

EL HISTORIADOR Y LA HISTORIA DE LA CONSTITUCION Y DEL DERECHO (*)

OTTO BRUNNER

Tenemos que partir de la siguiente cuestión: en qué se diferencian los ámbitos de interés, los objetos de estudio propios de un «historiador», un historiador sin más, de los determinados en nuestro caso por un historiador de la constitución y el derecho. Se

(*) «Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht», comunicación originalmente presentada el 13 de octubre de 1967 en el Congreso Alemán de Historiadores en Friburgo. Publicada en *Historische Zeitschrift*, 209, 1969, págs. 1-16, junto a dos contribuciones críticas en el marco del propio congreso, de HERMANN KRAUSE, «Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht», págs. 17-26, y HANS THIEME, «Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht», págs. 27-36. La versión castellana ha sido preparada por ANTONIO SÁEZ ARANCE. El traductor ha preferido mantener en el alemán original —o consignarlos entre paréntesis— aquellos términos y expresiones que, por su intraducibilidad intrínseca o su posición central en el razonamiento del autor, carecerían de sentido pleno una vez vertidos al castellano. Es éste el caso de la significativa distinción de términos literalmente próximos como *Macht*, *Gewalt* y *Herrschaft*, *Verfassung* y *Konstitution*, etc.; cuya virtualidad no es tanto debida a la flexibilidad conceptual de la lengua a que pertenecen como, más bien, a la *realidad histórica* que se halla tras su origen. Cf., sobre éste y otros aspectos, el muy útil artículo de GIULIANA NOBILI SCHIERA, «A proposito della traduzione recente di un 'opera di Otto Brunner», *Annali dell'Istituto italo-germanico in Trento*, IX, 1983, págs. 391-410, con un «analisi storico-concettuale» de algunas de las categorías mencionadas (*Verfassung*, *Herrschaft*). También, la «Introduzione» de Pierangelo Schiera a la edición italiana de *Land und Herrschaft*. (*Terra e Potere*), Milán, Giuffrè, 1983, págs. IX-XXXVII. El traductor agradece a JULIO A. PARDOS y JULEN VIEJO sus abundantes y valiosas observaciones sobre el texto. (*N. del T.*)

trata de la relación de la «historia» como materia (*Fach*) respecto al resto de las ciencias históricas (*historische Wissenschaften*). Una ojeada a los programas universitarios o a los índices de cursos muestra la existencia, en el marco de la organización académica, de un área de conocimiento denominada «historia», dividida, la mayor parte de las veces, en Historia Antigua, Historia Medieval e Historia Moderna. Dado que esta «historia» viene concretándose desde un punto de vista exclusivamente europeo, quedan al margen áreas de conocimiento relativas a espacios extraeuropeos o épocas más antiguas. Por lo demás, son notorias las limitaciones impuestas por una *Weltgeschichte* de concepción más bien tradicional. No obstante, junto a esta historia en sentido estricto existe de hecho un conjunto de «ciencias históricas», en su mayoría dependientes de las Facultades de Filosofía o, también, de otras Facultades. Se trata de ciencias que poseen por objeto ámbitos propios de interés. Y tal ámbito propio no viene a ser primariamente el de los hombres, sino el de sus «obras»: sus respectivos ordenamientos jurídicos; sus sistemas económicos, creencias y filosofías; los resultados de su vida literaria o artística, por mencionar sólo algunos. En esos objetos subsiste un interés inmediato; nos resultan aún «vivos», o al menos nos lo pueden resultar. Su identificación histórica no es sino un mero instrumento para su conocimiento.

Por ello, estas ciencias históricas de objeto propio se encuentran en contacto con el tratamiento teórico de ese objeto, en tanto son sólo, a menudo, un aspecto parcial de los ámbitos de conocimiento de esas ciencias.

No es este lugar idóneo para discutir las causas sociológico-científicas de la compartimentación del saber académico en diversas áreas, o de su ubicación en distintas Facultades. Juegan en ello su papel muchos factores no inmediatamente académicos, sobre todo la orientación profesional. ¿Qué función posee la Historia del Derecho respecto a la totalidad de la carrera de Derecho? ¿Qué significa la Historia del Derecho en el contexto de los estudios de «Historia», que tiene por misión, en gran medida, la formación de profesores de enseñanza secundaria? ¿Hasta qué punto no resultan con ello condicionadas las grandes discusiones o la propia identidad de ambas áreas? Cualquier historiador conoce las dificultades que entraña plantear ante sus alumnos en seminarios o clases prácticas

determinadas cuestiones teóricas, que difícilmente pueden serles de utilidad en su posterior labor docente.

Se puede hablar de ciencia histórica o de ciencias históricas en general, si se es consciente de que se habla en principio de un complejo de especialidades históricas realmente existentes, independientemente de que se verifiquen entre ellas contactos y correlaciones de grado variable.

La abundancia de ciencias históricas podría conducir a suponer que la misión del «historiador», en la acepción más genérica del término, es compendiar los resultados de todas ellas. Habrá de convenirse que el «historiador» precisa de los resultados de otras ciencias al menos en notable medida, si bien asignándoles una posición diferente en su discurso a la que tales resultados poseen en las especialidades respectivas. Lo que es cuestión fundamental para una ciencia histórica dada, puede ser de un interés marginal para el «historiador» y viceversa.

Con todo, no cabe confundir este esfuerzo con lo que común y popularmente se denomina *Kulturgeschichte*, intento de compendio enciclopédico del saber histórico respecto a determinados lugares o épocas. Existen, en verdad, obras históricas de alto nivel que vienen a denominarse *Kulturgeschichte*, pero no deja de ser cierto que a todas ellas subyace un concepto de cultura más o menos conscientemente operativo —con frecuencia se trata de derivados de una filosofía de la historia secularizada o teológicamente condicionada—. A este grupo pertenecen la mayoría de los libros que se autoidentifican como «Historia del Espíritu» (*Geistesgeschichte*). Resulta claro que provienen de un determinado ámbito de interés, por ejemplo, de la Historia de las Ideas Políticas, de la Historia de las Artes Plásticas, de la Historia de la Filosofía o de la Historia de la Literatura. Exploran los presupuestos y el trasfondo del correspondiente objeto histórico, pero, en último término, hacen historia de ese propio objeto. Resulta hoy un hecho palmario la cuestionabilidad de los intentos de caracterizar épocas completas a partir de términos tomados de la Historia del Arte como, por ejemplo, Gótico, Renacimiento o Barroco. Así entendidas, las diferentes modalidades de *Kulturgeschichte* no están en situación de mostrar toda la vida cultural de una época, su cultura en sí, de no mediar

pretensiones de apariencia enciclopédica. Y aun así quedará algún aspecto sin tratar o sólo insuficientemente tratado.

Me parecía necesario aludir a estos asuntos, por cuanto ha podido afirmarse que la Historia del Derecho se incluye tanto en el ámbito de la ciencia jurídica como en el de la ciencia histórica o la *Kulturgeschichte*. Esta observación, en sí correcta, viene en el fondo a resultar también trivial.

Se plantea así la cuestión de cuál es el objeto del «historiador» en un sentido estricto, propio de la palabra. Al margen de que su interés se desborde hacia el campo de las diversas especialidades históricas, posee con todo, un objeto realmente propio. Se trata fundamentalmente de «lo político» (*das Politische*), entendido en un sentido muy amplio, de la autoafirmación (*Selbstbehauptung*) de los hombres y sus formas asociativas, y del orden interno de las mismas. Se trata del poder (*Macht*), dicho en otras palabras. No tiene que ver con un ámbito acotado de conocimientos, como en el resto de las ciencias históricas, sino con una perspectiva trascendente que, como toda perspectiva, tiene también sus limitaciones. Y hay que ser consciente de esas limitaciones, si no se quiere correr el riesgo de caer en pretensiones, digamos, «totalitarias». MAX WEBER ha definido el poder (*Macht*) como la opción de mantener obediencia o sumisión respecto a determinados mandatos u órdenes y ha mantenido, además —lo cual es una reflexión muy importante para nosotros—, que el poder es preferentemente poder institucionalizado, esto es, lo que denominamos *Herrschaft* (1). Estas abstracciones perduran en la moderna literatura

(1) La definición literal de WEBER reza: «(Macht ist) jede chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Chance beruht», *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, pág. 28 (de la 5.ª edición alemana, Tubinga, 1972, por la que se cita). En las siguientes líneas, el traductor ha optado, por razones que expuso en la nota inicial, por mantener la terminología original, allí donde una u otra interpretación pudiera traicionar o interferir en la intención del autor. Las diferentes modalidades de *Herrschaft* enumeradas por BRUNNER han sido también respetadas con su nombre original. No es posible aplicar, al menos genéricamente, términos como «señorío» o «dominio»; «poder» —solución empleada en las traducciones italianas, no sin matizaciones e insistencia razonada en el carácter pre-estatal de esta relación (Cf. NOBILI SCHIERA, art. cit., págs. 399-400)—, implicaría, por su parte, confusiones no

sociológica y politológica y son por ello actuales. Pero hay en este punto dos malentendidos dignos de réplica. *Herrschaft*, no es, como comúnmente suele entenderse, sumisión incondicional o dominación absoluta (*absolute Herrschaft*). También términos como absoluto o absolutismo son malinterpretados en este contexto. De lo cual se infiere, que los conceptos abstractos «poder» (*Macht*) o *Herrschaft* son inaplicables en la narración del acontecer histórico, fuera del contexto de un tratamiento puntual de las relaciones de poder (*Machtverhältnisse*) y de la conformación institucional de la *Herrschaft* o, lo que es lo mismo, si no se muestra qué pueden o pudieron significar en formas y situaciones concretas. Cabe aquí nombrar, a modo de ejemplo, modalidades históricas de *Hausherrschaft*, *Grundherrschaft*, *Gerichtsherrschaft*, *Stadtherrschaft*, *Territorialherrschaft* o *Königsherrschaft*, estructuradas diferencialmente conforme tratemos de lugares y épocas diversas. Ya hemos llamado la atención sobre la imposibilidad de una historia constitucional y del derecho (*Verfassungs— und Rechtsgeschichte*) ajena a la historia política (*politische Geschichte*) entendida en este sentido.

KARL LOEWENSTEIN, un discípulo de MAX WEBER, publicó en 1958 una «Teoría de la Constitución» (*Verfassungslehre*) en lengua alemana, en la cual el concepto de poder (*Macht*) posee una significación central. La edición original norteamericana tenía por título *Political Power and the Governmental Process* (2). Tampoco se trata aquí del poder *a se* sino, como el propio LOEWENSTEIN señala, del «poder político». Este es mostrado, no obstante, en el contexto de su función en instituciones dadas, en formas de gobierno. De ahí que la mayor parte de la obra se dedique a la cuestión de los

deseadas, en concurrencia con *Macht* y *Gewalt*. Así, por ejemplo, se podría traducir *Gerichtsherrschaft* por «señorío jurisdiccional» (de hecho, esa es la traducción escogida unas páginas más adelante, en el contexto de una alusión explícita a la *Agrarverfassung*), pero se correría el riesgo de limitar la amplitud del concepto y la enorme multivocidad del término. Vid. AA.VV., s. v. «Herrschaft», *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch —sozialen Sprache in Deutschland*, III, Stuttgart, 1972, págs. 1-102, esp. pág. 14, y s. v. «Macht/Gewalt», *ibíd.*, págs. 817-935 (hemos utilizado la edición de 1982). (*N. del T.*)

(2) Vid. la traducción castellana, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979 (2.^a ed.), con introducción de ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, contextualizando la obra de LOEWENSTEIN en el panorama del pensamiento político norteamericano. (*N. del T.*)

«controles del poder político» a través de esas instituciones. Se puede discutir la posibilidad de traducir solventemente *power* o, en francés, *pouvoir*, con un concepto tan abstracto y lastrado por la variedad de sus representaciones, como el alemán *Macht*. Sería quizás más correcto hablar aquí de *Gewalt*, palabra no menos ambigua, ciertamente, cuyo significado abarca, sin embargo, un ámbito suficientemente amplio respecto a las instituciones y, con ello, respecto al ordenamiento jurídico. Como es bien sabido, el concepto «poder» (*Macht*) fue a menudo distorsionado en la terminología histórica alemana, en un contexto de carencia y posterior impulsión de la unidad nacional-estatal. Y también resulta conocida la aseveración de Treitschke «der Staat ist Macht, Macht und nochmals Macht» (el Estado es poder, poder y más poder), así como la etiqueta *Realpolitik*, forjada tras 1848 por un liberal desengañado. Pero no menos conocidas son las reflexiones de GERHARD RITTER acerca del «carácter demoníaco del poder» (*Dämonie der Macht*), por citar tan sólo la obra de un historiador, entre la amplia literatura existente sobre el tema. Considerado aisladamente, el poder (*Macht*) aparece fundado, en la visión más común, sobre motivaciones exclusivamente políticas, frente a las cuales cualquier otro factor aparenta la condición de mera máscara o ideología.

Sin embargo, cuando, hace una generación, un historiador del derecho como HEINRICH MITTEIS confrontó la «historia del derecho» con la «historia del poder» (*Macht*), entendía por «historia del poder» precisamente aquella que no depende meramente de una idea desnuda del poder, en la cual, tal y como afirma, «el propio derecho puede ser un poder de coerción», y en la cual «se cuestionan los fundamentos y las garantías de la durabilidad y pervivencia del éxito de los gobernantes» (3).

Si tomamos como ámbito propio de lo político la autoafirmación de los hombres y sus formas asociativas, resulta apenas preciso advertir, que los aspectos a tratar no son las acciones puramente diplomáticas, los conflictos internos o las luchas por el poder, el acontecimiento histórico en sus formas más externas; no se trata

(3) «...Das Recht selbst (kann) eine gewaltige Macht (sein)... Nach den inneren Grundlagen und den Garantien für Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit des staatsmännischen Erfolgs gefragt wird». (*N. del T.*)

en suma de los discutidos *faits* o *evenements*, tan caros a la historiografía francesa. La afirmación del poder (*Machtbehauptung*) y sus consiguientes relaciones nos introducen en una historia plena de estructuras diversificadas, sin cuyo exacto conocimiento no resulta factible escribir historia política. Y esto es aplicable a las relaciones exteriores de los estados, inscritas en un marco concreto de derechos de gentes, propio de cada época, cuya efectiva vigencia en muchos casos resulta no menos problemática. Como ejemplo de las limitaciones de una consideración aislada del poder, FRITZ DIEKMANN muestra en su artículo «Rechtsgedanke und Machtpolitik bei Richelieu» (*Historische Zeitschrift*, 196), los intentos de RICHELIEU de dotar a su política de fuerza de una fundamentación jurídica, y esto no tanto con fines propagandísticos como por conciencia de su real necesidad, lo cual evidencia lo cuestionable que pudieron resultar algunas de sus tesis, desde el punto de vista de sus contrarios.

Y no menos aplicable es nuestro razonamiento a la Iglesia o las iglesias, determinantes decisivas de la existencia humana y su ordenamiento hasta la irrupción del moderno laicismo; o, en general, a cualquier estructura de carácter secular. En todos estos casos se trata de órdenes jurídicos entendidos en sentido lato. El poder (*Macht*) en un sentido más estricto puede tener un significado central en la labor del historiador de la política si se le confronta la historia jurídica, en especial en lo tocante a la plasmación histórica de una idea abstracta de derecho o, en expresión de HEINRICH MITTBEIS, «die Rechtsidee in der Geschichte».

Echemos una ojeada a algunas de las especialidades presentes en nuestra organización científica. La especialidad que denominamos «Historia» se limita en lo esencial al mundo europeo-occidental y a sus prolongaciones ultramarinas. Pero también existen especialidades históricas que se ocupan de culturas extraeuropeas, antiguas o modernas, apenas susceptibles de integración en el cuadro historiográfico heredado. No es esta cuestión que corresponda debatir aquí. Pero lo cierto es que aquel que se ocupa de la estructura interna de los países europeos o, más en concreto, de la de Alemania, suele toparse con otras especialidades de contenido más o menos histórico, que ocupan una posición diversa a la de la Historia en el seno de las Facultades de Filosofía. Algunas pueden ser citadas aquí:

un ejemplo es la Historia de la Iglesia, adscrita a las Facultades de Teología. Con todo, ello no viene al caso ahora, aun siendo indiscutible la significación de su objeto en la estructuración interna de las formas sociales y políticas.

El objeto de nuestra reflexión, la Historia del Derecho, es una parte de la jurisprudencia, de la ciencia jurídica. Pero aún tenemos que aludir a otra especialidad, la Historia Social y Económica, de ubicación compartida tanto en las Facultades de Filosofía, donde se ocupan de ella los historiadores, como en las Facultades de Sociología y Ciencias Económicas. Su atención preferente se circunscribe a la Edad Contemporánea, a la sociedad industrial. Actualmente resulta inevitable vincular este tipo de historia a la teoría económica y, en especial, a la teoría del crecimiento económico. Pero en los últimos años se han emprendido intentos, culminados con éxito, de fundar también en la teoría económica la historia económica de otras épocas. Aparte esto, no obstante, la historia económica, por sustancial que sea su fundamentación teórica, tampoco permite una consideración aislada. No casualmente hablamos de historia social y económica. Ciertamente es que la historia social está condicionada, si no determinada, por la realidad económica, pero en el tratamiento de épocas más antiguas esto resulta sólo una verdad a medias. El libro de FRIEDRICH LÜTGE, *Deutsche Agrarverfassung*, integrado en una más amplia Historia Agraria de Alemania, trata en lo esencial de las relaciones entre nobleza y campesinado, de señoríos fundiarios y jurisdiccionales (*Grundund Gerichtsherrschaft*). O de asuntos como la servidumbre que, si bien cargados de significación económica, están originariamente asociados a factores de otra índole. Basta aludir a otro ejemplo: la estructura del artesanado urbano corporativo, de los *gremios* en un sentido más común. Este tipo de fenómenos sólo pueden ser correctamente tratados sobre el supuesto de la consideración de la historia jurídica y constitucional, del mismo modo que los manuales de historia del derecho contienen capítulos de historia social y económica.

De la historia económica fundada, al menos parcialmente, sobre una teoría muy moderna, se diferencia la Historia del Derecho (al igual que la Historia de la Iglesia), de fundamentos metodológicos muy diferentes. ERICH ROTHACKER mostró en su trabajo de 1954 (*Mainzer Akademie Abhandlungen*) «Die dogmatische Denkform in

den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus», la diversidad de formas de pensamiento existentes en el ámbito de las ciencias humanas. Lo mismo en la Teología como, y en lo que aquí nos concierne, en el Derecho, existe una forma dogmática de pensamiento. No trataremos aquí el significado que pueda poseer esta suerte de dogmatismo respecto a la diversidad de las ciencias humanas. Pero es interesante que ROTHACKER tome de la ciencia jurídica una buena parte de sus ejemplos, la cual, y con ello también la Historia del Derecho, manifiesta una tendencia a aplicar frecuentemente una «metodología dogmática», a la hora de interpretar y sistematizar una realidad jurídica dada. Es cierto que la ciencia jurídica no está decisivamente determinada por esta forma dogmática de pensamiento, pero no lo es menos que ésta juega un papel prevalente, especialmente en lo relativo al tratamiento del derecho vigente. Por ende, el influjo de este factor se amplía al ámbito de la Historia del Derecho. Sin él, ésta se diluiría en una colección de datos de anticuario, carentes de significación alguna para el jurista e incapaces de ofrecer al historiador lo que éste espera de ellos. De todos modos, cabe aquí señalar que el vínculo existente, imprescindible en el quehacer jurídico, entre la Historia del Derecho y su *Dogmatik*, visible en la asociación académica de Historia del Derecho y Derecho vigente, implica ciertos peligros. Nos las tenemos que haber en el fondo con una antinomia propia de cualquier ciencia social. Sólo la relación con el presente crea una historia que despierta vivo interés. Pero esa misma relación conduce no pocas veces a la traslación de categorías desde el presente al pasado, sin ser propias de éste. Además, ese «presente» en el cual un libro fue escrito y con el cual se relacionan sus tesis de modo más o menos consciente puede distar décadas o incluso generaciones. Cuando más grande sea la distancia existente, tanto más fácil resulta la percepción de ese condicionamiento temporal.

El historiador, especialmente el historiador formado en la realidad jurídica, ha de hacerse cargo de este elemento dogmático, en tanto los conceptos de él emanados condicionen el curso del trabajo historiográfico en relación con el Derecho y su historia. Tal cosa resulta especialmente evidente en la concepción de manuales o *Grundrisse* de Historia del Derecho, compuestos en general por secciones o capítulos cronológicos que ofrecen un vasto acopio de

fuentes jurídicas, cuya interpretación facilita una presentación dogmática del derecho vigente en cada caso. Libros de este tipo son los que el historiador utiliza para introducirse u orientarse en el tema. Pero se da el caso de historiadores que mantuvieron durante largo tiempo planteamientos reclusos en viejos manuales, planteamientos puestos ya en duda o completamente rechazados por los historiadores del Derecho. Y también hubo, hace décadas, historiadores que polemizaron ampliamente contra las «teorías de los juristas» (*Juristenlehre*), cuando el objeto fundamental de su crítica eran realmente los capítulos introductorios de historia social y económica de que se dotaba a los manuales de Historia del Derecho.

Como cualquier ciencia, la Historia del Derecho no se compone solamente de manuales o *Grundrisse*, sino también de una abundante cantidad de estudios particulares, monografías y artículos de revista. En la esfera de la investigación activa, la labor de los historiadores respecto a la Historia de la Constitución y del Derecho es ciertamente visible, pero las cuestiones tratadas vienen a relacionarse sobre todo con los temas más importantes en conexión con sus propios trabajos, haciendo amplia abstracción de otros aspectos de la Historia del Derecho (así, por ejemplo, del ámbito del «Derecho privado alemán»).

Hace poco tiempo que, por parte de la Historia del Derecho, se ha planteado la cuestión de si es realmente posible en la actualidad tratar la historia alemana del Derecho como un todo, sólo a base de manuales y si no sería necesario arbitrar nuevos medios de presentación. Es éste el planteamiento de la obra *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, a cargo de ADALBERT ERLER y EKKEHARD KAUFMANN, y hay que señalar que, amén de participar en su confección también historiadores, la problemática tratada en sus voces es más que amplia.

Ya señalé antes que las secciones de los manuales suelen apoyarse en fuentes jurídicas especialmente ricas en información, fuentes del tipo de los llamados *Volksrechte*, de los *Rechtsbücher* o de los modernos *Gesetzbücher*. Hace ya algunos años que HEINRICH MITTEIS advirtió, en diversos escritos, que cualquier fuente que informe acerca del derecho de una determinada época ha de ser tenida en cuenta, incluidas las fuentes narrativas. Pero al mismo

tiempo MITTEIS ha insistido siempre en la necesidad de interrogar a estas fuentes sobre la aplicación, no sólo sobre su contenido dogmático, sino sobre su efectividad y exigencia reales, su utilidad y las formas en que se plasman en la vida jurídica práctica y el discurrir político-social. Tal deseo brota de lo más hondo del ánimo del historiador. MITTEIS alude, entre otras cosas, al amplio campo de los documentos, de importancia sustantiva respecto a la vida jurídica. Su tratamiento crítico y su edición están por lo demás en manos de historiadores. Y esta labor no se agota con el tratamiento de los problemas histórico-jurídicos. Quien esté familiarizado con la documentación sabe bien que no pocos documentos emanados de la praxis jurídica, tanto los documentos reales como aquellos confirmados con bulas de oro, alcanzaron sólo una vigencia parcial o incluso no la alcanzaron. La realidad jurídica conduce al historiador del derecho, al igual que al historiador sin más, a la esfera del acontecimiento político, de la historia política en el sentido arriba señalado, y obliga inevitablemente a los representantes de ambas áreas a una estrecha colaboración.

Existe otro amplio campo de posibilidades común a los dos ámbitos: la edición de fuentes, especialmente de fuentes medievales. Las técnicas de edición han sido desarrolladas en lo esencial por historiadores, y no sólo las de fuentes narrativas o documentales, sino también las de otro tipo. Pero en tanto se trata de fuentes jurídicas en un sentido más o menos amplio, o bien de cualesquiera fuentes históricas de contenido jurídico relevante, son imprescindibles para su comprensión conocimiento de Historia de Derecho. Y es que, para la edición de un texto, aun cuando su realización ideal haya de afrontarse con una cierta dosis de escepticismo, es preciso al menos un semejante sentido de la interpretación. La puntuación escogida, sin ir más lejos, puede modificar el sentido de una frase. Tras la posición de una coma puede esconderse una postura correcta o equivocada. Es conocido el trabajo que actualmente ocupa a los historiadores del Derecho en la publicación de fuentes, especialmente de aquellas que más les interesan. Los enunciados jurídicos, interpretados en un sentido dogmático, no quedan aislados, siempre que se consideren conjuntamente en un cuadro coherente de instituciones jurídicas (el matrimonio, la propiedad o el estado). La pregunta planteada de inmediato por el historiador

es cuál viene a ser el signo concreto de las configuraciones sociales reguladas jurídicamente por esas instituciones. Los juristas, por su parte, harán recaer el peso de su argumentación sobre la interpretación dogmática de esa regulación.

También puede ocurrir que los enunciados jurídicos posean un gran interés para el jurista desde el punto de vista dogmático y, en cambio, resulten al historiador de escaso peso en cuanto que realidad histórica, quedando, consiguientemente, en dato de interés marginal para éste.

Los enunciados jurídicos susceptibles de explicación, interpretación y sistematización en tanto que derecho positivo guardan coherencia con sus respectivas épocas, coherencia en función de la cual se expresa la vigencia que puedan adquirir. A esta coherencia son atribuibles el origen de esos textos y su perdurabilidad; por ella se presentan como legítimos, como «justos». En uno de sus artículos, K. S. BADER ha reivindicado «Más historia del espíritu en la Historia del Derecho» (4). No nos referimos aquí al «espíritu» (*Geist*) como concepto derivado del idealismo alemán en clave de reacción frente al positivismo jurídico de finales del XIX, concepto revivido con tal motivo, adquiriendo una cierta dignidad pseudometafísica. Nos referimos más bien a la percepción y a las asunciones ideales originadas, no raramente por vía de religión, respecto a configuraciones político-sociales concretas. Ha de ser entendida en tal sentido la Iglesia, como configuración social estructurada también jurídicamente, que participó y participa de manera sustantiva en el orden secular.

Tenemos ante nosotros el problema del cambio históricamente operado en la concepción del Derecho. Sabemos de un Derecho antiguo, fundado en la religión, algunas de cuyas fórmulas distintivas podrían ser «Dios y el Derecho» o «el buen y viejo Derecho», no existiendo, sin embargo, pronunciamiento alguno sobre su edad cronológica, sino, al contrario, sobre su vigencia durable y su identidad con el presente. Pronunciamientos comprensibles en el contexto de una idea de la historia de fundamentos también religiosos, según la cual era posible sentir el pasado como presente o, por poner un ejemplo tomado de las artes plásticas, decorar con orna-

(4) «Mehr Geistesgeschichte in der Rechtsgeschichte». (*N. del T.*)

mentos del respectivo presente, en tanto se vivía *in hoc saeculo*, escenas de la Biblia, de la Antigüedad o de las Vidas de Santos. Frente a todo esto surgirá una nueva problemática jurídica determinada por la irrupción del Estado, del concepto moderno de la soberanía y, en oposición al modelo antes descrito, del moderno iusnaturalismo, abandonándose con ello la fundamentación religiosa del orden jurídico, la separación de la Teología y el Derecho, etcétera, puntos de partida de problemas ulteriores, como la Escuela Histórica, el historicismo del XIX o el positivismo legal.

Todo esto hay que comprenderlo en el marco del cambio histórico global. Los historiadores del Derecho confluyen en este punto con el resto de sus colegas.

He elegido ejemplos parcialmente relacionados con la historia alemana o germánico-alemana del Derecho, especialmente importantes para el historiador medievalista.

Esta historia del Derecho se opuso, como se mostraba en los cursos y manuales sobre «historia del Derecho alemán» y «Derecho privado alemán», al «Derecho romano», especialmente en la época de la lucha por la implantación del Derecho codificado burgués en las últimas décadas del siglo XIX. Tal «Derecho romano», si bien vigente en una buena parte de Alemania hasta 1900, en forma de Pandectística (*Pandektenrecht*), ya había resurgido fuertemente en la vida jurídica, impregnando las grandes codificaciones a partir del siglo XVIII. La querrela entre «romanistas» y «germanistas» perdió su significado hace bastante tiempo y no existe razón para volver a ella. De hecho, la extinción de esta disputa me parece un desarrollo enormemente positivo en lo que a la práctica historiográfica se refiere. Los modernos manuales y cursos de Historia del Derecho (H. CONRAD, MITTEIS-LIEBERICH) no cargan el peso del discurso en épocas remotas, sino que tratan la Edad Moderna incluso extensamente y no en cortos capítulos de cierre. Con lo cual, la historia alemana del Derecho de viejo cuño, que seguía casi exclusivamente una línea franco-germánico-alemana, ve ocupado su lugar por una presentación de la vida jurídica alemana existente hasta nuestros días, que muestra, desde una perspectiva global, el Derecho vigente y efectivo en cada momento. HELMUT COING, un «romanista» si se aplican criterios estrictos, ha publicado recientemente un libro-

to titulado *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland* (1967), un recorrido por el desarrollo jurídico de Alemania desde la Plena Edad Media, esto es, desde la época en la que se puede hablar propiamente de un Imperio alemán y, por ello, también de un Derecho alemán, hasta la época actual. Por descontado que el autor conoce los precedentes franco-germánicos, pero la realidad histórica gana mucho con la prolongación de su planteamiento, especialmente en unidad. La recepción del Derecho romano y la labor legislativa del «absolutismo y la Edad Moderna» o el siglo XIX ocupan con todo ello el lugar que les corresponde. En todos los libros citados se muestra la vida jurídica de Alemania a partir de sus fundamentos, conjuntamente considerados: los del Derecho alemán, en el más antiguo sentido de la palabra; los del Derecho romano, en su forma de *Pandektenrecht* y, también, los del Derecho canónico.

La historia del Derecho alemán posee para los historiadores, sobre todo para los historiadores de la Edad Moderna, una extraordinaria significación. Ciertamente quedan aquí algunas cuestiones por tratar. Sólo por poner un ejemplo: ¿Qué significan los conceptos y las formas jurídicas propias del Derecho romano, incluidas en la Pandectística (*Pandektenrecht*), en relación con la realidad histórica de la constitución agraria (*Agrarverfassung*), en relación con la posición del campesinado en la Edad Moderna?

La realidad de cambio brevemente esbozada aquí tiene más consecuencias. Desde sus comienzos, en los tiempos de la «Escuela Histórica» del siglo XIX, fue típica de la Historia del Derecho en Alemania, una supervaloración de los «orígenes», en los cuales reposa germinalmente, y a partir de los cuales se desarrolla poco a poco todo lo posterior. Es incuestionablemente legítimo interrogar a la vida jurídica de épocas posteriores y determinar el grado en que son atribuibles determinados fenómenos a raíces más antiguas, por ejemplo, germánicas. Pero esto no resulta decisivo para la comprensión de la realidad jurídica de una época. En estrecha conexión con el cambio operado en el pensamiento histórico, se encuentra la consideración positiva de la labor legisladora de los últimos siglos, que tan fuertemente criticada fue por la escuela histórica de la ciencia jurídica. Lo que implica a la vez la liquidación definitiva del «historicismo» en este ámbito, que ubicó preferentemente la virtualidad de determinados textos o posicionamientos jurídicos

en su perdurabilidad histórica, en su edad, cuanto más dilatada mejor.

Este cambio del pensamiento jurídico se ha consumado en las últimas décadas sin grandes conflictos desde mi punto de vista, a partir de un silencioso trabajo científico. Muy otra es la situación de otra *Germanistik*, la de los filólogos y los historiadores de la literatura. En ésta se verifica una agria polémica, cargada de contenido emocional y con un punto de partida equivalente. Aquí los hermanos GRIMM encuentran, junto al reconocimiento de su valía científica, la acusación de haber abierto un camino erróneo, seguido hasta la fecha. Me da la sensación de que el fallo radica en las últimas generaciones, que no han sabido hallar, como en nuestro caso, nuevos caminos.

Resulta más que suficientemente conocida la aportación de SAVIGNY o de los primeros representantes «germanistas» de la Historia del Derecho, pero también son notorios los límites de esa aportación. Lo mismo vale para los hermanos GRIMM, que también aportaron bastante a la Historia del Derecho, especialmente con el descubrimiento de fuentes. El que sus *Weistümer* signifiquen hoy para nosotros algo muy diferente de lo que pudieron significar para ellos, no resta ningún valor a su trabajo y a la apertura de caminos que éste supuso. Por lo demás, la ecuación de germanos y «viejos alemanes» no es un invento de los hermanos GRIMM; hunde sus raíces en el Humanismo y, también en parte, en la baja Edad Media (5).

En la última parte de mi comunicación debo aludir a la proble-

(5) Con la mención de los *Weistümer*, Brunner refiere una de las muestras de la labor de los GRIMM en concreto de JAKOB GRIMM, en el ámbito de la ciencia jurídica. Publicada en diversas fases a partir de 1840, esta obra, una colección de jurisprudencia medieval, fundamentalmente en el ámbito rural, continuaba la línea emprendida en 1828 con *Deutsche Rechtsaltertümer*, aproximación en clave romántica a la simbología jurídica de los «antiguos alemanes», y continuada en 1835 con su *Taciti Germania*. Por lo demás, y pese a ser sobre todo conocidos por sus *Märchen* —fruto de una labor compilatoria, y no creativa, como es creencia común entre nosotros—, JAKOB y WILHELM GRIMM mantuvieron un muy estrecho contacto con F.K. VON SAVIGNY y la escuela historicista, con aportaciones concretas en el terreno filológico. Cf. SEITZ, GABRIELE, *Die Brüder Grim. Leben-Werk-Zeit*, Munich, Winkler, 1984, especialmente págs. 37-52 y 90-121. (*N. del T.*)

mática específica de la Historia Constitucional (*Verfassungsgeschichte*). En este terreno, la comunidad de intereses entre los historiadores del Derecho y el resto de los historiadores es especialmente fuerte, y de gran peso el número de los historiadores que se ocupan en investigaciones de historia constitucional. Puedo aquí recordar lo que dije al principio acerca del concepto de «historia política» y su relación con instituciones dadas. Sólo un nexo estrecho con la historia constitucional permite hacer historia política.

¿Pero qué es constitución (*Verfassung*), y qué es historia constitucional (*Verfassungsgeschichte*)? La amplitud de significados de los conceptos, que apuntara ROTHACKER, nos juega aquí una mala pasada, y nos vemos obligados a diferenciar conceptos-tipo según su mayor o menor alcance. Para el historiador del Derecho, de lo que se trata, de modo principal, es del Derecho constitucional (*Verfassungsrecht*). Aquí emergen, incluso agravados, todos los problemas que suscitaba la Historia del Derecho en general, sobre todo la cuestión de la vigencia y virtualidad reales del Derecho constitucional, sea su signo el que sea. Es bien conocido el término, muy difundido, «realidad constitucional» (*Verfassungswirklichkeit*), que alude, pese a todo, a los textos constitucionales vigentes, a la «constitución escrita». Cabe preguntar si este término pudo poseer en el pasado el mismo sentido que hoy, considerando la inexistencia de documentos constitucionales de aplicabilidad general, y la proliferación, más allá de la praxis constitucional en sí, de leyes constitucionales concretas, sentencias, *Weistümer*, etc...

No sólo los historiadores o los historiadores del Derecho se ocupan de la Historia constitucional; también lo hacen los representantes del Derecho público (*öffentliches Recht*), del *Staatsrecht*, a menudo también en relación con el Derecho privado. Así, entre las obras fundamentales de la moderna historiografía constitucional alemana, encontramos, junto a la de un historiador como FRITZ HARTUNG, el libro de E. FORSTHOFF, un especialista en Derecho público. Cabe citar, además, aportaciones de alto nivel en el ámbito del Derecho público y constitucional, desde la «Teoría General del Estado» (*Allgemeine Staatslehre*). Así las ya antiguas de GEORG JELLINECK o HERMANN HELLER y, entre las actuales, sobre todo la de HEBERT KRÜGER, construidas a partir de sólidos conocimientos históricos, pero sin la intención precisa de escribir historia, ni si-

quiera historia constitucional. También la amplia, aún no concluida *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, de E. R. HUBER, es la obra de un representante del Derecho público. Así que existe una conexión inmediata entre la moderna historiografía constitucional y la actual problemática constitucional. Aquí se habla de un «presente» cuyas diferencias con el pasado más o menos lejano se señalan con mayor agudeza incluso que por los propios historiadores, cualquiera que sea su condición.

Sin embargo, la historia constitucional (*Verfassungsgeschichte*), ya sea escrita por historiadores o por juristas, es algo más que historia del Derecho constitucional (*Verfassungsrecht*).

¿Podemos preguntarnos aquí qué es, pues, constitución (*Verfassung*)? Se trata de una palabra de múltiples significados. Si hablamos de *Konstitution* en el sentido que tomó esta palabra en el siglo XIX, viene a limitarse a las instituciones de gobierno y de representación popular. A menudo viene a relacionarse la constitución (*Verfassung*) con el ámbito de la Administración (*Verwaltung*) siendo ambas decisivas formas de organización del estado moderno, del estado contemporáneo. No es raro en este caso hablar de «Historia de la Constitución y la Administración» (*Verfassungs — und Verwaltungsgeschichte*).

¿Pero basta con esto? No me refiero aquí a las introducciones o a los capítulos, en general breves, que delinean los presupuestos políticos o los cambios sociales y económicos, sino a una fundamentación más amplia. E. R. HUBER ha presentado, en el primer tomo de su *Deutsche Verfassungsgeschichte*, la época de las reformas, tratando (con Prusia como ejemplo) la reforma del Estado en sentido estricto, la del ejército, la de las comunidades rurales y urbanas, la constitución agraria, las actividades industriales o la educación. Y la esfera de la «sociedad» surgida del propio estado —*Gesellschaft*, en el sentido del siglo XIX— ha sido tratada desde el punto de vista del cambio y de la influencia recíproca operados entre ambos. De modo parecido, REINHART KOSELLECK, un historiador, ha estudiado en su libro *Preussen zwischen Reform und Revolution*, el estado administrativo (*Verwaltungsstaat*) y su significación para con el proyecto constitucional (*Verfassungsplanung*), entendido aquí lo constitucional en un sentido estricto, incidiendo con

ello en la realidad del cambio social. Pero el libro incluye un capítulo anterior (*Das Allgemeine Landrecht und seine politische Auswirkung*) que señala, entre otras muchas cosas, que también otros ámbitos del orden jurídico, como el propio del «Derecho privado», pueden poseer una significación desde el punto de vista histórico-constitucional. Y ello resulta aún más claro en lo que se refiere a la historia del Derecho penal. Pues la limitación y posterior supresión de los arbitrios judiciales (*Eigenmächte*) es un problema central en la génesis del estado moderno.

La problemática con que topamos en la denominada «Historia Contemporánea», no es menos actual respecto a épocas anteriores. En el Imperio y sus territorios, nos encontramos con un agregado de comunidades y poderes señoriales de diversa naturaleza (*Gemeinde und Herrschaften verschiedener Art*). Y todos ellos están ordenados jurídicamente. Su existencia no se agota en su Derecho constitucional, aun cuando éste pueda hacerse visible en la medida permitida por las fuentes. Es preciso también un análisis riguroso de las relaciones de poder determinadas por las diferentes comunidades o «condiciones asociativas» (*Gemeinde oder «Genossenschaften»*). Las cuales deben ser contempladas no sólo desde un punto de vista jurídico sino, también, socioeconómico. No me parece posible unificar estos aspectos —que unas veces aparecen como centrales respecto al discurso; otras marginales, que se invaden y solapan, si bien siempre desde ópticas diversas— si no se quiere correr el riesgo de descuidar una u otra de estas perspectivas. En la *Deutsche Agrargeschichte* editada por GÜNTER FRANZ, se prevé, o se ha producido ya, en algún caso, la aparición de volúmenes dedicados a la época anterior a 1800; así, una *Geschichte der deutschen Landwirtschaft*, relativa a la irrupción de la «agricultura en la época tecnológica»; una *Geschichte des deutschen Bauernstandes*, de orientación fundamentalmente política, y una *Geschichte der deutschen Agrarverfassung*. Compárese la historia hecha por un historiador de la economía, como F. LÜTGE, que proporciona a las relaciones jurídicas el espacio que les corresponde, con la voz *Agrarverfassung*, también de dicho autor, incluida en el *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, y quedará claro cuál es el punto de vista fundamental, independientemente de la consideración de otros factores.

Desde hace bastante tiempo, resulta notoria la imposibilidad de investigar las estructuras de poder pretéritas, con la mera aplicación del aparato conceptual del moderno Derecho público. E. W. BÖCKENFÖRDE lo ha expresado con claridad en su libro *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*. Un concepto como «Estado», como tal concepto-tipo, puede aplicarse en un sentido estricto, concreto y, lo que siempre es menos significativo, en un sentido muy lato. Es un mérito de la historia constitucional o de la *Allgemeine Staatslehre* cultivada por representantes del Derecho público, el haber reconocido esta situación, y el haber abierto nuevos caminos en la investigación de anteriores estructuras de dominación.

Seré conciso aquí en relación con la Sociología y la Politología. Simplemente: los problemas tratados por éstas son, esencialmente, problemas del presente o de un pasado muy cercano. Entre los politólogos hay también representantes de la Historia Contemporánea. Aquí existe un acuerdo fundamental que facilita el entendimiento de unos y otros. Muy otra es la realidad respecto a momentos anteriores o, por seguir a WERNER CONZE, antes de «Epoca de las Revoluciones» (*Zeitalter der Revolutionen*). Aquí se adopta muy a menudo una suerte de conformismo, se aplican fórmulas primitivas, que subrayan meramente la alteridad de esas épocas, sin afrontar directamente los problemas sustantivos.

Espero haber mostrado que los historiadores del Derecho y el resto de los historiadores están condenados a entenderse; a mantener imprescindible colaboración e intercambios de puntos de vista y resultados. También espero haber mostrado que ambas materias poseen una lógica interna propia y específicas esferas de discusión, centrales en cada caso. A partir de ello se dará en el futuro la polémica, el enfrentamiento crítico entre ambas; sin tales polémica y enfrentamiento el progreso científico sería imposible.