

Ocioso nos parece advertir que, ante todo, el Profesor ha de procurar hacer simpática al alumno la materia estudiada, despertando en él el mayor grado de interés posible por su conocimiento, y estableciendo entre ambos, más que relaciones de autoridad y obediencia, mutualidad de consideración y cariño.

En suma: afirmamos que penetrados de la misión que el legislador quiso confiar al Profesor de esta parte de los estudios de Derecho, no menos que de las necesidades prácticas de la enseñanza, creemos debe darse á estas conferencias, como queda dicho, un sesgo verdaderamente fundamental, discutiendo los orígenes y razones jurídicos, parándose en las dificultades legales, comentando, en fin, con verdadera alteza de miras, siempre que sea preciso, el texto vivo de la ley. Porque hemos de dejar aquí declarado, como último pensamiento, que entendemos: que una de las condiciones necesarias para dar á estos estudios un carácter amplio y trascendental, es el de hacer percibir la ley en su mismo propio asiento y dicción; por cuyo motivo, en lo que á nosotros toca, hacemos, cuando es necesario, acordar y concertar el método expositivo y dogmático con el estudio del texto legal, único modo de dar al jurista convicción propia, sentido firme y esa devoción augusta por la ley, que permanece siempre inalterable en medio del torbellino de los humanos intereses y pasiones.

HISTORIA GENERAL

DE LA

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

HISTORIA GENERAL
DE LA
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Y CUERPOS LEGALES EN QUE SE HALLA COMPRENDIDA.

SECCIÓN PRELIMINAR.

CAPÍTULO I.

SUMARIO.—**Concepto de la Historia.**

Art. I. LEYES QUE PRESIDEN EL DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO.—1. Concepto de la Historia.—2. Sus leyes.—3. 1.^a Ley de la generación.—4. 2.^a Ley de la propaganda.—5. 3.^a Ley de la asimilación.—6. 4.^a Ley del progreso.—7. Conclusión.
Art. II. APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS Á LA HISTORIA DEL DERECHO.—8. Historia del Derecho.—9. Su concepto, en su doble aspecto científico y positivo.—10. Historia interna y externa del Derecho.—11. ¿Deben separarse estas dos manifestaciones de la Historia del Derecho positivo?—12. Necesidad é importancia del estudio histórico de toda legislación, y en especial de la civil española.

ART. I.

CONCEPTO DE LA HISTORIA.

1. En buena lógica, debemos determinar los fundamentos de todo estudio histórico antes de dar principio al de la *Historia de la Legislación española*.

Creemos que en la composición general de los conocimientos humanos, la historia nos presenta el cuadro del progreso y cultura en todas las esferas de la humana actividad. El *sujeto* de la historia es la humanidad, mediante la actividad de que está dotada; su *objeto*, los hechos realizados por aquélla; y como la mera y desligada narración de éstos nada provechoso enseña y para nada serviría al hombre, esa narración ha de ser *racional* y *crítica*. Relatando así el pasado, sirve de

útil enseñanza para el porvenir y constituye una verdadera ciencia biológica.

Quiénes han dicho que la historia es la manifestación gráfica de la humanidad en el tiempo y en el espacio; quiénes que un organismo de hechos informados según la ley del tiempo; quiénes, en fin, biografía de la humanidad: pero estimamos más prudente que suscribir á cualquiera de estos ilustrados juicios, tomarlos como punto inicial de reflexión en la investigación del concepto de la historia.

Examinado detenidamente este concepto, desde luego le percibe la inteligencia bajo dos aspectos completamente distintos.

Se ofrece, primero, á nuestra consideración el concepto de la historia, siendo una misma cosa que el concepto general de la vida. Después, por la contemplación de esta misma vida en relación con nuestra inteligencia y bajo el influjo de las leyes de su actividad, adquirimos de ella un pleno conocimiento, muy diferente del primario elemental. Aquél no es un concepto propiamente científico; éste sí.

Según el primero, no es otra cosa la historia que la empírica noticia de lo sucedido, de la serie de hechos realizados por un hombre, por un pueblo, por la humanidad, en fin; conforme al segundo, es la historia el conocimiento ordenado y racional de lo sucedido, de aquella serie de hechos. Lo primero, es lo que podemos llamar la *materia de la historia*, es decir, aquello sobre que recae su *objeto*, distinguiendo bien la diferencia que hay entre el *objeto* y el *fin*; es el concepto material ú objetivo de la historia; lo que se denomina *historia objetiva ó material*: lo segundo, es el *conocimiento* de esa misma historia, la forma mediante la cual esa historia es ciencia; en una palabra, el concepto formal ó subjetivo de la historia, la *historia subjetiva y formal*.

Por lo dicho se comprende que la historia material ú objetiva no es otra cosa que lo que acontece en la sucesión de los tiempos dentro de las condiciones esenciales de existencia de los hechos humanos. Ahora bien; siendo elemento esencial de todo hecho humano y, por tanto, de todo hecho histórico, la libertad del agente, condición que se deriva de su distintiva racionalidad, bajo el orden superior de Dios, que influye en la vida moral como en la física, según la naturaleza de cada sér, y conforme al destino que le está asignado en el concierto general y armónico del universo, tendremos que la historia objetiva y materialmente considerada, no será otra cosa que «la acción libre de la humanidad en el tiempo y en el espacio bajo el orden superior de Dios». La historia subjetiva y formal será «el conocimiento racional, íntegro, y, por tanto, en sus causas, en sus efectos, en sus relaciones y en las leyes que la rigen, de esa acción libre de la humanidad sobre la tierra».

2. Conforme es la naturaleza del hombre, agente de la historia, así es el desarrollo de la misma y las leyes que presiden su desenvolvimiento.

Hay en el hombre una vida vegetativa, otra sensitiva y otra intelectual: esta última constituye el fondo esencial y característico de su sér. Mediante la vida sensitiva, y en ella la vida de relación, nace lo que podemos llamar el proceso ó desenvolvimiento material de la historia. Pero como quiera que la vida sensitiva misma no puede existir en el hombre extraña á las influencias de la vida intelectual, de aquí que las funciones de relación, más propiamente hablando, las funciones de reproducción, que en los animales sólo originan sociedades instantáneas, en el hombre son principio de sociedades permanentes que, comenzando por la familia y siguiendo por la tribu, el pueblo y el Estado, constituyen al fin el organismo todo de la humanidad.

Este proceso material, que se realiza por la familia, la tribu, el pueblo y el Estado, es el primer concepto del desenvolvimiento social, pero no es el más importante. El proceso intelectual ocupa lugar preferente; él constituye el proceso formal de la sociedad, correspondiente á lo que hay de formal en el hombre, el entendimiento. Por el primero, la sociedad se hace *mayor en número*; por el segundo, se hace *mayor en intensidad*, digámoslo así; se hace más propiamente *sociedad*. La razón de este aserto se encuentra en que, siendo la sociedad conjunto de seres racionales, todo lo que ceda en perfección de la razón cederá también necesariamente en provecho del vínculo social, que es la razón humana, en cuanto se conforma con la naturaleza esencialmente social del hombre.

El proceso material, pues, y el proceso formal encierran en sí toda la marcha de la historia. Va la humanidad siguiendo este proceso, en orden á la materia, por la *generación*; y en orden á la forma, por el *progreso*.

Dentro de estos dos procesos material y formal de la historia, se hallan contenidas todas las leyes que presiden el desarrollo histórico; y conformándonos en este punto con el eminente Ortolan (1), creemos, como él, que son cuatro, á saber: ley de la *generación*, de la *propaganda*, de la *asimilación* y del *progreso*.

3. Generar es producir, es ser causa eficiente de algo. Á esta ley viene ineludiblemente sometido lo mismo el mundo físico que el mundo moral. Lo propio sucede con los hechos históricos; mediante ella se producen, reproducen, enlazan y perpetúan. Por eso se dice con razón que las manifestaciones históricas de hoy son hijas de las de ayer y

(1) *Curso de Legislación penal comparada*. Madrid, 1845, págs. 105 y siguientes.

madres de las de mañana, ó que el presente es hijo del pasado y padre del porvenir. Esta concepción de *causalidad* que unos hechos tienen respecto de otros, no ofrece aquí dificultad ninguna por su propia evidencia; el obstáculo está en determinar el primero y último eslabón de esa inmensa cadena que forman entre sí los hechos humanos. Este es el misterio que no es permitido sorprender á la limitación humana; por lo demás, es de todo punto evidente que si los hechos, ó sean las existencias reales en el tiempo y en el espacio, forman la materia de la historia, y su conocimiento constituye su aspecto formal, puesto que todo lo que existe necesita del antecedente de causa productora, y ésta por tal motivo obra bajo el inmediato influjo de la generación, claro es que la *ley de la generación* será la más capital é importante en el desarrollo histórico, y comprenderá dentro de sí todas las demás.

4. La ley de la *propaganda*, otra de las que rigen el desarrollo histórico, es una consecuencia lógica de la naturaleza social del hombre, de su índole comunicativa y del medio de transmisión de que se sirve, la palabra. Usos, costumbres, ciencias, artes, derecho, religión, todo se esparce por los ámbitos de la tierra en virtud de esa suprema ley, á la cual obedeciendo el hombre, transmite sus impresiones, sus juicios, sus creencias, sus preocupaciones á sus semejantes. Ella explica, sobre todo, por medio de la filología y de la etnografía, las hasta hoy misteriosas relaciones de afinidad entre pueblos lejanos y razas al parecer diferentes.

Esta ley se ha realizado de muy distinto modo en los tiempos antiguos y en los modernos. En aquéllos, fué su agente la lucha material de un pueblo contra otro, y la consiguiente invasión y dominio del vencido por el vencedor. En éstos, por el contrario, los medios cultos han dominado á los de fuerza; pero el resultado de las guerras, como el de la cultura moderna, ha sido el mismo. El constante batallar de los romanos extendió su civilización por el mundo entonces conocido. La irrupción de los bárbaros, á la par que les hizo recibir de los pueblos conquistados elementos de cultura, dió á éstos sentimientos personales de dignidad, que regeneraron su condición moral y social. Las Cruzadas sirvieron para trocar los adelantos del Oriente por las salvadoras doctrinas del Cristianismo; y, por último, el descubrimiento y conquista de América produjo la civilización de aquellos ricos y salvajes territorios.

Hoy, por la índole esencialmente culta y progresiva de la época contemporánea, la propaganda se realiza por medios menos violentos y dolorosos, á la par que más pacíficos y adecuados, sosteniendo un continuo comercio de ideas, sentimientos, creencias, inspiraciones, costumbres, instituciones, etc., por la prensa, la tribuna, el vapor, la

electricidad, que son actualmente los instrumentos de la propaganda, que bien puede llamarse cosmopolita.

Dentro de esta marcha, la historia es *una* y *varia* á la vez. Es *varia*, por la libertad esencial del agente en sus determinaciones. Es *una*, por la unidad esencial del agente en su naturaleza. Esta unidad se refleja, en cuanto al sujeto de la historia, en la *identidad* específica, y en la *solidaridad*; y en la *periodicidad*, por lo que hace al objeto, ó sea á los hechos históricos. Hemos dicho cuidadosamente *identidad específica*, porque si bien el sujeto de la historia, ó sea el hombre, es idéntico en cuanto á la especie, no lo es en cuanto al individuo. De otra suerte, vendríamos á parar á un concepto panteísta, según el cual los individuos no serían otra cosa que manifestaciones de un sér sin propia, determinada y sustantiva individualidad. Se ve esa unidad en el objeto, primero por la solidaridad, que bien pudiéramos llamar *asimilación*.

Los hechos históricos no existen aisladamente, sino en relación; unos se derivan de otros, y todos los de una época se relacionan entre sí y se enlazan de tal suerte, que no es posible concebir un pueblo tan apartado del movimiento general de su tiempo que deje de ser influido y á la vez influya en él. Esta solidaridad, aunque mostrándose en los hechos, es consecuencia de la identidad. Por esto la idea de la solidaridad no es clara y perfecta hasta el Cristianismo. Ya antes, sin embargo, algo se había traslucido de esta idea, aunque vaga é imperfectamente. Á ella hacía relación Terencio, al decir por boca de uno de los personajes de sus comedias: «*homo sum et nihil humani a me alienum puto.*» También la vislumbraba Diodoro de Sicilia, al ensayar con su *Biblioteca histórica* el primer libro que la antigüedad clásica escribió sobre historia universal. Pero sólo el Cristianismo pudo aclarar y fijar esta noción, trayendo al mundo una idea nueva hasta entonces para él: la idea de la humanidad como el concepto de un *todo* con el mismo común origen, con la igualdad genérica de medios, de relaciones, de derechos y de fin.

También se refleja esa unidad del objeto, producto, como se ha dicho, de la identidad ó asimilación del sujeto, en la *periodicidad* con que se manifiestan en el tiempo los hechos históricos. Consiste la periodicidad en la repetición de hechos históricos semejantes en ciertos períodos y épocas de la historia. No es una repetición de hechos idénticos, porque entonces vendríamos á parar á la negación de la libertad del agente y á los eternos círculos históricos defendidos por Vico en la *Ciencia nueva*, sino una repetición de hechos semejantes que guardan cierta relación con otros que ya ocurrieron, refiriéndose á los cuales, sin duda, dice la Biblia: «*nihil novum sub sole.*» La razón de esta

periodicidad está en que aunque el elemento que hay variable en los hechos, y que nace de las circunstancias históricas y de la libertad del agente, no permite que aquéllos se repitan con identidad, sin embargo, siempre queda en el hecho, como base de él, lo que tiene de constante y permanente, reflejo de la naturaleza de su causa eficiente, el hombre; causa que, según antes hemos dicho, es específicamente idéntica.

5. La ley histórica de la *asimilación*, cuyo contenido se desarrolla á expensas de estos principios, es una consecuencia de la ya examinada de propaganda, mediante la cual se produce la semejanza entre hombres y pueblos de muy distintos lugares, observándose el fenómeno de que cada vez vayan siendo menos sensibles los accidentes de raza, localidad, clima, etc., que influyen en la genialidad, costumbres, instituciones y desarrollo físico y moral de los habitantes de distintos pueblos, y se descubra por encima de dichas originarias diferencias un carácter igualitario y común, que en España como en Francia, en Italia, en Inglaterra, en Alemania, en toda Europa, en las dos Américas, y aun en las costas de Oceanía, hace que prosperen en la vida de estos territorios, por punto general, iguales formas sociales, iguales sentimientos religiosos, iguales investigaciones científicas, iguales industrias, iguales cantares, iguales espectáculos, iguales formas de alimentación, etc.

Creemos más aún que lo que afirma el distinguido profesor de París, citado ya en este artículo, al decir que la asimilación principia por el hogar doméstico y concluye por la plaza pública. Sin desconocer este proceso, sí negamos que tenga tan reducido límite; más exacto sería, á nuestro humilde juicio, afirmar que la asimilación, como la propaganda, de que es consecuencia aquélla, empieza en el hogar de la familia, prosigue en la plaza pública, domina las naciones y traspasa los continentes.

6. Todas estas leyes de la identidad específica, de la solidaridad y de la periodicidad, coexisten armónicamente al lado de otra ley superior que rige más propia y eficazmente el proceso social formal, y tal es la ley del *progreso*, ley ineludible y gloriosa del hombre.

Para fijar en su verdadero sentido este concepto del *progreso*, es preciso tener en cuenta lo que ya se ha dicho antes; esto es, que hay en los hechos un aspecto permanente, en cuanto aquéllos como efectos han de participar, en cierto modo, de la naturaleza del agente, específicamente idéntica, y que se da también en ellos otro aspecto vario y mudable, consecuencia de la libertad esencial del hombre, de las pasiones, de las circunstancias de tiempo y lugar y, en general, de las condiciones históricas.

Hay también que advertir que el concepto del progreso supone cier-

tos elementos necesarios, sin los cuales carece de sentido. El hombre, para quien dicha suprema ley está creada, es por su naturaleza perfectible, y por esto el progreso, mediante el cual viene á satisfacerse esta aptitud humana, es aspiración constante al mayor grado de perfección posible. No queremos, con esto, negar la necesidad de un punto de partida, pues no cabe proceso alguno sin él; pero sí desentendernos de ciertas absolutas é intolerantes afirmaciones de escuela, que, desconociendo las unas que el progreso es una idea relativa, por la cual se mejoran hoy las instituciones de ayer, para reformarlas de nuevo mañana, y una y otra, y mil veces en la sucesión de los tiempos, sin que por esto hayan dejado de ser los primeros cambios progresivos y de adelanto, parece como que quieren cerrar el paso á su acción siempre ascendente, oponiéndola límites nacidos de fines muy mediatos; como así bien rechazamos la especie de que por la condición indefinida é ilimitada que á la noción del progreso se atribuye en el sentido absoluto en que se hace, se deba entender que la acción del progreso es inconsciente é irreflexiva, que camina sin norte fijo, y se venga á la absurda conclusión de prescindir del elemento mudable que entra en los hechos históricos, falseando el concepto del progreso, haciéndole consistir sólo en un movimiento orgánico y fatal sin verdadera finalidad, y, por lo tanto, sin verdadera dirección, y se destruya con esto uno de los elementos constitutivos de todo hecho humano, y por consiguiente de todo hecho histórico: la libertad.

En suma, ni el progreso se concibe con límites absolutos é inmediatos y metas próximas y definitivas, porque donde empieza la idea de límite allí concluye la de progreso; ni la acción progresiva se agita en lo indefinido é indeterminado, sino que persigue fines conocidos y más ó menos inmediatos, no como fin último de sus aspiraciones, sino como medio y antecedente necesario— porque el progreso, para que sea tal, ha de ser gradual y ordenado— de otros fines, apoderándose de esta suerte, uno á uno, de los eslabones que forman la interminable cadena de la perfección humana.

El progreso real é histórico es un concepto complejo y relativo; porque en la vida se observa que el hombre, sér naturalmente perfectible y naturalmente progresivo, sin interrupción alguna, en el terreno de la idealidad, en el de los hechos sufre en su marcha frecuentes desviaciones de su ideal y experimenta á menudo numerosos retrocesos.

Por otra parte, siendo el hombre individualmente distinto, hay que distinguir también entre la finalidad individual y la finalidad social. La finalidad individual es más evidente, por cuanto la sociedad está ordenada al individuo como medio necesario para la realización de su fin; y á su vez la finalidad del individuo está, en cierto modo, pen-

diente de la finalidad social, en cuanto el hombre, sér social por naturaleza, no puede, aisladamente, ponerse en condiciones de adelantar hacia su fin.

Alguna escuela (1), á la que ya hemos aludido, niega la propia y sustantiva finalidad del individuo, considerándole sólo como una manifestación de la humanidad, y su finalidad idéntica á la finalidad social, con cuya doctrina se cae en el absurdo filosófico de afirmar que el individuo, como tal, no tiene fin, y que, por lo tanto, no podía por sí llegar al término de una tendencia sino en cuanto llegue la sociedad. Las generaciones que fueron, y las actuales, y las que vendrán antes de aquellas en las cuales la sociedad alcance su fin, desaparecerán sin realizar su tendencia. ¡Error filosófico gravísimo! Todo sér finito, por el solo hecho de serlo, tiene su fin, al cual naturalmente tiende, y tiende con eficacia y por medios adecuados para su consecución.

Este proceso social formal puede ser, ó en orden al bien sumo social, que es aquel bien al cual se ordenan todas las inteligencias y todas las voluntades, ó sea la verdad absoluta en el orden intelectual, y el bien absoluto en el orden moral; ó en orden á aquellos bienes relativos, *bienes-medios*, que en tanto lo son en cuanto se subordinan al *bien fin*. En el primer caso, tendremos lo que se llama *civilización*; en el segundo, lo que se dice *cultura*: preciso es, pues, no confundir estos dos términos.

Por el progreso pasan los individuos y los pueblos de lo malo á lo bueno, de esto á lo mejor, del error á la verdad, de la obscuridad á la luz, de la impotencia al poderío, de la ignorancia á la ilustración y á la ciencia, de la desigualdad á la igualdad, de la servidumbre á la libertad.

Y esta marcha progresiva alcanza á todos; todos los hombres y todos los pueblos progresan: la ley del progreso es de emanación divina, como el hombre, para quien se estableció, y cuyos desarrollos físico, intelectual y moral preside. En vano se cita, para contradecir esta evidente verdad, la proverbial *inmovilidad* del Imperio turco y del Celeste Imperio; pues el primero no está fuera del alcance de la propaganda europea, dando ingreso por ella en su seno á nuevos usos, costumbres, idiomas, leyes, instituciones; y buena prueba de ello es que, á pesar de la forma despótica de su gobierno, se sienten ya latir en el fondo de la conciencia nacional los gérmenes del sistema representativo; y el segundo abre también algunas puertas al comercio

(1) Herder, Hegel.

europeo, por donde no tardará en penetrar y asimilarse nuestra civilización.

7. En el estudio de la historia religiosa, política, legal, científica y artística, en cualquier estudio histórico á que nos consagremos, descúbrese desde luego el influjo de las cuatro leyes expresadas en el desarrollo humanitario, bajo cualquiera de sus fases. No cabe duda, pues, que la ley de la generación, la de la propaganda, la de la asimilación y la del progreso son las cuatro que rigen el desenvolvimiento histórico de la humanidad en el *tiempo* y en el *espacio*.

ART. II.

APLICACIONES Á LA HISTORIA DEL DERECHO.

8. La humanidad se congrega distribuyéndose en grandes grupos que reciben el nombre de sociedades políticas ó naciones, y la forma jurídica de existencia de éstas es, según queda dicho en la Introducción, el *Estado*; razón por la cual, al estudiar el desarrollo histórico del hombre, no podemos perder de vista, como un aspecto superior del mismo, el que á las instituciones de Derecho se refiere, pues tan sólo el Derecho presta condiciones de desarrollo á la naturaleza social del hombre, organizando, bajo el influjo de sus reglas, la creación de aquellas sociedades en cuyo seno se agita y desenvuelve éste. Con repetir con el eminente Lerminier que el *Derecho es la vida*, feliz y brillante fórmula por la cual se indica que el Derecho es una ciencia biológica de naturaleza suprema y eminente, que comprende en sí todas las demás, dominadas é influidas por ella, que condiciona todas las existencias del mundo real, facilitando y garantizando su evolución histórica á través del tiempo y del espacio, se concibe que la historia del Derecho no sólo existe y tiene la importancia que la historia de una parcial actividad humana cualquiera, la del Arte, la de la Religión, etcétera, sino que es de interés esencial y preferente.

9. Dejamos comprobada la capital distinción del Derecho como *ciencia*, como conjunto de primeras verdades de un orden superior, y como *colección de leyes* ó serie de preceptos coercibles de determinación del legislador humano; esto es, el Derecho en sentido filosófico, y el Derecho en sentido positivo ó práctico. Ambos aspectos de la idea del Derecho son materia apta para su estudio *histórico*. Bajo el primero, pretendemos conocer «el desarrollo y progresos que se han realizado en los principios científicos del Derecho en el tiempo y en el espacio». Forman los elementos de este conocimiento, no sólo las disertaciones y obras filosóficas de los ilustres pensadores en la ciencia