

[PÁG. 239]

die Welt der radikalen Politik ein. Im Jahr 1910 versucht sie, eine Gruppe von weiblichen Kandidaten für die Parlamentswahlen zu organisieren. Sie hilft bei der Organisation mehrerer Gewerkschaften.

29. Simone de Beauvoir, französische Romanschriftstellerin und Philosophin, wird am 9. Januar 1908 in Paris geboren, sie stirbt am 14. April 1986. Sie schreibt über politische, soziale und philosophische Fragen. Ihr Denken lehnt sich an den Existentialismus an. Ihr Buch *The Second Sex* (1949) ist ein grundlegendes Element des Feminismus und analysiert die Rolle der Frau in der Gesellschaft und die Konstruktion der Rolle und Figur der Frau. De Beauvoir ist eine der renommiertesten literarischen und intellektuellen Figuren bis zu dem Punkt, dass das Buch über die einflussreichsten Frauen aller Zeiten sie auf Platz Nummer 15 setzt. Vid. Felder, G. D., *op. cit.*, S. 54 - 57. Sie ist die Lebensgefährtin des Philosophen Jean Paul Sartre.

30. Helwig, G. und Nickel, H. M. (Hrsg.), (1993): *Frauen in Deutschland 1945-1992*, Berlin: Akademie Verlag. S. 29 und 30.

31. Helwig, G. und Nickel, H. M. (Hrsg.), (1993): *Frauen in Deutschland 1945-1992*, Berlin: Akademie Verlag. S. 152.

32. Helwig, G. und Nickel, H. M. (Hrsg.), (1993), *op. cit.*, S. 160.

33. Helwig, G. und Nickel, H. M. (Hrsg.), (1993): *Frauen in Deutschland 1945-1992*, Berlin: Akademie Verlag. S. 233. [Recibido el 16 de noviembre de 2018].

**ESTUDIOS SOBRE DOS GRANDES HISTORIADORES DEL
DERECHO CONTEMPORÁNEOS
JOSÉ ORLANDIS ROVIRA (1918-2010) Y
ÁNGEL LÓPEZ-AMO (1917-1956) CON OCASIÓN DEL
CENTENARIO DE SU NACIMIENTO**

Manuel J. PELÁEZ

RESUMEN: Notas sobre la producción histórico jurídica de José Orlandis Rovira y Ángel López-Amo y Marín, ambos dos catedráticos de Historia del Derecho con edad temprana en el centenario de su nacimiento.

PALABRAS CLAVE: José Orlandis Rovira, Ángel López-Amo y Marín, Josep Maria Font i Rius, Jesús Lalinde Abadía, Historia de la Iglesia, Historia de las ideas políticas, Derecho político.

Las presentes líneas recogen una pequeña parte de lo que publiqué en su momento sobre Orlandis, que, enriquecido con nuevas aportaciones, a pesar de que no tratan de ser algo definitivo por lo que respecta al estudio de las semblanzas biográficas de estos dos grandes historiadores del Derecho y juristas que tienen a la vez un perfil complementario por su dedicación al Derecho Canónico y a la Historia del Derecho canónico. A la vez que a la Historia de las ideas políticas en el caso de Ángel López-Amo. La iniciativa de recordarlos coincide en parte con el centenario del nacimiento de Orlandis y que López Amo y Marín también nació no en 1918, sino un año antes en 1917.

Conocí al profesor José Orlandis Rovira en Pamplona, quizás sería el año 1971, cuando tuve la oportunidad de asistir a un curso de verano organizado por el Colegio Mayor Monterols de Barcelona en la capital de Navarra, donde la temperatura más suave y el ambiente apacible, con una Universidad próxima,

[PÁG. 240] hacía que se respirara con más calidad y se formara uno en disciplinas filosóficas y culturales, con clases, actividades, reuniones, grupos de trabajo, tertulias de contenido científico y humanístico. Precisamente a una de estas últimas acudió Orlandis, quien, entre otras cosas creo recordar que nos habló de sus estancias en tierras italianas y de su viaje con San Josemaría Escrivá de Balaguer desde Barcelona hasta Génova, en un Mediterráneo lleno de olas algunas de ellas de considerable magnitud.

A los que escuchábamos parecía un hombre serio, riguroso, metódico, claro y preciso, con la misma claridad y precisión que en 1982 mostraba a la hora de conceptualizar el marxismo en un paseo por los jardines del Vallés occidental, y que he visto luego escrito en un trabajo suyo que lleva por título *El ciudadano católico ante las opciones temporales* (incluido dentro de un ciclo de conferencias sobre *Los deberes cívicos del cristiano en la hora presente*, organizado en Sevilla en mayo de 1977), donde pude leer en su momento: «Es imposible un acuerdo entre proyectos de convivencia –que eso es la política– que disienten radicalmente acerca de la naturaleza misma de los hombres que han de convivir; y esto es lo que ocurre entre el Cristianismo y el marxismo». Viene a mi memoria en otra ocasión de qué manera el profesor Orlandis, en junio de 1977 supo, con no menor firmeza, cortar una insinuación mía acerca de un entonces conocidísimo [Alfonso Jesús Eduardo García-Gallo y de Diego (1911-1992)], catedrático de Historia del Derecho español, soriano de nacimiento, conocido entonces, y ahora ya fuera del circuito y del mundo de los vivos y de quien entonces un profesor ordinario de Storia del diritto italiano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma La Sapienza, Ennio Cortese, me había comentado: «quien mucho escribe, mucho se equivoca». Efectivamente, García-Gallo escribía mucho y un catedrático ya jubilado de la Universidad Complutense de Madrid, Alejandro, me hizo partícipe de sus investigaciones sobre García-Gallo y como en su *Manual*, de pastas negras y papel biblia, él había detectado cuestiones que ponían de relieve que había temas, en lo referente a los comentarios de texto, claramente desubicados en su numeración durante no recuerdo ahora cuantas ediciones. Se ve que Alejandro, hombre agudo y suspicaz, había sufrido a García-Gallo y soportado, como buena parte de la Escuela de historiadores del Derecho de Sevilla, la inclemencia y la furibundia de aquel gallo sabio, sin duda, pero con espolones.

Tuve la enorme suerte de coincidir con Orlandis en Spoleto en 1978, donde aquel año una serie de españoles nos encontrábamos allí en calidad de becarios del Centro di studi sull'alto medioevo. Orlandis fue el único ponente español y disertó sobre los judíos españoles durante la época visigoda. Su conferencia fue pausada, cartesiana (aunque Descartes no había sido nunca santo de la devoción de José Orlandis, incluso si leyera al Descartes marxistizado publicado en Moscú en versión castellana, todavía menos), de una hora larga de duración, en castellano, siendo presentado por Carlo Guido Mor, quien le había conocido durante su permanencia en Italia, cuando Orlandis, ya catedrático de Historia del Derecho español desde 1942 (a la edad de veinticuatro años), se decidió a ampliar estudios en Roma manteniéndose vinculado con interrupciones a este país entre 1942 y 1946. Allí tuvo oportunidad de tomar contacto con Pier Silverio Leicht y Francesco Calasso, pero Orlandis aprovechó sus estancias romanas para profundizar en otro tipo de materias como el Derecho canónico, la Teología moral o la Historia de la Iglesia, línea de trabajo esta última en la que quedaría [

[PÁG. 241]

marcado desde entonces y de la que constituyen un conjunto acrisolado de resultados científicos muy ponderables sus numerosos trabajos sobre Historia de la Iglesia y de las instituciones eclesiásticas. Orlandis ha estudiado los problemas de la conversión de los visigodos al catolicismo, el monacato visigótico, la sociología monástica (¿Qué sociología será ésta, si Orlandis Rovira no ha sido muy partícipe del sociologismo como construcción intelectual, huyendo del mismo a la hora de escribir?, las congregaciones monásticas en la tradición sueva y gótica, el elemento germánico en la Iglesia española altomedieval [recogiendo la vieja tesis de Eduardo de Hinojosa y de buena parte de la germanística española; no en vano decía Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, que Orlandis era «el más brillante continuador del germanista Hinojosa», de *qua vid.* “La paz otorgada y la paz entre partes en el Derecho medieval español (León y Castilla)”, que puede leerse en *Fundamentos culturales de la paz en Europa*, en su volumen 2º, bajo el simbólico a la vez que complejo título “Bases y fenómenos iushistóricos, jurídico-políticos y ético-económicos”, Barcelona, 1986, II/3, n. 21, p. 423.

El profesor Orlandis analizó en su momento la penetración del elemento gótico en la vida eclesiástica española, la gotificación de la jerarquía eclesiástica, que llegó a alcanzar a diócesis de distinta distribución regional. Observaba entonces Orlandis la existencia de obispos con nombre germánico en algunas sedes de mayor densidad de población de origen gótico y suevo, como en ciudades que gozaran de especial importancia estratégica o incluso política.

Además, escribió Orlandis sobre la elección de sepultura, la cuota *pro anima*, las reformas eclesiásticas de los siglos XI y XII, la presencia de los laicos en los concilios visigodos, el origen de la *Lex in confirmatione concilii*, la *familiaritas* altomedieval en medios eclesiásticos, los monasterios dúplices o la *oblatio puerorum*, por poner algunos ejemplos.

Sin embargo, no es el Orlandis historiador de la Iglesia al que quisimos homenajear en su momento, sino resaltar en el presente caso otras cosas y otras ideas. Para ello, en su momento al cumplir Orlandis 70 años de forma paralela en 1988 se le organizaron dos homenajes, el primero en el tiempo, que partió la iniciativa de las Facultades de Teología y Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, al que concurren todo un nutrido grupo de profesores de Seminarios, Facultades de Teología, Institutos Pontificios, cátedras de Derecho canónico (no de Derecho eclesiástico, ni de Derecho eclesiástico del Estado) y demás clérigos y algunos frailes, a los que se unieron destacados medievalistas (uno de ellos que le hubiera gustado sin duda formar parte de ese homenaje fue el tristemente desaparecido en un accidente de circulación Emilio Sáez Sánchez, quien admiraba a Orlandis) y uno de los civilistas más prestigiosos con que ha contado España en el siglo XX, Juan Berchmans Vallet de Goytisoló (1917-2011), que precisamente se ha celebrado en 2017 el centenario de su nacimiento. Vallet ha sido también uno de los mejores civilistas que ha habido en la Europa del siglo XX. Sus trabajos son impresionantes, sus reflexiones modélicas. José Antonio Escudero López maleó contra algunos de los que formamos parte de la escuela catalana de Historia del Derecho a Vallet, contándole “historietas” y mintiendo y engañando a la gente como es costumbre del intrigante Escudero, que con notable frecuencia se ha apoyado en la mentira como instrumento de trabajo. No tuvo Vallet antes de morir tiempo para darse

[PÁG. 242]

cuenta de la barbarie plagiaría de la escuela de Escudero López, que ha afectado e infectado la historia del Derecho allí a donde algunos de sus discípulos han ido sembrando docenas de párrafos plagiados de aquí, de allá de acullá, desde la Patagonia a la Universidad Rey Juan Carlos, donde tenían a los muñidores de libros, copiando de un lado y de otro y poniéndolo luego a nombre de Suárez Bilbao y de su partenaire de Burgos. Dirá que nada tiene que ver Suárez Bilbao con él. En este sentido es bueno tener en cuenta que ya Bartolomé Clavero lo dejó listo para sentencia cuando publicó una documentada valoración en 5 puntos sobre los intercambios de favores entre Escudero y Suárez Fernández.

Allí quedaron claras las ardidés de Escudero para beneficiarse él y Feliciano Barrios Pintado, que a través de Luis Suárez Fernández entraron en la Academia de la Historia, garantizándole que Suárez, jr. (el monumental plagión de la Rey Juan Carlos) conseguiría la titularidad y luego la cátedra. También aparecieron los plagios en la obra coordinada por Escudero sobre los validos, donde ya hay dos plagiones de alcurnia. Contemporáneamente los plagios aparecieron en los proyectos docentes, que partiendo de un modelo los escuderinos y las escuderitas iban copiando, hasta que con el tiempo se ha ido descubriendo el pastel por todos lados.

Mayor cabida de lógica ubicación hubiera tenido Vallet en el homenaje laico a Orlandis, llevado a cabo con historiadores del Derecho y de las instituciones (sin embargo, ese pequeño homenaje se concibió solo para profesores que fueran catedráticos de Universidad de Historia del Derecho o de Derecho romano), que es como tras la reforma de áreas de conocimiento llevada a cabo por José María Maravall, se denomina la antigua asignatura de Historia del Derecho español, integrada en el área como principal, con la tendencia general a la denominación de Historia del Derecho, quitando el español, habida cuenta de que en muchos aspectos también se trata sobre el derecho histórico de otros países de Europa, aunque igualmente existen otras asignaturas según Facultades como Historia de la Administración, Fundamentos históricos del Derecho o Historia de las Relaciones Laborales.

En cambio, en Francia, el área de Historia del derecho, de las instituciones y de los hechos sociales y económicos integra una mayor densidad de asignaturas que en España, pues incluye las que llevan denominaciones como Historia del Derecho privado, Historia del Derecho, Introducción histórica al Derecho, Historia del Derecho criminal, Historia del Derecho mercantil, Derechos de la Antigüedad, etc.

Se encontraba bien distante y lejano de nuestras intenciones a la hora de organizar *Orlandis 70. Estudios de Derecho Privado y Penal Romano, Feudal y Burgués* el que en este libro colaborasen quienes no fueran profesores de Derecho romano o de Historia del Derecho, pues era al Orlandis jurista al que homenajeábamos, al Orlandis Rovira discípulo de fray José López Ortiz, catedrático de Historia del derecho y luego de Historia de la Iglesia y del derecho canónico.

El estudio de la Historia del Derecho en nuestro país y en el conjunto debe mucho a José Orlandis Rovira. El profesor Orlandis se había formado en las Universidades de Valencia, Madrid y Laterano de Roma. Tuvo ocasión a lo largo de su vida de cultivar varias materias, no sólo estrictamente aquella de la que era catedrático de Universidad. Orlandis está muy relacionado con el estudio de

[PÁG. 243]

la Historia del derecho visigótico, pero quizás haya hecho mayores y mejores contribuciones a la Historia de la Iglesia y a la Historia de las instituciones eclesiásticas, e igualmente a la Historia del Derecho canónico.

A título meramente enunciativo, y sin pretensiones de mayor vuelo que el circunstancial que nos permitía una comunicación al XVIº Simposio Internacional de Teología organizado por la Universidad de Navarra, que trataba de responder a la pregunta –que está en el origen temático del mismo– *Qué es la “Historia de la Iglesia”*⁴, vamos a tratar de pasar como de puntillas, contemplándola desde la distancia de la falta de hábitos clericales o de la tonsura de tamaño superlativo de los venerables, santos y sabios padres dominicos, por la sencilla y epifenoménica cuestión de que la docencia de la Historia de la Iglesia en las Facultades de Derecho está ejemplificada en tan sólo unos casos, que ya de por sí marcan la circunstancialidad de la discencia de estas materias en sede jurídica. Sobre la oportunidad o conveniencia de la misma en Facultad jurídica civil es cuestión en la que no vamos a entrar.

En el informe elevado a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sevilla por José María de Álava y Urbina, catedrático de la misma y luego remitido al Ministerio competente en 1854, se habla de la integración en el tercer año del grado de Bachiller en Leyes, de una materia que se denominaba *Disciplina general de la Iglesia*, de clase diaria, de cuyo descriptor temático Álava señalaba que debía indicarse dentro de su contenido la «Historia de la Iglesia y rápido examen de los Concilios generales. Exposición de la disciplina general de la Iglesia bajo el orden más comúnmente seguido. Método histórico-dogmático. Convendrá en ocasiones examinar los textos. Se explicarán con sobriedad de erudición las antigüedades»⁵. La formación en historia eclesiástica se completaba con otra asignatura del 4º año del Grado de Bachiller, que respondía al nombre de *Disciplina de la Iglesia Española*, igualmente de exposición diaria y que era una de las tres materias que debían cursarse en aquel año, junto a Principios de Derecho Penal y Nociones de Estadística y Elocuencia Forense. Resulta sorprendente que el estudio de la Parte General del Derecho Penal se una a unos Principios de Estadística, cuya mixtificación no se razona ni en la exposición de motivos que realiza la Facultad de Jurisprudencia de Sevilla al explicar la conveniencia de la docencia del Derecho Penal⁶, ni en el descriptor

⁴ Manuel J. Peláez, “La enseñanza de la Historia de la Iglesia en las Facultades de Derecho”, en *Qué es la Historia de la Iglesia, Actas del XVIº Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra* (26 al 28 de abril de 1995), edición coordinada por Josep Ignasi Saranyana, Enrique de La Lama y Miquel Lluch-Baixaullí, Pamplona, 1996, pp. 485-501.

⁵ El informe lo publica José Calvo González, en su artículo “La reforma de los estudios jurídicos en España. José María de Álava y Urbina (1812-1872) (materiales históricos)”, en *Cuadernos informativos de derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 9/10 (1989), pp. 2275-2321, con abundantes datos sobre Álava, su carrera académica y la situación de la Facultad de Derecho de Sevilla en las décadas centrales del siglo XIX. Para la “Disciplina general de la Iglesia”, ver p. 2320. El trabajo de José Calvo González tendría mayor valor, si el informe de Álava fuera inédito, pero como él mismo se ha ocupado de indicar, ya apareció publicado en su momento, en un artículo bajo el título “Universidad de Sevilla. Facultad de Jurisprudencia. Informe del Claustro por el Sr. Dr. D. José María de Álava y Urbina”, publicado en la *Revista de Ciencias, Literatura y Artes de Sevilla*, 1 (1855), pp. 11-33, 75-82 y 157-168. Vid. J. Calvo, pp. 2277-2278, nota 10.

⁶ «Propone el claustro el establecimiento de una cátedra de la ciencia del Derecho penal en el cuarto año de la carrera. Es tanta la importancia que este estudio ha adquirido en Europa, que

[PÁG. 244] propiamente dicho de la “extensión, límites y método de las asignaturas” que para tan compleja ciencia de Principios de Derecho Penal y Nociones de Estadística dividía en dos partes, una general y otra especial⁷. En la materia que nos ocupa el programa temático lo resume Álava y Urbina de la siguiente forma: “Historia de la Iglesia española y de sus Concilios. Se hará exposición de la disciplina de la Iglesia española bajo uno de los métodos conocidos, y a ser posible, el mismo que se siga en la clase de Disciplina general. Los dos puntos a que han de dirigirse las explicaciones son: la Disciplina anterior al Sto. Concilio de Trento y la actual. Se explicarán con singular cuidado en sus lugares respectivos las Regalías de la Corona y convendrá que al mismo tiempo se haga su historia y se consulten los monumentos histórico-legales, cuando los hubiere. Explicación del fuero eclesiástico y modo de proceder del Tribunal”⁸. En realidad aquí se están examinando algunas cuestiones propias del Derecho Canónico, aunque el informe de Proyecto de Plan de Estudios es taxativo en este punto al precisar que “el Claustro no considera como sección de la Facultad a la enseñanza de derecho canónico que se da en los seminarios”, y de hecho el Derecho Canónico no se imparte en ninguno de los tres años que comprende el Grado de Licenciado en Derecho, donde en ninguno de los dos vuelve ya a aparecer la Historia de la Iglesia, aunque en realidad estas dos materias de Disciplina de la Iglesia son una adaptación a Facultad de Leyes del Derecho Canónico de las Escuelas y luego Facultades de Cánones, en la segunda mitad del siglo XIX desaparecidas de la escena docente nacional, y el propio informe

la Facultad no ha dudado un momento en seguir la huella trazada por las otras naciones cultas. En efecto, a ninguno que haya consagrado sus vigilias a conocer el influjo que la corriente de nuestra civilización ejercer sobre la ciencia, puede ocultarse que el Derecho penal es uno de los puntos principales en que concurren, si así puede decirse, las modernas teorías y la práctica. Esos códigos penales publicados recientemente; esas cárceles edificadas de veinte años a esta parte en los países extranjeros, y por desgracia no conocidas entre nosotros; esa diligencia que hoy se pone en formar la estadística criminal y la preferencia que alcanzan, aun entre el mismo vulgo, las importantes cuestiones de Derecho penal, son otros tantos motivos poderosos que arrastran a la juventud, ávida de saber, hacia este estudio. Hay sin embargo muchos juristas que se oponen a la erección de esta cátedra bajo el pretexto de que todavía no está formada la ciencia, o de que en el superficial tratado de Rossi se halla encerrado cuanto hay que saber de Derecho penal, y por lo mismo son de opinión que la nueva asignatura se agregue a la de Código penal español. Errores tan groseros no merecen ser refutación de parte del Claustro. La ciencia del Derecho Penal es tan antigua como la del Civil. Para aquellos cuyo mundo científico se encierra en las ediciones económicas francesas y españolas; para aquellos que retroceden a la vista de un libro escrito en latín, italiano o alemán; para aquellos en fin cuya biblioteca de Derecho penal se reduce a las publicaciones hechas entre nosotros modernamente, la ciencia carece de Anales y está en la actualidad y estará siempre por formar”. Vid. José Calvo González, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 9/10 (1989), pp. 2296-2297.

⁷ “Esta ciencia tiene dos partes, general y especial. Los escritores que en el informe se citan, siguen diferentes métodos: elíjase el mejor. Para la parte doctrinal de estadística sígase a Gioja u otro moderno. Cuanto a la manera de ordenar las noticias, se puede tomar por guía la Novísima Estadística criminal del Reino de Cerdeña. que es superior a todas las publicadas hasta aquí. Sería conveniente añadir algunas lecciones sobre sistemas de reclusión. El profesor ha de fijarse más en los resultados que en las teorías”. Vid. J. Calvo, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 9/10 (1989), p. 2321.

⁸ José Calvo, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 9/10 (1989), p. 2320.

[PÁG. 245]

así lo justifica en parte⁹. En el plan Moyano de 1857 la *Disciplina general de la Iglesia y particular de la de España* era una asignatura del 6º año de la Licenciatura en Leyes, y al curso siguiente había una *Historia de la Iglesia, concilios generales y de España*.

En la Universidad Central de Madrid existió, dentro de su plan de estudios de doctorado, en determinados momentos único para toda España, una Cátedra de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico (herencia de la Historia de la Iglesia del Plan Moyano que acabamos de mencionar). La cátedra fue ocupada hasta su fallecimiento por Vicente de la Fuente (1817-1889), viéndose entonces interrumpida por poco tiempo la dotación de la misma y estas propias enseñanzas. No obstante, en 1906 dejó de impartirse y la cátedra se va a cubrir de nuevo en 1942 en la persona de fray José López Ortiz y desde 1952 por José Maldonado y Fernández del Torco, quien también fue catedrático de Historia del Derecho y de Derecho canónico.

«El marxismo es una escolástica de tercera categoría», me comentaba en 1982 José Orlandis Rovira, en frase seguramente meditada y que ya había pronunciado en otras ocasiones. En ese momento era una afirmación valiente pues las concepciones historiográficas del materialismo histórico estaban en plena efervescencia en medios intelectuales europeos. Diez años después hubiera sido una consideración oportunista y en el año 2000 algo empíricamente constatado, aunque veremos qué pasa en los próximos cuarenta años y en qué queda y qué resta del marxismo. Conocí al profesor Orlandis en Pamplona en 1971, en el Colegio Mayor Belagua, una institución universitaria como Dios manda con muros de piedra. Nos habló de sus estancias en Italia desde 1942 a

⁹ «Ninguna nación puede gloriarse como la nuestra de haber cultivado el Derecho Canónico con tanto esmero. Desde muy antiguo las estrechas relaciones que han unido a los sucesores de San Pedro con los Reyes de España, y el deseo de mantener vivo el depósito de la fe y de la antigua disciplina de nuestra Iglesia, dieron ocasión a que se estableciesen Cátedras de Derecho canónico en todas las Universidades, y se creara una Facultad que, aunque independiente hasta cierto punto, propiamente hablando, iba unida a la de Leyes. Allí se formaron los sobresalientes ingenios españoles, que, por su erudición y profunda ciencia en letras sagradas, han llenado de asombro a los soberanos Pontífices, y a los Concilios. Andando los tiempos, la Facultad de Cánones ha sido suprimida, más no ha cesado la necesidad del conocimiento de las leyes que señalaban los límites del Sacerdocio y del Imperio, que cada día se deja sentir con mayor fuerza. A ella sin duda es debido que, refundida la tradicional Facultad de Cánones en la de Jurisprudencia, el Reglamento vigentes haya concedido al estudio del Derecho canónico dos años de carrera, tiempo no sobrado, si se atiende a la importancia y variedad de materias que abraza. Ya por estas consideraciones; ya en señal del respeto que profesa el pueblo católico por excelencia a las leyes eclesiásticas; ya porque el vulgo de los juristas está acostumbrado a mirar la enseñanza del Derecho canónico, como separada de la del Civil de España; ya porque una vez esté empezado no se interrumpa, si es permitido decirlo así, por la interposición de otro derecho que de cierta manera ha de separar la atención de los alumnos de los puntos cardinales en que se asienta; y ya en fin porque de esta suerte se consigue encadenar estrechamente todas las partes de que consta nuestro derecho privado, el Claustro propone que el tercero y cuarto año de la carrera se dediquen al estudio del Derecho canónico. / Una novedad sería de desear cuánto a la distribución de materias, es a saber: que en el primer año del Derecho canónico se estudiase la Historia y disciplina de la Iglesia universal, y en el segundo las especiales de España, el tratado de Regalías y las leyes de enjuiciamiento que estén en uso. Esta modificación esencial trae consigo la de los nombres con que hoy se distinguen ambos cursos. el uno se llamaría de Disciplina general de la Iglesia y el otro de Disciplina de la Iglesia española» [José Calvo González, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 9/10 (1989), pp. 2295-2296].

[PÁG. 246]

1945 (y de otros viajes posteriores) que luego ha recogido en dos libros de memorias¹⁰ y de su famosa travesía en el J.J. Sister en junio de 1946 desde Barcelona a Genova. El dr. Orlandis me pareció un hombre serio, con el rigor del historiador medievalista, tajante en sus afirmaciones, claro y preciso, con la misma claridad con que le oí pronunciarse en 1982 sobre el marxismo y que el mismo ya había remarcado en una conferencia en Sevilla y en escritos más antiguos en *La Table Ronde*. Sin embargo, en 1942 lo vemos menos beligerante¹¹. Tuve la enorme suerte de coincidir con don José Orlandis en Spoleto, en 1978 (Orlandis debutó en Spoleto en 1955)¹², donde en aquel año de 1978 una serie de españoles eramos becarios del Centro di studi sull'Alto Medioevo, entre ellos el actual catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universitat Pompeu Fabra, Tomàs de Montagut y Estragués y Luis Javier Fortún Pérez de Ciriza, a quien debemos la magna tarea de la edición de las actas de las Cortes de Navarra. Orlandis fue el único ponente español y disertó sobre los judíos durante la época visigoda¹³. Por la mañana antes de dirigirse al Palazzo Ancaiani hacía un rato de oración, leía el breviario y celebraba la Santa Misa en una iglesia próxima regentada por los padres franciscanos. Le auxilié como monaguillo (Don José ponía mucha atención en que todo estuviese bien preparado y debí de llevarme más de alguna bronca por mi impericia con los paños y vasos sagrados), aunque igualmente hubiera ido a otra iglesia (caso de que no estuviera el Dr. Orlandis), ya que hace mucho tiempo que adquirí la sana costumbre (y no me avergüenzo en absoluto de decirlo) de ser de misa y comunión diaria, a pesar de los fallos que todos tenemos y quizás unos más que otros. Un día me invitó Orlandis a comer en un restaurante. Se presentó de improviso Javier Fortún, que fue convidado a compartir mesa. La conversación transcurrió agradable hasta que salió el tema del nacionalismo vasco y la incorporación de Navarra al gran Euskadi, y allí no fueron “las cañas las que se trocaron lanzas”, sino los tenedores y cuchillos, y fui literalmente arrasado por argumentos políticos, jurídicos, históricos, geográficos y

¹⁰ *Memorias de Roma en guerra (1942-1945)*, Madrid, 1992; *Mis recuerdos*, Madrid, 1995.

¹¹ “El marxismo introdujo como materia de la Historia la consideración de las masas y de los factores económicos y hay que reconocer que, aunque reducidos a su justo valor, han quedado como contenido de la Historia al lado del de los factores de tipo puramente político” (José Orlandis, *Memoria sobre el Concepto, Método y Fuentes de la Historia del Derecho Español*, texto mecanografiado inédito, Madrid, 1942, pp. 8-9). Más adelante advierte que “el materialismo económico encuentra en el instinto de nutrición el móvil de todos los actos humanos y también, por lo tanto, del total desarrollo de la Historia. Creada por Karl Marx, esta concepción fue desarrollada por los teorizantes del socialismo, en especial Friedrich Engels, Bebel y Kautsky. Opuesta radicalmente a las concepciones religiosas y espiritualistas, el factor determinante de todas las relaciones entre los hombres es la producción, distribución y consumo de los artículos destinados a satisfacer las necesidades naturales y este factor el que determina todas las distintas formas religiosas, culturales, políticas y jurídicas” (pp. 16-17). No obstante, Orlandis suele ser en su obra científica persona moderada en sus juicios y valoraciones de las personas, “donde -como dice José Antonio Escudero- no hay una tesis estridente ni una afirmación descompuesta... es reflejo del talante mismo del autor... y es paradigma de equilibrio, serenidad, ponderación y tolerancia”. Ver Escudero, “Jubilación del profesor don José Orlandis”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVII (1987), p. 1109.

¹² José Orlandis, “El cristianismo en el Reino visigodo”, en *I Goti in Occidente*, Spoleto, 1956, pp. 153-171.

¹³ José Orlandis, “Hacia una mejor comprensión del problema judío en el reino visigodo-católico de España”, en *Gli ebrei nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 1980, vol. I, pp. 149-196.

[PÁG. 247]

demoantropológicos por parte de don José y de Javier, que con solo veintidós años ya era un sabio. Salí malparado de mi atrevimiento, como en otra ocasión que le hice un comentario a Orlandis sobre García Gallo. Era un hombre de carácter y de firmes convicciones. Un italiano de la mesa de al lado intentó terciar, y luego, remansadas las aguas, se quejaba amargamente a Orlandis que, por su no condición de profesor universitario, ni de académico, no le aceptaban por parte de los organizadores del Congreso sus propuestas. Pero pasando del pan para la mesa y del pan para el altar a la historia altomedieval, la conferencia fue solemne, pausada, cartesiana, de una hora larga de duración, en castellano (disculpándose por no hacerlo en italiano, lengua que había dominado en tiempos), siendo presentado por Carlo Guido Mor, quien le había tratado durante su permanencia en Italia, cuando Orlandis, ya catedrático de Historia del Derecho, se decidió a ampliar estudios en Roma, manteniéndose vinculado a este país en la negra dictadura de Mussolini, bajo Badoglio, los alemanes y la invasión americana. Allí tuvo oportunidad de tomar contacto con prestigiosos historiadores del Derecho como Pier Silverio Leicht¹⁴ (tanto Mor como su suegro

¹⁴ Merece la pena resaltar la relación de Orlandis con Leicht, tal y como el primero la narra: "Entablar contactos con los historiadores del Derecho italiano constituía, como es fácil comprender, una de las razones primordiales de mi estancia en Roma. Conocía ya a través de sus trabajos al catedrático de la disciplina en la Universidad romana, el Profesor Leicht. Concertamos por teléfono una entrevista y acudí a visitarle a su casa el 24 de noviembre. En ese día se inició entre nosotros una relación entrañable de amistad que habría de prolongarse hasta su muerte. Pier Silverio Leicht era por antonomasia *il senatore Leicht* y así le llamaban respetuosamente sus colegas universitarios. Provenía del Friul, una región del nordeste italiano fronteriza con Austria y Eslovenia. El apellido Leicht y el aspecto físico revelaban en él al hombre de raíces y cultura centroeuropeas, pero italiano de todo corazón. Monárquico fiel a la casa de Saboya, en cuanto fautora que había sido de la unidad italiana, como católico había acogido con alivio la *Conciliación* entre la Santa Sede e Italia, y reconocía a Mussolini el acierto político de poner término por el Tratado de Letrán a la enojosa *Cuestión romana*. El Profesor Leicht, que habría rebasado ya los 65 años, me abrió las puertas de su casa y allí conocí a toda su familia: a la *senatrice*, su esposa, una persona alta y distinguida, con una cintilla de seda negra anudada en torno al cuello, y a su hija Elsa, joven viuda de un aristócrata florentino -el marqués Sassoli-, que al perder el marido había vuelto a vivir a casa de sus padres, con los dos hijos, niños todavía, habidos en el matrimonio. La hija mayor de Leicht, Giuliana, residía habitualmente en Modena, con su marido, Carlo Guido Mor, Catedrático de la Universidad y uno de los mejores historiadores de la Italia altomedieval. Gracias al Profesor Leicht tuve ocasión de conocer a las figuras más representativas de la Ciencia histórico-jurídica italiana. Auténtico patriarca de aquel brillante plantel de historiadores era Carlo Calisse, un venerable nonagenario que conservaba sin embargo plena lucidez y rigor intelectual. El 12 de diciembre Leicht me llevó al *Palazzo Madama* -el Senado- donde Calisse, también senador, pasaba aún largas hora al día leyendo y trabajando en su mesa de la biblioteca. Ante aquel anciano, tuve la impresión de hallarme en presencia de un supérstite del *Risorgimento*, que en su juventud pudo haber compartido los ideales y las pasiones de aquel periodo histórico. En casa de Leicht conocí a otros maestros cuyo nombre me era familiar por sus escritos, como Enrico Besta o el gran historiador del Derecho romano Pietro De Francisci, Rector de la Universidad de Roma y autor de obras tan notables como los *Arcana Imperii*, la historia de los orígenes de Roma y de su Imperio. Frecuenté el trato de estos grandes maestros durante los tres años que pasé en Roma y fui testigo de las amarguras que hubieron de sufrir tras la toma la ciudad por los Aliados. Un ministro de Educación del Gobierno provisional, formado por los partidos integrantes del *Comité de Liberación Nacional*, se apresuró a *depurar* a aquellos ilustres profesores y expulsarles de la Universidad. Fue un desmán sufrido por sus víctimas con serenidad y elegancia espiritual. Por fortuna, como suele ocurrir en Italia, el buen sentido no tardó en prevalecer y al cabo de un tiempo los sancionados fueron reintegrados a las cátedras que les habían sido injustamente arrebatadas, en una hora de transitorio apasionamiento" (José Orlandis Rovira, *Memorias de Roma en guerra*, pp. 44-45).

[PÁG. 248]

Leicht ya eran conocidos en España y proporcionaron en 1936 y 1937 una acogida sincera, dentro de sus limitaciones, a Ferran Valls y Taberner y su familia, huidos del peligro anarquista desencadenado en Barcelona a raíz del 18 de julio de 1936; también estuvo en su casa Juan Beneyto Pérez¹⁵ anteriormente; sin embargo de esto ya hemos hablado en otra ocasión, haciéndolo sobre Carlo Calisse, Enrico Besta, José Orlandis Rovira y Francesco Calasso, pero Orlandis aprovechó sus estancias romanas para profundizar en otro tipo de materias como el Derecho Canónico, la Teología Dogmática y Fundamental, la Liturgia, la Teología Moral o la Historia de la Iglesia, línea en la que quedaría marcado desde entonces y en la que insistiremos más adelante¹⁶.

Su contacto con la Historia del Derecho se produce tras su traslado a Madrid, para cursar los estudios de doctorado en 1940. Su inclinación la relata el mismo Orlandis: "Mis inclinaciones personales determinaron la orientación que escogí, que fue la especialización científica y universitaria en Historia del Derecho Español. La raíz de esta elección habrá de buscarse en la afición por la historia que había sentido durante toda la vida. Razones de pragmatismo profesional favorecidas por el hecho de residir en Mallorca cuando fue el momento de elegir la carrera, me había hecho optar por los estudios de la Licenciatura en Derecho. En 1940, la alternativa era preparar el ingreso en el Cuerpo Diplomático o dedicarse a la Historia del Derecho, una disciplina a caballo entre la titulación oficial de jurista, que me daba la Licenciatura en Leyes y las inclinaciones propias de un aficionado a la Historia. El encuentro con un maestro que iba a ejercer considerable influencia en mi futuro profesional, Fray José López Ortiz, resultó decisivo para que mi elección se inclinase en definitiva por la Historia del Derecho Español"¹⁷. López Ortiz fue su valedor principal y aclara el agustino como fue presionado en la Facultad de Derecho de la Central por vía de "intimidación porque había nombrado ayudante" a José Orlandis, "que era un

¹⁵ Juan Beneyto, "Mi formación histórico-jurídica en Italia y Alemania", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIX (1999), pp. 676 y 678.

¹⁶ Sobre la figura y la aportación historiográfica de Orlandis destacamos, entre otras aportaciones, las notas de José Antonio Escudero, que acabamos de citar, publicadas en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVII (1987), pp. 1107-1109; Manuel J. Peláez, "Jubilación legal y Homenaje a José Orlandis Rovira", en *Cuadernos informativos de derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 8 (1988), pp.1792-1808; Domingo Ramos-Lissón, "Don José Orlandis Rovira", en *Hispania Christiana. Estudios en honor del Prof. José Orlandis*, Pamplona, 1988, pp. 27-34. Fruto granado de la colaboración entre Orlandis y Ramos-Lissón, que se conocieron en Santiago de Compostela en 1954, es probablemente la obra más importante con que cuentan ambos, *Die Synoden auf der Iberischen Halbinsel bis zum Einbruch des Islam (711)*, Paderborn, 1981, 377 pp. En ella Orlandis se ocupa de analizar desde el III^{er} (589) al XVII^o Concilio de Toledo y los Concilios de Narbona (589), Sevilla (590), Zaragoza (592), Huesca (598), Barcelona (599), Mérida (666) y III^o de Braga (675). La mayor parte de la redacción del tomo ha corrido de la cuenta y pluma de Orlandis. El homenaje que le organizamos por parte de algunos historiadores del Derecho y romanistas, bajo el título *Orlandis 70: Estudios de Derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Barcelona, 1988, fue gratamente acogido por la doctrina extranjera con elogios de Jean Imbert, en la *Revue historique de droit français et étranger*, LXVI (1988), pp. 652-653; Michael D. Gordon, en *The American Journal of Legal History*, XXXV (1991), pp. 99-100 y Carlos Salinas Aranedas, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII (1989-1990), pp. 239-241.

¹⁷ José Orlandis, *Años de juventud en el Opus Dei*, Madrid, 1993, pp. 137-138.

[PÁG. 249] claro candidato a cátedra¹⁸. Aquél pensaba “que con ello (le) querían coaccionar para que le retirara (su) apoyo”¹⁹ y además añade, refiriéndose a la condición de miembro del Opus Dei de Orlandis: “Los obstáculos para que los de la Obra fueran catedráticos nacieron de prejuicios sin fundamento y empezaron de hecho antes de que ninguno se hubiera presentado a ninguna oposición. Y así cuando, poco tiempo después, algunos -pocos- fueron concursando a oposiciones a cátedra, se encontraron con un prejuicio tremendo hacia ellos, que, habiendo sido extendido por otros, les dificultaba, contra toda justicia, el ejercicio de su derecho ciudadano”²⁰. Pero, volviendo a la tesis de Orlandis, sus deseos eran los de realizar una memoria doctoral sobre la situación jurídica de Menorca en el siglo XVIII, tarea que muchos años después abordó Román Piña Homs en una monografía, y que tenía su interés habida cuenta de las dominaciones inglesas y francesas de la isla en esa centuria y de que, como se descubrió en 1979 por parte de Josep Maria Gay Escoda, el Decreto de Nueva Planta de Menorca tras su incorporación a la Corona castellana no existió, aunque sea mencionado de una forma superficial por una buena serie de manuales que no se detuvieron o preocuparon de analizar su contenido real, dando por supuesto su existencia. A López Ortiz le agradó el tema, pero le recomendó a Orlandis algo más tradicional, un tema de época medieval. Le asignó *La prenda como procedimiento coactivo en el derecho español de la Alta Edad Media*, que se publicó poco tiempo después de su lectura²¹ y que fue una de las bazas más importantes (el trabajo estaba en prensa y no había aparecido todavía) presentadas a la oposición celebrada en mayo de 1942 para cubrir la cátedra de Historia del Derecho Español de la Universidad de Murcia, que había sido convocada por una Orden del primero de diciembre de 1941²², y a la que concurrió en solitario Orlandis, a pesar de que también la firmó Alfonso Guilarte Zapatero. Guilarte era profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de Valladolid y no tuvo fortuna, con el paso de los años, en

¹⁸ José López Ortiz, *Testimonio sobre Josemaría Escrivá de Balaguer*, Madrid, 1992, p. 37. Fue escrito en 1976, aunque su publicación se demoró algún tiempo. El texto era conocido lógicamente en la Sagrada Congregación para las Causas de los Santos de Roma.

¹⁹ José López Ortiz, *Testimonio*, p. 38.

²⁰ José López Ortiz, *Testimonio*, p. 38. Vuelve sobre el tema en pp. 53 y 54 donde precisa: «En aquella época hubo muchos concursos de oposición a cátedra, pues al terminar la contienda civil, con bastante profesores desaparecidos y emigrados, habían quedado menguados los cuadros docentes. La gente joven, con la carrera recién terminada, tuvo grandes oportunidades, que afectaron también a aquellos que pertenecían a la Obra y que, de hecho, fueron un pequeño porcentaje del total de los que accedieron a la cátedra. Para las afirmaciones de algunos sobre pretendidas injusticias de los de la Obra en sus oposiciones a cátedra, yo nunca he encontrado otro fundamento que el que dan las miserias humanas. Casi siempre la acusación no era otra cosa que la reacción incontrolada de quien perdía una oportunidad, olvidando que cuando en la vida se da un legítimo conflicto de derechos uno ha de ganar y otro perder, y que han de llevarlo ambos con deportividad. Otras veces, nacía más bien como fruto de las rivalidades que hay casi siempre entre escuelas universitarias, tendencias culturales, etc. Creo que puedo emitir este severo juicio, puesto que en aquellos años formé parte, como vocal o como presidente, de bastantes tribunales de oposición a cátedra: conozco pues el ambiente». Luego, entrando en un capítulo de nuestro interés concreto, se hace eco de la oposición de Orlandis y de las de Ignacio de la Concha y Ángel López-Amo y Marín.

²¹ Llevaba por título “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval (Notas para su estudio)”, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-1943), pp. 81-183.

²² Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, 18 de diciembre de 1941.

[PÁG. 250]

sus reiterados intentos de conseguir una cátedra de Historia del Derecho. Es autor de algunas colaboraciones en el *Anuario*²³, aunque todas muy breves. En estos momentos Orlandis era una promesa; tenía sólo 24 años.

La prenda extrajudicial mereció algunas apreciaciones críticas por parte de García-Gallo como la de que «hubiera sido conveniente estudiar primero las distintas formas de prenda y de la prenda extrajudicial, ha procedido primeramente estudiando por separado las diversas formas de prendación, y en la exposición ha creído preferible destacar primero la visión general de la institución y desarrollar después las distintas formas; aclara también suficientemente la naturaleza jurídica de la paz de la casa, con consideraciones precisas acerca de ella; y por último insiste en que las fuentes catalanas ofrecen menos interés y que por ello aparecen menos citadas, pero sin que esto represente que hayan sido olvidadas»²⁴. La valoración del conjunto del tribunal sobre la tesis de Orlandis no pudo ser más positiva, y correspondió a José López Ortiz la propuesta, asumida unánimemente, del alcance y valor de ésta y otras aportaciones de Orlandis que patentizaban la “madurez de juicio” del joven iushistoriador: «La Prenda. Estudia en ella el Sr. Orlandis las líneas generales de la evolución de esta institución tan significativa en nuestro Derecho medieval, con una especial atención a la prendación como instrumento coactivo que utilizan tanto los particulares como el mismo Poder público y examinando las transformaciones de la misma desde la mera toma de prenda privada -que define satisfactoriamente- hasta la articulación de la misma en el procedimiento ejecutivo de la Baja Edad Media. Para el examen de tan amplia materia utiliza la totalidad de las fuentes documentales accesibles y una extensa bibliografía. El autor maneja con fino sentido histórico y jurídico todo este material, adelantando puntos de vista personales de máximo interés. El trabajo en su conjunto y detalles es prueba de una madurez de juicio y de una técnica histórica verdaderamente notable»²⁵. El denso estudio del profesor mallorquín puede resumirse en dos afirmaciones del autor. La primera que “la prenda extrajudicial

²³ Alfonso María Guilarte Zapatero, “Capítulos de concierto para la primera edición de las Partidas, con la glosa de Gregorio López”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVI (1945), pp. 670-675; “Algunas observaciones acerca del doctor Espinosa y su obra”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVI (1945), pp. 712-719, aunque en nada enmienda los errores de Galo Sánchez sobre Francisco de Espinosa, lo que hizo con ulterioridad en cuanto al título José Antonio Escudero, en “Francisco de Espinosa: Observaciones sobre las leyes de España (Precisiones acerca de la más antigua historia del Derecho español)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLI (1971), pp. 33-55, que sitúa con claridad el título de la obra de Espinosa como *Observaciones sobre las leyes de España*; “Un proyecto para la recopilación de las leyes castellanas en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIII (1953), pp. 445-465, reproduciendo el documento entre las pp. 457 y 465. Guilarte, ante sus reiterados fracasos en Historia del Derecho, pasó a probar mejor fortuna en lo que luego sería el área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, donde logró consolidarse como profesor numerario. Le dedica una necrológica Rafael Gibert y Sánchez de la Vega, “Alfonso Guilarte Zapatero (1918-1993)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV (1993-1994), pp. 1405-1410, encendidamente elogiosa respecto a su obra científica, aunque reconociendo sus tropiezos en las oposiciones.

²⁴ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 5 de mayo de 1942, fol. 2.

²⁵ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, caja 1478, documento suelto. Ese concepto sería compartido nada menos que por Antonio Marongiu, quien comentó elogiosamente el estudio sobre la prenda en la *Rivista di storia del diritto italiano*, XXI (1948), pp. 279-283.

[PÁG. 251]

es una de las manifestaciones de (la) 'autotutela' que aparece concretamente en el campo del Derecho de obligaciones" (p. 84) y la segunda, que «tanto en la muerte de animales por daño como en el acorralamiento revelan las fuentes una confusión en la vida real de lo que por sus fundamentos jurídicos está del todo separado... y hay una guarda culpable sobre quien recae la responsabilidad y aquella tenderá sencillamente a causarle un perjuicio, en unas fuentes matándole sus animales, en otras reteniéndoles hasta que indemnice el daño» (p. 182). Diez años más tarde, Orlandis volvería sobre la prenda, publicando unas breves notas sobre la misma en los fueros de Cuenca, Molina de Aragón, Zorita, Sepúlveda y Teruel²⁶.

Sobre la paz de la casa escribió Orlandis páginas definitivas. Su trabajo fue presentado mecanográficamente al tribunal de la oposición. Apareció casi contemporáneamente a que se publicara un artículo sobre la materia en Barcelona por Luis García de Valdeavellano y Arcimís²⁷. No obstante, el estudio de Orlandis es de una densidad y amplitud de contenido mucho mayor que el de Valdeavellano, que es un trabajo puntual, aunque también sugerente. La *domus disrupta* o ruptura de la paz de la casa (*Hausfriedensbruch*) y la protección jurídica del domicilio y la convivencia familiar cuentan, con la contribución orlandina²⁸, con un análisis de las fuentes y de la dogmática germanista de primera magnitud. No falta allí la obra de Osenbrüggen²⁹, publicada en Erlangen, a mitad del siglo XIX, que por cierto ha sido reeditada en Aalen en 1968. Con posterioridad a los trabajos de Orlandis y Valdeavellano se ocupó de ella W.

²⁶ Jose Orlandis, "La prenda de iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIII (1953), pp. 83-93.

²⁷ Vio la luz bajo el título "Domus disrupta. La protección jurídica del domicilio en los derechos locales portugueses de la Edad Media", en *Anales de la Universidad de Barcelona*, 1943, pp. 65-72. Recuerdo cómo en 1981 descubrí en el viejo y ya desaparecido Seminario de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona el original escrito a mano por García de Valdeavellano, conservado dentro de un libro en el anaquel donde se encontraban los de Derecho privado (civil y mercantil), justo a la espalda de la silla donde me sentaba, a lo que atribuyo parte de mi dedicación a estos temas: eran los libros que tenía más cerca; me bastaba alargar la mano, no tenía ni que levantarme de la silla, ni desplazar aquella máquina de escribir superprimitiva (una Olivetti Studio 44, modelo del que ya se hacía publicidad en el primer volumen de los *Annali di storia del diritto* del año 1957, en p. 657, a la vez que se anunciaba el vol. primero, y en ello se quedó, del *Medio Evo del diritto* de Francesco Calasso) con carrito de madera que utilizaba, y que haberla ubicado medio metro más lejos del lugar donde se dejaba habitualmente después de usarla, me valió la primera y única bronca que recibí de Aquilino Iglesias Ferreirós en 1978, aunque luego el hombre se disculpó y me pidió perdón. Todo un gesto que ennoblecía al brillante Agregado ante el novel profesor no numerario.

²⁸ Llevando por título "La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media", apareció en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XV (1944), pp. 107-161. No obstante, parece algo exagerado el punto de partida de Orlandis al precisar que «el concepto de la paz es el centro alrededor del cual gira entero el Derecho Penal de la Alta Edad Media» (p. 107). Rafael Gibert reconoce que este trabajo fue el punto de partida de su tesis doctoral por recomendación de Galo Sánchez, y se deshace en elogios sobre su depurada metodología. Ver Gibert, "La paz otorgada y la paz entre partes en el derecho medieval español (León y Castilla)", en *Fundamentos culturales de la paz en Europa*, vol. II, Barcelona, 1986, pp. 421-450. Las referencias a Orlandis en pp. 423-426.

²⁹ *Der Hausfrieden. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte*, Erlangen, 1857, 102 pp.

[PÁG. 252]

Funk³⁰ y ha resumido con precisión sus características C. Frhr. Schwerin³¹. Por otro lado, Franz Beyerle había analizado la *Hausfriede* en diversos caps. de la *Lex alamannorum*, en la *Lex salica* (XLII, 1) y en la *Lex ribuarica* (c. 64) en trabajo publicado en 1935.

Valdeavellano no tuvo en cuenta a Karl von Amira, el *Lehrbuch* de Richard Schröder revisado por Eberhard F. von Künssberg³², la obra más de conjunto de Rudolf Hirschberg³³, aparte que de R. His es más interesante para el análisis de la *Hausfriede* una obra suya de conjunto³⁴, que su archiconocida monografía de 1928³⁵. El tribunal emitió un juicio certero y elogioso del estudio sobre la *domus disrupta* de Orlandis³⁶. En torno al Pseudo-Ordenamiento de Nájera, el doctor Orlandis aportó otro trabajo inédito que publicaría ulteriormente en el propio *Anuario*. López Ortiz, junto con García Gallo, Pérez de Urbel, José Maldonado y Manzano resaltaron la buena factura del estudio³⁷.

Los ejercicios de la oposición comenzaron el 5 de mayo de 1942. Orlandis expuso en el primero su *curriculum*, presentando tanto sus trabajos inéditos como impresos. Empleó cincuenta minutos y el tribunal mostró sus grandes aciertos³⁸, como así queda reafirmado con su valoración muy positiva, que responde al siguiente contenido: «Orlandis muestra una orientación acertada en sus estudios histórico jurídicos, conforme con todo con la dominante en los investigadores y profesores españoles y extranjeros; que conoce el estado actual de la investigación y las lagunas y desiderata de la misma; que en los estudios monográficos que ha presentado se revela su preocupación por el estudio de las fuentes, indispensable para toda labor sólida y la posesión de un método histórico y jurídico que responde a las modernas orientaciones y exigencias; y que, finalmente, ha realizado una apreciable labor docente durante varios años».

En el segundo se limitó a los aspectos de rigor referentes al concepto, método, contenido e historiografía jurídica. García Gallo le hizo una serie de observaciones sobre aspectos que don Alfonso consideraba no estaban lo suficientemente “dilucidados en la memoria presentada”, y que no eran otros que el “criterio seguido en el proceso de elaboración de los conceptos jurídicos, e importancia que en la exposición debe concederse a un sistema basado

³⁰ „Speer, Pfandschaub, Kreuz und Fahne“, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 65 (1947), p. 308.

³¹ *Germanistische Rechtsgeschichte*, Berlin, 1944, pp. 13 y 208.

³² *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin y Leipzig, 1932, pp. 80, 86, 373, 382, 386 y 840.

³³ *Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Versuch eines Systems der Vermögensdelikte*, Berlin, 1934, *passim*.

³⁴ *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Weimar, 1920, vol. I, y 1935, vol. II.

³⁵ *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Berlin-München, 1928.

³⁶ «La paz de la casa. El Sr. Orlandis se plantea en este trabajo el problema de lo que significa esta institución en el ambiente jurídico medieval: sus orígenes y finalidad, y las garantías de todo orden con que está protegida. Para ello, a más de utilizar un crecido número de documentos, aporta también un criterio suyo original para interpretarlos, dentro del sistema germánico, con el que cree emparentada la institución. Es un trabajo preciso, bien documentado y orientado; sus soluciones perfectamente aceptables. José López Ortiz, Alfonso García Gallo, Juan Manzano, Fray Justo Pérez de Urbel y José Maldonado (*en todos los casos firmado y rubricado*)» (Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto).

³⁷ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto.

³⁸ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 5 de mayo de 1942.

[PÁG. 253]

estrictamente en conceptos jurídicos, o en las situaciones de hecho e intereses". Orlandis le respondió con rigor y así lo reconoció el conjunto de sus jueces, otorgándole la unanimidad para pasar al tercer ejercicio, expresándolo en los siguientes términos: «El concepto que tiene de la disciplina, el contenido que le asigna, el método que indica debe seguirse y efectivamente ha seguido en su trabajo, así como las fuentes que ha de utilizar en sus trabajos y explicaciones de clase son los dominantes en la historiografía jurídica actual, no limitándose a recogerlos con acierto, sino señalando incluso puntos de vista personales dignos de consideración. En la réplica a las observaciones hechas por un miembro del Tribunal ha mostrado que conoce los problemas de método y que estos han sido objeto de detenida reflexión»³⁹. No obstante, esta metodología docente con un estudio profundo de las fuentes del derecho histórico español está actualmente en crisis desde un punto de vista que lógicamente cualifica más las instituciones jurídicas históricas, que el estudio de las fuentes del Derecho. Sin embargo, en España, a partir del 2011, con el sistema de Bolonia se ha vuelto a potenciar la docencia de las fuentes de nuevo en la asignatura de Historia del Derecho, aunque la investigación va claramente dirigida al estudio de las instituciones jurídicas y ha tomado igualmente mucha fuerza el estudio de los juristas fallecidos desde la interesante iniciativa de Rafael Domingo Oslé, de *Juristas Universales*, obra que resulta muy superior a la de Stolleis y qué duda cabe también a la edición llevada a cabo por Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin y Jacques Krinen de su diccionario de juristas.

Disponemos de la *Memoria* de Orlandis, una pieza inédita valiosa, de la que por su interés para nuestra asignatura substraemos 13 consideraciones (es un número carismático, aunque lo lógico hubiera sido una docena) afirmaciones que consideramos útiles por su substantividad: 1ª) «*Sujeto* de la Historia del Derecho es el hombre como generador del Derecho, que concreta en un ordenamiento jurídico positivo aquellos principios del Derecho Natural que Dios le da a conocer directamente como consubstanciales con su propia naturaleza. En tal supuesto, es lógico que para la Historia del Derecho el hombre individualmente considerado signifique menos que para la Historia en general»⁴⁰. 2ª) «El *objeto* de la Historia del Derecho es la norma jurídica, el Derecho y concretamente el Derecho del pasado..., nuestro estudio no ha de recaer exclusivamente sobre los elementos de lo que hoy consideramos de naturaleza jurídica que encontremos en una época pasada, sino sobre la totalidad de lo que en ella se entiende por Derecho, aunque se trate de algo que hoy día no nos merece ya aquella calificación»⁴¹. 3ª) «Para delimitar con claridad el objeto de la Historia del Derecho resulta necesario establecer una serie de distinciones respecto a otras ciencias afines, con las cuales aparece en algunos aspectos íntimamente relacionada. La Filosofía del Derecho es una de ellas; en algunos momentos y especialmente por los secuaces del positivismo filosófico, se ha pretendido extender el campo de esta ciencia en perjuicio de la Historia del Derecho; en efecto, al negar la existencia de un derecho natural, de origen divino, todo el derecho será puramente humano, y como tal, histórico. En tal caso las dos

³⁹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta de 6 de mayo de 1942.

⁴⁰ *Memoria*, p. 29.

⁴¹ *Memoria*, pp. 30-31.

[PÁG. 254]

ciencias deben de trabajar sobre el derecho del pasado y se pretendió reducir la misión de la Historia del Derecho al mero acopio material de datos, mientras que el penetrar su sentido y valorar el influjo que ha ejercido el Derecho en la evolución de la cultura, se consideraba como algo propio ya de la Filosofía del Derecho⁴². Un tal criterio no puede admitirse. Si la Historia del Derecho tiene que reproducir el Derecho del pasado, a ella, exclusivamente, le corresponde interpretar los materiales sobre los que trabaja sin lo cual mal podría reconstruir los sistemas jurídicos que existieron. No hay razón para que se vea obligada a ceñirse a una labor de simple reunión de materiales y deba ceder el lugar a otras ciencias desde el momento en que haya que resolver los problemas que aquellos planteen. Esta segunda es una misión indiscutiblemente suya»⁴³. No pone en relación Orlandis la Historia del Derecho con la Geografía del Derecho, para más de uno tan importante como la primera, aunque no deja de ser una opinión aislada y con una cierta dosis de marginalidad⁴⁴. 4ª) «El Historiador del Derecho debe mantenerse en su campo, sin aventurarse a resolver cuestiones que no son de su incumbencia⁴⁵». 5ª) «Característica del Historiador del Derecho debe ser la objetividad sin que tenga por qué adentrarse en especulaciones»⁴⁶. 6ª) Sobre las relaciones que se plantean entre dos materias como son la Historia del Derecho y la Arqueología Jurídica, precisa Orlandis: «En nuestra ciencia la idea de sucesión de sistemas, de movimiento que caracteriza lo histórico, es esencial. La Arqueología jurídica, en cambio, realiza una verdadera labor de análisis del sistema jurídico en un momento determinado, sin relacionarlo con los anteriores ni con los que después le hayan seguido. La idea de proceso evolutivo no se toma en cuenta para nada. Sin embargo, aunque claramente diferenciada de la Historia del Derecho, la Arqueología, como he dicho, guarda una estrecha relación con ella y constituye una fuente de materiales inestimable»⁴⁷. 7ª) «Lo que puede denominarse derecho actual históricamente estudiado, se limita, ajustándose a la moderna sistemática, a examinar los precedentes de las instituciones jurídicas de nuestros días, sin tener en cuenta que sólo podemos penetrar su sentido y alcance en un momento dado si las consideramos encuadradas dentro del total ordenamiento jurídico de la época. En tales condiciones es fácilmente comprensible cuan inexacto y apartado de la realidad

⁴² El debate es complejo y en el mismo se venía interviniendo desde antaño. Resalta José G. Llana como «Feuerbach, discípulo de Hegel, llamó un día a la historia letra muerta. Durante mucho tiempo la Historia del Derecho estuvo relegada a la categoría de un estudio accesorio, auxiliar, complementario, mera gala de erudición, mientras que para la escuela histórica, la Historia del Derecho es parte esencial e integrante del propio Derecho, porque en definitiva, el derecho actual no es más que una fase de la eterna elaboración jurídica” [“Filósofos e historiadores del Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 136, año LXVIII (1920), pp. 228-229).

⁴³ *Memoria*, pp. 33-35.

⁴⁴ Lo defendía Ricardo Beltrán Rózpide cuando afirmaba: “Hace falta, pues, en las Facultades de Derecho de nuestras Universidades la cátedra de *Geografía del Derecho*, tan importante, por lo menos, como la de Historia del Derecho, puesto que ha de investigar en ella la razón de las instituciones jurídicas en todos los países del globo” [“La Geografía y el Derecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 135, año LXVII (1919), p. 436). Para él, “la llamada Escuela histórica carece de base si no se asienta en el dato geográfico” (p. 434).

⁴⁵ *Memoria*, p. 35.

⁴⁶ *Memoria*, p. 36.

⁴⁷ *Memoria*, pp. 38-39.

[PÁG. 255]

deberá resultar fatalmente un estudio semejante»⁴⁸. 8ª) «Es particularmente peligrosa la afinidad de la Historia del Derecho con la Historia de la Economía; ha sido causa de que se traten conjuntamente temas jurídicos y económicos introduciéndose en nuestra ciencia cuestiones que por su naturaleza caen fuera de los límites de su contenido»⁴⁹. 9ª) «Hay que evitar el peligro de que, al estudiar las instituciones susceptibles de ser analizadas desde diversos puntos de vista, demos al social, al político o económico una misma importancia que al jurídico. No es ésta misión nuestra: la Historia del Derecho estudia cuestiones jurídicas, que, en consecuencia, deberán ser contestadas jurídicamente»⁵⁰. 10ª) «Existen actos en los cuales debemos fijar muy especialmente nuestra atención. Son aquellos que pueden denominarse antijurídicos o ilícitos por estar en oposición con el derecho oficialmente en vigor pero en los cuales puede, sin duda, apreciarse un contenido jurídico positivo. Son, a veces, indicio de una transformación del Derecho que todavía no ha cristalizado en las leyes, mientras que otras serán huellas de prácticas que caminan hacia la desaparición y que se encuentran ya prohibidas por el Derecho positivo. En último término, los actos ilícitos pueden significar la existencia de un derecho vivido en la práctica en oposición al derecho oficial o por lo menos al margen de éste. La Historia del Derecho cuyo objeto, como decíamos, es reproducir la realidad jurídica del pasado debe dedicar una atención especial a estos actos contrarios a la ley estricta que nos revelan con frecuencia el espíritu jurídico del pueblo»⁵¹. 11ª) «El contenido de la Historia del Derecho no debe sistematizarse según un criterio propio del derecho actual; de otra parte tampoco podrá ceñirse nuestro estudio a las instituciones todavía subsistentes»⁵². 12ª) «Al sistematizar el derecho del pasado, hay que guardarse de hacerlo con arreglo a las reglas de la metodología moderna, en una palabra de aplicar a él las categorías jurídicas actuales»⁵³. 13ª) «En la clase práctica es donde se estrella el alumno memorista, el clásico empollón que todo lo retiene en su memoria y de nada tiene visión propia... En la clase práctica es donde debe adquirir el futuro profesional el sentido jurídico que ha de permitirle penetrar en el espíritu del Derecho»⁵⁴. Esta última reflexión es para las clases prácticas de Historia del Derecho, con independencia de la importancia que tengan las prácticas en las asignaturas de Derecho positivo. La nuestra ofrece un plantel temático extraordinario y completo, que puede ser atractivo para los alumnos desde el momento en que se planteen como una introducción histórica al Derecho vigente, en el sentido de la materia creada en Francia de *Introduction historique au droit*, aparte de que temáticas como las

⁴⁸ *Memoria*, pp. 39-40.

⁴⁹ *Memoria*, pp. 40-41.

⁵⁰ *Memoria*, pp. 44-45.

⁵¹ *Memoria*, pp. 47-49.

⁵² *Memoria*, p. 50.

⁵³ *Memoria*, p. 108.

⁵⁴ *Memoria*, pp. 150-151. Luis Estremera García ya había ponderado que «el elemento práctico en el estudio de cualquier rama del Derecho consiste en investigar determinadas cuestiones que pueden ofrecer dudas, en arrancar del polvo de los archivos manuscritos o libros que pueden dar luz en el asunto, y en aplicar las fuerzas del individuo sobre tales materiales, haciendo que surja una idea o una solución, algo que sea más bello y de mayor grandiosidad que la eterna loa que se eleva en honor de la rutina, y que hace que nos conformemos con las piltrafas de la ciencia» [“Orientación práctica de la enseñanza”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 117, año LVIII (1910), pp. 78-79].

[PÁG. 256]

penas corporales, los delitos sexuales, la historia del divorcio o la Inquisición siempre tienen una gran aceptación entre nuestro alumnado; sin salirnos de la Historia del Derecho, no digamos algunas materias como el delito-pecado de solicitación (al que hay que aplicarle un coeficiente reductor considerable), las instituciones jurídicas y políticas británicas, la historia de nuestro constitucionalismo y del francés, el *ius primae noctis* (que no es lo que la gente se piensa) o el tesoro encontrado en fundo ajeno. Lo que no interesa, y hemos de ser realistas en este sentido, es seguir machacando al elemento discente con las diferentes teorías acerca de la elaboración del *Liber iudiciorum*.

El tercero y el cuarto versaban sobre el programa presentado por Orlandis, en un caso elegido el tema por el opositor y en otro entre sorteo a elección del tribunal. Vemos conveniente por su interés y brevedad recoger el programa al completo presentado por el mallorquín, que alcanza las 66 lecciones. Suprimimos la palabra lección delante del número para abreviar: “*Introducción*. 1ª. El concepto y el contenido de la Historia del Derecho Español. 2ª. El método de la Historia del Derecho. El trabajo sobre fuentes. La elaboración institucional. Método de exposición. 3ª. La Historiografía del Derecho Español: las grandes figuras y las escuelas. I. *La formación del Derecho, las fuentes y las instituciones de Derecho Público*. A) *España primitiva. Pueblos indígenas y colonizaciones*. 4ª. Elementos étnicos. Formas de asentamiento. La economía primitiva. 5ª. La población: su estructura social. La cultura. La cultura jurídica: caracteres del Derecho y medios para su conocimiento. 6ª. Los Estados indígenas: su naturaleza y organización político-administrativa. El régimen de las colonias. B) *España romana*. 7ª. Historia política. Formas de asentamiento. La economía: República y Alto Imperio. Bajo Imperio. 8ª. La población: elementos. Estructuración jurídica y social. República y Alto Imperio. Bajo Imperio. La cultura: influencia del cristianismo. 9ª. El Derecho: elementos. Caracteres generales. Fuentes hispano-romanas. 10ª. España provincia romana: el Estado romano. La organización provincial. 11ª. La organización local. Colonias y municipios. Ciudad y territorium. Régimen municipal. La decadencia en el Bajo Imperio. La administración de la justicia. 12ª. La hacienda. Organización. Medios. El ejército. Organización militar hispano-romana. La religión hispano-romana anterior al cristianismo. La Iglesia cristiana. Organización. Consideración especial de sus relaciones con el Estado Romano. C) *La España visigoda*. 13ª. Historia política. Las invasiones germánicas. El reino de los visigodos. Asentamiento de los pueblos germánicos en la Península: el reparto de tierras. La Economía. 14ª. La población. Estructuración étnica y social. La cultura visigoda. 15ª. El Derecho. Elementos e influencias. Esfera de aplicación: la personalidad y la territorialidad del Derecho. Derecho escrito y consuetudinario. 16ª. Las fuentes visigodas. Primeras fuentes escritas. El Código de Eurico. La Lex romana visigothorum. 17ª. Ley de Teudis. Código de Leovigildo. Legislación anterior a Recesvinto. El Liber Iudiciorum. 18ª. Capítulos de Holkham. Documentos de aplicación del Derecho. Las fórmulas visigóticas. Literatura jurídica. Fuentes indirectas de conocimiento. 19ª. Organización política de los pueblos germánicos anterior a las invasiones. El Estado visigodo. Origen. Naturaleza. Elementos. 20ª. La Administración central y sus órganos. El Rey. Los funcionarios. Asambleas. Los Concilios de Toledo. 21ª. Organización provincial visigótica. El “territorium” y sus elementos: la ciudad y el campo. 22ª.

[PÁG. 257]

Administración de justicia. Las distintas jurisdicciones. La Hacienda visigoda. Organización. Medios. 23^a. Organización militar. El ejército y su composición. La Iglesia. Su organización. Relaciones con el Estado. D) *La España musulmana*. 24^a. Historia política de la dominación musulmana. La Economía. La Sociedad: estructuración étnica, social y religiosa. La Cultura. 25^a. El derecho: elementos. Las fuentes del Derecho musulmán. Las escuelas. 26^a. Organización política. El Islam. Administración Central, provincial y local de la España musulmana. Organización judicial. La Hacienda. Organización militar. *Los Estados de la Reconquista*. E) *Alta Edad Media Española*. 27^a. Historia política de los Estados cristianos. La repoblación del país. Las formas de asentamiento. La economía. La población: estructura étnica y social. La cultura. 28^a. La cultura jurídica. El elemento germánico. La supervivencia del derecho visigodo escrito. Las influencias franca, romana y canónica. Los derechos musulmán y judío. Las formas de producción del derecho. 29^a. Las fuentes del derecho. Fuentes de carácter local. Cartas pueblas. Fueros municipales: tipos. Fuentes territoriales leonesas. Los Fueros de Sobrarbe. Los Usatges. Documentos de aplicación del derecho. 30^a. El Estado. Elementos. Naturaleza. Fines. los órganos de la administración central. El Rey. Los funcionarios. Las asambleas. 31^a. Administración territorial. El Condado. Desaparición del régimen condal. Los territorios señoriales. La administración local. El problema del origen del municipio medieval. 32^a. Administración de justicia. Las distintas jurisdicciones. La Hacienda. Organización. Medios. La organización militar. La Iglesia. Organización. Relaciones con el Estado. F) *Baja Edad Media española*. 33^a. Historia política de los Estados cristianos: el fin de la Reconquista. Repoblación. La economía. La población: estructuración étnica y social. La cultura. 34^a. La cultura jurídica. Elementos procedentes del periodo anterior. La Recepción: el derecho romano, el canónico y el feudal. El derecho marítimo. 35^a. El derecho: caracteres generales y forma de producción. Las fuentes en particular. Castilla: fuentes locales. La tendencia a la territorialidad. La formación de las familias de Fueros y las concesiones del Fuero Real. 36^a. Fuentes territoriales castellanas de carácter privado. La obra legislativa de Alfonso X y sus consecuencias. Alfonso XI. 37^a. Fuentes locales y territoriales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa: el Fuero de Vizcaya. Fuentes locales y territoriales de Navarra: el Fuero General. Fuentes locales y territoriales de Aragón: el Código de Huesca. Fuentes locales y territoriales de Cataluña. 38^a. Fuentes jurídicas valencianas. Fuentes de las Islas Baleares. Fuentes de Derecho Marítimo: el Libro del Consulado de Mar. Documentos de aplicación del derecho. Literatura jurídica. 39^a. El Estado. Elementos. La tendencia unificadora. Órganos de la Administración central. El Rey. Los funcionarios. El Consejo Real. Las Cortes. 40^a. La administración territorial. Los señoríos. El régimen local. Los gremios. Las Hermandades. 41^a. Administración de justicia. La Justicia Real. Las distintas jurisdicciones. Hacienda. Organización. Los impuestos. La Organización militar. La Iglesia. Organización. relaciones con el Estado. G) *La Edad Moderna española*. 42^a. Historia política. La unidad española. La expansión imperial. La decadencia. La economía. La Población: estructuración étnica y social. La Cultura. 43^a. El Derecho: Elementos. Caracteres generales. Formación. Recopilaciones de Derecho castellano. La legislación de Indias. 44^a. Las recopilaciones de los territorios de la Corona de Aragón, Navarra y Vascongadas. Ordenanzas de los

[PÁG. 258]

Consulados. Literatura jurídica. 45^a. El Estado. Su naturaleza y sus fines. El Imperio español. El rey. Órganos de la Administración central. Los Secretarios. Los Consejos. Las Cortes. 46^a. Administración territorial. Las grandes divisiones territoriales. Los señoríos. Administración local: las reformas de Carlos III. La administración de Indias. 47^a. Administración de justicia. Los Consejos y las Audiencias. Los funcionarios. Las jurisdicciones especiales. La Hacienda. Problemas generales. Organización. Ingresos. 48^a. Organización militar. La Iglesia. Las relaciones de la Iglesia y el Estado. H) *España Contemporánea: influencias extrañas*. 49^a. Historia política. La revolución económica, social y cultural. La influencia francesa y el liberalismo. El marxismo. El Derecho. La codificación. Las constituciones. 50^a. El Estado. Naturaleza. Monarquía y República. La administración en sus distintas ramas. I) *El Nuevo Estado Español*. Historia política. La guerra de liberación y sus causas. El Estado nuevo. Su naturaleza y caracteres. *El Derecho Privado, Penal y Procesal*. A) *Historia del Derecho Privado*. 52^a. Diferenciación con la Historia del Derecho Público. Sus causas. Sistematización del contenido. La Historia del derecho privado en España. Periodificación. El derecho de personas: su desarrollo histórico. 53^a. desarrollo histórico del derecho de cosas. El objeto del Derecho. Propiedad y derechos reales. 54^a. Desarrollo histórico del Derecho de Obligaciones. Las obligaciones en general. Sus caracteres. 55^a. Desarrollo histórico del Derecho de obligaciones. Las obligaciones en particular: sus fuentes y sus clases. 56^a. Desarrollo histórico del Derecho de familia. El matrimonio. Requisitos. Formas. Efectos. La influencia de la Iglesia. Uniones extramatrimoniales. 57^a. Desarrollo histórico del Derecho de familia. El régimen económico matrimonial: sus distintas formas. 58^a. Desarrollo histórico del Derecho de familia. Parentesco. Patria potestad y filiación. Las relaciones de parentesco artificial. Las instituciones tutelares. 59^a. Desarrollo histórico del Derecho de sucesiones. La sucesión legítima. Orden de suceder. Sucesiones especiales. 60^a. Desarrollo histórico del Derecho de sucesiones. La sucesión voluntaria. Testamento. Contratos sucesorios. B) *Historia del Derecho Penal*. 61^a. El Derecho Penal hasta la época de la Recepción. Caracteres generales. 62^a. El Derecho Penal hasta la época de la Recepción. Los delitos en particular. 63^a. El Derecho Penal a partir de la Recepción. Los nuevos principios. Los delitos [PÁG. 260] en particular. C) *Historia del Derecho Procesal*. 64^a. El Derecho Procesal hasta la época de la Recepción. El proceso ordinario. 65^a. El Derecho Procesal hasta la época de la Recepción. El procedimiento probatorio. 66^a. El proceso a partir de la Recepción”⁵⁵. La simple lectura del contenido y distribución del programa nos ahorra los comentarios y es útil comprobar como en la parte primera que gira en torno a la formación del Derecho, las fuentes y las instituciones político-administrativas, Orlandis llegaba en 1942 hasta pleno siglo XX, planteando “El Nuevo Estado Español” y “la guerra de liberación”.

Debate importante sobre el de los límites cronológicos de la Historia del Derecho, que sin duda debe asumir que el siglo XX en muchos ámbitos jurídicos y periodos históricos es objeto de su particular y, en algunos casos, de su exclusiva incumbencia. Llegar hasta el derecho vigente es algo que ya defendía como marco cronológico de la Historia del Derecho nada menos que Rafael de

⁵⁵ José Orlandis, *Memoria*, pp. 153-171.

[PÁG. 259]

Altamira⁵⁶ en 1903. Por otro lado, una cosa es el programa y otra bien diferente lo que luego llega a explicarse al alumnado. En este sentido Altamira proponía desarrollar en las clases unos contenidos diferentes cada curso a modo de una materia monográfica que permitiera profundizar y preparar mejor al elemento discente, dejando la visión general de la asignatura para que la adquirieran los alumnos en los manuales al uso⁵⁷, que en el momento en que escribía, no obstante, no debían ser demasiado abundantes.

El tercer ejercicio lo dedicó Orlandis a un tema que le era parcialmente conocido. Se trataba del Derecho penal hasta la Recepción, pero el tema que giraba precisamente en torno a los caracteres generales del mismo. Se centró en el Derecho penal de época visigoda y de la alta Edad Media, teniendo en cuenta la escasez bibliográfica existente en España sobre el particular. Los jueces se hicieron eco de que examinó «el concepto de delito y el alcance del principio que fija la responsabilidad por el resultado y sus alteraciones; las consecuencias del delito: la pérdida de la paz, general y limitada y las penas pecuniarias; naturaleza, alcance y formas de las mismas; casos en que procede cada una; penas corporales, etc.»⁵⁸. Para el cuarto, como era habitual, se sorteó el programa presentado por el candidato. Orlandis sacó las bolas referentes a las lecciones 6, 14, 17, 27, 38, 45, 47, 56, 64 y 66. Después el Tribunal, “en [de secreta]”, decidía uno de los temas. Se decantó por el 14, un tema demasiado general de época visigoda, que agrupaba aspectos sociales, étnicos y culturales, lo que consecuentemente denominaríamos una materia metajurídica. El encierro duró seis horas. No entiendo como en otras oposiciones nos restringieron el tiempo a tres horas y media o cuatro, y a Orlandis se le concedieron nada menos que seis. Lo encerraron a las 10,20 y la apertura de sesión pública fue ya por la tarde a las 16,45. Suponemos que le dejarían tomar algo, dentro del encierro naturalmente, pues en caso contrario el opositor con los nervios estaría exhausto. Empleó una hora en su exposición. Tanto del anterior ejercicio como de este, el juicio del tribunal no puede ser más positivo y además sin matizaciones. El Tribunal, respecto al tercero, «coincide por completo al enjuiciarlo, reconociendo las *dificultades* que ofrece el desarrollo de la lección

⁵⁶ «Nuestra asignatura, tal y como fue creada -y como, desde luego, debe entenderse- comprende, bajo su apelativo de ‘general’, el recorrido cronológico entero, desde los tiempos primitivos hasta el derecho vigente; las esferas todas de la vida jurídica (historia del derecho político, del administrativo, del penal, de los procedimientos, del civil, etc.) y, desde luego, tanto la llamada historia externa como la interna. ¿Se concibe que pueda estudiarse todo esto en un solo curso?» (Rafael de Altamira y Crevea, *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*, Madrid, 1903, p. 147).

⁵⁷ “Al contrario de lo que exige la ley, la corriente que se inicia en nuestra enseñanza, es ésta: dejar cada día más la formación de lo que diríamos el conocimiento general de la materia que puede abarcar la Historia del Derecho a la preparación particular del alumno, por medio de un manual que se puede encontrar en cualquier parte y que se puede estudiar perfectamente en nuestras casas, y ahondar en materias especiales explicando cosas diferentes cada año, en la seguridad de que con el estudio monográfico de cada uno de los asuntos especiales se capacita mejor al alumno para el resto de la materia” [Rafael de Altamira y Crevea, “La Enseñanza de la Historia del Derecho en España”, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, XXVI, 1-3 (Julio-Septiembre 1909), que conocemos a través del resumen que se reproduce en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 116, año LVIII (1910), p. 112, para esta cita concreta).

⁵⁸ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 7 de mayo de 1942.

[PÁG. 260]

elegida, tanto por lo poco estudiado de la cuestión como por la *dificultad* de construir histórica y jurídicamente tema tan complejo; que el Sr. opositor conoce y valora certeramente la bibliografía existentes; que maneja con seguridad y precisión las fuentes y que las interpreta con exactitud; que destaca los aspectos capitales de la cuestión; y asimismo que expone la materia con seguridad y claridad»⁵⁹. En el cuarto, como en el tercero, también le concedieron a Orlandis la unanimidad, pero, en la habitualmente conocida como “tumba del opositor”, Orlandis se muestra seguro, claro, ordenado. Así, el tribunal valoró «que el opositor conoce la bibliografía existente sobre la lección, los puntos capitales, los problemas en litigio y las diversas teorías sobre los mismos. Expone con orden y claridad; en ocasiones utiliza textos para fortalecer sus afirmaciones. Muestra un conocimiento acabado de la lección»⁶⁰. Este tercer ejercicio le serviría a Orlandis para publicar años después un denso artículo en el *Anuario de Historia del Derecho Español*⁶¹, sobre el delito (concepto, elementos subjetivo y objetivo, traición, responsabilidad, concurso de personas por complicidad, instigación, encubrimiento y tentativa), que fue seguido de una segunda entrega igualmente enjundiosa, luego recogida aparte por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos⁶². Nada menos que Luis Jiménez de Asúa, un hombre del exilio y quien fue presidente de la Comisión constitucional que elaboró la Constitución de 1931 calificó este trabajo de Orlandis como «obra sobremana interesante»⁶³.

Un caso particular fueron los prácticos de estas oposiciones. El quinto «versó sobre la transcripción paleográfica de un documento medieval, con el correspondiente comentario jurídico». En el caso concreto que nos ocupa se trataba de la confirmación de las costumbres y fueros del Hospital de Burgos llevada a cabo por Alfonso VII en 1157. Orlandis, antes de proceder a la transcripción señalaba con claridad: «Voy a dar la transcripción crítica del documento corrigiendo los errores evidentes del original que luego serán comentados. Sigo como normas de la transcripción el respetar la ortografía del original, pero poniendo las mayúsculas y punteándolo»⁶⁴.

La pulcritud orlandina es llamativa. Luego agrupa su valoración en tres partes: 1ª) Comentario paleográfico⁶⁵, en el que señala lo siguiente: «“Se trata de la fotografía de un diploma de la Catedral de Burgos, vol. 5º, nº 4 de letra francesa. El documento se halla en perfecto estado de conservación; sólo aparecen en él

⁵⁹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 7 de mayo de 1942.

⁶⁰ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 8 de mayo de 1942.

⁶¹ José Orlandis, “Sobre el concepto de delito en el Derecho español de la alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVI (1945), pp. 112-192.

⁶² José Orlandis, “Las consecuencias del delito en el Derecho de la alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVIII (1947), pp. 61-165.

⁶³ “José Orlandis, *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, Madrid, 1945, Edición especial del *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XVI (“de esta obra sobremana interesante nos valdremos al estudiar la parte histórica del delito en los tomos III y sigs. del presente Tratado” (Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo Y, Buenos Aires, 1964, 4ª ed. actualizada, p. 707).

⁶⁴ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto del 9 de mayo de 1942.

⁶⁵ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto de 9 de mayo de 1942, fol. 1v).

[PÁG. 261]

algunas manchas de humedad que no dificultan su lectura. La existencia en el pergamino de algunos dobleces hace que en la fotografía no se lean algunas letras que por algunos rasgos resulta evidente que se encuentran en el original. Esto se da en los siguientes casos: En la línea 1ª la *H* de Hispaniarum y en la 2ª parte de la *m* de animarum a causa de otro doblez. En la 4ª línea la *i* de etiam. En la 5ª la *e* de ies. En la 6ª la *u* de uillas. En la 7ª la *l* de aliquis. En la 8ª la *r* de gratis. En la 9ª una *s* de Beatissima. En la 10ª, parte de la *e* de die. En la línea 6ª debido a otro doblez las palabras '*et non exeeant inde neque ad*' aparecen sólo en parte, aunque la lectura no ofrece dificultad. El documento está correctamente escrito con letra del siglo XII, separando claramente las palabras. La palabra *ROBORO* está toda ella escrita con mayúsculas. No se advierte más error del escribano que el que se encuentra en la línea 3ª donde se dice '*periognoretur*' por '*pignoretur*' y quizás en la 11 donde la *e* de Fredinando parece más bien una *n*».

En segundo lugar, viene luego el comentario diplomático en el que Orlandis precisa los siguientes comentarios⁶⁶: «Se trata de la copia de una carta real del Emperador Alfonso VII. Lleva dibujado el '*signum*' del Emperador pero no lleva señal de haber llevado sello:/ Las cláusulas de estilo y el tenor de la redacción concuerdan con los normales de la cancillería. Los títulos del emperador son los usados por él a f de su reinado y en ellos se hace referencia a Baeza, conquistada por él./ Los confirmantes son todos personajes conocidos de la corte del Emperador. Alguno como Gutierre Fernández fue patrono del Monasterio de Covarrubias y el Sr. Serrano estudió su figura en uno de sus cartularios de la comarca burgalesa. El conde Poncio, mayordomo del Emperador, es el famoso conde Poncio de Minerva, que tanta intervención tuvo en las alteraciones del reinado. El obispo Raimundo de Palencia es quizás el mismo que en 1181 concedió el sextenero de la ciudad».

Tratándose de una cátedra de Historia del derecho español el comentario jurídico acaba siendo a la postre el más importante comentario. Respecto al mismo Orlandis precisa: «El documento es una confirmación de las costumbres y fueros que dio Alfonso VI al Hospital de Burgos, al fundarlo. Su historia ha sido estudiada por Amancio Rodríguez López que publicó también su colección diplomática, en la que quizás se halle publicado este documento. Aun siendo una confirmación no emplea, sin embargo, la palabra confirmo sino concedo, por lo que tiene, en cierto modo, el carácter de una novación, aunque insiste en que se trata de las mismas costumbres y fueros que se dieron al fundarlo. Habla de costumbres y fueros. No hay tiempo de comentar la relevancia de esta distinción. Se concede a todas las villas que pertenecen al Hospital. Se trata ya de una forma tardía de inmunidad propia de la tierra de una entidad (...) Entre los preceptos jurídicos que en él se establecen está el del mantenimiento de la responsabilidad solidaria entre los collazos, con exclusión de otras responsabilidades por distinta causa, precepto este que acusa la tendencia a restringir la antigua responsabilidad solidaria y a que se dé sólo como consecuencia de la '*propia culpa*', pero que aún no alcanzó un predominio

⁶⁶ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto del 9 de mayo de 1942, fol. 2r). Se refiere aquí Orlandis al libro de Luciano Serrano, *El obispado de Burgos y Castilla primitiva desde el siglo V al XIII*, Madrid, 1935, 3 vols., y a su anterior obra, *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, publicado en Valladolid en 1907.

[PÁG. 262]

absoluto, sino que se limitó a reducir el círculo a los collazos entre sí. Se les concede la exención del portazgo, uno de los impuestos indirectos por el tráfico que más extendidos estuvieron. Se les dispensa de acudir al precio de medianedo, la forma clásica de juzgar cuestiones entre individuos pertenecientes a distintas jurisdicciones locales y que ha sido estudiado por Mayer en su Historia de las Instituciones. Se hace por último una referencia a las condiciones que deben reunir los cojuradores sobre lo que no puedo extenderme por la falta de tiempo»⁶⁷.

Tras examinar el contenido del comentario y de la transcripción, el conjunto del tribunal acordó ese mismo día, en sesión vespertina, que «Orlandis ha transcrito fielmente el documento desde el punto de vista paleográfico y diplomático y demuestra que le es familiar el manejo de las fuentes auxiliares y posee la preparación instrumental necesaria. El comentario histórico y jurídico permite apreciar que sabe encuadrar ágilmente las fuentes, dentro de su época y al mismo tiempo el alcance de sus disposiciones. Por todo lo cual el Tribunal estima que reúne las condiciones necesarias para pasar al sexto ejercicio»⁶⁸. Para la realización del quinto dispuso Orlandis de tres horas. Para el sexto se acordó el 23 de abril de 1942 que no debía de ser objeto de esta prueba «comprobar el conocimiento que los opositores tengan del conjunto de la asignatura, puesto esto es objeto de los ejercicios tercero y cuarto sino justipreciar el grado de

⁶⁷ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, documento suelto de 9 de mayo de 1942, fols. 2r-v. Indica Orlandis la existencia de una monografía, que no es otra que el libro de Amancio Rodríguez López, *El real monasterio de las Huelgas de Burgos y el Hospital del Rey (Apuntes para su historia y colección diplomática con ellos relacionada)*, Burgos, 1907. Está haciendo también mención Orlandis de la no tan valorada obra del historiador alemán que había merecido una serie de críticas en el momento de su publicación, por hacer construcciones institucionales en el aire, que quizás no se correspondían con la realidad jurídica española. En su *Memoria*, Orlandis precisaba sobre Mayer: «En un sentido todavía más restringido, prescindiendo del empleo de métodos sociológicos, precisa realizar la construcción jurídica con datos referentes al territorio concretamente estudiado; es este uno de los defectos fundamentales de la obra de Mayer, que utiliza los datos suministrados por las fuentes sin preocuparse del ámbito territorial de vigencia de cada una y construye instituciones relacionando artificialmente lo que jamás estuvo relacionado en la realidad» (*Memoria*, p. 101). Esta idea la confirma y desarrolla en la correspondiente nota: “Cfr. mi tesis doctoral donde demuestro que la teoría de Mayer sobre la necesidad del *sigillum regis* en las prendaciones, con la que niega la existencia de prenda extrajudicial, se basa en la relación artificiosamente establecida entre textos que en realidad no lo estaban. El error de Mayer es en este punto en cierto modo excusable pues los textos de diferente procedencia están reunidos en un mismo cuerpo, el Fuero Viejo, aunque demuestra siempre una evidente falta de experiencia pues el distinto origen se aprecia sin dificultad” (pp. 101-102). Más adelante Orlandis vuelve a la carga contra Mayer en la labor de reconstrucción de las instituciones: “Es este otro de los fallos fundamentales de la obra de Mayer. En *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, trad. de J. M. Ots, Barcelona, 1926, pág. 113, al tratar el problema de la existencia de la prenda extrajudicial, afirma de modo expreso que había ‘negado anteriormente la existencia de esta prenda privada, como algo general’, en su *Einkleidung*, págs. 13 y ss. ¿No es muy humano que al estudiar la misma cuestión en el Derecho Español sienta un deseo natural de que no represente ésta una excepción al principio cuya generalidad ha establecido, y que este mismo deseo pueda llegar a poner en peligro su objetividad?” (*Memoria*, pp. 105-106). Esas son sus opiniones sobre Mayer, aunque la obra que en concreto menciona Orlandis, es otra de Ernst Mayer, su *Historia de las Instituciones Sociales y Políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*, Madrid, 1925, con traducción de Galo Sánchez Sánchez.

⁶⁸ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta de la sesión celebrada el 9 de mayo de 1942.

[PÁG. 263]

madurez del opositor, su formación general, su orientación y su método de trabajo, todo ello en el estudio de una cuestión concreta, lo que le llevó a que la fórmula de un cuestionario general no encontrara demasiado apoyo, llegándose a la conclusión de que lo mejor era seleccionar un tema entre una serie de los mismos propuestos por los diferentes miembros del tribunal y que el opositor manejase fuentes y aplicase particulares metodologías, «procurando que al redactar estos temas se señalen cuestiones de interés capital y al mismo tiempo de extensión limitada, para que puedan ser desarrolladas en el breve plazo de las oposiciones»⁶⁹. Al día siguiente cada miembro del Tribunal acudió con propuestas concretas, en la que aparecen temáticas como el Derecho penal romano en España, la paz en el derecho visigodo, el origen de la colección Hispana, las fórmulas visigóticas o la presura que era el objeto de la tesis doctoral que estaba llevando a cabo Ignacio de la Concha (hagamos la salvedad de que ese señor Ignacio de la Concha ha sido uno de los historiadores del Derecho más mediocres y ágrafos que ha habido en España en el siglo XX). En el sorteo se eligió la temática que respondía al título de “La comunidad familiar en los regímenes sucesorios de la Reconquista”⁷⁰. El 9 de mayo Orlandis leyó el trabajo, reuniéndose luego el tribunal para comprobar las citas bibliográficas y las fuentes utilizadas. La conclusión a que llegaron los jueces fue claramente positiva para Orlandis: «el opositor ha sabido ver claramente el contenido del tema enunciado y orientarlo con seguridad; que conoce y ha utilizado convenientemente la escasa bibliografía que hay sobre el mismo y que incluso ha manejado, dentro de las limitaciones de tiempo, las mismas fuentes»⁷¹. Al día siguiente, un diez de mayo, Orlandis era propuesto por unanimidad del tribunal para ocupar la cátedra murciana, con grandes elogios de sus trabajos y del desarrollo de los ejercicios⁷². Tenía 24 años⁷³. Su nombramiento se hizo por

⁶⁹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta de la sesión celebrada el 23 de abril de 1942.

⁷⁰ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 24 de abril de 1942.

⁷¹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 9 de mayo de 1942.

⁷² “Constituido el Tribunal en sesión secreta para proceder a la antevotación, teniendo a la vista los trabajos presentados por el Sr. Orlandis, los informes del Tribunal sobre los mismos y los juicios acerca de cada uno de los ejercicios, recogidos en las actas de las sesiones respectivas, coincide unánimemente en reconocer que el Sr. Orlandis ha mostrado una amplia preparación y una orientación acertada; que ha realizado meritorios trabajos en el campo de nuestra disciplina; que tanto en la lección escogida por él, como en la señalada por el Tribunal, ha expuesto con pleno conocimiento de la materia, las cuestiones respectivas, revelando manejo de la bibliografía y examen directo de las fuentes; que posee los medios instrumentales necesarios para la investigación y que está en condiciones de realizarla con provecho; finalmente, que tiene experiencia docente y expone con claridad y precisión. Por todo ello el Tribunal estima que el Sr. Orlandis reúne condiciones suficientes para ser nombrado catedrático, y acuerda proponerle por unanimidad” (Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Caja 1478, acta del 10 de mayo de 1942).

⁷³ No es tan desacertada la afirmación de José Antonio Escudero de que fue catedrático con 23 años, ya que tenía esa edad a la firma de la oposición, pero cuando fue votado por unanimidad ya había cumplido 24. Cuando se constituyó el tribunal, todavía tenía 23, ya que nació el 29 de abril de 1918, pero al inicio del primer ejercicio, el 5 de mayo, ya había cumplido años. Lo malo del asunto es que Escudero ha pontificado en ocasiones sobre los 23 años de Orlandis cuando llegó a ser nombrado catedrático y ha metido la pata, por no decir la pezuña, que eso fue lo que le ocurrió con el plagiarío Fernando Suárez Bilbao, al que defendió intriguando por todos lados

[PÁG. 264]

Orden del 25 de mayo de ese mismo año⁷⁴. El *Anuario de Historia del Derecho Español* dio la bienvenida al nuevo catedrático en pocas, pero elocuentes líneas⁷⁵. Con el paso de los años Orlandis ha estudiado la dimensión procesal de los Fueros de Aragón de 1247⁷⁶, la reina en la monarquía visigoda⁷⁷, la noción visigótica de tiranía⁷⁸, el poder real y la sucesión al trono en el periodo visigodo⁷⁹, las relaciones e intercambios entre la España visigoda y la Francia merovingia⁸⁰,

con cenas, comidas y llamadas telefónicas. El resultado: apoyó al mayor plagión y sinvergüenza que ha habido en la Historia del Derecho en nuestro país desde la creación de la asignatura. Lo que sí es cierto es que tanto Escudero como los miembros que formábamos parte de aquella comisión desconocíamos las actividades plagarias de Suárez Bilbao y sus secuaces de la Rey Juan Carlos. Lo del desconocimiento por parte de J. A. Escudero de que su defendido era un plagiaro parece claro y evidente, en honor a la verdad que siempre ha de mantenerse. Como ha señalado quizás el más prolífico y tenaz de nuestros historiadores del Derecho vivos y en activo, José Sánchez Arcilla Bernal, J. A. Escudero hacía pactos de escuderos, de vasallos, de gente poco noble y ruda de cerviz, incluso pactaba con cagalaollas si fuera necesario, por tanto, no eran acuerdos y pactos entre señores impolutos de palabra y de obra, y no es extraño consecuentemente de la promoción de Suárez Bilbao como titular y luego como catedrático que le ocurrieran estas cosas no previstas en su guión. Lógicamente había llegado a trapicheos (no pactos firmados en papel y con sangre como lo son los de hombres y caballeros) con Luis Suárez Fernández de todos conocidos, en relación a la promoción de Suárez, jr., y, como no, con contrapartida de beneficios científicos para Escudero y uno de sus sicarios. Ni qué decir tiene que a día de hoy Escudero es el mejor de los historiadores del Derecho que tenemos en España vivo, aunque está muy cercano de desbancarlo de ese puesto el citado José Sánchez Arcilla que sigue publicando muchísimo y de forma desbordante, dejando en letra impresa muchas páginas para la posteridad. No obstante, pese a que se me revuelvan las tripas he de reconocer, ya que no se puede mentir, que el Manual de Escudero sigue siendo el mejor y más claro para el alumnado y el profesorado. La versión en catalán es impecable. Un ruego para J. José Sánchez Arcilla: no cejes en desbancar a Escudero de ese número 1 pues veo que tú o Antonio Pérez Martín sois los únicos capaces de lograrlo publicando más cosas que él. ¡A por él, sin miedo!

⁷⁴ Se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 18 de junio de 1942.

⁷⁵ «Desde la publicación de nuestro último volumen ha sido provista otra cátedra de Historia del Derecho; esta vez la de la Universidad de Murcia. Unas brillantes oposiciones han llevado a ella a José Orlandis Rovira. El nuevo catedrático, redactor del *Anuario*, a pesar de su juventud, tiene ya plenamente formada su personalidad de historiador del Derecho y pueden esperarse muy felices resultados de sus investigaciones, ahora especialmente dedicadas a la historia de nuestro Derecho penal. En este mismo número se publica un trabajo suyo, al que seguirán otros, igualmente interesantes, en los que podrán apreciar nuestros lectores lo fundado de las esperanzas que alentamos al darle la enhorabuena» [s.a., "Nuevo catedrático de Historia del Derecho", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-1943), p. 742].

⁷⁶ José Orlandis, "Algunos aspectos procesales de los Fueros de Aragón de 1247", en *Anuario de Derecho Aragonés*, IV (1947-1948), pp. 101-112.

⁷⁷ José Orlandis, "La reina en la monarquía visigótica", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVII-XVIII (1957-1958), pp. 109-135.

⁷⁸ José Orlandis, "Algunas observaciones en torno a la tiranía de San Hermenegildo", en *Temis*, 2 (1957), pp. 67-75; "En torno a la noción visigoda de tiranía", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX (1959), pp. 5-43.

⁷⁹ José Orlandis, *El poder real y la sucesión al trono de la monarquía visigótica*, Roma-Madrid, 1962; "La Iglesia visigoda y los problemas de la sucesión al trono en el siglo VII", en *Le chiese nei regni dell'Europa occidentale e i loro rapporti con Roma fino all'800*, coincidiendo con la VII Settimana de Spoleto, celebrada en 1959, que se publicó en 1960, pp. 332-352.

⁸⁰ José Orlandis, "Communications et échanges entre l'Espagne wisigothique et la France mérovingienne", en *Annales de la Faculté de Droit et Sciences Économiques de Toulouse*, XVIII (1970), pp. 253-262, que recoge su comunicación en las Journées Internationales d'Histoire du Droit celebradas en Toulouse desde el 28 al 31 de mayo de 1970, y en las que participaron J. de Malafosse, Germain Sicard, Bernard d'Orgeval, René Metz, Jean Schlick, Dumitru V. Firoiu, Georges Freche, Laurent Chevailler, Henri Morel, Jean Coudert, Jean Maillet, Pierre Flandin-

[PÁG. 265]

el *regnum gothicum* en los siglos VI y VII, el romanismo y el germanismo en época visigoda y altomedieval⁸¹. Lo ha hecho con pluma brillante, trazos medidos y precisión institucional y rigor metodológico incomparable. En los últimos treinta y cinco años de su vida profesional y vital, no obstante, los trabajos del profesor Orlandis fueron preferencialmente de Historia de la Iglesia y de temáticas religiosas contemporáneas, y se ha prodigado menos en sus contribuciones a la Historia del Derecho en un sentido estricto, aunque sin perder de vista que la Historia de la Iglesia y de las Instituciones Eclesiásticas puede considerarse como una parcela de la Historia del Derecho y de las Instituciones. Hay también un nutrido grupo de colaboraciones referentes a aspectos de Historia general del periodo visigótico.

Su labor histórico-jurídica se completa con otras contribuciones en el campo de la historia de las instituciones eclesásticas. Por otro lado, la dimensión poliédrica del pensamiento orlandiano le ha llevado a ser un autor cabal dentro de la Teología político-cristiana, escribiendo sobre la libertad escolar como derecho cívico, el cristianismo y las ideologías contemporáneas, Iglesia y Política, fidelidad cristiana e identidad nacional y los deberes del católico en su actuación pública. A lo largo de su vida ha profesado –y no ha ocultado, aunque no manifiesta a cualquiera, actuando siempre con enorme prudencia– un pensamiento político conservador y tradicional, propio de un hombre de su época y de las circunstancias históricas en que se formó en Italia y en España. No se aproximó ni al Fascismo, ni a la Resistencia, pero supo hacer amigos entre ambos y comprobó con asombro, que recordó toda su vida, el travestismo político que de la noche a la mañana se daba en la Italia de la época. No evolucionó Orlandis con el paso del tiempo y con los acontecimientos posteriores, lo cual le honra frente a tanto camaleonismo rampante y escribiente con que nos hemos topado en los años setenta, ochenta y noventa del siglo XX y que se atemperó en la primera década de siglo XXI. Como en el caso de Álvaro d’Ors, el Dr. Orlandis es un hombre de otra generación, formado en un momento

Blety, André Gouron, Szlechter, Gonon, Lafont, Georges Cinlei, Hans Ankum, Jesús Lalinde, Robert Villers y la Sra. Danilovic de la Facultad de Derecho de Belgrado que habló sobre el *cambium* y la letra de cambio. Lalinde ofreció un repaso de la historiografía jurídica española de los años sesenta, mencionando a todos los autores sin ningún tipo de exclusión derivada de particulares circunstancias.

⁸¹ José Orlandis, “El elemento germánico en la Iglesia española del siglo VII”, en *Anuario de Estudios Medievales*, 3 (1966), pp. 27-64; “Los hispano-romanos en la aristocracia visigótica del siglo VI”, en *Revista Portuguesa de Historia*, XIII (1970), pp. 189-196; “Romanos y germanos en la Hispania del siglo V”, en *Homenaje a don José María Lacarra de Miguel en su jubilación del profesorado*, Zaragoza, 1977, pp. 19-24. Sobre el germanismo había escrito Orlandis en referencia particularizada a Manuel Torres López: “Esta corriente en exceso germanista no se ajusta, probablemente, a la realidad, pues el hecho de que ciertas instituciones de derecho consuetudinario sean semejantes a las de derecho germánico, no autoriza sin más para atribuirles este origen. Téngase en cuenta que los derechos de los pueblos primitivos muestran entre sí grandes analogías; en cambio se puede decir que sólo el antiguo derecho germánico ha sido objeto de un estudio minucioso. En tales circunstancias existe el peligro de atribuir origen germánico a lo que sólo puede afirmarse que es primitivo por no haberse podido efectuar la comprobación necesaria. Un caso concreto véase en mi tesis doctoral donde, aún sin haberme detenido a realizar un estudio a fondo del problema, encuentro huellas sin duda semíticas de una de las instituciones que se consideran típicamente germánicas, la prenda extrajudicial; sus características no difieren en nada de la prenda que hallamos en el Derecho Germánico” (*Memoria*, pp. 57-58).

[PÁG. 266]

difícil y con unos medios materiales escasos. Algunos de sus alumnos de la Universidad de La Rábida mantienen su recuerdo como orador brillante, completo, con quien se aprendía, nada amigo de las anécdotas que restan tiempo a una exposición académica lineal, humano y afectuoso en el trato, pero manteniendo las distancias, como lo hacía Vicente Rodríguez Casado, el *factotum* de aquellos cursos de verano de La Rábida⁸², que luego, al ser destituido por el Gobierno de Arias Navarro, continuó en otras sedes y lugares, con otros patronazgos y con el sobreañadido de la constancia y tenacidad que le proporcionó Fernando Fernández.

Orlandis fue autor de algunas semblanzas y notas necrológicas, por regla general breves. Las primeras aparecieron en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, inmediatamente después de la guerra, y están dedicadas a Friedrich Keutgen⁸³, Andreas Heusler⁸⁴ y Hans von Voltellini⁸⁵; luego vinieron otras como la del ya varias veces mencionado Pier Silverio Leicht⁸⁶, la de Salvador de Minguijón⁸⁷ y la de su maestro López Ortiz⁸⁸. Las de Leicht y Minguijón están llenas de recuerdos entrañables, pero sorprende que estos no se prodigan en la de quien fue su maestro. Quizás sería porque eran otros tiempos.

⁸² Ver Fernando Fernández Rodríguez, coordinador-editor de *El espíritu de La Rábida. El legado cultural de Vicente Rodríguez Casado*, Madrid, 1995, pp. 21, 463, 663, 728, 757 y 775. En pp. 734-735 se reproduce una nota de Orlandis con el título de "Forjador de hombres". Allí Orlandis relata cómo conoció a Rodríguez Casado en febrero de 1940, que ambos habían nacido el mismo día y fueron los dos catedráticos en 1942. El contacto de Orlandis con la Universidad estival se produjo años después: "En el verano de 1954 conocí la Universidad de La Rábida. Desde entonces y hasta 1971 creo que ningún año falté a la gratísima cita estival a orillas de la ría de Huelva. Allí pude colaborar en aquella inolvidable empresa cultural y formativa, que llevaba la impronta de la excepcional personalidad de Vicente. En las largas tertulias nocturnas y en la amistosa charla personal, Vicente despertaba inquietudes e impulsaba a los universitarios a plantearse la vida como un servicio a los demás, y en especial a los jóvenes trabajadores, por el cauce, sobre todo, de los Ateneos obreros" (p. 735).

⁸³ "Friedrich Keutgen (1861-1936)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIII (1936-1941), p. 498.

⁸⁴ "Andreas Heusler (1865-1940)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIII (1936-1941), pp. 498-499.

⁸⁵ "Hans von Voltellini (1862-1938)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIII (1936-1941), pp. 499-500. Esta tercera entrega es la más documentada de Orlandis, en parte por la personalidad verdaderamente meritoria del jurista e historiador austriaco.

⁸⁶ "Pier Silverio Leicht (1874-1956)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXVI (1956), pp. 992-995. Más completa lógicamente la nota aparecida en la *Rivista di storia del diritto italiano*, XXIX (1956), pp. 19-24, a cargo de Carlo Guido Mor, pero no la que le dedicó Francesco Calasso en *Annali di storia del diritto*, 1 (1957), pp. 501-502, aunque ésta de Calasso resulta más emocionante, y resalta su labor de hombre pródigo en consejos y recomendaciones; el traslado a su ciudad de origen, para darle cristiana sepultura, lo ve Calasso como un retorno simbólico "del insigne studioso alla terra dov'egli era nato 82 anni innanzi da una antica famiglia di patrioti: proprio a quella terra dove la barbarie si era aperta il varco per la sua marcia verso le fertili pianure italice e qui, scaldada dal sole della civiltà latina, da forza sovvertitrice di un mondo come apparve nel primo tragico urto, era divenuta forza creatrice di una civiltà nuova. Pier Silverio Leicht era stato per oltre sessant'anni di indifessa meditazione, l'osservatore attento di questo grandioso e per tanti aspetti enigmatico processo della storia" (p. 501).

⁸⁷ "Juan Salvador Minguijón Adrián (1874-1959)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX (1959), pp. 763-766.

⁸⁸ "Fray José López Ortiz, O.S.A. (1898-1992)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV (1993-1994), pp. 1401-1403.

[PÁG. 267]

En privado, sin embargo, Orlandis manifestó siempre una *affectio* particularísima hacia personajes inteligentes de su generación. También se prodiga en afectos y reconocimientos a Claudio Sánchez Albornoz⁸⁹. Igualmente, se muestra cercano con su compañero de claustro de la Facultad de Teología Goñi Gaztambide. Su colaboración en el homenaje a Manuel Torres López⁹⁰, en realidad supone un reconocimiento de su figura con un artículo sobre materia en la que Torres fue siempre una autoridad. No faltó al volumen en honor de otro destacado historiador del Derecho Torquato de Sousa Soares⁹¹ y ha estado presente en algunos de los dedicados a medievalistas e historiadores de la Iglesia, ya que, como decía Blaise Pascal, « l'histoire de l'Église doit être proprement appelée l'histoire de la vérité »⁹², lo que no siempre es, como debería serlo también la Historia del Derecho.

Ángel López-Amo consiguió la cátedra de Historia del Derecho al año siguiente de haberse presentado por primera vez. La plaza de Valencia se convocó el 8 de enero de 1945, y se nombró un tribunal titular integrado por López Ortiz, como Presidente y con García-Gallo, Manzano, De la Concha y José María Lacarra de Miguel como vocales. A la hora de constituirse, sin embargo, hubo algunos suplentes que cubrieron los puestos de los titulares, en concreto Salvador de Minguijón Adrián, José Maldonado y Ángel Canellas López, que substituyeron a López Ortiz, Manzano y Lacarra. Se acordó por unanimidad que el 5º ejercicio consistiera en un comentario a un texto legal, siendo el 6º el desarrollo de un trabajo, para el que se concedía a los opositores diez días, que habría de intervalo entre la presentación y el comienzo de los ejercicios, eligiendo el tribunal uno de los tres sacados a suertes que eran 1. Los Usatges de Barcelona. 2. Penetración del Derecho Real y del Derecho Castellano en Aragón. 3. Los Furs de Valencia. 4. Caracteres del Derecho procesal Valenciano. 5. Origen y desarrollo del sistema gremial. 6. La centralización administrativa. 7. Los señoríos en la Edad Moderna. 8. Sucesión contractual y testamentaria en la Edad Media. 9. Derecho social en Indias. 10. La utilidad de la Historia del Derecho. 11. Sistemas de población y de colonización de las Indias. 12. La prestación del servicio militar en la Edad Moderna. 13. Origen y desarrollo del elemento subjetivo de la culpabilidad penal en el Derecho histórico español. 14. La "traditio cartae" en el derecho medieval español y 15. La paz y tregua de Dios en

⁸⁹ José Orlandis, "Don Claudio Sánchez Albornoz, un *conservador revolucionario*", en *Nuestro Tiempo*, 314 (1980), pp. 106-108; "Claudio Sánchez-Albornoz, maestro y amigo", en *Nuestro Tiempo*, 365 (1984), pp. 110-120, manejando la correspondencia de que disponía del insigne medievalista. Precisamente sobre esta materia, los "Epistolarios, fuente para la historia", vuelve a insistir en *Nuestro Tiempo*, 382 (1986), pp. 32-41. No obstante, es mucho más completo el estudio sobre sus relaciones con Sánchez-Albornoz que ha salido de la pluma o del bolígrafo de Emilio Sáez a través de su correspondencia, en "Don Claudio en mi recuerdo (Notas de un epistolario)", en *Anuario de Estudios Medievales*, 16 (1986), pp. 13-27, gracias a lo que sabemos que "Francisco Fernández de Bethencourt era un camelista" (p. 17) y todo el *affaire* de la biblioteca de Albornoz retenida y esquilada en Madrid, mientras él la reclamaba desde Buenos Aires. Al mismo tiempo, vemos una idea importante para el *Anuario*, en carta de 23 de noviembre de 1974, en la que Sánchez-Albornoz dice: "Yo, que he fundado y dirigido dos revistas, sé cuánto esfuerzo requiere un volumen como ese" (p. 26).

⁹⁰ "Bagaudia hispánica", en *Revista de Historia del Derecho*, II (1977-1978), pp. 33-42.

⁹¹ "El primer renacimiento eclesiástico en la España visigoda", en *Revista Portuguesa de História*, XVI (1978), pp. 253-259.

⁹² Blaise Pascal, *Pensées*, nº 858-776.

[PÁG. 268]

Cataluña. Concurrió esta vez sólo López-Amo. Guilarte no apareció ni siquiera a la presentación. Todo fue un paseo triunfal para el alicantino. El tribunal apreció en su curriculum vitae y en la exposición que hizo del mismo una gran atención y preocupación por los temas histórico-jurídicos, un conocimiento amplio de las fuentes de nuestro Derecho histórico y una escrupulosidad notable en el método de investigación. García-Gallo le hizo algunas observaciones, no se sabe bien si para que el opositor se luciera, como así ocurrió, o para resolver enigmas que le suscitara su obra científica. Meritoriamente relevante fue su segundo ejercicio, en el que la nota destacada, junto a la brillantez, era el orden y la ponderación que caracterizaban a Ángel López-Amo⁹³. Tanto en la magistral (la nº 67 de su programa), como en la encerrona (la nº 27) mereció la unanimidad. Pero, ¿sobre qué versaron el tema de este tercer y cuarto ejercicio merecedores de tanta unanimidad y de tanto aplauso? El que llevaba el nº 67 sobre el matrimonio y sus formas de celebración, la intervención de parientes, el rapto, el matrimonio puramente consensual y la existencia de elementos atípicos en el periodo de la Reconquista. El tema 27, con todos los respetos, es demasiado amplio, para un programa tan largo como el de López-Amo. ¿Cómo se pueden agrupar, en una sola lección, el origen de los Estados de la Reconquista, la unidad nacional y los particularismos, el imperio leonés y los cinco reinos, la naturaleza del Estado altomedieval, el Rey con su posición en el Estado y en el Gobierno, la administración central, la Curia y las Cortes? Puesto a alargar la lección sólo le faltó a López-Amo hablar de la fundación de Roma y de la política regalista de Carlos III. La unanimidad se impuso al final (no le abandonó desde el principio) y López-Amo se hizo con la cátedra valentina, especialmente apetecible para él, natural de Alicante (17 de diciembre de 1917), pero lo que parecía iba a ser un destino definitivo, no fue más que un punto de tránsito con anclaje pasajero⁹⁴. La mano de García Gallo estaba a su lado, y lograba imponer sus criterios a la totalidad del tribunal, hasta el punto de que los juicios sobre los distintos trabajos publicados por el opositor salen de la pluma y de la máquina de escribir de García-Gallo, y son casi los mismos que en la oposición del año anterior, pero con la ventaja de que en esta ocasión, aparte de Don Alfonso los firman y subscriben la totalidad de los miembros del Tribunal, hecha la excepción de De la Concha, con toda seguridad porque se olvidó de hacerlo, no porque no los compartiera o tuviera ideas propias sobre dichos trabajos que le permitieran hacer un juicio aparte. La coincidencia es casi totalmente literal. Ya podía García-Gallo haber tenido algo más de originalidad y justificar su presencia en el nuevo

⁹³ En ese sentido, “el Tribunal pudo apreciar que, por su erudición abundante, por el acertado enfoque de los temas, por su aprovechamiento de datos, por su ecuánime criterio y la ordenada exposición de la materia y por su penetración del valor histórico de las fuentes y de las instituciones, el ejercicio desarrollado por el Sr. López Amo había sido de mérito relevante, por lo que unánimemente, a la terminación de la intervención del opositor y reunidos en sesión privada, acordaron considerarle apto para la práctica del tercer ejercicio de la oposición” (Archivo General de la Administración, Caja 1261, acta nº 5 de 21 de julio de 1945). Al término del 4º, los jueces destacaban su “gran luminosidad, en forma que estimó su labor como muy meritoria” (acta nº 6, del propio 21 de julio de 1945).

⁹⁴ Ver Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares, Educación y Ciencia, legajo 15.050, expediente de Ángel López-Amo y Marín y Caja 1261, expediente de oposiciones a Cátedra de Historia del Derecho Español de la Universidad de Valencia. López Amo fue nombrado por Orden de 27 de julio de 1945, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 28 de agosto.

[PÁG. 269]

tribunal sin verter los mismos juicios, con las mismas palabras, con las mismas ideas, y como si diera igual quien los subscribiera⁹⁵. El trabajo de firma de López-Amo fue sobre los contratos de obra artística de la catedral de Toledo⁹⁶, que publicaría poco tiempo después en el *Anuario de Historia del Derecho Español*⁹⁷. El contraste entre la oposición de 1944 y la de 1945 nos muestra un conjunto de diferencias bien notables. El nivel de exigencia de una y otra es clamoroso, particularmente por lo que a los prácticos, 5º y 6º ejercicios, se refiere. Se mueven en otra onda. La razón no puede ser otra que a las oposiciones de 1945 concurría un solo candidato y que siete meses antes había demostrado una sólida preparación, obteniendo varios votos. Sin embargo, ¿cómo es posible que haya un contraste tan grande en la actitud del tribunal hacia el opositor? No debemos tampoco olvidar que García-Gallo estaba allí, imponía sus criterios a los presentes e incluso en las actas comunes su firma aparece la primera antes que la del presidente Salvador de Mingujón Adrián.

¿Qué aporta de interés particularizado el programa docente de Ángel López Amo? La división del mismo en dos cuatrimestres conforme al plan de estudios vigente de 1944. Son 80 temas con tres lecciones introductorias (siguiendo la habitual división de concepto, contenido, fuentes de conocimiento, utilidad de la enseñanza de la disciplina e historiografía jurídica), a las que siguen las fuentes y las instituciones de Derecho público unidas, con la distinción de la que ya se ha hecho eco García Gallo, entre Alta y Baja Edad Media, aunque con notable desorden en algún caso, como en la nº 36 con los siguientes apartados: «Derecho marítimo: el Llibre del Consolat de mar. Derecho de mudéjares y de judíos. Fórmulas y documentos. Literatura jurídica. Tratadistas del Derecho y de la Política. Comentaristas de textos legales. Consideración especial de algunos jurisprudencias. Referencia a las redacciones privadas y a las falsificaciones». Demasiadas cosas, muy diferentes y acumuladas sin mucho criterio. Tampoco es demasiado correcto poner las Cortes como tema después del dedicado a la administración territorial y local. Hay abundantes apartados sobre organización eclesiástica y relaciones Iglesia-Estado. Las tres lecciones dedicadas a la época

⁹⁵ Sobre el artículo publicado en *Arbor*, nº 2 (1944), pp. 227-241, la coincidencia es total, si se compara con el texto recogido en nota en una de las páginas que anteceden: "Expone el Sr. López Amo con originalidad la polémica entre García Gallo, Merêa y Heymann". Vuelve el prof. García a ponerse en primer lugar, y ahora como si fuera también una idea de Maldonado, de Salvador de Mingujón y de Ángel Canellas. Pero prosigue: "Acierta a ver y valorar los argumentos de cada uno, sus puntos débiles, hasta dónde son conciliables las distintas opiniones, etc. Todo ello con gran claridad y centrandó la polémica. Cumple a satisfacción el fin informativo perseguido" (Archivo General de la Administración, Caja 2161, documento suelto). La similitud es total respecto a la valoración sobre la tesis de Eiximenis, el concepto del Derecho en los siglos VIII al XI, la recensión del libro de Mitteis, etc.

⁹⁶ El juicio de los cuatro miembros del Tribunal (Mingujón, García Gallo, Maldonado y Canellas) fue el siguiente: "*Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI*, en el que analiza extensamente los elementos que los constituyen, el objeto, naturaleza jurídica, etc. Para tal estudio ha utilizado gran número de documentos que le permiten llegar a sus conclusiones con evidente seguridad. Es de destacar el acierto con que ha interpretado los mismos, así como también el fino sentido de jurista que permite encuadrar perfectamente el contrato que estudia. A pesar de haberse limitado a los contratos establecidos para un fin determinado de la Catedral de Toledo, la generalización a que llega resulta plenamente acertada" (Archivo General de la Administración, Caja 2161, documento suelto).

⁹⁷ Ángel López-Amo, "Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI", *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949), pp. 103-217.

[PÁG. 270]

contemporánea prueban el desajuste notable que tenían entonces los programas al abordar los siglos XIX y XX, desordenado, con una mezcolanza igualmente particular y con poco criterio. Las reproducimos al completo y juzgue el lector por sí mismo: «55ª. Hundimiento del Imperio y crisis de la Monarquía. Liberalismo, república y restauración. Propiedad territorial y capitalismo. Composición de la sociedad. Clases sociales. Cuestión obrera. 56ª. Caracteres del Derecho: influencia francesa. Individualismo jurídico. Concepción del Derecho en el siglo XIX. Unidad jurídica y Derecho foral. Fuentes del Derecho. Constituciones. Las codificaciones. La legislación, la costumbre y la jurisprudencia. La ciencia jurídica. 57ª. El Estado Español en la Edad Contemporánea. La Monarquía y la nación. La Revolución francesa y su influencia en las concepciones políticas. Absolutismo y liberalismo. Formas de gobierno. El poder legislativo: las Cortes. La Administración y sus medios. La función judicial»⁹⁸.

Las lecciones dedicadas al Derecho privado contemplan a lo largo de 16 temas el esquema clásico de introducción, bienes, derecho de propiedad mueble e inmueble, obligaciones, contratos (inconcreción máxima en este caso, ya que López Amo se limita a «clases de contratos y examen especial de cada uno de ellos. Sus elementos, contenido, requisitos y efectos», en la lección 66ª), derecho de familia (matrimonio, régimen de bienes, relaciones paterno-filiales) y derecho sucesorio. Por otro lado, hay cinco lecciones de Historia del Derecho penal y tres de procesal (entre los procedimientos especiales incluye el desafío y el riepto, y entre las pruebas se singularizan los juicios de Dios).

Veamos el contenido concreto del programa que está ajustado al plan de estudios de 1944, es decir a la existencia de dos cuatrimestres de Historia del Derecho: «Lección 1ª. Noción de Historia del Derecho y de sus problemas metodológicos generales. El conocimiento histórico aplicado al Derecho: relaciones entre la Historia y el Derecho. Concepto, caracteres y contenido de la Historia del Derecho español. Su delimitación en el tiempo y en el espacio»⁹⁹. «Lección 2ª. El método en la Historia del Derecho. La construcción sistemática y la investigación histórica. Fuentes de conocimiento: sus clases y utilización. Estado actual de la Historia del Derecho en España»¹⁰⁰. «Lección 3ª. Utilidad de la enseñanza de Historia del Derecho. Método y plan de la exposición. Bibliografía. Historia de la historiografía». Da inicio a partir de aquí a un apartado que López-Amo denomina «Historia de las Fuentes y del Derecho público», en lo referente a la España primitiva. Así se abre la «Lección 4ª. España: sus nombres y correspondencia étnica. Fuentes de conocimiento de la primitiva Hispania. Pobladores de España: pueblos prehistóricos e históricos. Los pueblos extranjeros. Descripción de la Península antes de la conquista romana. El asentamiento y la cultura de los pueblos primitivos». «Lección 5ª. El Derecho en la España primitiva: sus caracteres y fuentes. Organización social y política. El régimen de las tierras y las clases sociales. Familia, gentilidad y tribu. El pueblo

⁹⁸ Ángel López-Amo, *Memoria sobre el Concepto, Método y Fuentes de la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1945, trabajo inédito, pp. 274-275.

⁹⁹ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Dirección General de Enseñanza, expediente de oposiciones a la cátedra de Historia del Derecho español de la Universidad de Valencia, p. 252.

¹⁰⁰ Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, Dirección General de Enseñanza, expediente de oposiciones a la cátedra de Historia del Derecho español de la Universidad de Valencia, p. 252.

[PÁG. 271]

o nación. La ciudad estado y el imperio territorial. Colonización fenicia y griega. El imperio cartaginés». A partir de aquí, dedica seis lecciones a la España romana con los siguientes enunciados que reproducimos a continuación. Se nos antoja que este apartado es muy amplio y en parte superfluo, ya que habría que haber profundizado más en otras materias y en particular épocas. Veamos los apartados de las lecciones romanas: «Lección 6ª. Roma en la época de la expansión mediterránea. Su relación con los pueblos sometidos. Del Estado-ciudad al Estado territorial. Conquista de España por Roma. Distribución del suelo. Composición de la población». «Lección 7ª. Romanización de España. Derecho indígena y Derecho romano. Caracteres del Derecho. Fuentes del Derecho romano y su adaptación a la vida española. Fuentes de aplicación del Derecho y otras fuentes». «Lección 8ª. Composición y organización del territorio español durante la república. El gobierno provincial. Mantenimiento de la organización indígena. Organización latina y romana. Formación de los dominios territoriales autónomos». «Lección 9ª. Alto imperio. Tendencia al gobierno monárquico. Naturaleza del Principado. Los nuevos funcionarios y las antiguas magistraturas. Las provincias y el nuevo Estado. Organización provincial de España: gobierno, justicia, hacienda y ejército. Organización de las ciudades». «Lección 10ª. Del Principado al Dominado. Reformas de Diocleciano en la Administración central, provincial y local. Organización territorial de España en el Bajo Imperio. Organización local. Los Grandes dominios. Administración de justicia y de la hacienda. El ejército y los soldados privados». «Lección 11ª. El cristianismo y su aportación a la cultura, especialmente al Derecho. Constitución de la Iglesia. El Derecho Canónico y sus fuentes. La Iglesia española y su intervención en la vida del Estado. Relaciones entre la Iglesia y el Estado».

En esos momentos había en España una tendencia muy arraigada a presentar el Derecho y las instituciones visigodas como algo trascendental en la historia española y se le concedía una relevancia docente desproporcionada con respecto a lo que vino luego y lo que existe en nuestros días. En concreto López-Amo cuenta en su programa con ocho lecciones referidas a los visigodos con una primera de interés más político general que jurídico, pero cuyo contenido no está de más, pues sirve para hacerse una idea del marco referencial donde en definitiva se dio origen a la nación española. Así, «Lección 12ª. La invasión: Galicia y España. Asentamiento de los germanos y su relación con la población romana. Formación del reino visigodo. Los otros pueblos germánicos de la Península». «Lección 13ª. La propiedad territorial y el régimen de explotación de las tierras. El “conventus publicus vicinorum” y otras formas de explotación comunal. Clases sociales en el reino visigodo. La clientela militar y la encomendación. Los extranjeros y su condición jurídica: especial consideración de los judíos». «Lección 14ª. El Derecho germánico y la romanización. Concepto y caracteres del Derecho. Derecho legal y consuetudinario. Personalidad y territorialidad del Derecho. Derechos extranjeros». «Lección 15ª. Historia de la legislación visigótica. Primeras fuentes legales. Legislación visigoda desde Eurico a Leovigildo: Código de Eurico; Breviario de Alarico II; Ley de Teudis de costas procesales; Codex revisus de Leovigildo. Legislación desde Recaredo a Recesvinto. La intervención de los Concilios de Toledo». «Lección 16ª. El Liber Judiciorum y sus redacciones. La Lex Visigothorum Vulgata. Capítulos Gaudenzianos. Documentos y fórmulas de aplicación del derecho. Literatura

[PÁG. 272]

jurídica y otras fuentes». «Lección 17^a. El Estado visigótico. La Monarquía. Relación del rey con los súbditos. La Casa del rey y el Aula regia. Las asambleas del reino y los concilios de Toledo». «Lección 18^a. Organización administrativa territorial. Organización local. Administración de justicia. Hacienda y Ejército». «Lección 19^a. La Iglesia visigoda y el Derecho canónico. Fuentes del Derecho canónico; principales colecciones. La Iglesia visigoda y la organización eclesiástica. Relaciones entre la Iglesia visigoda y la Santa Sede. Relaciones entre la Iglesia y el Estado».

La alta Edad media merece una atención particular por parte de Ángel López-Amo, respondiendo a una mentalidad propia de la época, con lecciones además extensas de contenido. Veámoslo: «Lección 20^a. La invasión musulmana. Visión de conjunto de la Alta Edad Media. Los musulmanes en España: formas de asentamiento y relación con la población cristiana. Condición de las tierras; las minas y su explotación. Condición de las personas: población musulmana; renegados y mozárabes; judíos. Clases sociales. Aportación de los musulmanes a la cultura española». «Lección 21^a. La concepción del Derecho de los musulmanes. Formación del Derecho en la comunidad musulmana. El Corán, la tradición y la doctrina de las escuelas. La ley y la costumbre. Recepción en España del derecho musulmán y sus relaciones con el visigodo». «Lección 22^a. Comunidad musulmana y su gobierno. España, provincia del Imperio. Emirato independiente. El Califato de Córdoba. Los reinos de taifas. Instituciones políticas y administrativas del Califato. Las provincias y las ciudades». «Lección 23^a. Administración de Justicia en la España musulmana. Administración de la hacienda. La Guerra Santa y la organización militar de los árabes. Organización militar de España». «Lección 24^a. Los reinos cristianos en la Alta Edad Media. Asentamiento de la población y régimen de tierras. Presuras, grande y pequeña propiedad, alodio, beneficio y feudo. Composición etnográfica y social de la población. Clases sociales en los distintos territorios. Los extranjeros y su condición social». «Lección 25^a. Caracteres del Derecho en la Alta Edad Media. El Derecho vigente: Derecho visigodo legal y consuetudinario; Derecho romano canónico. Influencias del Derecho franco y del Derecho musulmán y judío. Fuentes de formación del Derecho español. Derecho oficial y Derecho popular. Derecho local y Derecho territorial». «Lección 26^a. Fuentes locales. Cartas pueblas. Fueros municipales: caracteres y clases. Fueros breves y extensos. Familias de fueros. Fuentes del Derecho territorial leonés, catalán y aragonés. Fórmulas y diplomas». «Lección 27^a. Origen de los estados de la Reconquista. La unidad nacional y el particularismo. El imperio leonés y los otros reinos. Naturaleza y caracteres del Estado en los reinos españoles de la Alta Edad Media. El Rey. Su posición en el Estado y en el gobierno. Designación y coronación. La administración central. El Palatium. La curia y las Cortes». «Lección 28^a. La organización territorial y el problema del feudalismo. Idea general del feudalismo: sus elementos y origen. El feudalismo en Cataluña. La primitiva organización territorial del reino astur-leonés. El régimen señorial. El feudalismo en Castilla y en la Corona de Aragón». «Lección 29^a. Organización local. La vida local hasta el siglo XI. Orígenes del régimen municipal: teorías propuestas. Especialidad del municipio español. Evolución de los municipios. Organización municipal». «Lección 30^a. Administración de justicia: su relación con la distinta organización territorial. Jurisdicción privada y pública. Función

[PÁG. 273]

judicial del rey. Jurisdicción condal y autonomía municipal. La justicia señorial. Carácter de la Hacienda en esta época. Bienes patrimoniales. Prestaciones de carácter señorial. Impuestos y otras contribuciones de carácter público. Prestación del servicio militar: sus clases. Caballería y beneficios. Ejército y Marina». «Lección 31ª. Organización eclesiástica. Obispados, parroquias y prioratos. Las iglesias propias. Patronatos y beneficios. La reforma gregoriana y las relaciones de la Iglesia española con la Santa Sede. Relaciones entre la Iglesia y el Estado». «Lección 32ª. Transformaciones políticas de los reinos cristianos y fin de la Reconquista. Expansión en la Península y fuera de ella. Tendencia a la unidad nacional; Portugal y Navarra. Repoblación y régimen de tierras. Clases sociales en los Estados de la Baja Edad Media. Elementos extranjeros y su condición jurídica. La familia y las agrupaciones profesionales». «Lección 33ª. Formación del Derecho español en la Baja Edad Media: sus elementos y caracteres. Derecho popular y Derecho oficial. La territorialidad del Derecho. El elemento visigodo y el español consuetudinario. Recepción del Derecho romano y del canónico. Recepción del Derecho lombardo feudal. Influencias del Derecho marítimo extranjero. Expansión exterior del Derecho español». «Lección 34ª. Fuentes del Derecho español en la Baja Edad Media: Castilla. Las fuentes locales en este período. El derecho territorial: redacciones privadas. La labor legislativa. Alfonso X: el Fuero Real. El Espéculo y las Partidas. Otras leyes del Rey Sabio y legislación posterior. Alfonso XI y el Ordenamiento de Alcalá. Otras fuentes de carácter privado. Fuentes del derecho vascongado». «Lección 35ª. El derecho navarro-aragonés: su entronque con las fuentes locales. Redacciones privadas de carácter territorial. El Fuero General de Navarra y los amejoramientos. El Código de Huesca de 1247 y sus adiciones. Colecciones de Observancias. Cataluña. El Derecho local de la Baja Edad Media. El derecho territorial: redacciones privadas. La legislación y el Derecho común. Derecho mallorquín y Derecho valenciano». «Lección 36ª. Derecho marítimo: el Libro del Consolat de mar. Derecho de mudéjares y de judíos. Fórmulas y documentos. Literatura jurídica. Tratadistas del Derecho y de Política. Comentaristas de textos legales. Consideración especial de algunos jurisprudencistas. Referencia a las redacciones privadas y a las falsificaciones». «Lección 37ª. El Estado en los reinos cristianos de la Baja Edad Media. La concepción del Estado de clases en Castilla y en la Corona de Aragón. Posición del monarca en el Estado. Funcionarios del palacio y de la administración central. El Consejo Real: origen y evolución. Referencia al reino de Granada». «Lección 38ª. Organización territorial: León y Castilla, Vascongadas, Corona de Aragón y Navarra. Régimen señorial y feudalismo. Régimen municipal: la evolución de los municipios y su organización en los distintos reinos». «Lección 39ª. Las Cortes. Naturaleza jurídica y origen. Teorías. Atribuciones de las Cortes. Composición, convocatoria y celebración. La Diputación del General». «Lección 40ª. Administración de justicia: caracteres generales y evolución. La justicia real en Castilla y en la Corona de Aragón: el Justicia. Jurisdicción señorial y municipal; otras jurisdicciones especiales. La jurisdicción eclesiástica. La Hacienda y su administración: funcionarios. La hacienda patrimonial y los ingresos de carácter público. El servicio militar y el ejército. La Marina». «Lección 41ª. España y la constitución de la Iglesia universal: el Cisma y las doctrinas conciliares. Relaciones de los Estados españoles con la Santa Sede. Relación feudal y lucha

[PÁG. 274]

de la Casa de Aragón. Organización de la Iglesia en España. La jerarquía y la disciplina. El regalismo. Influencia eclesiástica en la vida civil». «Lección 42^a. La unidad de España: los Reyes Católicos y el descubrimiento de América. El Renacimiento y la Reforma con respecto a la cultura española. La Casa de Austria y el Imperio español. La casa de Borbón y el afrancesamiento». «Lección 43^a. Asentamiento de la población en esta época. Consideración especial de las Indias. Colonización y propiedad de las tierras. Economía mercantilista e industrial. La población en España e Indias: raza y religión. Clases sociales». «Lección 44^a. El Derecho español de la Edad Moderna: elementos que influyen en él. Caracteres del Derecho: el iusnaturalismo y las concepciones filosóficas posteriores. La territorialidad del Derecho y su expansión fuera de la Península. Formación y expresión del Derecho». «Lección 45^a. Fuentes del Derecho en general. Fuentes del Derecho en particular en los distintos territorios. Castilla: Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro¹⁰¹, Nueva y Novísima Recopilación. Recopilaciones del Derecho vascongado y del navarro». «Lección 46^a. Los Decretos de Felipe V: sus consecuencias. Recopilaciones de los territorios no castellanos. Derecho local. El derecho de Indias. El Derecho mercantil». «Lección 47^a. Literatura jurídica. Juristas y políticos. Influencia de los teólogos y filósofos. La escuela española del Derecho internacional. Los filósofos nacionales antes de las corrientes extranjeras». «Lección 48^a. El Estado español y los reinos que lo componen. Carácter de la monarquía: su evolución. Fundamento del poder real. Sucesión a la Corona. Relaciones del Rey con el Estado. Carácter religioso del Estado español». «Lección 49^a. Centralización administrativa. Secretarios. Secretarios de Estado. Los ministerios. Los consejos. Las Cortes: ocupación y atribuciones de esta época». «Lección 50^a. Administración territorial. Virreinos y Capitanías Generales. Administración provincial. La administración de Indias». «Lección 51^a. Régimen municipal: organización y evolución. El municipio en Indias. Los señoríos de la Edad Moderna: su transformación y decadencia». «Lección 52^a. Administración de justicia. El Rey y los organismos superiores. Chancillerías y Audiencias. Jueces inferiores. Jurisdicciones especiales. La Inquisición. Administración de justicia en Indias». «Lección 53^a. La Hacienda patrimonial y la Hacienda pública. Ingresos de ambas clases. Ingresos de Indias e ingresos extraordinarios. La administración financiera. El servicio militar y el ejército. Organización del ejército y de la marina». «Lección 54. España y la Iglesia católica. Reforma y Contrarreforma. Organización de la Iglesia Universal y de la española. La Iglesia en Indias. Relaciones entre la Iglesia y el Estado».

Se inicia la Edad contemporánea a partir de la lección 55^a y conforme a la mentalidad de la época se le dedica una extensión muy corta, bajo la idea de que la misma ya sería en sus instituciones políticas objeto de estudio en la disciplina de Derecho político. «Lección 55^a. Hundimiento del Imperio y crisis de la Monarquía. Liberalismo, república y restauración. Propiedad territorial y capitalismo. Composición de la sociedad. Clases sociales. Cuestión obrera». «Lección 56^a. Caracteres del Derecho: influencia francesa. Individualismo jurídico. Concepción del Derecho en el siglo XIX. Unidad jurídica y Derecho foral. Fuentes del Derecho. Constituciones. Las codificaciones. La legislación, la

¹⁰¹ López-Amo altera la redacción mecanografiada de su programa a mano, para indicar que el Ordenamiento de Montalvo va antes de las Leyes de Toro.

[PÁG. 275]

costumbre y la jurisprudencia. La ciencia jurídica»¹⁰². «Lección 57^a. El Estado español en la Edad Contemporánea. La Monarquía y la nación. La Revolución francesa y su influencia en las concepciones políticas. Absolutismo y liberalismo. Formas de gobierno. El poder legislativo: las Cortes. La Administración y sus medios. La función judicial». El plan de estudios de 1944 establecía un segundo cuatrimestre de Historia del derecho privado, penal y procesal en el cuarto año de carrera. Ese plan de estudios fue realmente significativo y debió de tener más duración, siguiendo el modelo francés. Eso le obligaba a López-Amo a presentar a la oposición un extenso programa de la materia de estas ramas del Derecho que acabamos de precisar. «Lección 58^a. Historia del Derecho privado. Principales problemas que plantea su estudio. Razón de método y de sistema. Elementos y caracteres de la evolución del Derecho privado en España». «Lección 59^a. Los conceptos generales del Derecho privado en su evolución histórica. El sujeto del Derecho: sus clases y su capacidad. El objeto del Derecho. Las cosas y su clasificación». «Lección 60^a. Derechos reales. Importancia de la división de las cosas en muebles e inmuebles para el derecho de la Edad Media. La Gewere germánica y su influencia en nuestro Derecho. La possessio romana y las influencias canónicas en la formación de la teoría de la posesión. Adquisición, contenido, tutela y efectos de la posesión. La posesión de los derechos. Otros derechos próximos al derecho de propiedad». «Lección 61^a. La propiedad de inmuebles. Concepción medieval y elementos que influyen en ella. Evolución posterior de la doctrina de la propiedad. Concepto y contenido del derecho de propiedad. Limitaciones del mismo. Adquisición, transmisión y pérdida de la propiedad; consideración especial de la prescripción. La tutela de la propiedad inmueble». «Lección 62^a. Propiedad de bienes muebles. Especialidades de su adquisición y tutela. Derechos reales en cosa ajena. Evolución general de la doctrina y de los particulares derechos reales de goce. Derechos reales de garantía. Especial consideración de la prenda, inmobiliaria y mobiliaria». «Lección 63^a. Derecho de obligaciones. Elementos que contribuyen a la formación de nuestro derecho de obligaciones. Fuentes de las mismas. Evolución de los principios generales. Consideración histórica de la distinción entre débito y responsabilidad. Transmisión de créditos. La relación obligatoria con respecto a tercero». «Lección 64^a. Cumplimiento de las obligaciones y otros modos de extinción. El incumplimiento y la mora. Garantías de las obligaciones. Garantía personal y real». «Lección 65^a. Fuentes de las obligaciones en particular. El contrato: su concepción de los distintos sistemas. Determinación y capacidad de los contratantes. Importancia del elemento formal. La prestación del consentimiento y el simbolismo. Perfección y prueba del contrato». «Lección 66^a. Clases de contratos y examen especial de cada uno de ellos. Sus elementos, contenido, requisitos y efectos. Obligaciones nacidas del delito». «Lección 67^a. Derecho de familia. El matrimonio y su celebración. Consideración

¹⁰² Esta lección resulta demasiado amplia en cuanto a su contenido, dando la impresión de que por la redacción de la misma, el opositor López-Amo pasa de puntillas. Además, hay que diferenciar claramente las distintas Constituciones, cosa que no hace, y también las codificaciones correspondientes (civil, civil foral, mercantil, penal y procesal civil y penal) tanto en el siglo XIX como en el XX, al menos hasta el final de la Segunda República, cosa que a Ángel López-Amo parece no importarles demasiado. Así como en otras facetas de sus escritos fue un adelantado, aquí muestra que está todavía aferrado a la tradición docente de la disciplina de Historia del derecho español.

[PÁG. 276]

especial del elemento germánico: concepción del matrimonio y formas de celebración. La intervención de los parientes. El matrimonio puramente consensual y el rapto. Persistencia de estas ideas en el Derecho de la Reconquista». «Lección 68^a. Influencia romana y canónica. Celebración del matrimonio. El contrato esponsalicio y la bendición. El matrimonio a iuras. La capacidad para contraer y los impedimentos. Disolubilidad e indisolubilidad del matrimonio. La barraganía y otras uniones fuera del matrimonio». «Lección 69^a. Relaciones personales entre los cónyuges. Régimen de bienes: antecedentes romanos y germánicos. El régimen matrimonial visigótico: aportaciones, dote y donación de la mañana. El axuvar y las arras en nuestro Derecho medieval. Administración y destino de estos bienes. Sistemas de comunidad familiar. El régimen dotal». «Lección 70^a. Relaciones paterno-filiales. Filiación legítima e ilegítima. La patria potestad. Per filiación, adopción y otros institutos afines. La tutela. La responsabilidad por actos de otro en el Derecho de familia». «Derecho de sucesiones. Evolución de los principios generales. Apertura, vocación y adquisición de la herencia. La posición jurídica del heredero. La sucesión intestada: sistemas y orden de suceder en el Derecho medieval y moderno. El derecho de troncalidad y sus diversas manifestaciones». «Lección 72^a. La sucesión voluntaria: consideraciones generales. El testamento: sus formas, contenido, requisitos y eficacia. Testigos ejecutores testamentarios. El legado. El fideicomiso. La sucesión contractual. La donación mortis causa». «Lección 73. Limitaciones a la libertad de disponer. La sucesión forzosa: los sistemas de legítima romana y de reserva germánica; la legítima en el Derecho moderno. Estudio especial de la mejora».

A continuación de recogen cinco lecciones de Historia del Derecho Penal. «Lección 74^a. Derecho penal germánico. Su concepción del delito y del derecho de castigar. La venganza de la sangre y la pérdida de la paz. El Derecho penal público. El Derecho penal español en la Alta Edad Media. Delitos que producen enemistad privada y pérdida de la paz general. El derecho de asilo. Las penas en este periodo». «Lección 75^a. Formación del Derecho penal español en la Baja Edad Media. Aportación germánica del periodo anterior y la romano-canónica. El Derecho penal del Estado y su coexistencia con el sistema de la venganza y composición. Sistema de penas. Naturaleza de las pecuniarias. Penas corporales y de privación de libertad: consideración especial de la cárcel. Penas que atacan la estimación civil». «Lección 76^a. Concepción general del delito en el Derecho español. Elemento objetivo y elemento subjetivo. Apreciación de la intencionalidad y de la culpa. Responsabilidad por delitos de otro. Participación y concurso. Tentativa y delito frustrado. Influencia de las condiciones personales en la responsabilidad penal. Circunstancias que la atenúan o la agravan». «Lección 77^a. Concepción general de la pena y su regulación legal. Finalidad de la misma. Irretroactividad de la pena y de la ley penal. Indeterminación de la pena. Graduación de la misma. Arbitrio judicial en la fijación de las penas. Evolución del sistema penal hasta los Códigos de 1848 y 1870». «Lección 78^a. Los delitos en particular y sus penas. Delitos contra Dios y la religión. Delitos contra el rey y contra el Estado. Naturaleza de la traición y de la ruptura de paz y tregua. Homicidio y lesiones. Adulterios, fuerzas y otros delitos contra la honestidad. Delitos contra el honor. Amenazas. Delitos contra la propiedad. Delitos de los funcionarios. La quiebra como delito. El delito administrativo».

[PÁG. 277]

La Historia del Derecho procesal es demasiado reducida en el largo programa de Ángel López-Amo. «Evolución de los principios generales del Derecho procesal. El proceso germánico: sus caracteres y recepción en España. El proceso visigótico: su romanización. Proceso civil y proceso criminal en la Alta Edad Media. Proceso ordinario y procesos especiales. Elementos públicos y privados». «Lección 80^a. Formación del Derecho procesal español. Efectos de la recepción. Tránsito del procedimiento acusatorio al inquisitivo. La pesquisa y el juicio. Estudio de algunos procedimientos especiales, y particularmente del desafío y riepto». «Lección 81^a. El proceso en particular en las distintas épocas. Modos de promoverlo. Demanda y contestación. Principios de oralidad y formalidad. Las partes en el proceso. Desarrollo de la prueba. Juicios de Dios. Juramento y confesión. Testigos y documentos. La sentencia y su ejecución. Acuerdo de las partes y allanamiento».

El comentario de texto fue sobre los Capítulos Gaudenzianos¹⁰³, nº 14 y 15 elegido tras descartar otro fragmento del Código de Eurico, y para el 6º el tema

¹⁰³ Tratándose de una valoración inédita de López-Amo, algo que Rafael Gibert y Sánchez de la Vega llamaría en su época una joya, vemos útil reproducirlo al completo, a efectos de que los expertos en Derecho visigodo hagan las valoraciones que crean oportunas: «Habla el & 14, en la donación, de la vicissitudo, de la retribución que (quod retribuere voluerit) hace el donatario al autor de la donación, aunque sea para suprimirla o para dejarla al arbitrio del donatario./ Y es que en el Derecho visigodo la donación es un contrato oneroso, y el beneficiado por élla debe una contraprestación, sin la cual el contrato no es perfecto, y por tanto podría ser revocado./ Ahora bien, aquí parece quitarse el carácter oneroso a la donación para convertirla en un acto de liberalidad. Persiste la concepción germánica en cuanto, a pesar de todo, se habla de lo que el donatario quisiera retribuir; pero aparte de que esto es prácticamente consagrar el carácter gratuito, las cláusulas anteriores son decisivas. Esto nos refleja una influencia romana que por fin se impone, y que se explica por la localidad donde se redactaron los capítulos gaudenzianos y por la época./ Así pues, en esta fuente la donación es un acto de liberalidad: 1º 'Si quis donaverit... non requirat postea'. La donación es irrevocable, sin aludir para nada a que se hubiera hecho la contraprestación./ 2º 'Neque vicissitudinem requirat'; aquí sí alude expresamente a ella para suprimirla./ Aquí hay ahora un punto importantísimo. El mutuo es un contrato naturalmente gratuito. Y al sumpirmir en la donación la vicissitudo, ¿cómo se sabrá si efectivamente hubo donación o sencillamente un préstamo? Parece como si el germano no pudiera concebir que se diera simplemente una cosa (*tacha López-Amo: por acto unilateral*), con ánimo de transmitir la propiedad, sin recibir en compensación, siquiera fingida, algo que redondeara la integridad del negocio. La donación gratuita se confunde con el préstamo mutuo. Sería ocioso querer hablar aquí de un 'animus donandi' o 'animus mutuandi'; el elemento espiritual no es el que ha de decidir la naturaleza del contrato./ El c. 14 supone el mutuo, salvo prueba en contrario (*tacha: O mejor dicho, toda 'traditio' o 'donatio rei', hecha a título gratuito, sin formalidad alguna*)./ Es la forma lo que lo decide. Toda 'traditio' o 'donatio rei', hecha gratuitamente y sin formalidad, es mutuo./ Para que haya donación se exige un requisito esencial de forma: los dos o tres testigos ingenuos./ Podría pensarse que no es así: ese requisito de forma podría no ser ad substantiam, sino ad probationem, y así parece decirlo el punto 2º (léase y coméntese). Existiría aquí un elemento espiritual, pero que habría de ser probado./ En este caso no habría una diferencia establecida por el texto, entre mutuo y donación, sino una presunción 'iuris tantum', a favor del primero./ Pero el último punto es, a mi parecer, decisivo, sobre el carácter esencial de la forma, ad substantiam (léase y coméntese): 'quod ille pronuntiavit'./ El elemento simbólico de la contraprestación se ha de sustituir por otro elemento visible: el de la publicidad, en la forma./ El & siguiente se refiere a la donación de inmuebles. El requisito de forma se amplía: escritura, firmada por el autor, y por tres testigos por lo menos. Y se ha de hacer en presencia de los curiales./ Ahora bien, ¿es perfecta e irrevocable la donación por una constitución formal, o por la traditio cartae, la tradición del instrumento en que se constituyó, del mismo modo que en el & anterior, lo era, siempre que hubiera tenido el requisito de forma?/ De esto no habla nada el texto. Y el anterior se refiere taxativamente a muebles, pues en el 'aliquid

[PÁG. 278]

escogido fue el que hacía el número 12 de los propuestos, sobre *La prestación del servicio militar en la Edad Moderna*, y lo hizo «exponiendo datos concretos y precisos, señalando su significación, para la formación del ejército nacional en dicha época y presentando un trabajo que, en su conjunto y en sus detalles, mereció unánimemente del Tribunal un juicio favorable»¹⁰⁴. Analiza aquí López-Amo la formación de un ejército permanente, la constitución de las milicias provinciales, junto a las señoriales o municipales, y la prestación del servicio militar bajo los Austrias y los Borbones. La obligación de los súbditos de la defensa de la corona y del territorio se recoge en Part 2, 19, 3 al 7, que se complementa con disposiciones ulteriores de 1562, 1598, 1693, 1694, 1704 y 1734. Las reales ordenanzas de 1770, 1773, 1797, 1799 y 1800 regularon de forma precisa la prestación del servicio militar. Describe también López-Amo cómo las Provincias Vascongadas y Navarra que estaban exentas del mismo, debían dedicarse a la defensa de los territorios costeros. Contempla el alicantino, por último, cómo los aragoneses y los catalanes servían militarmente al país, y la existencia de dos regimientos, uno en Jaca y otro en Seu d'Urgell.

Ángel López-Amo vio la conveniencia, a partir de entonces, de una formación completaria fuera de España, en Alemania. Amplió estudios en Portugal en 1944 y en Suiza, en 1947, fue profesor del Schweizerisches Institut für Auslandsforschung y representante de España en el Congreso Internacional de Ciencias Sociales y Políticas celebrado en Ratisbona en 1948. Ese mismo año impartió un curso de ocho lecciones en la Universidad de Zúrich y varias conferencias en la de Friburgo. Allí se orientaría más hacia la historia del pensamiento político que hacia la historia institucional. Por permuta pasaría a desempeñar la cátedra de Historia General del Derecho Español de la Universidad de Oviedo, nombrado por una Orden de 16 de junio de 1947, y tras posesionarse el primero de julio de 1947, otra permuta le permitiría marchar a Santiago de Compostela y que Ramón Prieto Bances volviera a su adorada Universidad ovetense. Ocupando la cátedra de Historia del Derecho de Santiago de Compostela, intentaría el cange con la de R. Gibert en Granada, asunto no resuelto en su momento, ya que López-Amo tenía firmada la oposición a la

de peculio' tampoco entra la villa o casa, que además tiene párrafo aparte. ¿Es que aquí sí que se exigiría la vicissitudo?./ He aquí el problema difícil de la 'traditio carta'. Se sabe que en la Edad Media, cuando se hacía donación de inmuebles, haciéndose la tradición 'per cartam', se hacía una contraprestación, y se sabe que los diplomas medievales se servían de los formularios visigodos./ Es decir, que la tradición simbólica, per cartam, hace irrevocable la donación, pero a pesar de ello el contrato puede seguir siendo oneroso. En el & 14 no sólo se dice que la donación es irrevocable, sino además se prohíbe que se exija la contraprestación./ Aquí bien puede ser que lo que haga perfecta e irrevocable la donación no se la vicissitudo, sino la traditio, pero no se prohíbe la reclamación de aquella./ La curiosa referencia a los curiales. Se refiere a este órgano municipal, y es importante para la persistencia (y decadencia) del municipio romano en la época visigoda. Se les asigna una función notarial./ Pero se ve que esta clase tan castigada se despoblaba. Obsérvese que se habla de 'in civitate'; es decir, no se trata de una localidad inferior al municipio, que no tuviera este órgano de la Curia, y que por tanto hubiera de recurrir a la ciudad. Sino que se trata de un municipio, y lo que se prevé es que no haya curiales en un municipio, yendo a otro: 'ad aliam civitatem', se ve que las dos son de la misma categoría, y es la búsqueda de los curiales./ 'Ubi inveniantur'... elocuentísimo./ La falta de curiales hubo de tener tal generalidad que mereciera ser recogida en una disposición general, como es el edicto provincial" (Archivo General de la Administración, Caja 2161, documento suelto manuscrito del propio Ángel López-Amo, en dos hojas, que firma y rubrica).

¹⁰⁴ Archivo General de la Administración, Caja 2161, acta del 23 de julio de 1945.

[PÁG. 279]

cátedra de Historia de las instituciones político-administrativas españolas de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid. Se ha decir que también fue uno de los firmantes (excluidos) de las de Sociología 1º y 2º, a las que remitió un trabajo de firma muy corto (27 pp.), sin notas, sobre *Donoso Cortés y la Revolución*. Esta oposición como es de todos conocido la ganó Enrique Gómez Arboleya, oposiciones a las que años atrás hicimos referencia, dedicándoles un capítulo entero de un libro nuestro. En 1952 López Amo obtuvo el Premio Nacional de Literatura por su obra *El poder político y la libertad (La monarquía de la reforma social)*. Esta obra fue muy considerada por su preceptuado, el entonces futuro rey Juan Carlos. En 1955 pasó a ser Director de la Escuela de Derecho del Estudio General de Navarra, donde impartió Derecho Político. Es también autor de un Proyecto de Constitución Española. Falleció en un accidente de tráfico Warfordsburg el 20 de diciembre de 1956.

Veamos ahora el contenido del trabajo del 6º ejercicio de López Amo y Marín en 1945, que versó sobre la prestación del servicio militar en la Edad Moderna y constaba de cuatro capítulos.

LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR EN LA EDAD MODERNA

[6º ejercicio de oposiciones a cátedras]

Ángel López-Amo y Marín

1. NECESIDAD DEL EJÉRCITO PERMANENTE Y OBLIGACIÓN GENERAL DEL SERVICIO

No sería muy aventurado decir que todos aquellos fenómenos, de índole espiritual o material, que caracteriza la aparición de los tiempos modernos, tuvieron una repercusión directa en la formación de grandes ejércitos nacionales, de manera que ésta y la política militar de los reyes, son un carácter más de las nuevas naciones.

El nacimiento de las unidades nacionales bajo el poder absoluto de los reyes, que las coloca unas frente a otras en una lucha de potencias que, más que reducirse a rivalidades personales de aquéllos, se convierte en lucha de intereses de las naciones mismas y de sus súbditos y clases; la política mercantilista íntimamente unida a esa situación, que lleva como consecuencia inmediata la exigencia de ejércitos que la protejan, ya que es una verdadera guerra contra los pueblos extranjeros; las grandes revoluciones religiosas, que vinieron después a dar mayor motivo de guerras, y para algunas naciones (como España) el ideal más alto de su unidad y de sus empresas exteriores, todo esto hizo sentir desde el primer momento a los reyes la necesidad de un ejército poderoso y permanente que fuera apoyo de su política interior y exterior. Y como la posición del monarca en el Estado ha variado fundamentalmente respecto al periodo anterior, así como la composición y la naturaleza del Estado mismo, ese ejército tampoco puede reunir los mismos caracteres que antes, y, por el contrario, ha de ser en cierto modo la fuerza armada de la nación, a cuya constitución y sostenimiento no pueden ser extraños los súbditos todos del monarca.

[PÁG. 280]

Los Reyes Católicos hubieron de sentir esta necesidad tras las luchas interiores, en la conquista de Granada, y ante la promesa de un porvenir empeñado en hechos de armas en África, en Italia, y en América. España nacía como nación y sus reyes necesitaban un ejército si querían mantenerla unida y si querían cumplir sus destinos en el mundo. Para atender a esta necesidad se encontraban con las tropas colecticias de los apellidos que se disolvían al terminar cada campaña para reintegrarse los soldados a sus hogares y tierras, y con las mesnadas de los ricoshombres, que, aunque mejor organizados, no dependían directamente del monarca ni, por tanto, podían ser el instrumento apetecido. De aquí los intentos de reforma y las iniciativas que llevaron a cabo estos reyes para la organización de un ejército permanente, de que nos ocuparemos más adelante.

Las tropas, en efecto, estaban desunidas en organización y muchas veces en espíritu; faltaba un mando único con una única disciplina y había una desigualdad muy grande en la constitución y armamento de las unidades, lo que mermaba extraordinariamente su eficacia táctica.

Razones de orden puramente militar vinieron a exigir también imperiosamente la reforma del ejército de un modo que cada vez abogaba más por el mantenimiento de fuerzas nacionales permanentes. Tales son, por ejemplo, la creciente importancia de la infantería, que en las campañas italianas de Gonzalo de Córdoba pasó a ocupar el lugar principal en la batalla, en vez de la caballería que aún era lo principal en las guerras de Granada. Fue esta una conquista que el arte militar de Europa debió al genio de nuestro capitán. Y con esta mayor importancia de la infantería, su nueva organización táctica, incompatible ya con la anterior organización del ejército. En efecto, si antes la unidad superior táctica era la "capitanía", ahora resultaba insuficiente; y al principio en campaña, pero después permanentemente se hubieron de formar nuevas unidades que agrupando varias capitanías daban unidad y armazón a todo el ejército. Eran éstas las colonelas o coronelías, cuyo jefe se llamaba coronel, y esta a su vez sometido al jefe de todas las coronelías, llamado algún tiempo coronel general.

El Gran Capitán, que marca, como es sabido, un hito en nuestra historia militar y en la del mundo, implantó definitivamente la coronelía o escuadrón (compuesta de 12 capitanías). Pero no se limitó a dar al ejército de línea una constitución orgánica y permanentemente articulada, sino que exigía además una reserva numerosa, bien organizada e instruida conforme a ordenanza, que debía ser provista por todas las provincias del reino, y formada por todos sus hombres útiles para el servicio de armas. Ejército regular de línea y grandes masas de reserva, ¿qué es esto sino el ejército nacional permanente, requerido a la vez por la política de los reyes y la pericia de los capitanes?

La necesidad del ejército se sintió casi con más agudeza que nunca en tiempos de Cisneros, por las revueltas interiores ("estos son mis poderes") y porque las empresas militares del gran Cardenal, hechas con la oposición de importantes elementos del reino, hacían ver cada vez más que si al monarca corresponde toda la dirección y responsabilidad de los negocios del Estado, debe tener también toda la fuerza para que no haya obstáculos en su cumplimiento.

De los tiempos de los primeros Austrias baste decir que lo que en los reinados anteriores no pasó de tentativa llegó a convertirse en realidad, al crearse por Felipe II las Milicias provinciales. De la necesidad de esta reforma es obvio hablar

[PÁG. 281]

tanto para estos reinados como para los posteriores. El poderío de la Casa de España sólo podía sostenerse con el ejército, y el ejército a su vez dependía de los españoles. Cuando el empobrecimiento y despoblación de Castilla llegó a quitar este apoyo a los últimos Austrias, convirtiendo el ejército peninsular (no ya el extranjero) en bandas de vagabundos, desertores e inválidos, dejándose de cumplir prácticamente el servicio militar debido por ciudades, lugares y aldeas para dejar las levas como única forma de reclutamiento, la ruina del ejército y de la nación fueron parejas.

Por tanto, concluyamos, con la necesidad del ejército regular permanente se da también la de la prestación del servicio militar por todos los súbditos de Su Majestad Católica.

2. Las formas del servicio militar y de reclutamiento heredadas de la Edad Media eran notoriamente insuficientes, como hemos dicho. El ejército se nutría principalmente de las tropas mercenarias, y al lado de éstas prestaban su servicio los súbditos o en las milicias señoriales o en las municipales. Pero la obligación del servicio militar estaba claramente establecida. En principio todos los súbditos, en León y Castilla, estuvieron siempre obligados a prestar al rey su servicio militar. Y esta obligación no desapareció ni de las leyes ni de las conciencias, aunque las facilidades para eximirse o sustituirse hicieran harto frecuente su incumplimiento.

El título XIX de la Partida 2ª se dedica íntegramente a esta obligación de los súbditos de guardar “al rey e a la tierra” y a exponer “como debe el pueblo venir en hueste para defender al rey e al reyno”; obligación que no se limita a la defensa del propio territorio (como pasará más adelante con las Milicias provinciales) contra los enemigos de dentro o de fuera (ley 3ª: “Cómo debe guardar el pueblo la tierra, e venir en hueste, contra los que se alçassen ella”; ley 4ª: “cómo debe el pueblo venir en la hueste, quando los enemigos de fuera entrasen en la tierra para fazer daño de passada”), sino a salir de él adonde el rey mandare y quisiere hacer la guerra, pues también esta manera de guardar al rey, y aún más necesaria para las dificultades del empeño, pudiendo el soberano mandar seguirle a quien él quisiere sin poner “plazo de acorrimiento a tal hueste como ésta, porque podría ser de pocos días, o de muchos, segund los fechos acaesciessen” (ley 7ª: “cómo el pueblo debe venir en hueste quando el rey su señor entrasse en la tierra de los enemigos para fazerles mal de pasada”).

A principios de la Edad Moderna (y ya durante toda ella) se mantiene, pues, la obligación general del servicio militar. En ella se fundan las disposiciones de los Reyes Católicos para el armamento general del reino y para el levantamiento de tropas de infantería a base de alistarse un hombre de cada doce de entre los mayores de 18 y menores de 45 años, una vez hecho el censo de Castilla y descontado el número de los pertenecientes a las tierras solariegas. A ella aluden además expresamente las disposiciones dadas en tiempo de los Austrias. La de Felipe II de 1562 reza así: «... y quanto importe que en estos reinos estén armados y prevenidos y proveídos, especialmente que según el sitio y asiento dellos, se han de defender y asegurar con sus propias fuerzas y potencias, pues con gran dificultad pueden ser ayudados ni socorridos de otras partes y naciones». Las siguientes son aún más explícitas pues sientan que a la defensa y seguridad del reino «todos deben acudir siempre que la necesidad lo requiere,

[PÁG. 282]

por la obligación natural de la propia defensa» (Real Cédula de 1598 sobre privilegios de las milicias), no haciendo exenciones de esta obligación general, y así en los distritos de la costa y fronteras, aparte de la gente de la milicia, todos los hombres útiles, sean de realengo o de señorío, han de saber manejar las armas y estar armados y ejercitados para ello (Instrucción a los comisarios para el establecimiento de la milicia, 1598); en otro lugar de la misma instrucción se recuerda a los hijosdalgo que, pues su ocupación es el ejercicio de las armas y la defensa del reino, es su obligación armarse según su calidad y posibles para acudir adonde el rey los llame. Por último, el Real Decreto de 21 de agosto de 1693 se expresa en estos términos: «Y aunque es obligación de todos acudir á la propia defensa y estar habilitados en el manejo de las armas, mandó que se establezcan por ahora...», etc.

Ahora bien, a pesar de lo terminante de estas declaraciones y de la obligatoriedad del servicio, hay una extraordinaria prudencia, y aún podríamos decir temor, por parte de los reyes para imponer un servicio militar obligatorio con todo rigor. El caso es que los pueblos habían dejado el ejercicio de las armas para los que voluntariamente quisieran hacer de él una profesión, y como dice la citada disposición del Rey Prudente de 1562 «con al dicho cargo, ocio, quiete, y con se aver por esta causa aplicado y dado otras ocupaciones, tratos y modos de vivir en estos reinos, están muy desarmados y desproveídos, y los naturales de ellos con poca experiencia y práctica de las armas y arte militar». Movilizar a esta población ya de antiguo asentada y dedicadas al cultivo de la tierra y de sus particulares ocupaciones no dejaba de ser una medida grave y que podría ser mal acogida por el pueblo. Tanto cuidado, pues, como mostraban los reyes en conseguir fuerzas permanentes y disciplinadas, parecían mostrar en no ser gravosos a sus pueblos, conformándose con que estos les proporcionaran los elementos necesarios para el momento en la forma que fuera más ventajosa para los pueblos mismos. Por tanto, la obligación militar general no se traducía en un efectivo servicio de todos los hombres útiles, sino que servía tan solo para fundamentar la obligación de todas las ciudades, tierras, aldeas y lugares del reino de dar al rey la gente que éste en cada caso los pidiera, conforme al reparto hecho equitativamente según la necesidad y las posibilidades de cada lugar, y esto lo mismo si se trataba en un caso concreto de “hacer” determinada cantidad de gente de infantería para una campaña, que si se trataba de organizar cuerpos permanentes para la seguridad del reino. De cada doce hombres 1, llamaron los Reyes Católicos en 1496 para que las 11 partes de los vecinos pudieran continuar holgando y entendiendo en sus haciendas. Después con el establecimiento de las Milicias provinciales, cuyo cupo se habría de cubrir las más veces con el alistamiento voluntario, sin necesidad de llegar al sorteo, se sigue procurando que no se entorpezca la vida de los pueblos ni los trabajos agrícolas. Así pudo decir el citado Decreto de 1093: «Y aunque es obligación de todos acudir a la propia defensa... cuando que se establezcan por ahora las milicias que mandó formar mi bisabuelo el señor Felipe Segundo del diezmo de las vecindades, haciéndolas voluntarias...».

Queremos decir también que la obligación general no lleva consigo una determinada forma de reclutamiento.

Aun cuando los pueblos han de dar obligatoriamente un determinado número de soldados, nada impide (y algunas disposiciones legales lo aconsejan) que se

[PÁG. 283]

hagan de conformidad con las conveniencias del pueblo, alistándose primero los voluntarios, después los vagos e indeseables que, no obstante, tengan aptitud militar, después aquellos que menos falta hagan, etc., permitiéndose las sustituciones en metálico, etc.

Esto nos explica el parecido que tiene muchas veces el reclutamiento de gente para tercios de Infantería española y para las milicias provinciales, que son en realidad (estas últimas) la expresión del servicio obligatorio en esta época. Y es que, fuera ni aun el de milicias, se funda de los enganches voluntarios a las banderas de los capitanes, todo levantamiento de tropa se funda en la obligación general militar, y ninguno, ni aún el de milicias, se funda en la obligación personal.

II. FORMACIÓN DE LAS MILICIAS PROVINCIALES

3. Su primer antecedente lo hemos de buscar en los Reyes Católicos, aunque estos quizás se inspiraran en ideas distintas a las que más tarde dieron origen a las Milicias.

Los Reyes Católicos trataban de substituir la antigua organización del ejército e hicieron para ello diversos ensayos, el primero de los cuales que merece citarse es el de las tropas llamadas a los acostamientos. Eran contingentes formados por los naturales en virtud de decreto real, a los que anualmente se pasaba revista en las capitales por el corregidor y otras autoridades, para ver si se mantenían en situación de entrar en campaña cuando fuera necesario. Estas masas estaban bien organizadas y mandadas, pero tenían el inconveniente de todas las tropas colecticias, y es que terminada la campaña volvían los soldados a sus tierras, y por tanto no constituían la fuerza permanente que necesitaba el trono.

Por eso la organización militar más importante de los Reyes Católicos con tropas naturales del país hubo de seguir otro camino, que fue el de servirse para estos fines de la Santa Hermandad.

La Santa Hermandad brindaba a los Reyes un apoyo militar nada despreciable, aunque no fuera ésta su principal misión. En ocasiones de peligro había presado nutridos cuerpos de tropas que aparte de su mayor confianza y preparación, temida la ventaja de su carácter de mayor permanencia, que no las llevaba a su disolución y vuelta a los hogares. Y aunque todo esto no fuera sino exceso en el servicio, pues no tenían obligación ninguna de prestarlo, hizo que los Reyes pensaran en su reforma para convertir a la Santa Hermandad en organismo militar propiamente dicho. Esta reforma se llevó a cabo en 1488, y por acuerdo de la Junta general de la Santa se hicieron levas que elevaron su fuerza a 10.000 infantes, amén de la aportada por la hermandad de Vizcaya.

Se dividió la fuerza de la Hermandad castellana en 12 capitanías, cuyos capitanes y cuadrilleros eran de provisión real, pero en cambio los pagos corrían de cargo de los pueblos. De esta manera, si bien el ejército así formado no dependía única y directamente de la Corona, pudo decirse que era un fiel instrumento a sus órdenes. Se comprende que sirviera de cuadro en que se desarrolló la más trascendental iniciativa de los Reyes Católicos, para el logro del ejército permanente.

[PÁG. 284]

Esta fue la del armamento general de los años 1495 y 1496 de que ya antes hicimos mención. Pero estas medidas tienen dos partes.

La del armamento propiamente dicho se decidió en la Junta de Santa María del Campo de 1495, tras el informe del contador Alonso de Quintanilla. Se pensó que la necesidad de armamento podía satisfacerse con que cada vecino, atendidas su posición y circunstancias, y después de hecho el censo de ambas Castillas, se armase convenientemente, como era su obligación para atender a la defensa del reino. Y aprobada la idea por la Junta dispuso el reglamento de 5 de octubre de 1495 que «todos los súbditos y naturales, de cualquier ley o estado o condición que sean de agora o de aquí adelante, tengan cada uno de ellos en su casa o en su poder armas convenientes ofensivas o defensivas según el estado e manera e facultad de cada uno, como será declarado adelante».

El reglamento no deja en libertad a cada cual de elegir su armamento, sino que establece distintos grados de fortuna y para cada uno de ellos establece las armas que se han de tener, de manera que este armamento general, aunque por cuenta de los súbditos, tenga la regularidad del de un ejército. Se señala un plazo para que todos tengan el referido armamento adquirido, y penas si transcurrido el plazo no lo tuvieran, o lo tuvieran defectuoso o incompleto.

Para la fabricación de armas y regulación de sus precios se dan las oportunas provisiones. Y para su conservación se prohíbe la venta, empeño, préstamo, etc., de las mismas, y así mismo la ejecución sobre ellas.

El reglamento no deja en libertad a cada cual, de elegir su armamento, sino que establece los distintos grados de fortuna y para cada uno de ellos establece las armas que se han de tener, de manera que este armamento general, aunque por cuenta de los súbditos, tenga la regularidad del de un ejército. Se señala un plazo para que todos tengan el referido armamento adquirido, y penas si transcurrido el plazo no lo tuvieran, o lo tuvieran defectuoso o incompleto.

Para la fabricación de armas y regulación de sus precios se dan las oportunas provisiones. Y para su conservación se prohíbe la venta, empeño, préstamo, etc. de las mismas, y así mismo la ejecución sobre ellas. Anteriormente se había dado una disposición prohibiendo terminantemente la destrucción de armas, castigando al herrero que las deshiciere con 1.000 maravedís de multa por la primera vez, el doble por la segunda, y la pérdida de la mano por la tercera.

El deseo de no causar trastornos a los pueblos se manifiesta en este reglamento, limitando los armamentos y arneses costosos a los vecinos ricos que puedan tenerlos “sin daño de fatiga”, y también en las revistas periódicas, muestras o alardes, que se habrían de celebrar en cada localidad dos veces al año, a saber, los últimos domingos de marzo y septiembre. En estos alardes se darían primas a quienes más lúcidos salieren.

Resuelta así la importantísima cuestión del armamento, faltaba la de la tropa. Los Reyes, como decíamos, hubieron de volver la vista a la Santa Hermandad, convocándola a Junta en el propio año de 1495, y consecuencia de sus acuerdos fueron los Decretos dirigidos el año siguiente de 1496 a las distintas provincias castellanas. Se dirige el Decreto real a los hombres de las ciudades, villas y lugares que contribuyen «por vía de hermandad», pues acordó la Junta que «en todas las ciudades e villas e lugares destos nuestros reinos y señoríos» se sacaran y escogieran de cada 12 hombres 1, mayores de 20 años, y menores de 45, para «hombres de pie armados».

[PÁG. 285]

Estos hombres estarían a disposición del Rey para las guerras y pacificación del reino. Irán a servir a la guerra en cuanto vieren la carta de llamamiento del Rey. Pero éste se compromete a no llamar a los demás, a la gran mayoría de la población, salvo caso de mucha urgencia y necesidad.

Las ciudades, villas y lugares liarán los pendones de sus vecinos, a la vista de los cuales el juez ejecutor determinará los peones que caben en cada lugar, excluyéndose a los alcaldes ordinarios y de hermandad, los oficiales del concejo, los clérigos y los hidalgos, las viudas (por los hombres de su casa) y los hombres necesitados y pobres.

Notificada la cédula por el juez ejecutor, se nombrarán los peones en el plazo de diez días, enviando testimonio de su número y armas para que a su vez el juez ejecutor haga la relación correspondiente.

A todos los que prestasen este servicio se les concede una serie de privilegios y exenciones y un «sueldo razonable cada e quando salieren e hubieren de salir de sus casas para Nos servir».

Ya tenemos las ansiadas fuerzas regulares servidas por naturales de la Corona de Castilla, como reserva y apoyo de la monarquía, aparte de los cuerpos de línea que hacen la guerra en el exterior, y de las guarniciones de presidios y fronteras.

Este es el germen de las futuras milicias provinciales, y ya apuntan las diferencias fundamentales que las separan de estos otros cuerpos, servidos por mercenarios. Algunos de sus caracteres pasarán a las milicias, y no es el menos importante el que cobran estas fuerzas para prestar sus servicios a través de la Hermandad. Son las provincias y sus ciudades y villas las que asumen la obligación de dar el número de hombres pedidos. Tienen, pues, el derecho de hacerlo en la forma que más les convenga; la recluta puede tomar el carácter de voluntaria. Los Reyes encuentran un tanto limitada su facultad de disponer del servicio militar de sus súbditos, por los derechos que ellos mismos les han concedido. De todas maneras, esta fuerza aún no responde a la misma idea de las Milicias provinciales, tal como éstas quedaron después de constituidas, pues mientras las Milicias, durante la mayor parte del tiempo de su existencia, no podían ser empleadas en campañas fuera del reino, de las fuerzas de Hermandad sí se sirvieron los reyes para cualquier campaña y con esta condición y carácter se establecieron en su reglamento.

Como resumen del armamento general de 1495-96 podemos decir con Clemencín que trasladó la fuerza militar a las manos del gobierno, pero de una manera particular y es que esa fuerza, en sí considerable, no dependía exclusivamente del gobierno, ni estaba organizada en cuerpos fijos y permanentes, y estas dos notas también la distinguirán de las posteriores Milicias. La intervención de la Junta de Hermandad supone un grado intermedio entre el Rey y el ejército, que había de desaparecer.

El coronamiento de toda la obra militar de los Reyes Católicos está en las Ordenanzas de 1503, donde se recoge todo lo legislado hasta el momento en materia militar y se dispone sistemáticamente: libros que han de llevar los contadores y veedores sobre el estado de la tropa, obligaciones de capitanes generales y otros oficiales, jurisdicción militar, alojamiento, licencias, modos de recibir a los hombres de armas, alardes (que serán ahora seis al año, de dos en

[PÁG. 286] dos meses), formación de nóminas y pagas al personal a continuación del alarde, etc.

Este sistema de alistamiento de los Reyes Católicos dio grandes resultados. A su vigencia corresponden contemporáneamente las campañas del Gran Capitán en cuyas filas combatieron los soldados de infantería así reclutados.

4. Durante el reinado de los Reyes Católicos, la prestación del servicio militar para los súbditos de SS.MM., de la manera descrita en el párrafo anterior, se limitaba a los distritos de la antigua monarquía castellano-leonesa. Así continuó en los proyectos de Cisneros y en los de los Austrias.

Sabido es que Cisneros, antes de levantar gente para el ejército, acudió pidiendo un informe al coronel Rengifo, el cual no se manifestó partidario del armamento general del país, sino de reducirlo a lo necesario. Según él, la fuerza había de buscarse solo en las provincias más próximas al lugar de residencia del soberano. Y de conformidad con el espíritu de este informe comunicó el cardenal una circular a las merindades de Campo y ambas Castillas para levantar gente.

La organización de Cisneros dio a la fuerza armada procedente de esta recluta el carácter de una verdadera milicia provincial.

Hecho el alistamiento, los reclutas permanecían en sus pueblos y hogares a disposición del gobierno. Los domingos y días festivos se dedicaban a la instrucción y adiestramiento de la fuerza, para lo cual también se preocupó Cisneros de la instrucción de la oficialidad. Dos veces al año se hacía revista general de estas tropas. Siempre que el gobierno tuviera necesidad de ellas, se daba a sus hombres dos días de tiempo para hacer sus preparativos de marcha e incorporarse al tercer día. Los hombres útiles del resto de la Península quedaban para la defensa de costas y fronteras. Junto a la milicia se encontraban las tropas que habían de hacer las campañas de Italia y África. La recluta de esos reemplazos se hacía de dos modos: 1º) por medio de banderas establecidas a cuenta de los capitanes con patente real, y era el mejor modo, pues por este procedimiento reclutaban los "guzmanes", hombres buenos, gente de buena procedencia y de ciertas rentas que seguía la carrera de las armas; y 2º) las levas, cuando el primer procedimiento no daba el suficiente número de voluntarios.

5. Llegamos con esto a la Casa de Austria y a la institución de las Milicias provinciales.

Aún hubo algunos intentos, no definitivos, del emperador Carlos I. Acudía el emperador a los naturales de Castilla, cuando necesitaba gente para alguna campaña, y en el reclutamiento seguía los pasos de Cisneros. El rey otorgaba una "conducta" al capitán que iba a levantar la gente y además le daba instrucciones particulares. En esa conducta indicaba a las autoridades locales el número de hombres que en tal ciudad o villa habían de hacerse insistiendo en la obligación que todos los vecinos tienen de estar armados, prefiriéndose para el reclutamiento a los que tienen armas.

Las fuerzas que servían en el extranjero alcanzaron por este tiempo su organización definitiva.

[PÁG. 287] No nos vamos a detener en ella más que para que quede bien diferenciada de toda milicia provincial, y porque esa organización rewertió mucho más adelante a las propias milicias. Es la organización de los “tercios”, reforma implantada en 1534, y que dio a nuestra infantería una terrible eficacia. Ya hemos dicho que la unidad máxima en el ejército había sido sucesivamente la capitana y la coronela. Ahora es el tercio, llamado así según las conjeturas de algunos autores porue en principio constaba de 3.000 hombres. Cada tercio estaba compuesto de tres coronelas, pero en vez de contarse 20 compañías en cada una de éstas, lo que hubiera dado un total de 60 compañías, para simplificar el régimen de la unidad se redujeron las compañías a 12 en total, 4 para cada coronela. De los 12 capitanes 3 eran coroneles, y para el mando del tercio se creó el cargo de maestre de campo, siendo el segundo jefe el sargento mayor.

Los tercios se instituyeron en Italia y allí residían normalmente; los primeros fueron los de Lombardía, Nápoles y Sicilia. Su organización definitiva se contiene en la Ordenanza de 1530.

Pues bien, a diferencia de los tercios departamentales, quiso Felipe II, tener, cumpliendo el deseo de otros monarcas, sus antepasados, una milicia permanente formada por la gente de su reino de Castilla que le sirviera para la defensa del reino y aún para las propias empresas del monarca, para que todo tuviera éste que depender exclusivamente de un ejército en su mayor parte de extranjeros, como era el que le servía en Europa, con todos los inconvenientes de los mercenarios cuya disciplina se viene abajo en momentos de crisis, que es precisamente cuando más se necesita.

A este efecto dictó el Rey la disposición de 1562 en que se ordenaba terminantemente la formación de la milicia provincial: «Hemos acordado para que en estos reinos hay gente armada, y con el uso y el ejercicio y práctica de las armas que conviene; y para que en cualquier ocurrencia y necesidad, que en ellos hubiere, tengamos gente pronta de que nos poder ayudar; y para poder prevenir y anticipar a nuestros enemigos necesario siendo; y para que en estos reinos estén con la seguridad y defensa que es necesario, de sustituir y ordenar en ellos una milicia, haciendo y ordenando en las ciudades, villas e lugares que por nos sean señalados, el número de gente que sea bastante y competente para el dicho afecto, questé cierta y presta, y señalada y escrita debajo de sus capitanes e banderas, según e por la orden e con las condiciones e preminencias que por los memoriales que con estas se os envían, veréis...».

Los memoriales a que se refiere la disposición anterior dan toda la reglamentación de las milicias. Los milicianos se inscribirán en el libro y nómina que en cada ciudad y villa cabeza de partido habrá, ante el capitán y la justicia del lugar. Prestarán juramento de servir al Rey y también de obedecer a sus capitanes, comisarios y oficiales «en las cosas concernientes a la dicha milicia».

El rey nombrará los capitanes de los naturales de la misma tierra, y éstos nombrarán los demás oficiales. Los milicianos permanecerán en sus tierras, junto con los oficiales, mientras no surja la ocasión o la llamada del rey, ejercitándose en la instrucción y manejo de armas «en las épocas y días que se señale que serán festivos». Todos los años harán también “sus reseñas y muestras” en presencia del comisario de la provincia, capitán y regidor o justicia. El memorial advierte que esta revista anual será lo más cómoda que se pueda.

[PÁG. 288] La ciudad o villa pagará a cada compañía de milicias el tambor o pífano que ha de tener, y un armero para que cuide las armas. Pero en cambio éstas las proporcionará el rey, sin más que los milicianos den suficiente seguridad de su conservación.

La obligación de la gente de milicias es de servir al rey con su capitán y bandera, cuando y para la facción y efecto que el rey ordene (por tanto también fuera del reino); pero no será «para los poner ni residir de asiento en fronteras ni castillos, sino que sirvan y salgan para la guerra y ocurrencia que subcediere».

Dada de la orden del rey, y salidos los milicianos con su capitán y bandera, ya su régimen es el mismo que el de los soldados, y no se podrán despedir ni ausentar sin licencia.

La disposición de 1562 no obtuvo cumplimiento, probablemente por dificultades del mismo gobierno. Pero la hemos expuesto tan detalladamente porque es el verdadero punto de arranque de las Milicias y refleja las primeras ideas acerca de las mismas y de la prestación del servicio militar en ellas. La obligación del súbdito se comprende con la misma amplitud que en las Partidas; para la defensa y seguridad, pero también para las empresas ofensivas del monarca fuera de la nación. Pero a diferencia de los tercios y de la infantería extranjera no son fuerzas de línea, sino de reserva, que sólo en el momento oportuno llamará el rey a la campaña, y nunca a servir en presidio o guarnición.

Visto el fracaso, en parte debido a la falta de datos estadísticos, consultó el Rey al Consejo de la Guerra, y tras varios dictámenes y petición de aquellos datos a los obispos de las distintas diócesis, dio el Consejo su dictamen de 30 de enero de 1590 que el rey aprobó, y a cuyo tenor expidió a las ciudades, villas, grandes y señores la “Circular e instrucción para el establecimiento de 60.000 hombres de Milicia en la Corona de Castilla” de 25 de marzo del propio año 1590. Esta Circular sí se llevó a cumplimiento; pero obligando a los milicianos a servir fuera de España y en los presidios, asentados, a diferencia de la disposición de 1562, fueron muy pocos los que se inscribieron, teniéndose que estudiar de nuevo la dificultad durante algún tiempo y modificar sustancialmente muchas de las disposiciones contenidas en la Circular, con todo lo cual se dieron en 1589 las «Instrucciones para los trece comisarios que van al establecimiento de la Milicia general». Con esta nueva disposición queda definitivamente establecida la milicia en Castilla, siendo la novedad más fundamental que las fuerzas de milicias no podrán utilizarse fuera del reino.

Del reclutamiento, deberes, organización y privilegios de las Milicias provinciales durante la Casa de Austria nos ocupamos en el capítulo siguiente; para ese lugar dejamos la exposición y comentario de las dos disposiciones de 1590 y 1598. Sólo nos falta, para comprender el papel de las Milicias recién creadas, echar un vistazo sobre las restantes tropas de infantería de los ejércitos de S. M. En España se reducían a las guarniciones fijas (presidios) de las ciudades fortificadas y de las fronteras, existiendo además el Cuerpo de los Guardas de las costas de Granada para vigilar y contener las actividades de los berberiscos, tropas todas éstas que se reclutaban por los mismos procedimientos anteriores de alistamientos voluntarios y levas.

Fuera de España los tercios sufrieron muchas variaciones, porque la preocupación militar de este reinado que llevó en España a la creación de las

Milicias, no solo no descuidó las fuerzas exteriores, sino que las dispuso para la gran misión que habían de cumplir, aumentándose enormemente su número

[PÁG. 289] con la continua creación de nuevos tercios españoles, así como de unidades de infantería italiana, alemana y valona.

III. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO BAJO LA CASA DE AUSTRIA

6. Como la organización de las milicias provinciales no fue la misma durante todo el reinado de la Casa de Austria, vamos a hacer un breve resumen de sus vicisitudes y de las principales disposiciones que sucesivamente la regularon después de haber quedado establecida por Felipe II en la forma que quedó expuesta en el capítulo anterior.

La muerte del Rey Prudente produjo por el momento la paralización de las Milicias, cuya organización fue luego reemprendida, aunque con cierta lentitud, por su inmediato sucesor. Después de nombrados en 1609 los sargentos mayores de entre una lista de 52 capitanes que el Consejo de la guerra propuso a S. M. dio Felipe III una instrucción a dichos sargentos mayores que ilustra mucho sobre la prestación del servicio militar. Con estas disposiciones Felipe III venía a seguir el mismo plan de su padre, y puso en orden las milicias completando sus cuadros sobre la base de 200 plazas efectivas por cada compañía. También a Felipe III cupo la gloria de que los hechos de armas en que intervinieron sus Milicias confirmaran la bondad de sus disposiciones.

Felipe IV cambió completamente la organización y la naturaleza de las Milicias provinciales, bastante forzado por las circunstancias. El reinado de Felipe IV fue un reinado de crisis, y el mayor número de guerras y revueltas interiores y exteriores se unió la precaria situación del ejército, corrompido y desorganizado en Italia, Alemania y Flandes. Ya en 1632, temiéndose que el general descontento contra el conde-duque de Olivares produjera trastornos en España se crearon, con aprobación de las Cortes, 11 "regimientos", y en 1634 otros 5 más organizados y mandados por grandes de España, nombrados a tal efecto coroneles. Pero no dando buen resultado, se disolvieron los regimientos, constituyéndose en su lugar 6 tercios con los veteranos que entonces había en España con licencia, al mando de 6 maestros de campo. Con todo, los grandes inconvenientes que por esta época presentaban los tercios exteriores no dejaron de presentarse en España, y el Rey hubo de poner la vista en las Milicias castellanas para formar con ellas el núcleo, la base y el sustento de la infantería española.

Aquí vendrá bien recordar que el "tercio" como unidad militar, se venía imponiendo cada vez más y más, y que ya en el reinado anterior a las Ordenanzas de 1603 y 1611 habían extendido la organización de los tercios de infantería española a los cuerpos de la infantería, valona, italiana y alemana. Cuando en 1637 se quisieron formar los arriba aludidos cuerpos de infantería peninsular, se organizaron también como tercios. Se sacaron dos quintas partes de los alistados en las Milicias de Castilla, en total 6.055 hombres, y se formaron con ellos 5 tercios provinciales, al mando de otros tantos maestros de campo. Se crearon nuevos tercios provinciales en las sucesivas campañas de la Península, pues efectivamente estos tercios fueron el sostén del ejército, y por fin mandó Felipe IV que se formasen 4 tercios fijos de 1000 hombres cada uno, llamados de Madrid, Toledo, Sevilla y Andalucía, pagados por sus respectivas provincias. Las Milicias provinciales dejaron de ser fuerzas de reserva para convertirse en unidades permanentes de línea.

[PÁG. 290] El restablecimiento de las Milicias de Felipe II, haciéndolas voluntarias, tuvo lugar durante el reinado del segundo de los Carlos, por Real Decreto de 21 de agosto de 1693. Los motivos del nuevo cambio se expresan en el Decreto; el formar las milicias «no es más que tenerlos prontos y hábiles en el manejo de las armas, por si intentasen los enemigos entrar por las fronteras o marinas el que se les pueda hacer oposición y castigar su osadía, sin que por ningún otro accidente me haya de valer de ellos para guerra fuera de las fronteras o marinas de cada uno o sus contiguas, ni embarcarlos; porque en tal caso de ser necesario para cualquiera de las dos cosas, lo mandaré hacer de gente pagada a mi costa; siendo entendido que en caso de mandarlo, no esté obligado a obedecerlo, ni se pueda castigar al que faltare de su bandera».

Y en efecto, aparte de las Milicias constituidas por el diezmo de las ciudades (sólo se sortearía a falta de voluntarios), teniendo necesidad el Rey de otras fuerzas por ser insuficientes los antiguos tercios provinciales se crearon otros 10 tercios de pie permanente para lo cual se expidió un Real Decreto de 1694, mandando repartir 2 soldados de cada 100 vecinos, a cubrir estas plazas preferentemente entre los castigados por vagos o sediciosos y los voluntarios. Estos tercios se formaron en Toledo, Sevilla, Jaén, Gibraltar, Valladolid, León, Burgos, Cuenca, Murcia y Segovia.

Una vez que brevemente hemos hecho historia de las Milicias provinciales durante la Casa de Austria, pasemos a estudiar todos los aspectos y modalidades de la prestación del servicio.

7. El carácter de las Milicias en las disposiciones de Felipe II es ante todo el de una fuerza de reserva, constituida por la décima parte de los hombres comprendidos entre los 18 y 44 años (según la Circular de 1590) o entre los 18 y 50, como dejó establecido la Instrucción para los comisarios de 1598. Es misión de este cuerpo de reserva proporcionar soldados al rey, pero no es la misma Milicia como tal la que combate. Las bajas que producen los milicianos que salen a servir al rey fuera de la Península, dice la circular de 1590, o en los presidios, serán cubiertas por otros, mientras que si sale a servir dentro de España se le guardará la plaza y no podrá ser sustituido.

La pertenencia a las Milicias era en principio obligatoria. Están comprendidos en esta obligación todos los hombres de las edades indicadas, que «todos los naturales del reino están obligados a su defensa»; de aquí que si voluntariamente no se presentara suficiente número podrá cualquiera ser elegido y compelido a servir en las Milicias. No es necesaria sino la décima parte de los hombres útiles, y este cupo se cubre preferentemente con voluntarios; sólo en caso de que no los hubiera, conforme al principio anterior, el Comisario y el Corregidor escogerán los milicianos, congregando a todos los capaces, excepto los hidalgos y los sortearán. Se procederá de la misma manera cada vez que hubiera que cubrir una vacante.

Ya hemos visto, y no hemos de insistir en ello, como estos caracteres se perdieron transitoriamente durante el reinado de Felipe IV y se restablecieron por Carlos II. En el Decreto 1693 los hombres comprendidos en las Milicias son los de 20 a 50 años, y para cubrir el diezmo se hará por voluntarios y en su defecto por sorteo. Vemos, pues, que la situación no varía sustancialmente. Como voluntarios se admitirá a los comprendidos entre 18 y 20 años, pero nunca a los menores de aquella edad.

[PÁG. 291] El alistamiento se hará de la siguiente forma, según la referida Instrucción a los comisarios: al llegar el comisario a la ciudad dará las cartas reales a la justicia, corregidor y regimiento, y se pregonarán. Después el corregidor se encargará de recibir a los voluntarios, mientras el comisario irá acudiendo a los señores y a los prelados. Vuelto al primer lugar, si no hubiera voluntarios, designaría los forzosos en la forma dicha.

El Decreto de 1693 exceptúa el sorteo: 1º) a los nobles e hidalgos; 2º) a los estudiantes, en número 1 por 100 vecinos, y a los matriculados en las Universidades; 3º) a los de número de la Inquisición (4 por ciudad, y si hubiere tribunal hasta 20); 4º) a los labradores con dos arados de mulas o bueyes; 5º) a los escribanos de cabildo y de número; 6º) a los padres de 4 hijos; 7º) a los quebrados; 8º) a los cojos y mancos manifiestos; 9º) a los menores de 21 años y mayores de 50; 10º) un maestro de escuela por pueblo, 2 ó 3 por ciudad, y otro maestro de gramática si allí no hay Colegio; 11º) al hijo soltero o padre, si el otro ha caído en sorteo; e hijo si quiere puede sustituir al padre y solo habrá uno por casa.

Las obligaciones del miliciano según la circular de 1590 eran las más amplias. Habían de prestar su servicio dentro de España, sin parar; en un presidio asentados y fuera de España. En 1598 se redujeron al servicio de la Península, estableciéndose por Real Cédula que las tropas de milicias no pueden ser apremiadas a embarcarse para salir a servir fuera de España, «porque para esto, cuando sea necesario mandaré levantar gente voluntaria como se acostumbra». Ya vimos que Carlos II se expresa en términos parecidos en 1693. Obligación fundamental del miliciano es la de conservar las armas que reciba, entregándolas al Ayuntamiento cuando se le estropeen para que le den otras.

En compensación de sus obligaciones tiene un buen número de derechos y de privilegios y exenciones que le acuerdan las leyes. Entre los primeros se cuentan, cuando ha de salir, el de recibir gratuitamente alojamiento en el mesón donde lo hubiere o entre otras casas: lumbre, aceite, sal, agua y cama. Cobrará durante este tiempo real y medio para su sustento, y a partir del día en que llegue al sitio donde hubiera de servir cobrará el sueldo como los demás soldados (Circular de 1590). Cada miliciano arcabucero recibirá al mes media libra de pólvora, cuerda y plomo en proporción, para poder ejercitarse. El que tenga casquete recibirá medio ducado al mes por el coste y trabajo de tenerlo limpio (*Ibidem*).

Los privilegios y exenciones son muy numerosos: 1º) no ser obligado contra su voluntad a ejercer oficio de concejo, cruzada, mayordomía o tutela; 2º) exención de huéspedes, salvo donde esté la casa y corte del Rey, disfrutando de estos privilegios mientras el miliciano está en el ejército, su mujer o su padre; 3º) libre tenencia de armas a cualquier hora y poder disparar el arcabuz, con la precaución de no hacer daño; 4º) no ser preso por deudas contraídas después de ingresar en la milicia, ni ser ejecutado en sus armas ni vestidos; 5º) no ser condenado a penas ignominiosas, ni azotes, ni amputación de orejas, excepto por ladrón y por resistencia a la justicia; ser jubilado a los 15 años de seguidos de servicio (más tarde a los 20) conservando todos sus privilegios. Estos son los privilegios conservados en la Circular de 1590 y reproducidos con muy escasas variantes por la Real Instrucción de 1598.

El Real Decreto de 1697 se extiende aún más a los privilegios de los componentes de las Milicias.

[PÁG. 292] Según esta ley los nobles e hidalgos serán oficiales y se eximirán de acudir a otros llamamientos para salir fuera de las fronteras. También los demás milicianos podrán ser oficiales del ejército y de la armada si sirvieran dos años más de los que en el ejército se requieren; además los nobles que hicieron estos dos años más de servicio serán habilitados para que se les consulte en merced de hábito.

Los milicianos estarán exentos de las limitaciones sobre trajes impuestas por las leyes, podrán usar colete de cualquier clase. Gozan de la jurisdicción criminal militar en los actos de alarde y de milicia; su padre y su madre o su mujer gozan también de fuero militar en caso de movilización. Se mantienen todos los demás privilegios: exención de repartimientos de oficios gravosos, tutela, soldados y bagajes; exención de prisión por deudas, salvo haberes de la Real Hacienda; exención de embargo de sus armas, vestidos y camas, y de su mujer; uso de espada de dos filos, o de daga de media vara; uso de toda clase de armas, incluso de noche, no pudiendo ser desarmado más que si van mayor número de tres; derecho de jubilación a los veinte años, conservando sus privilegios.

Se impone como condición para disfrutar de estos privilegios la de asistir a todos los alardes. La celebración de los mismos, así como las concentraciones de la tropa para la instrucción y manejo de armas, se regulan asimismo en el Decreto de 1693. Habrá alarde general en cada jurisdicción dos veces al año, cuando menos estorbe a las faenas del campo. Pero todos los días feriados habrá alarde ordinario al que no concurrirán todos, sino que será por grupos, y por eso además se impone la obligación de todos los milicianos de ejercitar cada 15 días, aparte de los alardes generales y particulares. La convocatoria para los alardes se cursará a los alcaldes, escribanos o curas. Al que no asiste al alarde ordinario se le multará con 4 reales, y al que no asista al general con 8. Para el alarde general se reunirán unas quinientas personas en el sitio más cómodo y las justicias les proveerán de pan y carne, pero no de vino, y además no habrá tabernas.

El mantenimiento de los milicianos, cuando hubieren de salir a servir al rey, correrá primeramente a cargo de las ciudades hasta su llegada a destino. La Instrucción de 1598 dice que cada ciudad deberá dar a sus soldados «lo que hubiere menester para su sustento hasta llegar a la plaza de armas que se le señalare, que de allí adelante yo mandaré que sean pagados por mi cuenta».

La previsión de armas a las milicias varió en los distintos reinados. Aparte las que pueda tener cada miliciano se encomendó este cuidado a las ciudades, villas y lugares en 1598, que al organizarse las milicias habían de dar armas a los soldados que les correspondieran la primera vez, renovándolas cuando se estropearan. El Rey, según decreto de Felipe III, daría por cuenta de su Real Hacienda las armas que faltaran. Prácticamente va pasando esta obligación al rey, y así lo consagra el Real Decreto de 1693, sin excluir totalmente la de las ciudades. El rey dará las armas de su armería o fábrica, y se guardarán en el castillo, si lo hay, a disposición de los gobernadores y corregidores de las ciudades, o en la casa del cabildo. Habrá una persona que las limpie y tenga en condiciones, a costa de las ciudades, y de estas armas se separará un pequeño número y se dará a los capitanes para que adiestren a los soldados.

«Los milicianos caminarán por escuadras de 25 hombres, con cada una su cabo», dice la Circular de 1590.

[PÁG. 293] El nombramiento de capitanes, según la Instrucción de 1598, allí donde haya bastantes soldados para formar compañía entera, corresponderá en las villas realengas a la justicia y regimiento, y en las de señorío al señor. Donde no se pudiera formar compañía entera, se nombrarán cabos. Al vacar uno de estos empleos, se enviará al rey una relación de las personas aptas para ocuparlos, y el rey escoge. Según el Real Decreto de 1693 la ciudad no nombrará capitán, sino que propondrá al rey tres personas, a ser posible nobles y acomodadas, y en su defecto de gente más modesta, pero que no sea vil, y el rey escogerá. Si el elegido no acepta en el plazo de 20 días se presentará al rey para justificarse.

En tiempo de Felipe III se dispuso que los sargentos mayores de la Milicia hicieran los nombramientos de capitanes y de oficiales que faltaran para completar las compañías.

Agregamos que por el mismo Real Decreto tantas veces citado de Carlos II de 1693 se crearon milicias marinas en las provincias costeras (Murcia, Granada, Andalucía, Galicia, Asturias, Cuatro Villas, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra), y que ya por Felipe IV se dispuso que cada reino de la Corona de Aragón mantuviera un tercio provincial (no propiamente milicia), y tendremos bosquejado el cuadro del servicio militar de los españoles durante el gobierno de los distintos reyes de la Casa de Austria.

IV. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO BAJO LA CASA DE BORBÓN

8. La idea de la obligatoriedad del servicio no era exclusiva de las Milicias provinciales. Bien que los cuerpos de línea fueran normalmente reclutados entre voluntarios y por levás, había también un reclutamiento forzoso en caso de necesidad, asignándose un cierto número de soldados a cada pueblo con el mismo carácter obligatorio de las milicias, es decir, obligación general, pero no personal, de modo que se pudiera cubrir el cupo por voluntarios, por lo menos necesarios en el pueblo y sólo en último término por sorteo. Recuérdese, por no citar más que un ejemplo, la creación de 10 tercios de pie permanente por Decreto de Carlos II en 1694.

Por otra parte, las mismas Milicias hemos visto que en algunas épocas se quisieron convertir en fuerzas de línea, y estas tentativas de la Casa de Austria, tuvieron mayor incremento con la de Borbón. El 8 de febrero de 1704 publicó Felipe V un reglamento para la organización de las milicias en batallones de 500 plazas, aun sin perder su carácter, pero creando además 16 regimientos de línea de la misma fuerza para las guarniciones de las plazas y costas. En Galicia, por este tiempo, se abolieron las Milicias y se crearon, en cambio, 8 tercios de 500 plazas.

No desaparecieron las Milicias, y además en 1734, bajo el mismo Rey Felipe V, recibieron una reorganización definitiva manteniendo su carácter de fuerza de reserva. Pero lo que sí desaparecía cada vez más era esa distinción entre milicias y ejército en el sentido de que sólo a las primeras estaban obligados a pertenecer los naturales en edad y disposición de combatir, dejando el segundo a los mercenarios. Y así se llegó a la situación de que a fines del siglo XVIII el alistamiento voluntario no se usaba ya en los regimientos peninsulares, quedando solo para la Casa Real y para los regimientos extranjeros.

[PÁG. 294]

La prestación del servicio obligatorio en el ejército llegó con Carlos III a un grado más avanzado, pues entonces apareció el principio del servicio personal, reclutándose la gente por sorteo uno por cada cinco (de donde viene el nombre de quinta) en vez de los sistemas de reclutamiento que hemos expuesto en puntos anteriores.

Hay que aclarar que esta nueva modalidad de prestación del servicio no se implantó con toda su pureza, pues encontrando oposición en el país, no tuvo suficiente energía el gobierno para imponerla, quizá porque tampoco era muy grande su necesidad, o por lo menos su urgencia. El contingente de tropas que hubiera dado el alistamiento de todos los “quintos” era superior a las posibilidades económicas de la Real Hacienda, y además las clases acomodadas del país, acostumbradas a los anteriores sistemas de reclutamiento de Milicias, con los que fácilmente se libraban del servicio, no hubieran tolerado un cambio tan brusco de su posición ante el servicio militar. La solución fue contrarrestar el principio obligatorio con las exenciones establecidas por las reales Ordenanzas de 1770, 1773, 1797, 1799 y 1800.

Comprendían estas exenciones a los alcaldes, regidores, médicos, personal de los tribunales de justicia y de los organismos de justicia municipales, propietarios de tierras, doctores en Medicina y Cirugía, médicos, cirujanos y farmacéuticos, profesores licenciados y doctores, maestros de escuela, eclesiásticos, miembros de los tribunales de la Inquisición, personal de ciertas industrias necesarias a la nación y obreros de los arsenales, los hombres que sostenían la familia con su trabajo, etc.

Parecía como si la autoridad misma temiera excederse imponiendo la carga del servicio, y además de las numerosas exenciones se dejaba pasar la lenidad de las autoridades locales que permitían el no alistamiento de los mozos o su sustitución por gentes de mal vivir, por desertores (los antiguamente llamados tornilleros, que hacían profesión de sustituir a los quintos para luego desertar y encontrarse en posiciones de repetir la suerte), etc.

La obligación de servir en el ejército, a diferencia de las Milicias, era común a todos los habitantes de la nación, de manera que también en los territorios no castellanos se había de hacer el sorteo, pero fue tal la oposición que encontró en los países forales que en Cataluña se hubo de renunciar a establecer las quintas, y en otros sitios, aunque se llegara a imponer, fue siempre con la oposición de los naturales.

Reducida así la recluta prácticamente a Castilla, y en ésta con todos los defectos y exenciones arriba dichos, piénsese cuán precaria sería la situación y la instrucción del ejército.

Así pues, donde prestarían su servicio al rey los jóvenes de la Corona de Castilla, y de los territorios forales que las tuvieran organizadas, sería en las Milicias. Los de la Corona de Aragón ni siquiera eso, sino en los escuadrones ligeros voluntarios de que luego hablaremos. Por tanto, para el ejército regular permanente se comprende que hubieran de seguir como medio importante de reclutamiento las levadas de resultados cada vez más desastrosos, pues llevando al ejército periódicamente a todos los individuos que se encontraran sin modo de vivir conocido, más que nutrir sus filas las despoblaban, pues desertaban y arrastraban a la deserción a los demás.

[PÁG. 295]

Otro problema era el del mantenimiento y aumento de los cuerpos de infantería extranjera, bastante disminuidos en sus efectivos, pero esto no entra dentro de nuestro trabajo.

9. Las milicias provinciales de Castilla seguían siendo, como en tiempo de los Austrias, no solo una reserva poderosa, sino lo mejor del ejército en caso de movilización. Como tales se acreditaron en este tiempo en las campañas a que fueron llamadas, conquistando la admiración del mando enemigo.

La organización definitiva de las Milicias se debe a una Real Ordenanza de Felipe V de 1734, a la que se hizo una adición en 1736 en vista de ciertas dudas formuladas por los coroneles. Se atendió a repartir proporcionalmente los hombres de milicias entre los pueblos, y se asimiló su disciplina a la de los cuerpos de línea. Se organizaron 33 regimientos de 700 plazas (mejor dicho, se dispuso su formación, solo se organizaron entonces 28), y se les dio un vestuario igual al del ejército, teniendo cada cuerpo su correspondiente divisa.

Constaba la Milicia, a raíz de esta organización, de 23.100 hombres.

El reclutamiento se hacía por los corregidores junto con el capitán general, entre los hombres aptos que fueran los menos ocupados y necesarios. Sus prácticas venían a ser las mismas de antes. Tres días por trimestre se reunían los milicianos en la capital de su distrito para ejercicio y revista.

Nuevas disposiciones aumentaron las fuerzas de las Milicias a 42 regimientos (1766), y dividieron la población en distintos grupos a efectos del alistamiento (1767): solteros y viudos sin hijos, casados antes de los 18 contra las disposiciones legales, casados sin hijos, distinguiendo entre éstos según su oficio o propiedades, y casados con hijos.

Los milicianos seguían disfrutando de numerosos privilegios, como el gozar del fuero militar los oficiales y soldados, exención de impuestos y tasa, incluso después de licenciados (como ocurría, durante 5 años, con los servicios ordinarios y extraordinarios), hombres, etc. El miliciano podía retirarse a los 10 años de servicio, y si servía otros 8 más recibía el título de soldado distinguido.

Para el mando del regimiento se nombraba a una persona distinguida y de consideración de la comarca, y llevaba el título de coronel. Los oficiales, sargentos y cabos eran pagados por el rey.

Tal era la organización de las Milicias provinciales de Castilla, cuyas principales disposiciones de que hemos dado cuenta, se encuentran recogidas en la Novísima Recopilación, libro VI, título VI.

10. Las provincias costeras de Vascongadas y Navarra, exentas en principio del servicio militar, debían como vimos al final del capítulo anterior, el servicio de la marina, y de la defensa de costas.

Pero además de este servicio, oficialmente establecido, organizaban también estos pueblos sus milicias provinciales, cuando el rey llamaba a sus habitantes a la defensa del país. El reclutamiento en estos casos lo organizaban las propias diputaciones forales, e incluso armaban y vestían por su cuenta a estas tropas. En Vizcaya existía por fuero la norma de que no pasando las milicias el árbol Malato el servicio era gratuito, pero pasándolo para ir a los puertos debía el rey dos meses de sueldo, y más allá de los puertos tres meses.

[PÁG. 296]

Los Ayuntamientos tenían sus depósitos de armas, que naturalmente eran insuficientes para la guerra, suministrando el rey el armamento necesario.

Como vemos, pues, el servicio de los naturales de estas provincias (Álava también) es exclusivamente voluntario (“república militar” se llamó a Guipúzcoa), hasta que por fin fue poco a poco introduciéndose el sistema de las quintas.

11. Nos queda por último ver cómo servían al rey los territorios de la Corona de Aragón. Era también voluntario el servicio, pero en unidades creadas para ellos con carácter permanente: eran las unidades de infantería ligera, creadas por Carlos III en 1762 a imitación de los antiguos “fusileros de montaña” de Felipe V.

Al principio hubo sólo dos regimientos: uno en Aragón (Jaca), y otro en Cataluña (Seo de Urgel). Cada regimiento tenía un batallón que constaba de 6 compañías, creándose más tarde nuevos batallones con una reorganización de las compañías. En 1802 los cuerpos ligeros de infantería constaban de 12 batallones.

Resulta también interesante recoger y editar la segunda parte de la Memoria de oposiciones a cátedras de José Orlandis Rovira en lo referente entre otras cosas a la determinación del contenido de lo jurídico, donde se expresa Orlandis en los siguientes términos:

El contenido de nuestra ciencia, como su propio nombre lo indica, es el Derecho. Hace falta concretar la amplitud de lo que bajo tal denominación debe comprenderse. El Derecho regula las relaciones de la vida social, política y económica que son susceptibles de consideración desde otros puntos de vista distintos del jurídico. Como en muchas ocasiones los aspectos no jurídicos eran los más interesantes no es de extrañar que se haya producido, favorecida por la falta de preparación jurídica de los historiadores de las instituciones sociales y políticas, una tendencia a destacar casi exclusivamente aquellos aspectos, dejando olvidado de un modo sistemático su enfoque desde un punto de vista jurídico. Es en este sentido particularmente peligrosa la afinidad de la Historia del Derecho con la Historia de la Economía; ha sido causa de que se traten conjuntamente temas jurídicos y económicos introduciéndose en nuestra ciencia cuestiones que por su naturaleza caen fuera de los límites de su contenido¹⁰⁵.

No son solamente historiadores generales o especialistas en Historia de la Economía los que incurren en una tal confusión; la encontramos también entre los historiadores del Derecho, particularmente franceses e italianos. Grand considera como objeto de la Historia del Derecho el estudio de la evolución de las instituciones sociales; Declaureil alega como motivo para justificar la orientación de sus tratados la falta de preparación histórica que exige una exposición detallada de una serie de aspectos no puramente jurídicos, mientras que para Esmein la falta de preparación de los estudiantes es también lo que

¹⁰⁵ A. Dospch, *Wirtschaftliche und sozialen Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung aus der Zeit vor Cae. bis af den Grossen*, I, 2, Viena, 1923, recuerda numerosos casos de tratadistas que estudian conjuntamente temas de carácter económico y jurídico. El, por su parte, defiende esa doble consideración en “Carlomagno y el Capitulare de Villis”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1925, especialmente pp. 47-48.

[PÁG. 297] aconseja que se prescinda de exponer cuestiones de derecho privado. Unas ideas semejantes inspiran las obras de Olivier-Martin y Chenon en Francia; y en la misma Italia Salvioli, en su *Storia del diritto* dice expresamente que al escribirla ha tenido el “propósito de escribir la historia social, económica y jurídica del pueblo italiano, cuando menos en sus grandes líneas en una unidad orgánica indivisible”.

Frente a esta tendencia, existe otra que adopta una posición radicalmente distinta; restringiendo hasta el máximo el contenido de nuestra ciencia se quiere que tenga un carácter netamente jurídico y se reduzca, en suma, a una mera descripción de los sistemas sin considerar los factores de otro tipo que sobre ellos hayan influido. Pitzorno representa en Italia esta orientación purificadora que es llevada hasta sus últimas consecuencias por Cabral de Moncada¹⁰⁶. No acepta la opinión de Kelsen de que la Historia del Derecho por su carácter histórico peculiar debe incluirse entre las ciencias explicativas; según él, es formalista y como tal deberá ser comprendida al par que las restantes jurídicas entre las ciencias normativas.

No es posible compartir ninguna de las dos opiniones extremas expuestas. Como decíamos, hay que evitar el peligro que, al estudiar las instituciones susceptibles de ser analizadas desde diversos puntos de vista, demos al social, al político o económico una misma importancia que al jurídico. No es esta misión nuestra: la Historia del Derecho, como observa Von Amira, estudia cuestiones jurídicas, que, en consecuencia, deberán ser contestadas jurídicamente¹⁰⁷. Pero de esto a adherirse a la tesis contraria hay un gran trecho. Es imposible en un sistema jurídico remoto pretender establecer una distinción entre la forma, el derecho y su contenido como puede efectuarse en nuestros días. Este contenido religioso, económico, social, aparece en muchos momentos tan íntimamente ligado con la misma naturaleza de aquel Derecho que no hay posibilidad de deslindar netamente uno y otro so pena de dar una idea falsa de él. Pero además la Historia del Derecho ha de pretender algo más que la exposición de una pura materialidad de los sistemas jurídicos pasados. Es la realidad jurídica de una época lo que debe exponerse, y será imposible presentar una visión fiel de ella si no se tienen en cuenta una serie de factores de diversa índole que se presentan estrechamente ligados con el Derecho y sin cuya consideración las instituciones jurídicas aparecerán como unos entes abstractos, sin sentido y sin vida. El justo término en que deberá situarse el historiador del Derecho ha de ser el de considerar lo jurídico como exclusivo contenido de nuestra ciencia, pero sin que esto sea obstáculo para tener presentes todos aquellos factores de diversa índole que han ejercido influencia en la formación y evolución del Derecho y que resultan indispensables para la exacta comprensión de la vida jurídica de cada momento.

Hay que aludir ahora al problema de la inclusión de los actos ilícitos o antijurídicos en la Historia del Derecho. Altamira planteaba la cuestión en estos términos: “Rigurosamente sólo lo justo es derecho, lo injusto no. ¿Habrá de excluirse esto segundo de la Historia del Derecho?” No es posible responder de modo categórico sin establecer de antemano algunas distinciones. Hay hechos antijurídicos, sin más valor que una simple infracción del ordenamiento existente,

[PÁG. 298] desprovistos de todo sentido y alcance y que, como es lógico, no tienen por qué ser objeto de estudio por nuestra ciencia por muy frecuentes que hayan sido pues carecen de toda relevancia jurídica. Pero existen otros en los cuales debemos fijar muy especialmente nuestra atención. Son aquellos que pueden denominarse antijurídicos o ilícitos por estar en oposición con el derecho oficialmente en vigor, pero en los cuales puede, sin duda, apreciarse un contenido jurídico positivo. Son, a veces, indicio de una transformación del Derecho que todavía no ha cristalizado en las leyes, mientras que otras serán huellas de prácticas que caminan hacia la desaparición y que se encuentran ya prohibidas por el Derecho positivo. En último término los actos ilícitos pueden significar la existencia de un derecho vivido en la práctica oposición al derecho oficial o por lo menos al margen de éste. La Historia del Derecho cuyo objeto, como decíamos, es reproducir la realidad jurídica del pasado debe dedicar una atención especial a estos actos contrarios a la ley estricta que nos revelan con frecuencia el espíritu jurídico del pueblo. Un ejemplo podrá aclararnos esta cuestión: cálculese cuan lejos de la realidad estaríamos si al estudiar la época visigoda fijásemos exclusivamente la atención en el derecho promulgado por los Monarcas, máxime si lo consideramos como el único que se aplicó en la práctica. Un interés primordial ofrece el derecho consuetudinario cuya existencia y vitalidad se adivina a través de las prohibiciones del Derecho positivo y cuyos principios son en muchas ocasiones opuestos a los de éste. Es indudable que, si la Historia del Derecho pretende ser algo más que una Historia de la Legislación, deberá recoger cuidadosamente todos los factores cuya consideración pueda resultar de interés con vistas a su objeto fundamental de reproducir fielmente la vida jurídica del pasado.

Determinado ya lo que debe considerarse como contenido propio de nuestra ciencia hay que advertir por último que este contenido no debe sistematizarse según el criterio propio del derecho actual; de otra parte, tampoco podrá ceñirse nuestro estudio a las instituciones todavía subsistentes. Para conseguir una visión exacta de los sistemas jurídicos hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos que los integraron pues es tan íntima su conexión y son tantas las influencias que ejercieron los unos sobre los otros, que en un estudio parcial de las instituciones todavía vivas resultaría inexacto forzosamente.

DELIMITACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR ESPAÑOL

Al tratar de las relaciones de nuestra ciencia con la Sociología, resaltábamos como se diferencian fundamentalmente por su objeto. Decíamos que, al estudiar el Derecho del pasado, la Sociología examina lo que los distintos sistemas jurídicos tienen de semejante, para deducir del paralelismo de su evolución la existencia de unas leyes generales, mientras que a la Historia del Derecho le interesa, por el contrario, todo aquello que esos sistemas tienen de peculiar e individual.

La comunidad de origen de los pueblos unida al hecho de hallarse todos sometidos al influjo de un mismo derecho natural justifica que el Derecho de todos ellos conserve un fondo común apreciable, especialmente si se trata de pueblos primitivos. El transcurso del tiempo y la acción de una serie de factores

[PÁG. 299] peculiares de cada pueblo es la causa de que sobre aquel fondo inicial vayan apareciendo cierto número de caracteres distintivos que han de dar a cada derecho su propia fisonomía.

A nosotros nos interesa, por tanto, de modo directo, el antiguo derecho español, ¿qué criterio habrá que seguir para delimitar lo que bajo tal denominación debe comprenderse?

Diversos son los que hasta ahora se han adoptado. Hinojosa y Torres [López] entre nuestros historiadores toman el elemento geográfico como el distintivo. Así, Torres dice que nuestra ciencia estudia “la vida peculiar de los distintos sistemas jurídicos que han existido en el territorio histórico o actualmente español”. En Alemania, Brunner y Schröder aun teniendo en cuenta el elemento geográfico hacen variar la amplitud territorial de ése según las distintas épocas. Ello hace que en la germánica estudien los derechos de todos los pueblos germanos (criterio más étnico que geográfico) mientras que en la franca se limitan al del reino franco y pueblos germánicos occidentales y a partir de la Edad Media al derecho del Imperio Alemán.

Otros autores toman como criterio distintivo la consideración de un pueblo determinado como sujeto de Derecho. Solmi y Salvioli en Italia estudian el derecho del “pueblo italiano” mientras que Von Schwerin en Alemania se ocupa del propio del pueblo alemán considerando éste como la “totalidad de las tribus que están unidas por el uso de la lengua alemana”. Semejante criterio basado en fundamentos étnicos o lingüísticos tal vez aceptable cuando se trata de derechos de “estirpe” peculiares de un pueblo con personalidad destacada no es aplicable al nuestro, integrado por elementos más diversos y que se aplica a un pueblo en el que la variedad etnográfica y lingüística puede presentarse como uno de los rasgos distintivos.

Debe rechazarse también rotundamente un criterio de tipo político. Es pueril el sostener que cada comunidad política independiente, cada Estado, de los que han existido en nuestra península haya tenido un derecho peculiar y exclusivo, y resultaría igualmente absurdo exigir la existencia de un Estado para que se dé un derecho con sustantividad propia y merecedor de una consideración histórica ¿qué pensar de un criterio según el cual la Historia del Derecho Italiano no debería remontarse más allá de su unidad nacional?

¿Qué posición deberá, por tanto, adoptarse para fijar lo que se debe entender por español? No es éste, todavía, un problema definitivamente resuelto pues está aún por determinar el alcance y sentido que en cada momento revista la Hispanidad en el ámbito del Derecho. A pesar de ello, podemos concretar como contenido de nuestra ciencia el estudio de una serie de sistemas que se hayan sucedido en el tiempo y presente una serie de rasgos comunes que puedan calificarse de característicos y exclusivos de España. Este derecho, en el que habrá que incluir el recibido del exterior que se haya adquirido aquel sello especial propio de España, y el que poseyendo aquellos caracteres se aplique donde quiera que sea, es el que podemos determinar derecho español.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO ESPAÑOL

Pretendo aquí estudiar detenidamente los distintos derechos extraños que han influido en mayor o menor grado en la formación del Derecho español. En tal supuesto se hallan comprendidos los de la casi totalidad de los pueblos que en

[PÁG. 300] la coyuntura histórica se han puesto en relación con el nuestro, en particular si los contactos mantenidos han sido duraderos. Interesa únicamente considerarlos bajo el aspecto concreto de cómo han contribuido a formar a través de un largo periodo evolutivo el actual Derecho Español.

El derecho más antiguo que podemos denominar ya español por reunir una serie de características propias que le dan una personalidad peculiar es el Derecho indígena inmediatamente anterior a la dominación romana. Son muy escasas las noticias que poseemos acerca de él y ha sido discutida la influencia que se le debe reconocer en el total proceso de formación del Derecho español: mientras Costa y Ureña sostienen que ha tenido verdadera trascendencia y atribuyen origen prerromano a numerosas instituciones de Derecho consuetudinario, la tendencia opuesta apenas lo considera digno de tenerse en cuenta. Ninguno de los dos criterios opuestos es, probablemente, exacto y aunque sin incurrir en la exageración de los primeros se advierte hoy día una corriente propicia a conceder una importancia considerable a este fondo primitivo en el cual habrá que buscar en muchas ocasiones el origen de lo que se ha considerado procedente de otros derechos, particularmente del Germánico.

Una importancia decisiva debe reconocerse al Derecho romano como elemento de formación del español. Las concesiones de Vespasiano y Caracalla son los principales medios de penetración en España; después de ellas, teóricamente el derecho romano debía aplicarse en su integridad en nuestra Península. Sin embargo, en tal aspecto no interesa de modo particular al historiador del Derecho Español. Lo que sí reclama su atención es el Derecho Romano que efectivamente se recibió en España que, al mezclarse con los principios jurídicos indígenas, origina un derecho romano vulgar con unas notas particulares frente al derecho romano de aplicación general a todo el Imperio. Este derecho peculiar de la Península merece el calificativo de Español, y debe, por tanto, ser objeto de estudio por parte de nuestra ciencia.

Una aportación fundamental a la formación de nuestro derecho, es la que procede de los pueblos germánicos. Durante los siglos de la monarquía visigótica el Derecho oficialmente en vigor siguió siendo el romano o por lo menos muy romanizado sin que esto sea obstáculo para que pueda adivinarse la coexistencia de un derecho consuetudinario con una aplicación indudable en la práctica y que se encontraría muy frecuentemente en franca oposición con aquel derecho oficial. Al producirse, como consecuencia de la invasión musulmana, el derrumbamiento del Reino visigodo los núcleos cristianos que conservan su independencia vuelven a regirse por un derecho consuetudinario que era, sin duda, en buena parte germánico, aunque, como ya advertí antes, quizá se haya exagerado este carácter, atribuyendo origen germánico a instituciones y principios jurídicos comunes a todos los pueblos primitivos.

Otros derechos ejercen una influencia indudable en la formación del Derecho español: Son los tres de pueblos que, por diversas circunstancias, mantienen contacto con el nuestro: el franco, el judío y el árabe.

La influencia franca fue muy exagerada en el pasado siglo por Helfferich y Clermont que no dudaban en asignar tal origen a la mayor parte de las instituciones consuetudinarias que aparecen en la España de la Reconquista. Esta teoría fue acertadamente contradicha desde el primer momento por los historiadores españoles y portugueses y no merece citarse más que a título de recuerdo. Sin embargo y dentro de sus justos límites es forzoso reconocer una

[PÁG. 301]

influencia indudable del Derecho franco sobre el español, especialmente en ciertas regiones.

Los derechos judío y árabe influyeron, sin duda sobre el nuestro, como consecuencia de la convivencia con individuos de estas razas, aunque este influjo no llegó seguramente a tener la importancia que le han atribuído algunos tratadistas, especialmente Ureña y también Ribera en lo que se refiere al segundo. Es posible que la circunstancia de estar el derecho árabe íntimamente enlazado con la religión haya sido la causa de que su influjo no haya alcanzado la importancia que podía esperarse de los contactos mantenidos con nuestro pueblo.

Otros factores hay que tener en consideración pues han contribuido también notablemente a la formación del Derecho español: me refiero al Derecho romano de la recepción, al Canónico, y en menor grado al Derecho feudal lombardo.

El Derecho romano justiniano cuya recepción marca el principio de la Baja Edad Media, era el resultado del Renacimiento jurídico que habían originado las escuelas italianas. En España la penetración de este Derecho tuvo unas consecuencias considerables y consiguió el desplazamiento de aquel derecho consuetudinario predominantemente germánico que estaba en vigor en los Estados cristianos de la Reconquista. A la Historia del Derecho español le interesa el estudio, no ya del Derecho de las escuelas italianas, sino de las manifestaciones en que se advierte su influjo en el campo de nuestra vida jurídica, y de la profunda transformación que ésta experimenta.

Un criterio semejante debe seguirse en relación con el problema de la atención que nos merece el Derecho Canónico. Debemos, de una parte, recoger la influencia que este elemento ejerce en la evolución de nuestro derecho, sin pretender trazar su historia total que es labor que no nos incumbe a nosotros. Con más detención habrá que considerar en cambio las singularidades canónico-nacionales que van desapareciendo a medida que se generaliza este derecho y las disposiciones, normas y falsificaciones que pueden considerarse como peculiares de la Iglesia española.

El Derecho feudal lombardo se introduce también en España en la época de la Recepción, aunque como ya advertí, su influjo es mucho menos notable que el de los anteriores.

Vamos a referirnos, finalmente, a los problemas de la inclusión en nuestro estudio de los derechos portugueses e indiano.

En cuanto a Portugal se puede fijar su separación política del Reino leonés como el momento en que comienza también a tener su propio derecho; el anterior a esta época debe considerarse parte integrante del español.

Respecto al Derecho americano, el historiador español a quien solo interesa recoger del Derecho indígena aquellas influencias sobre el español dignas de ser tomadas en cuenta, debe en cambio incluir como materia de su estudio el Derecho de Indias; es ésta una obra legislativa netamente española y es indudable que en ella encontramos aquellos rasgos típicos que hemos presentado como los que caracterizan nuestra sustantividad jurídica y que obligan a considerarlo parte integrante del Derecho Español.

CONTINUAMOS CON OTRAS CONSIDERACIONES PUESTAS DE RELIEVE POR ORLANDIS EN SU MEMORIA

[PÁG. 302] Orientación significativa puede verse en la *Storia* de Pertile. Establece una distinción entre fuentes exclusivas de la Historia del Derecho, que le son de una mayor utilidad directa y entre las que incluye en las leyes, costumbres, sentencias, fórmulas, y glosas, y fuentes comunes con las de la Historia, que, aún sin tener aquel carácter de exclusividad de las primeras, resultan indispensables para nuestra ciencia.

Brunner mantiene una orientación en principio semejante y clasifica las fuentes principales y accesorias según la mayor importancia que revistan para la Historia del Derecho. Incluye en el primer grupo las diversas especies de textos jurídicos, fórmulas y formularios, documentos (*notitiae* y *chartae*) y cartularios, literatura jurídica y refranes jurídicos. Todas las demás fuentes, las netamente históricas en sus distintas variedades, son clasificadas por Brunner como accesorias.

Un criterio semejante de división de las fuentes es el que sigue Hinojosa en su Historia del Derecho. Adopta como punto de partida de su clasificación el que faciliten los elementos jurídicos que nos interesan ya directa o ya accidentalmente. Serán, por tanto, fuentes directas «las que de un modo inmediato nos dan a conocer las leyes e instituciones vigentes en cada época», mientras que las indirectas sólo podrán proporcionarnos «ocasionalmente datos y noticias para ilustrar y completar, ya comprobándolo, ya rectificándolo, el testimonio de los monumentos legales». Dentro del primer grupo incluye los «códigos y monumentos jurídicos propiamente dichos» y en el segundo los «documentos literarios y no jurídicos».

Varios son los criterios adoptados por Galo Sánchez para clasificar las fuentes: por su carácter las agrupa en directas o jurídicas, e indirectas o no jurídicas, por la extensión territorial que alcanzan en su aplicación distingue las nacionales, las territoriales y las locales; con un criterio semejante y también considerando el factor de su aplicación, separa las territoriales, de valor general para todo el territorio, de las personales que están dirigidas a determinados grupos de individuos, sin consideración de aquel elemento territorial. Todavía establece Galo Sánchez otros criterios de clasificación: fuentes inmediatas y mediatas, principales y accesorias, transmitidas sobre materiales duros o blandos, etc.

Un criterio intermedio que toma en consideración la utilidad de las fuentes puede encontrarse en Besta y de modo más claro en von Schwerin y Torres. Besta establece dos grandes grupos: fuentes inmediatas y mediatas. Entre las primeras hace figurar la ley, la costumbre, la jurisprudencia, y las doctrinas de los juristas. En las mediatas incluye los documentos en sentido amplio, los formularios, los refranes que encierran máximas jurídicas, los símbolos y actos simbólicos y el lenguaje como depositario de un rico tesoro del pasado jurídico, en especial la toponimia que puede revelar la función jurídica de ciertas localidades y de la misma onomástica.

Schwerin ha realizado un amplio intento de sistematización general de las fuentes que ha sido recogido por Torres en sus *Lecciones* modificándolo en alguno de sus extremos para hacerlo aplicable a nuestro Derecho. Incluyendo dentro de los medios generales de conocimiento los medios deductivos y las

[PÁG. 303] fuentes, divide éstas en dos grandes categorías coincidentes con las que hemos visto establece también Besta: fuentes inmediatas y mediatas: las primeras comprenden los textos legales, los trabajos privados de tipo jurídico y falsificaciones y los refranes que contengan principios jurídicos. Las fuentes mediatas las clasifica según se refieren o no concretamente a la vida del Derecho. En las primeras distingue según afecten a la aplicación o a la vida teórica del derecho, mientras que en el segundo grupo incluye la toponimia, las fuentes escritas, las de tipo material y los usos y costumbres; la sistematización sigue especificando divisiones y subgrupos que no es el momento ahora para exponer.

García Gallo adopta como criterio de clasificación de las fuentes el de su naturaleza y en tal sentido establece dos categorías fundamentales: los textos jurídicos y las fuentes no jurídicas. Considera como textos jurídicos “los escritos, frases y objetos que en cada sistema han servido para crear o aplicar el derecho”. De acuerdo con esta idea los divide en tres grupos: 1º de declaración del Derecho (leyes códigos, refranes y literatura jurídica). 2º de aplicación del Derecho (instrucciones a funcionarios, formularios, rituales, documentos, decisiones judiciales y registros) y 3º representaciones plásticas (pinturas, esculturas, lugares, objetos, atributos, símbolos, escudos, sellos, monedas, etc.).

La segunda categoría general está integrada por lo que denomina fuentes no jurídicas, entendiéndolo por tales todas aquellas que conservan “huellas de principios jurídicos” de cualquier especie que sean; por esta razón incluye entre ellas tanto las religiosas, económicas y filosóficas, como las narraciones históricas, descripciones de costumbres, correspondencia, poemas, comedias, novelas, etc., siempre que contengan alusiones a hechos jurídicos.

Es este el momento de exponer nuestra opinión personal respecto a este problema de la clasificación de las fuentes. Creemos que al objeto de ajustarse, en cuanto sea posible, a la realidad y darnos simultáneamente idea del valor que cada una encierra para nuestra ciencia, la clasificación que se adopte ha de tener en cuenta de una parte la circunstancia de la naturaleza de las fuentes en que se basa García Gallo, naturaleza jurídica, se entiende, más interesante que la puramente material de la forma en que se ha verificado la transmisión que es decisiva para von Amira, y de otra parte la mayor o menor utilidad que reportan a la Historia del Derecho, que, como hemos visto, es el criterio de sistematización empleado por Von Schwerin, Besta y Torres. Solamente esta doble consideración podrá presentarnos los dos aspectos fundamentales que interesan en una fuente que son el de su propia naturaleza, objetivamente considerada y el de la utilidad más o menos directa que pueda encerrar con relación a nuestra disciplina.

LA UTILIZACIÓN DE LAS FUENTES

Estas fuentes, cuya sistematización hemos estudiado son para el historiador del Derecho simples medios. Como ya dijimos antes, la falta de ayuda que pueden prestar, por su escaso desarrollo, otras ciencias como la Paleografía cuyo fin directo lo constituyen estas fuentes en sí mismas, es lo que determina que el historiador del Derecho deba poseer una serie de conocimientos indispensables para la preparación de los materiales necesarios, pero que en realidad no es esta labor de su incumbencia. Por esta razón preciso es exponer

[PÁG. 304] en este lugar una serie de reglas que se refieren a la utilización de estas fuentes, utilización que es el precedente necesario para poder establecer sobre ellas una construcción institucional sistemática.

Las fuentes de la Historia del Derecho pueden ser, como las fuentes históricas en general, escritas, orales, y plásticas. Las escritas que son sin duda las más interesantes y sobre las que habitualmente se deberá trabajar presentan como primer problema el de la lectura; ésta exige una serie de conocimientos de Epigrafía, si se nos han transmitido, escritos en materiales duros y de Paleografía si lo están sobre materiales blandos, ya se trate de papiro, de pergamino o de papel.

Pero estas fuentes remotas exigen además del historiador jurista otros conocimientos lingüísticos. Los textos jurídicos de la Alta Edad Media, cuyo estudio es uno de los que con mayor frecuencia deberá realizarse se encuentran escritos en latín o en romance primitivo. Los primeros obligan a un conocimiento a fondo de la lengua latina que presenta además algunas particularidades: no es suficiente el del latín clásico, indispensable para los textos canónicos, obras de juristas y fuentes de determinadas regiones, como Cataluña, sino que se precisa en muchas ocasiones poder traducir también el latín barbarizado en que están escritos la mayor parte de los documentos (entiéndase esto en sentido amplio) especialmente los que revisten un carácter popular. El dominio de éste, lo mismo que el del romance más antiguo, donde se reflejan fuertemente las variedades regionales, sólo pueden adquirirse con la práctica constante del manejo de fuentes.

Examinados los presupuestos que han de darse para la inteligencia de una fuente, veamos ahora las distintas operaciones a que hay que someterla para llegar a reconstruirla y valorarla justamente, la llamada crítica interna y externa.

La reconstrucción de la fuente no ofrece dificultades en los casos en que se trata de fuentes impresas; sólo deberá cuidarse de recoger las variantes de las ediciones. Más difícil es la labor cuando se ha de trabajar sobre fuentes manuscritas.

Sí se ha conservado el original, independientemente de que existan o no copias, la reconstrucción se ha de hacer a base de aquél prescindiendo en absoluto de las segundas y debe consistir en dar su edición paleográfica. La misma sencillez presenta la cuestión cuando no existe el original y sí una sola copia: el historiador se ve obligado como es natural a limitarse a reproducir simplemente ésta, corrigiendo con un cuidado extremado aquellas faltas en que visiblemente incurrió el autor de la transcripción.

La mayor dificultad se presenta cuando falta el original y existen, en cambio varias copias difieren unas de otras. En este caso es indispensable un examen minucioso para determinar las relaciones que existen, de una parte, entre unas copias y otras, y por otra entre aquellas copias y el original.

Especifica García Villada la labor de comparación, anotación y examen de variantes que se debe realizar entonces con vistas al establecimiento de las familias en que puedan agruparse los manuscritos. Una vez conseguido esto, sólo faltará determinar cual de estas familias se aproxima más al original. Esta es la que deberá servir de base a la reconstrucción del texto, mientras las demás serán útiles para la aclaración de los extremos dudosos.

Paralelamente a la labor de reconstrucción del texto se deberá proceder a la eliminación de las interpolaciones que en él se hayan introducido. Esta

[PÁG. 305] eliminación en los casos en que tengamos dos o más formas de un mismo texto deberá efectuarse por la comparación de unas con otras, con lo que aparecerán fácilmente los elementos extraños que se hayan introducido en una de ellas. El problema ofrece más complejidad cuando solo se conserva una forma única. En este caso habrá que guiarse por detalles de forma, unidad en la redacción, cambios de estilo o de lenguaje, anacronismos, etc., o por otros que se refieran al contenido, como existencia de antinomias entre pasajes del mismo texto, falta de correspondencia entre el epígrafe y el contenido de un capítulo, contradicción manifiesta entre sus principios y las concepciones jurídicas dominantes en la época que se le asigna, etc.

Realizada la reconstrucción del texto original de una fuente procederá localizarla y determinar su fecha, en los casos en que la fuente no especifique estos extremos. Para ello tendremos que fijarnos en ciertos indicios y utilizarlos de acuerdo con las reglas de algunas ciencias auxiliares. La Paleografía podrá suministrar el dato de la fecha aproximada si poseemos el original mismo de la fuente, e indicios externos utilizables serán también la forma de los documentos y el estilo del lenguaje. Entre los indicios derivados de circunstancias del contenido, podemos acudir al aspecto jurídico de ese mismo contenido que puede acusar una época más o menos remota, a la referencia a determinados acontecimientos notables y también al dato que suministran los nombres de los confirmantes que aparecen habitualmente en los documentos medievales. Estos son, en unas ocasiones, personajes conocidos y el hecho de aparecer en un documento es un indicio bastante cierto respecto a la fecha de éste. La comprobación con otros textos que se supongan de la misma época será también muy útil, al no ser tanto de fechar la fuente como de conseguir su localización. Para esta segunda finalidad resulta de valor inestimable la ayuda que puede prestar la Geografía histórica.

Verificada la reconstrucción material de la fuente se deberá proceder a su valoración, a averiguar exactamente cual ha sido la eficacia de que ha gozado. Este problema en muchas ocasiones no presentará dificultades; el mismo carácter peculiar de la fuente será el criterio que podrá guiarnos para valorarla; lo que merece, en cambio, una atención especial son los casos de falsificaciones que se han tenido en ciertas épocas por auténticas. Al valorar estas fuentes habrá que tener muy presente esta circunstancia y apreciar la autoridad e influencia que han alcanzado en la práctica.

Una vez efectuadas las operaciones descritas, reconstruido y valorado con exactitud el texto que interesa, la última tarea a realizar antes de emprender, empleándolo como base, la construcción de carácter institucional es la de interpretar con exactitud el contenido jurídico que encierra. Para esto precisará una ambientación general del historiador del Derecho con respecto a la época y medio a que hagan referencia los textos que maneja. No debe interpretarlos según unas ideas y concepciones jurídicas actuales, sino saberse adaptar a las que dominaban en aquellos momentos, compenetrarse con la vida jurídica de la época. Sólo de esta forma será posible agotar todas las posibilidades que ofrecen las fuentes y conseguir que sean una base segura que asentar la construcción de instituciones del antiguo Derecho.

LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA

[PÁG. 306]

Ya indicamos que el trabajo sobre las fuentes no es en realidad misión del historiador del Derecho; si éste se ve obligado a realizarlo es a causa de la falta de desarrollo de otras ciencias que debieran suministrarle los materiales elaborados; la construcción de las instituciones que formaron los sistemas jurídicos pasados es la labor que propiamente le corresponde y esto además con carácter de exclusividad.

EL TRABAJO MONOGRÁFICO

Es de sobra conocido que nuestra ciencia constituye un campo virtualmente inexplorado. Existen épocas enteras cuya vida jurídica nos es desconocida en muchos aspectos. Para ir abriendo camino y sacar a la luz noticias que nos permiten sentar jalones al objeto de conseguir una visión de conjunto, la labor de tipo monográfico constituye una necesidad absoluta de la que no puede desentenderse el historiador del Derecho. Sólo reuniendo los resultados de una serie de monografías construídas con seriedad científica y de modo directo sobre las fuentes podrá conseguirse aquella finalidad.

Esto no excluye, naturalmente, el manejo de la bibliografía; es desde luego imprescindible la consulta de todas las publicaciones relacionadas con la materia estudiada que pueden ser de utilidad; sin embargo, no constituirá la base del trabajo, que son siempre las fuentes, sino el complemento necesario, especialmente con fines de ambientación general y planteamiento exacto del problema.

El objeto de la labor monográfica debe ser, concretamente, una institución o un aspecto de ella. Considerada la institución como conjunto de normas relacionadas entre sí y con un objeto común de regulación de cada una de las relaciones jurídicas de la vida social, son los elementos integrantes de los distintos sistemas jurídicos que se han sucedido en el pasado. Precisa en este punto considerar una serie de reglas a que debe sujetarse el trabajo del historiador para lograr reconstruirlas de acuerdo con su verdadero sentido.

Dos factores hay que tener siempre en cuenta para la utilización de los datos que suministran las fuentes con vistas a la construcción monográfica: el factor cronológico y el factor geográfico.

Los datos que nos suministran las fuentes debemos utilizarlos solamente para reconstruir el sistema jurídico en vigor en la fecha de que aquella fuente procede o, cuando más, del sistema jurídico anterior en el caso de que lo modifique de manera expresa. La mayor dificultad se presenta en el campo del derecho consuetudinario. Alcanzó bastante difusión entre nuestros historiadores el empleo de un método derivado de los principios de la Sociología, que llevaba a considerar de origen primitivo gran número de instituciones consuetudinarias cuya procedencia no aparecía claramente definida; los principales representantes de esta orientación en España son Joaquín Costa y Rafael de Ureña; los trabajos de dichos autores merecen no ser olvidados y hay que reconocerles en justicia el método indudable de haber destacado la importancia del estudio del derecho consuetudinario al que anteriormente no se había dado todo el relieve debido. Pero, en cambio, son ya dignos de censura al remontar al derecho más antiguo el origen de las instituciones de procedencia oscura sin preocuparse demasiado de que existan razones serias que lo justifiquen. En buen

[PÁG. 307] número de casos se ha patentizado la inexactitud de sus resultados que demuestra que es necesario proceder con la máxima cautela. La diversidad de circunstancias culturales que se han ido produciendo en el transcurso del tiempo no favorece la permanencia durante periodos extremadamente largos de las normas jurídicas, aún consuetudinarias; por ello, no es aconsejable el situar el origen de una costumbre mucho tiempo antes de la época en que se testimonia su existencia, ni tampoco autoriza el hecho de encontrar principios consuetudinarios semejantes en épocas muy distantes entre sí, a sentar sin más una relación entre ellos y ver en los de época más moderna la supervivencia necesaria de los anteriores.

Distintos serán los términos en que se plantea el problema cuando se trata de otros tipos de fuentes. De todas formas, tampoco deberá tomarse una ley o documento como base para construcciones de sistemas jurídicos anteriores si no se tiene la evidencia de que recoge normas que correspondan a ellos; la existencia de simples indicios de que aquella fuente recoge un fondo jurídico más antiguo no debe ser considerada, por lo general, como suficiente. En el supuesto contrario tampoco basta la mera presencia de una ley en una recopilación para que podamos suponerla efectivamente en vigor; ha sido muy frecuente el que numerosas leyes hayan permanecido durante largo tiempo en una colección con una vigencia sólo nominal. Ya puede comprenderse cuan distante estaría de la realidad la reconstrucción del sistema jurídico de una época sobre la base de estos elementos sin vida real.

El segundo factor que, según hemos dicho, precisaba tener en cuenta para la utilización de los datos en el trabajo de construcción monográfica es el geográfico. Y ello nos sitúa ante otro problema derivado, como el anterior, del empleo inmoderado de métodos procedentes de la Sociología: aludo a la llamada ciencia del derecho comparado.

Es indudable, como afirma Hinojosa, la existencia de instituciones características de un determinado estadio cultural, que los derechos correspondientes a estos momentos paralelos presentan entre sí una serie de analogías y que siempre que se den determinadas circunstancias es admisible el empleo de la comparación para comprobar los resultados obtenidos en una construcción dogmática realizada sobre fuentes de cierto territorio. En tal caso es perfectamente lícito acudir al derecho de otros territorios, siempre que entre ellos existan relaciones de parentesco, con el fin de conseguir, por medio de la compulsación de sus analogías y diferencias, una apreciación más exacta de las peculiaridades del sistema propio del territorio estudiado. En último extremo puede ser también admisible, partiendo del supuesto de la correspondencia comprobada de ciertas instituciones en dos sistemas jurídicos, recurrir a la comparación para completar una cuestión de pormenor, pero siempre procediendo con la precaución más exquisita. Pero lo que no podrá hacerse nunca es usar con toda amplitud del método comparativo con un criterio sociológico y tomar como base de construcción institucional las pretendidas leyes universalmente válidas a que hemos hecho ya referencia, que nos permitan trasladar principios e instituciones de un sistema jurídico a otro por el mero hecho de darse en pueblos de un grado semejante de desarrollo cultural.

Y en un sentido todavía más restringido, prescindiendo del empleo de métodos sociológicos precisa realizar la construcción jurídica con datos referentes al territorio concretamente estudiado; es éste uno de los defectos fundamentales

[PÁG. 308] en las obras de Mayer, que utiliza los datos suministrados por las fuentes sin preocuparse del ámbito territorial de vigencia de cada una y construye instituciones relacionando artificialmente lo que jamás estuvo relacionado en la realidad.

Este mismo respeto al factor geográfico impone el evitar generalizaciones peligrosas y establecer teorías con validez para distintos territorios siempre que las fuentes no comprueben en cada uno de ellos lo que se afirma de modo general. Se trata sencillamente de una precaución de tipo metodológico que impone la compleja variedad jurídica medieval. Como exponente de esta tendencia en favor de la objetividad histórica presentan un interés notable los trabajos de Mereã; en su pequeña monografía sobre los orígenes del municipio de Coimbra pone especialmente en guardia al historiador jurista contra el peligro de verlo todo a través del "prisma simplificador y formalista del Derecho". Es, sin duda, una observación acertada; el historiador del derecho, precisamente por la formación jurídica que posee se siente inconscientemente inclinado a la generalización, a la síntesis, y ésta no puede en ocasiones realizarse sin poner en peligro la exactitud de la reproducción de la vida jurídica del pasado que debe ser siempre la directriz que ha de guiarle en toda su labor.

Hemos detallado una serie de reglas que debe observar el historiador del Derecho para utilizar convenientemente las fuentes sobre las que trabaja y extraer de ellas, hasta agotarlas, su contenido exacto. Dando ya por sentado que, en efecto, ha procedido con justeza en su valoración y que tuvo en cuenta para emplearlas los factores geográfico y territorial a que he aludido, la culminación del trabajo monográfico será el realizar la construcción institucional sobre los materiales de que dispone. Y si hasta aquí el historiador del Derecho ha tenido que proceder preferentemente como historiador para reunir y agrupar los datos suministrados por las fuentes en perfecto acuerdo con la realidad histórica, en adelante el jurista deberá situarse en primer término, sin dejar por ello de ajustarse exactamente a esta realidad y procurando siempre dar una visión lo más fiel posible de la vida jurídica del pasado.

De la misma forma que el historiador del Derecho, según veíamos, debe ser exacto en el empleo de las fuentes y respetar las circunstancias geográficas y cronológicas de cada una, hay que prevenir otro peligro que puede amenazarle al llevar a cabo la labor de construcción de las instituciones: me refiero al que representa el hecho de tener un criterio propio sobre la cuestión, formado a consecuencia de sus investigaciones sobre temas análogos realizadas en otros derechos. Fatalmente, si no se pone en este punto el cuidado más exquisito, se dejará llevar por aquel criterio con grave riesgo de la objetividad debida; en vez de efectuar una construcción que se ajusta exactamente al contenido de las fuentes, arrastrado sin darse cuenta por la misma tendencia a la generalización, aplicará al nuevo sistema los principios que dedujo en el que anteriormente estudió, sin que sepa descubrir en aquellas otras cosas que la confirmación de su teoría.

El problema fundamental que se presenta al emprender la construcción jurídica es el de hallar la dogmática del sistema estudiado. Los principios inspiradores de los sistemas no son fácilmente captables en los derechos primitivos y hay que inducirlos de las normas concretas, por lo general rudas y groseras, que encubren su verdadero espíritu y sentido jurídico. Para esta reconstrucción de la dogmática el historiador ha de compenetrarse con la vida jurídica que refleja

[PÁG. 309] aquel sistema, procurar vivirlo y sentirlo. Ello no es obstáculo para que pueda valerse, siempre con la mayor cautela, de las ideas que le sugieren otros derechos análogos al estudiado o aún los mismos derechos modernos, pero evitando caer en el absurdo de pretender infundir en aquellos sistemas principios jurídicos modernos.

Del mismo modo, al sistematizar el derecho del pasado, hay que guardarse de hacerlo con arreglo a las reglas de la metodología moderna, en una palabra, de aplicar a él las categorías jurídicas actuales. Obtendríamos entonces una visión totalmente falsa. No significa esto que si tratamos de sistematizar el contenido jurídico de una fuente determinada cuyas disposiciones aparecen barajadas en el más completo desorden, debemos, por respeto a su sistemática, renunciar a todo intento de ordenación: ello sería simplemente absurdo; pero de igual modo lo sería el que la sistematización del material desordenado quisiéramos realizarla de acuerdo con los principios metodológicos modernos. En tal caso procederá acudir a la ayuda que puedan suministrar otras fuentes que reflejen el mismo derecho y la misma mentalidad jurídica que la estudiada y ellas son las que nos darán el criterio de sistematización que proceda emplear.

Problema delicado puede plantear al investigador el hecho de que existiendo varias fuentes posiblemente emparentadas entre sí, presenten algunas de ellas una regulación más minuciosa y perfeccionada que las otras de la institución estudiada; su penetración y sentido serán entonces los únicos elementos de que dispondrá para darse cuenta de si se trata sólo de que unas fuentes son más expresivas que las otras, pero reflejando todas una idéntica dogmática y un mismo grado de desarrollo de la institución, o si por, el contrario, existe entre ellas una diferencia de fondo y aquellas distintas formas son el exponente de grados también distintos en la evolución de la institución.

Esta idea de evolución exige unas últimas aclaraciones: el investigador ha de tener muy presente que las instituciones, y, por tanto, los sistemas jurídicos no cambian bruscamente. Sería pueril el creer que pudiera establecerse entre unos y otros separaciones tajantes, y aún dentro del mismo sistema las instituciones evolucionan lenta, pero constantemente. No podrá, por tanto, perderse de vista este aspecto evolutivo, histórico, en fin, de la sucesión de los sistemas que habrá que considerar en estrecha conexión con la total evolución social de la que es una de las facetas fundamentales.

LA ELABORACIÓN DE CONJUNTO

Hemos indicado antes que el campo de la Historia del Derecho está en gran parte por explorar y que la finalidad de la labor monográfica debía ser el ir acotándolo lentamente y dar una visión exacta de la realidad en cada uno de los puntos sobre los que se hubiese efectuado. Esta tarea constituye, por tanto, el precedente necesario para la elaboración de conjunto que deberá de apoyarse en los datos que le suministren las monografías sobre puntos concretos. Sobre los datos, mejor que sobre los resultados del trabajo monográfico, deberá basarse el historiador para la construcción de tipo general; sólo así podrá procederse en unas condiciones de seguridad relativa cuando hay que basarse en monografías cuyas conclusiones no sean del todo afortunadas.

Diversos son los problemas que presenta la elaboración de conjunto de nuestra disciplina; quiero hacer referencia a tres de ellos que revisten una importancia

[PÁG. 310] particular: me refiero al del contenido jurídico y no jurídico, al del criterio cronológico o sistemático preferible en la exposición y, por último, al de la periodificación de la Historia del Derecho Español.

Se afirma con exactitud que el contenido de nuestra asignatura es un contenido jurídico y que jurídicamente deberán ser resueltas todas las cuestiones que se planteen. Es algo axiomático e indiscutido. Pero al mismo tiempo resulta también evidente que para lograr una visión exacta de los sistemas y de la vida jurídica de cada momento no basta con limitarse al estudio de las cuestiones puramente jurídicas. El derecho, como uno de los aspectos que es de la vida social, se mantiene íntimamente ligado a otras de sus facetas. Por tanto, el historiador del Derecho no puede limitarse a exponer lo netamente jurídico separado de todos los demás factores de la vida social; precisa exponer el derecho de cada periodo dentro de su propio ambiente, del medio en que regía, y comprender así la influencia que los elementos de éste ejercían sobre él. Vemos, en consecuencia, que resulta forzoso que el contenido de la Historia del Derecho sea, en parte, no jurídico. Esta necesidad ha sido apreciada por los tratadistas desde largo tiempo atrás y del mismo momento arranca también la preocupación por establecer con claridad la separación entre el contenido jurídico y el no jurídico.

En época lejana, todavía a mediados del siglo XVIII, Leibnitz sienta la distinción entre historia interna y externa. La primera según él trata las cuestiones jurídicas todas, mientras que la externa abarca el contenido no jurídico, o sea los problemas, y aspectos de tipo histórico general que interese tener en cuenta por haber ejercido influencia sobre el desarrollo del Derecho.

La división de Leibnitz es modificada por Klimrath. Conservando las mismas denominaciones de Historia interna y externa, varía su contenido y deja reducida la primera al estudio "del fondo del derecho, de sus disposiciones y principios", mientras que el campo de la segunda sigue abarcando la Historia General y se ve además ampliado por la inclusión en él de las fuentes jurídicas. Un último exponente de esta tendencia a ampliar cada vez más el campo de la historia externa, reduciendo paralelamente el de la interna lo encontraremos en Barrio y Mier. Para él, la Historia interna queda reducida al simple estudio de las instituciones; todas las demás materias que integran el contenido de la Historia del Derecho, ya sean de índole jurídica o no jurídica, deben considerarse patrimonio exclusivo de la Historia externa.

Una última faceta de la división en Historia interna y externa nos la presentan Hinojosa y Pérez Pujol. Según ellos, prescindiendo, en principio, de todos los elementos no jurídicos, la Historia externa se reduce al estudio de las fuentes, en sentido amplio, "de las formas en que se revela y actúa el derecho", como dice Hinojosa, y la interna al de las instituciones; sin embargo, en la primera se encuentran virtualmente incluídos una serie de factores de tipo político y social. Puede aquí advertirse una reacción contra la progresiva ampliación del contenido de la historia externa y un deseo, no conseguido del todo en la práctica, de ceñir a lo jurídico el campo de nuestro estudio.

La idea de Puchta de que, en el Derecho, a semejanza de lo que sucede en todo organismo, cabe distinguir su evolución en conjunto de la particular de cada uno de sus miembros lleva a Brunner, abandonando la clásica división en Historia interna y externa, a distinguir una Historia General del Derecho de la Historia especial del Derecho público, penal, procesal, y privado. En la primera incluye el estudio de las fuentes y de los hechos políticos, sociales y económicos

[PÁG. 311] que influyen en la vida del derecho, mientras que la especial será, en definitiva, la Historia de las instituciones.

Esta división que se ha difundido notablemente en el campo de nuestra ciencia, refleja, sin duda la totalidad de los factores que son significativos al objeto de comprender la vida jurídica de una época y que precisa tener en cuenta para apreciar el proceso evolutivo del Derecho; sin embargo, adolece de la falta de no dejar claramente delimitados el contenido jurídico y no jurídico. Bajo este aspecto considero más acertado el criterio del Profesor García Gallo quien, aun recogiendo los elementos de índole no jurídica consigue que se mantenga la separación entre la materia jurídica y la extrajurídica. A este fin, agrupa la segunda dentro de lo que denomina "Bases de la formación del Derecho" (en las que, por motivos de claridad en la exposición, incluye también algunas cuestiones jurídicas) mientras que el contenido propiamente jurídico, se mantiene claramente diferenciado, con las necesarias distinciones dentro de él entre instituciones y fuentes. Según he dicho, considero este criterio el preferible, pues resuelve de modo satisfactorio, como no se había hecho hasta el presente, los dos problemas fundamentales de tomar en consideración todos los factores de interés para la exacta reproducción de la realidad jurídica pasada y mantener al mismo tiempo netamente deslindadas las esferas de lo jurídico y lo extrajurídico.

El segundo de los problemas que se debe resolver en la elaboración de conjunto de nuestra disciplina es el del plan de exposición que conviene adoptar; y a este respecto pueden seguirse dos criterios que debemos considerar como fundamentales: el plan sistemático y el plan histórico. Examinemos en qué consiste cada uno de ellos y las ventajas e inconvenientes que presenta la utilización de uno y otro.

El plan sistemático parte como base de una dogmática preconcebida, generalmente la actual, y ajustándose a ella divide el derecho en distintas facetas que va considerando separadamente. Dentro de cada una de ellas las instituciones son estudiadas cronológicamente por separado pudiéndose apreciar en conjunto la visión del total desarrollo histórico que individualmente ofrecen los diferentes periodos que se establecen al efecto.

Con tal objeto se consideraban independientemente el derecho público, el privado, el penal, el procesal y las fuentes; dentro de cada uno de estos grupos se establecían períodos y en ellos se estudiaban individualmente las singulares instituciones, salvo en el derecho privado donde la división en períodos se realizaba dentro de cada institución.

El plan cronológico parte de unos principios por completo distintos: en vez de adoptar como base de división el Derecho, toma como base la Historia. A tal fin se fija en algunos momentos de importancia fundamental en el desarrollo del Derecho y de acuerdo con ello establece la división en períodos, dentro de cada uno de los cuales se estudian todas las fuentes e instituciones. No supone esta división en periodos que la evolución jurídica se produzca bruscamente y que a lo largo de cada uno el derecho permanezca en una posición de reposo que excluya toda idea de transformación; pero sin sostener esto, que sería a todas luces inexacto, puede afirmarse que, durante ciertos lapsos de tiempo, los comprendidos dentro de cada periodo, la evolución sigue un ritmo mucho más lento que permite considerar que es como una unidad con características propias.

[PÁG. 312] ¿Cuál de los dos sistemas es preferible adoptar? Hay razones serias de uno y otro lado que imponen un examen de la cuestión.

El plan sistemático ofrece como ventaja indudable la de que permite apreciar en su totalidad y sin interrupciones el completo desarrollo de cada institución. La visión que tengamos de éstas será, por tanto, más exacta. Pero al lado de esta ventaja se presentan gravísimos inconvenientes. Es posible que logremos con él seguir la evolución experimentada por una institución, pero lo que no conseguiremos nunca es obtener una visión de conjunto de los sistemas jurídicos ni de la evolución total de la vida jurídica. Las instituciones aparecerán aisladas, resultará imposible establecer una interdependencia entre ellas, se faltará en suma al objeto fundamental de la Historia del Derecho, la reproducción de la vida jurídica pasada

El método histórico o cronológico presentará unas características justamente contrarias al sistemático: quedará asegurada la exactitud en la reproducción de la vida jurídica de un periodo determinado, podrá apreciarse claramente la continuidad del desarrollo histórico; en cambio tiene el inconveniente de obligar a un fraccionamiento en el estudio de las instituciones singulares o cuando menos, a repeticiones que hay que considerar en el mejor de los casos tan peligrosas como anticientíficas.

Al objeto de solventar estas dificultades algunos autores de los que siguen el plan cronológico han recurrido al expediente de señalar unos periodos de diversa duración para los distintos aspectos del Derecho. En efecto, es una realidad que las instituciones de derecho privado siguen en su desarrollo un ritmo mucho más lento que las de derecho público; se debe este fenómeno a que las primeras están estrechamente ligadas a una serie de factores en íntima relación con la misma naturaleza del hombre, o con la de los grupos humanos derivados del derecho natural, en los que apenas se aprecian variaciones, mientras que el Derecho público, por la conexión que mantiene con la Historia política cuyas mutaciones son mucho más frecuentes, se desarrollará con una rapidez a todas luces muy superior. Así vemos en distintos tratados de Historia del Derecho establecer para las fuentes y derecho público una división en determinados períodos mientras que para el privado señalan sólo algunas grandes épocas en las cuales sea posible apreciar variación en las instituciones que lo integran. El Derecho Penal y Procesal puede periodificarse con arreglo a uno u otro sistema, aunque, por lo general, se le suele incluir en las divisiones fijadas para el derecho público.

¿Qué sistema es preferible adoptar? Teóricamente el plan cronológico es, sin ningún género de dudas, muy superior al sistemático; ya expusimos las razones que abonaban en favor de él como del único que hace posible la consecución del objeto fundamental de nuestra ciencia, el reconstruir la vida jurídica del pasado, y apreciar como ha evolucionado el Derecho a través de la sucesión de los sistemas. Sin embargo, el estado actual de desarrollo de nuestra ciencia impone variar en la práctica este criterio.

En el Derecho público y en las Fuentes resultará, desde luego, posible la adopción del plan cronológico señalando los períodos fundamentales de que luego hablaremos estudiando uno a continuación de otro, paralelamente a la sucesión que han seguido en la Historia; no será, en cambio, factible conservar tal criterio en el Derecho privado, penal y procesal; aquí la falta de elementos y el estado incipiente de la investigación impone el adoptar un plan sistemático y

[PÁG. 313] estudiar separadamente cada uno de aquellos aspectos del Derecho señalando en ellos la división en los periodos fundamentales. Este plan, aunque sistemático, no revestirá tal carácter en toda su pureza: así en el derecho privado no vamos a establecer una separación radical en el estudio de cada una de las instituciones: las consideraremos reunidas en las grandes agrupaciones que con ellas puede formarse, lo que nos llevará a tratar sucesivamente el derecho de personas, los derechos reales, las obligaciones (considerando aparte las fuentes de las obligaciones en particular), el Derecho de familia (por separado matrimonio, régimen económico matrimonial, y las restantes instituciones familiares) y el derecho sucesorio sin distinción entre sucesión testamentaria y la legítima. Dentro de cada uno de estos agrupamientos, lo mismo que en el Derecho Penal y Procesal, diferenciaremos, como he indicado, los periodos que se pueden establecer al objeto de dar a nuestra exposición el relieve histórico indispensable.

Examinado ya lo que antecede, debemos abordar el último problema que según dijimos, planteaba la exposición de conjunto: me refiero al de la periodificación que conviene adoptar en la Historia del Derecho Español. Y como antecedente, advertir que han sido dos los criterios seguidos para la división en periodos: uno, que adopta los generales propios de la Historia política y que si bien hoy día está casi del todo abandonado ha tenido antes numerosos seguidores; y el ahora dominante, que hace coincidir los periodos con los sistemas jurídicos y el paso de unos a otros con las sucesiones de éstos. Este segundo defendido por Besta, Pitzorno y Cabral es, desde luego, el que adoptamos.

De acuerdo con él, vamos a tratar de señalar, los distintos periodos que pueden apreciarse en la evolución del Derecho Español. Y antes de exponerlos precisa la advertencia fundamental: si bien, como he dicho, el criterio de periodificación será un criterio jurídico, basado en la sucesión de sistemas, esto no significa que a cada sistema le asignemos un periodo independiente; hay periodos en los que coexisten dos o más sistemas jurídicos como es el correspondiente a la España primitiva, donde, al lado del derecho indígena, florecen los sistemas aportados por las colonizaciones; tampoco considero se pueda formar un periodo más de la Historia del Derecho Español con el Derecho de la España musulmana. Aunque dotado de una sustantividad indiscutible estimo le conviene mejor la consideración de un apartado especial que de un período más en la historia de nuestro Derecho. En tal concepto lo estudiaré.

El primer periodo lo constituye el que puede denominarse derecho de la España primitiva, incluyendo bajo tal denominación el propio de los pueblos indígenas de la península y el de las colonias fenicias, griegas y cartaginenses; estos últimos aunque tomados sobre el modelo de los derechos de la metrópoli, adquieren al aplicarse en España, una serie de características que les dan un sello de peculiaridad; probablemente resultaría más exacto el considerarlos como un apartado especial, tal como dijimos considerábamos el derecho de la España musulmana, pero son tan escasas las noticias que nos quedan acerca de este período que resulta superfluo establecer semejante diferenciación.

El derecho de la España romana constituirá el segundo periodo que debe, por tanto, comprender todo el lapso de tiempo durante el cual nuestra península es parte integrante del Estado mundial de la Antigüedad. En él nos interesará seguir el proceso gradual de romanización que experimenta, jalonado por las

[PÁG. 314] concesiones de Vespasiano y Caracalla, y observar de modo especial la formación del derecho romano vulgar, fruto de la fusión del romano puro y del indígena cuya trascendencia no haya sido posible, quizás, apreciar todavía con exactitud, y que, sin embargo, encierra probablemente la clave de la solución de buen número de problemas de la época visigoda y de la Alta Edad Media.

La cristianización de España es, por último, un fenómeno que reclama toda nuestra atención, pues la Fe de Cristo tenía que convertirse desde entonces en algo consubstancial con todo lo español y ejercer una influencia decisiva en los más diversos aspectos de la vida social.

El tercer período, caracterizado por la introducción en nuestro Derecho de elementos nuevos de procedencia germánica, comienza virtualmente con la dominación de nuestra península por los pueblos germanos que penetran en ella al producirse el derrumbamiento del Imperio Romano de Occidente. Se caracteriza por la coexistencia de un derecho oficial fuertemente romanizado y un derecho consuetudinario, dominante en la práctica, resultado de una confusión de elementos de varias procedencias con el denominador común, que favorece su fusión, de pertenecer a sistemas jurídicos rudimentarios.

El anterior periodo se extiende hasta la caída del Imperio visigótico, a consecuencia de la invasión musulmana. La mayor parte del territorio peninsular pasa a integrar la España musulmana que debía subsistir, en una extensión cada vez más reducida, hasta el siglo XV. El Derecho de la España musulmana, como he advertido antes, constituye a mi entender, un apartado especial más bien que un período de la historia de nuestro derecho. Es difícil ver en él una fase de la evolución de éste, al mismo tiempo que resulta indudable que posee una personalidad propia. Esta consideración me ha movido a adoptar el criterio que sigo que, a mi entender, es el que con mayor exactitud refleja la realidad.

El final de la monarquía visigótica, marca el comienzo de un nuevo periodo, el cuarto de la evolución de nuestro derecho, que se extiende hasta principios del siglo XIII abarcando lo que podemos denominar Alta Edad Media. En la España cristiana, reducida a un territorio limitadísimo en extensión que se irá ampliando gradualmente, se desarrolla, al lado de los residuos del Derecho oficial visigodo representados por la vigencia del Liber en León y algún otro territorio, un vigoroso derecho consuetudinario, continuación, sin duda, de aquel otro cuya existencia real al margen del contenido en las leyes, se adivinaba en la época anterior. Este derecho que cristaliza en los fueros municipales y al que se ha atribuído clásicamente un origen germánico, fue, probablemente, el resultado de la fusión de una serie de elementos jurídicos de diversas procedencias con la característica común de pertenecer a derechos propios de pueblos en un estado cultural rudimentario, lo que explica el sello primitivo que reflejan los principios jurídicos dominantes en la primitiva España de la Reconquista.

El renacimiento de los estudios romanistas en las escuelas de Bolonia, cuyo auge coincide con el comienzo del siglo XII, debía empezar a ejercer una influencia eficaz en nuestro derecho un centenio más tarde; en efecto, el principio del siglo XIII coincide con la recepción en nuestra península de los elementos jurídicos romano-justinianeos y canónicos y marca la apertura del quinto de los periodos que señalamos en la Historia del Derecho Español. La lucha entre estos nuevos principios jurídicos y el derecho consuetudinario procedente del periodo anterior es dura y se prolonga a lo largo de más de dos siglos con diversas

[PÁG. 315] alternativas; su resultado es la aparición de un derecho integrado por elementos de una y otra procedencia, pero con una personalidad peculiar indudable al que podemos ya calificar, con toda propiedad, de Derecho Español, en la acepción moderna que se atribuye a este concepto.

El sexto periodo que se extiende desde el siglo XV al XIX no está determinado por la aportación de elementos originales que vengán a alterar el contenido del Derecho; éste sigue siendo virtualmente el mismo; son circunstancias de índole formal las que aconsejan marcar una separación entre el presente periodo y el anterior. Sobre los elementos jurídicos precedentes, sobre lo que se había fijado ya en definitiva como derecho español, se concentra la labor de jurisconsultos y comentaristas que altera la sistematización anterior y que, sin transformar la materialidad del Derecho, llega a infundirle un nuevo espíritu. El último siglo de este periodo, el XVIII, importa, con la dinastía borbónica, las corrientes de moda del enciclopedismo francés; la vida social, en todos sus aspectos, el jurídico entre ellos, se aparta de todo cuanto pueda suponer relación con Dios: el hombre se basta a sí mismo y no tiene por qué sujetarse a nadie: después de quince siglos de continuidad han dejado de ser consubstanciales lo cristiano y lo español.

El séptimo y último periodo es la lógica consecuencia del anterior: perdida el alma de lo español, su esencia, lo que aún conserva externamente aquel calificativo, y en primer término el derecho, será campo abonado para todas las novedades: las influencias extrañas se suceden, pero sus principios no aciertan a asimilarse: es inútil buscar una nueva faceta de lo español. La extranjerización, la desnacionalización, es el único rasgo que acusa nuestro Derecho.

El año 1936 marca el inicio de una nueva era. Después de dos siglos lo español vuelve a encontrar su alma. Y la paz interior de España coincide con el principio de la mayor de las guerras que hace adivinar una subversión absoluta de todo aquello que el mundo moderno se había acostumbrado a considerar como fundamental.

[NOTAS EN PÁGS. 315, 316, 317, 318 Y 319]

1. Enrico Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, Cedam, 1926, pp. 4-5.
2. Todavía en época relativamente cercana por T. Grand, "L'Histoire du droit français, ses règles, sa méthode, son utilité", en *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, 1919, pp. 277-304.
3. E. Besta, *Avviamento*, pp. 7-8.
4. Sobre las relaciones entre la Sociología y la Historia del Derecho: K. Haff, "Rechtsgeschichte und Soziologie", en *Viertel jartschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte*, XXII (1929), pp. 1 y [ss. K. O. Har, *A Study of the validity of sociological generalizations*, 1930; W. Jones, "Modern discussion of the aims and methods of legal Science", en *Law Quarterly Review*, XLVII (1931), pp. 62-91; B. Norwath, *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, 1934.
5. Entre las obras clásicas de Arqueología Jurídica: I. Grimm, *Deutsche Rechtsaltertünlehre*, 1928, 4ª ed., 1899, 2 vols. Th. Mommsen, J. Marquardt, y P. Krüger, *Manuel des Antiquités romaines*, trad. de G. Humbert, Paris, I, pp. 1892 y ss.
6. A. Dopsch, *Wirtschaftliche und sozialen Grandlagen der europäischen Kulturentwicklung aus der Zeit von Caesar bis auf Karl den Grossen*, I,2, Viena, 1923 recuerda numerosos casos de tratadistas que estudian conjuntamente temas de carácter económico y jurídico. Él, por su parte, defiende esta doble consideración en "Carlomagno y el Capitulare de Willis", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1925, especialmente, pp. 47-48.
7. Grand, *ob. cit.*, pp. 289-290.
8. Declaureil, *Histoire Générale du droit français*, Paris, 1925, pp. VII-VIII.

9. Adhémér Esmein, *Cours élémentaire d'Histoire du droit français*, 15ª ed. por R. Genestal, Paris, 1930.
10. G. Salvioi, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, p. VIII.
11. B. Pitzorno, *Elaborazione scientifica della Storia del diritto italiano*, Padova, 1928.
12. L. Cabral de Moncada, "O problema metodológico na ciencia da História do direito português. Criterio para una divisão cronológica", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, pp. 138-160.
13. Hans Kelsen, *Greuzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, p. 14.
14. Karl von Amira, *Allgemeine deutsche Biographie*, LIII, p. 541.
15. Rafael de Altamira, *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*, Madrid, 1903, p. 7.
16. Eduardo de Hinojosa y Naveros, *Historia General del Derecho Español*, I,2, 1924, p. 2.
17. Manuel Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, vol. 2, Librería General "La Facultad" de Germán García, Salamanca, 1934, p. 52.
18. Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 12, pp. 7 y 8.
19. R. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1932, p. 2.
20. A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1930 y G. Salvioi, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, p. 1.
21. E. Besta, *Avviamento*, p. 13.
22. Von Schwerin, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 1 (1924), p. 26, sostiene que el Derecho español aparece en la época visigoda y que el Código de Eurico debe considerarse como su fuente más antigua. Sin embargo, la opinión más generalizada remonta a la época romana el origen del Derecho Español.
23. Joaquín Costa, *Religión y Estudios* y Rafael de Ureña, *Literatura*, son los representantes destacados de aquella orientación que combate especialmente Torres. Sin embargo esta corriente en exceso germanista no se ajusta, probablemente, a la realidad, pues el hecho de que ciertas instituciones de derecho consuetudinario sean semejantes a las del derecho germánico, no autoriza para atribuirles sin más este origen. Tengase en cuenta que los derechos de los pueblos primitivos muestran entre sí grandes analogías; en cambio, se puede decir que solo el antiguo derecho germánico ha sido objeto de un estudio minucioso. En tales circunstancias existe el peligro de atribuir origen germánico a lo que solo puede afirmarse que es primitivo por no haberse podido efectuar la comprobación necesaria. En el caso concreto véase en mi tesis doctoral donde, aún sin haberme detenido a realizar un estudio a fondo del problema, encuentro huellas sin duda semíticas de una de las instituciones que se consideran típicamente germánicas, la prenda extrajudicial; sus características no difieren en nada de la prenda que hallamos en el Derecho Germánico.
24. A esta recepción parcial en la práctica responde quizás el criterio de selección de constituciones imperiales seguido por los recopiladores de la Lex Romana Visigothorum, difícilmente explicable de otra forma. Si de 3.000 constituciones contenidas en el Codex Theodosianus (Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts in Holtzendorf Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft im systematischer Bearbeitung*, I, München, 1915, p. 378) seleccionaron solo 402 (Ureña, *Legislación Gótica Hispana*, Madrid, 1905, p. 301) puede ser ésto debido a que solo recogiesen las constituciones recibidas en España.
25. Recuérdese el estudio de Melicher sobre esta oposición entre el Derecho consuetudinario y el escrito. Theophil Melicher, *Der Kampf zwischen Gesetzes und Gerwohnheitsrechts in Westgotenreiche*, 1930.
26. Destacan esta influencia del Derecho Germánico: Eduardo de Hinojosa y Naveros, *El elemento germánico en el Derecho Español*, Madrid, 1915. Y entre los extranjeros Ficker, *Über nähere Verwandtschaft gotischspanischen und norwisch-isländisches Recht*, 2º vol. Complementario de la Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung. Wolf, *Beiträge zur Rechtssymbolik aus spanischen Quellen*, tomo 51 de las Sitzungsberichte der Wiener Akademie y Melicher en la obra ya citada.
27. Helfferich, *Entstehung und Geschichte des Westgotenrechts*, 1858. Helfferich y Clermont, *Fueros Francos: les Communes français en Espagne et en Portugal pendant le Moyen-Age*, 1860.
28. Muñoz Romero, *Los fueros francos*, 1867; Herculano, *Historia de Portugal*, 3ª ed, 1874, IV, pp. 446 y ss. Gamma Barros, *Historia da administração publica en Portugal*, I, 146 y ss.

29. José María Ots, *Cuestiones de Historia del Derecho. Alcance que debe darse al estudio histórico de nuestra legislación de Indias en un programa universitario español*, Asociación Española para el progreso de las ciencias, tomo VIII, Sec. 6ª, 1918, pp. 171 y ss.
30. Sobre los problemas de metodología jurídica cfr. Stanislaw Dnistrajsky, „Beiträge zur jurisdischen Methodologie“, en el *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 21 de la nueva serie, 141 de la total, Tübingen, 1935, pp. 149 a 167, y Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939.
31. Schwerin, *Einführung*, p. 42.
32. Schwerin, *Einführung*, p. 44. Torres recoge la definición en *Lecciones*, I, p. 58.
33. Karl von Amira, *Grundriss des germanischen Rechts*, Strassburg, 1913, pp. 10 y ss.
34. Pertile, *Storia del diritto italiano*, I,2, Torino, 1892.
35. Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Dritte Aufage, I, 2, Leipzig, 1908, pp. 9 y ss.
36. Eduardo de Hinojosa, *Historia general del derecho español*, I, 2, 1924, pp. 7 y ss.
37. Todas estas clasificaciones de fuentes están sintéticamente expuestas por García Gallo, en *Historia del Derecho Español*, I, 1940, p. 18, nota 5.
38. Galo Sánchez, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1932, pp. 19 y ss.
39. Esta clasificación se relaciona con el problema de la personalidad y territorialidad del Derecho que en algunos momentos, como aconteció durante la época visigoda, revistió una importancia fundamental y hoy en día sigue siendo un problema básico en lo que hace referencia al Derecho Visigodo.
40. Besta, *Avviamento*, pp. 50 y ss.
41. Como advierte, no puede preestablecerse de un modo matemático esta inmediatez de las fuentes: la inclusión en uno u otro grupo depende de la experiencia del observador. *Avviamento*, p. 51.
42. Schwerin, *Einführung*, pp. 44 y ss.
43. Manuel Torres López, *Lecciones*, I, 2, pp. 69, 70.
44. Alfonso García Gallo, *Historia*, I, p. 18.
45. Para cuestiones generales de Heurística: Bernheim, ob. cit. pp. 136 y ss. Bauer, *Einführung*, pp. 227 y ss. Referentes en concreto a la Historia del Derecho en la propia obra de Schwerin.
46. Faltan en España los tratados de Epigrafía; entre los extranjeros pueden consultarse: R. Cagnat, *Cours d'epigraphie latine*, Paris, 1914; Larfeld, *Griechische Epigraphie*, München, 1914; Stella Maranca, *Epigrafia giuridica romana*, Roma, 1926.
47. Tenemos una serie de tratados de introducción a los estudios paleográficos: J. Muñoz Rivero, *Paleografía visigoda. Método teórico práctico para aprender a leer los códices y documentos españoles de los siglos XII al XVII*, Madrid, 1917. Padre Zacarías García Villada, S. J., *Paleografía española precedida de una introducción sobre la Paleografía latina*, Madrid, 1923, acompañada de un catálogo de láminas. A. Millares Carlo, *Tratado de Paleografía española*, Madrid, 1932.
48. Por ejemplo las publicaciones de Galo Sánchez, *Fueros de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919 y *Fuero de Madrid*, 1932.
49. García Villada, *Metodología*, p. 294.
50. Sobre el problema de las interpolaciones introducidas por el mismo autor de la redacción originaria. Cfr. Gradenwitz, *Selbstinterpolationen*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, Roma, 12-17 noviembre 1934, vol. I, Roma, 1935, pp. 497 y ss.
51. Recuérdense los trabajos de Ramón Menéndez Pidal que utiliza el dato de los confirmantes de los documentos para comprobar la exactitud histórica de las narraciones de los antiguos poemas épicos medievales. Efectivamente, coinciden los personajes unos y otros en una época determinada.
52. Entre las obras de Geografía Histórica se pueden mencionar: A. Melón y Ruiz de Gordejuela, *Geografía histórica de España*, Madrid, 1928, vol. 1. G. Fournier, *Geografía crítica e histórica de la Antigüedad y principalmente de España*, Madrid, 1910. A. Schulten, *Hispania. Geografía, Etnología, Historia*, trad. de P. Bosch Gimpera y M. Artigas, Barcelona, 1920.
53. Cfr. Besta, *Avviamento*, p. 2. Th. Sternberg, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de J. Rovira y Ermengol, Barcelona, 1930, pp. 262-263.
54. Cfr. J. Von Below, "Comienzo y objetivo de la Sociología", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, III (1926), pp. 5-30.
55. Joaquín Costa, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Madrid, 1902, vols. 1 y 2, pp. 235 y ss.; "Contribución al estudio de la historia primitiva de España. El derecho penal en Iberia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCVIII (1901), pp. 29

- y ss. R. de Ureña, *Literatura*, 1, pp. 220 y ss. Eduardo Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones Sociales de la España Goda*, I, Valencia, 1896, pp. 15 y ss.
56. Manuel Torres López, *Lecciones*, I, pp. 88 y ss., al rechazar este método expone algunos ejemplos en que se ha demostrado su falta de fundamento al comprobarse los verdaderos orígenes de algunas instituciones a las que se había atribuido origen remoto.
 57. Eduardo de Hinojosa y Naveros, *Historia*, I, 2, p. 16. Rafael de Altamira, *Cuestiones*, p. 56.
 58. Como dice Von Below, en cita que recoge Torres López en sus *Lecciones*, I, 2, pp. 91-92, la comparación se puede emplear "como medio de llegar a conocer claramente las peculiaridades de una cosa distinguiendo en ella lo esencial de lo ocasional".
 59. Cfr. mi tesis doctoral donde demuestro que la teoría de Mayer sobre la necesidad del empleo del "sigillum regis" en las prendaciones, con la que niega la existencia de la prenda extrajudicial, se basa en la relación artificiosamente establecida entre textos que en realidad no lo estaban. El error de Mayer en este punto es en cierto modo excusable pues los textos de diferente procedencia están reunidos en un mismo cuerpo, el Fuero Viejo, aunque demuestra siempre una evidente falta de experiencia pues el distinto origen se aprecia sin dificultad.
 60. Paulo Merêa, "Sobre as origens do Concelho de Coimbra", en la *Revista Portuguesa de História*, tomo 1, Coimbra, 1940, pp. 49-69. Al referirse concretamente al problema del origen de municipio se manifiesta reservado frente a la clásica teoría de Hinojosa (*Estudios sobre la Historia del Derecho español*), Madrid, 1903, pp. 20 y ss. de considerarlo una aplicación al territorio de la villa o ciudad de las instituciones propias del condado o territorio señorial de que antes formaban parte. En su opinión el único medio para esclarecer la realidad histórica lo constituyen los estudios de tipo monográfico hechos a base de las fuentes y respecto al caso concreto a que se refieran, sin pretender nunca generalizaciones ni interpretaciones extensivas de sus resultados.
 61. Es éste otro de los fallos fundamentales de la obra de Mayer, en *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, trad. de J. M. Ots, Barcelona, 1926, p. 113, al tratar el problema de la existencia de la prenda extrajudicial, afirma de modo expreso que había "negado anteriormente la existencia de esta prenda privada, como algo general" en su "Einkleidung", pp. 13 y ss. ¿No es muy humano que al estudiar la misma en el Derecho Español sienta un deseo natural de que no represente este una excepción al principio cuya generalidad ha establecido, y que este mismo deseo pueda llegar a poner en peligro la objetividad?
 62. Según von Schwerin, "Einführung", p. 20, las condiciones ideales para el mejor resultado de la investigación se darían "si solo fuese conocido el derecho del tiempo que se va a investigar", si bien admite la utilidad de poseer unas nociones generales del derecho.
 63. G. Selliger, „Juristische Konstruktion und Geschichtsforsdung“, en *Historische Vierteljahrschrift*, VII, 1904, p. 161.
 64. Leibnitz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentia*, Leipzig, 1748, II, p. 29. Altamira y Crevea acepta esta misma distinción: *Historia*, pp. 45 y ss.
 65. Klimrath, *Travaux sur l'Histoire du droit français*, I, Paris, 1843, pp. 1 y ss. El mismo criterio en Ricardo Levene, *Introducción al estudio del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1924, pp. 29 y ss.
 66. Barrio y Mier, *Historia del Derecho Español*, Notas de clase, I, pp. 67 y ss.
 67. Eduardo de Hinojosa y Naveros, *Historia*, pp. 2 y ss. Eduardo Pérez Pujol, *Historia general del derecho español. Apuntes de las explicaciones*, Valencia, 1886, p. 24.
 68. Puchta, *Kursus der Institutionen*, I, 1893, p. 34.
 69. Brunner, *DRG*, I, 2, p. 8.
 70. Alfonso García Gallo, *Historia*, I, p. 24.
 71. Besta, *Avviamento*, habla de tres métodos: el sistemático, el sincronístico que es el que nosotros denominamos cronológico o histórico, y el que llama cronológico que expone las normas y los hechos jurídicos según su orden sucesivo de aparición y que a mi entender no merece siquiera el calificativo de método.
 72. Encontramos este criterio en varias obras italianas: A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1892-1902; G. Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930; C. Calisse, *Storia del diritto italiano*, Firenze, 1902, 1902; P. Del Giudice, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1923.
 73. Adotan este plan Schröder, *Lehrbuch der deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin, 1932; Schwerin, *Grundzüge der deutsche Rechtsgeschichte*, München, 1934 entre los alemanes, y Chenon, *Histoire Générale du Droit français des origines à 1789*, Paris, 1925 y Olivier

- Martin, *Précis d'Histoire du Droit français*, Paris, 1932 entre los franceses. También entre los romanistas va encontrando adeptos este plan; lo adoptan: E. Von Mayr, *Historia del Derecho Romano*, trad. de Wenceslao Roces, Barcelona, I, 1930 y II, 1931; B. Kübler, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1925; P. Bonfante, *Histoire du Droit romain*, traducción al francés por J. Carrère y F. Fournier, París, 1929.
74. Así Brunner, *DRG y Grundzüge* y Solmi, *Storia*, agrupan fuentes, derecho público, penal y procesal.
 75. Separadamente el derecho privado dividido en dos grandes épocas.
 76. Este es el criterio que adopta el manual de Riaza y García Gallo y anuncian Torres en sus *Lecciones* y García Gallo en su *Historia*.
 77. A. D. Xenopol, *Teoría de la Historia*, trad. de D. Vaca, Madrid, 1911, p. 487. Altamira, *Historia*, pp. 159 y ss. Hinojosa, *Historia*, p. 18.
 78. Besta, *Avviamento*, p. 39. Pitzorno, *Elaborazione*, pp. 40 y ss. Cabral de Moncada, en *Anuario de Historia del Derecho español*, X (1933), pp. 145 y ss. Entre los españoles lo adopta Manuel Torres López, en sus *Lecciones de Historia del Derecho Español*, I, pp. 106 y ss. editado por Librería General „La Facultad” de Germán García. También Alfonso García Gallo y de Diego, *Historia*, I, pp. 22 y ss.
 79. Un tal origen se ha tenido por norma indiscutible entre nuestros historiadores a partir de Hinojosa. Sin embargo no creo que esta opinión se ajuste a la realidad. El derecho germánico fue, sin duda, uno de los elementos integrantes del Derecho consuetudinario de la Alta Edad Media y su importancia fue mayor a la que correspondía en proporción a la cantidad de elementos técnicos de procedencia germana que existieron en nuestra península; este fenómeno fue probablemente debido a la doble circunstancia de pertenecer a dicha raza la mayor parte de los individuos de las clases dirigentes y tratarse, además, de un derecho con una personalidad y un vigor indiscutible. Pero el reconocimiento de su relevancia no implica el de su exclusividad; en la formación del antiguo derecho consuetudinario español seguramente fueron también fundamentales otros elementos jurídicos y de modo singular el derecho vulgar hispano-romano. La fusión de los elementos de distinto origen se vería, sin duda, facilitada por la circunstancia de pertenecer a ordenamientos jurídicos de tipo primitivo, con todas las analogías inherentes a tales derechos.
 80. Enrico Besta, *Avviamento*, p. 1. "L'opportunità di far larga parte pur nelle discipline giuridiche alla storia e si profondamente penetra nelle coscienze che sembra ormai inutile il dimostrarla".
 81. Santiago Ramón y Cajal, *Reglas y consejos sobre investigación científica. (Los tónicos de la voluntad)*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.

BIBLIOGRAFÍA

- Juan Beneyto Pérez, *Historia de la administración española e hispanoamericana*, Madrid, Aguilar, 1958.
- Enrico Besta, *Storia del diritto italiano, Diritto pubblico*, Milano, dott. Giuffrè, 1950.
- Alfonso García Gallo, *Historia del Derecho Español*, Tercera edición corregida y aumentada, Madrid, 1943, 3 vols.
- Pier Silverio Leicht, *Storia del diritto italiano, Il diritto pubblico*, Milano, 2ª ed., 1940.
- Paulo Merêa, *Estudos de direito hispânico medieval*, tomo 1, Universidade de Coimbra, 1952.
- Carlo Guido Mor, *Scritti di storia giuridica altomedievale*, Pacini editore, Pisa, 1977.
- Arturo Carlo Jemolo, *Tra diritto e storia, 1960-1980*, A. Giuffrè, Milano, 1982.

[PÁG. 320]

Vincenzo Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione. I Giuristi medievali*, Jovene editore, Napoli, 1976.

Galo Sánchez, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, 10ª ed. revisada, Editorial Miñón, Valladolid, 1980.

Pietro Torelli, *Scritti di storia del diritto italiano*, Giuffrè editore, Milano, 1959.

Recibido el 30 de diciembre de 2018