

# **El *Manual* de Don Alfonso cuarenta Cursos después**

## **Don Alfonso's *Manual*, forty course-years later**

**Iván C. IBÁN PÉREZ**

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado  
Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
i.c.iban@locatio.es

Recibido: 24 de febrero de 2010

Aceptado: 17 de marzo de 2010

### **RESUMEN**

Digresiones personales del autor a raíz de la relectura hoy día del manual de García-Gallo de 1971, cuarenta años después de haberse enfrentado al mismo como alumno; examina las fuentes y autores utilizados por el profesor García-Gallo, así como sus teorías e inclinaciones sobre la evolución histórica de nuestro derecho y llega a la conclusión de que los historiadores del Derecho no saben Derecho ni los juristas saben qué sea el Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Manual de Historia del Derecho de Alfonso García-Gallo, Historia del Derecho Español, concepto de Derecho.

### **ABSTRACT**

Personal digression of the author as a result of the re-reading of the 1971 García-Gallo's course textbook, forty years after having faced the same *Manual* as a student. The author examines the sources and authors used by professor García-Gallo, as well as his theories and inclinations over the historical evolution of our law, before reaching the conclusion that legal historians nor the jurists do not know what the law is.

**KEYWORDS:** Alfonso García-Gallo's *Manual* of History of Law, History of Spanish Law, concept of Law.

### **RÉSUMÉ**

Digressions personnels de l'auteur à la suite de la relecture de nos jours du manuel de García-Gallo de 1971, quarante années après l'avoir lu comme élève ; il passe à examen les sources et les auteurs utilisés par le professeur García-Gallo, ainsi que ses théories et inclinations sur l'évolution historique de notre droit, pour finalement arriver à la conclusion que les historiens du Droit ne savent pas Droit ni les juristes savent ce que c'est le Droit.

**MOTS CLÉ :** Manuel d'Histoire du Droit Alfonso García-Gallo, Histoire du Droit espagnol, concept de Droit.

Casi han transcurrido cuarenta años académicos desde que cursé la disciplina *Historia del Derecho Español* en la Universidad Complutense. Mi profesor fue Don Juan<sup>1</sup>. Impartía con regularidad sus lecciones teóricas a las ocho y media de la mañana, y en muy raras ocasiones era sustituido por “su adjunto”<sup>2</sup>, José Manuel Segura.

<sup>1</sup> Pertenezco a esa generación de estudiantes de Derecho, y aún de ayudantes y de adjuntos, en la que en “mi” Facultad bastaba con el nombre propio para identificar a un catedrático. No sólo en los casos en que tal era inusual: Don Ursicino [Álvarez], Don Leonardo [Prieto-Castro]. Don Isidoro [Martín]. Jubilado Garrigues, Don Joaquín no podía ser otro que Ruiz-Giménez; Don Jaime era, obviamente, Guasp. Si se hablaba de Derecho Romano, Don Juan era Iglesias. Si de Político, Don Luís era Sánchez Agesta. Naturalmente, en Canónico, Don José era Maldonado (Conde de la Galiana). No cabía duda alguna de que Don Federico era De Castro. Y hablando de Historia del Derecho este Don Juan al que ahora me refiero es, por supuesto, Manzano.

Sería inimaginable que en la actualidad se pretendiese identificar a un catedrático con el nombre propio, y si se antepusiese el Don resultaría directamente ridículo. Las cosas han cambiado de modo radical. No sé yo si para bien o para mal, que esa es cuestión difícil de determinar. En todo caso, aquella Universidad era más de mi agrado, pero, por supuesto, mis gustos personales no son baremo para medir la calidad.

Puesto que he citado a Don Juan Manzano, con el que tuve la fortuna de tener un trato cordial en mis posteriores años como ayudante, permítaseme que recuerde cual es la terminología que el utilizaba para referirse a los profesores universitarios. Si aludía a un titular en realidad lo hacía al catedrático [titular de una Cátedra], el resto del profesorado eran auxiliares, aunque se subdividían en dos grupos, adjuntos y ayudantes. Ahora todos somos pdi. Estábamos en una Universidad en el que el núcleo organizativo de la docencia y la investigación era la Cátedra y su titular era el único competente para dirigirlos y para “evaluar” a quienes pretendieran acceder a la condición de catedrático (y todos sus pasos intermedios). Estamos, ahora, en una Universidad en que la investigación es organizada por la Administración pública, con el muy eficaz modo de pagar (los “proyectos”) y la “carrera docente” es guiada por un sistema de puntuaciones llevadas a cabo por diversas comisiones designadas por la Administración (todo ello, ese proceso de control por parte de la Administración, en aras, paradójicamente, de la “autonomía universitaria”). Antes se creía en las personas, ahora en el sistema.

Como quiera que he manifestado mi preferencia por aquel sistema, tal vez sea necesario que realice una aclaración para que no se infiera de mis gustos unas consecuencias valorativas que no se correspondan con mi real opinión. No creo que todos los catedráticos de aquellos tiempos fueran mejores que los actuales pdi. Sin salir de los nombres antes mencionados, así como estimo, y es, obviamente, una impresión personal, que Don Federico De Castro es el más valioso, y con diferencia, jurista español del siglo XX, también pienso que alguno de los nombres antes mencionados se movían en unos modestísimos niveles de saberes jurídicos. Los valiosos prestigiaban las cátedras, los que no lo eran se prestigiaban con su acceso a las mismas. No creo que nadie se prestigie por ser pdi, sencillamente porque son más los que pretenden prestigiarse que los que tienen capacidad de prestigiar.

<sup>2</sup> Los adjuntos: en un primer momento los adjuntos eran, de hecho (había una ficción de concurso), nombrados por los catedráticos y estaban adscritos, de hecho, personalmente a quien le nombró. Su vinculación con la Universidad era contractual, con unos estipendios ciertamente reducidos. Más adelante se creó un cuerpo de funcionarios con tal denominación, al que se accedía mediante una oposición (tres ejercicios públicos; en el caso de las cátedras eran seis). Pero, como es frecuente en la Administración española, *ope legis* se incorporaron al mismo, sin necesidad de oposición, aquellos que reunían unos “requisitos objetivos”, que resultaban ser una cierta antigüedad en su vinculación con la Universidad y el grado de doctor. Como tales requisitos dejaban fuera del cuerpo a aquellos que tenían-

En alguna ocasión dirigía unas prácticas “su ayudante”, Rafael Zurita<sup>3</sup>. El sistema que utilizaba para calificar a los alumnos era ciertamente complejo desde la perspectiva de su gestión<sup>4</sup>: muy numerosos “parciales liberatorios” a lo largo de todo el curso. Pero el objeto de los mismos era extraordinariamente preciso: unos determinados parágrafos del *Manual* de Don Alfonso<sup>5</sup>. No era tal una solución infrecuente:

do la antigüedad, sin embargo, no ostentaban la condición de doctor, se dio un *plazo de gracia* para que pudieran doctorarse (fue una época de gran profusión de tesis doctorales, sólo comparable a la de los años cuarenta del siglo XX). Pero como no todos reunían los criterios de antigüedad suficientes, las primeras oposiciones para acceder al tal cuerpo no fueron libres, sino restringidas a algunos que ya tuvieran una vinculación con la Universidad. Es decir, el cuerpo nacía ya repleto. Durante un corto espacio de tiempo se convocaron las correspondientes oposiciones con un determinado número de plazas, que se cubrían mediante los mecanismos previstos en la norma. Pero pronto la judicatura, con su capacidad de encontrar derechos subjetivos en lugares no previstos por la ley, consolidó la figura de los *aprobados sin plaza*, de tal manera que no había limitación al número de nuevos funcionarios que podía crear la correspondiente comisión encargada de juzgar las oposiciones; si no se habían convocado suficiente número de plazas para todos los *aprobados*, pues se deberían crear tras la oposición. Unos años más tarde se decidió que la denominación era inadecuada, y a partir de aquel momento esta mutó por la de titular. Para celebrar tal cambio nominal se incorporaron al redenominado cuerpo aquellos que, no perteneciendo al mismo, sin embargo acreditaban una cierta antigüedad en la Universidad y eran declarados *idóneos* por una comisión ad hoc, evitándose a los candidatos a ser *idoneizados* el engorroso trámite de desplazarse al lugar en que residenciase la comisión juzgadora correspondiente, limitándose a enviar unos *paquetes* con su documentación (en la Universidad en la que entonces servía se reunieron dos comisiones correspondientes a dos *aéreas de conocimiento* –esa era otra importante innovación; ese nombre– jurídicas; pues bien, concluidas las deliberaciones de una de ellas y las correspondientes *declaraciones de idoneidad*, comprobamos que, por un error de la bedelía, en aquella sala en la que se reunieron obraban los *paquetes* correspondientes a la otra *área de conocimiento*). Como las comisiones en ocasiones fueron en exceso rigurosas y en alguna ocasión impidieron que algún candidato obtuviera la merecida condición de funcionario por usucapión adquisitiva, más adelante, en vía administrativa o contencioso administrativa, fueron admitidos algunos más. Lo que vino luego es, más o menos, el presente: primero el candidato nombra dos miembros de la comisión juzgadora, luego para evitar la fatiga de los ejercicios estos se suprimen, etc.

<sup>3</sup> Estas consistían en glosar alguno de los textos incluidos en el segundo volumen de la obra a cuyo primer volumen me voy a referir en estas líneas: Alfonso García-Gallo (Catedrático de la Universidad de Madrid), *Manual de Historia del Derecho español. II. Metodología histórico-jurídica. Antología de fuentes del Derecho español*, Cuarta edición revisada, Madrid, 1971, LXXXIX+1298 páginas. Ni remotamente soy un especialista en fuentes histórico-jurídicas, pero creo tener una cierta capacidad para valorar el esfuerzo existente tras un trabajo impreso: quedo absolutamente impresionado en cada ocasión en que tomo este volumen entre mis manos (y lo he hecho en varias ocasiones) del enorme esfuerzo que debió suponer para su autor. Es lo de menos, pero piénsese sólo en los puros elementos materiales de confección, en épocas que los medios informáticos eran inexistentes y aun la fotocopia era apenas utilizada, si es que existía. Siempre he valorado más el esfuerzo que la inteligencia. Tal vez porque aquél depende de cada cual y ésta nos viene dada.

<sup>4</sup> Como tantas veces me indicaron sus colaboradores años más tarde, y queridos amigos míos, María Luz Alonso y Miguel Ángel González de San Segundo. Quienes pasaban tardes enteras en el comedor del domicilio de Don Juan realizando inacabables cuadros de calificaciones.

<sup>5</sup> Alfonso García-Gallo (Catedrático de la Universidad de Madrid), *Manual de Historia del Derecho Español. I. El origen y la evolución del Derecho*, Cuarta edición revisada, Madrid, 1971, LIX+998 pp.

en esas épocas, al menos en campo jurídico, unos pocos manuales de cada asignatura eran *libro de texto* en varias cátedras y Universidades. Ese *Manual* (junto con el de Derecho Político de Sánchez Agesta<sup>6</sup> y el de Derecho Romano de Juan Iglesias<sup>7</sup>) fue mi primer contacto con “libros de Derecho”.

Pero no sólo hay esa razón personal del autor de estas líneas para elegir tal *Manual* como objeto de estas líneas. Creo que hay otra, también personal, que justificaría la elección: la destinataria de las mismas<sup>8</sup>. A lo largo de sus más de cuarenta años al frente de la gestión de la biblioteca del Departamento de Historia del

<sup>6</sup> Luis Sánchez Agesta (Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid), *Principios de teoría política*, Tercera edición revisada, Editora Nacional, Madrid, 1970, 543 páginas. Tuve la fortuna de ser alumno de Don Luís en la asignatura Derecho Político 1. Fue mi único suspenso en esta Licenciatura. Desde luego fue justo. Recuerdo que encargaba unos trabajos consistentes en resumir un artículo científico, todavía recuerdo cual era y he podido encontrar su cita exacta: André Mathiot, “Les ‘Pressure groups’ aux États Unis”, *Revue française de science politique*, 2-3, 1952, 429-473. Más adelante me referiré en algún modo a lo que podríamos denominar “posicionamiento político” de García-Gallo. Sirva esto como anticipo. Que Sánchez Agesta era “hombre del régimen” no ofrece dudas, si mal no recuerdo fue Consejero Nacional del Movimiento pero, en todo caso, Procurador en Cortes (al menos en su calidad de Rector de la Universidad Autónoma de Madrid), pero eso no le hacía ser “franquista”. Un “franquista” jamás hubiera recomendado la lectura de ese escrito. La gente vive, en términos generales, en el lugar y tiempo en que le toca. Los héroes son escasos y, probablemente, inútiles.

<sup>7</sup> Juan Iglesias (Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Madrid), *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Quinta edición revisada y aumentada, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965, XXII+718 páginas. Mi profesor de Derecho Romano fue Don Ursicino, sin lugar a dudas uno de los tres mejores profesores que he tenido a lo largo de mis estudios universitarios. En mi opinión ha sido un importante romanista, pero creo que hubiera sido el primer romanista español si no hubiera realizado otras actividades laborales ajenas a la Universidad. Además del “libro de texto” de Iglesias, también había que acudir a dos modestas (formalmente) publicaciones suyas: Ursicino Álvarez, *Apuntes de Derecho romano* (Apuntes privados de la Escuela), Instituto Católico de Artes e Industrias (I.C.A.I.)-Escuela Superior de Dirección de Empresas (ICADE), Madrid, 1967, 51 páginas y Ursicino Álvarez (Según las explicaciones del Prof. Dr. D...), *Apuntes de Derecho romano. Instituciones de Derecho privado romano. II. Los hechos y negocios jurídicos como fuente de creación de derechos subjetivos*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, 1972, 94 páginas. Ambas excelentes.

<sup>8</sup> He querido redactar un escrito específico para este homenaje. Habitualmente, cuando soy requerido para colaborar en una obra de tal naturaleza, me limito a “desempolvar” algún escrito oculto en alguna ilocalizable publicación (ejemplos reales: ponencia a un congreso publicada en chino en Taiwán, conferencia publicada en turco en una revista universitaria de Estambul, etc.). En muy contadas ocasiones (a De Luca con “Valoración de una ‘recepción’. [La ciencia eclesiasticística italiana en las revistas canónicas españolas]”, *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, XCVIII, 1987, pp. 580-667; a Lombardía con *Pedro Lombardía y el Derecho eclesiástico preconstitucional*, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pp. 97-132; a Hervada con “Relectura de un libro de Hervada”, en *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius Canonicum*, volumen especial, 1999, pp. 321-352 y nada más hasta ahora) escribo algo original. Creo tener el derecho a seleccionar distintos niveles en mi modo de homenajear.

Derecho de la Universidad Complutense (y esa ha sido sólo una de sus funciones, y no la más importante) es muy probable que el libro que Isabel de Grandes haya *dado en préstamo* más veces sea precisamente éste.

No puedo asegurarlo, pero creo que no había vuelto a consultar ese libro desde el muy lejano curso académico 1971-72, hasta el año pasado, en el que lo leí con todo detenimiento<sup>9</sup>. Mi propósito es releer las notas que tomé durante su lectura y verter en estas páginas mis impresiones. Desde luego no se trata de *recensionar* la obra, carecería de sentido cuando han transcurrido décadas desde su publicación. Tampoco pretendo que sea un juicio crítico, pues soy plenamente consciente de que no tengo competencia para ello. Digamos que intentarán ser unas reflexiones hechas por alguien que pretende ser jurista y, en modo alguno, historiador del Derecho<sup>10</sup>. Vayamos a ello.

En mis lecturas he prestado siempre especial atención a los índices onomásticos. No los tiene el *Manual* al que ahora me refiero, pero he tratado de confeccionarlo yo mismo. Como es natural en un libro de Historia el catálogo de nombres es notablemente extenso y carecería de sentido el reproducirlo aquí. Me limitaré a exponer una muestra. Me referiré a aquellos nombres (hombres) que corresponden al siglo XX, es decir, los contemporáneos del autor y, en buena medida, de este lector. Advierto que aunque pretende ser exhaustivo, es de todo punto probable que haya omisiones.

Poco más de una veintena de nombres no españoles encontramos: Benedicto XV [Giacomo della Chiesa], Brunner, Calasso, Dahn, Ficker, Gama Barros, Gasparri, Hübner, Jellinek, Kropotkin, Laband, León XIII [Gioacchino Pecci], Lenin, Mommson, Pacchioni, Paradisi, Tutz, Vismara, Wieacker, Wilson (Thomas Woodrow) y Zeumer. Algo más de un centenar de españoles, con lo que, para no hacer la lista demasiado extensa, elencaré únicamente aquellos que son citados más de dos veces: Alcalá Zamora, Alfonso XIII [Alfonso de Borbón Habsburgo-Lorena], Álvarez (Melquiades), Canalejas (José), Figueroa (Álvaro de), Largo Caballero, Lerroux, Maura, Menéndez Pelayo, Pi i Margall, Pidal (Alejandro), Primo de Rivera (Miguel), Silvela (Francisco), Salmerón y Vázquez de Mella.

<sup>9</sup> Paso los últimos tiempos leyendo a De Castro, Legaz, D'Ors, Alonso Olea, Jiménez de Asúa, García de Enterría, García-Gallo, Guasp, Sánchez Agesta, Garrigues y algún otro. Pretendo tras esas lecturas escribir un libro, no sé, todavía, cuál será su objeto, ni tan siquiera sé si llegará a existir. Pero, de momento, voy aprendiendo, no siempre, algo de Derecho.

<sup>10</sup> Si es historiador del Derecho todo aquel que escribe sobre Derecho no vigente, todo aquel que haya escrito, tal es mi caso, acerca del Derecho es necesariamente historiador, aunque solo sea por vía sobrevenida: todo Derecho analizado deja de ser vigente. En todo caso alguna incursión mínima he realizado en épocas muy recientes de nuestra historia. No reseñaré mis cortas aportaciones en este campo, pero me muestro orgulloso de “haber metido en la Historia del Derecho” a la guerra civil española. Creo que fui el primero que publicó algo relativo a la misma en el “Anuario”: “El Derecho eclesiástico de la ‘Zona nacional’ durante la Guerra civil (18-VII-1936 a 1-IV-1939)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVII, 1987, pp. 633-663.

De una rápida lectura de esta lista se pueden sacar algunas conclusiones. Como es frecuente en los libros de Historia, los políticos (en el sentido más amplio posible) ocupan un lugar de preferencia. A título de curiosidad señalaré que quien aparece mayor número de veces citado es quien fuera Presidente de la Primera república durante poco más de un mes, Francesc Pi i Margall<sup>11</sup>. Simétricamente, sorprende que no haya referencia nominal alguna a Francisco Franco<sup>12</sup>. Si nos centramos en los extranjeros veremos que junto a políticos encontramos a notables historiadores del Derecho (Calasso, Mommsen, Vismara, etc.), y algunos, pocos, juristas no historiadores –no es este el momento de entrar a determinar si los historiadores del Derecho son juristas–: Jellinek y Stutz. La escasísima presencia del mundo anglosajón debe ser destacada; únicamente un nombre, el del Presidente de los Estados Unidos de América Thomas Woodrow Wilson, quien, por lo demás, aparece de un modo indirecto y, sorprendentemente, a propósito del movimiento fundado por Sabino Arana<sup>13</sup>.

Si centramos nuestra atención en los nombres españoles, comprobaremos que la lista de los más citados, con la única excepción de Menéndez Pelayo, está monopo-

<sup>11</sup> Aparece citado en las páginas: 889, 910, 934, 936, 941, 960 y 961.

<sup>12</sup> En las épocas en que yo cursaba mi licenciatura en Derecho, y en la que la estabilidad del profesorado era muy notable (durante décadas una materia era explicada por un corto número de profesores) era frecuentísimo que se transmitiesen de una promoción a otra de alumnos las más variadas “leyendas urbanas” relativas a algunos catedráticos y en el que se les “acusase” de mantener determinadas posiciones políticas. Como quiera que nos encontramos en unas fechas que van de “mayo del 68” a “la revolución de los claveles”, eso se manifestaba, en ocasiones, de un modo especialmente vehemente por la vía de pasquines, asambleas, pancartas, etc. Daré ejemplos de cada una de ellas referidas a Don Alfonso. Tenía él costumbre de realizar exámenes “tipo test”, se aseguraba que entre las preguntas que formulaba se incluía la de indicar cuándo y quien domesticó el perro. No puedo refutar o confirmar tal afirmación. Pero, al igual que el “elemental, querido Watson”, sólo aparece una vez y formulado de otro modo en Holmes, o que “el con la Iglesia hemos topado” de Don Quijote no aparece de modo textual, o el lampedusiano “todo debe cambiar para que nada cambie”, no lo pronuncia el Príncipe de Salinas, sino su sobrino y no de modo literal, también puedo decir que en el *Manual* de Don Alfonso no se encuentra referencia canina alguna. En la misma pancarta en que se afirmaba lo anterior se subrayaba su condición de franquista. Al margen del pequeño detalle que para encontrar un antifranquista entre los catedráticos de “mi” Facultad, debíamos acudir (¿paradójicamente?) a un Ministro de Franco, no creo que su pensamiento desentonase con el que circulaba entonces por las cátedras españolas. Desde luego sostiene tópicos al uso, así cuando al referirse al Frente Popular durante la Segunda república afirma que “se preparó por el propio Gobierno la revolución que había de implantar el régimen comunista en España y convertir a ésta en un mero satélite de Rusia” (p. 119). Pero es preciso, en oposición a lo pretendido por el Régimen, cuando sostiene que “Falange española Tradicionalista y de las JONS”, es un partido político (vid. p. 938).

<sup>13</sup> “En Vascongadas se inicia, con sentido cultural y político, un poderoso movimiento regionalista dirigido por Sabino de Arana Goiri (1865-1903). El grupo dirigente de éste, ante el apoyo que presta a las nacionalidades europeas el presidente norteamericano Tomás Woodrow Wilson, para que se constituyan como Estados al desintegrarse los Imperios alemán y austriaco al final de la primera Guerra mundial, se dirige en 1918 a él pidiendo su apoyo para conseguir la autonomía”(p. 911).

lizada por políticos. Encontramos, también, algunos historiadores de Derecho: Hinojosa<sup>14</sup>, Riaza<sup>15</sup>, Ureña<sup>16</sup> y poco más. Por lo que toca a juristas no historiadores aparecen algunos nombres pero no en su calidad de tales, sino de políticos, así Jiménez de Asúa<sup>17</sup> y Sánchez Román<sup>18</sup>. Junto a ellos una enumeración –que no se produce de otras disciplinas jurídicas– de manuales de Derecho Político, sin que aparezca valoración alguna de los mismos, ni tan siquiera se indiquen sus títulos<sup>19</sup>.

Esta breve muestra nos permite afirmar que el mundo anglosajón es absolutamente inexistente para nuestro autor. Que pone de relieve algún interés por la doctrina histórico-jurídica continental europea (en realidad, alemana e italiana), algo menor por la española. Corto interés por la doctrina jurídica europea contemporánea y nulo por la española.

No es infrecuente que en algunos manuales el autor quiera dar testimonio de sus amplios conocimientos bibliográficos. Nunca me ha parecido una solución correcta, pues los principales destinatarios de tal tipo de obras –los alumnos– no tienen necesidad alguna de recibir tal información. En este sentido el *Manual* al que me vengo refiriendo me parece que opta por la solución adecuada: no incluir cita bibliográfica alguna. Si mi lectura ha sido lo suficientemente cuidadosa, creo que sólo se producen dos excepciones: *La Historia del Imperio romano narrada por un jurista* de Pacchioni<sup>20</sup> y de Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo, forma actual de gobierno en España*<sup>21</sup>.

Pero si los autores manejados son muy indicativos de las “posiciones ideológicas y metodológicas” de quien escribe, cuando nos encontramos ante un libro de Derecho<sup>22</sup>, me parece, el punto clave para su ubicación ideológica es la postura que

<sup>14</sup> Citado en las páginas 14 y 120.

<sup>15</sup> Citado en la página IX.

<sup>16</sup> Citado en la página 341.

<sup>17</sup> “Con una orientación netamente clasista se crea en 1879 el *Partido socialista español*, convertido en 1888 en *Partido socialista obrero español*, cuyo jefe es Pablo Iglesias (1850-1925), y en el que destacan políticos de origen obrero... junto a catedráticos como... Luis Jiménez de Asúa” (p. 936).

<sup>18</sup> “La política republicana de centro aparece representada [por distintas entidades y personas]... Una posición personal destacada ocupa Felipe Sánchez-Román y Gallifa (1893-1956)” (p. 937).

<sup>19</sup> “Solo en el último tercio del siglo XIX comienzan a aparecer algunos manuales, casi todos de tipo universitario... de *Derecho político*... Entre estos nuevos manuales se cuentan los de Fernando Mellado (1842-1912), Enrique Gil Robles (1849-1908), Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924), Adolfo González Posada (1860-1944) y Carlos Ruiz del Castillo (1896- )” (p. 897).

<sup>20</sup> Citada en la página 16. La cita completa, no incluida por García-Gallo, es la siguiente: Giovanni Pacchioni, *Breve Historia del Imperio Romano: narrada por un jurista*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

<sup>21</sup> Citada en la página 952. Fue publicada por primera vez en 1901. Hay numerosas ediciones posteriores, así, por ejemplo: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España, urgencia y modo de cambiarla*, Biblioteca Breve, Madrid, 1998.

<sup>22</sup> Y no parece que quepa albergar ninguna duda acerca de que García-Gallo pretende escribir un libro “de Derecho”: “Es [el *Manual*], ante todo, un libro de Derecho” (p. IX).

mantenga a propósito del Derecho natural<sup>23</sup>. Trataremos de exponer la posición al respecto manifestada por García-Gallo en esta obra.

Encontrar una afirmación en un libro que pretenda ser jurídico en España publicado en la fecha en que es concebido este *Manual* en el que abiertamente se proclamase la inexistencia del Derecho natural es sencillamente inimaginable. Esa no es la cuestión. Lo determinante, a los efectos propuestos, es cuál es el concepto y, sobre todo, la función que se le otorga al mismo. En términos breves, un planteamiento iusnaturalista puro implica la creencia de la existencia de un sistema normativo completo anterior a la formulación de cualquier regla por parte del hombre (se encuentre en Dios, en el corazón o en la razón, que en esos lugares y en otros ha sido situado tal sistema normativo). La inadecuación de cualquier “norma humana” a ese preexistente ordenamiento implica su no juridicidad, sería un no-Derecho. Tan al inicio de su *Manual* como en la página primera García-Gallo parece inclinarse con total claridad del lado iusnaturalista: “El Derecho es una ordenación de la vida social con fuerza vinculante. Esta ordenación en cierto modo está impuesta por la naturaleza de las cosas, y entonces constituye lo que se llama *Derecho natural*... el Derecho humano unas veces coincide y otras no con el natural”. En tan breves frases encontramos hasta cuatro elementos que permiten hacer dudar de la pureza de las convicciones iusnaturalistas de nuestro autor. De una parte la relativización que supone el empleo de la expresión “en cierto modo”. En la misma línea la anteposición de las palabras “se llama” al término que analizamos. No es despreciable el hecho de que utilice cursivas a la hora de escribirlo. En último lugar, y es lo determinante, el hecho de que admita que el Derecho humano pueda no coincidir con el natural, sin que señale la no juridicidad de aquel como consecuencia de ello. Incluso cuando plantea directamente la cuestión de la no juridicidad del Derecho positivo como consecuencia de su oposición al natural, no realiza una opción propia en ese sentido, sino que la refiere a otros<sup>24</sup>. Incluso señala la posibilidad de dispensa del Derecho natural<sup>25</sup>

Pero no obstante no adoptar una postura meridianamente clara acerca del carácter estrictamente jurídico del Derecho natural, es claro que la idea de unos principios al margen, y superiores, del Derecho positivo<sup>26</sup> está presente a lo largo de todo

---

<sup>23</sup> Soy plenamente consciente que al adoptar la tesis de Bobbio de que la opción iusnaturalista es una opción ideológica estoy adoptando una posición no neutral en el debate. Sin duda el lector no necesitaba de esta nota para advertirlo así. La asepsia, la neutralidad, en materia jurídica es sencillamente imposible. Por ello el Derecho no será nunca una Ciencia exacta, ni tan siquiera una Ciencia *tout-court*.

<sup>24</sup> “Gran parte de la sociedad y de los juristas siguen afirmando la existencia, incluso frente al Derecho objetivo creado por las leyes del Estado, de unos derechos subjetivos de la persona, que le son reconocidos por el Derecho natural” (p. 168).

<sup>25</sup> Refiriéndose a los indios en América escribe, “aun se les dispensa en ocasiones del Derecho natural” (p. 722). En una posición netamente iusnaturalista tal dispensa debería ser criticada.

<sup>26</sup> Me parece importante señalar que para nuestro autor, el positivismo no es la opción contraria al iusnaturalismo, sino que hace referencia a la concepción del Derecho como un sistema omnicompreensivo

el *Manual*. Señalemos en primer término que la fundamentación de su iusnaturalismo es católica y no racionalista<sup>27</sup>. Pero la manifestación de los principios de Derecho natural (su positivación, si se quiere) se realiza a través de los individuos, no de una autoridad superior<sup>28</sup>. Y su modo de formalización parece que sea la costumbre<sup>29</sup>, aunque no descarta que en algún caso concreto pueda venir por vía de proclamación de la autoridad<sup>30</sup>.

Me ha resultado imposible deducir el preciso concepto de Derecho sustentado por nuestro autor a lo largo de estas páginas. Desde luego no aparece una definición expresa<sup>31</sup>, pero diría que más que de un modo dogmático se aproxima a la categoría con un sentido práctico, realista. Dos ejemplos: la identificación del Derecho con lo ordenación de la vida social, independientemente de que no se corresponda con las concepciones actuales de lo que Derecho sea<sup>32</sup>. La puesta en duda del dogma de que toda norma no derogada es Derecho vigente<sup>33</sup>.

de normas separado de la Historia: “Bajo la influencia del método *positivista*, con menosprecio absoluto de toda perspectiva histórica que pueda explicar el porqué de las instituciones o de las normas, con un criterio estrictamente lógico o formal se trata de inducir o *construir* el sistema jurídico, como un todo armónico y uniforme, sin contradicción alguna, que se deduce por un proceso lógico de unos principios generales. Esta preocupación por construir un sistema basado en conceptos y dogmas jurídicos hace que los juristas se esfuercen por precisar la *naturaleza jurídica* tanto del sistema o de sus partes como de cada una de las instituciones” (pp. 275-276).

<sup>27</sup> “Dentro de una concepción cristiana, la causa primera de todo cuanto existe y, por lo tanto, de la evolución del Derecho, es la Providencia divina que dirige el mundo” (p. 3).

<sup>28</sup> “En cualquier tiempo y lugar, toda persona que actúa y desea que sus actos sean reconocidos como lícitos y válidos por los demás, trata de acomodarse... a aquellas normas generales que aun no habiendo sido formuladas de manera expresa, están, sin embargo, en la mente y la conciencia de todos” (p. 183).

<sup>29</sup> “En los ordenamientos no formulados o en los que las normas se formulan en costumbres, el Derecho se presenta como una manifestación más de la cultura popular y su conocimiento no presenta especial dificultad” (p. 293).

<sup>30</sup> “El sentido natural o la equidad, a los que según el Código de Huesca ha de acudir en defecto de disposición expresa, se entienden, ya por su propio redactor, identificados con lo que disponen los *Derechos* –el canónico y el romano– y las leyes. No es que estos Derechos tengan el carácter de supletorios, sino que las doctrinas contenidas en ellos y desarrolladas por sus intérpretes, en cuanto se consideran basadas en la razón natural y en la equidad son las que han de servir de norma a los jueces” (p. 427).

<sup>31</sup> El propio García-Gallo admite implícitamente que no pretende dar una definición de Derecho: “De ningún modo cree el Autor que la Historia del Derecho sea la que nos dé el concepto del Derecho” (p. X).

<sup>32</sup> Me parece que el autor se identifica con la “orientación institucional, [que] sin aceptar a priori ningún concepto determinado, considera como Derecho, o más bien como ordenación de la vida social –el Derecho no es sino la figura actual de ésta-, todo aquello que en cualquier momento de la historia ha cumplido esta función, coincida o no con lo que hoy día se tenga como Derecho” (p. 20).

<sup>33</sup> “Son muchos los preceptos legales que sin haber sido derogados no se aplican, por la sencilla razón de que nadie se acuerda de ellos o de que los encargados de aplicarlos intencionadamente los soslayan, planteando los casos como si en ellos se tratase de otros supuestos que los previstos en la ley (*simulación de negocios jurídicos*)” (p. 477).

El historiador, y el sentido realista del mismo, aparecen muy claramente cuando se refiere a la ley. Propone una definición: “*Ley* se llama a toda norma establecida o impuesta, de cualquier clase que sea, y en este sentido se distingue de la costumbre o de las decisiones judiciales”<sup>34</sup>. Valora la “actitud de la sociedad frente a la ley: de aceptación cuando ella interviene en su establecimiento y son pocas las leyes, y de escasa simpatía o de oposición cuando se establece sin su intervención y son numerosas”<sup>35</sup>. Reiterando su desacuerdo con la proliferación de leyes al afirmar que “a principios del siglo XIX...las leyes duran sólo años...La consecuencia inevitable de ello es el menosprecio de la ley y de su función ordenadora”<sup>36</sup>. Pero la ley es una de las tres fuentes del Derecho y, a tenor, de las palabras que siguen, la que menos “simpática” resulta a nuestro autor: “Todo ordenamiento no formulado llega con el tiempo a formularse...unas veces por los actos repetidos... [es la] *costumbre*...Otras porque los jueces al fallar un pleito se acomodan al sentir general... [mediante su] *decisión*... [Por último,] puede establecerse autoritariamente mediante una *ley*”<sup>37</sup>. Poniendo en duda incluso la necesidad de la misma: “La ley no es absolutamente indispensable para la organización de la sociedad”<sup>38</sup>. Aunque, en una nueva aproximación realista, afirma “la notoria superioridad de la ley sobre otras fuentes... [pues] es un medio eficaz en mano del Estado para imponer sus puntos de vista y reordenar la sociedad a su gusto... [y tales capacidades] erigen a la ley en la fuente esencial del Derecho moderno”<sup>39</sup>.

Siempre he pensado que la radical diferenciación entre actividad legislativa y ciertas actuaciones jurídicas de la Administración pública (singularmente la potestad reglamentaria) es más formal que real (si se prefiere: realista). No es esta la sede adecuada para exponer mis reflexiones al respecto, pero sí de subrayar mi satisfacción porque tal idea está claramente presente en el pensamiento de García-Gallo, tal y como aparece en las afirmaciones que transcribo: “resulta impropio designar a las Cortes, como se hace, con el nombre de *Poder legislativo*... Las disposiciones que el Poder ejecutivo puede dictar para aplicar las leyes...[que] con frecuencia no se limitan a ello y constituyen verdaderas normas legales... El *Poder ejecutivo*... no ejerce sólo una simple función ejecutiva”<sup>40</sup>. Aunque, ciertamente, es consciente de la diferencia que existe entre disposiciones legislativas y administrativas<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> P. 199. Además: “La ley...*establece* una norma”. *Ibidem*.

<sup>35</sup> P. 202. Nótese su llamada a la legitimación democrática de la ley a efectos de su eficacia.

<sup>36</sup> P. 257.

<sup>37</sup> P. 182. Podría admitirse, aunque no es evidente, que la vía consuetudinaria no sea autoritaria, pero lo que resulta sorprendente es que considerándose la ley como tal, no se considere de igual modo a una decisión judicial.

<sup>38</sup> P. 202. La afirmación puede suscribirse si es que por ley se acoge el concepto actual de la misma: mandato de la autoridad competente, escrito, general, etc. En términos históricos creo que no se puede predicar tal definición como única posible.

<sup>39</sup> P. 476.

<sup>40</sup> Pp. 964-965.

<sup>41</sup> “[Las leyes] se dictan con la intención expresa de crear o modificar de modo permanente el ordena-

Pero este *Manual* lo es de (Historia del) Derecho español. Tal vez convenga detenerse un instante en qué es tal para su autor. Muy al inicio de la obra se realiza una afirmación categórica: “España quedó configurada para siempre por la cultura romana y la religión cristiana. Desde entonces no ha experimentado el Derecho español ningún cambio trascendental en su fisonomía”<sup>42</sup>, ahora bien, “la guerra de la Independencia en 1808 imprime bruscamente un cambio decisivo al ordenamiento jurídico”<sup>43</sup>, y hay que esperar al “Movimiento Nacional (1936), [para que] el sistema jurídico continú[e] desarrollándose por nuevos cauces, pero manteniéndose ahora fiel a la conciencia nacional”<sup>44</sup>. Por lo tanto, el constitucionalismo sería un mero paréntesis en ese flujo continuo, esencialmente no mutable, que sería el Derecho español. Con lo cual, cabría colegir que el Derecho vigente en España hoy en día (en 2010) no es propiamente Derecho español<sup>45</sup>. La idea de un Derecho –incluso de una cultura. La propia idea de España– superior al resto, en la medida que es tradicional, está presente a lo largo de toda la obra. Su aprecio por la cultura

miento jurídico, estableciendo de manera abierta y declarada normas de carácter general... [las disposiciones administrativas], de menor trascendencia y sin aquella finalidad y efectos, presuponen y reconocen la existencia de un determinado ordenamiento jurídico, que no se pretende alterar, sino, al contrario, mantener, y que tratan sólo de velar por la recta aplicación del Derecho” (p. 204). Parece considerar que lo esencial de la ley es la posibilidad de modificar el ordenamiento, mientras que las disposiciones administrativas carecen de ese efecto. Creo que la cuestión es clave desde una perspectiva actual de la teoría de las fuentes: ¿puede considerarse fuente del Derecho en el vigente ordenamiento jurídico español a la costumbre, habida cuenta que la *contra legem* no cabe?; ¿no son acaso algunas sentencias del Tribunal Constitucional fuente del Derecho en la medida que crean Derecho objetivo? ¿no cabe predicar lo mismo de las sentencias del Tribunal Supremo, ya que cabe interponer un recurso de casación fundado exclusivamente en una precedente? No creo que la cuestión de las fuentes en el actual Derecho español pueda ser resuelta acudiendo al artículo 1, 1 del Código Civil.

<sup>42</sup> P. 45. La idea de la unidad cristiana de España es reiterada y precisada más adelante: “Desde hace casi dos mil años, los españoles se agrupan, en orden a la vida del espíritu, en la Iglesia [obviamente, romano católica]” (p. 491).

<sup>43</sup> P. 95. Cambio que perjudicaría a las clases más desfavorecidas: “El individualismo y el liberalismo sólo favorecen a las clases aristocráticas y burguesas, las únicas que en un régimen de libre concurrencia disponen de los medios necesarios para conseguir y hacer valer sus intereses” (p. 158).

<sup>44</sup> P. 111. Es esta última afirmación la que, me parece, puede servir de base con mayor fundamento a las supuestas adscripciones políticas de nuestro autor a las que hice referencia en la nota 12. En la misma línea: “[Se] explica... la reacción que en 1936 se manifiesta de un modo inmediato contra la actuación de los últimos Gobiernos republicanos, que hunde a España en la anarquía y la arrastra al comunismo, [y que] se orient[a] luego hacia la revisión a fondo de los principios del sistema liberal parlamentario y tiend[e] a fundar sobre nuevas bases un *Nuevo Estado*” (p. 988).

<sup>45</sup> A no ser que el auténtico Derecho español logre subsistir por cima de las reformas legislativas: “El cambio del sistema de fuentes supone casi siempre también el cambio de las normas jurídicas –es decir, una transformación del Derecho–; pero no necesariamente ni en todos los casos. Así, si a principios del siglo XIX trata de llevarse a cabo una revolución en el ordenamiento jurídico, y, más tarde, de renovar éste tomando de otros Derechos las soluciones que parecen mejores, y como instrumento para ello se intenta cambiar el sistema de fuentes, luego no en pocos casos las nuevas fuentes se limitan a recoger el Derecho tradicional. Tal ocurre, p. ej., en el Derecho mercantil” (p. 475).

musulmana es muy corto: “Una cultura uniforme, aunque poco original...La doctrina coránica...no era otra cosa que una amalgama de ideas judías y cristianas”<sup>46</sup>, así como de la capacidad y formación de los musulmanes<sup>47</sup>. Tampoco es muy favorable su opinión acerca de los judíos, pues son “absolutamente insolidari[os] con la sociedad...Su religión, su insolidaridad, la práctica de la usura...y el lujo de que hacen gala, concitan contra ellos la animadversión popular”, con lo que “la sanción que implica la expulsión no castiga sus ideas religiosas, sino su insolidaridad social y política con la mayor parte de la Comunidad”<sup>48</sup>. Tampoco su aprecio por las culturas americanas precolombinas es elevado<sup>49</sup>.

Antes de concluir este escrito con alguna reflexión de carácter general, destinaré unas pocas líneas acerca de sus afirmaciones relativas a la “doctrina científica”. En primer término, pone de relieve su escepticismo acerca de que los llamados “operadores jurídicos”, aquellos que aplican o colaboran en la aplicación del Derecho (jueces y abogados, en lo esencial), tengan interés alguno por las construcciones doctrinales<sup>50</sup>. No puedo sino manifestar mi acuerdo con esa opinión. En segundo lugar, al referirse a la doctrina jurídica no nacional señala el desconocimiento de la misma en nuestro país hasta tiempos relativamente recientes y pone de relieve las dificultades que plantea el aplicarla al Derecho español<sup>51</sup>.

No me resulta posible situarme en la posición de un alumno a los efectos de valorar esta obra, sencillamente porque dejé de serlo hace mucho tiempo. Tampoco en la de un historiador del Derecho, pues no lo he sido nunca ni lo soy. Pero no podemos olvidar que estamos ante un libro de Historia del Derecho destinado a alumnos, con lo que únicamente estarían legitimados para opinar acerca de ella quienes perteneciesen a uno de esos dos grupos. Soy pues un outsider cuya opinión carece de la más mínima relevancia, pues no es un libro del que sea prevea que yo sea lector. Sin embargo lo he sido y tengo mi opinión. La daré de modo telegráfico.

Tras una metodología expositiva ciertamente confusa (un continuo “vaivén” en el tiempo), tras una catarata de datos abrumadora, parece claro que el autor sabe lo que no es el Derecho.

<sup>46</sup> Pp. 62-63.

<sup>47</sup> “La principal preocupación de los califas durante este tiempo es la conquista y organización de los territorios conquistados, para la que sin duda no estaban preparados” (p. 350).

<sup>48</sup> Pp. 716 y 739.

<sup>49</sup> Vid. pp. 98 y ss.

<sup>50</sup> “En nuestros días gran parte de los jueces y abogados se desinteresan en absoluto de la *doctrina*” (p. 231).

<sup>51</sup> “Hasta principios del siglo actual [el XX] apenas [se] conoce más que escasamente la bibliografía jurídica extranjera. Sólo en nuestro siglo comienza a manejarse ésta con profusión y a veces con total servilismo, pues refiriéndose ella a la regulación que dan a las instituciones otros Derechos, no siempre sus soluciones son aplicables al español; en todo caso, olvidando que en tales obras [lo que] se expone es una interpretación de leyes distintas, las opiniones de los juristas extranjeros se recogen como *teorías* de éstos; es decir, como opiniones puramente filosóficas de los mismos” (p. 485).

Más breve: los historiadores del Derecho no saben Derecho, los juristas no saben lo que el Derecho sea. En ese océano de ignorancias hay que seguir navegando. Aunque permanecer surto en puerto resulte más sosegado.