

CUESTIONES FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACION DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO DEL PASADO

Helmut Coing: *Las Tareas del Historiador del Derecho. Reflexiones Metodológicas* (Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 45-67. Traducción de Antonio Merchán, profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla. Notas suprimidas.

La investigación de los sistemas jurídicos del pasado conduce, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, a las siguientes cuestiones:

1. La aprehensión del ordenamiento jurídico propiamente dicho.

A) La primera tarea que se presenta ante el historiador del Derecho que quiera reconstruir un ordenamiento jurídico del pasado es buscar las fuentes históricas en las cuales pueda experimentar algo sobre el contenido de ese ordenamiento jurídico.

Surge entonces una primera dificultad. Para poder emprender el acopio de fuentes de conocimiento necesitamos saber lo que ha sido considerado por la correspondiente época del pasado fuente del Derecho, o sea, cuál ha sido la idea del Derecho en esa época.

Esta dificultad tiene su fundamento en que no hay ninguna teoría o doctrina de significación suprahistórica sobre las fuentes del Derecho. Sobre qué sea fuente del Derecho existen distintas concepciones según las diferentes épocas. Para darnos cuenta de ello no tenemos más que pensar en nuestro tiempo y fijarnos en el desarrollo del Derecho de los jueces como fuente de creación junto a la ley.

De gran ayuda para el historiador del Derecho podría ser una teoría de tipos ideales de las diferentes formas de fuentes del Derecho, las cuales emergen en la Historia de la cultura conocida por nosotros.

Una tal teoría o doctrina de tipos podría referirse en primer lugar a la clase de fuente que ocupa un puesto relevante en el cuadro general de la tipificación, como por ejemplo el Derecho legislado en el cuadro general del siglo XIX, el Derecho judicial en Inglaterra desde el siglo XVII al XIX, el Derecho científico de la Universidad en el Derecho común de la Edad Media o las opiniones de los juristas prestigiosos en el Derecho romano de la República tardía. Tales conceptos tipos no solamente serían útiles para describir los citados fenómenos, sino que también tienen un valor heurístico en cuanto que ellos nos indican sobre qué materiales debemos concentrar nuestra atención.

Otro punto de vista desde el cual se podrían formar tales conceptos tipos referentes a las fuentes del Derecho sería la oposición entre concepciones pluralistas y concepciones unitarias del Derecho. El tipo de concepción unitaria del Derecho está caracterizado porque solamente una fuente del Derecho es reconocida y considerada con valor exclusivo, como por ejemplo la voluntad del soberano, ya esté representada por un autócrata o bien por el pueblo o sus representantes. Teóricamente esta concepción ha sido formulada con gran agudeza en la teoría general del Derecho de AUSTIN. Frente a ella se sitúa otra concepción, para la que no solamente existen efectivamente (territorial o personalmente) diferentes ordenamientos jurídicos, sino que es

posible también buscar la solución de los problemas jurídicos en las normas que desde el punto de vista político no han sido establecidas nunca como vigentes en los correspondientes países. Una concepción así la encontramos, por ejemplo, durante la Baja edad media en el continente europeo. Esta concepción precisamente ha hecho posible en el mismo la aplicación del Derecho romano como *ratio scripta*. Y la misma se encuentra también ejemplarmente viva en la concepción inglesa que reconoce, junto a las disposiciones de los estatutos y de los precedentes, las llamadas *persuasive authorities*, a las cuales nunca se ha atribuido validez jurídica formal.

A la luz de tales tipos ideales se deberán examinar las manifestaciones de la época sobre lo que en ella se entiende por Derecho, para conseguir captar las ideas de esa época correspondientes al cuadro de las fuentes del Derecho.

Conseguido esto puede iniciarse la siguiente tarea, o sea, caracterizar por separado las fuentes del Derecho. Quisiéramos ilustrarla con un solo ejemplo. Supongamos que se llega a la conclusión de que una determinada época ha conocido en primera línea o exclusivamente fuentes del Derecho representadas por extensas recopilaciones de leyes y se trata de comprender la peculiaridad, el tipo de estas compilaciones. En el marco de la Historia del Derecho europeo se deberá distinguir entre el tipo de recopilación que ha surgido de la Ilustración y aquel tipo de compilación jurídica autoritativo que está representado especialmente por el Código de Justiniano (y también por el Liber Augustalis y las Decretales del Papa Gregorio IX). Habrá que resaltar y contraponer, frente a estos tipos, el modo de ser de los libros didácticos autoritativos (en la codificación justiniana hay que añadir también las Instituciones, y otro ejemplo lo encontramos en la Historia del Derecho español representado por la Siete Par-

tidas). Sólo de este modo llegarán a ser determinadas las fuentes del Derecho existentes en su peculiaridad.

B) La siguiente tarea preparatoria a solucionar consiste en exponer el pensamiento jurídico de la época, lo que al mismo tiempo nos permitirá determinar el grado cultural del Derecho investigado.

a) A este respecto deben ser abordados por separado los elementos del pensamiento jurídico. En qué medida la correspondiente cultura ha desarrollado un lenguaje jurídico propio y técnico, hasta qué punto han sido fijados los términos de este lenguaje coactivamente; ¿expresa este lenguaje su pensamiento jurídico en reglas precisas y determinadas?, ¿se esfuerza este lenguaje en exponer las reglas o normas en forma sintetizada y sistemática?

¿Qué argumentos son empleados para fundamentar las decisiones y normas jurídicas?, ¿se utiliza la autoridad personal, hay fundamentaciones racionales, se acude a la acrisolada tradición, etc.?, ¿qué papel corresponde a las fórmulas y a los formularios?

Estas son algunas de las cuestiones que han de investigarse en este lugar.

b) También aquí podrían ser de utilidad conceptos tipos en el sentido que los venimos empleando, naturalmente en todo caso siendo fruto de una elaboración más detenida. Podríamos hacer algunas menciones ejemplificadoras y así hablar de la oposición entre pensamiento jurídico material y jurídico procesal, entre científico y precientífico, y dentro del científico entre un proceder sistemático deductivo y otro empírico inductivo; y además un pensamiento jurídico científico que acude a puntos de vista lingüísticos conceptuales frente a uno que infiere de consideraciones históricas o sociológicas sus fundamentales argumentaciones.

C) Solamente a la luz de estas cuestiones preliminares se puede, por

último, comenzar e intentar comprender las normas e instituciones por separado.

Esta tarea ha encontrado en las reflexiones metodológicas de nuestra disciplina una gran atención, al igual que las dos precedentes. Continuamente ha sido discutida la cuestión del marco de referencia desde el cual han de ser interpretadas las normas del pasado. La Jurisprudencia de los conceptos lo ha situado en una existencia intemporal de los conceptos jurídicos vigentes. Por ello precisamente la frase de BRUNNER citada al principio apunta que para el historiador del Derecho es materia muerta lo que no puede ser representado mediante una construcción conceptual. Esta teoría mantiene y cae con su proposición en la hipótesis de que los conceptos jurídicos existieron perpetuamente.

Se ha sostenido además la tesis de que las fuentes históricas pueden ser comprendidas fundamentalmente a la luz de los modernos conceptos jurídicos y que con su ayuda pueden ser analizadas. Con esta tesis se puede solamente estar de acuerdo siempre que el concepto jurídico moderno sea apropiado para aclarar la problemática objetiva en el caso particular, en relación con la cual se sitúa la norma histórica. Así, por ejemplo, en la investigación de una norma del Derecho de contratos puede ser de utilidad aclarar que ella se encuentra en relación con la división del riesgo en el contrato o en relación con las alteraciones de la prestación. Pero se violentarían los principios de la Hermenéutica histórica si se quisiera tratar a los conceptos jurídicos modernos como puntos de referencia suprahistóricos. Por eso solamente se puede admitir el empleo de los conceptos jurídicos modernos en el sentido de un estudio comparativo y con gran cautela.

Igual ocurre con la propia experiencia jurídica, *Rechtserfahrung*. Es cierto indiscutiblemente que redundará en

provecho del historiador del Derecho que él disponga de experiencia jurídica profesional porque su sensibilidad para las cuestiones de organización, para apreciar la dificultad de la aplicación y la limitación del determinado valor de las normas de organización social, es fina y aguda; pero con todo ello el jurista, en cuanto historiador, no ha de tomar exclusivamente como base esa experiencia profesional que posee si no quiere correr el riesgo de interpretar las fuentes de forma inadmisibles, es decir, desde los puntos de vista actuales.

D) A nuestro modo de ver, por el contrario, el problema consiste en comprender la normativa de un ordenamiento jurídico del pasado partiendo de sus propios condicionamientos, esto es, comprender a ese ordenamiento como solución de un problema de ordenación de su propia época. A este respecto hay que señalar que hermenéuticamente la comprensión de un ordenamiento jurídico está ligada de forma inseparable a la comprensión de sus condicionamientos históricos: solamente partiendo de estos condicionamientos puede el historiador conocer bien los problemas a los que el ordenamiento jurídico por él investigado ha intentado dar una respuesta.

A este respecto me parece ante todo importante aclarar que a los problemas de ordenación social se ha dado y se da en cada época una importancia y una dimensión muy diferentes. De un lado están las grandes cuestiones de la organización política, de la organización económica, de las relaciones entre las clases y los grupos, y de otro se encuentran los problemas técnicos, las cuestiones propias del arte jurídico, como la regulación de la responsabilidad del deudor en el contrato o los requisitos de la mora. La Historia del Derecho debe exponer, según nuestra opinión, ambos grupos de problemas. MARC BLOCH, en su *Apologie pour*

l'histoire, ha hecho notar que los dominios de la Historia del Derecho son las cuestiones de las que se han ocupado los juristas. Esto nos conduciría esencialmente al segundo grupo de problemas, los problemas técnicos, las cuestiones especiales. Para nosotros esta manera de plantear las cosas es incorrecta. Y creemos que no puede ser correcta porque la solución de las cuestiones especiales en una sociedad o en un sistema jurídico dependerá con frecuencia de cómo se solucionen los problemas de organización general. En este punto, a nuestro entender, la Escuela histórica del Derecho vio más correctamente el problema, en cuanto que para ella las ideas fundamentales sobre los institutos e instituciones especiales están vivas en el espíritu del pueblo, mientras que las cuestiones técnicas quedan abandonadas a los técnicos del Derecho, a los juristas.

Naturalmente debe quedar claro que al incluir los grandes problemas de organización social nos enfrentamos a dos grupos de cuestiones que nos conducirán por direcciones diferentes. Los grandes problemas de organización social han de entenderse desde su peculiaridad política, económica e histórico-social. Las cuestiones especiales, es decir, los problemas técnicos de la jurisprudencia, al estudiarlas nos llevan por el contrario al estricto mundo de los documentos o al mundo técnico de los juristas cuando una época ha dispuesto de una clase de juristas formados. Sin embargo, esta circunstancia no debe impedir al historiador del Derecho consagrarse a ambas cuestiones. Por el contrario, debe constituir una oportunidad para hacer notar en su investigación los condicionamientos que existen en la sociedad.

Si se consideran las normas jurídicas como respuestas a los problemas de organización social, se debe dejar bien claro que raras veces una época se ha situado ante la tarea de solucionar ex novo todos los problemas de organiza-

ción de su sociedad. Podríamos citar solamente como ejemplo a Rusia después de la Revolución de octubre de 1917. Igualmente una empresa tan trascendente y que marca época como la Revolución francesa ha continuado en gran parte las soluciones ya existentes o al menos se ha mantenido ligada a ellas, como en materias del Derecho de contratos y del Derecho de familia. Precisamente por ello el *Code civil* puede relacionarse perfectamente con el Derecho prerrevolucionario. Aquí se confirma una observación que ha puesto de manifiesto y con razón F. A. v. HAYEK: "*Wir können die Wertgrundlagen unserer Zivilisation nie von Grund auf neu aufbauen sondern immer nur von innen heraus entwickeln*".

Es esta una observación que nos lleva a diferenciar entre problemas del ordenamiento jurídico que una determinada época presentó como nuevos, para los que ha buscado soluciones propias, y aquellos que se presentan adecuadamente solucionados en el Derecho existente. Con otras palabras: se trata de una diferenciación que permite valorar el relativo papel que ha jugado de un lado la tradición y de otro la reforma para la construcción del ordenamiento jurídico que se investiga. Nosotros debemos fijar en cada caso, por tanto, qué problemas consideró una determinada época solucionados por la tradición y para cuales otros ha buscado nuevas soluciones.

Para aclarar lo que venimos tratando podemos citar algunos ejemplos tanto del campo de las grandes cuestiones de la organización social como del campo de la estructura técnica. Al campo de los grandes problemas de la constitución política de la Alta edad media pertenecen los nuevos criterios que rigieron las relaciones entre el soberano y la Iglesia determinados por la reforma de ésta llevada a cabo por Gregorio VII; entre los problemas del siglo XVI la regulación de la coexistencia de las diferentes confesiones cristianas en los

países europeos tras la Reforma, regulación que tuvo lugar en Francia con el Edicto de Nantes (1598), y en Alemania con la Paz religiosa de Ausburgo de 1555. Al campo de los problemas técnico-jurídicos corresponde en el siglo XIX la creación de nuevas formas de empresa para una economía organizada muy técnicamente y en forma de mercado; para tal fin se pudo recurrir a las soluciones existentes en el campo del Derecho de contratos y sólo se necesitó, por tanto, desarrollar la tradición.

Pertenece también al campo del desarrollo de la tradición la acomodación de las soluciones ya existentes a los nuevos problemas particulares. Ciertamente la tradición jurídica no consiste sólo en la simple continuación de las soluciones existentes, sino también en encontrar soluciones ligadas o en contacto con las normas existentes.

El significado de la tradición jurídica e institucional ha sido juzgado por los historiadores de muy diferente manera. Así, por ejemplo, en Marc Bloch se lee la escéptica frase: "*L'homme passe son temps à monter des mécanismes dont il demeure ensuite le prisonnier*". Frente a un escepticismo de este tipo se podría indicar la función de distensión que puede proporcionar una tradición jurídica viva. Pero se debe subrayar que para el historiador que quiera comprender el ordenamiento jurídico del pasado es en todo caso decisivo llegar a aclarar hasta qué punto un ordenamiento jurídico ha sido construido sobre la tradición y hasta qué punto ha sido construido sobre nuevas soluciones alumbradas en un momento posterior.

Una última apreciación debemos hacer a este respecto. Nos parece extraordinariamente importante que el historiador del Derecho deje bien claro lo que él ve en determinadas circunstancias dentro de los problemas de organización de una época del pasado como ajeno a lo propiamente contem-

poráneo. Ciertamente desde nuestra posición en el presente podemos analizar a menudo esos problemas mejor que los contemporáneos. Por ello precisamente nos parece en verdad importante distinguir con finura entre el conocimiento propio del saber de nuestra época y aquello que los contemporáneos conocieron o pudieron conocer. Solamente esto último se puede tomar como base para la comprensión del ordenamiento jurídico histórico. Lo otro sólo puede ser el fundamento de una opinión sobre el pasado. En todo caso ambas cosas no deben ser mezcladas.

2. Los condicionamientos del ordenamiento jurídico.

A) Las manifestaciones humanas de las cuales está impregnada una cultura no se pueden aislar nunca absolutamente unas de otras. En la vida de una cultura todo está relacionado con todo de alguna forma; también cada campo aislado de la vida está en relación con la vida toda. Esto lo ha puesto siempre de relieve Dilthey. Un ordenamiento jurídico debe ser, por tanto, analizado y visto en conexión con la situación total, ideal y material, de la sociedad en la cual ha estado vigente. No se puede intentar comprenderlo sin tener en cuenta, por ejemplo: las relaciones políticas de poder y las ideas de legitimidad, la cultura económica (relaciones de producción), la estructura sociológica, la situación cultural en sentido estricto (con ello estamos pensando en el significado que corresponde a la expresión escrita de una época para la formación del Derecho o en la existencia de una clase de juristas formada científicamente), las ideas religiosas y morales, pero también la situación de los conocimientos sobre la naturaleza o la situación de la eficacia de las ideas mágicas en cuanto que ellas pueden revelarse en el ordenamiento jurídico mediante fórmulas de ese tipo, por ejemplo, en la prueba de un delito causante de daños.

B) Puesto que tales relaciones son una realidad, habrá que intentar conseguir una armonía entre todos sus elementos. El problema fundamental es cómo pueden ser investigadas y expuestas las relaciones existentes entre las circunstancias extrajurídicas y el ordenamiento jurídico. Una primera solución podría ser que el historiador del Derecho procurara trazar un cuadro de los diferentes elementos de la época estudiada y cuando procediera a la exposición de los mismos nos lo presentara como una especie de preámbulo de la propia del ordenamiento jurídico. Existe el peligro de que la "exposición general" y la de las normas jurídicas se coloquen una al lado de la otra sin conexiones entre sí. Es este un peligro que afecta igualmente al historiador de la Historia política que quiere añadir a su exposición de los acontecimientos políticos otra amplia de los condicionamientos generales. Precisamente un historiador del rango de Braudel no ha escapado del todo a este riesgo en su obra *La Méditerranée et le monde méditerranéen de Philippe II*. El verdadero problema para el historiador del Derecho es, por tanto, poder seleccionar de la totalidad de los elementos culturales aquellos que sean relevantes para la comprensión del ordenamiento jurídico y enlazar esos elementos con el propio ordenamiento jurídico.

En estas cuestiones existe además el peligro de que el historiador del Derecho se deje llevar por sus propios conceptos del mundo. El idealista, que cree en el poder ejecutivo de las ideas y que entiende a la Historia del Derecho como la marcha de la idea del Derecho a través de la Historia, por citar una famosa frase de Mitteis, caerá en la tentación de consagrarse sobre todo a la investigación de las ideas éticas de la época y a fundamentar sobre ellas su análisis del Derecho; un riesgo que por lo demás al autor de esa famosa frase, Heinrich Mitteis, no le afectó. El partidario de la filosofía

de la Historia materialista se inclinará por consagrar su atención primordialmente a los hechos económicos, a las relaciones de producción, para pretender llegar desde ellos a la comprensión del ordenamiento jurídico que se estudia.

Sin querer negar que las ideas morales de un lado y las preponderantes formas económicas de otro son ambas de un gran significado para la comprensión del ordenamiento jurídico, nos parece que es necesario evitar sin embargo las consideraciones partidistas dentro de lo posible. Creemos, por tanto, más conveniente partir de una fórmula que ha introducido Toynbee en la investigación de la Historia y que tiene la ventaja de constituir una fórmula abierta en lo que se refiere a la orientación bajo la cual ha de investigarse. Es la conocida fórmula de *challenge* y *response*, de estímulo y respuesta, o de problema y solución, como fundamentos de la comprensión de la estructura cultural. En realidad nosotros la acogíamos cuando hacíamos referencia a la cuestión de la comprensión del ordenamiento jurídico como solución a determinados problemas de organización de la época que los ha creado.

Si se sigue esta recomendación o propuesta, en seguida nos situamos ante una cuestión derivada, es decir, si las soluciones representadas por un ordenamiento jurídico se deben enlazar *globalmente* con los otros elementos esenciales de la correspondiente cultura, o si se debe intentar estudiar las normas e instituciones jurídicas por separado, es decir, en relación *especial*, no global, con determinados fenómenos extrajurídicos. El método de la *globale Verknüpfung*, concatenación global, tiene vigencia en los planteamientos científico-espirituales en cuanto que, al igual que la Escuela histórica del Derecho, sitúan las instituciones jurídicas directamente dentro del espíritu del pueblo de Roma o de la Germania, o en el espíritu o forma de ser de una

determinada época. Ofrecen, por lo demás, un paralelismo con el planteamiento sociológico-económico, por ejemplo en la hipótesis según la cual la Recepción del Derecho romano debe ser contemplada junto con el desarrollo del comercio y de la economía monetaria en las ciudades de la Alta y Baja edad media, o sea, con el "precapitalismo".

Los riesgos de tales conexiones globales nos parece que se encuentran en que se cae muy fácilmente en el peligro de investigar la realidad bajo un prisma conceptual y de no ver que el espíritu de una nación, el estilo de una época, un concepto como el "precapitalismo", son ante todo construcciones mentales del historiador. Por otro lado, hay que hacer notar que en una concatenación global por lo común las pruebas especiales a que se deben someter las instituciones no son tomadas en cuenta, quedando por tanto muchas hipótesis sin estudiar. Y en efecto, en muchos casos la contraprueba es posible. Así la realidad habla en contra de la extendida tesis según la cual las causas económicas citadas más arriba han de aceptarse como fundamento de la Recepción, porque precisamente las instituciones de los comerciantes permanecieron intactas mucho tiempo después de la Recepción puesto que el Derecho mercantil fue uno de los últimos campos del Derecho integrado en el *Ius commune* y porque además las instituciones jurídico-económicas no fueron desarrolladas precisamente a partir del Derecho romano, sino que fueron integradas y recibidas en el Derecho romano a partir de la práctica económica.

Nos parece que es más correcto intentar la concatenación especial, *die spezielle Verknüpfung*. Se trata de un procedimiento que según nuestra opinión se corresponde con el programa expresado en la fórmula *challenge and response*. Este método significa la puesta en conexión de una determinada nor-

ma con un elemento especial de la cultura total, de tal manera que haya de procederse a la prueba de esta conexión por separado. Aclaremos esto con algunos ejemplos. El siglo XIII vivió una decisiva transformación del Derecho procesal en Europa. Allí donde existieron los duelos y los juicios de Dios surgieron pruebas racionales; en el Continente las del Derecho romano-canónico, en Inglaterra la intervención del jurado mediante la actuación de un grupo de vecinos que deciden a su libre arbitrio. Si nos preguntamos por los fundamentos de este cambio podríamos remitirnos ante todo el cambio espiritual que significa el *renaissance of the 12th century*; y nos podríamos también remitir al florecimiento de las ciudades y de la clase social de los comerciantes. Esto sería lo que podría señalarse poniendo en práctica la *globale Verknüpfung*, concatenación global.

El procedimiento a seguir en la *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, consistiría por el contrario en aclarar, basándonos en las fuentes de la época en particular, quién ha criticado y por qué causas los juicios de Dios. Se tropezaría entonces con la existencia de fuentes en las que se observa que los ciudadanos exigen la abolición de los juicios de Dios y de los duelos: la ciudad de Ypern recibió en 116 un privilegio en este sentido. Pero nos encontraríamos sobre todo con una fuente, el canon XVIII del Concilio laterano, que prohibió a los sacerdotes asistir a las ordalías. Puesto que la reforma partió de este campo, habría que buscar su inmediata causa en las concepciones teológicas de la época. Y en efecto nos encontramos con que teólogos como Juan de Salisbury o Rodolfo Níger rechazan los juicios de Dios desde el punto de vista teológico, porque con ello el hombre tienta a Dios. El problema, por tanto, que el siglo XIII solucionó mediante disposiciones jurídicas, había tenido su origen en ideas religiosas. Solamente mediante estas constatacio-

nes se ofrece un camino seguro para poner en conexión el cambio jurídico con los factores extrajurídicos; al mismo tiempo, como se ve, la hipótesis ha sido empíricamente comprobable.

A propósito de esto es interesante destacar un hecho que nos señala hasta qué punto puede parecer insegura la afirmación general de la racionalidad del *homo oeconomicus* para explicar su presumible tendencia hacia una reforma jurídica progresiva. Ocurrió ciertamente que los comerciantes se opusieron también a las antiguas y no agradables pruebas procesales. Y lo hicieron con su manera propia de actuar. En St. Omer existió una asociación de comerciantes en la cual sus miembros pagaban una aportación a una caja o fondo común con ayuda del cual en el caso de que un proceso tuviera que realizarse y hubiera de ser decidido mediante el duelo, se pudiera contratar a un determinado luchador. Esta solución es un ejemplo —se pueden poner muchos más— de cómo el *homo oeconomicus* a menudo encuentra caminos sorprendentes para conformarse con un Derecho que el jurista considera ya envejecido. La afirmación general, por tanto, de la necesidad que tiene el comerciante de un Derecho racional desarrollado hasta el punto de que esa necesidad fundamente el citado intento de explicación de la Recepción, nos parece ciertamente bastante problemática.

Las cosas ocurrieron naturalmente de otra manera cuando en el siglo XIX los políticos y teóricos del Derecho tratan de armonizar el Derecho existente con “los intereses del tráfico” de la forma que ellos los entienden.

Como segundo ejemplo optaría por remitirme a la estructuración del Registro de la propiedad y del Derecho de hipoteca en Alemania en el siglo XIX. Sobre este punto lógicamente se podría investigar de modo suficiente, y así resultaría también acertada una *globale Verknüpfung*, concatenación global, entre la evolución del Derecho

y el desarrollo del comercio, y sobre todo del crédito comercial. A pesar de ello un análisis por separado, no global, de la historia de la legislación, mediante la *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, nos enseña en primer lugar que esa estructuración está relacionada con una determinada situación político-económica, la que resulta de la opinión de que una racionalización de la agricultura debería preceder a la industrialización, opinión de la cual se derivaron ciertas exigencias político-jurídicas, que se conectaron con modelos ya existentes como el Derecho de hipoteca de Hamburgo o de Mackelburgo, y en segundo lugar que detrás de ese proyecto de estructuración existen determinados intereses y, muy especialmente, determinados círculos de propietarios, los cuales temían que sin tales instituciones la industria que se estaba desarrollando podría reclamar para sí el mercado del capital. Con ello vemos cómo el intento de una *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, nos conduce a un cuadro de conexiones verdaderamente claro.

A partir de estas reflexiones quisiéramos precisamente llegar a la conclusión de que cuando el historiador del Derecho se sitúa ante la tarea de establecer la relación entre la solución jurídica y los factores extrajurídicos de una época, el punto de partida debe constituirlo el tratamiento hermenéutico de los textos que tratan de la cuestión. Contra ello se ha alzado el reproche de que esta interpretación, o sea, la hermenéutica, nos lleva solamente a los propósitos o intenciones del autor de las leyes, o como más comúnmente se ha dicho: conduce al autor de las normas en cuestión y no al abanico de conexiones económicas y sociales existentes. A nosotros nos parece, sin embargo, todo lo contrario, puesto que mediante las cuestiones hermenéuticas sobre las intenciones del autor de las normas podemos encontrar el camino de las fuerzas ideales y sociales que

han determinado a estas normas en particular. Por eso es también tan esencial, especialmente en el marco de la Historia del Derecho de la Edad moderna, el averiguar los detalles sobre las personas que han tomado parte en una determinada ley en los parlamentos o en puestos burocráticos.

Ciertamente hemos de admitir y poner de relieve que este método de la *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, sólo puede llevarse a cabo cuando la situación de las fuentes es particularmente favorable como es el caso normalmente de la Historia del Derecho de la Edad moderna. Allí donde nos falten las correspondientes fuentes no será posible, en muchos casos, otra cosa que establecer hipótesis basadas en una *globale Verknüpfung*, concatenación global.

3. Dedicémonos ahora a las cuestiones referentes a la *Rechtsverwirklichung*, a la realización o cumplimiento del Derecho.

A) La primera cuestión que ha de formularse a este respecto el historiador del Derecho es, a nuestro modo de ver, la que se refiere a la fuerza o poder que lleva consigo todo ordenamiento jurídico. También aquí el historiador del Derecho debe liberarse de la concepción que de esa fuerza o poder tenemos en la actualidad, o sea, en nuestro presente. En los siglos XII y XIII la Iglesia católica fue portadora de un ordenamiento jurídico, verdaderamente el más eficaz en aquella sociedad. Y podemos afirmar, sin duda, que solamente después del Estado territorial la organización estatal se situó al servicio de la realización del Derecho.

B) La siguiente cuestión ha de dirigirse al estudio de la organización institucional a la que es encomendada en un determinado ordenamiento jurídico la realización del Derecho, como los tribunales, la administración (si

existe), los órganos ejecutivos, etc...; con esta cuestión la Historia del Derecho se convierte en *Geschichte der grossen Institutionen*, Historia de las grandes instituciones, y en *Behörden-geschichte*, Historia de la administración. Con ello se trata de estudiar no sólo qué normas integraron una institución de este tipo, sino también cómo funcionaron esas instituciones, qué asuntos, por ejemplo, competían a un determinado tribunal.

C) Con los problemas planteados en el anterior apartado está íntimamente ligada la cuestión referente a los hombres que desempeñaron puestos en esas instituciones dirigidas a la realización del Derecho, y de los que nos interesa conocer su origen social, su situación económica, etc.

D) Finalmente debemos plantear, dentro de este círculo de cuestiones, una que es muy importante para un cuadro verdaderamente histórico pero que también es extraordinariamente difícil de contestar; se trata de la cuestión relativa al funcionamiento de tales instituciones. ¿Cuánto duraban los procesos?, ¿qué grado de corrupción había?, ¿quién tenía acceso a los tribunales?, etc.

E) Al círculo de problemas que hemos denominado de la realización del Derecho pertenece también toda esa gran complejidad de cosas que caracterizamos hoy día en el Derecho moderno como *Rechtstatsachen*, hechos jurídicos. ¿Cómo han usado los sujetos de Derecho las instituciones puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico?, ¿cómo observaron las capitulaciones matrimoniales o los testamentos?, ¿qué institutos permanecieron como letra muerta?

A este conjunto de problemas ha consagrado un gran interés la investigación histórico-jurídica de Francia e Inglaterra.