algunas veces, cuando el Rey consideraba que una aldea merecía y necesitaba la plena personalidad municipal, la segregaba de la jurisdicción de la Villa.

Luego vino la igualitaria, absurda y liberal declaración de igualdad de

todos los municipios ante la ley, y la vigorosa y real trabazón de los concejos del Reino, en villas y aldeas, fue sustituida por la abstracción de los "ayuntamientos constitucionales".

La necesidad impone volver, pero volver siempre es difícil; entre tanto se han perdido unos hábitos de gobierno y administración, se ha perdido la continuidad de una tradición, que, de no somperse, se hubiera adaptado y enriquecido con la experiencia hasta las necesidades actuales.

Con esto termino la presentación de la parte de mis trabajos en la que he pretendido realizar una labor constructiva y paso a exponer brevemente la más antigua y constante que he realizado sobre estos estudios y que es la de asimilación y difusión de otros resultados, por ejemplo *Las Cortes Castellanas* de Piskorski y sobre todo la recensión y noticia de libros y conferencias.

Ha sido mi colaboración en el Anuario de Historia del Derecho Español, Revista de la Universidad de Madrid, Anuario de Derecho Civil y Derecho Penal, Información jurídica, Arbor, Hispania y alguna otra revista.

Aparte del valor objetivo que hayan podido tener, y creo que es una actividad útil para auxiliar a la información bibliográfica de los demás, han sido para mí un elemento precioso de formación la lectura de una relativamente numerosa serie de obras de la especialidad, en diversos campos de la misma, sobre todo por lo que se refiere a aquellos con los que no he tenido el contacto directo.

No se interpretará como presunción el decir que es esta labor de la que estoy más satisfecho. En primer lugar, he elegido en general obras valiosas en las que no sólo se podían aprender buenos resultados sino también buenos procedimientos. Me ha permitido además estar en cierta intimidad con el trabajo ajeno y seguir de cerca los avances de nuestra disciplina y de otras afines. En revistas, fuera de la especialidad, he procurado poner de relieve el valor general de estas aportaciones y el significado de ellas para las disciplinas del Derecho vigente.

No he regateado los elogios, pero siempre he procurado definir mi entusiasmo y no me ha sido indiferente emplear uno u otro adjetivo. En estas notas no he vacilado rendir el homenaje debido a personas e instituciones que mantienen y prolongan la tradición de nuestros estudios.

Sobre todo me ha interesado destacar el valor de nuevas figuras, y me alegra haber asociado mi nombre al comienzo de su carrera.

Hubiera querido que en esas ocasiones mi firma tuviese autoridad de que carecía, pero al menos me cabe la satisfacción de haber reconocido el mérito donde lo había y es éste el que ha dado autoridad a mis elogios. Una de éstas, con destino al próximo Anuario, tiene por objeto los dos últimos volúmenes de la Revista de Savigny, el de 1944 y el de 1947. No obstante los apremios de tiempo y las dificultades que para mí encerraba en estos momentos el hacer una reseña detenida del contenido de estos volúmenes, no he querido dejar de tributar esa prueba de admiración y reconocimiento a la heroica continuidad del trabajo científico alemán.

En esta labor la necesidad de informar brevemente sobre obras, por lo común extensas y densas, me ha permitido ensayar esas facultades de síntesis y simplificación que son necesarias para una labor didáctica.

Es de ésta de la que no he hablado y sin embargo creo que no es lo menos importante. La convicción profunda de que la Historia del Derecho es una disciplina viva, y de real eficacia en la formación de los juristas, me lleva a considerar como primordial su enseñanza.

Mi propia experiencia me hace admirar y procurar que el estudio sea serio, intenso y metódico. Creo sobre todo en el valor de la formación teórica elevada, desde la cual se domina luego mejor la realidad y la práctica. Y por esta razón alejaría de mis explicaciones esas referencias actuales, esa comparación entre el pasado y el presente por la que tengo cierta afición, para atender sólo a formar e informar en los límites de la asignatura, en lo que es puramente histórico, contribuyendo a que los alumnos, luego juristas, que hacen el Derecho, puedan dominar mejor su actualidad.

Desde el ingreso no me he separado de esta Universidad. Al terminar el curso de Doctorado fui nombrado ayudante de Cátedra de Historia del Derecho, actuando primeramente en las clases prácticas, de repetición y de preguntas, y encargándome en los dos últimos cursos y en el presente de una sección de alumnos o de una parte del programa bajo la dirección del catedrático titular.

La responsabilidad y la dificultad que llevan consigo el intento de servir a los demás en la forma que mis profesores y maestros me sirvieron y me sirven todavía, las conozco al solicitar ser incorporado de un modo de-

finitivo a la enseñanza universitaria. Atendiendo a mi capacidad y mérito no lo haría, si no considerase que esto constituye en cierto modo un deber ya que el tiempo, la atención y los esfuerzos que ellos me han dedicado tenían justamente como finalidad el que yo a mi vez intentase emplearme en continuar, en favor de otros, esa misma labor⁷.

7 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Julio Gerardo. Con la publicación de este ejemplar y magistral Memoria de Cátedra de don Rafael Gibert hemos querido dar una muestra y prestar un servicio gratuito a la actual generación de concursantes a Cátedra de Universidad, aunque tan siquiera sea, al menos, en la disciplina científica de la Historia del Derecho. Todo lo cual hoy felizmente se ha llevado a buen término con nuestro no poco trabajo de coordinación y personal esfuerzo.