

# Ensayo



## Historia del Derecho e Historia

Francisco Tom3s Valiente

*Catedr3tico de Historia del Derecho  
de la Universidad de Salamanca.*

El t3tulo del presente ensayo coincide casi por completo con el de una importante conferencia (“Historia, Derecho e Historia del Derecho”) pronunciada por el Profesor Garc3a-Gallo en Madrid el 25 de noviembre de 1952. Aquel mismo d3a el Profesor Gibert dictaba otra conferencia en Granada. En ambas ciudades se conmemoraba simult3neamente el primer centenario del nacimiento de Eduardo de Hinojosa, figura de singular relieve en la Historiograf3a jur3dica espa3ola. Tanto Garc3a-Gallo como Gibert (aqu3l de modo frontal y rotundo, 3ste con su peculiar estilo brillante y parad3jico) se plantearon el problema de si la Historia del Derecho es y debe ser considerada como ciencia jur3dica o como especialidad de la ciencia de la Historia.

Hinojosa y sus más directos discípulos (varios de ellos cofundadores en 1924 del *Anuario de Historia del Derecho Español*) nunca negaron la vinculación de la Historia del Derecho con las restantes especialidades de la Historia. Es más: si cabe reprochar algo a los fundadores del *Anuario* (Sánchez Albornoz, Ramos Loscertales, Galo Sánchez, Ramón Carande, Ots Capdequí) es el haberse dedicado —con rigor y altura sobresalientes, por cierto— a hacer un tipo de Historia en el que las fronteras que unen y separan la Historia económica, la social y la jurídica, no quedaban claramente trazadas. Pero desde luego ninguno de los citados historiadores españoles del Derecho negó que nuestra disciplina fuera una especialidad de la Historia “tout court”, ni afirmó que fuese, por el contrario, ciencia jurídica.

Y, sin embargo, en 1952, evocando la figura de Hinojosa, tanto Gibert como García-Gallo, aunque en grado distinto, contemplan la Historia del Derecho bajo una perspectiva diferente a la de la escuela de Hinojosa, al menos en lo relativo a la catalogación científica de la disciplina. Para Rafael Gibert hay algo de desconcertante en el nombre mismo de Historia del Derecho, porque entre Historia y Derecho hay una “*verdadera y radical antinomia*”. Según él, para resolverla no es suficiente decir que “la Historia del Derecho es una Historia que tiene por objeto el Derecho o bien un Derecho que tiene la condición de ser histórico”. “El ideal más difícil y pocas veces alcanzado (entiéndase: para superar tal antinomia) y al que se deben los pocos avances definitivos es: ser profundamente y hasta la raíz historiador; profundamente y hasta la raíz jurista.” En su opinión, tal ideal lo lograron tan sólo Mommsen, Savigny y Brunner; ningún español lo alcanzó y a ello atribuía en 1952 Gibert la “modesta y lamentable” situación de la Historia del Derecho en España.

Son muchas —y algunas muy fructíferas— las nociones que García-Gallo expuso en la conferencia a que aludo. Sólo puedo referirme a dos (precisamente las que no comparto). Para el citado historiador la Historia del Derecho debe ser concebida, por su finalidad y contenido, como ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico. Debe evitarse “cierta confusión” que se ha producido entre la “Historia general y la del Derecho”. “*Concebida la Historia como ciencia de lo individual*, de lo que no se repite, la Historia del Derecho en su afán de identificarse con aquélla y adoptar sus métodos, centró su interés en destacar las diferencias que en el transcurso del tiempo mostraba el ordenamiento jurídico”. Según García-Gallo, la tarea de destacar diferencias puede satisfacer a los historiadores, pero no a los juristas. “Por esto, la Historia del Derecho sólo puede concebirse en su plenitud como ciencia desde el campo del Derecho. El enfoque histórico debe constituir sólo uno de los modos de estudiar éste”. Ahora

bien, si la Historia del Derecho está (García-Gallo hablaba en 1952) a su juicio en crisis, ésta se debe en primer término a “la falta de vocaciones”, pero también al hecho de que la Historia del Derecho sea cultivada como especialidad historiográfica. Desde esta concepción de la Historia del Derecho interesa sobre todo “destacar las conexiones del Derecho con la política, la economía o la sociedad de otros tiempos”, y así, “*considerado el Derecho en íntima unión con la política, la economía y a sociedad, como una de las formas de expresión de la cultura de cada época, su historia pierde interés para el jurista dogmático, en idéntica medida que lo gana para el historiador*”.

Hasta aquí los párrafos más indispensables para reflejar la postura de Gibert y de García-Gallo en 1952. Desde entonces ambos la han completado y matizado, pero no corregido. No puedo exponer con detalle su pensamiento. En las frases transcritas he subrayado lo que juzgo puntos más significativos.

No comparto los principios metodológicos de Gibert. No alcanzo a comprender en qué consiste una antinomia que él tampoco explica. Y sea cual fuere su consistencia, la vía de solución propuesta por Gibert no conduce a nada; si el único modo de integrar Historia y Derecho radica en ser Mommsen, Savigny o Brunner, ¿qué habremos de hacer los demás historiadores del Derecho? Imitarlos, tal vez; pero ¿cómo, con qué métodos, por qué camino? ¿No sería posible vitalizar y superar aquella “modesta y lamentable” situación de la Historia del Derecho, aproximando su concepción y métodos a los de la Historiografía no jurídica y concibiendo la Historia del Derecho no como la Historia de una tradición literaria, de unos libros de Derecho, sino como la Historia de la función que el Derecho ha desempeñado en cada formación social del pasado conocido? Personalmente respondo de modo afirmativo a esta pregunta; pero sé que Gibert no opina lo mismo.

Bajo los conceptos expuestos por García-Gallo (maestro mío, con quien sin embargo he discrepado siempre respecto a este punto en largas y ya lejanas conversaciones) creo que subyacen dos equívocos. El primero consiste en concebir la Historia como ciencia de lo individual. Por supuesto que así se consideró durante mucho tiempo en Europa bajo la influencia neokantiana de Windelband (“proceder nomotético de las ciencias naturales” frente al “proceder idiográfico de la Historia”), Dilthey y, sobre todo, Rickert (“la realidad se hace naturaleza cuando la consideramos con referencia a lo particular e individual”, escribió en 1910). Pero no era ésa en 1952 la única forma de concebir la Historia. Sin aludir ahora a la concepción marxista, la escuela de los “Annales” llevaba en 1952 muchos años predicando por la pluma de Febvre, Bloch y Braudel una visión de la Historia que (aunque siempre muy poco comprensiva respecto a la del Derecho) superaba

claramente la concepción de la ciencia histórica como ciencia de lo individual, particular e irreplicable. Es obvio que García-Gallo conocía en aquella fecha esos otros modos teóricos de concebir la Historia. Por consiguiente, si en su conferencia habló de la Historia como ciencia de lo individual fue, tal vez inconscientemente pienso yo, porque para su argumentación necesitaba que la Historia se conceptuara así.

El segundo equívoco que yo creo percibir en el razonamiento de García-Gallo estriba en creer que el jurista se interesará más por una Historia del Derecho que le ofrezca un Derecho “puro”, sin contaminación con parte alguna de lo metajurídico. Acaso suceda así respecto a cierto tipo de jurista (el formalista por antonomasia), pero éste no puede ser considerado en absoluto como el más profundo modo de ser jurista. García-Gallo nunca ha sido muy radical ni en sus formulaciones de principios, ni —menos aún— en sus investigaciones monográficas o de contenido general. Pero llevando a sus últimas consecuencias lógicas las frases antes subrayadas, e interpretándolas “sensu contrario” cabría pensar que la Historia del Derecho concebida como ciencia jurídica debería consistir en la formulación vertical y abstracta de unos problemas jurídicos y en la exposición del repertorio de soluciones que el “Derecho histórico” (entendido como el Derecho de tiempo pasado, aunque obviamente todo Derecho es histórico, incluido el presente) ha ofrecido a tales problemas, pero siempre sin relacionar cada problema y cada solución jurídica ni con otros de la misma naturaleza y coetáneos, ni con realidades ajenas al Derecho. Mucho me temo que una Historia del Derecho así construida no provocaría gran interés ni en historiadores, ni en juristas, ni en historiadores-juristas.

Por lo tanto, si en 1952 había o si en 1975 hay crisis de interés hacia la Historia del Derecho, la solución para despertar con nuestro trabajo mayor solicitud entre historiadores y entre juristas no creo que consista en considerar a la Historia del Derecho como ciencia jurídica, y para ello desligar al Derecho del pasado de sus vinculaciones con lo no jurídico. De tal modo, sin ganar nada de cara a los verdaderos juristas, la Historia del Derecho perdería todo posible interés para los historiadores.

Pero hay todavía una línea argumental más profunda a propósito del problema planteado por Gibert y García-Gallo. ¿Acaso hay una verdadera antinomia entre Historia y Derecho? A mi juicio, no. El Derecho, como toda faceta o elemento de la convivencia humana en sociedad, es histórico, posee su peculiar historicidad y cabe, por lo mismo, la Historia de ese Derecho. Por otra parte, posibles defectos de la Historia del Derecho en cuanto especialidad historiográfica (como los denunciados por García-Gallo) no proporcionan base alguna para afirmar que la Historia del Derecho debe ser o sea ciencia jurídica; lo que coherentemente

puede inferirse de tales posibles defectos es la conveniencia de elaborar una Historia del Derecho, que preste más atención a lo permanente que a lo variable dentro del Derecho (idea que también encontramos en el pensamiento del citado autor); esto es, la conveniencia de una Historia del Derecho en que éste sea estudiado como fenómeno de larga duración. Cualquier otra deducción implica un salto lógico.

Por último y sobre todo: el estudio de realidades pretéritas elaborado con los métodos de investigación críticos y rigurosos que son propios de la historiografía actual es Historia; y si esas realidades pretéritas son jurídicas, lo que se construye es una especialidad de la Historia, la Historia del Derecho. Para pensar así no obsta el potencial valor pragmático que pueda tener para el jurista el contenido de la Historia del Derecho; cuando el jurista práctico utiliza y aplica el saber acerca del Derecho que le proporciona la Historia del Derecho no convierte esta disciplina en ciencia jurídica, sino que se auxilia de ella, como puede utilizar la lingüística o la lógica a efectos interpretativos de cualquier norma o conjunto de normas. Ni tampoco es obstáculo el hecho de que sea necesario en Historia del Derecho emplear junto a métodos históricos, métodos jurídicos, puesto que cada especialidad historiográfica tiene los suyos peculiares y complementarios, en función precisamente del objeto que estudia.

En suma: que en mi opinión la Historia del Derecho ni es ciencia jurídica, ni siquiera un puente vivo entre la ciencia de la Historia y la ciencia jurídica (como metafóricamente escribió Bader), ni una realidad bifronte o de doble vertiente. Es una especialidad de la Historia. El problema hasta ahora examinado al filo de las opiniones glosadas es más bien un falso problema. Sin duda, por creerlo así, Pérez-Prendes, en su reciente manual de Historia del Derecho, no se detiene a plantear la cuestión, la considera anticuada y la da por resuelta en el sentido de incluir la Historia del Derecho entre las diversas ramas o especialidades de la Historia. Si yo le he dedicado aquí bastante atención ha sido porque, dado el tema que se me propuso desarrollar (justamente la relación entre la Historia y la del Derecho en un contexto colectivo destinado al análisis de esa misma relación entre la Historia como todo y algunas de sus partes o especialidades), me habría parecido una actitud fraudulenta silenciar la existencia de opiniones contrarias a la mía, máxime cuando las sustentan autores de la talla de García-Gallo y Gibert, y cuando constituyen uno de los fundamentos teóricos de sus respectivos manuales, y a mi juicio también del último publicado por Lalinde (aunque en este caso de modo tácito).

La contraposición de orientaciones es síntoma de pujanza. En una década (1964-1974) han aparecido seis diferentes exposiciones de conjunto (más o menos completas) de la Historia del Derecho

español. La edición de nuestro *Anuario* se hace ahora sin retrasos, y con cierta frecuencia se incluyen trabajos de historiadores del Derecho en otras revistas o publicaciones colectivas. La edición de libros monográficos sobre temas de Historia del Derecho, casi inexistente años atrás, es ahora un hecho frecuente. En varios Departamentos universitarios se elaboran excelentes Tesis doctorales sobre campos temáticos muy diversos, y hay jóvenes investigadores que trabajan con entusiasmo y con rigor. No existe, pues, abandono ni decadencia en el estudio de la Historia del Derecho, sino más bien todo lo contrario. En este sentido al menos, no hay ahora crisis en nuestra ciencia.

Y, sin embargo, (dejando al margen el interés que se despierte entre juristas no historiadores) la Historia del Derecho tiene mala prensa entre historiadores no juristas, o, por lo menos, entre muchos de ellos. No sería difícil citar textos, no sólo críticos sino despectivos contra nuestra disciplina, de historiadores como Marc Bloch o Vicens Vives, Hartung y Roland Mousnier, Josep Fontana y José Luis Martín. Suele reprocharse a la Historia del Derecho o a la Historia institucional (equiparación incorrecta por lo que luego diré) erudición estéril, frío formalismo fuera del cual se escapa “la vida misma”, desconexión entre el Derecho y la economía o la “vida social” o la política, inmutabilidad en las instituciones estudiadas, casi exclusiva dedicación a las fuentes e instituciones medievales. En casi todas estas acusaciones hay una parte de verdad, una indebida generalización y, acaso, una elusión del problema fundamental, que tampoco los historiadores del Derecho hemos abordado con la necesaria lucidez y profundidad. ¿A qué se debe, pues, el silencio o el desconocimiento de algunos y las acusaciones de otros? La cuestión de fondo, a mi modo de ver, es ésta: ¿cómo lograr una fructífera integración de la Historia del Derecho con las otras ramas de la Historia? ¿Cuál es el objeto específico de la Historia del Derecho y cómo debemos abordar su estudio para que los resultados contribuyan a un mejor conocimiento de las formaciones sociales pretéritas, y, a través de ello, del presente?

El problema no se resuelve con afirmar que “hoy sólo puede concebirse la Historia del Derecho, inmersa en el concepto de la Historia total”. Yo también lo creo así, pero la dificultad consiste en lograr una integración que no sea una mera yuxtaposición junto a otras ramas historiográficas, y que respete la especificidad de nuestro objeto y de nuestros métodos. Ni tampoco basta con plantear la cuestión como un pleito fronterizo entre la Historia del Derecho, y, por ejemplo, la Historia social, cuya peculiaridad es clara (aunque en un sentido amplio toda Historia es Historia social), pero cuya superioridad es rechazable como muy bien ha visto Bartolomé Clavero. Creo que conviene enfocar el problema de la especificidad y de la integración de la Historia del Derecho

reflexionando acerca del Derecho y sobre la valoración que de él predominó en épocas recientes y en la actual.

El iusnaturalismo racionalista, la Escuela Histórica y la filosofía hegeliana (sobre bases distintas ciertamente, pero emparentadas entre sí y convergentes en el punto que ahora examino) otorgaban un papel preponderante al Derecho como instrumento de ordenación racional y progresivamente justa de la sociedad. En muchos momentos del siglo XIX, en especial durante el largo período constituyente de “la burguesía revolucionaria”, se tuvo la sensación de que se estaba alumbrando la organización jurídica de una sociedad que, frente a la del Antiguo Régimen, a muchos parecía quizá incluso definitivamente justa. Desde el Estado se legisla y la ley, el Derecho legal (la oposición de la Escuela Histórica frente a él fue no tan radical como a veces se dice, y, desde luego, no triunfó) es el vehículo apto para la ordenación racional de la sociedad. No voy a tratar de la falacia —o por lo menos exageración— que se ocultaba bajo tales ideas. Sólo quiero indicar que desde esa plataforma el papel del Derecho y del Estado adquirieron una dignificación enorme, aunque, sin duda excesiva. Se creía en el Derecho. El tecnócrata del Estado liberal fue el jurista.

Paralelamente la Historia se concebía como Historia política y no sólo estudiaba los hechos singulares de reyes, diplomáticos y militares, sino que otorgaba especial atención a la organización política de los pueblos, a su Derecho, a sus instituciones. Muchas veces éstas eran historiadas (recordemos entre nosotros la “Teoría de las Cortes” y su “Discurso” previo que “el ciudadano don Francisco Martínez Marina” publicó en 1813) con “un fin pedagógico-político” evidente, con ánimo de influir inmediata y directamente en la Constitución política del país. El Derecho y la Historia del Derecho apasionaban a juristas, a historiadores, a políticos, a todos los intelectuales de la Europa continental por lo menos hasta que la Codificación llega a término y hasta que se cumplen en Alemania e Italia los procesos nacionalistas, e incluso unas décadas después.

Hoy, y desde luego hace ya bastantes años, vivimos una situación bien distinta, incluso antagónica. No me es posible describir la transición de aquélla a ésta. Acabo de mencionar sin embargo algunos fenómenos fronterizos entre ambas. El quicio teórico principal está constituido por el pensamiento marxista, por las realidades que él descubre y por la divulgación o vulgarización del mismo. Los postulados del pensamiento marxista sobre el Derecho son: el Derecho pertenece a la superestructura de cada modo de producción; en éstos en última instancia el papel determinante corresponde a lo económico; el Derecho representa la voluntad y los intereses de la clase dominante en el Estado; Estado y Derecho desaparecerán en la sociedad comunista, socie-

dad sin clases. No comparto todos los postulados marxistas mencionados, pero tampoco me concierne criticarlos. Sólo me importa subrayar el papel derivado que otorgó Marx al Derecho, y recordar que en los escritos del Marx maduro su atención hacia lo político y lo jurídico es mínima. Quizá por ello gran parte de los pensadores marxistas han infravalorado o silenciado la importancia del Derecho, y con frecuencia se indica sólo su determinación por lo económico, sin hacerse cuestión de este punto y sin advertir siquiera a veces ni los reflejos de la superestructura sobre la base material, ni las distintas relaciones que dentro de la más pura ortodoxia marxista se reconocen como típicas de cada modo de producción entre lo económico-determinante y lo político o lo jurídico. Sobre estos fundamentos es comprensible que la Historiografía marxista se haya centrado con preferencia en lo económico y haya casi abandonado el cultivo de la Historia del Derecho, que en algunos países (U.R.S.S. y Polonia) se concibe oficialmente como "Historia del Estado y del Derecho".

Recientemente esta situación comienza a cambiar. Algunos historiadores marxistas muestran interés hacia lo histórico-jurídico. En el muy importante Coloquio organizado en Granada en 1973 por el Profesor Pérez-Prendes y su Departamento, los historiadores-juristas españoles, y los no juristas, tuvimos ocasión de presenciar la actitud que podríamos calificar de interés abierto hacia la Historia del Derecho de historiadores como Witold Kula y Pierre Vilar. No obstante, en los "*Problemas...*" del primero la atención y la importancia que concede a la Historia del Derecho es mínima, y lo mismo puede decirse de Vilar tanto a propósito de su obra de conjunto como de su más reciente escrito polémico "versus" Althusser. Más fecunda es sin duda la preocupación teórica de Nicos Poulantzas. Su insistencia en la conveniencia de las "teorías regionales" (una de las cuales podría ser la de lo jurídico) junto a las "teorías particulares" de cada modo de producción; su forma de destacar la distinción entre papel determinante y papel dominante; y, sobre todo, su explícito reconocimiento de que "en su autonomía y especificidad, lo jurídico puede ser objeto de una investigación histórica particular", abren caminos de interés desde el pensamiento marxista hacia la Historia del Derecho.

Pero es claro que a pesar de esta incipiente atención hacia lo jurídico y su historia, el pensamiento marxista ha contribuido decisivamente a reducir la importancia antes concebida al Derecho y a su Historia, corrigiendo certeramente viejos excesos, pero incurriendo a su vez en una clara infravaloración de lo jurídico.

Esta visión ha influido no sólo en la Historiografía marxista (y conviene no olvidar que buena y gran parte de la Historia que hoy se escribe en Europa y concretamente en Francia es marxista) sino en historiadores no adscritos al marxismo. Uno de los efectos

inducidos por la presencia del pensamiento marxista ha sido la elevación del interés hacia lo socio-económico. En nuestros días gran parte de la historiografía liberal o simplemente no marxista es también Historia económica. El fenómeno puede explicarse desde dentro del marxismo afirmando el papel no sólo determinante sino además dominante que lo económico tiene en el modo de producción capitalista. Pero, por otro lado, y al margen del marxismo, el desarrollo de las ciencias sociales permite estudiar la estructura, el conflicto, el cambio social y tantos otros problemas con una perspectiva que, al ir más allá de un enfoque meramente jurídico, ha producido un creciente desinterés hacia el Derecho. Además, algunas direcciones de la ciencia jurídica (como la jurisprudencia dogmática o conceptualista, todavía imperante de hecho en muchos juristas teóricos y prácticos) y de la filosofía del Derecho (de manera muy singular el pensamiento kelseniano) han acentuado el formalismo jurídico y han provocado en los historiadores del Derecho una tendencia, seguida con demasiada frecuencia, a concebir la Historia del Derecho como Historia de la dogmática jurídica, como sucesión de sistemas; o como Historia de una realidad jurídica entendida como forma normativa pura.

Todos estos factores (no tan heterogéneos entre sí como puede parecer por defectos de mi lacónica y acaso deshilvanada exposición) explican el descrédito actual del Derecho, la orientación de la Historiografía hacia otros sectores de las sociedades pasadas, y, por consecuencia, la decadencia del interés hacia la Historia del Derecho. Pero creo que ya es hora de corregir oscilaciones pendulares a propósito de la valoración del Derecho y de su Historia. Si fue muy sana la superación de una excesiva estima respecto al Derecho y su Historia, conviene ahora salir del bache contrario. Dentro del campo marxista hay indicios favorables en este sentido. Fuera de él, las tendencias a superar el formalismo jurídico (por ejemplo, las diferentes orientaciones sociológicas acerca del Derecho) creo que son eficaces en esa misma línea.

En todo caso, el concepto que cada historiador del Derecho ha tenido y tiene acerca de la Historia del Derecho ha dependido y depende en primer término (aunque no siempre se reconozca así) de su propio concepto del Derecho. Por lo mismo, pienso que la especificidad de nuestra disciplina y el camino para su integración con otras ramas de la Historia debe construirse en torno al concepto de Derecho.

Al llegar aquí surge otra dificultad. Como no existe una óntica jurídica (al menos yo no creo en ella) no es posible formular un concepto filosófico-abstracto del Derecho, que fuese simultáneamente intemporal y válido para todo tiempo y lugar, es decir, para cada sociedad. Precisamente los conceptos acerca del Derecho deben elaborarse sobre los conocimientos que la Historia

nos proporcione. ¿Cómo romper el círculo? A mi modo de ver elaborando un concepto válido para encuadrar en él, o excluir de él, realidades contiguas del presente y del pasado. La precisión de sus características y de la función cumplida por el Derecho en cada formación social, se hará “a posteriori” de los conocimientos proporcionados por los estudios histórico-jurídicos.

En una sociedad determinada existe Derecho si, para regular el comportamiento social, hay un conjunto de normas cuya infracción puede ser sancionada de forma previamente establecida por las mismas normas, y a través de un aparato coactivo de autoridades cuya específica misión es la declaración de las infracciones y la imposición de sanciones. Esta noción instrumental de Derecho permite, o por lo menos ayuda, a distinguirlo de otras normas ético-religiosas o de los usos sociales, que constituyen otros niveles normativos concurrentes con el jurídico, pero diferentes de él. La distinción entre normas jurídicas, ético-religiosas y usos sociales no siempre es fácil y menos en las llamadas “sociedades primitivas” o sociedades de tradición oral. En ocasiones unas mismas relaciones sociales pueden ser reguladas por normas de estos tres tipos. Existe históricamente un continuo trasvase entre dichos círculos normativos, pues problemas a veces objeto sólo de regulación ético-religiosa pasan a ser ordenados después por normas jurídicas, por ejemplo. El historiador del Derecho dará cuenta de todos estos fenómenos, y los explicará. Para el estudio de estos temas en las sociedades de tradición oral tendrá que basarse en los conocimientos de la antropología social y de la antropología política.

En las normas jurídicas se emplean necesariamente términos técnicos cuya complejidad y amplitud varían desde el conceptualismo relativamente tosco y escaso de los llamados “Derechos primitivos”, hasta el intrincado y esotérico mundo de la dogmática jurídica actual.

Lo que esas normas regulan son las relaciones sociales. En toda sociedad con división sexual y social del trabajo y con producción excedentaria de bienes económicos surgen relaciones sociales conflictivas. El Derecho las ordena. El contenido de las normas jurídicas está constituido por relaciones sociales, familiares, sexuales, de producción, políticas, etcétera. Llámase institución jurídica al marco normativo que regula aquellas relaciones sociales. El matrimonio, el parentesco, el contrato, el proceso, el señorío, el feudo, el mayorazgo, la monarquía, las Cortes, la sociedad anónima, la Bolsa, el municipio, la letra de cambio... son instituciones jurídicas, desde luego muy diferentes entre sí bajo cualquier punto de vista.

Las normas protegen o prohíben unas u otras conductas en función de unos intereses y de unos criterios de valoración. Los intereses defendidos suelen coincidir con los de las personas y clases que crean y aplican las normas. Pero no de un modo

arbitrario, ilimitado y necesario. El Derecho trata de implantar y de conservar un cierto equilibrio (aunque siempre inestable) entre conflicto y consensus social. Por ello a veces protege intereses contrarios de inmediato y a corto plazo con los de las clases dominantes; o emplea y tutela creencias, bienes o valores en los que creen y de los que participan todos o casi todos los individuos y clases sociales.

El Derecho está, pues, constituido por lo normativo y lo técnico; ordena unas relaciones sociales, defiende unos intereses y utiliza determinados criterios de valoración. Aunque lo jurídico "stricto sensu" es el núcleo normativo y técnico, éste goza de sólo muy relativa autonomía. Sin su referencia y vinculación con el poder político, con las pugnas entre clases sociales, con los elementos ideológicos, con la base económica, etcétera, ni siquiera ese núcleo estricto puede ser entendido. (Cabrá hasta cierto grado su aplicación mecánica y pragmática, pero no su comprensión profunda.) Sin embargo esa conexión entre el Derecho, su contenido material y su techo ideológico varía dentro de cada formación social y dentro de los modos de producción en ella coexistentes. De todo lo dicho se infiere que el objeto de la Historia del Derecho no puede consistir en la mera descripción cronológico-lineal de lo normativo y lo técnico jurídico desligado de su contorno, sino en el estudio de los modos de creación del Derecho dentro de cada formación social y del conjunto constituido en cada formación por todas las instituciones jurídicas coexistentes.

Así, pues, hay que escribir la Historia del Derecho estudiando éste en su relación con todos esos sectores de la realidad. Pero, ¿basta con afirmar la existencia de esa relación? Hace pocos meses Josep Fontana en un agudo artículo sobre el "Ascens i decadència de l'escola dels Annales", criticaba a Febvre, Braudel y a sus continuadores al frente de la famosa revista la ausencia de teoría. Según Fontana la citada escuela se ha dedicado a censurar con tino la Historia escrita por otros, y a discutir cuestiones metodológicas, pero sin construir sus propios principios teóricos; refiriéndose a la última obra de Braudel, Fontana considera que en ella, en su caótica mezcla de temas se reflejan los principios metodológicos de Febvre "segons els quals tot lliga amb tot i no hi ha cap element prioritari i dominant". Poco antes, Fontana indica que Febvre a lo largo de sus "Combats" defendió la noción de que todo está relacionado con todo, pero se olvidó decirnos "allò que seria fonamental: de quina manera esta relacionat". Admiro a Fontana por haberse atrevido a ser iconoclasta con respeto y mesura, y creo que tiene razón en su crítica. Aplicándola traslativamente a nuestro terreno hay que convenir en que la Historia del Derecho deberá explicar cómo se relaciona el Derecho con lo político, lo económico, lo ideológico, etc., dentro de cada formación social. Para lograrlo, al historiador le será útil más que una teoría ya

formulada (pues entonces corre el riesgo de, por exceso de teoría, limitarse a ejemplarizar o corroborar aquello que ya creía saber), unas hipótesis que le orienten en su investigación, pero respecto a las cuales pueda moverse con libertad. Muchas de esas hipótesis pueden tomarse de la teoría marxista; pero como tales hipótesis.

El trabajo de los historiadores del Derecho ha de distribuirse en tres grandes campos: la crítica textual y edición de fuentes de conocimiento, la investigación monográfica y las exposiciones de conjunto.

El primero requiere todavía en nuestro país grandes esfuerzos. La edición crítica de fuentes de conocimiento se ha realizado con ejemplar rigor en algunos casos; pero queda mucho por hacer. La tarea es árida, exige mucha erudición y es poco espectacular. Pero instrumentalmente es indispensable.

La investigación monográfica sobre instituciones concretas debe hacerse con unos postulados conceptuales y metodológicos claros. De lo contrario puede incurrirse en la elaboración de estudios propios de una historiografía positivista, carentes de preocupación y de nervio teórico. Ya en este campo de trabajo conviene que el historiador relacione en la institución estudiada el marco y las relaciones encuadradas. Entre aquél y éstas hay siempre una doble tensión: el marco normativo trata de conformar y contener las relaciones sociales; éstas, diríamos que de dentro hacia fuera, ponen a prueba la elasticidad de las normas, las deforman y frecuentemente las desbordan. Cualquier estudio histórico institucional debe descansar sobre una doble obsesión: la de describir esa tensión en sus dos direcciones y la de explicar la función de cada institución dentro de la formación social en que se dio, a través de su conexión (que variará según la institución de que se trate) con la economía, el poder político, las creencias religiosas, etcétera. Marco normativo, conceptos técnicos, contenido (relaciones sociales específicas de cada institución), intereses en conflicto, criterios de valoración: todos estos elementos deben ser estudiados en la Historia de cada institución. Y todo ello no con afán de construir la historia de una esfera, de un cuerpo perfectamente delimitado y cerrado; sino tendiendo los puentes que relacionan cada institución con los distintos sectores de la realidad emparentados directamente con ella. El tiempo (mejor sería decir el ritmo) de la Historia institucional es el de la "longue durée". El problema que el historiador de las instituciones habrá de resolver consiste en descubrir, dentro del largo período de duración de la institución estudiada, su propia dinámica, su peculiar ritmo de cambio, apenas perceptible por lo general si se la contempla de prisa o si se pretende medirlo con el reloj de la "histoire événementielle". Pero no hay instituciones inmóviles ni inmutables.

La investigación monográfica puede incidir también sobre otros temas: por ejemplo, conviene estudiar la ciencia jurídica de una época determinada, centrando la investigación sobre los métodos de una escuela, sobre la recepción de la misma en países distintos al de su origen, o a propósito de la figura de un jurista concreto. Pero siempre con la preocupación y meta antes mencionada: el Derecho es técnica, sí; pero es también poder, poder organizado y limitado, pero poder. Y los conceptos jurídicos no son vagas y estériles elucubraciones, sino instrumentos de enorme eficacia operativa. Los juristas los pensaron y los emplearon desde situaciones concretas. La Historia de la ciencia jurídica debe estar tan enraizada en la realidad social en que surgió y duró como la Historia de las instituciones.

El campo donde tienden a converger los estudios anteriores es la exposición de conjunto. Muchos historiadores del Derecho han escrito una y aun varias obras de este carácter, aunque a veces ceñidas a una sola parte del contenido propuesto como tarea a realizar. Todos los manuales de Historia del Derecho al uso en nuestro país muestran la solidez del saber de sus autores respectivos. Cada uno posee su peculiaridad teórica y de contenido. No me es posible referirme en particular a cada uno de ellos.

En mi opinión, la estructura de una exposición de conjunto escrita u oral (curso académico) de la Historia del Derecho se compone de dos partes: la Historia de los modos de creación del Derecho y la Historia de las instituciones. Todo ello, por supuesto, lo refiero exclusivamente a la Historia del Derecho español.

La pregunta eje en torno a la cual hay que vertebrar la exposición de la primera parte es ésta: ¿quién o quiénes crean Derecho en cada formación social? Tal interrogación admite una respuesta general y obvia: quien o quienes tuvieron poder para ello. De este modo, la Historia del Derecho queda caracterizada por su inmediata referencia al poder político (que no es lo mismo que el Estado, forma histórica determinada de aquél). La expresión “creación del Derecho” requiere dos puntualizaciones fundamentales. Primera: no se crea Derecho “ex nihilo”, sino dentro de una tradición dominante en etapas de continuidad, o en función de una ideología revolucionaria triunfante en momentos de organización de una “sociedad nueva”. Segunda: los poderes políticos débiles crean poco Derecho y respetan la existencia de Derechos consuetudinarios; así, en la sociedad señorial cada titular de una parcela del poder político desconcentrado (poliarquía medieval) típico de ella, crea Derecho (los señores, las ciudades, el rey, la Iglesia...), pero se ven obligados a permitir que en campos no incompatibles con la afirmación del propio poder y respecto a los cuales éste carece de instrumentos eficaces para imponerse, subsis-

ta o surja un Derecho consuetudinario de creación anónima, lenta y de hondo arraigo en la mentalidad de las gentes.

El Derecho en cada formación social concreta, en virtud de su inmediata vinculación con el poder y de su referencia a los demás sectores de la realidad social, se creará de modo distinto; o de varios modos concurrentes, porque igual que coexisten dos o más modos de producción (aunque uno sea el dominante) pueden darse simultáneamente varios modos de creación del Derecho. El historiador deberá explicar en cada caso el cómo de la creación, de qué forma se articula lo técnico y lo normativo, lo ideológico, las relaciones de poder, etcétera, en cada modo de creación del Derecho. Y, por supuesto, dedicará especial atención al núcleo jurídico: qué clase de normas hubo, dentro de qué ámbitos tenían vigencia, cómo se integraban, en qué fuentes de conocimiento se plasmaron, qué nivel alcanzó y qué métodos y principios tuvo la técnica jurídica, cuáles fueron sus individuos más sobresalientes... Aunque su relación con el contorno es decisiva y debe ocupar nuestra atención, los historiadores del Derecho no podemos diluir nuestro estudio en meras consideraciones sociológico-históricas acerca del Derecho, y para evitar esto la orientación más eficaz consiste en centrar siempre el enfoque en ese núcleo normativo y técnico, para contemplar desde él la realidad social circundante y explicar sus relaciones con ella.

La periodificación en Historia no es algo convencional. Hay sociedades diferentes, "todos sociales" distintos dentro de cada uno de los cuales la realidad se articula de modo peculiar. La historia no es un "continuum" amorfo, lineal o indiviso. Pero tampoco actúa a saltos. Los cambios revolucionarios, por muy violentos que sean y muy bruscos que parezcan, ni se producen de la noche a la mañana, ni arrasan todo residuo del pasado. Hay épocas de transición, que comprenden los últimos tiempos de decadencia de una sociedad (la señorial, por ejemplo) y los primeros de organización de la nueva (la burguesa-capitalista en ese caso). Pero, ¿basta una periodificación tripartita, entre sociedad esclavista, sociedad señorial y sociedad capitalista? No, porque el Derecho tiene su propio ritmo de cambio, que quedaría ignorado o distorsionado si pretendiéramos ajustarlo sólo a esa periodificación. Dada su relativa autonomía y su inmediata vinculación con lo político, la periodificación de la Historia del Derecho, sin perder de vista la referencia a aquella sucesión de sociedades, ni a la peculiar periodificación de lo político, debe hacerse según lo imponga la realidad estudiada, el ritmo de cambio del Derecho. Por ende, creo que nuestra disciplina debe articular su propia división en períodos atendiendo a los modos de creación del Derecho, que yo considero no como concepciones abstractas, sino como las distintas y sucesivas combinaciones que se han dado en la historia entre el núcleo jurídico normativo y técnico y los factores

condicionantes que sobre él actúan, y que determinan asimismo que las normas jurídicas sean consuetudinarias o legales, que haya o no un Derecho de juristas, que el elemento técnico sea de raíz popular o culta, y, en general, todo lo que podríamos denominar caracteres del Derecho vigente en cada formación social.

A mi juicio, en esa parte primera se debe tratar de caracterizar y explicar los sucesivos modos de creación del Derecho, articulándola en períodos en función del modo de creación del Derecho en ellos dominante. Así, la Historia del Derecho español queda articulada en la siguiente forma: Los Derechos primitivos de los pueblos hispánicos prerromanos; la romanización jurídica de Hispania; el Derecho de la España visigoda; el Derecho hispánico medieval de las comunidades no cristianas; el Derecho en la sociedad señorial anterior a la recepción romano-canónica; un largo período —aproximadamente siglos XIII a XVIII— en el que coexisten distintos modos de creación del Derecho (el de señoríos y ciudades, el de creación regia y el Derecho de juristas), si bien el enfrentamiento entre ellos permite subdividir esta etapa de acuerdo con el predominio progresivo del Derecho estatal; la época de implantación del Derecho de la “burguesía revolucionaria”; el período posterior a la Codificación. No me es posible tipificar aquí, ni siquiera someramente, esta periodificación.

En líneas generales, lo escrito hasta aquí es válido también en orden a la parte de la Historia del Derecho que denominamos Historia institucional. Los períodos son los mismos. La larga duración de las instituciones es causa de que parte de las de una etapa subsistan, más o menos modificadas, en otras subsiguientes. Nadie duda de que en nuestra sociedad la letra de cambio es una institución jurídica importante; pero hay letra de cambio desde la Baja Edad Media, porque ya entonces había “mercaderes y banqueros”. Nuestro Tribunal Supremo aplicó hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1889 leyes de las Partidas para resolver pleitos civiles. Sería muy fácil multiplicar ejemplos. Otras veces la permanencia de instituciones es más aparente que real; hay, sí, municipios desde hace muchos siglos, pero el régimen municipal varía, y el historiador del Derecho debe explicar lo que permanece y lo que cambia de unos períodos a otros en la organización de las ciudades. Estos problemas derivados del ritmo lento de las instituciones y de las supervivencias de cualquier pasado en cualquier presente plantean serias dificultades al historiador del Derecho que trate de ofrecer una visión de conjunto. El ordenamiento jurídico tiende a ser un todo orgánico y coherente, obediente a unos mismos principios: esto es, un sistema. Pero la coherencia sistemática entre todas las instituciones jurídicas coexistentes en un momento dado casi nunca se da. Por ello no es posible construir la Historia del Derecho en ninguna de sus partes como una sucesión

radical y brusca de sistemas, ya que éstos no se sustituyen mecánicamente unos a otros, sin dejar rastro del antecedente, sino que la realidad es más compleja. En consecuencia, la periodificación de la Historia institucional debe hacerse con flexibilidad y toda suerte de cautelas, señalando enlaces y supervivencias. En contra de lo que suele creerse, la Historia de las instituciones no puede escribirse en papel cuadriculado.

Otro prejuicio que conviene combatir de cara a los no especialistas: la Historia institucional no equivale a la de las instituciones político-administrativas. La así llamada entre nosotros es la versión española de la "Constitutional History" inglesa de autores como Maitland, May, Fulton, Ogg, Chrimes, etc., y de la "Verfassungsgeschichte" alemana de Waitz, Meister o Hartung. La Historia institucional debe comprender todo tipo de instituciones jurídicas: las político-administrativas y las que versen sobre relaciones de producción, las familiares y las penales, las que inciden sobre relaciones mercantiles y las que regulan la transmisión de bienes "mortis causa"... Todas.

Soy consciente de que dejo muchos problemas sin tratar, o apenas esbozados, de que en mi exposición hay puntos débiles o discutibles, e incluso de que tal vez algunas críticas o alusiones puedan parecer, por el laconismo necesario con que las formulo, apresuradas o infundadas. Si alguien pensara esto último, lo lamentaría muy sinceramente. Las restantes posibles deficiencias de este ensayo me preocupan menos. Otros historiadores y quizá yo mismo las corregiremos poco a poco.

Pienso, como Kula y tantos otros historiadores de diferentes países, especialidades e ideologías, que "el camino hacia la Historia integral no es la anulación de las disciplinas especializadas sino la consolidación de las mismas". Por eso he tratado de exponer los principios teóricos que considero fecundos para la construcción de una Historia del Derecho concebida como rama de la Historia; que no sea meramente descriptiva o narrativa, sino explicativa; que dé razón de lo que el Derecho fue en cada formación social, y de su peculiar función en conexión con las otras "regiones" de la realidad social; que se estructure de acuerdo con la propia realidad jurídica estudiada; y que consolide así su especificidad y su inserción a todos los efectos dentro de la ciencia de la Historia. Dentro de una Historiografía que trata de conocer e interpretar cada todo social pretérito para mejor comprensión del presente humano.

Universidad de Salamanca.  
Enero, 1975.

## BREVE ORIENTACION BIBLIOGRAFICA

*Dada la limitaci3n de espacio, presento mi texto sin notas, con lo que respeto la forma pura del ensayo y evito citas repetidas de una misma obra. Menciono a continuaci3n las que considero b3sicas en el campo acotado por mi tema; en ellas el lector interesado podr3 encontrar sin dificultad el p3rrafo o la idea por m3 aludidos; en sus notas hallar3 quien la busque bibliograf3a m3s extensa.*

**CLAVERO, BARTOLOME.** "La Historia del Derecho ante la Historia social", en *"Historia. Instituciones. Documentos"*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, I, 1973, 239-261.

**ESCUDELO LOPEZ, J.A.** *"Historia del Derecho: Historiograf3a y problemas"*, Madrid, 1973.

**FONTANA, JOSEP.** "Ascens i decadencia de l'escol dels Annales", en *"Recerques"*, 4, 283-298.

**GARCIA-GALLO, A.** "La historiograf3a jur3dica contempor3nea", *AHDE*, XXIV, 1954, 605-634.

**GARCIA-GALLO, A.** "Historia, Derecho e Historia del Derecho", *AHDE*, XXIII, 1953, 5-36.

**GARCIA-GALLO, A.** *"Manual de Historia del Derecho espa3ol"*, I y II, Madrid, 2<sup>a</sup> ed. 1964.

**GIBERT, RAFAEL.** "Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho", *Bolet3n de la Universidad de Granada*, XXIV, 1952, 194-209.

**GIBERT, RAFAEL.** *"Historia del Derecho espa3ol"*, Granada, 1968.

**KULA, WITOLD.** *"Problemas y m3todos de la Historia econ3mica"*, ed. Pen3nsula, Barcelona, 1973.

**LALINDE, JESUS.** *"Iniciaci3n hist3rica al Derecho espa3ol"*, Barcelona, 1970.

**LALINDE, JESUS.** *"Derecho hist3rico espa3ol"*, Barcelona, 1974.

**PARADISI, BRUNO.** *"Apologia della storia giuridica"*, ed. Il mulino, Bologna, 1973.

**PEREZ PRENDES MU3OZ DE ARRACO, J.M.** *"Historia del Derecho espa3ol"*, Madrid, 1973.

**POULANTZAS, NICOS.** *"Poder pol3tico y clases sociales en el Estado capitalista"*, ed. Siglo XXI, Madrid, 4<sup>a</sup> ed. 1972.

**POULANTZAS, NICOS.** *"Hegemon3a y dominaci3n en el Estado moderno"*, reuni3n de estudios, Buenos Aires, 1973.

**RICKERT, H.** *"Ciencia cultura y ciencia natural"*, Espasa Calpe, Madrid, 1952.

**VALDEAVELLANO, LUIS G. de;** "Curso de Historia de las instituciones espa3olas de los or3genes al final de la Edad Media", *Revista de Occidente*, Madrid, 1968.

**WEBER, MAX.** *"Econom3a y sociedad"*, I y II, Fondo de Cultura Econ3mica, M3xico, 2<sup>a</sup> ed. en especial, I, cap. VII, 1974.