

Lección 1

La Historia del Derecho: Concepto, objeto e historiografía

Javier Alvarado Planas

I. HISTORIA Y DERECHO: LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CIENCIA

Etimológicamente, «historia» significa «investigación». Ya Heródoto empleó el término *istorie* —«investigación»— para describir la tarea del historiador. Sin embargo, es necesario advertir que bajo este término nos encontramos con varias realidades. En rigor, la palabra historia encierra tres significados que nos parecen necesario distinguir como punto de partida en todo discurso conceptual y metodológico: a) los «*hechos pasados*», b) las «*operaciones de investigación realizadas por un investigador*» y c) el «*resultado de dichas operaciones de investigación*». Esta última es lo que más comúnmente se conoce como historiografía. La palabra historiografía debería tener una significación unívoca: «*sólo se refiere al resultado de la investigación*». Tal distinción aparece explicitada en algunos idiomas, como la que hace el alemán entre *Historie* como realidad o como «pasado», la palabra *Historik* como tratamiento de los problemas metodológicos y *Geschichte* como conocimiento de ella.

¿Es la Historia una ciencia? O más precisamente ¿es posible un conocimiento científico de la realidad socio-temporal? Si denominamos ciencia «*al conocimiento que nos permite hacer predicciones acertadas y en consecuencia controlar el curso futuro de los acontecimientos*», indiscutiblemente, la Historia no encaja en este esquema. Pero, muchos de los casos que estudia la ciencia no son manipulables ni repetibles, por ejemplo, ciertos acontecimientos astro-

nómicos o geológicos (la explosión de una supernova, un gran cataclismo, el origen de un sistema solar, el choque de un meteorito con un planeta, etc.). No obstante, la supuesta contradicción entre la Historia como *ciencia de lo irrepetible* o singular y las ciencias naturales no es tal. Si el conocimiento de la Historia no puede ser objetivo por referirse al pasado, este argumento no deberá aplicarse sólo a la historia humana del pasado, sino también a la historia natural del pasado, incluidas la paleontología y gran parte de la geología y la astronomía (no hay nada más singular e irrepetible que el origen del universo, cuestión que, sin embargo, es el problema principal de estudio de la astronomía). Por otra parte, que el curso de la historia sea «único» no quiere decir que los «tipos» de fenómenos históricos sean siempre irrepetibles. Precisamente esa idea es la base de la construcción del *Idealtypus* de Max Weber para reflejar los aspectos generales de los procesos históricos. El comportamiento temporal de las sociedades muestra indudablemente regularidades en algunos de sus niveles. Desde el punto de vista del estudio de las **instituciones políticas o administrativas** existen no ya categorías más o menos atemporales como «feudalismo» o «primitivismo», sino que existen «hechos sociales básicos» (el nacimiento, la muerte, el matrimonio) o institucionales (monarquía, asambleas, ejército, etc.) a los que en todo tiempo y lugar se ha tratado de dar una solución-regulación. La captación de tales realidades iushistóricas solo puede llevarse a cabo con rigor mediante un **método** adecuado.

¿En qué consiste la labor científica del historiador? Parece claro que no puede consistir en una mera transcripción de documentos. Ha de transformar tales documentos en conceptos. Pero, por otra parte, la mayoría de los «hechos históricos» no sólo no aparecen en bruto o en estado puro «*como los pescados en el mostrador del pescadero*», sino que aparecen previamente «valorados» por la mentalidad de la época o de quienes los originaron, subjetivismo más a añadir al del propio investigador. Es más, puede afirmarse que no existe la Historia sino a través de la Historiografía (en el sentido de investigación histórica) ¿En estas condiciones puede hablarse de una ciencia histórica objetiva no contaminada por el juicio del historiador? ¿Hasta qué punto el conocimiento histórico es el conformado por las respuestas que nos proporciona el pasado a unas preguntas planteadas y dictadas por el presente, por nuestros intereses y necesidades? Dicho de otra forma, ¿cuáles son los límites de la interpretación? ¿La actitud del historiador ante su objeto de estudio debe ser solo la de comprender?, ¿no cabe juzgar? Sin embargo, la misión del historiador no es la de

un mero cronista que se limita a estudiar y comprender un acontecimiento o un proceso histórico. Para que la Historia tenga valor y sea de utilidad, ¿no ha de asumir el historiador un cierto papel de moralista? Si hay ejemplos del pasado objetivamente valorables (la tortura, los sacrificios humanos, el genocidio, etc.) ¿cómo pretender una asepsia científica? Porque una cosa es la utilización política o ideológica de la Historia y otra es la función «moral» o «cultural» de la Historia (como filosofía en ejemplos).

Consecuentemente, la *comprensión* no debe ser el objeto último o único de la ciencia histórica; es su consecuencia y, como tal, un medio para otro fin. La Historia ha de tener una función moral en el más amplio sentido de la palabra. El proceso de aprendizaje del ser humano consiste en inteligibilizar sus experiencias, o más claramente, tomar conciencia de sus recuerdos, de la mayor cantidad y calidad de ellos. Si una persona se volviera amnésica y tuviera que aprender cada día todas las cosas incluidas las más básicas como vestirse, andar o manejar una cuchara, o peor aún, no pudiera asimilar apenas tales enseñanzas, no pasaría de una etapa infantil. La Historia viene a ser la *memoria colectiva de la Humanidad* o, al menos, de un grupo humano. Para tomar conciencia de la experiencia humana, es necesario profundizar en los recuerdos y, en esto, la Historia y el historiador tienen una enorme responsabilidad. En este sentido, los pueblos que no conocen o valoran «su» Historia y que no han integrado una **Macroconciencia** a través de su **Macrorecuerdo**, padecen efectos semejantes a la amnesia. Si puede considerarse que la Humanidad ha dejado su etapa de niñez es precisamente gracias a la Historia, es decir, a los historiadores.

El hombre busca en el grupo social la superación de sus debilidades y la garantía de su supervivencia. La sociedad consiste, por tanto, en la priorización de intereses particulares que coinciden en el deseo de apoyo mutuo y se dirige al logro del fin común. La convivencia en grupo origina una variada gama de relaciones entre sus diversos componentes que son constantes e ineludibles.

El Derecho se nos presenta como un elemento básico y necesario en toda sociedad. Todas y cada una de las situaciones por las que puede pasar una persona (nacimiento, nombre, mayoría de edad, matrimonio, viudedad, muerte, etc.) constituyen **hechos sociales básicos** a los que necesariamente se les han de asignar consecuencias jurídicas. Se ha definido el derecho como *convención ejemplar coactiva*. La idea de *ejemplaridad* ha presidido siempre el

origen de los usos sociales y, por tanto, también del derecho. Ortega y Gasset dedicó varias páginas a demostrar que los usos, costumbres y normas sociales fueron, en su origen **opiniones personales o actos individuales** que, por su utilidad, fueron imitados por el resto de la comunidad hasta llegar a alcanzar el rango de **usos fuertes**, es decir, normas de inexcusable cumplimiento, es decir, derecho. De esta manera, las costumbres populares serían, originariamente, la cristalización de una inveterada repetición de estos actos *afortunados*. Las mismas leyes puede ser definidas como la institucionalización de una conducta u opinión personal ejemplar, o sea, digna de imitar. De hecho ¿qué es la jurisprudencia sino la imitación de precedentes jurídicos? Y no sólo la norma, sino también las instituciones parecen tener su origen en la ejemplaridad de individuos egregios. «*Un hombre eminente —dirá Ortega— en vista de su ejemplaridad, fue dotado por la muchedumbre dócil de cierta autoridad pública. Muere aquel hombre y su autoridad queda como hueco social, especie de forma anónima que otros individuos vendrán a ocupar, unas veces con mérito, otras sin él*». Con el transcurso del tiempo ese hueco, al ser ocupado por otras personas llega a convertirse en una institución. Añade Ortega que «*las instituciones fueron originariamente el hueco que dejó un hombre superior con su generosa y creadora actuación. A veces, como en el caso de César, el nombre de la persona queda objetivado como nombre de la institución*».

II. EL OBJETO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

El historiador del derecho estudia la sociedad desde un *enfoque* preciso: el de su comportamiento temporal. Pero ¿qué entidades materiales manifiestan este comportamiento temporal?: ¿los individuos?, ¿los colectivos?, ¿las instituciones?, ¿los procesos a largo plazo?, ¿la vida cotidiana? ¿las obras jurídicas? Ya hemos indicado que no es lo mismo «pasado» que «histórico»; todo hecho histórico es pasado, pero no todo hecho pasado es histórico. Hay sucesos del pasado que no alcanzarán la categoría de históricos porque es necesario que ese hecho pretérito influya o perdure para ser conocido. Algunos autores sugieren hablar de hechos historiables en vez de hechos históricos. La complejidad de las relaciones humanas constituye el problema esencial del *objeto* de la Historia. El historiador pretende establecer cómo y por qué se comportan en el tiempo los grupos humanos tratando de averiguar las causas de tales procesos. Para ello, la Historia del Derecho, como cualquier ciencia histórica, ha de acotar o delimitar su objeto de conocimiento.

Existen sectores históricos delimitados por razón de la materia, tales como «historia económica», «historia política», «historia social», que conviven con sendas historias de la literatura, de la educación, de la filosofía, de la física, etc. Tales «fragmentaciones» se deben a la imposibilidad de estudiar la Historia en su totalidad. En rigor, desconocemos un método de estudio de la Historia que relacione integradamente todos las posibles móviles o factores históricos (económicos, jurídicos, religiosos, políticos, etc.) y que proporcione una explicación completa y acabada del devenir histórico. El último intento de ello, la llamada **Historia Total**, no consiguió más que superponer las diversas disciplinas históricas sin mostrar sus conexiones o, lo que era más importante, sin crear una nueva ciencia total o integral de la Historia.

Por eso, la delimitación material del estudio histórico (demografía, economía, sociedad, política, derecho, cultura, arte, mentalidades, etc.), aunque es una manera incompleta de estudiar el pasado (como decía Guy Bois, una «historia a rebanadas» o «en migajas»), lo cierto es que, hasta el presente, no existe otro medio de aproximarse al pasado histórico.

Si el objeto material de la historia del derecho es el factor o elemento de relevancia jurídica o, si se quiere, más propiamente, el derecho, conviene tener presente que éste se encuentra no sólo consignado en las fuentes tradicionales; leyes, costumbres y usos sociales, jurisprudencia, principios generales del derecho, sino también en otras fuentes indirectas. En efecto, el arte (la llamada *iurisprudentia picturata* o estudio jurídico de la imagen), la novela (por ejemplo, el estudio del derecho reflejado en *El Quijote*), la poesía (ya Hinojosa estudió el derecho medieval en el poema del *Mío Cid*), etc. contienen en ocasiones referencias jurídicas de la época de mucho valor para el historiador del derecho.

Incluso, el historiador del Derecho puede investigar y reflexionar como tal sobre la legislación actual. No solo sobre el vigente texto Constitucional, sino sobre proyectos de ley todavía no vigentes, es decir, sobre leyes futuras. Porque lo que caracteriza la actividad del iushistoriador no es el estudio de los hechos del pasado, sino *la manera en que se acerca a su objeto de conocimiento*. Es el talante del historiador del Derecho ante realidades jurídicas como un precepto constitucional o un proyecto de ley, lo que le diferencia de un positivista o un filósofo del Derecho. El iushistoriador tiende a ver los fenómenos como consecuencia, producto o resultado de un proceso histórico, tratando de analizar sus causas inmediatas y, en lo posible, mostrar las conclusiones de ello (la Historia es Maestra de vida).

Todo estudio histórico ha de acotarse geográficamente. En este sentido, hay investigaciones Historia de España, pero puede acotarse aún más, por ejemplo Historia de Galicia o, incluso, historia de un municipio, etc. Cabe, igualmente, Historiar una civilización, un continente (Oriente, Occidente, África). Ahora bien ¿dónde está el límite espacial entre las sociedades históricas? Dado que no es posible entender una historia «microterritorial» sin tener en cuenta los conjuntos globales, parece claro que tales divisiones son necesarias para facilitar el trabajo del historiador.

La Historia del derecho también ha de delimitar su objeto territorial de estudio. A tal efecto, se entiende por «derecho español» el creado o aplicado en lo que, a lo largo del tiempo, ha sido territorio español. Singularmente, es objeto de la Historia del Derecho español el llamado Derecho Indiano, es decir, el derecho vigente en la América española desde finales del siglo XV hasta el siglo XIX.

¿Puede dividirse la Historia ser dividida en períodos más o menos naturales o coherentes? Se ha objetado a la periodificación histórica que los cortes temporales cercenan artificialmente los procesos históricos obstaculizando en alguna medida el proceso de investigación. Por otros historiadores, se alega que la Historia no discurre a saltos y que las «etapas» convencionales suelen marginar algo tan importante como los llamados «períodos de transición» (por ejemplo, la transición del feudalismo al capitalismo), en ocasiones cronológicamente muy extensos (para algunos historiadores la Edad Media es todo un período de transición).

Sin embargo, es necesario adoptar algún criterio lo más objetivo posible a la hora de periodificar las Historias. A tal efecto, es evidente que no todos los hechos históricos son uniformes: los hechos pueden tener —decía P. Veyne— una jerarquía, «una organización natural», que el historiador se encuentra hecha. Hay acontecimientos que emergen y despuntan claramente constituyendo verdaderos **goznes históricos** que prácticamente se imponen o le son dados al historiador del derecho español. Tales son, a modo de ejemplo, la llegada de los romanos a la Península Ibérica, el establecimiento de los visigodos en el solar hispano, la irrupción musulmana, el descubrimiento de América o la Revolución Francesa, entre otros. Tales acontecimientos son los que nos sirven, por ejemplo, para establecer una periodificación de la Historia del Derecho español:

La primera etapa de la España prerromana (Iberia), discurre desde las primeras manifestaciones jurídicas hasta la romanización. La segunda etapa comprende la romanización de la Península Ibérica (Hispania) iniciada con la llegada de los romanos en el año 218 a.C. Un tercer período se desarrolla desde el establecimiento de los visigodos en territorio romano y, más concretamente, en Hispania, constituyendo un reino independiente tras la caída de Roma en el año 476. La caída de la monarquía visigoda como consecuencia de la invasión musulmana originará dos culturas que coexistirán durante la Edad Media; los reinos cristianos del norte peninsular y la España musulmana (Al-Andalus).

El descubrimiento de América ha sido el acontecimiento aceptado por una mayoría de historiadores para señalar el inicio de la Edad Moderna. No obstante, desde el punto de vista jurídico, ello también coincide con el desarrollo de la monarquía centralizada y autoritaria de los Reyes Católicos, es decir, con la aparición del Estado Moderno. Finalmente, la recepción en España del programa político y jurídico (Constituciones y Códigos) surgido de la Revolución Francesa, originará la Constitución gaditana de 1812 y el arranque del liberalismo español.

III. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO: EDUARDO DE HINOJOSA Y SU ESCUELA

Conviene aclarar el concepto *historiografía*. Si la *Historiografía* es la disciplina que trata de las obras y autores que se han ocupado del estudio de la Historia, la *Historiografía jurídica* versa sobre las obras y autores que se han dedicado a la historia del derecho. En suma, la *historiografía jurídica* es la historia de los historiadores del derecho.

En el siglo XVI destacó Francisco de Espinosa, abogado de Valladolid y autor de una obra perdida (aunque se conserva un resumen de ella) que posiblemente se titulase *Observaciones sobre las leyes de España*. Igualmente, a Lorenzo de Padilla, arcediano de Ronda (Málaga) y cronista de Carlos I, debemos la obra *Leyes y fueros de España y anotaciones sobre ellos*, en la que expone y comenta brevemente el derecho visigodo (Fuero Juzgo) y castellano. En el siglo XVII sobresalieron Juan Luis López Martínez, marqués del Risco, autor prolífico del que cabe citar el *Epítome del origen y progreso de los fueros de Aragón*; y sobre todo Juan Lucas Cortés (1624-1701), autor de un manuscrito inédito titulado *De los orígenes del Derecho en España*. En el siglo XVIII,

la recién entronizada dinastía borbónica promoverá un programa de reforma institucional y cultural de la que es un primer ejemplo la fundación en 1735 de la Real Academia de la Historia. El desarrollo de la crítica histórica, filológica y paleográfica y el fenómeno europeo de la Ilustración, están detrás de los proyectos enciclopédicos del fraile agustino Enrique Florez, recopilando las fuentes de la historia eclesiástica en la magna obra *España Sagrada*; o del jesuita Andrés Marcos Burriel y sus investigaciones en Archivos. Sobresale la labor de altos funcionarios, políticos o eruditos como Rafael de Floranes, Gregorio Mayans y Siscar, Gaspar Melchor de Jovellanos, Rafael de Macanaz, Pedro Rodríguez de Campomanes, etc.

En los comienzos del siglo XIX destacan el sacerdote Juan Antonio Llorrente (1756-1823), uno de los redactores de la Constitución de Bayona, partidario de la supresión del Santo Oficio y autor de una voluminosa *Historia crítica de la Inquisición en España*, escrita desde su exilio en Francia, que apareció publicada en castellano en 1822. Juan Sempere y Guarinos (1754-1827), fiscal de la Chancillería de Granada, fue otro de los liberales afrancesados que tuvo que exiliarse en el vecino país. Allí escribió una *Historia de las Cortes de España*, publicada en Burdeos en 1815. Fue también autor del primer intento de exposición general de una *Historia del Derecho Español* (1822-1823). No obstante, Francisco Martínez Marina (1754-1833), sacerdote ovetense, Director de la Real Academia de la Historia, puede considerarse el primer historiador del derecho. Para servir de prólogo a una edición de las Partidas de Alfonso X, la Academia de la Historia le encargó una introducción que, finalmente y a causa de disparidad de opiniones con otros académicos, no se publicaría. Entonces decidió darla a la luz con el nombre de *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación...*, obra que en muchos aspectos sigue siendo de referencia inexcusable. También publicó en 1813 *Teoría de las Cortes*, alarde de erudición y manejo de fuentes, tratando de presentar las Cortes liberales de Cádiz como herederas de las Cortes medievales dentro de la estrategia de los liberales exaltados preocupados en disipar los recelos de los sectores más conservadores hacia las novedades del constitucionalismo. Igualmente, en la labor de edición de documentos jurídicos destacó Tomás Muñoz y Romero, autor de varios trabajos iushistóricos, pero más conocido por publicar en 1847 una *Colección de fueros municipales y cartas pueblas*, que sigue siendo obra de obligada consulta para los estudiosos del tema. A fin de preparar un segundo volumen (que no se publicó), desde la Academia de la Historia promovió la búsqueda y edición de

fueros y cartas pueblas medievales remitiendo cartas a Ayuntamientos y demás organismos públicos y privados de toda España solicitando información al respecto.

Sin embargo, si estos y otros autores no citados constituyen la vanguardia del pensamiento iushistórico y de la ciencia histórica-jurídica de su época, es preciso reconocer que, en líneas generales, la mayoría de las obras que se publicaban en España sobre historia jurídica seguían lastradas por los errores de un método inadecuado de investigación. Las deficiencias del método de trabajo seguido por los historiadores del derecho españoles del siglo XVIII y XIX y el desconocimiento casi total de los trabajos de otros ius-historiadores europeos se traducían en la escasa calidad científica de sus trabajos. Concretamente, las características de su método de trabajo eran A) el escaso rigor en la necesaria crítica textual para determinar la autenticidad o fiabilidad de los textos y datos utilizados en la investigación. B) El predominio de la erudición cuantitativa (obsesión por acumular datos y transcribir documentos) sin apenas labor de síntesis. C) El barroquismo en la argumentación, con la consiguiente merma de sistemática y claridad en la exposición de los resultados de la investigación. D) Su escaso conocimiento de las aportaciones de la historiografía extranjera.

En la España de finales del siglo XIX corresponderá a Eduardo de Hinojosa el mérito de incorporar a la Historia del Derecho las nuevas técnicas y métodos de investigación practicados en Europa, y singularmente los de la *Escuela Histórica del Derecho*. La Escuela Histórica del Derecho nació en Alemania como reacción al iusnaturalismo racionalista y a su consecuencia más inmediata; la codificación del derecho.

Para el movimiento codificador francés (Escuela de la Exégesis) no existía otro derecho que el emanado del legislador, ni más principios jurídicos que los contenidos en el propio derecho positivo. El derecho quedaba reducido, en consecuencia, a la ley, y esta, a la voluntad del Estado. *El derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley*. Recuérdense las palabras del jurista francés Bugnet (1794-1866): «yo no conozco el derecho civil; yo solo enseño el Código de Napoleón».

La promulgación del primer Código moderno en Europa, el *Code Civil* de Napoleón, fue visto con sana envidia por el resto de los países (a quienes, de hecho, sirvió de modelo), aunque había ciertos sectores que, sin dudar de los beneficios de la codificación, creían que de imponerse precipitadamente se ocasionarían males mayores. Esta discusión tuvo su máximo exponente en la po-

lémica que sostuvieron los alemanes Savigny y Thibaut. En efecto, Alemania tuvo su correspondiente polémica sobre la necesidad o no de proceder a la codificación a raíz de la publicación por Thibaut (1772-1840) de un rotundo trabajo *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania* (1814) que fue objeto de réplica por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) en un trabajo titulado *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho* criticando la codificación por considerar que tal operación debía de ser complementaria y, en todo caso, realizable en un momento de desarrollo en la evolución de la Historia del Derecho de un pueblo, lo que, en opinión de Savigny, no sucedía en Alemania.

Como reacción a la Escuela de la Exégesis y al Code que, en opinión del propio Savigny, *a modo de gangrena propagaba sin cesar su acción corruptora*, se desarrollará en Alemania la **Escuela Histórica del Derecho**. El más destacado miembro de la Escuela Histórica del Derecho fue Savigny, a quien muchos consideran el auténtico fundador. Este autor se oponía al iusnaturalismo, como ocurría con la Escuela francesa de la Exégesis, pero no, como esta última, por considerar que el Derecho Natural estuviera ya contenido en el Code, sino porque concebía el Derecho como creación del Espíritu del Pueblo, en la línea de un romanticismo exaltador de lo irracional, lo nacional, lo colectivo.

En definitiva, frente al planteamiento codificador, cuyas ideas había recibido en Alemania la llamada Escuela Filosófica (Thibaut) que proponía hacer prácticamente tabla rasa del pasado, la Escuela Histórica del Derecho nació a manera de antídoto contra el racionalismo abstracto y la codificación, representada por el *Code de Napoleón*. El Derecho era concebido como una emanación de las fuerzas espontáneas de la vida de un pueblo, al igual que el idioma, el arte, las costumbres o la estructura social. El Derecho no nace de la arbitrariedad ni de la voluntad de hombres aislados sino que es la expresión natural del *Espíritu del Pueblo* (*Volksgeist*). Este concepto medular de la Escuela Histórica, el *Volksgeist*, era una versión más elaborada del *Urvolk* (ya manejado por Fichte) o mítico pueblo primitivo depositario de un modelo originario de civilización perfecta. En conclusión, la misión del legislador no era la de crear derecho, sino la de buscarlo en el derecho histórico y proceder a su estudio y sistematización.

Paradójicamente, la Escuela Histórica situó la investigación histórica al servicio de la dogmática jurídica dado que, aunque no se partiera de principios *a priori*, sino de conceptos obtenidos histórica o empíricamente; al operar lógi-

camente con ellos, se derivó en la construcción formal de un sistema, es decir, en la consideración de derecho nacional como sistema racional. En todo caso, los planteamientos de Savigny tuvieron tal repercusión en Alemania que la Historia del Derecho llegó a alcanzar el estatuto de ciencia jurídica por excelencia; no había más derecho que el derecho histórico. Sin embargo, cuando hubo de definirse la materia prima sobre la que aplicar el infalible método histórico no hubo acuerdo. Mientras que para un sector de la Escuela histórica la esencia jurídica de la cultura alemana descansaba en el **derecho romano**, para otros radicaba en el **derecho consuetudinario germánico**.

Entre la línea romanista, llamados pandectistas (*pandectas* es el nombre griego referido al derecho justiniano), de la Escuela Histórica del Derecho cabe citar a B. G. Niebuhr (1776-1831), Rudolf von Ihering (1818-1892) en su primera época, cuando publicó *El espíritu del Derecho romano en las diversas etapas de su desarrollo*, Theodor Mommsen (1817-1903) o Carl Friedrich Gerber (1819-1891). Este último, que pertenecía al partido antiliberal, defendió y en parte llevó a cabo la romanización del derecho alemán como medio de apuntalar el derecho público y, por tanto, el Estado. El propio precursor de la Escuela Histórica del Derecho, Gustavo Hugo (1764-1844), criticaba la inconsecuencia de algunos historicistas alemanes que trataban el derecho romano con desdén, a la vez que intentaban buscar un derecho natural universal, ¡precisamente extrayéndolo del mismo derecho romano!

Contrariamente, otro grupo de juristas alemanes defendían que el pasado jurídico alemán se basaba en la tradición jurídico-consuetudinaria germánica y que ésta se acercaba mucho más que el derecho romano a la realidad de la sociedad alemana. Pero en este singular enfrentamiento los romanistas partían de la cómoda y segura ventaja de disponer de una colección de fuentes jurídicas originales; el «*Corpus Iuris Civilis*» de Justiniano. La solución llegaría pronto con la fundación, por el Barón de Stein, en 1819, de los *Monumenta Germaniae Histórica*, amplísima recopilación de fuentes jurídicas y literarias de los pueblos y cultura germana. Uno de los autores de esta tendencia jurídica germanista, Georg Beseler (1809-1888) afirmaba que la «Recepción del Derecho romano» en Alemania fue una «calamidad nacional» protagonizando, junto a August Ludwig Reyscher (1808-1880), una cruzada contra la romanística, en defensa de los valores culturales propiamente alemanes. Dentro de la tendencia o escuela germanista también cabría citar, entre otros, a Karl Friedrich Eichorn (1781-1807), autor de *Historia del Estado y del Derecho Ale-*

mán, Heinrich Brunner (1840-1915) y Karl von Amira (1848-1930) autores de importantes tratados de Historia del Derecho Alemán. O Jacob Grimm (1785-1863) con sus *Antigüedades del Derecho alemán*, y protagonista de la revalorización de la cultura popular en todas sus manifestaciones, incluidas las literarias (cuentos infantiles, etc.)

¿Cuándo y cómo se recibió en España el pensamiento de Savigny y de la escuela Histórica del Derecho? Los primeros que introdujeron en España los postulados de Savigny fueron Pedro José Pidal (1779-1865) y Juan Manuel de Montalbán (1806-1889). Sin embargo, su escasa producción científica y la nula aplicación del método histórico-jurídico propugnado por la Escuela Histórica del Derecho, impidieron la difusión de sus planteamientos. A modo de ejemplo, las *Lecciones sobre el Gobierno y la legislación de España* dictadas por Pidal en el Ateneo de Madrid en 1841 y 1842, además de continuar básicamente con el método de investigación y de exposición tradicionalmente seguido en España, no fueron publicadas hasta 1880. Parecida suerte corrieron en España las obras de Savigny; la traducción castellana de su estudio sobre la posesión en el derecho romano se publicó en 1845, pero su obra titulada *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, se tradujo en 1896. En 1863, dos años después de la muerte de Savigny, sus discípulos crearon la *Fundación Savigny* con el objetivo de fomentar los estudios de historia del derecho romano y germánico. La intervención del Colegio de Abogados de Barcelona sirvió para que España se integrara en el proyecto mediante un Comité constituido en 1869 presidido por el jurista catalán Manuel Durán y Bas.

Mayor incidencia del ideario de la Escuela Histórica del Derecho se produjo entre los llamados «foralistas», corriente jurídica que discurrió dentro del movimiento cultura lo más amplio de la *Renaixença* catalana, llegando a constituir una Escuela Histórica Catalana. Sin embargo, en esta corriente predominó más la utilización de los argumentos contra la codificación manejados por Savigny que sus propuestas relativas al desarrollo de la ciencia histórico-jurídica. Y en efecto, los «foralistas» recurrieron al repertorio de ideas de la Escuela Histórica del Derecho para llamar la atención sobre la necesidad de fortalecer el derecho histórico catalán como alternativa a la unificación jurídica defendida por la codificación. Pero en Cataluña, al primar el estudio filosófico del pensamiento de la Escuela alemana sobre las posibilidades de aplicación práctica entre los juristas, se produjeron las lógicas consecuencias; se consiguió retrasar la codificación del derecho civil hasta 1889, pero la ciencia jurídica «fo-

ralista» apenas se vió beneficiada por la recepción real de pensamiento de la Escuela Histórica del Derecho. En Cataluña destacaron Ramón Martí de Eixalá (*Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, 1838), J. Permanyer (*Historia general del Derecho español*, 1919) y, especialmente, el ya citado Manuel Durán y Bas (*Memoria acerca de las Instituciones del derecho civil de Cataluña*, 1883).

La recepción propiamente científica de la Escuela Histórica del Derecho se produce con Eduardo de Hinojosa (1852-1919), autor de una importante obra en la que se plasmará en España por primera vez el método histórico-jurídico iniciado por Savigny. En 1878 Hinojosa viajó a Alemania para estudiar y dar a conocer en España el método, técnicas de investigación y obras de los principales historiadores del derecho. Con tal motivo dirá: «*No hay duda que uno de los principales obstáculos que se oponen al progreso de los estudios entre nosotros es esta especie de aislamiento científico, al cual se debe que se pierda frecuentemente en inquirir cosas ya resueltas y averiguadas el tiempo que pudiera emplearse provechosamente en dilucidar puntos oscuros y controvertidos; y que por desidia o por vano y pueril temor de perder la originalidad e independencia de juicio, se priven muchos, con grave daño del progreso científico, de hacer más fecundas sus propias investigaciones, utilizando el resultado de las investigaciones ajenas*».

Un Real Decreto de 2 de Septiembre de 1883 creaba la asignatura de *Historia General del Derecho Español* como disciplina autónoma y específica dentro de los Planes de Estudio de la licenciatura de Derecho. Hasta ese momento, la historia jurídica era una parte del derecho civil, bien como parte preliminar introductoria, bien como parte misma del derecho civil vigente en ese momento (que era, precisamente, el derecho histórico contenido en el Fuero Juzgo, Partidas, Leyes de Toro, Nueva Recopilación, etc.). Esa fue la razón de que la mayoría de los primeros Catedráticos de Historia del Derecho fueran Catedráticos de Derecho Civil escasamente conocedores de los derroteros marcados por la Escuela Histórica del Derecho (salvo algunas excepciones como, por ejemplo, la de Eduardo Pérez Pujol) que optaron por la Historia del Derecho buscando un traslado geográfico más favorable. Para paliar estas deficiencias Hinojosa publicó en 1887 una *Historia General del Derecho español*.

A raíz de un Real Decreto de 18 de Marzo de 1910 se constituirá, dentro de la *Junta para la Ampliación de Estudios*, el *Centro de Estudios Históricos*, para cuya sección Histórica se nombraría a Eduardo de Hinojosa. En esta sede

se formará la primera generación de discípulos de la llamada Escuela de Hinojosa; José María Ramos Loscertales (1890-1956), Galo Sánchez (1892-1970) y, destacando sobre ellos, Claudio Sánchez Albornoz (1893-1984). Este último sería en 1924 el fundador del *Anuario de Historia del Derecho Español*, revista científica anual que, a través de las colaboraciones de autores españoles y extranjeros, fue y sigue siendo el principal órgano de difusión y de renovación de los estudios histórico-jurídicos en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO PLANAS, Javier, *La Historia del Derecho ante el siglo XXI*, en *AHDE*, 71 (2001), pp. 621-687.

ÁLVAREZ DE MORALES, A.: *La historiografía jurídica española en el siglo XIX*, Madrid, 1983.

CARDOSO, C. F.- PÉREZ BRIGNOLI, H.: *Los métodos de la Historia*, Barcelona, 1978.

CARDOSO, C. F.: *Introducción al trabajo de la investigación histórica*, Barcelona, 1981.

DIOS Salustiano de, «El Derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones» en *HID*, 3 (1976).

EIRAS, A. y VV. AA.: *Las fuentes y los métodos*, Santiago de Compostela, 1977.

ESCUADERO LÓPEZ, José Antonio, «En torno al objeto de la Historia del Derecho» en *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, cit. pp. 13-65.

GARCÍA GALLO, A.: «Hinojosa y su obra», *Obras de Eduardo de Hinojosa y Naveros*, I, pp. XII-CXXXIV.

PIAGET-MACKENZIE-LAZARSFED: *Tendencias de la investigación en ciencias sociales*, Madrid, 1975.

STERN, J.: *Thibaut y Savigny. La codificación*, Madrid, 1970.

THIBAUT, A.F.J.: «Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania» en Stern, *La Codificación*, Madrid, 1970, pp.3-45

TOMAS Y VALIENTE, F.: «La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)», en *HID*, 5 (1978), pp. 431-467.

TOPOLSKY, J.: *Metodología de la Historia*, Madrid, 1982.

TORRES SANZ, David, *Historia del Derecho. Bases para un concepto*, Valladolid, 1986.

VILAR, P.: *Introducción al análisis del vocabulario histórico*, Barcelona, 1980.

ESQUEMA DE LA LECCIÓN

I. I. HISTORIA Y DERECHO: LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CIENCIA

A) La Historia y el hecho histórico:

- Historia como pasado
- Historia como investigación
- Historia como ciencia teórica

1. La Historia como ciencia:

- problemática del principio de verificación experimental
- la ciencia de lo singular
- Las instituciones como «regularidades»

2. El juicio del historiador:

- factores subjetivos (ideología, cultura, comprensión, etc.)
- la función moral de la Historia
- la Historia como Memoria colectiva de la Humanidad

B) El Derecho en el tiempo:

- el derecho como convención ejemplar coactiva
- opinión particular = opinión pública = uso social = derecho
- acto ejemplar individual = uso social fuerte = derecho
- concepto de coacción y pena inmanentes

II. EL OBJETO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

A) Delimitación material:

- estudio del derecho en su dimensión histórica
- estudio no solo del derecho del pasado sino del vigente

B) Delimitación espacial:

- perspectiva microterritorial (Hª de un municipio)
- perspectiva macroterritorial (Hª de una Nación, de una civilización, etc.)

C) Delimitación cronológica:

- problemas de periodificación

- problemática de los periodos de «transición»
- las divisiones o cortes naturales en la Hª

III. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO: EDUARDO DE HINOJOSA Y SU ESCUELA

- A) La historiografía española hasta la Escuela Histórica
- B) Orígenes de la Escuela Histórica:
 - la reacción a la codificación y a la escuela de la Exégesis
 - la polémica Thibaut-Savigny
 - el *Volksggeist*
- C) Desarrollo de la Escuela y orientaciones:
 - la tendencia romanista y el *Corpus Iuris Civilis*
 - la tendencia germanista y los *Monumenta Germaniae Historica*
- D) Eduardo de Hinojosa y su Escuela:
 - Hinojosa y su obra:
 - la creación de la Historia del Derecho como asignatura en 1883
 - la creación del Centro de Estudios Históricos en 1910
 - la fundación del Anuario de *Historia del Derecho Español* en 1924