

Alfonso García-Gallo: aportaciones metodológicas y conceptuales a la Historia del Derecho

Alfonso García-Gallo: Methodological and Conceptual Contributions to Legal History

José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL

Catedrático de Historia del Derecho

Departamento de Historia del Derecho. Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

arcilla@der.ucm.es

Recibido: 11 de enero de 2011

Aceptado: 25 de febrero de 2011

RESUMEN

Desde el punto de vista metodológico, una de las aportaciones de Alfonso García-Gallo a la Historia del Derecho fue la introducción de un nuevo planteamiento, importado de Francia, que ha sido denominado el “método institucional”. Desde 1952-1953 la mayoría de los historiadores del derecho se adscribieron a dicha orientación. ¿Qué supuso metodológicamente este nuevo planteamiento frente a los anteriores? ¿Fue una verdadera revolución científica? ¿Cuáles son sus puntos débiles? Las respuestas a estos interrogantes se pretenden dar en este estudio.

PALABRAS CLAVE: Historia del Derecho, metodología, planteamiento institucional, Alfonso García-Gallo.

ABSTRACT

From a methodological point of view, one of Alfonso García-Gallo's main contributions to Legal History was the introduction of a new approach, imported from France, which has been called the “institutional method”. From 1952-1953, most of the legal historians adscribed to such guidance. What did it mean this new approach with regard to the previous ones, methodologically speaking? Was it a real scientific revolution? What were their weaknesses? This paper aims to provide some answers to these questions.

KEYWORDS: Legal History, methodology, institutional approach, Alfonso García-Gallo.

RÉSUMÉ

Du point de vue méthodologique, une des contributions de Alfonso García-Gallo à l'histoire du droit a été l'introduction d'une nouvelle approche, importée de France, qui a été appelée la « méthode institutionnelle ». De 1952 à 1953 la plupart des historiens du droit seront mises sous cette enseigne. Qu'est-ce qui supposait cette nouvelle approche en relation avec les précédentes sur le plan méthodologique ? Est-ce que c'était une révolution scientifique réelle ? Quelles seraient leurs faiblesses ? Cette étude cherchera de trouver des réponses à ces questions.

MOTS CLÉ : histoire du droit, méthodologie, approche institutionnelle, Alfonso García-Gallo.

ZUSAMMENFASSUNG

Aus Sicht der Methodenlehre war einer der Beiträge von Alfonso García-Gallo für die Rechtsgeschichte die Einführung eines neuen, aus Frankreich mitgebrachten Begründungsansatzes, den man "institutionelle Methode" genannt hat. Seit 1952/53 verschrieb sich die Mehrheit der Rechtshistoriker dieser Forschungsrichtung. Was setzte im Unterschied zu seinen Vorgängern gerade dieser neue methodologische Begründungsansatz voraus? Führte er in der Tat zu einem wissenschaftlichen Umsturz? Welches sind seine Schwachpunkte? Auf diese Fragen soll die nachfolgende Studie Antworten geben.

SCHLÜSSELWÖRTER: Rechtsgeschichte, Methodenlehre, institutioneller Begründungsansatz, Alfonso García-Gallo.

SUMARIO: El origen de una idea. El método histórico y el método dogmático. El método institucional: ¿Hacia el camino del Derecho?

El origen de una idea

Se ha cumplido el año, 2011, el centenario del nacimiento de don Alfonso García-Gallo y de Diego, sin duda una de las figuras más importantes y controvertidas de nuestra disciplina durante el siglo XX. Importante por su extensa aportación científica, no sólo en lo que a la producción monográfica se refiere, sino también por el legado de varias obras de conjunto de la asignatura¹. Y también controvertida, porque durante casi cuarenta años don Alfonso y su escuela ejercieron una hegemonía académica en la Historia del Derecho español. Esta situación —aun siéndole reconocida a García-Gallo una indiscutible *auctoritas* científica por todos sus colegas— propició roces y enfrentamientos con los maestros de otras escuelas, quienes vieron relegados una y otra vez a sus discípulos de las cátedras universitarias por otras personas, en ocasiones, con muchos menos méritos académicos.

Han transcurrido casi 20 años desde el fallecimiento de don Alfonso y un siglo desde su nacimiento, por ello pensé que sería un buen momento llevar a cabo una revisión y valoración de su obra científica. La Historia del Derecho, como parte de un conocimiento científico —ya sea "jurídico", ya sea "histórico"—, está en continua construcción. Los mismos textos son leídos y releídos una y otra vez, generación tras generación, y siempre son objeto de nuevas apreciaciones, de nuevas interpretaciones. Afirmaciones que otrora se aceptaban como indiscutibles y casi como auténticos dogmas de fe, hoy se derrumban como un castillo de naipes. Solo es necesario acercarse a los manuales de la asignatura de hace cuarenta o cincuenta años para poder comprobar cómo buena parte de su contenido hoy no se sostiene científicamente.

¹ Un relación de los trabajos de García-Gallo puede consultarse en la página web del Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Complutense de Madrid en su apartado dedicado a los "Maestros Complutenses" (<http://www.ucm.es/info/hisdere/maestros/ggallo/ggallo.htm>).

En este intento de llevar a cabo una revisión (no un panegírico) de la obra de mi maestro —es decir, ver qué es lo que hoy, transcurrida ya una década del siglo XXI, sigue estando vigente de su aportación científica y qué es lo que ha sido superado— consideré la idea de cursar una invitación a todos aquellos que fuimos discípulos de García-Gallo o a quienes en algún momento de su vida tuvieron relación con él o polemizaron científicamente con sus aportaciones. Así quedó aprobada mi propuesta en el Consejo de Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones de nuestra Universidad Complutense en el que, por razones obvias, estamos integrados todavía varios de los discípulos de García-Gallo. Con una sola excepción por motivos de salud², todos, absolutamente todos, los discípulos —directos o indirectos— vivos de García-Gallo fueron invitados a participar; a saber: Gonzalo Martínez Díez, José Antonio Escudero, Joaquín Salcedo, Ana María Barrero, Agustín Bermúdez, Gregorio Monreal, Gustavo Villapalos, José Luis Bermejo, María Luz Alonso, Miguel Angel Pérez de la Canal, Beatriz Bernal, María del Refugio González, Fernando Arvizu y Emma Montanos Ferrín. Fueron igualmente invitados algunos profesores que, sin ser propiamente discípulos de García-Gallo, en algún momento tuvieron con él relación científica, como Enrique Gacto, Juan Antonio Alejandre, Miguel Angel González de San Segundo, Emiliano González Díez y Félix Martínez Lorente. Algunos de ellos, tras reconocer que era una iniciativa interesante, se excusaron de participar en la iniciativa por razones de carga de trabajo y compromisos en esos momentos (Gregorio Monreal, María del Refugio González, Fernando Arvizu, Enrique Gacto, Juan Antonio Alejandre, Emiliano González Díez y Félix Martínez Lorente); otra de las invitadas se excusó alegando que “ya no quería saber nada de la Historia del Derecho” (Ana María Barrero); María Luz Alonso, a pesar de haber aceptado, por motivos de salud, declinó muy a su pesar; finalmente otros que, curiosamente, le deben tanto a don Alfonso, dieron la llamada por respuesta (José Antonio Escudero, Agustín Bermúdez, Emma Montanos Ferrín...). *C'est la vie...*

El método histórico y método dogmático

La desaparición del antiguo sistema de oposiciones y, con él, las *Memorias* (posteriormente “Proyectos”, aunque no son exactamente la misma cosa) ha propiciado el abandono acerca de cualquier reflexión y preocupación teórica sobre el concepto y método de investigación de la Historia del derecho. No quiero hacer, ni mucho menos, una *laudatio* sobre el antiguo sistema de oposiciones, aunque, en mi opinión, dotaba al aspirante de una formación global de la asignatura que, en la actualidad, un alto porcentaje de profesores de Historia del derecho carecen.

Es cierto que las denostadas *Memorias* carecían, salvo contadísimas excepciones, de originalidad. Alguien en cierta ocasión la bautizó, con razón, como el *edictum*

² Me refiero a Ismael Sánchez Bella.

*translatitium*³. Pasaban de opositor a opositor y se aderezaban añadiendo las últimas publicaciones sobre el tema. Pero la elaboración de una *Memoria* implicaba la lectura no sólo de aquellas memorias que el opositor hubiera podido reunir, sino también de los trabajos de metodología (?) de la historiografía española y extranjera más importantes que aparecían citados en ellas. La falta de originalidad de la *Memorias* —todo hay que decirlo— venía también marcada por el hecho de que el opositor tenía que adscribirse a una orientación metodológica que, obviamente, era la sugerida por su maestro; por consiguiente, había poco margen de maniobra para la “originalidad”⁴. En cualquier caso, el opositor acababa adquiriendo una formación sobre algunos problemas teóricos de la disciplina (principalmente el de su catalogación científica, porque era el más devanado) que en actualidad a buena parte de nuestra comunidad científica le suenan a chino.

La Historia del derecho, como todos sabemos, nació como asignatura autónoma con el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883. El mencionado Decreto disponía que las enseñanzas de la Facultad de Derecho debían de ser comunes a las dos secciones en las que, por entonces, estaba dividida dicha Facultad⁵.

³ En alguna ocasión, la opositora (¡hoy profesora Titular de nuestra asignatura!) llevó tan a rajatabla este principio que, en lugar de poner en el Proyecto que presentaba, “plaza de profesor Titular de Cuenca” (para la que opositaba), mantuvo en varias ocasiones: “plaza de Catedrático de Albacete”, que aparecía en el Proyecto “inspirador”. Sin llegar a esos extremos, otro opositor, más inteligente (actualmente catedrático), de la misma “Escuela” (?) reprodujo literalmente páginas y páginas del mismo Proyecto sin que a los miembros de la Comisión (en este caso para una plaza en la Complutense) les produjera el más mínimo bochorno en votarlo, bajo la pretexto de que se trataba de un “Proyecto de Escuela”. Hubiera comprendido, como miembro de la comisión que era en aquél momento, que se hubiera tomado como modelo inspirador la *Memoria* del maestro (que data, si no recuerdo mal, de 1970), pero claro... está en lo sustancial ya publicada. Lo sorprendente es que se acudiera a “fusilar” el Proyecto no precisamente de uno de los miembros más “aventajados” de dicha “Escuela”(?), en el que se silenciaba, por ejemplo, toda la aportación en este campo de Bartolomé Clavero, porque, según sus propias palabras, “no hay Dios que lo entienda”.

⁴ Así, y a modo de ejemplo, las *Memorias* de los que trabajamos con García-Gallo deben buena parte de su aparato crítico a las “notas” —obviamente no publicadas— correspondientes a los planteamientos generales de la asignatura de su *Manual de Historia del Derecho español*. Don Alfonso permitía consultar al opositor de turno dichas “notas” personales para confeccionar la *Memoria*. Aludo a esta información para que si en un futuro algún historiador del derecho —si la asignatura no ha desaparecido para entonces a la vista del nivel que está adquiriendo— se pone a estudiar las *Memorias* de oposiciones, tenga en cuenta que hay una fuente —las “notas” de don Alfonso— que es común a todas ellas, con independencia de las otras *Memorias* manejadas por el opositor. No es este el momento ni el lugar para hacer la historia de dichas “notas” que un buen día desaparecieron (afortunadamente sólo una copia de ellas). Tengo en mente, cuando otras obligaciones me lo permitan, hacer un trabajo sobre las mencionadas “notas”.

⁵ Sobre los orígenes de nuestra disciplina véanse: A. García-Gallo, *Hinojosa y su Obra*, en E. de Hinojosa y Naveros, Obras, T. I, “Estudios de investigación” (Madrid 1948) pp. XI-CXXIV, en concreto pp. XXVIII-XXXI, XXXIX-XL y CIX-CXVIII. M. Martínez Neira, “Los orígenes de la historia del derecho en la Universidad española”, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, n° 3 (2000), pp. 21-164; “Hacia la madurez de una disciplina. Las oposiciones a Cátedra de Historia del Derecho español entre 1898 y 1936”, también en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* (a partir de ahora, *CIAN*), n° 5

En efecto, según el preámbulo del Decreto los abogados recibían en las Universidades “un caudal mezquino de instrucción”. Las Facultades de Derecho estaban divididas en tres ramas o secciones. En la primera se estudiaba fundamentalmente “derecho civil y canónico”; en una segunda sección, con total independencia de la anterior, se enseñaba Derecho administrativo; y, por último, había otra sección destinada a la carrera del Notariado⁶. Ante este tan desconcertante como caótico panorama, el ministro Germán Gamazo ordenó refundir en una sola carrera académica las tres ramas, si bien, según prescribía el citado Decreto, los alumnos que aspiraran al título de Notario quedarán exentos de cursar ciertas asignaturas “extrañas a sus privativas funciones”. Nació así, pues, al hilo de esta reforma, la “Historia general del Derecho español”.

La inclusión de nuestra disciplina en el nuevo plan de estudios se justificaba porque la *Historia general del Derecho español* permitía “a los profesores de sus diversas ramas entrar desde luego en el estudio interno de éstas, y concluir, por lo tanto, la asignatura que les está encomendada”. Por consiguiente, la *Historia general del Derecho español* tenía como finalidad proporcionar a los profesores de las diferentes ramas jurídicas “el estudio interno de éstas”, circunstancia que les permitiría “concluir —suponemos que mejor— la asignatura que les está encomendada”. En definitiva, la Historia del Derecho cumplía una función formativa para los profesores del Derecho “positivo”, en la medida que les ayudaba a comprender mejor sus respectivas materias. Esta función instrumental —pero tremendamente útil— de nuestra disciplina, desgraciadamente, muy pronto quedó olvidada.

Sin embargo, el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883 no aludía a que la *Historia general del Derecho español* debía contribuir también a la formación de los alumnos. (¿Se daba por supuesto?). Dejando ahora a un lado este importante *lapsus* del ministro, lo cierto es que nuestra asignatura nació con una finalidad muy clara: la mejor preparación y comprensión de las distintas ramas del derecho por parte de los profesores [y los alumnos] de las mismas.

El “plan Gamazo” introducía en el primer curso, preparatorio, otras asignaturas de carácter histórico: “Reseña histórica de las principales transformaciones políticas de los pueblos europeos”. Según el Real Decreto de 1883, el contenido de esta asignatura debía enfocarse como “una historia sociológica en que sucintamente se expongan la generación y las transformaciones que han traído a su actual ser a los pueblos europeos, de cuya cultura es principalísima parte el desenvolvimiento del Derecho”.

Visión profética y europeísta del buen ministro Gamazo, pero, sin embargo, la vida de esta asignatura fue efímera, ya que en los reajustes que se hicieron al Plan de

(2002), pp. 331-457. J. Sánchez-Arcilla Bernal, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, 2004, pp. 3-6.

⁶ *Colección legislativa de España* (a partir de ahora C. L.), t. 131, Madrid, 1884, pp. 442-443.

estudios cuando todavía no había cumplido su primer año, fue sustituida por una “Historia crítica de España”⁷.

La importancia de la Historia jurídica en el plan Gamazo se confirmaba con la inclusión de otras dos asignaturas de componente histórico en el Doctorado: la “Historia y examen crítico de los más importantes tratados de España con otras potencias” y un “Derecho público eclesiástico e Historia particular de la Iglesia española”.

El Real decreto de 2 de septiembre de 1883 no sólo fue el acta de nacimiento de la Historia del derecho como enseñanza en las Facultades de Derecho, sino que también creó sobre el papel una nueva comunidad científica.

La investigación de la Historia del derecho en esos momentos en España era algo excepcional. Si entendemos por comunidad científica aquella que está formada por los practicantes de una especialidad científica, la Historia del Derecho constituía una curiosa excepción.

Normalmente, el proceso de incorporación de una especialidad a los planes de estudios de la Universidad tiene lugar como consecuencia o bien de las necesidades de la praxis, o bien por el avance en la investigación en un determinado campo científico. En tales circunstancias, sería la importancia de sus aportaciones la que justifican su inclusión en los estudios universitarios⁸. Pero el proceso que culmina con la creación de las cátedras de Historia general del Derecho español en 1883 es totalmente diferente⁹. La simbiosis historia del derecho-derecho civil aparece reflejada en los manuales recomendados para el estudio de nuestra disciplina. Pero el hecho de que en las universidades se estudiaran unos manuales de contenido histórico-jurídico no implicaba la existencia de una comunidad científica de historiadores del derecho. La

⁷ Por Real Decreto de 14 de agosto de 1884, el nuevo plan de estudios fue objeto de algunos reajustes (C.L. t. 133, Madrid, 1885, pp. 279-290). La nueva asignatura se debía impartir antes de la Historia general del Derecho, que correspondía al segundo curso, según el plan de 1883; pero ahora pasaba al tercer curso. La Historia general del Derecho desplazó en importancia al Derecho Romano: “Grande es ciertamente la importancia del Derecho romano, no sólo por la parte que le corresponde en la generación de la cultura jurídica de todo el continente, sino por su enlace íntimo y especial con nuestros cuerpos legales, y porque en extensas comarcas, por él se rigen todavía las principales instituciones de la familia y la propiedad. La novedad de encerrar su estudio en un solo curso no proviene, pues, de que se tenga en menor de lo justo el examen de la que pudo llamarse sin hipérbole *la razón escrita*. Pero debiendo enseñarse por separado la Historia de las sociedades europeas, en que tan señalado fue su influjo; segregándose los principios de Derecho natural, y creándose además la asignatura de Historia general del Derecho, el examen de las instituciones positivas, como antecedente de nuestra legislación civil, común y foral, podrá ser más completo en el curso que queda que en los dos hoy existentes, consagrados a la vez a otras materias”.

⁸ J. Sánchez-Arcilla Bernal, *Jacobus, id quod ego*, p. 5.

⁹ El proceso ha sido estudiado por Martínez Neira. Es preciso recordar, no obstante, que el interés académico por la historia del derecho vino de la mano de la importancia progresiva por los estudios del derecho patrio en algunas universidades —Salamanca, Granada, Valencia— a finales del siglo XVIII. Durante el siglo XIX, nuestra disciplina careció de plena autonomía académica; su dependencia respecto al derecho civil es un hecho evidente, aunque en algún plan de estudios pueda vislumbrarse una cierta independencia respecto a las instituciones del derecho civil. Así lo entiende Martínez Neira, “Los orígenes...”, pp. 77-78, ya citado.

Historia del Derecho era una disciplina que, como tal, apenas era objeto de atención por parte de los juristas; ni siquiera por parte de aquellos que eran titulares de manuales de la asignatura; sólo algún historiador con formación de jurista, como Hinojosa¹⁰, había empezado a cultivarla poco tiempo antes.

Con Hinojosa aparece la primera “Escuela” de historiadores del Derecho. Hace unos años me ocupé de definir qué debemos entender por una “escuela científica”¹¹ y no lo que algunos han hecho en nuestra asignatura. Para que exista una escuela científica se requiere, en primer lugar, un maestro; es decir una persona a la que otros estudiosos le reconocen una *auctoritas* científica y, por ello, están dispuestos a seguirle. Esa *auctoritas* se concreta en unos conocimientos científicos, en el dominio de una ciencia, de su concepto, de su método de estudio, de su aplicación... A cambio el maestro comparte sus conocimientos para formar a esos discípulos; de este modo se genera una cadena de transmisión de ese saber científico. Bien distinta es la “comunidad científica”. Ésta se encuentra integrada por *todos* los practicantes de una especialidad científica.

Los integrantes de una comunidad científica se han formado en unos mismos libros que constituyen el modelo o paradigma de su campo disciplinal; lo que Kuhn denominó muy expresivamente la “ciencia normal”. La “ciencia normal” está constituida por una investigación basada firmemente en las realizaciones científicas pasadas, reconocidas como fundamento de dicho saber por la comunidad científica¹². Por consiguiente, dentro de la comunidad científica pueden existir “escuelas” (no confundir con “clientelas académicas”, tan extendidas en los últimos años en la Historia del Derecho), es decir, grupos de científicos que aprovechan el mismo material científico de su paradigma, sin embargo mantienen puntos de vista incompatibles o diferentes. Las discrepancias entre las “escuelas” de un mismo paradigma o matriz disciplinal¹³ pueden obedecer a varias causas, aunque las principales suelen ser de carácter conceptual o metodológico.

Tradicionalmente se viene afirmando que la primera gran “Escuela” de historiadores del derecho española fue la que fundó Hinojosa. Ya me manifesté en su día respecto a si Hinojosa llegó verdaderamente a fundar una “Escuela” en el sentido que le

¹⁰ Para la Escuela de Hinojosa y su bibliografía, vid. J. Sánchez-Arcilla, *Jacobus, id quod ego*, pp. 6-7, nota 11.

¹¹ J. Sánchez-Arcilla, *ibidem*, pp. 7-9.

¹² T.S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, 1975 (hay reimpresión del 2001), y *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Barcelona, 1989.

¹³ En su *Posdata: 1969*, Kuhn sustituyó el término “paradigma” por el de “matriz disciplinal”. “Disciplinal”, porque se refiere a la posesión común de los practicantes de una misma disciplina particular; “matriz”, porque está compuesta de elementos ordenados de varios tipos, cada uno de los cuales requiere una especificación posterior. “Todos —dice Kuhn—, o la mayor parte de los objetos de los acuerdos de grupo que en mi texto original forman paradigmas, partes de paradigmas o paradigmáticos son componentes de la matriz disciplinal, y como tal, forman una función total y reunida” (*Posdata: 1969 en La estructura de las revoluciones...*, ed. cit. p. 280).

estamos dando a dicho término¹⁴. Pero, desde luego, lo que no se puede negar es que Hinojosa contribuyó de manera decisiva en la construcción de nuestra matriz disciplinal y a la formación de comunidad científica de los historiadores del derecho.

Dicha matriz está caracterizada por las siguientes notas: En primer lugar, porque en la obra de Hinojosa no hay una preocupación —a pesar de ser jurista— por definir lo que es el Derecho. En efecto, de sus trabajos lo más que se puede inferir es que el Derecho está constituido exclusivamente por la legislación. No hay en Hinojosa una preocupación teórica de los problemas estrictamente jurídicos. En él, aun habiendo estudiado la carrera de Derecho, predomina su formación de historiador. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, Hinojosa tampoco define de manera expresa la “Historia del Derecho español”. En tercer lugar, el objeto de nuestra disciplina se concretaba en la historia de las fuentes del derecho en sentido lato (historia externa) y en la historia de las instituciones jurídicas (historia interna). En cuarto lugar, Hinojosa consideraba que la Historia del Derecho era una “rama de la Historia general”. En quinto lugar, también consecuencia de lo anterior, el método adecuado para el estudio de la Historia del Derecho era el método histórico, en su modalidad hipotético-deductiva, complementado en ocasiones con método comparatista (en ningún momento Hinojosa alude al método jurídico). Y, por último, Hinojosa aporta el predominio de una investigación centrada en las instituciones medievales.

Como es sabido, la obra de Hinojosa se convirtió en el paradigma no sólo de historiadores (Sánchez-Albornoz, Ramos Loscertales) sino también de historiadores del derecho (R. Altamira, S. Minguijón y Galo Sánchez). Los “discípulos” de Hinojosa trataron de seguir su orientación, método y líneas de investigación, no obstante, como señala García-Gallo, “las diferencias en el objeto de estudio y aún las mismas que pueden observarse en el método de cada uno de los miembros del grupo, no son obstáculo para que se mantenga la firme cohesión de éste”. Y añade: “Así, surge la llamada *Escuela de Hinojosa*, no formada por éste al agrupar en torno suyo a discípulos que orienta, sino constituida por aquéllos que al emprender el estudio de la historia del derecho o de las instituciones se esfuerzan por seguir sus huellas”¹⁵. Pero si aplicamos lo que hemos afirmado más arriba de lo que es una “escuela científica”, no hubo *stricto sensu* una “*Escuela de Hinojosa*”, sino que la incipiente “comunidad científica” de los historiadores del derecho, se limitó, en palabras de García-Gallo, a “seguir sus huellas”.

Quizás el ejemplo más expresivo es el de Galo Sánchez¹⁶, a quien debemos uno de los primeros desarrollos teóricos de nuestra disciplina. Sus postulados se concre-

¹⁴ Vid. *Jacobus, id quod ego*, pp. 9-16

¹⁵ A. García-Gallo, “Hinojosa y su obra”, ya citado, p. CXV. Cfr. con lo afirmado por Tomás y Valiente en “Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español”, en sus *Obras completas*, Madrid, 1977, t. V, p. 4.148.

¹⁶ En este sentido, García-Gallo no duda en afirmar que “muy pronto, la originalidad de las explicaciones de Galo Sánchez y Sánchez-Albornoz —que si en su orientación general seguían las directrices marcadas

taron es su *Memoria* de oposiciones¹⁷ para la cátedra de la Universidad Central en 1930. No obstante, hay que señalar que en su *Memoria* se recogen —muchas veces de forma literal— los planteamientos publicados años antes, en 1924, en sus *Apuntes de Historia general del Derecho*¹⁸.

La *Memoria* de Galo Sánchez, realizada con evidente precipitación, contrasta que la que había presentado años antes Manuel Torres López¹⁹ para su oposición. En efecto, el cambio en el Reglamento de las oposiciones propició que fuera Torres López el primer historiador del derecho que tuvo que enfrentarse a la elaboración de una *Memoria* de cátedra. Pero lo que me interesa ahora destacar es que si comparamos la concepción y los planteamientos de Galo Sánchez con los de su “maestro” Hinojosa, se pueden apreciar más las divergencias que las coincidencias.

Ambos coinciden en un error, en mi opinión, capital: eludir el concepto de Derecho. Hinojosa parece que lo identifica con las leyes, con el “derecho legal”. Galo Sánchez, en cambio, alude a un concepto más ambiguo, el de las “culturas jurídicas” sin precisar en qué consisten dichas culturas (¿fuentes e instituciones?). La historia del derecho, afirmaba Galo Sánchez en sus *Apuntes*, comprende dos partes: una trata de las fuentes, otra de las instituciones²⁰. Pero ello no es obstáculo para que, a la hora de señalar las fuentes de la historia del derecho, concretamente las fuentes jurídicas directas, reconociera como fuentes del derecho la ley, la costumbre y, “añadiendo si se quiere, la jurisprudencia judicial”²¹.

por Hinojosa, en lo demás reflejaban la preocupación y labor personal de cada uno, y el aprovechamiento intensivo de las fuentes españolas— les destacó como maestros indiscutidos por sus colegas, cada uno en su respectivo campo, y en torno a ambos se agruparon todos” (A. García-Gallo, *op. cit.*, p. 8).

¹⁷ Para el desarrollo del concurso, vid. Martínez Neira, “Hacia la madurez de una disciplina...”, en *CIAN*, n° 5 (2002), ya citado, pp. 394-401. La descripción —no “análisis”— de la *Memoria* de don Galo, en páginas 400-401, nota 107. Un estudio de la *Memoria* de Galo Sánchez puede verse en R. Medina Plana, “Maneras de entender o enteder la manera. Las primeras Memorias de oposición a cátedras de Historia del Derecho”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* (a partir de ahora *CHD*), n° 6 (1999), pp. 89-93.

¹⁸ [G. Sánchez], *Apuntes de Historia general del Derecho, según las explicaciones del catedrático de la asignatura en la Universidad de Barcelona*, Barcelona, 1924. No he podido consultar la edición de 1924, por lo que cito por la edición de 1930. Esta última edición, según las noticias que tengo, no presentaba cambios respecto a la de 1924 en lo que se refiere al capítulo *Preliminar*. Esta edición —lo mismo que la de 1924— de los *Apuntes*, sin nombre del autor, mecanografiada y ciclostilada, coincide a la letra, para el tema que nos ocupa, con las ediciones posteriores más fáciles de encontrar y consultar. Los *Apuntes* comienzan aludiendo la reciente reforma de plan de estudios que pasó a denominar nuestra disciplina nuevamente *Historia general del derecho* (p. 5). En la edición de 1949 dicha alusión fue sustituida y, en su lugar, se decía que “nuestra asignatura se llama a veces Historia del derecho o Historia general del derecho” (p. 5).

¹⁹ Sobre la oposición de Torres López, además del trabajo de Martínez Neira, sin descripción de la memoria, véase Medina Plana, “Maneras de entender...”, también citado, pp. 43-74. También sobre la oposición de Torres López vid. R. Morán Martín, “Don Manuel Torres López: Salamanca (1926)-Madrid (1949). La coherencia de una trayectoria”, en *CHD*, n° 6 (1999), pp. 143-207.

²⁰ G. Sánchez, *Apuntes*, p. 18.

²¹ G. Sánchez, *op. cit.*, p. 19. No encontramos en Galo Sánchez un positivismo legal. Cuando entra a ca-

Como hemos visto, Hinojosa no dio ningún concepto de Historia del Derecho; en cambio para Galo Sánchez la Historia del Derecho era la “ciencia” que se propone “estudiar y exponer el desarrollo de todas las culturas jurídicas que en la Península se han manifestado desde los tiempos más remotos hasta nuestros días”.

En sede de catalogación científica de la disciplina, mientras para Hinojosa la Historia del Derecho era una “rama de la Historia general”; don Galo no se pronuncia al respecto. Para él la Historia de Derecho es una “ciencia”²², con un objeto jurídico propio (las “culturas jurídicas”, con las fuentes —ley, costumbre y jurisprudencia— e instituciones que las integran), si bien hay factores metajurídicos (económicos, etc.) que determinan la evolución de las instituciones. La autonomía científica de nuestra disciplina queda implícitamente afirmada cuando alude a las “ciencias auxiliares de la nuestra” e incluye la “historia política y de la civilización”²³.

En lo que concierne al método, Galo Sánchez en su *Memoria* se limitó a hablar del método docente, sin que aludiera al método de investigación. No obstante, coinciden Hinojosa y Galo Sánchez a la hora de señalar la importancia del método histórico-crítico. Sin embargo, en don Galo se aprecia una mayor sensibilidad hacia los problemas de índole jurídica²⁴. Existen, por consiguiente, importantes divergencias conceptuales, de catalogación científica, de objeto de estudio y aún metodológicas.

Una escuela científica no se puede caracterizar por “el afán de trabajo, la preocupación de poseer una información segura y actual, el manejo de la bibliografía extranjera, el planteamiento desde arriba de las cuestiones, la utilización directa de las fuentes y la preocupación metodológica práctica”, como afirmaba García-Gallo. Todas estas notas son predicables de cualquier rama del conocimiento científico y atribuibles, por tanto, a todos los miembros de una comunidad científica; en ningún caso se pueden convertir en un rasgo distintivo y definitorio de una escuela concreta.

racterizar las fuentes que interesan a la historia del derecho decía: “Entre las fuentes del derecho que nos interesan, unas contienen la norma jurídica general, ya promulgada por su legislador (códigos, etc.), ya redactada por la actividad privada, cuando fija por escrito la costumbre jurídica existente; otras son de origen judicial, en los casos en que las sentencias, más que aplicar una regla jurídica, la crean; otras (fórmulas, inscripciones, diplomas) manifiestan la aplicación práctica de la norma jurídica a casos concretos y determinados (testamentos, contratos, etc.); finalmente las obras de los tratadistas de derecho (literatura jurídica) comentan y glosan las normas existentes o se ocupan de temas jurídicos de manera doctrinal” (p. 21).

²² Don Galo parece incurrir en una contradicción —una prueba más de la celeridad con la que escribió su *Memoria*— pues, después de considerar como “ciencia” a la Historia del derecho, mucho más adelante afirmaba respecto a la misma que era una “disciplina que, en buena parte, no existe aún como ciencia” (*Memoria*, p. 14). Tal vez se refiera al grado de desarrollo que en ese momento tenía la Historia del derecho.

²³ G. Sánchez, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ “A diferencia de lo que ocurre con las fuentes de creación del derecho, los documentos en que se aplica nos hacen ver el derecho realmente vivido. Las leyes se cumplen o no; el derecho oficial se ajusta o no a las necesidades de la práctica; de aquí la importancia creciente que los modernos investigadores conceden a fórmulas y diplomas como fuentes de sus estudios” (*op. cit.*, p. 21).

En mi opinión, punto de inflexión de esta etapa de nuestra historia jurídica lo marca la persona de Manuel Torres López que, en algunos aspectos, puede ser considerado como un “segundo Hinojosa”.

En efecto, en la década de los años veinte del siglo pasado, si exceptuamos la figuras de Altamira, su joven discípulo Ots Capdequí y Galo Sánchez, el panorama de la historia jurídica, por lo que a la producción monográfica se refiere, no podía ser más desolador. Así aparece reflejado en el consejo de redacción del recién fundado *Anuario de Historia del Derecho Español* en 1924. Se ha de acudir a Laureano Díez Canseco como director de la revista; y entre los restantes miembros del consejo sólo figuraban dos historiadores del derecho (Galo Sánchez y Ots Capdequí), junto a historiadores de la economía, como Carande, y dos historiadores generales, Sánchez-Albornoz y Ramos Loscertales. La dirección efectiva *Anuario* corría a cargo de Sánchez Albornoz²⁵. En la década de los años veinte, la comunidad científica de historiadores del derecho era exigua y fue necesario acudir a historiadores generales, unidos sentimentalmente por el magisterio común de Hinojosa, para fundar nuestra primera publicación periódica.

En este panorama aparece la figura de Torres López, sin vinculación al “círculo de Hinojosa”. Torres se había formado en Alemania y obtuvo la cátedra de Historia del Derecho de Salamanca en 1926.

En la *Memoria* de oposición preceptiva presentada por Torres López, estudiada con detenimiento por Raquel Medina²⁶, se trasluce la formación adquirida en Alemania de sus maestros von Below, Finke o von Schwerin. La figura de Torres, como lo fue en su día la de Hinojosa, supone una renovación total a nivel conceptual para la historia del derecho española.

Torres trajo de Alemania la Historia del Derecho concebida como la historia de los sistemas jurídicos, por ello, a la hora de reflexionar sobre el concepto de nuestra disciplina, parte del concepto de la Historia general que luego aplica a la Historia del Derecho. La Historia del Derecho, según Torres López, no es una “disciplina cerrada”; todo lo contrario, debe estar abierta no sólo a las nuevas corrientes de las Historia, sino también a la Historia económica, la Sociología y a las aportaciones de las ciencias auxiliares. Desde esta concepción amplia, Torres definía la Historia del Derecho como “la ciencia que se ocupe en la forma orgánica del estudio crítico de la evolución de nuestro derecho atendiendo tanto a su desarrollo general como al especial de las distintas instituciones”. Este concepto, no obstante, fue posteriormente precisado y matizado en sus *Lecciones*²⁷. “Nuestra Historia del Derecho —dice Torres en otro lugar de su *Memoria*— habrá de tratar de individualizar nuestra evolución jurídica general

²⁵ García-Gallo, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ R. Medina Plana, “Maneras de entender o entender la manera...”, ya citado, pp. 43-74. Sobre la posición los trabajos de R. Morán Marín y Martínez Neira, citados en nota 15.

²⁷ Cfr. Medina Plana, *op. cit.*, p. 66.

y particular, poniendo de manifiesto lo relevante, ya en relación a las evoluciones jurídicas individuales o particulares de las instituciones, entre sí —dentro de la evolución española— o enlace con otras instituciones similares de otro organismo jurídico”²⁸.

Un aspecto que me interesa destacar de Torres es que para él la Historia del derecho es una ciencia de formación para los estudiantes de derecho, para los que resulta imprescindible interpretar históricamente el derecho y sus principios jurídicos. Sin embargo, Torres se lamenta del estado en el que se encontraba nuestra disciplina en esos momentos cuando repite —veinte años después— la frase de Ureña de 1906: “nuestra Historia del Derecho está por hacer”²⁹.

La *Memoria* de oposiciones de Torres López marca un hito, no sólo porque es la primera que se hace en nuestra disciplina, sino por la calidad de la misma. La historiografía histórico-jurídica alemana será un referente obligado en los cuarenta años siguientes de la Historia del Derecho española.

En la *Memoria*³⁰ de las oposiciones de Alfonso García-Gallo se observa un cambio de planteamiento. En efecto, García-Gallo iniciaba su *Memoria*³¹ con la distinción entre la Historia del Derecho en sentido objetivo y la Historia del Derecho en sentido subjetivo. La primera está constituida por “el devenir del derecho, es decir, la serie de grados intermedios entre su forma más primitiva y su sistema actual”; la historia

²⁸ Cfr. Medina Plana, *op. cit.*, p. 69.

²⁹ Cfr. Medina Plana, *op. cit.*, p. 72.

³⁰ Para la oposición de García-Gallo, véase mi trabajo, “Las oposiciones a cátedra de don Alfonso García-Gallo”, en el *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Madrid 1996, t. I, pp. 107-163. Véanse también R. Medina Plana, “Maneras de entender o entender la manera...”, pp. 121-136, y Martínez Neira, “Hacia la madurez...”, pp. 428-432.

³¹ Si se comparan las páginas dedicadas al concepto y método que aparecen en las *Lecciones de Historia del Derecho español* de Torres López, publicadas en 1933, o en el mismo *Manual de Historia del Derecho español* (1935) hecho en colaboración con Riaza, podemos comprobar que el planteamiento de la *Memoria* de García-Gallo es distinto. En efecto, Torres López en sus *Lecciones* partía del concepto de Historia y su contenido; pasaba luego a analizar el método histórico; a continuación desarrollaba el concepto de Historia del Derecho, su función en la ciencia jurídica y su contenido, y, por último, se ocupaba del concepto, contenido y método de la Historia del Derecho español. Todo ello sustentado sobre un amplio repertorio de bibliografía alemana. Por el contrario, las páginas introductorias del *Manual*, obra de Riaza, toman como punto de partida “el doble aspecto histórico y jurídico de la Historia del derecho”. Para Riaza, la Historia del Derecho “no es sino un apartado de la Historia o una manera especial de estudiar el Derecho”. Según Riaza, la aparición de una rama especial dedicada al Derecho “procede simplemente de una mayor comodidad o de una actuación última con más abuso de las cuestiones jurídicas”. Si se contempla la Historia jurídica desde el campo del derecho, el valor sustancial —según Riaza— lo da el derecho, y “la historia resulta un aspecto o punto de vista desde el cabe contemplar lo jurídico”. Todo ello partiendo de la distinción tripartita de Stammler, en donde la elaboración del derecho en la forma aplicable a las necesidades inmediatas de la vida vendría constituida por la técnica o derecho vigente; la perspectiva histórica que examinaría cómo ha llegado a tener consideración de derecho lo que actualmente tiene valor de tal; y, finalmente, la perspectiva filosófica o teórica que se ocuparía del derecho en su adecuación con la justicia”.

del derecho “como realidad viva”³². Cuando ese devenir del derecho, esa realidad es objeto de estudio, nos encontramos ante la historia del derecho en sentido subjetivo; o dicho de otro modo: ante la ciencia de la Historia del derecho. La finalidad de ésta “debe ser reflejar ese desarrollo con toda fidelidad”³³. En consecuencia, “no depende en absoluto de nuestra voluntad el señalar un concepto y un contenido a la Historia del Derecho como podría ocurrir con algunas disciplinas... [el historiador del Derecho] tiene ante sí una realidad que no puede hacer más que reflejar. Podrá a lo sumo acotar una parte para dedicar a ella sus esfuerzos, pero siempre necesitará ésta, para poseer su pleno valor, ser encajada en el sistema general. Qué sea la Historia del Derecho, cual su contenido, no puede ser fijado apriorísticamente... Por este motivo es preferible para formarse idea del concepto y contenido procurar ir recogiendo del proceso histórico mismo los problemas de índole general que plantee, para irlos analizando ordenadamente”³⁴.

Me interesa destacar ahora ese escepticismo que planteaba García-Gallo a la hora de intentar dar un concepto y —lo que es aún más grave— un contenido (objeto) de la Historia del Derecho. Para mi maestro, el concepto y el contenido de la Historia del Derecho no podían fijarse *a priori* sino que se encuentran en permanente construcción. Desde esta perspectiva y llevada hasta sus últimas consecuencias, según García-Gallo, el historiador del derecho jamás podrá llegar a construir una verdadera ciencia, integrada por hechos empíricos irrefutables. Todo trabajo de investigación se concretaría en un discurso historiográfico de una realidad subjetiva reflejada por el historiador.

Esto es lo que explica que para García-Gallo no es necesario entrar a examinar las cuestiones referentes al concepto de Historia, solamente señala las características de esta ciencia. En este sentido, no hace más que seguir el concepto de Historia propugnado por la historiografía alemana desde principio de siglo³⁵. No obstante, señala que estas características de la ciencia histórica adquieren matices peculiares cuando se trata de la Historia del Derecho.

En primer lugar, a la Historia del Derecho no le interesa el hombre ni la colectividad en sí mismos³⁶. Tampoco sería objeto de la Historia del Derecho “la actuación del hombre en la producción de las normas jurídicas. Esto constituye un sólo aspecto: el de formación del derecho. A la Historia del Derecho le interesa éste, el Derecho, en sí mismo, no por ser obra del hombre... Y esto, tanto si se admite que el derecho

³² García-Gallo, *Memoria*, p. 2.

³³ García-Gallo, *op. cit.*, p. 3.

³⁴ García-Gallo, *op. cit.*, pp. 3-4.

³⁵ García-Gallo cita en nota a pie de páginas las definiciones de Historia dadas por E. Bernheim (*Lehrbuch der historischen Methode und der Geschichtsphilosophie. Mit Nachweis der wichtigsten Quellen und Hilfsmittel zum Studium der Geschichte*, 5ª ed. Leipzig 1908) y W. Bauer (*Einführung in das Studium der Geschichte*, 2ª ed. Tübingen 1928).

³⁶ García-Gallo, *Memoria*, p. 6.

es producto exclusivo de la razón humana, como si se piensa que Dios o la naturaleza lo han impreso en ella y el hombre con sus actos no hace más que reflejarlo de manera imperfecta”³⁷.

Este planteamiento lleva a García-Gallo a señalar una nueva modalidad de lo histórico en el derecho. Frente a la Historia, ciencia de lo individual, de lo concreto, de lo variable, de lo que nunca se repite, el Derecho, en cada uno de los momentos de su historia, constituye un sistema jurídico: “Es decir, forma un todo, un conjunto de normas con un espíritu propio, peculiar, exclusivo; con un sello de unidad, de trabazón y de armonía; íntimamente relacionadas unas con otras y respondiendo todas a una determinada ideología, a una mentalidad, a una forma de ver las cosas y a una lógica —no manifestadas expresamente, sino implícitas— en la manera de plantear y resolver los problemas que ofrece cada régimen de vida. Por consiguiente los hechos jurídicos, a diferencia de los históricos, como nacen de la aplicación de las mismas normas, se repiten siempre igual, en tanto no varíen éstas; no pueden ser objeto de la Historia”³⁸. Obsérvese cómo García-Gallo se alinea con las tesis de los “sistemas jurídicos” importados por Torres de Alemania.

Pero el legado conceptual de Torres López se pone de manifiesto de nuevo cuando García-Gallo afirmaba a continuación —siguiendo a la corriente dogmática dominante en ese momento— que lo que nunca se repite igual son los “sistemas”; unos son respecto de otros “mundos diferentes”, aunque García-Gallo reconoce que entre ellos hay siempre “algo en común, que liga uno con otros y forma con todos un sistema superior —para poder hacer Historia del derecho es preciso que éste, a través de todos los cambios, siga siendo derecho—, pero cada sistema tiene su propia ideología y manera de comprender las cosas”³⁹.

La Historia del Derecho, en consecuencia, para García-Gallo —igual que afirmaba Torres López en su *Memoria*— no debía entenderse como una sucesión de hechos o normas individuales, sino como una “sucesión de sistemas”⁴⁰, tal como la entendían

³⁷ García-Gallo, *op. cit.*, p. 7.

³⁸ García-Gallo, *op. cit.*, p. 8.

³⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰ Los sistemas están condicionados por dos clases de factores: materiales (étnicos, geográficos, económicos...) y espirituales (religiosos, morales, psicológicos, culturales...). Ambos factores determinan “el medio ambiente, lo exterior, a lo que el derecho ha de amoldarse”. Mientras que los segundos forman “lo interior, el espíritu, la mentalidad, el sentimiento”. Cuando por alguno de estos factores se produce un cambio en el régimen de vida que regula el sistema, éste cambia pues ha de amoldarse a aquél. Un cambio en “lo exterior” produce sólo la aparición de normas nuevas que completan o readaptan el sistema; un cambio en “lo interior” transforma el derecho establecido y se produce una sucesión de sistemas. Obviamente, todo ello ha de ponerse en relación con la cultura de cada período estudiado, porque “los intentos de explicar las transformaciones del derecho como consecuencia de las de algunos de éstos (factores), sea el que quiera, son unilaterales y por consiguiente conducen a resultados falsos”. Afirmación ésta que sirve a García-Gallo para realizar una crítica a la historiografía marxista que considera el elemento económico como el principal motor de la Historia. Esta crítica la sustenta, en primer lugar, en que pueden señalarse numerosos ejemplos de instituciones jurídicas que se han desarrollado sin influjo

Ihering, von Schwerin y Schönfeld en Alemania, Besta en Italia y, entre nosotros, Torres López. Por ello, don Alfonso no dudó en incluir en su *Memoria* la celeberrima frase de H. Brunner: “para la Historia del Derecho es materia muerta la que no se puede concebir dogmáticamente”⁴¹.

García-Gallo trató también el tema de la relatividad de los resultados de los estudios histórico-jurídicos. En efecto, para don Alfonso las cuestiones planteadas por la Historia del Derecho dependen siempre de una preocupación intelectual, de una actitud cultural con la que el historiador de una época se acerca al pasado. Pero el conocer histórico —y con él la Historia del Derecho— adolece de una importante limitación: “para poder hacer la historia de una institución es preciso saber lo que ésta es, en su concepto fundamental; para encontrar una cosa es preciso buscarla y no se busca más que lo que se conoce”. Por este motivo, señalaba “en el pasado no suele encontrarse más que aquello que puede referirse a nuestras ideas actuales”. Y aunque mediante deducciones podamos descubrir nuevos aspectos del derecho, “es casi de todo punto imposible, o cuando menos difícilísimo, llegar a resultados definitivo”. Mientras éstos no sean definitivos, simplemente nos habremos aproximado a una imagen de las instituciones, pero sin llegar a obtener un reflejo exacto de ellas. Por eso, don Alfonso aludía a la frase de Huizinga en la que se afirma que la “Historia, en general, es una ciencia eminentemente inexacta”⁴²; característica que no es esencial a la Historia misma, sino a que la investigación no ha progresado todavía lo suficiente.

Partiendo del presupuesto de que la Historia del Derecho es una ciencia histórica (como Hinojosa y Torres López) que tiene por objeto el derecho (como Torres López), García-Gallo se planteaba la cuestión de qué debe entenderse por derecho; es decir, qué debe estudiar la Historia del Derecho. Reconoce que a lo largo de la historia el concepto de derecho no ha sido el mismo para todas las sociedades. “Por este motivo —decía— resulta improcedente pretender dar en épocas anteriores al derecho el mismo concepto que hoy le atribuimos”. “Es necesario dar en cada momento al derecho su verdadero carácter y contenido. Sólo de esta manera será posible apreciar cómo ha ido avanzando o retrocediendo y cómo se ha ido desligando de lo puramente moral o económico y adquiriendo la naturaleza actual. La Historia del Derecho debe abarcar *todo* y *sólo* lo que en cada época ha sido derecho, aunque no coincida con nuestro criterio actual”⁴³.

económico alguno, y a la inversa, casos en que las transformaciones económicas han sido motivadas por las normas jurídicas. En segundo lugar, García-Gallo considera que la crítica de Stammler es definitiva al respecto, en el sentido de que lo económico necesita de una forma jurídica. Por eso afirma que “actualmente no se piensa ya, seriamente, en una interpretación económica de la historia, sino que se quiere explicar ésta por la colaboración de todos los elementos. El pretender que los movimientos históricos obedecen sólo a determinaciones ideológicas, es algo tan unilateral como el suponer sólo políticas o económicas” (*op. cit.*, pp. 10-12).

⁴¹ García-Gallo, *op. cit.*, p. 9.

⁴² García-Gallo, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴³ García-Gallo, *op. cit.*, p. 21.

Me parece interesante detenernos un momento en esta afirmación de mi maestro. Se trata, en mi opinión, de una importante aportación metodológica, contraria al dogmatismo imperante en ese momento y en el que él mismo se encontraba inmerso. Esta afirmación es, sin duda, la que condiciona que, en su *Memoria*, García-Gallo no diera ninguna definición de lo que es el Derecho ni intentara caracterizar su contenido. Y aún reconociendo Derecho muchas veces ha permanecido confundido con la moral y la economía⁴⁴, no se recogen los criterios que debiera seguir el historiador del derecho para delimitar uno u otro campo. A este respecto, en nota, García-Gallo señalaba que “sólo advirtiéndolo expresamente podrá el historiador del derecho prescindir en la exposición de las normas éticas, religiosas o de cualquier clase que aparezcan mezcladas con las jurídicas, y siempre que ello no produzca confusión u oscuridad en la comprensión de éstas”.

García-Gallo, siguiendo a von Below, afirmaba que sólo es posible el estudio del derecho del pasado mediante los medios que nos proporciona la “ciencia del Derecho”. “Si la Historia del derecho —decía, y ahora apoyándose en citas de von Amira y Torres López— se ocupa de cuestiones jurídicas, éstas tendrán que ser, en consecuencia, contestadas jurídicamente”. No obstante, aun cuando hay unanimidad a la hora de reconocer el Derecho como objeto de estudio, García-Gallo dedicaba tres páginas a la “concepción no jurídica de la Historia del derecho”, porque “no se trata sólo de estudiar instituciones jurídicas, sino de estudiarlas jurídicamente”⁴⁵.

⁴⁴ García-Gallo, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁵ Señalaba que es frecuente, incluso entre juristas excelentes, encontrar una concepción no jurídica de la Historia del derecho. Las causas son varias. En primer lugar, porque a menudo la Historia del derecho ha sido trabajado por no juristas. Estos carecen de formación jurídica —especialmente en derecho privado—, pero hasta ese momento eran quienes casi exclusivamente se habían ocupado de las instituciones públicas y sociales “pero con olvido casi constante de lo jurídico”. “Los historiadores modernos —puntualiza— han procurado adquirir una formación jurídica, pero a pesar de ello, la Historia del derecho, actualmente, sobre todo entre nosotros, se resiente de esta falta de construcción jurídica”. En segundo lugar, apuntaba García-Gallo, que los trabajos de los historiadores de la economía se han incorporado a la Historia del derecho sin haber sido sometidos a una reelaboración y, por consiguiente, a que hay en nuestra disciplina muchas cuestiones en las que el aspecto jurídico permanece olvidado. Ponia en guardia acerca del peligro que supone el estrecho contacto existente en ese momento entre la Historia del derecho y la Historia de la economía y citaba el caso de Dopsch, no porque los temas jurídicos los trate defectuosamente, sino porque en sus trabajos aparecen entremezclados los aspectos económico y jurídico, no siendo debidamente destacados. En tercer lugar, la confusión de los conceptos jurídicos y económico-sociales se percibe incluso en historiadores del derecho, cuya competencia escapa de toda duda. García-Gallo ponía el ejemplo de los historiadores del derecho francés —“todos ellos juristas finos”— como Esmein, Declareuil y Olivier-Martin, quienes suelen dar mayor importancia al derecho público y omitir o tratar insuficientemente los temas de derecho privado. Y si alguno como Chenon hace un estudio del derecho privado en su conjunto, omite, según García-Gallo, “numerosísimas cuestiones fundamentales, puramente jurídicas” (*op. cit.*, pp. 23-25). En conclusión, de las palabras de García-Gallo se puede inferir que la “concepción no jurídica de la Historia del Derecho” en buena parte deviene de la escasa o nula consideración del derecho privado, con lo que parece que sería únicamente esta parte del ordenamiento jurídico la que puede ser tratada jurídicamente. ¿No cabe entonces un tratamiento jurídico del

Como la Historia del Derecho trata de cuestiones jurídicas y sólo hay una manera de tratarlas —jurídicamente—, es necesario, continúa García-Gallo, proceder a una *purificación* del contenido actual de la Historia del Derecho, para apartar de ella los elementos de naturaleza no jurídica. “La Historia del derecho, por consiguiente, deberá de tratar, exclusivamente, de conceptos jurídicos”⁴⁶. García-Gallo aclara esta afirmación y explicaba cómo se debía llevar a cabo esa *purificación*: “no quiere decir esto que la Historia del Derecho deba limitarse a construcciones abstractas, a simple juego de conceptos que lo mismo puedan aplicarse a una época que a otra”. “De los distintos aspectos que ofrece cada institución sólo el jurídico interesa a la Historia del derecho. Los demás deben quedar fuera de consideración”. Sin embargo, “esta eliminación de aspectos o matices no jurídicos no impide el que aquélla, para comprender la evolución del derecho, estudie y examine como causas los factores o elementos no jurídicos que la han ocasionado”⁴⁷.

García-Gallo acepta la tesis de los grandes círculos jurídicos⁴⁸ y se planteaba si era posible abordar la historia de un derecho nacional y qué se debía entender por tal. Sostiene que “es necesario acudir pues a criterios intrínsecos del mismo derecho. Un examen comparativo del derecho de pequeños círculos jurídicos, cuya amplitud se vaya aumentando, nos pondrá de manifiesto donde acaban y donde empiezan los rasgos suficientes para caracterizar un sistema”. No obstante, reconocía que esta solución presentaba también algunos inconvenientes⁴⁹, por lo que propugnaba que para conocer, no la historia de sistemas jurídicos sucesivos, sino la de un derecho nacional, referido a un pueblo, era necesario acudir a un doble criterio⁵⁰.

derecho público? ¿No se pueden dar respuestas jurídicas a los problemas del derecho público? Lo verdaderamente paradójico de todo esto es que García-Gallo no presentaba a la oposición ningún trabajo de derecho privado, porque ni siquiera la parte correspondiente a este sector del ordenamiento jurídico publicada en el *Manual* con colaboración con Rianza fue obra suya, sino de éste último. Paradoja, por otro lado, que su trayectoria investigadora posterior confirmó, en donde su interés por los temas del derecho privado fue ciertamente excepcional y marginal, como puede constatarse en su extensa bibliografía.

⁴⁶ García-Gallo, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ García-Gallo, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸ García-Gallo, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁹ En efecto, señala García-Gallo que si uno quiere abordar el estudio de un sistema, debe de ocuparse de todos aquellos territorios en los que se ha aplicado; pero si posteriormente se produce un cambio en el sistema es posible que no se produjera en todos los territorios con lo que unos dejarían de interesar y, por el contrario, habría que entrar a considerar otros nuevos.

⁵⁰ García-Gallo apunta que este doble criterio ya era utilizado por Torres López: “Cuando, por el contrario, decimos historia del derecho español, atendemos muy principalmente, cosas que ya refleja nuestra definición, a una idea política y geográfica, para determinar el ámbito de su estudio. La historia del derecho español no es la de los sistemas jurídicos que podamos testimoniar en la historia del pueblo español ya formado; nuestra historia del derecho es, en primer término, historia de los sistemas jurídicos que se han sucedido en lo que hoy es España, historia de la formación de un derecho que podamos llamar español —paralela a la formación de una nacionalidad española—, y, finalmente, historia de ese derecho español ya formado” (*Lecciones de Historia del Derecho español*, I, p. 46).

García-Gallo concluye afirmando que “la Historia del derecho debe estudiar éste desde sus orígenes hasta el momento presente, aunque naturalmente de no todos los sistemas podrá dar un reflejo igualmente completo y fiel. El estudio del derecho español de la prehistoria es absolutamente imposible de realizar científicamente... la ciencia de la Historia del derecho deberá pues comenzar con la época prerromana, sin que sea obstáculo para ello la escasez de datos y la inseguridad de éstos —pues a pesar de todo es posible en muchos puntos hallar soluciones claras— y deberá acabar con el momento actual, siempre distinto”⁵¹.

En lo que respecta al método de investigación, García-Gallo partía del presupuesto de que las fuentes “son sólo un medio, no el fin del historiador. Pero por su naturaleza de medio es indispensable resolver todos los problemas que a ellas se refieren antes de pasar a su utilización; fijar cuando se pueden utilizar”⁵². Se lamentaba de la escasez de ediciones críticas; en consecuencia, el historiador del derecho tiene él mismo que dedicar su propio esfuerzo a este tipo de trabajos y “formarse en el método puramente histórico de la heurística o ciencia de las fuentes”⁵³.

La cuestión de la construcción histórica lleva a García-Gallo a hacer una valoración del método de las supervivencias y del método comparado. El primero, debe ser rechazado⁵⁴, el segundo sólo utilizado con ciertas reservas⁵⁵. Entendida la Historia del derecho como sistemas jurídicos que se suceden y que están caracterizados por su es-

⁵¹ García-Gallo, *op. cit.*, p. 46.

⁵² García-Gallo, *op. cit.*, p. 49.

⁵³ García-Gallo, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁴ “Partiendo de la base falsa de que el derecho consuetudinario no evoluciona y procede de una época antiquísima, llega a la consecuencia de que toda institución cuya procedencia romana o gemana no se demuestre, es de origen primitivo español. Pero aquí falta toda demostración de esta supervivencia y mientras ésta no se aporte no es posible aceptar tan larga continuidad”. En efecto, “han sido demasiados los cambios operados en las circunstancias exteriores y en la mentalidad humana para admitir esa inamovilidad de las normas jurídicas” (*op. cit.*, pp. 63-64).

⁵⁵ García-Gallo parte del hecho de que el derecho español aparece incluido en un círculo amplio, lo que representa que tenga semejanza y diferencias con los demás derechos nacionales de dicho círculo. “Las semejanzas se deben a la identidad del ambiente o a la identidad de mentalidad; con otras palabras, a unas mismas causas exteriores, o a un origen común, o a copia”. En estos dos últimos supuestos —matiza— la comprobación del origen común de dos pueblos o la imitación “requieren un examen minucioso que lleve a conclusiones seguras... En caso de imitación será necesario mostrar, no sólo que en un derecho existe la institución que se supone copiada, sino también que ha podido ser copiada”. Para García-Gallo “la utilidad del método comparado consiste en que puede ser una ayuda muy provechosa cuando se trata de determinar y matizar, acusando semejanzas y diferencias, lo que hay de esencial y de ocasional, de general y de peculiar en un derecho”. Pero advierte más adelante: “aparte de esta utilidad no escasa, nunca será lícito acudir al método comparado para transplantar, con criterio sociológico, a la historia de nuestro derecho la evolución de otro extraño. La utilización de este derecho sólo será lícita en dos momentos de la investigación: al comenzarla, para buscar temas, puntos de vista y sugerencias, desde luego sin el propósito de querer encontrar idénticos problemas; y una vez acabado y construido el trabajo, exclusivamente a base de las fuentes españolas, para mediante comparación señalar coincidencias y desemejanzas, y valorar de esta forma nuestro propio Derecho” (*op. cit.*, pp. 63-67).

píritu, por ideas que se encuentran en el ambiente y que no llegan a cristalizar, más que por una sistematización aparente, el historiador del derecho se encuentra con el problema de que hay periodos en los que no hay una sistematización o es muy rudimentaria. En tal caso —siguiendo a Seeliger, Wenger, von Schwerin y von Below— “es pues todo punto necesario hallar la dogmática de tales derechos”, y nos describe a continuación cómo debe llevarse a cabo la construcción dogmática⁵⁶ Obviamente, esta reconstrucción ha de hacerse con el máximo rigor histórico, “dando a cada dato, no sólo un lugar dentro del sistema, sino en el espacio y en el tiempo”. García-Gallo afirma que “por eso no puede ser hecho por investigadores que sean sólo juristas o sólo historiadores, sino que requiere, precisamente, una formación histórico-jurídica, que, desde luego, no debe consistir en saber mucha historia y mucho derecho romano, germánico o vigente; sino que supone el poseer métodos de trabajo y sentido histórico y jurídico para poder abordar de esta manera cualquier cuestión”. Y sobre esta preparación vuelve a insistir en nota cuando dice: “Hay que tener en cuenta que no puede tratarse de una simple yuxtaposición de preparaciones, sino una fusión de métodos”⁵⁷. Para adquirir esta preparación, el historiador del derecho necesita estar en posesión de diversos conocimientos, unos instrumentos auxiliares indispensables relativos al manejo de las fuentes⁵⁸, otros derivados del perfecto manejo de la bibliografía, no sólo a nivel general y monográfico, sino también de revistas especializadas.

⁵⁶ “El trabajo del historiador debe consistir, en primer lugar, “en reunir los datos y hechos aislados, con todo cuidado y precisión, después de un análisis minucioso de su contenido. Sólo después de esto, se pasará a enlazar, ajustar y engranar todos aquellos que por el análisis anterior se vea que reflejan una misma dogmática, aunque unos datos sean más completos y explícitos que otros, pero sin olvidar a la vez posibles grados de desarrollo del sistema. Después, a base de estos datos, pero precisamente prescindiendo de ellos en lo que tienen de individual, de concreto y de accidental, elevándose sobre ellos, es preciso abstraer los conceptos jurídicos; reconstruir mediante su enlace íntimo, no puramente externo, el espíritu y el sistema que se ha manifestado parcial y unilateralmente en cada caso particular; es decir, los llamados principios del derecho, que varían en cada sistema. De éstos y siempre como hipótesis, podrán deducirse de manera lógica normas jurídicas que no se nos han transmitido por las fuentes” (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 68-69).

⁵⁷ García-Gallo, *op. cit.*, p. 69, nota 2. No obstante, García-Gallo destacaba el peligro que puede suponer una excesiva conceptualización sobre todo para periodos en los que la dogmática es inexistente o muy precaria. La cuestión —dice— debe plantearse de otra manera, porque “el sistema de una época... no se integra sólo por lo que está manifiesto, sino que hay ideas, conceptos y un espíritu latente. Lo mismo que en nosotros hay ideas, conceptos e impulsos cuya existencia ignoramos; que incluso nos sorprenden al manifestarse... Lo mismo puede decirse de las causas de los hechos. Casi nunca se da cuenta una sociedad de las causas de sus transformaciones... Si nosotros hubiéramos de limitarnos a recoger la dogmática expresa, que, por otra parte no pasa de ser una interpretación más o menos afortunada, tendríamos que utilizar para ello el plan de las fuentes mismas, aunque no se acomodase al sistema del derecho —piénsese, p. ej., en el Fuero de Cuenca o en el de las mismas Partidas— o incluso exponer las normas en completo desorden porque, en verdad, el redactor del *Libro de los Fueros* no pensó en un sistema. Esto sería ridículo. Es pues, perfectamente lícito —siempre dentro del máximo rigor científico— reconstruir una dogmática pasada con toda precisión” (*op. cit.*, pp. 71-72).

⁵⁸ Para ello apuntaba el manejo de la Epigrafía, Paleografía, Diplomática, Lingüística, Arqueología, y otros necesarios para el estudio de las instituciones: Historia general y de la cultura; Historia de la filo-

La orientación defendida por García-Gallo en su *Memoria* se sintetiza en los siguientes puntos. En primer lugar, desde el punto de vista conceptual, García-Gallo partía de un relativismo historicista cuando afirmaba que “no depende en absoluto de nuestra voluntad el señalar y concepto y un contenido de la Historia del derecho como podría ocurrir con algunas disciplinas... Por este motivo es preferible para formarse idea del concepto y contenido procurar ir recogiendo del proceso histórico mismo los problemas de índole general que plantee, para irlos analizando ordenadamente”. Pero lo cierto es que más adelante, implícitamente acaba por reconocer que la Historia del Derecho se debe entender como una “sucesión de sistemas”. Y éstos se deben estudiar “desde sus orígenes hasta el momento presente”. En segundo lugar —y en esto coincide con Hinojosa y Galo Sánchez—, se muestra reacio a dar también un concepto de derecho. Esto lo justifica al afirmar que el concepto de derecho no ha sido el mismo para todas las sociedades, por lo que “es necesario dar en cada momento al derecho su verdadero carácter y contenido”. Eso sí, “la Historia del derecho debe abarcar *todo y sólo* lo que en cada época ha sido derecho, aunque no coincida con nuestro criterio actual”. En consecuencia, el objeto de la historia jurídica no es otro que el derecho tal como se manifestó en cada época histórica. En la medida que el derecho, en cada uno de los momentos de su historia, “forma un todo, un conjunto de normas con un espíritu propio, peculiar, exclusivo... íntimamente relacionadas unas con otras y respondiendo a una determinada ideología... y a una lógica... en la manera de plantear y resolver los problemas”, aquél constituye siempre un sistema. En tercer lugar, desde el punto de la catalogación científica de nuestra disciplina, García-Gallo admite que la Historia del derecho es una “ciencia histórica que tiene por objeto el derecho”. En este punto la coincidencia con Hinojosa no es significativa por cuanto que García-Gallo está aceptando la concepción histórica de la asignatura que sostenían los historiadores del derecho alemán a los que él sigue. Pero esta naturaleza histórica no es obstáculo para que el estudio del derecho del pasado se haga desde una perspectiva jurídica, “mediante los medios que proporciona la ciencia del Derecho”. Para ello propugnaba proceder a una *purificación* del contenido de la Historia del derecho, que “deberá tratar, exclusivamente, de conceptos jurídicos”. En cuarto lugar, y como consecuencia del punto anterior, García-Gallo no hacía mucho énfasis en los factores metajurídicos que intervienen en la evolución del derecho, al

sofía española; Teología; Historia de la economía; Historia de los derechos nacionales francés, italiano, alemán e inglés, sobre todo de los primeros porque “están incluidos juntamente con el nuestro en el mismo círculo jurídico; Historia del Derecho romano, germano, canónico, musulmán y hebreo, por haber una gran relación con el nuestro; Geografía histórica y de Cronología. De la misma manera es necesario el manejo del latín, del griego, del árabe y del hebreo. Estas lenguas habría que añadir el correspondiente conocimiento del francés, italiano, alemán e inglés” (*op. cit.*, pp. 71-73). Hay que pensar que con estas palabras García-Gallo estaba haciendo un enunciado de propósitos, puesto que dudo que haya habido un solo historiador del Derecho que haya dominado —ni siquiera parcialmente— todos estos conocimientos.

contrario de lo que sostenía Galo Sánchez. En quinto lugar, y en sede metodológica, García-Gallo no sólo admitía el uso de método histórico-crítico, sino que insiste en el método de la construcción dogmática de los sistemas del pasado; es decir, la aplicación de un método exclusivamente jurídico y ajeno a la ciencia histórica.

Hemos analizado, de manera somera, tres posiciones de otros tantos maestros de nuestra disciplina a través de sus *Memorias* de oposiciones. Constituyen tres claros exponentes de los planteamientos teóricos de la comunidad científica histórico-jurídica anterior a la guerra civil. En los tres podemos encontrar dos puntos de coincidencia con el “maestro” Hinojosa. En primer lugar, la concepción de la Historia del Derecho como una parte de la ciencia histórica. En segundo lugar, el escaso —por no decir nulo— interés hacia los problemas teóricos del Derecho. Torres López —y con él García-Gallo⁵⁹— asume las posiciones de la dogmática por influencia de sus maestros alemanes, pero se trata principalmente de una orientación metodológica de concebir la historia del derecho como sucesión de sistemas jurídicos a lo largo del tiempo. García-Gallo, como hemos tenido ocasión de ver, aludía a la necesidad de estudiar “jurídicamente” las instituciones; que no se trataba de estudiar históricamente las instituciones jurídicas. Del mismo modo se refería a la necesidad de llevar a cabo la “construcción dogmática” de los sistemas jurídicos. Sin embargo, no se hacía referencia alguna a toda la problemática que esa construcción dogmática implicaba.

El método institucional: ¿Hacia el camino del Derecho?

En 1952, con ocasión del centenario del nacimiento de Hinojosa, García-Gallo hacía un balance de nuestra historia jurídica desde la década de los años veinte. En esos últimos treinta años, se había producido —decía— una “bibliografía muy valiosa, tanto por su amplitud como por su calidad”. “Si se la compara con la de la época anterior, de la que sólo algunas decenas de trabajos pueden aprovecharse, el juicio resulta altamente favorable”⁶⁰. Se lamentaba de que los cultivadores de la historia jurídica eran pocos y que las vocaciones eran cada día más escasas⁶¹. Achacaba García-Gallo esa crisis a diferentes causas (la masificación de la universidad, al plan de estudios vigente 1944 con su fragmentación de la disciplina) pero, sobre todo, a la “orientación actual de los estudios de Historia del derecho”, es decir, en la orientación historicista⁶².

⁵⁹ El autor que aparece más citado en la *Memoria* de García-Gallo es von Schwerin con diecisiete citas; pero es que Torres López es citado en dieciséis ocasiones. Hinojosa no es citado ni una sola vez en la parte conceptual de la *Memoria*; las referencias a su *Manual* son siempre tangenciales y en cuestiones generales.

⁶⁰ García-Gallo, “Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa” en el *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, n° 23 (1953), p. 18.

⁶¹ García-Gallo, *op. cit.*, p.18.

⁶² García-Gallo, *op. cit.*, p. 19.

Esto había propiciado que la Historia del Derecho no tuviera interés ni para los juristas⁶³ ni para los historiadores generales⁶⁴. Y García-Gallo concluía que había “un desinterés por la Historia del Derecho, tanto por parte de la ciencia histórica como de la jurídica”. Frente a esta situación —proseguía— el historiador del derecho puede adoptar dos posturas: “o limitarse a lamentarla y continuar trabajando como hasta ahora, en un ambiente de indiferencia y en un aislamiento cada vez mayor, o revisar el planteamiento actual de estos estudios, considerar si la orientación hasta ahora seguida está o no necesitada de rectificación, y, en este último caso, tratar de encauzar sus tareas por un nuevo camino. Bien entendido, que no puede tratarse en ningún caso de desvirtuar la finalidad y carácter de la Historia del derecho, para atraer hacia ella, en menoscabo de sus exigencias científicas, nuevos adeptos; sino situarla en el lugar que en realidad le corresponde”⁶⁵.

En líneas generales estoy de acuerdo con el diagnóstico que don Alfonso hacía del estado de nuestra disciplina. Sin embargo, no coincido con él en la interpretación de las causas de la crisis⁶⁶, porque el verdadero problema radicaba —y radica— en

⁶³ En primer lugar, la Historia del Derecho “viene considerándose hoy en día como una ciencia cuyo contenido es jurídico, pero cuya orientación general y cuyos métodos son fundamentalmente históricos”. Al considerarse el derecho íntimamente unido con la política, la economía y la sociedad como una de las expresiones de la cultura de cada época, su historia pierde interés para el jurista dogmático. La Historia del Derecho se presenta al jurista actual como una “sucesión de sistemas cerrados, cuyas diferencias se tratan de exaltar”. En segundo lugar, el carácter predominantemente medievalista de la historia del derecho en esos momentos, sin enlace con el actual, que no sirve al jurista para explicar históricamente el derecho que vive y que trata de comprender. En tercer lugar, la Historia del Derecho aparece revestida de una “erudición y una técnica históricas, que cierra el paso al jurista que trata de acercarse a ella”. En consecuencia, la Historia del Derecho no sirve “para iniciar en el conocimiento del derecho ni para formar al jurista; queda reducida a informar sobre cosas que apenas si vale la pena conocer, si no es por pura curiosidad y afán de saber” (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 19-20).

⁶⁴ En primer lugar, porque “las instituciones se estudian cada vez con mayor técnica jurídica”, deslindado el derecho del “contenido sustantivo: político, económico o social”. En segundo lugar, porque en “el afán de precisar los conceptos y formular normas abstractas se han menospreciado los hechos individuales, que fundamentalmente interesan al historiador”. En tercer lugar, “la rigidez de los sistemas jurídicos se resiste a dar cabida en ellos a las vacilaciones y contradicciones del obrar humano”. En resumen, añadía García-Gallo, “la Historia general, hasta hace poco íntimamente compenetrada con la de las instituciones, tiende a desentenderse de ella” (García-Gallo, *op. cit.*, p. 20).

⁶⁵ García-Gallo, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁶⁶ El escaso —por no decir ningún— interés de los juristas hacia la historia jurídica radicaba no en la consideración del derecho “en íntima unión con la política, la economía y la sociedad como una de las formas de expresión de la cultura de cada época”, sino en que los historiadores del derecho hasta ese momento habían volcado casi exclusivamente sus investigaciones hacia la Edad Media. El medievalismo predominante hasta época relativamente reciente en nuestra disciplina ha sido un lastre del que todavía no nos hemos podido librar. Y lo digo desde el convencimiento de que la época medieval es la más formativa para iniciarse en la investigación histórico-jurídica. Pero una cosa es la formación de un miembro de una comunidad científica y otra bien distinta la finalidad que cumple una disciplina dentro de los estudios universitarios. El hecho de que un altísimo porcentaje de la investigación radicaba en las fuentes y en las instituciones medievales ocasionaba un vacío insalvable entre los historiadores del derecho y

que la Historia del Derecho, utilizando las mismas palabras que García-Gallo, “ni sirve para iniciar en el conocimiento del derecho ni para formar al jurista”⁶⁷.

García-Gallo acertó en el diagnóstico, pero no supo establecer la relación causa-efecto de los males⁶⁸. Por lo que respecta al desinterés de los historiadores generales hacia la historia de las instituciones, García-Gallo, probablemente de manera consciente, silenció la causa más importante, que no era otra que el cambio de orientación que los estudios históricos había operado en toda Europa desde la aparición de la Escuela de los Anales. Reconocer el auge en toda Europa de una *nouvelle histoire* de corte marxista⁶⁹ implicaba admitir el fracaso de la historia tradicional —y con ella la de los historiadores españoles, que la seguían practicando—, por ello se comprende que García-Gallo silenciara esta causa. La historia de las instituciones no sólo había perdido el interés para los historiadores generalistas —más pendientes ahora de la sociedad y la economía—, sino que, al considerarla como anticuada, fue revestida también de un carácter reaccionario.

los juristas dogmáticos. Desde esta perspectiva, es evidente que la Historia del Derecho apareciera revestida de “una erudición y una técnica histórica que cierra el paso al jurista que trata de acercarse a ella”. En consecuencia, era el “medievalismo” el que acarrearba las otras dos causas señaladas por García-Gallo. No era el hecho de la íntima unión del derecho “con la política, la economía y la sociedad como una forma de expresión de la cultura”. Cualquier jurista dogmático que negara esa evidencia venía a confirmar su ignorancia acerca del fenómeno jurídico. El problema radicaba en que los historiadores del derecho se preocupaban de esa relación entre el derecho, la política, la economía y la sociedad sólo en la Edad Media. La Historia del Derecho era así una disciplina “erudita”.

⁶⁷ García-Gallo, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸ Pero lo más grave es que siendo consciente de la enfermedad, García-Gallo no aplicara el correspondiente remedio. Un repaso de la bibliografía de García-Gallo desde 1953 —año en que aparece el artículo comentado— hasta el final de su producción científica evidencia que no cambió su línea de investigación medieval de fuentes e instituciones, y si trabajó en la Edad Moderna fue en el campo del derecho indiano, materia también desconectada con el antecedente inmediato del derecho vigente.

⁶⁹ Durante mucho tiempo los *Annales d'Histoire économique et sociale* fue considerada por algunos sectores del mundo universitario como una revista marxista puesto que había convertido a las estructuras económicas y sociales en el principal objeto de la Historia. Pero lo cierto es que la posición de los principales integrantes de la Escuela de los Anales (Marc Bloch, Lucien Febvre, Labrousse o Morazé) con respecto al marxismo no era unánime. Sin embargo, después de la segunda Guerra mundial la Escuela de los Anales se convirtió en el refugio de un grupo importante de historiadores marxistas que veían en los planteamientos de la Escuela un lugar idóneo para desarrollar sus planteamientos teóricos. Desde la década de los años sesenta del siglo XX, la segunda gran generación de Anales (Le Goff y Le Roy Ladurie) fue abandonando los caminos marcados por Bloch y Febvre y orientó su investigación hacia temas antropológicos y los análisis de tipo estructuralista. Este cambio de orientación ha sido valorado como un progresivo alejamiento de las tesis marxistas. En todo caso, en los años cincuenta, cuando escribía García-Gallo el trabajo comentado, la Escuela de los Anales se caracterizaba por la atención prioritaria al grupo social —no a los individuos—, a las estructuras socio-económicas y a los fenómenos de larga duración. Los *Annales* dieron al historiador un nuevo significado al considerar que el objeto de la ciencia histórica no viene dado por las fuentes, sino que es construido por el historiador a partir de las necesidades del presente; lo que da valor al historiador no son las fuentes, sino los problemas que ellas le plantean. Obviamente, todas estas perspectivas eran identificadas —de una manera simplista— con el temido “sociologismo marxista”.

Para salir de la crisis denunciada, García-Gallo consideraba que la primera cuestión a resolver era la de la posición de la Historia del Derecho en el “cuadro general de las ciencias”. La Historia del Derecho, hasta ese momento se había venido considerando como una “rama especializada de la Historia”⁷⁰. Para obtener su independencia, García-Gallo esgrimía varios argumentos: en primer lugar, porque el tránsito entre el presente y el pasado está en continuo movimiento; en segundo lugar, porque el pasado está presente en nosotros sin que podamos eliminarlo; por último, porque para el conocimiento de las realidades culturales presentes —objeto de diversas ciencias— es necesario conocer las realidades pasadas, “puesto que en gran medida aquéllas no son más que éstas”. En consecuencia, “el estudio histórico del derecho debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho; sólo en ella puede alcanzar pleno desarrollo”⁷¹. La Historia del Derecho, añadía, “debe independizarse de la Historia general ya que su *finalidad y métodos* son distintos, y volver a integrarse plenamente en el cuadro de las ciencias jurídicas”. La Historia del derecho, “tal como viene considerándose, es un producto híbrido resultante del cruce de la Historia y del Derecho, cuya infecundidad comienza a reflejarse en el desinterés que hacia él muestran historiadores y juristas”.

A continuación García-Gallo exponía cuáles eran, en su opinión, los tres puntos fundamentales con los que se podían llegar a convertir la Historia del Derecho en una parte de la ciencia jurídica y que, en consecuencia, la independizaban de la Historia general⁷²: 1º. “La independencia de la Historia del derecho respecto de la general, ha de basarse fundamentalmente en la diferencia que existe entre la historicidad del derecho y la de los otros actos y fenómenos de la cultura”⁷³. 2º. “Al propugnar el en-

⁷⁰ García-Gallo, *op. cit.*, p. 22.

⁷¹ García-Gallo, *op. cit.*, p. 23.

⁷² García-Gallo, *op. cit.*, pp. 25-28.

⁷³ Según García-Gallo, hasta ese momento la Historia del Derecho se había ocupado de describir el “derecho que fue”, “un derecho muerto”. Sin embargo, junto a conceptos, principios y normas que han perdido su vigencia, hay otros que se conservan todavía. La “persistencia de las instituciones, e incluso a veces de su regulación, es algo evidente que han menospreciado hasta ahora los historiadores del derecho”. La “continuidad” es un “fenómeno que afecta no sólo a la originalidad del ordenamiento jurídico... sino principalmente a la esencia del propio derecho”. “La persistencia no niega la historicidad o evolución del derecho; lo que hace es reducir ésta a sus justos límites”. “La Historia del derecho, en su afán de identificarse con aquélla [la Historia general] y adoptar sus métodos, centró su interés en destacar las diferencias que en el transcurso del tiempo mostraba el ordenamiento jurídico. La persistencia del derecho quedó difuminada”. “La historicidad de los actos humanos o de la cultura, tal como viene entendiéndose —como individualidad o sucesión no reiterada de los mismos— no es aplicable al derecho”. “La individualidad o el afán de diferenciación, son en esencia contrarios a otros fenómenos culturales, como la lengua o el derecho”. “El derecho... tiene como uno de sus rasgos característicos el de su propia persistencia; es esencial en todo ordenamiento jurídico que sea indudable la vigencia de sus preceptos, y la obligatoriedad, publicidad, conocimiento y estabilidad de los mismos”. Pero el derecho evoluciona; sin embargo “su evolución es bien distinta del suceder histórico que opera en otras manifestaciones de la actividad humana. Su historicidad es de distinta naturaleza que la de éstas”. Por esto, “la Historia del derecho debe atender por igual a destacar, tanto la persistencia como la variabilidad del ordenamiento

cuadramiento de la Historia del Derecho entre las ciencias jurídicas y no entre las históricas, no se desconoce su peculiaridad”⁷⁴. 3º. La consideración de la Historia del Derecho como ciencia jurídica no sólo afecta a su finalidad y orientación, sino también a sus métodos⁷⁵. En este sentido me interesa ahora destacar que García-Gallo

jurídico positivo, ya que preocuparse sólo de esta última —a la manera como lo hace la Historia— supondría ofrecer una visión parcial del mismo, en la que precisamente lo fundamental quedaría olvidado”. Al jurista le “interesa la integridad del ordenamiento jurídico”. Por esto, “la Historia del derecho sólo puede concebirse en su plenitud como ciencia, desde el campo del derecho”.

⁷⁴ Con este planteamiento no se pretende convertir a la Historia del derecho en una “rama auxiliar de la dogmática”; “ni ha de limitarse a facilitar los elementos para una interpretación histórica de ésta, ni ha de reducirse a suministrar los antecedentes del mismo”. “La Historia del derecho ha de ser verdadera historia”..., ha de exponer “el origen y desarrollo del derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente”; “el derecho vigente no es punto de llegada, sino tan sólo una etapa en el camino, y por ello, es tan histórico como pueda serlo el del siglo III”. La Historia del Derecho “no sólo instruye al jurista proporcionándole datos; sino que le forma, permitiéndole comprender por qué el derecho actual es como es, y hasta qué punto podría ser de otra forma”. “Que este derecho actual sea considerado aquí históricamente, en nada se opone a que por otro lado se estudie con criterio dogmático”. García-Gallo procede entonces a criticar la concepción -mantenida por él años atrás- de la Historia del Derecho como “sucesión de sistemas, entendiéndolo por tales las estructuras que agrupan y coordinan lógicamente, respondiendo a una unidad de espíritu, sin contradicciones, todos los principios y reglas que explícita o implícitamente contiene un derecho positivo”. El sistema “es sólo un espejismo de la dogmática jurídica”. “No se da la sucesión de sistemas, porque el derecho no evoluciona al mismo ritmo en su totalidad, ni a saltos”. El historiador del derecho, “al que lo que le interesa es conocer cómo se formó éste, y cómo se establecieron nuevas normas, frecuentemente en contradicción con otras, no puede tener la preocupación del sistema”. “La Historia del Derecho debe apartarse de esta concepción dogmática del ordenamiento jurídico, tan dominada por el conceptualismo”. Descartada la historia del derecho como “una presentación sucesiva de sistemas, o historia de conceptos de contenido vario y fluctuante, la solución apetecida puede encontrarse en un planteamiento institucional”. Este nuevo planteamiento parte de que existen realidades y situaciones que se encuentran por encima del derecho y que éste se limita a regular o moldear. “Estas realidades y situaciones en lo fundamental son siempre las mismas en todos los pueblos y en todos los tiempos... Así, también el derecho presenta sobre un núcleo uniforme y persistente unas formas variables que tratan de adaptarse a aquéllas”. “Los conceptos y los preceptos jurídicos son sólo un instrumento de que el hombre se vale para regular estas situaciones e intereses... Por ello, dada su variabilidad, tales conceptos no pueden servir de base para bosquejar el proceso de formación y desarrollo del derecho. Este sólo se encuentra en aquellas realidades, situaciones o relaciones antes aludidas”. Y afirmaba García-Gallo: “Centrada la Historia del derecho entre las ciencias jurídicas, su desviación hacia campos afines —historia, política, economía, sociología— queda conjurada. Sus temas centrales han de ser los que preocupan a los juristas, y éstos han de poder encontrar en ella la explicación histórica del derecho vigente. Por otra parte, el estudio de la evolución jurídica centrada en las realidades, situaciones e intereses vitales para el individuo y la sociedad, ahuyenta el peligro de una consideración puramente conceptual del derecho, ya que esto sólo puede valorarse en función de aquéllas” (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 28-33).

⁷⁵ García-Gallo afirmaba que, hasta ese momento, los métodos que habían venido dominando la Historia del derecho eran fundamentalmente históricos. “La historia jurídica —decía— se elaboraba como cualquiera otra rama de la Historia, y sólo en el momento de construir el sistema se acudía la técnica del jurista. “El estudio de un ordenamiento jurídico pasado ha de ser efectuado con método de jurista y, en un primer momento de su aplicación, *de la misma forma que se estudia el derecho vigente*” (El subrayado es mío). Consideraba que esto debía hacerse así porque “las fuentes de conocimiento que han de utilizarse

propugnaba que el estudio de nuestra disciplina debía efectuarse con el mismo método de jurista con el que se estudia el derecho vigente; el método histórico sólo sirve para la crítica externa, fijación y depuración de los textos.

Al año siguiente de publicarse *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, García-Gallo volvía a exponer su nueva concepción de la Historia del derecho a propósito de una amplia reseña que le hacía a la *Deutsche Rechtsgeschichte* de H. Planitz⁷⁶.

García-Gallo insistía, en primer lugar, en el problema que suponía concebir la evolución del derecho como sucesión de sistemas jurídicos en el tiempo⁷⁷. En segundo lugar, García-Gallo esgrimía el exceso de conceptualismo en el que había caído la Historia del Derecho. Se apoya ahora en la crítica de H. Mitteis a los estudios realizados en Alemania, aunque no comparte con él la divergencia de métodos seguidos por los historiadores generales y los historiadores del derecho⁷⁸. Ésta se reduce a que

son, ante todo, las fuentes del derecho vigentes en la época en cuestión, tal como en ellas fueron establecidas y valoradas”. El método histórico “sólo sirve para realizar su crítica externa: fijación y depuración de los textos, cuando no hayan llegado a nosotros en su forma original; determinación de su fecha y procedencia, autenticidad... Resuelto esto, carecen de interés para el investigador los delicados problemas de la crítica interna... Ante un texto legal, una decisión judicial, esta crítica interna carece de sentido; lo que de ellos interesa es conocer su valor como fuente de creación del derecho o para la interpretación de éste. Pero la respuesta a estas preguntas no la recibirá de la metodología histórica; sino del propio ordenamiento jurídico”. “El criterio histórico necesario para reconstruir con fidelidad un sistema jurídico pasado sin deformarlo, difícilmente lo obtendrá el investigador de una metodología histórica y aun de la exposición de un historiador”. “El jurista que trabaje como historiador no puede limitarse a reconstruir un sistema pasado; sino que ha de pretender destacar su evolución. En esto es en lo que se diferencia del dogmático: mientras éste trata de buscar la unidad y concordancia de las normas en el sistema, el historiador ha de prestar especial atención a las divergencias y contradicciones, que denuncian cambios de principios y criterios” (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 33-24).

⁷⁶ A. García-Gallo, “La historiografía jurídica contemporánea”, en *AHDE*, n° 24 (1954), pp. 605-634.

⁷⁷ “Nadie ignora que el derecho evoluciona lenta pero ininterrumpidamente y que sólo en muy contadas ocasiones se produce un cambio fulminante y profundo”. Si se considera la totalidad del ordenamiento jurídico —el llamado sistema— “la mutación nunca se opera en un momento, ni deja de ser constante”. “Esta ficción metodológica de los periodos de estabilización ha sido generalmente aceptada y se encuentra en todas las exposiciones de conjunto”. De esta forma se obtiene “la impresión de que el derecho avanza a saltos”. Y esto “porque el concepto de sistema —tal como lo entienden los juristas— es por naturaleza incompatible con el hecho de la evolución histórica. Todo sistema supone coordinación, armonía, unidad, equilibrio entre todas las partes; para el dogmático, ninguna institución, ninguna norma puede quedar fuera del sistema y romper su armonía”. “Querer ahora presentar el derecho del pasado, y aún más, la evolución del mismo, como una serie de sistemas sucesivos, es algo que va contra la historia como contra el derecho antiguo mismo. Con ello, la Historia del derecho, ni refleja exactamente la historia, ni muestra lo que fue el derecho, ni menos como éste se ha formado”.

⁷⁸ Según Mitteis, mientras el historiador general destaca los cambios de tendencia en un sistema fijándose en las primeras manifestaciones o hechos que lo rompen, el historiador del derecho no concede importancia a las mismas en su *status nascendi*, sino sólo cuando alcanzan su plenitud y madurez y se consolidan. Un cambio en el derecho presupone que existe algo estable que puede cambiarse; aquél a menudo es preparado por numerosos precedentes históricos, sobre todo por un cambio fundamental del pensamiento, que penetra hasta los más profundos estratos del espíritu común; pero sólo cuando se presenta un cambio en el derecho, adquieren todos los precedentes relevancia histórica. El historiador del derecho

los historiadores del derecho están más atentos a la caracterización de los sistemas jurídicos, y los historiadores generales a los hechos en su individualidad⁷⁹. En tercer lugar, García-Gallo apuntaba que en donde la historiografía jurídica se mostraba más vinculada a la ciencia histórica y se presentaba como una rama especializada de ésta, es en la periodificación⁸⁰.

Ante esta absorción por la historia general de la jurídica, continúa García-Gallo, los historiadores del derecho “han tratado de afirmar la autonomía y especialización de la disciplina acentuando su carácter jurídico”, operando con conceptos jurídicos⁸¹. Al jurista moderno lo que le interesa es conocer cuáles son las soluciones o regulaciones que en el pasado se han dado para una situación o relación concreta, no la problemática de la construcción dogmática. Tampoco es necesario centrar el estudio en el medio y en el ambiente históricos de cada época, y dentro de éste examinar todas

distingue de la preparación, de la tentativa y de la ejecución, y las condiciones de las causas. No toda circunstancia que lógicamente debe considerarse como condición, ha de tomarse en cuenta, sino sólo aquellas que son causa concreta de resultados concretos, el historiador del derecho ha de investigar todo en todo proceso la situación histórica en que se sitúa, mientras que para el historiador la historia entera es un gran proceso, que él destaca apoyándose en las fuentes. Por ello, el historiador del derecho no debe contentarse con los preceptos normativos y con frecuencia muy abstractos que le transmiten las fuentes jurídicas, para apoyar en ellos la exposición de algo estático e inalterable, sino que debe tender a insertar el desarrollo del derecho en el marco de la dinámica histórica y a investigar las bases histórico espirituales, de la vida del derecho, en mayor medida que hasta ahora; mientras que el historiador general, por el contrario, al ocuparse de cuestiones jurídicas se ocupa tan sólo, sin ir más allá, de determinar cuándo los procesos históricos que observa cristalizan en las normas vinculantes del derecho. Estas serían las diferencias, a juicio de Mitteis que existen, dentro de la ciencia histórica, de los métodos distintos, aunque complementarios del historiador del derecho y del historiador general (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 622-623).

⁷⁹ El que unos y otros trabajen de una manera determinada —descrita por Mitteis— no quiere decir, según García-Gallo, “que ésta sea la única ni la más apropiada”, porque si los sistemas jurídicos carecen de una realidad histórica y los actos individuales responden a un estado de espíritu o de opinión, “las diferencias de método en su estudio se acortan o desaparecen”. “Pues todos —continúa García-Gallo— han de considerar los hechos en el tiempo y en su conexión, causal o no, con la situación del mismo y los factores políticos, culturales, económicos, sociales, etc.; todos han de valorar lo que es un hecho aislado sin trascendencia, lo que es un mero ideal, lo que insinúa una tendencia y lo que la realiza y la perfecciona. Dentro de la orientación dominante de la historiografía jurídica no se observa en la bibliografía diferencia alguna; no sólo los historiadores generales que trabajan sobre instituciones aplican hoy una técnica jurídica, sino que los historiadores del derecho amplían su campo de estudio a problemas económicos, sociales, etc., y siguen una técnica fundamentalmente histórica” (García-Gallo, *op. cit.*, pp. 623-624).

⁸⁰ La periodificación de la historia jurídica debería acomodarse a la vigencia de los distintos sistemas jurídicos; sin embargo, los historiadores del derecho, no sólo alemanes, sino también de otros países, acomodan su periodificación al de la historia general. Pero, además, la concepción de la historia jurídica como parte de la historia general supone también una delimitación de las materias que se consideran propias de aquélla, como son las cuestiones económicas y sociales.

⁸¹ Esto entraña no pocos problemas. Por un lado, la evolución intrínseca de los propios conceptos jurídicos; por otro, la “obsesión” de los historiadores del derecho por la dogmática tal como la concibió Puchta en su Jurisprudencia de conceptos. No se trata de indagar cuál era la dogmática del pasado; lo que se ha hecho ha sido adaptar la dogmática elaborada por de la pandectística a estudio del derecho privado histórico, falseando, de esta manera, la realidad.

y cada una de las instituciones existentes en la misma. “Esto —dice— puede ser de gran interés para el historiador; pero escamotea al jurista lo que a él le interesa: cómo se ha formado un concepto o una norma; o cómo en los distintos tiempos se han resuelto toda suerte de problemas... No debe olvidarse nunca que el derecho es sólo un medio y no un fin”⁸².

Todos estos inconvenientes, derivados de concebir la historia jurídica como historia de sistemas o de conceptos, se pueden soslayar tomando como base “no los conceptos o institutos jurídicos, sino las realidades, situaciones e intereses que aquéllos regulan. Unas y otros —dice García-Gallo— son, con pocas excepciones, tan inherentes o vinculados al hombre que pueden considerarse permanentes y universales como él mismo, y ofrecen, por ello, una base sólida para la integración y ordenación de la materia e incluso para dar una unidad a instituciones muy diferentes”. Señalaba también que mientras en otras disciplinas afines, como la Historia general, la Historia económica y social o el Derecho romano, se habían operado importantes cambios perceptibles en los nuevos manuales, en la Historia del derecho, por el contrario, los tratados y manuales se mantenían fieles a los esquemas contruidos hacia tres cuartos de siglo.

Para una mejor comprensión del cambio de planteamiento efectuado por García-Gallo en 1952-1953 he creído conveniente recoger en una tabla los puntos más destacados de ambas posturas:

**Planteamiento dogmático
(Memoria de oposiciones)**

**Planteamiento institucional
(1952-1953)**

Idea del Derecho

El Derecho constituye un sistema: “estructuras que agrupan y coordinan lógicamente, respondiendo a una unidad de espíritu, sin contradicciones, todos los principios y reglas que explícita o implícitamente contiene un derecho positivo”... “Es decir, forma un todo, un conjunto de normas con un espíritu propio, peculiar, exclusivo; con un sello de unidad, de trabazón y de armonía; íntimamente relacionadas unas con otras y respondiendo todas a una determinada ideología, a una mentalidad, a una forma de ver las cosas y a una lógica —no

El “sistema es sólo un espejismo de la dogmática”; “no se da la sucesión de sistemas, porque el derecho evoluciona al mismo ritmo en su totalidad, ni a saltos”. “La continuidad... es un fenómeno que afecta no sólo a la originalidad del ordenamiento jurídico... sino principalmente a la esencia del propio derecho”. “El concepto de sistema es por naturaleza incompatible con el hecho de la evolución histórica”.

“Querer ahora presentar el derecho del pasado, y aún más, la evolución del mismo, como una serie de sistemas sucesivos, es

⁸² García-Gallo, *op. cit.*, pp. 625-629. Y añade García-Gallo: “Por ser el derecho sólo un medio y no un fin, la sociedad se sirve de él en la medida en que puede satisfacer éste. Los medios —es decir, los conceptos y las normas— cambian buscando una mayor perfección y no es raro que el último estadio de esta evolución apenas guarde analogía con el más antiguo. Por otra parte, también un mismo fin puede a veces conseguirse por medios diferentes”.

tmanifestadas expresamente, sino implícitas— en la manera de plantear y resolver los problemas que ofrece cada régimen de vida.”

Lo que nunca se repite igual son los “sistemas”; unos son respecto de otros “mundos diferentes”, aunque entre ellos hay siempre “algo en común, que liga uno con otros y forma con todos un sistema superior —para poder hacer Historia del derecho es preciso que éste, a través de todos los cambios, siga siendo derecho—, pero cada sistema tiene su propia ideología y manera de comprender las cosas”.

Concepto de Derecho

No da un concepto de Derecho, porque dicho concepto no ha sido el mismo en todas las sociedades: “Por este motivo resulta improcedente pretender dar en épocas anteriores al derecho el mismo concepto que hoy le atribuimos”.

algo que va contra la historia como contra el derecho antiguo mismo”.

La persistencia es un rasgo esencial en todo ordenamiento jurídico. Pero el derecho evoluciona; su historicidad es distinta a la de otras manifestaciones humanas.

“Los conceptos y los preceptos jurídicos son sólo un instrumento de que el hombre se vale para regular estas situaciones e intereses [metajurídicos].

“Es una ordenación de la vida social con fuerza vinculante” (*Manual de Historia del Derecho español*, 1959).

Concepto de Historia del Derecho

Historia del Derecho es la sucesión de sistemas jurídicos en el tiempo. No debe entenderse como una sucesión de hechos o normas individuales, sino como una “sucesión de sistemas”.

“La HD ha de ser verdadera historia... ha de exponer el origen y desarrollo del derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente”; “el derecho vigente no es un punto de llegada, sino tan solo una etapa del camino...”.

Objeto de la Historia del Derecho

La HD debe abarcar “todo” y “sólo” lo que en cada época ha sido “Derecho” (objeto de la HD). La HD debe tratar exclusivamente de “conceptos jurídicos”.

Por consiguiente los hechos jurídicos, a diferencia de los históricos, como nacen de la aplicación de las mismas normas, se repiten siempre igual, en tanto no varíen éstas; no pueden ser objeto de la Historia.

“La HD, por consiguiente, deberá de tratar, exclusivamente, de conceptos jurídicos”.

La HD centra su interés en destacar las diferencias “que en el transcurso del tiempo mostraba el ordenamiento jurídico”.

Hasta este momento la HD se ha ocupado de describir un “derecho muerto”. Hay que hacer hincapié en la “persistencia de las instituciones”. El derecho tiene como rasgos característicos el de su “propia persistencia”. La evolución del derecho es distinta a la del suceder histórico. La HD debe atender tanto a la persistencia como a la variabilidad del ordenamiento jurídico positivo.

La individualidad de los actos humanos o de la cultura son en esencia contrarios al derecho. Al historiador del derecho lo que le interesa es saber “cómo se formó éste, y cómo se establecieron nuevas normas, fre-

cuentemente en contradicción con otras, no puede tener la preocupación del sistema.

La HD debe separarse de esta concepción dogmática del ordenamiento jurídico, tan dominada por el “conceptualismo”.

El historiador del derecho se diferencia del “dogmático” en que mientras éste trata de buscar la unidad y concordancia de las normas del sistema, el historiador ha de prestar especial atención a las divergencias y contradicciones, que denuncian cambios de principios y criterios”.

Catalogación científica

La Historia del Derecho es una “ciencia histórica”, pero el estudio del Derecho ha de realizarse desde una perspectiva jurídica.

Independencia de la HD respecto de la Historia general. Al jurista le interesa la integridad del ordenamiento jurídico. Por eso la HD sólo se concibe en su plenitud como ciencia desde el campo del Derecho.

Metodología científica

Aplicación del método histórico-crítico y del método de la construcción dogmática (método exclusivamente jurídico).

La HD en su afán de identificarse con la Historia general y adoptar sus métodos se centró su interés en destacar las diferencias del ordenamiento jurídico. La individualidad de los actos o de la cultura no es aplicable al derecho.

Con el planteamiento institucional la HD no se convierte en “rama auxiliar de la dogmática”.

“Que el derecho actual sea considerado aquí históricamente, en nada se opondrá a que por otro lado se estudie con criterio dogmático”

“El estudio de un ordenamiento jurídico pasado ha de ser efectuado con método de jurista”. “El método histórico solo sirve para realizar su crítica externa...”.

Finalidad de la Historia del Derecho

Formación del jurista.

La HD instruye al jurista: le proporciona datos y le permite comprender el derecho actual.

Al jurista le interesa la integridad del ordenamiento jurídico.

La HD no es una “rama auxiliar de la dogmática”. La HD “no sólo instruye al jurista proporcionándole datos, sino que le forma, permitiéndole comprender por qué el derecho actual es como es, y hasta que punto podría ser de otra forma”.

Los juristas han de encontrar en la HD la explicación histórica del derecho vigente.

Factores metajurídicos

No hay interés por los factores metajurídicos: “De los distintos aspectos que ofrece cada institución sólo el jurídico interesa a la Historia del derecho. Los demás deben quedar fuera de consideración”. Sin embargo, “esta eliminación de aspectos o matices no jurídicos no impide el que aquélla, para comprender la evolución del derecho, estudie y examine como causas los factores o elementos no jurídicos que la han ocasionado”.

“Existen realidades y situaciones que se encuentran por encima del derecho y que éste se limita a regular o moldear”.

La evolución jurídica centrada en “las realidades, situaciones e intereses vitales para el individuo y la sociedad, ahuyenta el peligro de una consideración puramente conceptual del derecho, ya que esto sólo puede valorarse en función de aquéllas”.

La orientación institucional que, desde 1952-1953, defendió García-Gallo tuvo una importante trascendencia para la historia jurídica española de la segunda mitad del siglo XX. Mi maestro propugnaba una concepción y orientación de la Historia del Derecho que difería “en no pocos puntos fundamentales, de la que ha dominado hasta ahora en la historiografía jurídica alemana, en parte de la italiana y en ciertos aspectos de la francesa”. Era distinta también de la que había prevalecido en España y la que habían seguido desde los años veinte los miembros del “círculo” de Hinojosa. Los nuevos planteamientos del maestro fueron aceptados por todos sus discípulos y así aparecen reflejados en las *Memorias* de las oposiciones. Se había producido una ruptura con la “ciencia normal” histórico-jurídica y, con ella, la aparición de la “Escuela de García-Gallo”⁸³.

Ningún historiador del derecho, ni siquiera sus más acérrimos detractores, pueden negar la importancia de la obra de García-Gallo para nuestra disciplina. Es innegable que si ha Historia del Derecho en España ha adquirido una relevancia académica y científica es gracia a la labor que durante más de medio siglo hizo el maestro complotense. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que desde la admiración y agradecimiento de su magisterio, algunas de sus aportaciones de índole metodológica puedan ser objeto de críticas:

⁸³ Para más detalles, véase, *Jacobus, id quod ego*, pp. 62-68.

En los argumentos defendidos por García-Gallo se aprecian algunas contradicciones que quisiera ahora señalar.

1ª. García-Gallo en ningún momento entra a definir qué es lo que él entiende por una ciencia y cuáles deben ser las características de la ciencia. Esta circunstancia es fundamental, puesto que no hay tampoco una única concepción de lo que es la “ciencia”.

2ª. García-Gallo tampoco entra a considerar por qué la Historia del Derecho se había venido considerando hasta ese momento una “rama especializada de la Historia”. Postura que él mantuvo en su *Memoria* de oposiciones, como hemos tenido ocasión de ver, y que hasta 1952 defendió. No explica, por consiguiente, cómo se produjo ese giro copernicano en su pensamiento. Una primera interpretación de su planteamiento nos lleva a considerar que la Historia del Derecho —parte de la ciencia jurídica— se hallaba sometida o subyugada a otra ciencia, de la Historia. ¿Puede la física encontrarse sometida a la biología? De acuerdo a la concepción más generalizada de lo que es el conocimiento científico —que es, suponemos, la que entonces manejaba García-Gallo—, por principio, dos ciencias no podían tener idéntico objeto. Si la Historia del Derecho se consideraba hasta entonces una “rama especializada de la Historia” era porque su objeto era esencialmente histórico y era, precisamente, esta consideración “histórica” del Derecho la que la incluía en el marco de la ciencia histórica. Las peculiaridades que presenta el Derecho frente a otros “objetos” de estudio también históricos (p.e., la literatura, el arte, etc.) eran las que convertían a nuestra disciplina en “rama especial”, frente a otros hechos del hombre de carácter político o social que tradicionalmente eran estudiados por la Historia “general”. Por consiguiente, si la Historia del Derecho era considerada como “rama especial de la Historia” era porque los historiadores del Derecho habían convertido el estudio del derecho del pasado en un hecho histórico y habían dado prioridad a la evolución y a los cambios del fenómeno jurídico en su dimensión histórica. En otras palabras: se estudiaba el derecho del pasado como un hecho histórico. Esta circunstancia es la que explica entonces la dependencia o servidumbre de la Historia del Derecho respecto a la Historia. ¿Cómo conseguir la independencia? se preguntaba García-Gallo. Los argumentos que esgrime son, en mi opinión, inconsistentes. En primer lugar, nos decía, porque el tránsito entre el presente y el pasado está en continuo movimiento. Decir esto y nada es lo mismo. El presente es un instante, el resto, todo es pasado. El tiempo no se detiene, ni lo podemos detener. Pero es que el tiempo afecta por igual a todos los hechos del hombre, ya sea políticos, económicos, culturales o jurídicos. En segundo lugar, argumentaba don Alfonso, que el pasado está presente en nosotros sin que podamos eliminarlo. Respecto a esta afirmación cabe contra-argumentar lo mismo que antes. Desde luego que el pasado está presente en nosotros, aunque con matices, puesto hay individuos y grupos sociales que desconocen su pasado, circunstancia, ésta última, que implica una “eliminación” —bien es cierto que involuntaria— del pasado. El pasado está ahí, pero en muchas ocasiones no se le puede conocer aunque tengamos intención o necesidad de ello. En relación al tercer argumento (para el co-

nocimiento de las realidades culturales presentes es necesario conocer las pasadas) se puede rebatir con los mismos argumentos anteriores. Baste un ejemplo: para conocer el derecho consuetudinario vigente en la actualidad en cualquier comarca española ¿es necesario conocer cuáles eran las costumbres de los pueblos germánicos que se asentaron en la Península? Se pueden, por consiguiente, conocer perfectamente las realidades culturales del presente sin conocer las pasadas. Otra cosa bien distinta es la de intentar dar una explicación del origen de las realidades culturales presentes.

3ª. García-Gallo concluía: “el estudio histórico del derecho debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho; sólo en ella puede alcanzar pleno desarrollo”. Pero García-Gallo en ningún momento nos dice qué entendía él por la “ciencia del Derecho” —cuestión muy debatida también entonces y ahora—, ni cuál era el objeto de esa ciencia del Derecho. Porque para que la Historia del Derecho se convierta —siempre desde la perspectiva de los planteamientos tradicionales de la ciencia— en ciencia jurídica pasa necesariamente por el hecho de que el objeto de la Historia del Derecho coincida con el objeto de la ciencia jurídica.

4ª. Pero es que tampoco los argumentos que ofrece García-Gallo para “convertir la Historia del Derecho en parte de la ciencia jurídica” son concluyentes. Nos dice, en primer lugar, que la “independencia” respecto a la Historia general ha de basarse en la diferencia que existe entre la historicidad del derecho y la de otros actos y fenómenos de la cultura. En este punto don Alfonso afirma que hasta ese momento, los historiadores del derecho se habían ocupado de describir “el derecho que fue”, un “derecho muerto”. Pero que junto a las normas y conceptos que han perdido vigencia, hay otros que se conservan todavía. Por ello afirmaba: la “persistencia de las instituciones, e incluso a veces de su regulación, es algo evidente que han menospreciado hasta ahora los historiadores del derecho”.... La “continuidad” es un “fenómeno que afecta no sólo a la originalidad del ordenamiento jurídico... sino principalmente a la esencia del propio derecho”. La Historia del Derecho en su afán con identificarse con la Historia general y adoptar sus métodos “centró su interés en destacar las diferencias.... la persistencia del derecho quedó difuminada”. A continuación García-Gallo desarrolla la idea de que la historicidad del derecho se ve afectada por un ritmo más lento de evolución. No voy a entrar ahora en la consideración de la existencia en otros fenómenos humanos afectados por una *longue durée*, como bien destacó en su día Braudel, pero pienso que no es argumento definitivo para considerar la Historia de Derecho como “ciencia jurídica”, el hecho de que la historicidad del derecho se mueva de manera más lenta que otras manifestaciones de la vida humana. En segundo lugar, decía García-Gallo: “Al propugnar el encuadramiento de la Historia del Derecho entre las ciencias jurídicas y no entre las históricas, no se desconoce su peculiaridad”. Obsérvese que ahora don Alfonso no nos habla de la “ciencia jurídica” sino de las “ciencias jurídicas”. García-Gallo complica ahora mucho más sus planteamientos. Por un lado no nos dice cuáles ni cuántas son esas “ciencias jurídicas”; por otro, si son varias “ciencias”, hay que entender que cada una de ellas tendría que tener su

propio “objeto”. ¿Era la Historia del Derecho para García-Gallo una de esas “muchas” ciencias jurídicas? Debemos inferir que sí por la argumentación que nos da a continuación, cuando dice que la Historia del Derecho no se puede convertir en una “rama auxiliar de la dogmática” (¿una de esas ciencias jurídicas?). Pero cuando ya parece que ha identificado al Historia del Derecho con “una” de las “ciencias jurídicas”, remata diciendo: “La Historia del derecho ha de ser verdadera historia”..., ha de exponer “el origen y desarrollo del derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente”; “el derecho vigente no es punto de llegada, sino tan sólo una etapa en el camino, y por ello, es tan histórico como pueda serlo el del siglo III” ¿En qué quedamos? La Historia del Derecho ¿es una ciencia jurídica? o ¿es una ciencia histórica? En tercer lugar, cuando a continuación García-Gallo pasa a criticar la concepción de la Historia del Derecho como sucesión de sistemas jurídicos, hace algunas afirmaciones que, en mi opinión, son más que discutibles: el sistema es un “espejismo de la dogmática”; “el historiador del derecho... no puede tener la preocupación del sistema”; “La Historia del Derecho debe apartarse de esta concepción dogmática del ordenamiento jurídico, tan dominada por el conceptualismo”. Don Alfonso, en ese momento, no se da cuenta que está incurriendo en una contradicción: por un lado, está intentando dotar de carácter jurídico a la Historia del Derecho para “independizarla” de la Historia general; por otro, está renegando de la dogmática que es la parte constructiva de la ciencia jurídica.

5ª. Y toda la argumentación de García-Gallo se cae como un castillo de naipes cuando nos expone su nuevo planteamiento. Dicho planteamiento parte de que existen realidades y situaciones que se encuentran por encima del derecho, que éste, únicamente, se limita a “regular o modelar”. “Estas realidades y situaciones —dice García-Gallo— en lo fundamental son siempre las mismas en todos los pueblos y en todos los tiempos... Así, también el derecho presenta sobre un núcleo uniforme y persistente unas formas variables que tratan de adaptarse a aquéllas”. “*Los conceptos y los preceptos jurídicos son sólo un instrumento de que el hombre se vale para regular estas situaciones e intereses...* Por ello, dada su variabilidad, tales conceptos no pueden servir de base para bosquejar el proceso de formación y desarrollo del derecho. *Este sólo se encuentra en aquellas realidades, situaciones o relaciones antes aludidas*” (los subrayados son míos). Obsérvese que ahora lo fundamental para García-Gallo no son los conceptos y los preceptos jurídicos, sino las “realidades y situaciones que se encuentran por encima del derecho”. En otras palabras, elementos metajurídicos: “el estudio de la evolución jurídica centrada en las realidades, situaciones e intereses vitales para el individuo y la sociedad, ahuyenta el peligro de una consideración puramente conceptual del derecho, ya que esto sólo puede valorarse en función de aquéllas”. Es evidente, desde luego, que el origen de las normas jurídicas se encuentra en las nuevas situaciones de hecho, en los intereses políticos, económicos y sociales, pero centrar toda la atención del estudio de la Historia del Derecho en esas realidades y situaciones porque “los conceptos y los preceptos jurí-

dicos son sólo un instrumento de que el hombre se vale para regular estas situaciones e intereses”, me parece totalmente inadecuado. De manera que el modo de convertir la Historia del Derecho en “una” de las ciencias jurídicas consiste en hacer objeto de estudio de nuestra disciplina a las realidades y situaciones metajurídicas (tomando como base “no los conceptos o institutos jurídicos, sino las realidades, situaciones e intereses que aquéllos regulan.”), dejando a un lado a los conceptos y a los preceptos jurídicos. Don Alfonso, sin darse cuenta, había incurrido en un sociologismo jurídico.

6ª. Pero las contradicciones no acaban aquí. García-Gallo afirmaba, por último, que una de las maneras de considerar la Historia del Derecho como “ciencia jurídica” se tenía que verificar a través de sus métodos. En efecto, García-Gallo afirma que hasta ese momento los métodos que habían dominado la Historia del Derecho eran fundamentalmente históricos; que sólo “en el momento de construir el sistema se acudía a la técnica del jurista”. Y añade a continuación: “El estudio de un ordenamiento jurídico pasado ha de ser efectuado con método de jurista y, en un primer momento de su aplicación, *de la misma forma que se estudia el derecho vigente*” (el subrayado es mío). Pero si ahora relacionamos esta afirmación con las otras anteriores relativas a que lo fundamental es el estudio de las “realidades, situaciones e intereses” y no los “conceptos y preceptos jurídicos” ¿Para qué queremos el método jurídico? De manera que lo verdaderamente importante son los elementos metajurídicos, pero, claro, habrá que estudiar también los conceptos y preceptos jurídicos, porque, de lo contrario, nos limitaríamos a señalar las causas que dieron lugar a la aparición de las normas. Llegados a este punto, entonces el historiador del derecho debe aplicar el método jurídico “de la misma forma que se estudia el derecho vigente”. García-Gallo, por otro lado, daba por supuesto que el lector sabía en qué consiste el método jurídico, porque en ningún momento no indica cual es el método de trabajo del jurista.

7ª. Una última, pero no menos importante, crítica al planteamiento institucional defendido por García-Gallo es el referente al mutismo acerca del problema de la aplicación del derecho: situaciones, valoraciones, normas... ¿Y qué sucede después? Todos los que nos movemos en el mundo del derecho sabemos que muchas normas o no se aplican o a la hora de interpretarse por los jueces se les da un sentido diferente del que inicialmente había previsto el legislador. La aplicación nos llevaría de la mano a los problemas de la eficacia y de la eficiencia de las normas jurídicas, al de la interpretación por los jueces... en definitiva a los problemas del derecho realmente “vivido” o “aplicado”. Éste es, en mi opinión, el que le debe preocupar al historiador del Derecho. Soy consciente de que el estudio del “derecho aplicado” restringe considerablemente el ámbito cronológico de la investigación histórico-jurídica, en la medida que ésta solo podría efectuarse con unos mínimos visos de cientificidad para aquellas épocas de las que conservamos un suficiente bagaje documental como para conseguir un acercamiento científico sólido y consistente. Sin éste soporte empírico, una historia del derecho construida únicamente sobre fueros o textos normativos e, incluso, doctrinales, no pasaría de ser una mera especulación o acercamiento muy

pobre a la realidad jurídica del pasado que no soportaría la más mínima crítica científica. Todos sabemos que don Alfonso no fue un hombre de archivos. Sus trabajos sobre el derecho medieval apenas se sustentan en documentos de aplicación del derecho. Es cierto que si no se conservan dichos documentos, poco puede hacer el historiador del derecho: un mero bosquejo de la realidad jurídica del pasado. Tampoco en el campo del Derecho indiano don Alfonso utilizó con profusión el material archivístico; sus trabajos se sustentan con textos normativos o documentos publicados. En su descargo, todo hay que decirlo, juega que cuando él se adentra en la Historia del derecho indiano éste se encontraba prácticamente por hacer. A García-Gallo le debemos las grandes construcciones en materia de organización del mundo americano (virreinos, audiencias, intendencias, alcaldías mayores, capitanías generales...); el funcionamiento efectivo de dichas instituciones es otro cantar.

He recogido algunas observaciones y reflexiones acerca de los planteamientos de mi maestro. Lo que me interesa ahora destacar es la poca preocupación por los problemas de la teoría de la ciencia, en general, y de la teoría del Derecho, en particular, que se aprecia en todos los historiadores del Derecho en la segunda mitad del siglo XX. En mi libro, *Jacobus, id quod ego*, puse de relieve estas carencias, haciendo un pormenorizado análisis y crítica de los planteamientos de aquellos profesores que se pronunciaron ya en el sentido de catalogar científicamente nuestra disciplina —los más—, ya en el sentido de aportar alguna novedad metodológica —los menos—. Esta preocupación fue la que me movió profundizar en esta problemática y tratar de ofrecer una solución a la vieja disputa sobre la naturaleza científica de la Historia del Derecho y, principalmente, intentar dotarla de un método de trabajo riguroso de cara a la obtención verdades científicas.

Ya he señalado que las viejas *Memorias* del sistema de oposiciones anterior a la LRU adolecían casi todas ellas de originalidad, pero no es menos cierto que su elaboración suponía un esfuerzo para los opositores quienes se veían obligados a leer una serie de libros y de artículos que se consideraban fundamentales porque constituían los “fundamentos” de nuestra disciplina. El hecho de que preceptivamente las *Memorias* de oposiciones tuvieran que dividirse en *concepto, método y fuentes* de la asignatura, permitía discernir —aunque no siempre— entre los problemas conceptuales y los metodológicos; pero en los *Proyectos docentes* de la LRU desapareció dicha distinción y en una especie de *totum revolutum* se mezclaban todo tipo de cuestiones que, al final, se reducían al problema de la catalogación científica de nuestra disciplina. Este, en realidad, no es ni un problema conceptual, ni un problema metodológico, si bien sólo puede resolverse cuando antes se haya definido correctamente el objeto de nuestra asignatura.

Los “indefinidos” *Proyectos docentes* de la LRU se constituyeron, pues, en una extraña simbiosis en la que se mezclaban unos presuntos problemas conceptuales y metodológicos —a menudo confundidos entre sí— con interminables relaciones bibliográficas que se copiaban unas a otras, incluidos los errores. Si de las *Memorias*

se decía que eran como el *edictum* del pretor, los llamados Proyectos docentes de la LRU se convirtieron en el *edictum perpetuum*. Pero, ciertamente, lo más grave no es que el concursante “pasara” de leer esos libros y trabajos de los fundamentos de nuestra disciplina; lo verdaderamente grave es que sus maestros eran los primeros que les proporcionaban el Proyecto que debían reproducir *ad litteram*. Los maestros eran los primeros que “pasaban” de los problemas conceptuales y metodológicos.

Siempre he sostenido que para hacer Historia del Derecho —no *la* Historia del derecho— es necesario tener conocimientos jurídicos, porque es el Derecho, no la Historia, lo que se está construyendo científicamente. Y no sólo los conocimientos jurídicos —los fundamentales— sino también los auxiliares proporcionados por la ciencia histórica. Historia del derecho no es *la* Historia del Derecho; Historia del derecho es la comprensión de lo jurídico. No es lo mismo hacer *la* Historia del derecho para comprender una sociedad en un momento histórico dado, que hacer Historia del derecho para comprender el derecho actual a través del pasado.