

ILUSIONES Y REALIDADES DE LA HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO¹

FERNANDO DE ARVIZU*

1. Conviene entrar en un tema tan sugestivo exponiendo algunas ideas generales que tiendan a desmitificarlo, y a abordar su desarrollo desde una posición lo más próxima que sea posible a la realidad y al sentido común. Y lo primero que debe constatarse, en éste como en muchos otros temas de nuestra asignatura, es la enorme importancia, el gran peso que, a lo largo de este siglo, han tenido las *modas*.

Entendemos por moda el uso que está en boga durante algún tiempo. Y, la verdad, ha habido modas, en la metodología histórico-jurídica y en la investigación, que han inspirado a toda una generación de historiadores del Derecho, que han perdurado más, e incluso modas que aún no han pasado.

Por poner algunos ejemplos, baste recordar la influencia de las ciencias experimentales a principios de siglo, que indujo a D. Rafael de Ureña a montar un laboratorio jurídico. La influencia de *lo alemán* llevó al propio Hinojosa a explicar nuestras peculiaridades medievales

* Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus Universitario de Verganza, E-24071 León.

¹ Este trabajo es el texto de una ponencia presentada en el Curso de Verano de la Universidad Complutense titulado "Europa y la Historia del Derecho", dirigido por el Prof. Bruno Aguilera Barchet, y que tuvo lugar entre el 15 y el 19 de agosto de 1994. Al haber surgido dificultades con la publicación de las actas de dicho curso, y previo el permiso de su director, me acojo a la generosidad de "GLOSSAE", al par que agradezco la acogida a su director, prof. Antonio Pérez Martín.

mediante el Derecho germánico². La masa documental accesible a los investigadores del primer tercio de este siglo produjo en los estudiosos una especialización medieval, que también hoy sigue vigente³. Una óptica, a mi entender muy perniciosa, sigue llevando a los especialistas a identificar -al menos en sus explicaciones de clase- a la Historia del Derecho con la historia de las fuentes⁴.

Cuando, en los años sesenta, se puso de moda la metodología marxista, su influjo se dejó sentir también en la metodología y en los trabajos de investigación de la disciplina; más en la primera que en los segundos, pues es más fácil teorizar que aplicar lo que difícilmente puede aplicarse⁵. En los años setenta, por influjo francés, estaba de moda la cuantificación, la historia sociológica del Derecho, que igualmente proyectó su sombra entre nosotros⁶.

Antes de seguir más adelante, conviene decir que las modas, en sí, no son ni buenas ni malas: se juzgan en función de sus resultados. Y,

2 Lo alemán, es decir, el influjo de Alemania, se proyectó prácticamente en todos los órdenes de la vida hasta el final de la I Guerra Mundial. La influencia del germanismo, defendido después por D. Claudio Sánchez Albornoz y otros historiadores del Derecho, no ha pasado aún en nuestros días. No obstante, cuando estamos casi a punto de estrenar nuevo siglo, creo que *el germanismo* no puede ser considerado sino como una aportación más a nuestra disciplina: la discusión entre germanistas y romanistas, o anti-germanistas, me parece carente de todo sentido.

3 El profesor García Gallo, preclaro maestro de tantos catedráticos, solía decir que en la Historia del Derecho se entraba a través de la puerta de la Edad Media, sobre todo, de la Alta Edad Media. Tenía toda la razón. Pero también es lícito abandonar luego el medieval sendero. No me pronuncio sobre si se puede ser buen historiador del Derecho sin haber trabajado nunca sobre la Edad Media, pero me inclino a creer que no.

4 Contra ello me he pronunciado en un breve artículo, hasta hoy incontestado: *La enseñanza de la Historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica*, AHDE 48, Madrid 1988, 491-498. Vista la configuración de nuestra asignatura como de *baja troncalidad* en las Directrices Generales Propias del título de Licenciado en Derecho, ahora, a 6 años de aquellas páginas, me sigo ratificando en la justeza de mis apreciaciones. Como entonces decía (p. 495 s.) el centrarse en el estudio de las fuentes ha sido la causa principal de la escasa consideración de la Historia del Derecho en esta norma administrativa, por su poca utilidad formativa. Ni siquiera me parece aceptable el hablar de las instituciones al explicar las fuentes. Si ésta es una opinión discutible, no lo es que muchos alumnos, martirizados con el estudio de la historia de los textos legales, entiendan que la asignatura no les sirve de gran cosa. Lo malo es que luego, los alumnos en cuestión pueden llegar a ministros y aplicar su negativa experiencia a la hora de valorar la importancia de la asignatura en la articulación de un Plan de Estudios de la carrera de Derecho.

5 Paso por alto la metodología estructuralista aplicada a la Historia del Derecho, sobre la que tengo una opinión muy negativa.

6 Recuerdo un segundo ejercicio de las entonces oposiciones a Profesor Agregado, celebradas en diciembre de 1977. Uno de los opositores, querido amigo, influido por una reciente estancia en Francia, preconizaba la cuantificación. Lo cual me dio pie para decir, en mi turno de exposición, que la cuantificación era útil como información complementaria en la propia labor de investigación histórico-jurídica, pero que no podía suplantarla; lo cual me sigue pareciendo verdad.

por parcos que éstos sean, tienen en todo caso el mérito de haber llamado la atención hacia aspectos metodológicos olvidados o insuficientemente tratados. La perspectiva de los años y el sentido común acaban poniendo las cosas en su sitio, y aquietando las posturas que, en su momento, dieron lugar a discusiones apasionadas.

2. Dejemos ya la referencia a algunas de las modas en los aspectos metodológicos de la disciplina que pudiéramos llamar internos. Conviene recordar que también se ha dejado sentir el peso de aquéllas en el ámbito espacial de la asignatura, cuestión que pudiéramos catalogar dentro de los aspectos metodológicos externos.

Es cosa sabida que en el siglo pasado -por decirlo de alguna manera- estallaron los intentos onmicomprensivos en el estudio de la Historia: la Historia Universal⁷. Por lo que respecta a la Historia Universal del Derecho⁸, fue Leibnitz quien entendía la historia interna del Derecho como la Historia de lo jurídico en todos los pueblos y Estados. Montesquieu llegaría a similares conclusiones⁹.

Desde una perspectiva más bien filosófica, cabe apuntar las influencias concretas de Schelling, que atribuía el desarrollo, el progreso de la Humanidad, al desenvolvimiento del Derecho a escala universal. Hegel, por su parte, contemplaba la Historia Universal como el desenvolvimiento de la idea de libertad a lo largo del tiempo¹⁰.

Estas concepciones hicieron mella en los juristas quienes, en mayor o menor medida, admitieron la posibilidad de realizar una Historia Universal del Derecho. Incluso Savigny sucumbió a la moda, así como Gans, quien propugnaba el estudio del desarrollo de los conceptos jurídicos en el tiempo¹¹.

7 Cualquiera de los que como alumnos, estudiamos en su día la asignatura denominada *Historia Universal*, sabemos el sentido peculiar y limitado que forzosamente había de darse al adjetivo, visto el contenido del libro: solamente los hechos significativos -con predominio de los bélicos- a juicio de cada autor, en la historia de la civilización, sobre todo en el ámbito europeo, y, desde el Descubrimiento, americano. La pretensión *universal* de tales obras no pasaba del título.

8 Ver el estudio de síntesis de J. A. ESCUDERO, *En torno al objeto de la Historia del Derecho*, en "Historiografía y problemas", Madrid 1973, 15-65.

9 Ver el trabajo de A. GARCÍA GALLO, *Cuestiones de Historiografía jurídica, I, La justificación de la Historia del Derecho; II, La Historia del Derecho Europeo*, AHDE 44, Madrid 1974, 741-764.

10 E. von MOELLER, *Die Trennung der Deutschen und der Römischen Rechtsgeschichte*, Weimar 1905.

11 F. K. von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1840. E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung in seiner Stellung zu vor- und nachrömischen. Eine Abhandlung der Universarechtsgeschichte XXXI*.

Como era imposible llevar al papel tan teóricos postulados, a finales del siglo XIX, aparece un nuevo enfoque, menos teórico y más influido por cuestiones etnológicas. El método preconizado era el comparado: la comparación entre instituciones jurídicas era el único medio eficaz para alcanzar los principios generales e informadores¹².

En nuestro siglo tuvo un auge singular el estudio de la Historia del Derecho de la Antigüedad, a partir de la obra de Mitteis¹³. Wenger creyó haber hallado una plataforma jurídica común de esos pueblos mediante la cual, la Historia del Derecho romano se convertía en una parte de la Historia del Derecho en el mundo cultural de la Antigüedad¹⁴. Como es sabido, el propio Mitteis hubo de renunciar al estudio de todos los pueblos del mundo antiguo para circunscribirse al mundo grecorromano¹⁵.

Otro intento en este sentido se realiza por el comparatista Solá Cañizares, quien postulaba una Historia Universal del Derecho como el estudio comparado de los distintos ordenamientos pretéritos. Se trata de un intento sensato, a mi entender el único posible –aunque lleno de dificultades– que sin embargo no ha recibido respaldo posterior¹⁶.

Parecía necesario analizar con algún detalle los intentos universalistas, pues ellos pueden darnos algunas pistas sobre las dificultades y aún las trampas con que se enfrenta una Historia del Derecho Europeo. Conviene finalizar este recorrido diciendo que fueron fruto de su tiempo, y que la propia realidad se encargó de demostrar la inutilidad de tales empeños.

No obstante, y sin emplear ningún matiz peyorativo, hay que insistir en que la Historia Universal del Derecho fue una moda más, seme-

12 Cabe señalar la obra de J. J. BACHOFEN, *Das Mutterrecht*, Stuttgart 1861, en donde trató de demostrar la prioridad de la filiación por línea femenina frente a la masculina. En nuestro siglo culminaría esta orientación con la *Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho*, de KOHLER; ver ESCUDERO, *op. cit.*, 55.

13 L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in der Östlichen Provinzen des römischen Reiche*, Leipzig 1891.

14 L. WENGER, *Romische und antike Rechtsgeschichte*, Graz 1905. Este autor, junto con KOHLER, publicaron el 1er tomo de una *"Allgemeine Rechtsgeschichte"*: I, *Orientalische Recht und Recht der Griechen und Römer*, Leipzig-Berlin 1914.

15 L. MITTEIS, *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*, en *"Mitteilungen des Wiener Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums"* 18, Viena-Leipzig 1917. En nuestros días, la escuela orientalista sigue viva y con preclaros representantes -algunos fallecidos- como Boyer, Dauvillier, Théodorides o Schlechter.

16 F. de SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona 1954.

jante a algunas de las ya apuntadas en el párrafo anterior, que tuvo el mérito de llevar la atención de los especialistas hacia ámbitos más amplios que el simple nacional de cada uno, pese a todas las dificultades que pueda encerrar, en algunos casos, la determinación del respectivo ámbito nacional¹⁷.

3. Abordemos ahora la cuestión principal: ¿es posible llevar a buen puerto la elaboración de una Historia del Derecho Europeo?; de esta pregunta se deriva otra que puede considerarse -si se quiere-incluida en la primera: ¿qué debería contener y qué no debería contener? Y hay una tercera cuestión, que sin embargo, puede contestarse con carácter previo: ¿es necesario, o al menos conveniente, elaborar una Historia del Derecho Europeo?

Parece forzoso comenzar por la tercera cuestión, ya que del *¿se debe?*, dependerá el *¿se puede?* y el *¿cómo?*.

Una respuesta fácil sería ésta: la situación de Europa está cambiando en el último decenio más que en la segunda mitad de siglo, y desde la segunda mitad de siglo, ha cambiado más que en los cinco siglos anteriores: por lo tanto, es necesario que la Historia del Derecho, si no puede ser universal, supere necesariamente al ámbito nacional.

A ello puede añadirse que España está actualmente en las instituciones de la Comunidad Europea, como vulgarmente se dice "*está en Europa*", y, por tanto, los historiadores del Derecho Español no podemos desentendernos del ámbito europeo, incluso debemos explicar nuestra asignatura teniendo como punto de referencia el ámbito supranacional en el que nuestra patria está actualmente inmersa.

Puede incluso rematarse la argumentación de la manera siguiente: el Tratado de Maastricht ha supuesto un cambio absoluto en la configuración de Europa, aunque el proceso de convergencia hacia el Acta Única europea se vea retrasado en su desarrollo. Se trata de un paso que no admite retorno, al menos en cuanto voluntad política de las naciones que integran la Comunidad. Por tanto, no es posible científicamente, que ningún historiador del Derecho, actual o futuro, ignore este ámbito espacial en su investigación y en la enseñanza de la disciplina.

Hay que reconocer que estos argumentos -que pueden ser compartidos o no- tienen buena dosis de carga política, aunque sea de

¹⁷ Creo que la nueva situación de España, tanto en su configuración interior como exterior, obliga a repensar qué se entiende por *español* a estos efectos. Pero esta cuestión no tiene cabida en estas páginas.

buena política. Pero también, y aquí está lo que pudiéramos llamar *lado oscuro*, tienen una buena carga de *moda*, en un sentido que, si no es del todo peyorativo, tampoco puede decirse que obedezca únicamente al noble empeño de hacer frente a una realidad que pesa, y que va a pesar cada día más en nuestro pasado jurídico. Se trata —digámoslo de una vez— de estar *à la page*, a la última moda, como antes lo fueron la cuantificación o la historia total.

No obstante, el Derecho Europeo no se apoya en modas intelectuales, sino en instituciones bien reales, que producen normas bien tangibles, y que de manera cierta y fácilmente comprobable, condicionan la legislación y el comportamiento administrativo de los Estados miembros de la Comunidad. ¿Cómo negarse a contar con esta realidad?

4. Se impone, pues, el sentido común una vez más. Una cosa es decir, por hablar de nosotros mismos: *la Historia del Derecho español ha muerto, ¡viva la Historia del Derecho europeo!*, y otra muy distinta es negarse a ver esta realidad europea, y vivir académicamente como si no existiese. Con toda la modestia del mundo, hay que convenir en que la tarea de elaborar una Historia del Derecho europeo es algo conveniente y que *debe hacerse*, aunque se tarde.

Por ello, me parece que debiera comenzarse por una reflexión sobre lo que ya existe, porque no se trata de abrir camino en una selva virgen: ésta ha sido ya explorada antes de ahora. Veamos cómo.

El profesor García Gallo, hace veinte años, dedicaba unas páginas precisamente tituladas así: la historia del Derecho europeo¹⁸. El motivo de su aportación era la obra de Helmut Coing, director del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, cuyo primer tomo acababa de aparecer¹⁹. Entendía García Gallo que las dificultades de conocimiento de los Derechos no propios a escala universal se reducen considerablemente en el ámbito europeo, pero, sin embargo, no desaparecen. Hay que considerar que el enfoque jurídico de la disciplina, entendido como el estudio del ordenamiento de una determinada

18 Citado en nota 8.

19 *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Erster Band, *Mittelalter (1100-1500)*, *Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, München 1973. Con posterioridad a este artículo apareció el Zweiter Band, *Neuere Zeit (1500-1800)*. *Das zeitalter des gemeinen Rechts*, München 1976 y 77.

comunidad, implica precisamente la delimitación de la comunidad en cuestión, que normalmente será nacional. El estudio del Derecho como sistema jurídico no es posible fuera de la comunidad en que rige. Cosa distinta ocurre con el Derecho entendido como fenómeno cultural, puesto que la cultura, en sus diferentes manifestaciones, no se identifica con una comunidad nacional, sino con espacios humanos y geográficos más amplios.

En el pasado –hoy ésto cada día ocurre menos– Europa no ha sido una comunidad regida por un único Derecho, ni siquiera ha constituido un mundo cultural homogéneo, salvo que se le compare con otros ámbitos muy diversos (por ejemplo, civilización occidental *versus* oriental).

La moda germanista, de la que ya hemos hecho mención más arriba, no pasó de ser un espejismo. Sin embargo –como dice García Gallo– sí que existió un Derecho común europeo, que es el romano-canónico conocido vulgarmente como *ius commune*, y, tras él un sistema de Derecho natural y de gentes cultivado por minorías cultas. Pero, junto a ellos, desde la Baja Edad Media, cristalizaron y se fortalecieron los derechos propios de cada Estado.

Además del Derecho común romano-canónico, pueden considerarse europeos los derechos feudal y mercantil, puesto que rigieron comunidades establecidas en Europa: sólo desde la perspectiva geográfica y cultural pueden considerarse europeos²⁰.

En la obra de Coing, el Derecho plenamente europeo es el romano-canónico, creado y cultivado por los juristas formados en las Universidades y enseñado en éstas: es común porque los juristas prescindían de consideraciones nacionales. Junto a éste Derecho, se consideran también europeos los Derechos nacionales en la medida en que participan de las características de aquél: codificaciones y ciencia jurídica.

No hace falta insistir en la importancia capital de esta obra, hasta ahora el intento más serio del estudio de la Historia del Derecho Privado europeo. Pero sin embargo, conviene añadir algo, aunque sea adelantar un tanto las conclusiones de estas páginas: los juicios verti-

²⁰ Justamente esta perspectiva es lo que les confiere, con toda justicia, la nota de su europeidad. Tengamos en cuenta que el derecho europeo no es únicamente el promulgado para toda Europa, puesto que, de adoptar tan rígido principio, ni siquiera hoy podríamos hablar de Derecho europeo.

dos por el profesor García Gallo hace veinte años necesitan de ciertas matizaciones. La primera, que los acontecimientos políticos que a escala europea nos ha tocado vivir en los años noventa, hacen imposible concebir a la Historia del Derecho de Europa **solamente** como un cañamazo constuido por el Derecho Común y la literatura jurídica, y entreverado por los hilos de los distintos derechos nacionales.

La segunda cuestión es que hay que fijar, a ser posible de una vez por todas, el ámbito temporal de la Historia del Derecho europeo, porque tanto hay que entender por Derecho europeo el, o los considerados como tales en la obra de Coing, como el Derecho moderno –quero decir de la segunda mitad de este siglo– originado después del Tratado de Roma, creador de la Comunidad Económica Europea. Muchas de estas normas serán en nuestros días *Derecho histórico*, es decir, no vigente, y no debieran escapar a la consideración del Historiador del Derecho.

5. De la misma manera que en Alemania constituye materia de estudio, desde hace medio siglo, la Historia del Derecho privado moderno (*neuere Privatenrechtsgeschichte*), en Italia, un discípulo del respetado maestro Giulio Vismara ha comenzado a publicar un tratado de Historia del Derecho moderno en Europa²¹. Cavanna pone el vértice de su obra, su referencia fundamental, en el momento en el que se produce en Europa la mayor revolución en el orden jurídico constatada en la civilización occidental: la sustitución del sistema moderno y unitario de los códigos sobre el sistema tradicional de las fuentes heredado de la Edad Media, y caracterizado por la variable, pero siempre constante, presencia del Derecho romano común²².

Así, ha focalizado su estudio aislando algunas grandes problemáticas, en las que puede estudiarse la vida del Derecho y de sus fuentes: la formación, evolución y difusión en Europa del Derecho común a través de las vicisitudes de la tradición romanística en los países occidentales; el nacimiento de la jurisprudencia moderna como elemento motor de un estrato jurídico europeo que comparte una educación técnica y cultural común; la estatalización, la racionalización sistemática y la codificación del Derecho en el continente.

21 A. CAVANNA, *Storia del Diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979.

22 CAVANNA, *op. cit.*, 13

En una primera parte, Cavanna trata del nacimiento de la ciencia jurídica moderna, estudiando los orígenes medievales del Derecho común y su difusión y apogeo a partir del siglo XII. En la segunda parte, trata del Derecho común en la época del absolutismo (siglos XVI a XVIII), estudio en el que se incluye el nacimiento del iusnaturalismo en Europa y su triunfo en Alemania y en Italia. En la tercera parte se aborda la colisión entre la tradición romanista y los Derechos nacionales en los albores de la codificación en Francia, España, Bélgica y Holanda, territorios germánicos, Norte y Este de Europa. Dentro de esta misma tercera parte, una segunda sección trata del origen y formación histórica del Derecho inglés.

A parte de este sistema jurídico insular, diferente del continental inspirado en el Derecho común, es fácil colegir que para Cavanna, como para Coing, es el Derecho Común la urdimbre sobre la que abordar el estudio del Derecho histórico europeo. Pero Cavanna ha tenido el acierto suplementario de estudiar con detalle, contraponiéndolo, un sistema jurídico distinto, como es el inglés. La cronología se emplea también en un sentido lato, considerando moderno el Derecho que surge en la Baja Edad Media.

6. Dentro de esta misma línea, hay que aludir a la creación en España, del Instituto de Derecho Común en 1984, en la Universidad de Murcia, a cargo del profesor Antonio Pérez Martín. Fruto de tan acertada iniciativa, es la aparición de la Revista de Historia de Derecho Europeo, "Glossae"²³. Ya en la presentación de la revista, se decía que por Derecho europeo se entiende la cultura jurídica común a todos los pueblos de Europa desde el siglo XI, en que aflora un renacimiento jurídico, particularmente en Bolonia, hasta el siglo XIX, en que esta cultura jurídica se codifica, constituyendo la base de los derechos actualmente vigentes en los diferentes países de Europa e Hispanoamérica²⁴.

El propio profesor Pérez Martín, en el primer trabajo insertado en la revista, entiende que, ante todo, Europa es una unidad cultural, surgida gracias a las Universidades y a los comerciantes. En las primeras surgió el *Ius Commune*, o ciencia jurídica común entre los siglos XIII

23 De ella han aparecido, hasta la fecha, los volúmenes 1 (1988), 2 (1989-90), 3 (1992), 4 (1992) y 5-6 (1993-94).

24 Presentación del volumen 1, p. 5.

y XIX. Precisamente en la tradición universitaria reside, para este autor, una de las mayores contribuciones posibles a la unidad europea²⁵.

En el tomo 2 de la revista, Helmut Coing publica un artículo sobre el desarrollo del Derecho en los países de Europa²⁶. En él se plantea una cuestión que estimo capital: si actualmente el Derecho y la ciencia jurídica tienen la consideración de *nacionales*, la construcción de la unidad económica completa en la Comunidad Europea que debe realizarse en los próximos años, ¿no obligará a considerar el Derecho más intensamente desde un punto de vista europeo, en el cual los derechos nacionales se consideren desde esta perspectiva?

Aunque la unidad económica completa vaya a retrasarse un número indeterminado de años, es evidente que el Historiador del Derecho no puede cerrar los ojos a la construcción de Europa que se está gestando, aunque no abarque en su totalidad los aspectos económicos y políticos que contempla el Tratado de Maastricht.

Después de hacer una breve pero exacta exposición del desarrollo del *Ius Commune*, del *Common Law*, del *iusnaturalismo*, del fenómeno codificador y del nacimiento de la ciencia del Derecho Comparado, Coing señala –lo que no he visto dicho antes por otros historiadores del Derecho– que desde los Tratados de Roma, se ha desarrollado un nuevo Derecho Común en los Estados miembros de la Comunidad Europea. Este Derecho tiene una naturaleza técnica y económica, que irá unificando poco a poco los diferentes Derechos de los Estados miembros.

Pero no basta con la unificación de las normas, es necesario volver la vista a un pensamiento común europeo, en materias generales como Derecho Privado, Procesal civil y Administrativo. Esta es una tarea de primer orden que atañe a la ciencia jurídica²⁷.

7. Con la exposición, obligadamente breve, de las líneas de trabajo que actualmente conozco en la Historia del Derecho europeo, creo se contesta a la vez a dos preguntas formuladas en el párrafo 3: ¿se debe? y, en parte, ¿cómo?.

25 A. PEREZ MARTIN, "Europa: realidad y aspiración históricas", *Glossae* 1, Murcia 1988, 9-34, especialmente 24 ss.

26 H. COING, "Unidad en el desarrollo del Derecho en los países de Europa", *Glossae* 2, Murcia 1989-90, 133-142.

27 COING, *ibidem*, 142.

La exposición ha servido, a mi entender, para lograr un objetivo fundamental: situarnos en el plano de la realidad y no en el de la utopía o la ilusión. En otras palabras, para superar el peso de la moda, o lado oscuro en la tarea del historiador del Derecho Europeo.

No obstante, hay que corregir las afirmaciones de García Gallo, que, si eran válidas, o más consistentes hace veinte años, hoy creo que admiten otras perspectivas más enriquecedoras. Igualmente, es obligado señalar que los trabajos de Coing, Cavanna y Pérez Martín, a través del Instituto Max-Planck y del Instituto de Derecho Común, asientan éste en el *Ius Commune*; lo cual, aun siendo esencialmente válido, no puede suponer la exclusión de otros enfoques complementarios. Coing, en el último artículo citado, llama la atención, sin entrar en materia, sobre el nuevo Derecho Común europeo, señalando otra veta que parece obligatorio explotar.

Antes de marcar las pautas concretas que debería seguir la elaboración de la Historia del Derecho europeo, para situarse en la realidad y no en la ilusión, hay que delimitar, sin exclusiones, mediante un concepto amplio e instrumental, qué podemos entender por Derecho Europeo.

Me parece que puede ser perfectamente válida una transposición del concepto instrumental que García Gallo daba del Derecho español al ámbito de Europa. En efecto, decía el ilustre maestro -condesando por mi parte su pensamiento- que ha de considerarse Derecho español el conjunto de Derechos por los que se ha regido el pueblo español²⁸, tanto creados por él o en España, como recibidos de fuera, pero aplicados en ella.

Pues bien, ¿por qué no entender por Derecho Histórico Europeo aquél por el que se ha regido Europa? Aquí el ámbito geográfico es el soporte fundamental. Los Derechos nacionales no son en sí Derecho Europeo, salvo en las notas comunes que todos ellos tengan, pero sí lo será el Derecho creado de propósito para regir en toda Europa, a partir de la segunda mitad de este siglo.

Por otra parte, se impone un deslinde que evite la monopolización del *Ius Commune* como único Derecho verdaderamente europeo. Quienes trabajan en esta línea debieran liberarse de la tentación de

28 A. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, I, Madrid 1975, 22.

exclusivismo dogmático –que me parece latente en sus líneas de investigación– pues se trata de un prejuicio, que, como todos los prejuicios, es pernicioso. La línea de investigación del *Ius Commune* es una línea más, todo lo importante que se quiera, pero no es la única. Ni siquiera me parece lícito llamar a éste Derecho europeo, y llamar *Derecho de Europa* al modernamente salido de los órganos administrativos –y en el futuro legislativos– de la Comunidad.

8. Por lo tanto, la Historia del Derecho Europeo, debiera abarcar los siguientes campos:

8.1. El estudio del *Ius Commune*, por ser el primer sustrato jurídico común de toda Europa, y, en buena medida, la base del desarrollo de los Derechos nacionales.

8.2. La ciencia jurídica, a través del estudio de la literatura jurídica basada en el *Ius Commune*, que se produce en los distintos países, descartando aquélla que únicamente se centra en cuestiones peculiares de aquéllos. La que verdaderamente importa es la producida en las Universidades, base de una formación común y extraterritorial. Pero no ha de menospreciarse –estoy pensando, por ejemplo, en Vidal de Cañellas– las obras de comentario del Derecho autóctono efectuadas desde la base y con el armazón del Derecho común.

8.3. El pensamiento jurídico, tal como lo entiende Coing, es decir, la elaboración de estudios que, partiendo de problemas jurídico-políticos, presenten de modo comparativo las soluciones de los Derechos nacionales. En Derecho Privado, Procesal civil y Administrativo esta tarea, como ya se dijo, sería especialmente fructífera.

8.4. El Derecho feudal y el mercantil; sobre todo este último, me parece europeo de pleno derecho, pues aunque las normas puedan ser distintas en cuanto a su origen geográfico, la unidad de problemas y la semejanza de soluciones entre mercaderes, dentro del ámbito continental, no puede ser ignorada.

8.6. Dentro de lo que pudiéramos llamar el Derecho histórico de la Comunidad Europea, está por estudiar –aunque no es tarea urgente por falta de la suficiente perspectiva– toda la normativa no vigente desde el Tratado de Roma. Pero en este momento, si hacer una historia de lo que es muy inmediato puede parecer superfluo, no lo es el estudio de las líneas políticas que, desde entonces acá han iluminado la legislación comunitaria.

8.7. La entrada en vigor del Acta Única Europea marcará un tér-

mino *ad quem*, hasta el cual, gran parte de la legislación comunitaria, aunque de carácter técnico y económico, se convertirá en Derecho histórico y caerá, *ipso facto*, en el campo de la Historia del Derecho.

8.7. La labor del Parlamento Europeo, hasta hoy prácticamente testimonial y no legislativa, va a cambiar en los años venideros. Cuando se produzca la asunción de competencias legislativas, aunque sea en ciertos campos solamente, se marcará otro término hasta el cual la labor del Parlamento podrá ser estudiada por los historiadores del Derecho.

8.8. Aunque todavía no pueda hablarse más que de Derecho vigente, y no del todo desarrollado, la defensa de los intereses singulares ante los organismos europeos, así como el Derecho penal comunitario, acabarán por tener su Derecho histórico.

No conviene señalar futuros campos, pues la regla de oro de un historiador es que no debe pronunciarse sobre el futuro. No obstante, con las páginas que anteceden se ha tratado de mostrar qué se está haciendo en el campo de la Historia del Derecho Europeo y cómo evitar las trampas que tiende un europeísmo que tiene más de moda que de convicción profunda.

La elaboración de la Historia del Derecho Europeo no es labor de una persona, sino de muchos especialistas, y a lo largo de muchos años de trabajo. Pretender monopolizar este nombre para un campo determinado es un error de óptica, que emprobrece las posibilidades de la tarea.

De todas formas, una posición de partida sensata evitará que en el ámbito europeo puedan producirse las mismas decepciones que se cosecharon cuando estuvo de moda la Historia Universal del Derecho.