

ESCUADERO, José Antonio. *Historia del Derecho: historiografía y problemas*. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1973, Madrid, 315 pp.

Bajo el título de *Historia del Derecho: historiografía y problemas* se reúnen en este volumen varios artículos que el profesor José Antonio Escudero, catedrático de la Universidad de Madrid, ha publicado en los últimos años. A pesar de su juventud destaca como uno de los estudiosos que con mayor seriedad y conocimiento se dedican a la Historia del Derecho, fundamentalmente español, pero ubicado dentro de un contexto historiográfico europeo que conoce a conciencia.

El profesor Escudero señala en su introducción que los trabajos por él realizados constituyen "temas habitualmente incluidos en la introducción a un programa universitario de Historia del Derecho", por esta razón obedecen a un esquema en el cual se ocupa en primer lugar, del objeto de la disciplina, desarrolla después los presupuestos metodológicos, para proporcionar por último "la trayectoria de la historiografía en sus capítulos más significativos".

Los dos primeros trabajos: "En torno al objeto de la Historia del Derecho" y "Derecho y tiempo; dogmática y dogmáticos", forman una unidad que tiene por fin "determinar el objeto de la disciplina".

De éstos el primero trata de delimitar material, cronológica y espacialmente el objeto de la historia del Derecho. Desde las primeras páginas fija su posición proponiendo que "parece necesario evadirse de las usuales y dogmáticas explicaciones del Derecho, siempre brillantes y siempre insuficientes, para avanzar hacia una comprensión de lo jurídico en diálogo con la vida y el desenvolvimiento social". Se adhiere a la definición del profesor García Gallo quien propone que es "la ordenación de la vida social con fuerza vinculante" lo que se pretende historiar.

Expone cómo de dos corrientes importantes, por un lado la dogmática y por el otro la historicista, se ha llegado a una tercera posición que "reivindica una Historia del Derecho anclada en la realidad social..." la cual se ajusta a las características del Derecho que si bien debe ser cambiante "también debe ser estable y mantener una irrenunciable permanencia", con palabras de Pound: *Law must be stable and yet it cannot stand still*". Siguiendo esta idea se resuelve de alguna forma la pretendida antinomia al postular los principios jurídicos no sólo como principios de permanencia, sino como principios o causas del cambio (p. 20).

Pasa revista a las aportaciones que ha logrado la Escuela Histórica en su búsqueda del espíritu popular. Destaca entre muchas otras la figura de Jacobo Grimm como investigador de una de las manifestaciones de la vida jurídica en los testimonios netamente populares, así como la importancia que este hecho tuvo, ya que en adelante comenzó la preocupación de los estudiosos alemanes por investigar las manifestaciones

jurídicas en el campo de la literatura, la paremiología, la poseía etcétera. Analiza a los autores que se han ocupado de esta vertiente de investigación.

Al tratar de delimitar cronológicamente el objeto de la historia del Derecho y de los estudiosos que en los tiempos modernos se han ocupado del tema realza las figuras de Schnürer y Troetsch. Tras advertir sobre el peligro que entraña la periodización de la historia, reconoce la necesidad de que esto se realice a fin de centrar el interés de los estudios en una época determinada. Enuncia la alternativa que se plantea al historiador del derecho al tener que optar entre el método histórico o cronológico y el sistemático y se ocupa de los autores que han seguido uno u otro camino al estudiar esta disciplina; no descuida la tercera posibilidad. O sea un método mixto que aplica "el plan cronológico a la llamada historia externa y el sistemático a la historia de las instituciones. O bien, aquél a la historia general del Derecho e instituciones sociales, políticas y económicas, dejando reducido el sistemático a las instituciones de derecho privado, penal y procesal". Las páginas finales de este apartado están dedicadas a destacar la posición del profesor García Gallo el cual "repudia la historia del Derecho como sucesión de sistemas . . . , y afirma la persistencia del Derecho salvando y reduciendo a un tiempo la historicidad del mismo, [y] reivindica una metodología jurídica . . ."

En cuanto a la delimitación espacial revisa los diversos planteamientos que se han dado a la cuestión en el campo de la historia a partir de Leibnitz. Se suceden las figuras de Hartmann, von Moeller, Montesquieu, Pastoret, Labouyade, Lermnier (los tres últimos se dedican ya a la historia del derecho). Fija su atención en los juristas europeos que desde el principio del siglo pasado han visto estos problemas desde diversos ángulos, entre otros Schelling, Hegel, Thibaut, Savigny, Kohler, Bachofen, Brunner, Mitteis, Koschaker, Maine, Vinogradoff, etcétera.

Después de revisar los diferentes puntos de vista de estos autores propone que "lo deseable es que lo jurídico sea estudiado como en realidad fue y donde en realidad aconteció, sin apriorismos estrechos y también sin generalizaciones frágiles de contenido . . . No se trataría así tanto de 'comparar' como de rescatar la normatividad de las instituciones dondequiera que éstas tuvieron validez de modo unitario y homogéneo". Advierte sobre los problemas que se plantean por otorgar demasiada importancia a "incógnitos procesos de difusión" y la importancia de que se "deslinde con precisión lo que es análoga respuesta a exigencias de situaciones sociales en similares estadios de desarrollo".

El segundo trabajo complementa en cierta forma al primero, con lo cual nos proporciona una visión más amplia y completa de lo que entiendo por objeto de la historia del derecho. En él dedica su atención una vez más a la dualidad que plantea el estudio de la historia del derecho y la complejidad que esto tiene. La solución sería a saber: "aceptar lo

histórico como materia y lo jurídico como forma de una indivisible entidad" proporcionando una mayor importancia a la juridicidad de la historia del derecho que al sustrato meramente histórico de ella. Esta postura se aparta o mejor dicho enmienda la de ubicar a dicha disciplina dentro de las ciencias históricas; sin embargo siguiendo a García Gallo considera que "la historia del Derecho como ciencia jurídica no sólo no contradice el apoyo de las ciencias auxiliares, sino que lo justifica y reclama".

Los historiadores fueron los primeros en ocuparse de la historia del Derecho —nos dice—, fueron ellos sus cultivadores más entusiastas, pero sin caer en los excesos de la dogmática, es necesario pedir una mayor atención hacia lo jurídico, minimizado a menudo por los datos históricos.

En virtud de que es tan amplio el campo de la historia del Derecho —continúa— conviene recordar lo dicho por Mitteis en el sentido de que la diferencia entre la materia de la Historia y la de la Historia del Derecho atiende a la forma o modo de consideración; ya que el punto central de referencia de la segunda es lo jurídico el cual "se vierte sobre cualquier realidad histórica en la medida en que allí son apreciables categorías u ordenaciones propias del Derecho".

En la cuidadosa revisión de los autores representativos tanto de la dogmática, la escuela histórica y los que proponen teorías intermedias, demuestra el autor un muy amplio conocimiento de la historiografía alemana. No se pierde en consideraciones vagas, por el contrario se limita a exponer posiciones, puntos de vista en pro y en contra de ellas y en algunos casos inclinarse por algún autor, como sucede en la parte final del trabajo en la cual, a manera de síntesis del mismo, se adhiere al pensamiento del profesor García Gallo, y sus "reflexiones renovadoras aplicadas a la exposición de la historia jurídica".

En el tercer trabajo el profesor Escudero analiza "La problemática de la Escuela Histórica del Derecho". Así sostiene que, independientemente de la valoración que ahora se le conceda, con ella se renueva y se eleva a rango científico la Historia del derecho. Así, nos refiere su nacimiento en la Universidad de Marburgo en los primeros decenios del siglo XIX, y destaca la figura de Savigny como quien conforma y encarna el movimiento historicista, señalando a Gustavo Hugo como antecesor en cierta forma, de dicho movimiento.

En este artículo se ocupa de los siguientes temas: 1. Nacimiento y contenido programático; 2. El divorcio germanismo-romanismo. Causa y efectos; 3. La política en torno a la codificación: A) Los precedentes ingleses; B) La codificación en Alemania. "Von Beruf unserer Zeit" de Savigny, a la luz de la moderna crítica; 4. Valoración de la Escuela Histórica.

Una vez más el autor hace gala de sus amplios conocimientos de la historiografía alemana e inglesa. Los temas señalados son vistos por él

de manera analítica, no exenta de crítica. Quizá la parte más interesante del estudio es la cuarta o sea la valoración actual de la Escuela Histórica.

En cierta medida identifica el prestigio de la Escuela con el de sus fundadores: Savigny y Eichhorn. La valoración del significado de ella, como es lógico, ha tenido altibajos. De los autores que en los tiempos más recientes se han ocupado de ella sobresale la figura de Franz Wieacker (*Las transformaciones en la imagen de la Escuela Histórica del Derecho*, 1967) quien ha realizado —nos dice— un acercamiento renovador. De acuerdo a este autor alemán los postulados programáticos del bienio 1814-1815, los cuales correspondían a la “imagen convencional de la Escuela Histórica”, podrían fijarse de la manera siguiente:

“Descubrimiento del Derecho como un elemento inmanente de la cultura total, al igual que sucede con la poesía y el idioma. Reconducción de ese elemento a la propia historicidad de la cultura.

Atribución de la cultura —y por tanto, también del Derecho— al espíritu del pueblo, manifestado a lo largo de la Historia. Enfrentamiento consiguiente, no sólo a la codificación racionalista, sino incluso a la propia historicidad de la cultura.

Repudio del Derecho natural y racionalista, tanto en cuanto configurador de la codificación ilustrada, como en su carácter de sistema que permite descender de unos preceptos generales a otros más particulares.”

Para finalizar, una vez más siguiendo a Wieacker, expone que estas interpretaciones no pueden considerarse como definitivas, y realza la figura de este autor por la labor que acomete de examinar la “renovación del pensamiento científico desde comienzos del siglo XIX”, lo que le permite extraer los rasgos que caracterizan al periodo 1802-1815, en el que descuella la figura de Savigny. Estos rasgos serían sintéticamente:

“Carácter filosófico del conjunto del saber; científicidad de los diversos sectores y disciplinas jurídicas; orgánica totalidad del sistema como forma y de la historicidad como materia de la ciencia del Derecho.”

Se trata de un artículo bien documentado en el cual de manera clara y concreta se estudian los temas fundamentales de la tantas veces mencionada Escuela Histórica del Derecho que tan profunda huella dejara en el campo del conocimiento e investigación jurídicos.

El cuarto trabajo se aparta un poco de las líneas generales que ha seguido el profesor Escudero en los anteriores. Versa sobre “Francisco de Espinosa: Observaciones sobre las leyes de España (Precisiones acerca de la más antigua historia del derecho español).”

Se trata del estudio de una copia que el autor encontró en el Museo Británico de la obra de Espinosa, considerada como la más antigua historia del Derecho español. De ella se conocían: un extracto del conjunto y un fragmento correspondiente a la redacción primitiva, los profesores Galo Sánchez y Maldonado se habían ocupado de ellas en 1927 y 1943, respectivamente.

A través de las páginas de este estudio hace un minucioso análisis de la relación que guardan entre sí los tres textos. Trata de identificar, basándose en estos textos, cuál sería el título verdadero de la obra, inclinándose por el del manuscrito del Museo Británico: *Observaciones sobre las leyes de España*, en lugar de *Sobre las leyes y los fueros de España*, que es el admitido y usado hasta ahora.

El texto procede del siglo xvi, el doctor Espinosa fue un distinguido abogado de Valladolid en el reinado de Carlos V. La redacción completa de este ensayo no se conoce, ni su título exacto, así después de reflexionar sobre el tema, el profesor Escudero considera que el título de esta célebre obra, considerada como la primera historia del derecho español, mientras no se disponga de otros datos, debe ser el que ostenta el manuscrito del Museo Británico. Las noticias sobre la redacción completa y original no han permitido hasta la fecha su localización, bien porque esté definitivamente extraviada, o bien porque no sean tan fidedignas como se ha pretendido.

En el apéndice de este trabajo se encuentra la comparación de diversos pasajes del extracto de Galo Sánchez al lado de los correspondientes al Museo Británico, con los añadidos y divergencias de éste, incluye asimismo las notas de Burriel, jesuita que glosó el texto del manuscrito del Museo Británico, así como unas notas de autor desconocido; para identificarlas el autor las pone en cursivas.

El trabajo final es el más extenso de todos, se titula *Historiografía general del derecho inglés*. Consiste en un amplísimo panorama en el cual el autor pasa revista a toda una corriente del pensamiento jurídico inglés. Se encuentra dividido en cuatro grandes temas:

*I.* Presupuestos de estudio; *II.* La historia del Derecho inglés como propio objeto de estudio. *III.* Crisis y renovación en el tránsito del siglo xix al xx; y *IV.* Los tratados generales en el siglo xx; Consideración final.

El objeto del trabajo —dice el autor— es “presentar una guía de los tratados generales de la historia del Derecho inglés, sobre las circunstancias y problemáticas que lo condicionaron. Y también, —de modo complementario— referir la labor de algunos especialistas que, aun sin haber escrito uno de esos tratados generales de la materia, han contribuido decisivamente a su elaboración y progreso”.

Con el objeto de no seguir un orden estrictamente cronológico, procura agrupar a autores que son susceptibles de un tratamiento paralelo; así, tras el primer capítulo, introductorio, y en el que examina las fuentes y caracteres generales del derecho histórico inglés y la situación precedente, en el segundo estudia obras de los siglos xvii, y xviii, así como de la labor de los profesores Dicey y Maine, ambos de Oxford y que pertenecen a la segunda mitad del siglo xix. El capítulo tercero comprende el tránsito del siglo xviii al xix y estudia la “gran fase renovadora y punto

de partida en la moderna historia del Derecho inglés". Maitland, Pollock y Vinogradoff son objeto de minucioso estudio. Sus obras son analizadas, y de otra parte es evaluada la trascendencia de estos autores, ya que en virtud de los lazos científicos existentes entre ellos, logran la creación de varios instrumentos de investigación y divulgación de los estudios históricos-jurídicos. La contribución norteamericana a esta fase del desarrollo de la historia del derecho inglés es resaltada por el autor. El último capítulo, el IV, se refiere al desarrollo historiográfico del siglo xx. En él dedica la mayor atención a Holdsworth "en razón de su excepcional importancia", pero no descuida a Jenks, Potter, Plucknett y Harding.

Dar noticia pormenorizada de cada uno de los temas tratados por el autor rebasaría los límites de esta reseña; creemos que es suficiente señalar que se trata de un trabajo muy bien documentado y realizado con una amplitud poco común.

Puede decirse, en conclusión, que la obra del profesor Escudero: *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, sobrepasa las modestas intenciones que el propio autor le atribuye en la "Introducción". Resulta ampliamente informativa, por el profundo conocimiento que tiene de la historiografía alemana e inglesa, dentro de determinada corriente de pensamiento y, sobre todo, se trata de una obra que tiene cohesión y unidad, no obstante que los dos últimos trabajos difieren un poco de la tónica general, pero en ningún momento pierden de vista los postulados metodológicos enunciados en la primera parte del libro.

María del Refugio GONZÁLEZ

GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, 816 pp.

A la iniciativa del Departamento de Historia del Derecho del "Instituto Nacional de Estudios Jurídicos", debemos la edición de la casi totalidad de estudios que el Dr. Alfonso García-Gallo ha realizado en tres décadas de investigación sobre Derecho indiano. Coincidió la publicación con la realización, del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Madrid en 1972. De esta manera se rinde una especie de homenaje a una de las personas que más ha hecho por la historia del Derecho indiano en los últimos tiempos. Bien como profesor, desde la cátedra, bien como investigador o como ponente en diversos congresos, García-Gallo no sólo ha sido constante estudioso e investigador, sino que gracias al cariño que por la materia siente, ha dedicado buena parte de su tiempo a orientar a los que tanto en España como en América se ocupan de esta rama de la investigación.

Muchos de los trabajos que se publican en este volumen se habían