

LA RENOVACIÓN DE LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO: SU SENTIDO ROMANISTA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Objetivo*. II. *Antecedentes*. III. *El curso de Historia General*. IV. *Hacia un curso en la Historia General del Derecho*. V. *Temario para un curso de Historia General del Derecho*.

I. OBJETIVO

El objetivo de la presente comunicación * es destacar nuestra particular experiencia habida en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México, desde el año 1980, cuando nos hicimos cargo de la cátedra de Historia General del Derecho, y cómo dicha asignatura se ha vinculado con el conocimiento del Derecho Romano.

II. ANTECEDENTES

Actualmente en la Escuela se imparten dos cursos anuales de Derecho Romano en los dos primeros años de estudios, y dos cursos de Historia del Derecho también anuales: general en el cuarto año y patrio en el último año de la carrera de abogado. Por muchos años fue la única institución en el país que mantuvo un plan de estudios que contemplaba la enseñanza de todas estas asignaturas, y hoy es aún la única en hacerlo en un periodo anual de clases.

De la misma forma que don Manuel López Medina se encargó en otra ocasión de estudiar la evolución de los estudios romanistas en la Libre desde su fundación,¹ Fernando A. Vázquez Pando y nosotros

* Comunicación leída en el *Primer Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano*, Universidad Veracruzana, Jalapa, enero de 1992.

¹ Manuel LÓPEZ MEDINA, "La Escuela Libre de Derecho y el Derecho romano (1912-1982)", conferencia en el Primer Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano; en *Anuario Jurídico*, México, XI, 1984, pp. 383-397.

lo hicimos respecto a la Historia del Derecho desde 1917 cuando quedó establecida la cátedra de esta disciplina,² entendida, entonces, como el estudio de la Historia del Derecho mexicano con sus antecedentes romano y español, principalmente. En 1935, quizás por la influencia de Javier de Cervantes, la asignatura se dividió en dos cursos, uno dedicado a la Historia General del Derecho que se impartiría en cuarto año y otro específicamente a la llamada Historia del Derecho patrio en el quinto año de estudios. Desde entonces y hasta la fecha la misma situación se ha mantenido sin variación alguna.

III. EL CURSO DE HISTORIA GENERAL

La división introducida supuso una dificultad que sólo hasta hace aproximadamente quince años comenzó a ser superada. En efecto, jamás hubo problema para determinar el contenido del curso de Historia del Derecho patrio; éste se ocuparía en dar una visión, lo más completa posible, de los elementos formativos del Derecho mexicano, que sin descuidar los antecedentes prehispánicos haría énfasis en el llamado Derecho indiano y en los presupuestos hispánicos, concretamente castellanos, de este último. Una cierta inclinación de los profesores —y la ausencia de la indispensable bibliografía— hizo que durante muchos años no se descendiera al examen del Derecho propiamente mexicano.³

Por el contrario, el curso de Historia general quedó un tanto desprovisto de contenido específico. ¿Qué debería impartirse en él? ¿Había que contentarse con dar un panorama de los principales cuerpos legislativos de las más importantes culturas jurídicas del mundo, o atacar el examen histórico de las instituciones jurídicas universalmente aceptadas? Y, en todo caso, ¿cuál habría de ser el criterio para elegir esas culturas o esas instituciones? ¿Habría que remontarse —como después se señaló en el plan de estudios de otras escuelas de Derecho—⁴ hasta las culturas “de la antigüedad”: babilónicos, egip-

² Fernando A. VÁZQUEZ PANDO, “La Escuela Libre de Derecho y la Historia del Derecho patrio”, *Memoria del primer congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 145-178. A este trabajo le hicimos una reseña en la que apuntamos nuevos datos, que fue publicada en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 6, segunda parte, 1982, pp. 617-626.

³ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 149.

⁴ Como en el caso de la Escuela de la Universidad Iberoamericana. Cfr. José de Jesús LEDESMA URIBE, *Presencia de los estudios de Historia jurídica en la Uni-*

cios, hebreos, griegos, etcétera, o habría que tomar en cuenta sólo aquéllas que de forma inmediata se vinculaban de alguna manera con lo que vagamente se podía llamar la cultura occidental? Intentar hacer una historia universal de las instituciones jurídicas parecía imposible, aun cuando el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM así lo propusiera.⁵ La disciplina parecía, entonces, carecer de un contenido propio, útil, abarcable, coherente y formativo y podía, por ende, diluirse en un conjunto enorme de datos sobre distintos países y culturas jurídicas o en una serie de anécdotas, quizás divertidas pero las más de las veces abrumantes y aburridas, sin mayor valor para los estudiantes del Derecho que el de saciar una curiosidad o una pasión por lo viejo. En los mejores casos, el curso podría servir para poner a los alumnos en contacto con los textos “legislativos” clásicos: el Código de Hammurabi, el Decálogo, los dos *Corpus Iuris*, el Espejo de Sajonia, la Constitución gringa, o el Código de Napoleón.

Don Javier de Cervantes, el primer titular de esta cátedra en la Libre, fue el encargado de darle un contenido más o menos preciso pero sin ninguna homogeneidad y, en nuestro concepto, sin un correcto sentido. Gracias a la publicación tardía de los apuntes utilizados en su clase —que mimeografiados circularon por años— sabemos del contenido de la materia durante el tiempo que don Javier se encargó de impartirla y aún años más tarde, pues algunos de sus sucesores continuaron el programa desarrollado por aquél. Abarcaba su curso siete grandes capítulos: Grecia, Roma, los bárbaros, el Derecho medieval en general, el Derecho medieval en particular, el constitucionalismo moderno y la codificación, subrayando los aspectos de organización política de cada tema y analizando el contenido de las principales fuentes legislativas correspondientes a cada periodo. El importante tema del *ius commune* era prácticamente ignorado, lo mismo que el de su recepción y en pocas líneas desahogaba las escuelas de los Glosadores, Posglosadores y el Humanismo jurídico del siglo XVI. Más importantes resultaban, en consecuencia, los temas del cons-

versidad Iberoamericana, Memoria..., pp. 67-73 y de la Facultad de Derecho de la UNAM, respecto de la cátedra de “Historia universal de las instituciones jurídicas”. Cfr. Facultad de Derecho, *Organización Académica y programas de estudios de licenciatura*, México, UNAM, 1986, pp. 543-548.

⁵ Facultad de Derecho, *loc. cit.*

titucionalismo moderno —sobre todo el norteamericano— y el de la codificación, referido exclusivamente a la francesa.⁶

Sin mayores alteraciones de por medio, este programa fue el que básicamente aprendimos en el curso 1975-1976 bajo la dirección del querido maestro don Íñigo Laviada, quien desde 1955 se encargaba de la enseñanza de esta Historia del Derecho. Un año después, sin embargo, las cosas empezaban a cambiar.

IV. HACIA UN CURSO EN LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Efectivamente, en 1977 se abrió un segundo grupo de cuarto año en las aulas escolares de la Libre, y el doctor Jorge Adame fue el elegido para ocuparse de él. Su experiencia de historiador profesional —estaba a punto de doctorarse en Historia en El Colegio de México—, su ya decidida vocación romanista —que lo había llevado a Navarra para estudiar bajo la dirección de don Álvaro D'Ors—, y su propia juventud lo inclinaron a intentar variar el contenido tradicional, anquilosado y ambiguo de un curso de Historia que no parecía tener ningún sentido concreto ni una metodología clara. Bajo la temprana influencia de García Gallo y la decisiva de D'Ors, desde ese año y por dos años más impartió el curso de Historia general del Derecho sobre bases científicas más firmes, correcta metodología, propósitos definidos, clara orientación, ideología segura y contenido atractivo, crítico y enriquecedor para el estudiante de Derecho. A él se debe, sin duda, el impulso renovador dado a esta disciplina, impulso que ha llegado a quienes en este sentido somos sus discípulos y que benéficamente se ha extendido a otras instituciones del país.⁷ Con el plan propuesto por Adame el curso de Historia general del Derecho llega a tener un contenido y un sentido propio, fácilmente perceptible y útil para la formación cabal de los juristas mexicanos. Por lo mismo, sería muy conveniente que orientara la elaboración de los diversos planes de estudio que contemplan dicha asignatura en el país, o que impulsara la introducción de la misma en aquéllos que no la incluyen.

⁶ Javier DE CERVANTES, *La tradición jurídica de Occidente: Antología de los apuntes del profesor...* Preparada por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández, México, UNAM, 1978.

⁷ Por ejemplo, en la Universidad Panamericana y en el Colegio de Michoacán, dentro de los cursos de maestría en Historia de México. Vid. la conferencia de Alejandro MAYAGOITIA presentada en este mismo Encuentro.

Su valor para la formación de los jóvenes juristas es indudable. Desde el año de 1980 en que nos hicimos cargo de la misma materia lo hemos podido constatar. Hoy por hoy casi ningún alumno de la Escuela Libre se atrevería a plantear seriamente una pregunta que no hace mucho alguno de ellos planteó respecto del Derecho romano: ¿Historia del Derecho para qué?

Con la propuesta renovadora de Adame el curso de Historia se construye como un verdadero "Curso": sigue un hilo conductor que va siendo perfectamente definido y explicado de principio a fin a lo largo de más de cien clases. Dicho hilo conductor es precisamente el Derecho romano, contemplado como el padre de la ciencia jurídica occidental cuyos avatares, realizaciones, ascensos, ausencias o depresiones se examinan siempre desde la perspectiva del legado intelectual, racional, lógico y ético del Derecho romano, tal y como hace ya algunos lustros la contemplara la clásica *Historia del Derecho privado de la edad moderna* del jurista alemán Franz Wieacker.⁸

Esta obra es la que inicia en México y desde las aulas de la Libre la renovación de la enseñanza de la Historia general del Derecho, concebida desde entonces como una historia de la ciencia jurídica occidental, ajena un tanto (o un mucho) al desenvolvimiento de lo que sería el derecho público y, por el contrario, centrada en el desarrollo del *ius* privado; entendido éste como obra de juristas autónomos y sostenido más en la *auctoritas* de éstos que en la *potestas* de un legislador no siempre éticamente responsable. Una historia de ideas y de métodos: lógico-racionales, filológicos y exegéticos, etcétera, puestos en marcha en la búsqueda de soluciones justas y prácticas de problemas jurídicos concretos. Ideas y métodos que se han plasmado en escritos, textos o libros, por lo cual bien pudiera afirmarse que en el fondo de esta concepción de la historia jurídica hay una aceptación tácita de la idea de D'Ors y de nuestro maestro Rafael Gibert de la Historia del Derecho concebida como historia de los libros jurídicos.⁹

⁸ Trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

⁹ Rafael GIBERT, "La historia del Derecho como historia de los libros jurídicos", *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*. Nuevas técnicas de Investigación, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 61-92 y Alvaro D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Rialp, 1982, pp. 19-21.

Libros escritos por juristas cuyos nombres, obras e ideas han de aprender los cursantes de la Historia general, ubicándolos siempre dentro de las corrientes o escuelas a las que pertenecieron, pues la concepción aceptada considera al Derecho privado fundamentalmente como obra de juristas y pretende historiar este Derecho de juristas. Todo con el propósito de destacar la notable influencia del Derecho Romano renovado por la ciencia jurídica occidental y de señalar tanto las consecuencias de su conocimiento como las de su negación en el propio desenvolvimiento de aquélla.

Problemas y épocas como la época clásica romana, la vulgarización del Derecho romano, la elaboración del *Corpus Iuris*, la romanidad frustrada del Imperio carolingio, el descubrimiento del *Digesto*, la formación y recepción del *ius commune* en casi toda Europa, el esplendor del humanismo jurídico en el XVI, la labor de Pothier y de los codificadores napoleónicos, y la Escuela pandectista alemana y su influencia en el Código Civil alemán de 1900 son los puntos centrales de un curso que quiere ver, repetimos, en el Derecho romano la columna vertebral de una historia que aún no concluye y que pretende servir de soporte y acicate para superar un positivismo formalista y una dogmática jurídica anquilosada y servil en manos del legislador moderno, es decir, de los ejecutivos eficientistas. Pero el curso no olvida —al contrario, le importa destacar— el lado oscuro de una historia desprovista de juristas y que confía ciegamente en el legislador o en las meras fuerzas sociales. De esta forma, el postclásico romano, el Derecho bizantino, la época feudal, el racionalismo iusnaturalista y su fruto, la codificación estatal, la escuela de la Exégesis francesa, el positivismo jurídico legalista, las diversas corrientes naturalistas y el ascenso y predominio tanto de la Escuela de Viena como del realismo escandinavo, son también analizados, a la par que la germanización del Derecho, la importancia del Derecho consuetudinario, la evolución del Derecho canónico y la formación del Derecho mercantil moderno, la Escuela histórica de Savigny y el renacimiento de las tesis iusnaturalistas en el siglo XX.

A la presencia de Wieacker —hoy por desgracia agotado en su única y pésima traducción española— se tienen que sumar, en consecuencia, las obras indispensables de Schulz y de Kunkel, de García Pelayo y de Ganshof, de Bloch y de Bartolomé Clavero, de Tomás y Valiente y de Koschaker, de Molitor y de Schlosser y de Hernández Gil; de Guido Fassó y de Gibert, y, entre los nuestros, de Marga-

dant y de Villoro;¹⁰ todos al lado de una serie de lecturas escogidas de autores y de fuentes que complementan en cada tema la exposición del maestro y de los textos básicos.

Con este programa —seguido hoy en toda la Libre gracias a la labor, en su momento, de don Sergio Vela Martínez y de don Julio Montejano en el grupo 4º A— los alumnos vuelven a plantearse el valor y la utilidad de los estudios del Derecho romano adquiridos en los dos primeros años de la carrera y quedan en favorable disposición para entender y reorientar, en el último año de la carrera, tanto la Historia del Derecho patrio como la misma Filosofía del Derecho y, tal vez en un posgrado, los rudimentos del Derecho comparado.

Sin duda que un curso así concebido no sólo logra una importante reivindicación tanto del Derecho romano en sí y de su valor como modelo para la revitalización de la ciencia jurídica actual, sino también de la labor misma de los juristas, en un medio dominado por el positivismo legalista y por la ausencia de un pensamiento jurídico original comprometido con la justicia más que con el poder.

Una última cosa: conviene destacar que en la Escuela Libre de Derecho la Historia general del Derecho se encuentra ubicada en el cuarto año de estudios, a diferencia de otras facultades o escuelas que la ubican en alguno de los dos primeros "semestres". Esto significa que la Escuela Libre no la considera una materia simplemente "introdutoria" a los estudios jurídicos, de contenido cultural, accesorio o de mero "relleno", sino que, por el contrario, piensa que

¹⁰ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 1946. Wolfgang KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1975. Manuel GARCÍA PELAYO, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de Occidente, 1968. François L. GANSHOF, *El Feudalismo*, 5ª ed., Barcelona, 1979. Marc BLOCH, *La Sociedad Feudal*, México, UTEHA, 1958. B. CLAVERO, *Derecho Común*, Temas de Historia del Derecho, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1980. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955. MOLITOR-SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1980. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, en *Obras completas*, t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988. G. FASSÓ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Pirámide, 1980, 3 vols. RAFAEL GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa: germánico, romano, canónico*, Madrid, s/e, 1982. GUILLERMO F. MARGADANT, *La segunda vida del Derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986. MIGUEL VILLORO TORANZO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho*, México, Porrúa, 1973, y diversos artículos aparecidos en distintas revistas jurídicas mexicanas pocos años antes de su muerte.

supone y requiere de un previo conocimiento de fenómenos e instituciones jurídicas, del funcionamiento y de las características del sistema jurídico positivo y de cierto contacto con la práctica profesional. Sólo así el alumno puede captar el contenido crítico y, en ocasiones, explosivo de un curso que subvierte a veces el concepto mismo del Derecho aprendido tradicionalmente en las disciplinas de "Derecho positivo", convirtiéndose de esta forma en un medio idóneo para inmunizar al alumno del dogmatismo legalista imperante en casi todas esas materias, dotándole de una visión más crítica, más amplia y más libre y creativa de su propia profesión. Es en este sentido que podemos afirmar que la Historia general del Derecho guarda un insospechado contenido liberador para quien la aprende.

Tal vez enseñando de esta manera y con similares contenidos, nuestros alumnos eviten que se haga realidad lo que Gierke se preguntaba hace años: "¿Por ventura el trabajo sobre el *Corpus Iuris*... no quedará reducido con el tiempo a un estudio, bueno para los amantes de lo antiguo, como, por ejemplo, el del Código de Hammurabi, pero que debe excluirse de la enseñanza actual del Derecho?"¹¹

V. TEMARIO PARA UN CURSO DE HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Introducción al Curso

- A. Contenido
- B. Objetivos del curso
- C. Limitaciones temporales y espaciales
- D. La Historia del Derecho como Historia de la Ciencia Jurídica

I. Derecho romano

- A. El Derecho Romano en la Época Clásica
 - 1. La jurisprudencia romana
 - 2. El derecho del pretor
- B. El Derecho romano durante el Bajo Imperio
 - 1. La decadencia de la Jurisprudencia Romana

¹¹ Citado por Miguel HERRERO DE MIÑÓN, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

- 2. El imperio de la *Lex*
- 3. El Derecho Romano vulgar
- 4. El Derecho Romano justiniano: el *Corpus Iuris Civile*
- C. El destino del Derecho romano en Occidente en la ALTA Edad Media
- D. El destino del Derecho Romano en el imperio de Oriente

II. Derecho germánico

- A. Características generales y comunes
- B. Algunas instituciones destacadas
- C. Textos del Derecho Germánico

III. El Derecho Carolingio

- A. El Derecho imperial. Los capitulares
- B. Los derechos locales. El imperio de la costumbre

IV. El feudalismo

- A. Presupuestos
- B. Tipos de infeudación y su impacto en lo jurídico
 - 1. Francia
 - 2. Alemania
 - 3. Península ibérica
 - 4. Inglaterra
- C. El contrato de vasallaje
- D. El Derecho Privado en los feudos y señoríos

V. El Derecho Mercantil

- A. La apertura comercial de Europa
- B. El renacimiento de la vida urbana
 - 1. Derecho de Burgos y corporaciones
 - 2. El *Ius Mercatorum* (características propias)
 - 3. Instituciones mercantiles
 - 4. Compilaciones de Derecho Mercantil
 - 5. Surgimiento de la ciencia mercantil

VI. *El Derecho Canónico*

- A. Los orígenes
- B. Primeros intentos recopiladores
- C. La formación del *Corpus Iuris Canonici*
- D. La ciencia canónica
 - 1. Decretistas
 - 2. Decretalistas
 - 3. Derecho Canónico y Derecho Romano
- E. Los códigos de Derecho Canónico

VII. *Recepción del Derecho romano justiniano y formación del Ius Commune*

- A. El nacimiento de las universidades
- B. *Mos Italicus*
 - 1. Glosadores
 - 2. Ultramontanos
 - 3. Comentaristas
- C. Formación del *Ius Commune*
 - 1. Concepto
 - 2. Características
 - 3. Método
- D. El Fenómeno de la Recepción
 - 1. Concepto
 - 2. La recepción en Francia
 - 3. La recepción en Cataluña
 - 4. La recepción en Castilla
 - 5. La recepción en Inglaterra
- E. *Mos gallicus* y Humanismo Jurídico
 - 1. El humanismo
 - 2. Vertiente erudita y crítica
 - 3. Vertiente sistematizadora
- F. Recepciones tardías
 - 1. Holanda. Jurisprudencia elegante
 - 2. Alemania. *Usus Modernus Pandectarum*. Derecho profesoral

VIII. *Derecho Natural Racionalista*

- A. Antecedentes
 - 1. La crisis de la autoridad

- 2. Descartes
- 3. Los teólogos juristas españoles
- B. Precursores
- C. Sistematizadores
- D. Matematizadores

IX. *El Movimiento Codificador*

- A. Presupuestos y características de la Codificación
- B. Codificación y Derecho romano
- C. Intentos codificadores
 - 1. Baviera
 - 2. Austria
 - 3. Prusia
- D. La Codificación Racionalista Francesa
- E. La recepción de la Codificación

X. *La Escuela Exegética Francesa*XI. *La Escuela Histórica Alemana*

- A. El historicismo
- B. Presupuestos
- C. La rama germanista
- D. La rama romanista

XII. *La Pandectística Alemana*

- A. Jurisprudencia de conceptos
- B. Codificación alemana y suiza

XIII. *El Positivismo Jurídico Formalista Legalista*XIV. *Corrientes jurídicas anti-formalistas*

- A. El Naturalismo Jurídico: Concepto
- B. La Libre Investigación Científica
- C. El Sociologismo Jurídico
- D. La Jurisprudencia de Intereses
- E. La Escuela del Derecho Libre
- F. El Marxismo

XV. *La reacción formalista*

- A. La Escuela de Viena
- B. La Escuela de Marburgo

XVI. *La reacción iusnaturalista*

- A. El Neotomismo
- B. El Derecho Natural Racionalista

XVII. *El Realismo Jurídico Escandinavo*

XVIII. *Retorno a la Justicia Material*