

LA SINGULARIDAD DE ESPAÑA EN LA HISTORIA JURIDICA DE EUROPA*

ALVARO D'ORS
Catedrático de la Universidad de Navarra

En la conciencia europea de nuestros días, pocos libros han tenido un eco más notable que el producido, incluso fuera del ámbito jurídico, por la conocida obra del romanista alemán Paul Koschaker sobre *Europa y el derecho romano*. Obra en un cierto sentido polémica, alcanza una repercusión más amplia al infundir en la conciencia europea de nuestros días una idea fundada sobre la importancia que para la constitución de la entidad cultural de Europa ha tenido el estudio medieval y moderno del derecho romano y la posible tarea de este estudio en relación con la formación de los nuevos juristas.

Pero, como ya ha sido notado, la copiosa erudición de Koschaker parecía detenerse inexplicablemente delante de las fronteras de la historia jurídica de España, mientras, por otro lado, se extendía a zonas menos vinculadas al colectivo destino europeo, como aquella

* En carta datada en Pontevedra el 11 de septiembre de 1989, mi querido maestro el profesor D. Alvaro D'Ors me escribió lo que sigue: "...le mando el texto de mi discurso inaugural del "Istituto Giuridico Spagnuolo" de Roma, en 1953. Como verá, es una pieza —hoy puede parecer anacrónica— que refleja la posición de España en aquel momento, y también la de mi propio pensamiento —apunta el antieuropeísmo que se "descarga" en años posteriores—. Tiene también un sentido especial frente a la organización de desprestigio final de la tradición española que se prepara en todo el mundo para 1992: un sentido indiscutiblemente polémico (quizá 'numantino')". A la carta adjuntó su autor una ya añosa tarjeta de invitación al acto inaugural mencionado, que aparece extendida por "L' Ambasciatore di Spagna in Italia" para el jueves 22 de enero a las 18:00 Hrs. (de 1953). Don Alvaro D'Ors fue director del instituto por más de veinte años. Durante ese período, una gran cantidad de jóvenes doctores españoles tuvieron la oportunidad de permanecer becados en Roma, vio la luz una copiosa serie de libros de derecho y se formó una importante biblioteca que, unida a la actividad de difusión realizada por el instituto, sirvió de vehículo para promover en Italia la ciencia jurídica española. Recuerdo que durante mi permanencia en la Universidad de Navarra, en donde seguía yo mi doctorado con el profesor D'Ors, dos veces al año viajaba él a Roma para atender el instituto y a los becados que allí se cobijaban. Hacia fines de la década de los setenta aquél fue disuelto.

El original del discurso que ahora se publica está escrito en italiano, y la traducción que le he hecho no altera en nada su contenido, precisamente porque, como su autor me dice, se trata de una pieza que refleja un momento histórico. Aparte de ello, contiene un esquema de análisis de la historia jurídica de España, que me parece esencialmente válido y permanente, y que explica la indiscutible arritmia de esa historia respecto de la general de Europa, y también las sorprendentes anticipaciones que pueden ser observadas en España (A.G.).

del *common law* inglés. España, en la exposición de Koschaker, fue relegada a una zona umbrosa, como si su larga historia jurídica contase poco para la historia jurídica de Europa.

Sin embargo, todos saben que no es así, y en exposiciones de derecho común, como la de Francesco Calasso, o de historia del derecho privado, como la de Franz Wieacker, y en exposiciones recientes de historia del derecho romano, en las cuales se presta una atención especial a la recepción europea del mismo, como en la de Hans Julius Wolff, España figura cual país europeo participante en la común historia jurídica de Europa.

No sólo en nuestros historiadores, como García Gallo, autor de la más completa historia del derecho español, sino más particularmente en el estudio con el cual los Monseñores Larraona y Tavera dieron su contribución hace casi diez años atrás al «Congresso di diritto romano», el fenómeno de la influencia del derecho romano común aparece muy bien documentado, de modo que es un hecho científicamente adquirido el de que España permanece asociada de un modo indiscutible a la historia jurídica de los pueblos europeos. La misma posición geográfica de España, su cultura y su historia, desde la romanización e incorporación al Imperio Romano, al cual dio no sólo muchos soldados y figuras ilustres, sino quizá los mejores emperadores, hasta su *Código Civil* de fines del siglo XIX influenciado por el *Code Napoléon*, y hasta su moderna civilística, siempre en consonancia con los progresos de la ciencia europea, hacen que España no pueda no ser considerada como una parte importante de Europa. Es este un hecho reconocido sobre el cual no es necesario insistir más. Por el contrario, quisiera exponer algunos trazos que caracterizan la trayectoria del derecho de España y que permiten hablar de una singularidad del derecho español en la historia jurídica de Europa. Porque, si es verdad que no se puede prescindir de España al estudiar la historia del derecho europeo, no es menos cierto que en esta historia común, España aparece bastante particular.

Pero hoy no entiendo poner en relieve todos los datos concretos que implican una separación del desarrollo general del derecho europeo, sino que subrayar los acontecimientos fundamentales que explican esta notable discordancia de España y trazar en grandes líneas su evolución de modo de poder encontrarnos quizá en mejores condiciones para comprender el sentido permanente del pensamiento jurídico español y su significado en la actual coyuntura histórica del derecho europeo y universal.

Y para expresar completamente mi punto de vista diré, desde ya, que la singularidad de España no depende del hecho que ella no haya conocido la común corriente del derecho europeo, sino del hecho que ella ha participado de dicha corriente con distinto ritmo y en combinaciones histórico-espirituales peculiares, de modo que la periodificación de la historia jurídica europea no resulta en efecto válida para nuestra historia jurídica española.

Cualesquiera que sean las diferencias que se puedan observar en los diversos territorios y naciones, el derecho europeo ha pasado a través de tres grandes etapas: una primera etapa medieval, que llega sin embargo hasta el mismo renacimiento, y que podríamos llamar etapa de la recepción del derecho romano como derecho común, a la cual se une, sin suplantarla, una actitud erudita que solemos llamar del *mos gallicus*. Un segundo momento corresponde a la etapa de los siglos XVII y XVIII, en la cual florece en el pensamiento jurídico el racionalismo y el yustnaturalismo filosófico. Finalmente, la etapa positivista de la época contemporánea, que deriva a veces en un cierto historicismo, apenas perturbada por los esfuerzos teóricos de las más variadas tendencias; quizá es hoy lícito considerarla en crisis abierta, aunque no podemos todavía reconocernos como entrados en una nueva etapa jurídica.

Si bien observamos, estas tres grandes etapas de la historia jurídica europea corresponden a tres grandes etapas de su historia religiosa, y podremos simplemente hablar de una etapa del imperio cristiano, de otra de la reforma protestante y una última del dogmatismo materialista.

Por otro lado, entre estas etapas así caracterizadas existe un profundo nexo de continuidad histórica, ya que el racionalismo protestante disfrutó la posibilidad del racionalismo tomista, una vez desvinculado de su raíz teológica, y el positivismo no hizo otra cosa que llevar hasta sus últimas consecuencias ideológicas la ruina, operada por la Reforma, de toda autoridad y de toda instancia de justicia superior a la del príncipe del nuevo estado soberano. Así, a lo largo de este curso histórico nos encontramos con afirmaciones aparentemente constantes, aunque el punto de vista sea radicalmente distinto. Por ejemplo, tanto un tomista medieval como un positivista europeo estarán de acuerdo sobre el hecho de que no vale la pena entablar una discusión en torno a la justicia de una ley, porque para el tomista toda ley es justa, ya que si no es justa no es ley; mientras que para el positivista, toda ley es siempre justa porque no existe otra justicia que aquella legal.

Más aún: las mismas formulaciones de la teología medieval sobrevivieron, si bien depuradas por un proceso de secularización. El mismo concepto de *ius positivum* con el cual se viene a designar al derecho estatal sirvió, ya en los teólogos del siglo XII, los cuales tomaron la expresión de una traducción latina de Aristóteles, para distinguir el derecho divino revelado del derecho divino simplemente natural. El pensamiento jurídico, al querer racionalizar el derecho natural e independizarlo de la revelación, favoreció la positivización del derecho mediante el pensamiento materialista que le sucedió.

Ahora bien, la singularidad de España es tal que hace inaplicable a su historia jurídica estos tres grandes períodos de la historia jurídica europea. España ha caminado con un paso diverso. Las causas de esta singularidad quisiera ponerlas aquí en relieve.

En primer lugar es necesario señalar claramente que España, en un cierto momento de su historia, se consideró segregada del Imperio Romano medieval, de modo que evitó una recepción del derecho común como acaeció en otros reinos de nuestro continente.

Ni la sobrevivencia del derecho romano vulgar en el reino visigótico puede parecer una lejana causa determinante de tal separación, ni la misión histórica que correspondió a España de reconquistar palmo a palmo del dominio de los árabes fue la causa de tal separación, y tampoco es válido dar al título de *imperator* que usaban algunos reyes de León, el significado de una verdadera ambición imperial, que apareció únicamente durante el reinado de Alfonso VII.

Ahora bien, cuando consideramos el estado jurídico de España en el siglo XII y en la primera mitad del XIII, es necesario reconocer que todo parecía favorecer una intensa y precoz recepción de la enseñanza de los glosadores. Ya las *Exceptiones Petri* habían tenido bastante influencia, y después la tuvo aún más una colección de extraordinaria importancia para nuestro derecho es la *Summa Codicis* provenzal, cuya traducción latina, hecha por Roberto Pisano en el 1158, fue publicada por Fitting, y que fue traducida también al catalán y al castellano en el siglo XIII y conocemos como *Lo Codi*. El número de estudiantes, sobre todo de Cataluña, que viajaron a Bolonia y a otras universidades para estudiar el derecho romano había aumentado mucho. Muchos españoles llegaron a la cátedra en Bolonia como, para hablar sólo de algunos de mi ciudad universitaria de Santiago, los dos Bernardos Compostelanos y Juan Hispano de Petesella. El mismo derecho canónico sirvió de poderoso canal para la recepción, influyendo sobre el derecho secular, como felizmente ha puesto de relieve el profesor Maldonado. En fin, el jurista de mayor prestigio e influencia en Castilla en la primera mitad del siglo XIII era precisamente un italiano, aquel Jacobo de Bonajunta, que usamos llamar Jacobo de las Leyes, y que fue el ayo del joven infante Alfonso X el Sabio, hijo de Fernando II el Santo y el inspirador, con toda probabilidad, de su obra legislativa. En efecto, es precisamente en la ley de las *Siete Partidas* de este rey que se suele colocar el punto máximo de la recepción romanista en España. Sin embargo, la especial trascendencia de la obra legislativa de Alfonso X el Sabio se puede poner a la luz conectándola con algunos hechos políticos que no siempre son recordados a este propósito.

Hacia el 1255 el afán legislativo del rey consistió simplemente en hacer una recopilación del derecho territorial unificado, el *Fuero Real*, que no se impuso sin embargo como general, pues sólo se fue concediendo como «fuero» particular a diversas ciudades de su reino. Únicamente, después de esta fecha, Alfonso X, con el auxilio de Jacobo de las Leyes y de algunos otros juristas, se dedicó a aquella recopilación del derecho romano que se conoce con el nombre de las *Partidas*. Esta magna codificación fue terminada en el 1263.

Ahora bien, en esta época el rey Alfonso estaba empeñado en la

lucha por la corona imperial de Alemania. La elección en Franckfurt había dejado en el 1257 la cuestión no resuelta, dado que los votos se habían repartido entre Ricardo de Cornualles, hermano de Enrique III de Inglaterra y el Rey Alfonso de León y Castilla. Pese a los graves problemas de política interna, el *fecho del imperio*, como lo llamaba el rey, no cesó de preocupar su ánimo. A la muerte de su rival, en el 1269, la perspectiva de la candidatura española parecía muy favorable, pero ahora el Papa Gregorio XIX apoyó decididamente la candidatura de Rodolfo de Habsburgo y el rey Alfonso, después de una infructuosa visita al Papa en el 1275, volvió definitivamente desilusionado y se contrajo a la compleja política interna, a la lucha contra el Islam y la nobleza rebelde, hasta su muerte acaecida en 1284.

Si no yerro, esta falencia del *fecho del imperio* influyó poderosamente en la nacionalización del lineamiento político de España y, por consecuencia, de su historia jurídica.

Aquella ley de las *Partidas* netamente romana podía corresponder a la ambición de un emperador del Sacro Imperio Romano, deseoso de extender la recepción del *ius commune*; pero, fracasado el intento, se convirtió en una-compilación genuinamente española, aunque de derecho romano; como tal preservó a España de una verdadera recepción del derecho romano común. Lo que en principio era un cómodo cauce para la recepción, llegó a ser el más serio obstáculo para que ella se realizase. España tenía así dos cuerpos legales que fueron los pilares del derecho castellano: una codificación de derecho territorial, el *Fuero Real*, y un libro doctrinal, las *Partidas*, que sustituyó al *Corpus Iuris*, y que también constituía un verdadero tratado de filosofía jurídica, dado que aparecen en ella Aristóteles y Séneca, los Padres de la Iglesia y Santo Tomás. Aunque ambas obras no tuvieron una influencia inmediata, no tardaron mucho en tenerla, y muy profunda, ya que el derecho de Castilla, gracias a ella, surgió como el primer derecho de España, aquel que debía servir de base para la futura unificación.

Segregada del imperio, España tenía su propio derecho y no un simple derecho consuetudinario, estatutario o local, sino que un verdadero derecho nacional. En este sentido, España se apartó precozmente, en pleno siglo XII, del imperio cristiano y de su derecho común.

Para la afirmación de este derecho real, autónomo e impermeable a la influencia del derecho común, momento de gran trascendencia histórica, sobre el cual no se insistirá suficientemente, fue un ordenamiento dado por el rey en las cortes de Alcalá en el año 1348, el año de la espantosa peste negra que asoló a Europa. El *Ordenamiento de Alcalá* fue la más clara afirmación de independencia frente al derecho común. Con él se rompió definitivamente, por ejemplo, con el sistema romano de los contratos y de los pactos para instaurar el principio espiritualista de la contratación sin formalidades y se abandonó también las reglas

formales del testamento romano. Y con este *Ordenamiento de Alcalá*, momento culminante de la política legislativa del rey Alfonso XII, que sólo en los últimos años de su reinado pudo dedicarse a las tareas pacíficas de la legislación y de la administración, se consolidaron como fuentes supletorias del derecho el *Fuero Real* y el «fuero» en cada territorio, y las *Partidas*. El derecho de León y Castilla permaneció así bien fundado, con una cierta preeminencia sobre el de los otros reinos españoles y, en tal sentido, nos permitimos en la presente exposición prescindir un poco de la historia jurídica de otros territorios de menor importancia para la caracterización global del derecho español. En relación con este rol hegemónico que adquirió ahora el derecho castellano, es interesante observar que el *Ordenamiento de Alcalá* reprodujo en gran parte leyes falsamente atribuidas al rey Alfonso VII que, ya en el siglo XII, se había denominado *totius Hispaniae imperator*. No debe causar maravilla por esto que al subrayarse, como hizo Koschaker, la unidad jurídica europea como resultado de una recepción del derecho romano a la sombra del hecho político del imperio, España permaneciera aparte, puesto que la verdad es que España resistió a la idea medieval imperial, y constituyó su propio derecho, embebido de aquel aparato de doctrina romanista, pero ya española, y de filosofía jurídica, que queda representado por las *Partidas*.

En este sentido se debe decir que España fue precozmente moderna; que superó la estructura del Sacro Romano Imperio, y que forjó su autonomía jurídica antes que otros estados del continente. Esto naturalmente se encuentra en relación con el hecho político de la formación de un estado moderno en pleno siglo XV, con los Reyes Católicos, el cual sirvió de modelo a otros estados, tanto, que cuando Macchiavelli escribió *11 Principe* tuvo puesta su mirada en el Rey Católico de España.

Un personaje especialmente significativo de la época de los Reyes Católicos, época que ha sido especialmente estudiada desde el punto de vista jurídico por nuestro colega el profesor Gibert, época en la cual se constituye el estado unitario de España, es la del jurista Alonso Díaz de Montalvo, quien murió pocos años después del año cúlmine de la historia de España, el 1492, cuando se descubrió América y se reconquistó Granada; último reducto del Islam en Europa.

Aunque nacido en Arévalo, Montalvo pertenecía a Huete, un pequeño burgo de Cuenca, con mala fama como suelen tenerla aquellas localidades de vida exclusivamente curial—»ni viña en Cuenca ni pleito en Huete» dice el adagio—, y aunque estudió en Salamanca y Lérida, Montalvo estuvo muy lejos de ser un romanista como otros; su carrera fue la de un jurista práctico, que después de un largo desempeño como juez regio, llegó a ser auditor del tribunal del rey. Montalvo fue un jurisconsulto muy influyente. Entre sus dictámenes tuvo especial fama aquel con el cual defendió la capacidad de los judíos convertidos para ocupar cargos públicos. Llegó también a ser consejero real y

refrendario de los Reyes Católicos. Estos, que siempre se distinguieron por su discernimiento en la elección de hombres de valor, le encargaron compilar el derecho real, lo que cumplió con una obra que se conoce con el nombre de Ordenamiento de Montalvo(1484). En él están contenidos los ordenamientos de las cortes posteriores al *Ordenamiento de Alcalá*. Editó y glosó también las otras dos fuentes fundamentales, esto es, el *Fuero Real* y las *Partidas*. En tal modo Montalvo, hombre de cualidades jurídicas quizá no extraordinarias, cooperó con excepcional eficacia al reforzamiento del derecho propiamente nacional, sin dejar flancos abiertos a una influencia práctica del derecho romano común.

Pero es curioso observar el contraste que frente a esta realidad del derecho nacional presentaba la actividad de los romanistas españoles. La verdad es que en el siglo XV no hubo ninguna figura española que emergiera en el estudio del derecho romano, a menos que no se haga referencia al gramático Antonio de Nebrija, el fundador de la gramática castellana que murió en 1522. Nebrija, el Lorenzo Valla de España, aunque su obra jurídica sea más bien reducida, fue un precursor de Alciato, ya que su *Léxico de derecho civil* es de 1506, cuando Alciato era aún un muchacho de 16 años. Y es propiamente esta actitud erudita aquella que dará la impronta a toda la brillante pléyade de romanistas del siglo XVI. Todos estos eran profesores universitarios que trataban el derecho como humanistas y no como jurisperitos. Y no es necesario dejarse desorientar por epítetos como, por ejemplo, aquel de «Bártolo español» que se dio al obispo Diego de Covarrubias, personaje importante en la vida universitaria, política y eclesiástica de la época, excelente canonista, que intervino activamente en el Concilio de Trento y buen conocedor del derecho romano, ya que Covarrubias, como Vásquez de Menchaca, o el gran Antonio Agustín, no fueron juristas del *mos italicus*, sino humanistas aplicados a un estudio erudito y académico del derecho romano. Y esto se explica perfectamente si tenemos en cuenta el hecho, ya subrayado, que existía un propio derecho vigente completo —que dio lugar en 1567 a una *Nueva Recopilación*—, y que la doctrina del derecho romano presentaba poquísimo interés para la práctica jurídica. Si no recuerdo mal, fue un gran canonista de este siglo XVI, Martín de Azpilcueta, quien decía, hablando del *ius commune* europeo: «que nunca le había entrado en la cabeza». Un cierto disfrute del derecho romano común para la interpretación del derecho positivo español aparece, es cierto, en otro gran jurista de este siglo, Gregorio López, «el legista extremeño», llamado «el Acursio español», quien introdujo en el comentario de las leyes españolas una buena dosis de romanismo; pero en general la utilización del derecho español permaneció muy separada de la influencia del derecho romano, reducido a una cultura humanística, la cual resultaba pedante apenas salía de los claustros universitarios. Aquellos que sutilizaban con su conocimiento romanista en la práctica judicial fueron ridiculizados por el pueblo con el despectivo nombre de «bolonios».

Y sin embargo no se puede decir que en el siglo XVI el alejamiento del *ius commune* se deba a la resistencia de España, a la idea del imperio europeo, ya que entonces el rey de España, Carlos I, el fundador de nuestra dinastía austríaca, era precisamente rey de España y emperador de Alemania. La idea acariciada en el siglo XIII por Alfonso X el Sabio fue ahora una realidad; con todo esto, la madurez del derecho español resultó tal que fue imposible pensar en una recepción tardía del derecho romano a la manera alemana. España vivió en este siglo los años culminantes de su imperio, un imperio que se dilataba aun por América, pero un imperio que ahora no contaba con el derecho romano como instrumento de política imperial. España tenía desde hacía tiempo su propio derecho y el nuevo derecho para América, creación española, se plasmó sobre normas del derecho castellano.

Mas, para nuestro tema es interesante subrayar que, si el antiimperialismo de la España medieval fue el motivo de su discordancia respecto de Europa, su política imperial bajo la dinastía austríaca fue la causa de una nueva discordancia en la época siguiente. Y no me refiero al hecho que la soberanía sobre América ganase a España la envidia o la abierta hostilidad de otras dinastías europeas, sino a una discordancia que mira al fundamento espiritual de sus mismas concepciones jurídicas.

En efecto, en esta época surgió propiamente la Europa como entidad histórico-espiritual, y surgió precisamente en función sustitutiva de la Cristiandad medieval, ahora disgregada por la Reforma protestante. Esta nueva Europa, que repudió la idea medieval de la Cristiandad, se alzó frente a aquellos dos donquijotes de la historia: Carlos y Felipe II, que con un ejército y una política de reyes modernos lucharon tenazmente por mantener la Cristiandad medieval.

En este esfuerzo de política imperial cristiana frente a estados soberanos a los cuales la Reforma enseñó a no reconocer autoridad superior, en este dogmatismo católico frente a una Europa que tendía a la secularización, tenemos la clave que nos explica la discordancia entre España y el ritmo del derecho europeo de la segunda etapa que señalábamos: la etapa yusracionalista. Esta discordancia se puso en clamorosa evidencia en el siglo XVII. Los españoles solemos hablar de nuestro «siglo de oro», comprendiendo en esta denominación los dos siglos XVI y XVII, pero nada es menos exacto para comprender nuestra historia jurídica. Tal denominación ha sido creada por los historiadores del arte y de la literatura, porque les es evidente que el siglo XVII, en el siglo de Calderón de la Barca y de Velázquez, no desfigura frente al precedente; pero es también evidente que el siglo XVII es el siglo de la ruina del imperio español, y es un siglo infecundo incluso para la jurisprudencia y el derecho español en general, ya que el derecho está en función de la vida política, a diferencia de las bellas artes que pueden coincidir con épocas de gran decadencia militar,

económica y administrativa, como fue aquella de nuestro siglo XVII. Sobre esto se ha escrito muy bien por un historiador de la nueva generación española, el profesor Vicente Palacio Atard, en un libro de una veracidad que confina con la crudeza, pero palpitante de sentimientos de honor español, intitulado, precisamente *Derrota, agotamiento y decadencia en la España del siglo XVII*.

Es verdad que la Cristiandad permanecía deudora hacia España del siglo precedente por gestas tan europeas y decisivas como la batalla naval de Lepanto en 1571, en la cual se salvó al Occidente del dominio Turco; en contrapartida se produjo el desastre naval de la Gran Armada en 1588, y esto signó el claro inicio de la decadencia de España. Bajo este signo de decadencia y de derrota transcurrió todo el siglo XVII con sus más de ochenta años de guerra, guerras que depauperaron su población y su riqueza, al mismo tiempo que la tenaza de los tratados de paz la despojaba implacablemente de sus territorios continentales, y la impunidad organizada de los piratas hacía cada vez más precarias las relaciones con América. La España terminó de ser la España, como decía en un crudo pero verdadero libelo que escribió un anónimo en 1670: «¿En qué se parece España a sí misma? En nada».

Pero esta España, que en nada semejaba a sí misma, quería proseguir, pese a todo, y con todo, con los mismos ideales de cristiandad sostenidos en la época de los mejores Austrias. Como es sabido, el protestantismo apenas tuvo secuaces y prácticamente no se lo ha visto jamás en España; encerrada en sus ideales cristianos, España luchaba contra la Europa, a la cual, incluso ahí donde el Catolicismo se conservaba, la Reforma había dado una impronta del todo nueva.

En una retórica epístola latina, *De hispanorum monarchia*, que un oscuro Juan de Garaica escribió en Napoles en 1595, esto es, cuando ya se podía entrever la tragedia de la católica e imperial España, se exhortaba a los españoles a no abandonar sus ideales cualquiera que fuese el éxito de las batallas: "*Quid ad nos*" —dice el autor— *de ventre qui corrumpitur cito, aut de mundi deliciis quae tamquam flos agri marcescunt et ad nihilum valent ultra... Nos autem et filii nostri, primogenia, possessiones et universa haec in cinerem revertentur, catholici vero nomen, in aeternum permanebit gaudens in Dominio, habens retributionem a Deo*".

Ahora bien, esta fue la nota característica del hombre español a todo lo largo del siglo XVII: un verdadero donquijotismo, pero un donquijotismo al que no faltó tener una trascendental importancia también para el futuro de España.

¿No tuvo España pensadores y juristas que, abandonando este ideal del caballero cristiano, sintieran que el decurrir de los tiempos, se sintonizaran con ellos y que pensaran a la europea? Los tuvo, pero su actitud no penetró en las visceras del espíritu español y contribuyó sólo a crear un clima de duda y de enervante escepticismo.

Es curioso notar, en todo caso, que un precursor del pensamiento

jurídico europeo, esto es, del racionalismo ateológico que debía imponerse en la Europa reformada y neutralizada del protestantismo, un precursor de Grocio, fuera precisamente un dominicano español, profesor en Salamanca de la primera mitad del siglo XVI, Fray Francisco de Vitoria. Frente al hecho de la conquista de los infieles americanos, Vitoria concibió un ordenamiento jurídico racional y neutral, aunque su pensamiento se encontrara también radicado sobre un fundamento teológico. Los internacionalistas de Europa, esto es, de la Europa protestante y racionalista, no hicieron otra cosa que secularizar los argumentos de Vitoria y extraer las últimas consecuencias. El neutralis» que en nuestro teólogo estaba determinado por el deseo de comprensión hacia los infieles de América, sirvió admirablemente a la Europa neutralizada como consecuencia del cisma herético.

A fines del siglo XVI, en 1590, se presentó una curiosa tentativa de recepción del pensamiento jurídico europeo: es aquel de Gaspar de Añastro para «enmendar católicamente», como dice el autor, los seis libros de la *República* de Bodin; pero esta vía no tuvo fortuna. Todo el pensamiento jurídico-político español de la época fue una neta protesta, sea contra Bodin, sea contra Machiavelli, aquel Machiavelli que se había inspirado precisamente en un príncipe español, Fernando el Católico, el cual, en sus manos, se había transformado en una personificación anticristiana de la razón de Estado.

Después, ya en el siglo XVII, contra *Le catholique d'Etat* de Jeremías Ferrier (1625), se elevó la respuesta de nuestro Guillén de Carreras; contra la fundación del derecho internacional en la amistad, se invocó el *ius naturale*; contra la diplomacia de conveniencias, se reafirmó la doctrina medieval del *impium foedus*, y se hizo caudal de aquella justa distinción entre una Cristiandad por la cual se lucha, y una Europa con heréticos, con la cual convendría vivir en paz.

Esta idea de una paz deseable con Europa, pese a todo, es aquella que aparece con mayor relieve en el diplomático Saavedra Fajardo; en Saavedra Fajardo la idea de una Cristiandad unida, que él deseaba como todos los españoles, parece abandonarse como una quimera; cosa que da a su obra un tono pesimista, exacerbado en los últimos escritos del intelectual más significativo del siglo XVII, Francisco de Quevedo. Pero junto a esta reflexión, pragmática y pesimística, vive siempre y aún domina en las masas, a veces bajo la forma de una frívola y absurda indiferencia, la idea de que España ha luchado por un ideal sublime y que no importaba nada perder poco a poco el gran imperio, ni enflaquecer como los hidalgos del romance picaresco.

El siglo XVII es muy interesante para el pensamiento político, pero de fracaso y ruina, y por tanto estéril, para el derecho. No sólo la tradición legislativa española parece interrumpirse, puesto que no se enriquece la *Nueva Recopilación* del año 1567, sino que tampoco se puede recordar un solo jurista eficiente posterior al eximio teólogo Francisco Suárez que murió en 1617. Vale decir: se puede quizá

mencionar a Solórzano Pereira, pero era precisamente un jurista que se interesaba por el derecho americano, y en este sentido era un jurista que vivía de espaldas a Europa. Por otro lado continúa en la universidad el cultivo del derecho romano, que ahora se apoyó sobre figuras dignas de consideración, como Ramos del Manzano o Fernández de Retes, profesores en Salamanca; pero, como en el siglo precedente, este romanismo universitario no llegó a infundir vida nueva al derecho español. Apartadas de la realidad jurídica, las universidades continuaron dedicándose a un estudio puramente humanístico del derecho romano y se desinteresaron del derecho español. Esto dio lugar, en la época de la restauración económica de España, ya bajo la dinastía Borbónica, que reinó en el siglo XVIII, a una reacción de las mentes mejores del país contra el estudio del derecho romano, lucha que minuciosamente ha investigado nuestro maestro prematuramente desaparecido, víctima de la revolución, el profesor Román Riaza. Pero en el siglo XVIII, pese al resurgimiento material, el derecho español no tuvo un especial significado. Los Borbones adoptaron el derecho de Castilla y continuaron viviendo con la *Nueva Recopilación* de la época de Felipe II. Y tampoco en este siglo existieron juristas de valía dedicados al estudio del derecho español; fueron por el contrario romanistas, como Mayans y Siscar o Finistres, quienes prosiguieron siempre sobre la línea del humanismo erudito constante del romanismo español.

Un esfuerzo por cultivar el derecho español estuvo representado por la publicación de la *Instituciones del derecho civil de Castilla* de Asso y de Manuel, pero se trató de una obra de carácter bastante modesto, que sin embargo reviste el interés de presentarnos, quizá por primera vez, el término «derecho civil» para designar no al derecho romano sino que al español.

También, en el siglo XVIII, España estuvo ausente del desenvolvimiento general del derecho europeo, y el tono de nuestra ciencia jurídica prosiguió a ser el mismo del siglo XVII, pues España, pese a todo, continuaba estando postrada: sufría aún las consecuencias del desastre de la Gran Armada. Y este apartarse del ritmo europeo se observa no sólo en el hecho curioso que, publicado entonces el *Code Napoléon*, España prosiguió sobre la trayectoria secular del derecho castellano, que en el 1805 fue reunido en una *Novísima Recopilación*, sino también en la reacción feroz e indiscutiblemente popular de nuestra guerra de independencia contra Napoleón Bonaparte. Nuevamente, España, discordó con Europa: cuando toda Europa era napoleónica, España no quiso serlo, se opuso y venció a Napoleón; sin embargo, esta victoria no fue completamente fecunda, porque España continuó estando agotada, la empresa americana le era desmesurada y el pensamiento español se veía continuado por aquellas mismas ideas francesas que portaban los soldados que el pueblo español había expulsado de su territorio. Netamente se delinea ahora la lucha de un grupo de europeizantes, esto es, afrancesados (puesto que España había entonces

perdido todo contacto directo con la Europa no francesa), constitucionalistas y liberales contra dos fuerzas, como felizmente ha determinado el profesor Federico Suárez: primeramente, el antiguo régimen y después, el tradicionalismo, en el cual se recoge la línea más genuina del pensamiento católico español. Particularmente, para la historia jurídica, el siglo XIX continúa a ser un siglo de decadencia.

La decadencia se nota ahora más especialmente en la universidad y por esto, en el estudio del derecho romano, en el cual no se puede citar ni una sola figura de relieve. Esta decadencia universitaria tornó a ser causa de discordancia con el camino general de Europa, puesto que fue precisamente en el siglo XIX que la universidad europea alcanzó una función científicamente preeminente. Por otro lado, fue también causa de discordancia la resistencia que se opuso a la codificación. Es verdad que se confeccionaron varios proyectos de codificaciones civiles a todo lo largo del siglo XIX; en particular se tuvo uno muy importante en 1851, que implicaba una importación casi íntegra del modelo napoleónico. Sin embargo no se logró la promulgación de un *Código Civil*, sino, y a través de muchas dificultades, hasta 1889. ¿A qué se debió esta resistencia a la codificación? Evidentemente, a las regiones forales, esto es, a la fuerza de aquellas regiones, y principalmente Cataluña, Navarra y Aragón, que conservaban derechos particulares distintos de aquel de Castilla. Es esta una larga e interesante historia que no podemos exponer aquí, ya que para no distraernos hemos centrado nuestra perspectiva histórica sobre el derecho de Castilla, que como «derecho real» predominó sobre el de las otras regiones y sirvió de base para la codificación; pero es útil saber que ya mucho más de un siglo antes, estos derechos territoriales, fortificados por una lucha histórica contra el predominio del derecho castellano, se oponían tenazmente a la unificación y, como consecuencia, a la codificación unificadora. En el resto, en Castilla o en Navarra, el derecho justiniano se consideraba, como se considera aún hoy, fuente supletoria del derecho foral de aquellas regiones, y así nos encontramos con la curiosa coincidencia de que aun a fines del siglo XIX, los foralistas catalanes lanzaban contra la codificación los mismos argumentos anticuados que Savigny había lanzado en su tiempo. También aquí el romanticismo jurídico contra Thibaut y el romanismo aparecen asociados.

Pero en definitiva se tuvo un código como el francés, aun cuando se respetó, por una parte, los derechos de los «fueros» y, por otra parte, ciertas tradiciones jurídicas castellanas y, en fin, se introdujo, también para modificar el modelo francés, algunos residuos del romanismo universitario que ya estaba en plena decadencia.

En este momento de fines del siglo XIX, España fue sumergida por una nueva ráfaga de desastres coloniales, especialmente navales, los cuales crearon un clima de profundo pesimismo en aquella generación, que considerando sus manifestaciones literarias llamamos la Generación

del 98. Para la historia jurídica es un momento de falta de originalidad constructiva, si bien de un cierto renacimiento historicista. Como un pueblo definitivamente vencido después de la pérdida de todos los dominios de América, el español se abandonó a la indiferencia o a una pesimística introspección. El vigor católico, aquel donquijotismo que el español tuvo en los momentos de decadencia del siglo XVII e incluso del XVIII y del XIX, parecía definitivamente perdido. Nunca España estuvo tan vecina a la europeización. Hay más, comenzaba a difundirse en España, en aquel tiempo, una escuela émula de la filosofía del mediocre filósofo alemán Krause, verdadera secta, que en realidad vino a ser una manifestación de protestantismo en España. Este hecho, que para la historia política de España contemporánea tuvo un especial significado, poseyó también en la historia jurídica una cierta repercusión. Evidentemente, se debe atribuir al influjo de esta escuela krausista un mayor interés por la ciencia jurídica alemana. Esto tuvo consecuencias científicas, pero también prácticas, puesto que llegaron a infiltrarse en la misma interpretación del *Código Civil*, incluso ahí donde este código seguía el modelo francés, modos de pensamiento alemán. Pero si en todo el siglo XIX el pandectismo tudesco no había tenido repercusiones en España, difícilmente podía tenerla ahora que la ciencia jurídica europea comenzaba a tener otros caracteres. No obstante esto, tal aproximación a la ciencia jurídica alemana tiñó de europeísmo muy intensamente la actividad de los juristas españoles. Muchos quizá, sobre todo fuera de España, habrán podido pensar que, finalmente, España, abandonados los sueños imperiales, estaba por convertirse en un país europeo como los otros.

La constitución republicana de 1931, haciendo reenvío a los tratados internacionales, parecía prometer la máxima solidaridad europea. Pero hasta qué punto aquella actitud europeizante traicionaba lo más íntimo y genuino del pensamiento español, saltó a la luz con la historia de la república y con la guerra que la liquidó. En aquella coyuntura histórica, la guerra parecía una reacción necesaria contra la creciente presión del comunismo en España, pero de hecho aquel movimiento tenía mayor trascendencia, porque implicaba una rebelión contra la mixtificación de la tradición española. Tornaron nuevamente a su esplendor las insignias imperiales y los Reyes Católicos, y Carlos y Felipe volvieron a estar presentes en la voluntad creadora de la nueva generación.

Una cosa que no debe ser olvidada es que esa generación en esa oportunidad venció; lo cual se refleja hoy en el marco, muy limitado si se quiere, de la actual vida española, con el vigor y el brío que da el título de la victoria de 1939, y de una victoria especialmente formativa, por ser una victoria de la España sobre sí misma. Desde hacía más de tres siglos y medio que los españoles no habían podido exhibir una moral de vencedores. Y tal es un hecho que es necesario tener en cuenta para comprender la historia jurídica de España en esta última fase.

Hemos visto cómo España disintió de Europa en la época medieval, por ser muy moderna, esto es, por haber formado su propio derecho nacional antes que cualquier otro pueblo del continente; que disintió en la época moderna, por haber sido muy medieval, esto es, por haber permanecido aferrada a la concepción de la comunidad cristiana y al fundamento teológico del derecho; que su decadencia y su constante medievalismo le impidieron igualmente vivir la época del positivismo legalista postnapoleónica; y hemos visto, finalmente, que su fidelidad al pasado ha hecho fracasar una tentativa de abierta europeización. El destino de España parece así determinado por una imposibilidad de simple adecuamiento a Europa y, sin embargo, España es Europa, y no podemos olvidar que existe en ella una generación que por primera vez después de varios siglos respira un aire de victoria.

¿Y cuál símbolo preside hoy al derecho en España?

La tradición continúa y el pensamiento jurídico español, inmunizado contra una recepción antinatural del derecho romano por su ley de las *Siete Partidas*, inmunizado contra la Reforma por su Contrarreforma católica, inmunizado contra el positivismo nacionalista por la precoz formación de su derecho nacional, prosigue fiel al derecho nacional católico. Es curioso observar que la enseñanza del derecho natural perduró en nuestras universidades, sin otra interrupción que aquella de la revolución de la república en 1931 hasta su restablecimiento, por parte del nuevo régimen, en el ordenamiento universitario de 1944.

Pero la verdad es que en los años de la europeización, aquel derecho natural distaba a veces mucho del dogma jurídico trasmitido por la Iglesia. El pensamiento actual ha tornado a aquél, y con una fuerte seguridad en que la reforma social de la cual el mundo tiene necesidad puede y debe fundarse sobre esa tradición del *ius naturale catholicum*.

En el campo del derecho privado, la obra más característica de esta continuidad de pensamiento jurídico tradicional es el tratado de derecho civil, aún incompleto, del profesor De Castro, en el cual todo el derecho civil se ve como un derecho de la persona humana, según la concepción católica de persona, familia y estado. Sea para Federico de Castro que para otro contemporáneo civilista muy agudo, Castán, presidente del Tribunal Supremo, la ley que contradice al derecho natural y a los principios del derecho legal, no es ley. La misma afirmación, por lo tanto, que caracterizó al pensamiento jurídico español en su larga historia.

Como dice nuestro rector de Santiago, el filósofo del derecho Luis Legaz, lo que caracteriza al pensamiento jurídico español en el momento actual es «una coincidencia en las concepciones últimas del mundo y de la vida, determinada por la coincidencia en el sentimiento católico y español que las informan» y agrega que se observa en aquel pensamiento una ansia de «autenticidad hispánica frente a tanta filosofía extraña, cuyos errores ideológicos parecen haber llevado al mundo a la presente

terrible situación». Y este testimonio de Legaz tiene un valor muy especial, dado que Legaz ha sido un eminente discípulo de Kelsen, pero un discípulo en el cual la fidelidad a la tradición lucha por prevalecer sobre la influencia del maestro. Pues si, observando las cosas desde fuera, se puede reprochar a los juristas españoles una falta de originalidad, es necesario no olvidar jamás que su originalidad se funda precisamente sobre aquella fidelidad a la dirección singular de la tradición española; pero cuando se desvían de ella para ceder campo en favor de los dominios extraños a los límites del pensamiento cristiano, en el cual hay siempre una fecunda variedad de matices y verdaderos progresos, caen irremediamente en la más mísera imitación; de modo que viene confirmada en relación con el pensamiento jurídico, aquella máxima general formulada por mi padre de que «todo lo que no es tradición es plagio». Plagio fue, en efecto, todo aquello que la escuela Krausista pudo aportar al pensamiento jurídico, para separarlo de una tradición que repudió al ver que no sintonizaba con las corrientes del pensamiento europeo de la época, y de hecho las especulaciones de los krausistas no influyeron sobre una renovación del derecho español.

Así ha transcurrido la historia del derecho de España, en una frecuente discordancia con la corriente del derecho europeo, y queda por preguntarse finalmente si tal discordancia es irremediable y qué valor puede tener el aporte español en este momento de reconocida crisis del positivismo europeo. Es este un tema importante al cual, sin embargo, no quiero—quizá no debo dar—una respuesta. Sólo una advertencia debo hacer, que se deduce, por lo demás, de toda la exposición, y es que el pensamiento jurídico español, pretendiendo ser esencialmente cristiano, no funda su validez en la fortuna, digamos política, o en la imagen internacional de sí mismo, sino precisamente en la fidelidad a los ideales que considera eternos. El fracaso político, el agotamiento, la derrota o la ruina, el pasar por la vergüenza de la difamación y del escarnio no entran en la perspectiva de un español como un mal en sí, que justifique una deserción de aquello en que cree, sino que forma parte de su mismo destino de cristiano, en el cual no puede ni debe jamás faltar la cruz.

Aquellos que quieran indagar a fondo nuestro ser y nuestra historia jurídica deben prescindir de los esquemas mentales en uso en otras regiones de Europa, porque España constituye un caso singular, cuya singularidad, como va demostrando la historia, puede sólo desaparecer cuando se alcance una coincidencia sobre aquel fundamento cristiano que ha sido para el derecho español un dogma perenne.

España se presenta así a la consideración de todos los hombres con un auténtico espíritu de fraternidad y de hospitalidad, con ansia de comprensión, pero—y en esto ha sido siempre intransigente—, de comprensión ante todo de aquel fundamento cristiano que no puede

abandonar. Con este fin, seguros de ir al encuentro de los juristas italianos, a los cuales nos unen tantos vínculos de admiración y de íntima afinidad, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas nos ha confiado la honorable misión de organizar y de dirigir, en el ámbito y en la sede de su delegación romana, este Instituto Jurídico Español que tendrá como finalidades precisas:

a) Establecer en Roma, siguiéndolos y orientándolos cuidadosamente en su trabajo, un grupo de estudiosos españoles licenciados en jurisprudencia —algunos ya están ante nosotros— llenos de vocación universitaria, que desenvuelvan actividades de perfeccionamiento o de investigación científica al calor de las escuelas y de los maestros de derecho de la Universidad de Roma.

b) Constituir en esta sede un fondo de libros jurídicos españoles, que sirva no solamente a los miembros del instituto sino también a todos los estudiosos;

c) Fomentar trabajos científicos de derecho, sean monográficos o en colaboración;

d) Difundir periódicamente y con regularidad en Italia una información sobre cuánto se produce en el campo de los estudios jurídicos en España;

e) En fin, fomentar los intercambios y las relaciones científicas de todo género entre los juristas españoles e italianos y también con aquellos de otros países que en Roma desenvuelvan un trabajo similar al nuestro.