

DE LA HISTORIA Y DEL DERECHO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UNA HISTORIA (JURÍDICA) DEL DERECHO

José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL*

En los próximos años la universidad española va a afrontar el reto más importante de su historia. La creación de un espacio educativo universitario común para los países de que integran la Comunidad Europea implica toda una revolución no sólo desde el punto de vista de los contenidos y los planes de estudio de las diferentes áreas de conocimiento, sino también desde el punto de vista pedagógico. La convergencia universitaria europea, cuyo horizonte se encuentra ya muy cercano, podría ser una buena ocasión para la reflexión por parte de los profesores de historia del derecho para replantearse la utilidad de los conocimientos que imparten. Considero, pues, que estamos en un momento importante para meditar acerca de nuestras respectivas matrices disciplinares y acerca de lo que la sociedad nos exige.

Desde hace algunos años siento verdadera preocupación, como es obvio, por la función que cumple actualmente la nuestra disciplina en los planes de estudio de las facultades de derecho. Nuestra asignatura está insertada en facultades de derecho —no en facultades de historia— y esto implica, a mi modo de ver, una diferenciación fundamental en cuanto a la finalidad de la misma: formar juristas, no historiadores.

La historia del derecho está presente en los planes de estudios de las facultades de derecho ininterrumpidamente desde hace casi 125 años. Este dato nos sitúa en el último tercio del siglo XIX, concretamente en 1883, cuando todavía ni siquiera se había promulgado el Código Civil. En algunos planes de estudios anteriores a esa fecha se habían introducido asignaturas de naturaleza histórico-jurídica, pero su efímera aparición y posterior

* Catedrático de Historia del derecho, Universidad Complutense de Madrid.

supresión nos pone de manifiesto la escasa tradición y no menor interés hacia nuestra disciplina en aquellos momentos. Por entonces, parte de los contenidos de la actual historia del derecho —concretamente la historia de las fuentes— eran explicados por los profesores de derecho civil en la medida que, ante la inexistencia aún de un Código civil, nuestro derecho histórico (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Novísima Recopilación) no era “historia”, sino verdadero “derecho”, es decir, eran las fuentes que se aplicaban en los tribunales. Esta situación, obviamente, cambió a partir de la promulgación de Código civil en 1889.

Por otra parte, hay que señalar que por entonces tampoco existía una tradición historiográfica histórico-jurídica en España como la que se había desarrollado en Alemania desde principios del siglos XIX —la Escuela Histórica del Derecho—, antes bien nuestros historiadores y, desde luego, nuestros juristas habían vivido de espaldas a esa importante corriente historiográfica. Excepcionalmente, un historiador, aunque también con formación de jurista, Eduardo de Hinojosa,¹ fue a estudiar a Alemania en 1878 y tuvo la ocasión de conocer directamente los nuevos postulados metodológicos de la Escuela Histórica y, posteriormente, importarlos a España. El hecho de que Hinojosa llegara, en primer lugar, a la cátedra de Geografía histórica no le impidió que sus publicaciones se orientaran hacia las instituciones jurídicas. Por ello, poco después, en 1884, ocupó la cátedra de historia de las instituciones de España en la Edad Media en la Escuela Superior de Diplomática. Apenas un año antes, se creaban en los planes de estudio de las facultades de derecho las cátedras de historia general del derecho español. Esta circunstancia movió a Hinojosa a intentar renovar los planteamientos de las escasas visiones de conjunto histórico-jurídicas que hasta ese momento se había realizado y publicó, en 1887, el primer —y único— tomo de su *Historia general del derecho español*. Esta obra era el complemento a numerosos estudios monográficos ya publica-

¹ Para Eduardo de Hinojosa y su Escuela sigue siendo de obligada consulta el estudio de García-Gallo, Alfonso, “Hinojosa y su obra” en *E. de Hinojosa y Naveros, Obras*, t. I, *Estudios de Investigación*, Madrid, 1948, pp. XI-CXXV. Pueden consultarse también Tomás y Valiente, Francisco, “Eduardo de Hinojosa y la historia del derecho en España” en sus *Obras completas*, Madrid, 1997, t. V, pp. 4143-4168. Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, 2003, pp. 7-19 y la bibliografía allí citada. El estudio introductorio de M. Pesset, a la nueva edición del libro de Hinojosa, Eduardo, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Pamplona, 2003.

dos que acabarían por llamar la atención a algunos juristas que desempeñaban por entonces las cátedras de historia del derecho. De esta manera, la “Escuela de Hinojosa” comenzó a rendir sus frutos no sólo en el campo de la historia, sino también en el del derecho.

Quisiera, no obstante, hacer una llamada de atención en este punto. La Escuela Histórica del Derecho que conoció Hinojosa en Alemania era una Escuela que, desde la segunda mitad del siglo XIX, se ha orientado más hacia los temas históricos, aunque sin llegar a abandonar el estudio de las instituciones. El método histórico había sido depurado y llevado hasta sus últimas consecuencias por los Mommsen, Dahn, Helfferich... de manera que la preocupación por lo histórico comenzó a empañar el propio fin de la Escuela Histórica del Derecho: proporcionar los materiales jurídicos necesarios para la elaboración de un Código Civil para Alemania. La historia del derecho acabó por ser configurada con una matriz disciplinal de corte historicista que fue la que conoció Hinojosa y transmitió posteriormente a sus discípulos. El mejor exponente de esa concepción de nuestra disciplina se puede ver en el mismo *Manual* de Hinojosa, anteriormente citado.

Hinojosa en España formó también una importante Escuela científica integrada por historiadores y juristas que constituyó, durante más de tres décadas, el referente de los historiadores del derecho españoles. A su muerte, en 1919, Sánchez Albornoz y Galo Sánchez tomaron el relevo de la Escuela. Pero mientras tanto, en Alemania, la historia del derecho había evolucionado hacia una recuperación de lo jurídico con la intención de contribuir a la construcción de la ciencia jurídica. Esta “renovada” historia de derecho llegó a España de la mano de Manuel Torres López, que se había formado también en Alemania, y no tardó en convertirse en la corriente metodológica predominante entre los jóvenes historiadores del derecho españoles. Los postulados metodológicos de Hinojosa se empezaron a considerar superados, incluso por los propios miembros de la Escuela, como Galo Sánchez. La Escuela de Hinojosa, como Escuela científica había dejado de existir.²

Tras la Guerra civil española, exiliado Sánchez Albornoz, Galo Sánchez en España se erigió en la cabeza visible del grupo, al tiempo que comenzaba a despuntar un joven historiador del derecho, Alfonso García-Gallo, que se había formado junto a Sánchez Albornoz y Román Rianza. Desde

² Sobre este proceso, véase mi *Jacobus, id quod ego...*, pp. 9-20 y 53 y 54.

Murcia, primero, después desde Valencia y, finalmente, desde Madrid, García-Gallo fue formando un número considerable de discípulos.³

En 1952, con motivo del centenario del nacimiento de Hinojosa, García-Gallo publicó un importante artículo en el que, a pesar de considerarse como un continuador de la Escuela de Hinojosa, en realidad dicho trabajo se iba a constituir en el escrito programático de su propia Escuela.

García-Gallo denunciaba el escaso interés que suscitaba la historia del derecho no sólo entre los historiadores, sino también —y lo que él consideraba que era aún más grave— entre los propios juristas. García-Gallo explicitaba las causas por las que se había producido ese desinterés hacia nuestra disciplina y propugnaba como remedio a esos males, en primer lugar, la independencia de la historia del derecho respecto de la historia general y, en segundo lugar, la consideración de la historia del derecho como parte de la ciencia jurídica, de la que, en su opinión, nunca debía haber salido.⁴ Se trataba, fundamentalmente, de un problema de finalidad, de orientación y de método, para lo cual García-Gallo propugnaba lo que algunos han denominado impropriamente el “método institucional”. En síntesis, lo que García-Gallo proponía es que la historia del derecho se debía construir en torno al concepto de institución jurídica. En ésta se pueden distinguir tres elementos: las situaciones de hecho; las valoraciones que de acuerdo con criterios políticos, económicos, sociales, religiosos... el hombre hace de dichas situaciones; y, por último, la regulación jurídica realizada de las situaciones con base en las referidas valoraciones.

El planteamiento de García-Gallo, sin embargo, en mi opinión, adolece de algunas deficiencias. En primer lugar, su indefinición o, mejor dicho, su definición acerca de lo que es el derecho. García-Gallo propugnaba una definición amplia e instrumental del derecho (“ordenación de la vida social con fuerza vinculante”).⁵ Acudir a una definición instrumental puede ser un útil recurso pedagógico para iniciar a los alumnos de primer curso de derecho, pero a la hora de plantearse problemas conceptuales y metodológicos de una disciplina, no resulta apropiado. No es necesario

³ Para la Escuela de García-Gallo y sus vicisitudes, *Jacobus, id quo ego...*, pp. 48-68.

⁴ García-Gallo, Alfonso, “Historia, derecho e historia del derecho. Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 23, 1953, pp. 11-34.

⁵ García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, 1971, p. 1.

recordar que uno de los problemas sustantivos que aún tiene pendiente la ciencia jurídica es, precisamente, el de precisar qué debemos entender por derecho y, como consecuencia de este primer problema, el subsiguiente es concretar cuál debe ser el objeto de la ciencia jurídica. El siglo XX nos ha ofrecido un rico muestrario de planteamientos teóricos acerca del derecho, que van desde una variada gama de positivismos hasta las corrientes sociológicas. Los problemas teóricos acerca del derecho tienen una enorme importancia —aunque algunos no lo comprendan— para la historia del derecho: sin teoría no puede haber conocimiento científico. Veamos un ejemplo.

Para García-Gallo, como acabamos de ver, el derecho era la “ordenación de la vida social con fuerza vinculante”. El citado profesor en ningún otro trabajo posterior desarrolló los aspectos que se esconden detrás de esta definición. Así, por lo que respecta al sustantivo “ordenación”, si acudimos al *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, podemos comprobar que nos sugiere varias acepciones que puedan tener un sentido jurídico: “disposición, prevención”; “acción y efecto de ordenar u ordenarse”; “regla que se observa para hacer las cosas”; “mandato, orden, precepto”. Es decir, un profano, a tenor de la definición de García-Gallo, identificaría el derecho con una “disposición”, una “regla”, un “mandato”, una “orden” o un “precepto”. Derecho, por consiguiente, equivaldría a “norma” en general; norma que, por otra parte, tiene una fuerza vinculante u obligatoria en una sociedad. *A priori*, y sin contar con más información que la citada definición, se podría afirmar que García-Gallo propugnaba una concepción “positivista-normativista” del derecho, probablemente en un sentido amplísimo.⁶

Si ahora procedemos a comparar el concepto de derecho de García-Gallo con la definición dada en su día por el jurista romano Celso (*ius est ars boni et aequi*),⁷ podemos comprobar que media un abismo entre ambos

⁶ El normativismo puede ser entendido de varia manera. En un sentido amplísimo, el normativismo sería aquella orientación que considera que el derecho está integrado solamente por normas. En un sentido amplio, el normativismo sería aquella otra orientación que sostiene que todas las entidades que integran el derecho son entidades proposicionales jurídicas. Finalmente, en un sentido estricto, el normativismo sería aquella otra orientación que sostiene que todas las entidades que integran el derecho son entidades proposicionales jurídicas directivas.

⁷ Dig. 1, 1, 1 (Ulpiano), pr.

conceptos. Ni para Celso el derecho (= *ius*) se entiende como una “ordenación” (conjunto de normas), ni para García-Gallo el derecho es un “arte de lo bueno y lo equitativo”. En efecto, el ejemplo aducido pone de relieve que las ventajas de hacer uso de un concepto instrumental del derecho, como proponía García-Gallo, puede llevarnos a situaciones absurdas. Para Celso, lo verdaderamente importante del *ius* —dejando a un lado ahora el hecho de que el derecho no tenía para él consideración de ciencia— son sus valores: lo bueno y lo equitativo. En otras palabras, Celso manejaba una definición axiológica del derecho. Definición, por otra parte que se repitió hasta la saciedad y casi sin excepciones hasta el siglo XVIII; luego no debía de ser tan mala. García-Gallo, en cambio, omite toda referencia a cualquier tipo de valor; con ello no quiero decir que García-Gallo pensara que el derecho no contenía ningún tipo de valor, sino que, simplemente, el componente valorativo del derecho pasaba a un segundo plano hasta el punto de no ser tenido en cuenta a la hora de dar una definición instrumental del derecho.

Si efectuamos el mismo proceso con otras definiciones del derecho propugnadas por otros iushistoriadores españoles (J. María Font Rius, J. Lalinde, F. Tomás y Valiente, J. M. Pérez-Prendes, por citar sólo los más importantes) nos encontramos ante el mismo problema. En definitiva, cuando los historiadores del derecho intentan soslayar el problema sustantivo de la definición del derecho acudiendo a un denominado “concepto instrumental”, sin quererlo, caen en una trampa aún mayor que les conduce al uso de conceptos anacrónicos, contruidos normalmente por ellos. Pienso, en consecuencia, que no es este el camino más adecuado para conducir la historia del derecho, como quería García-Gallo, a al campo de la ciencia jurídica.

Este problema se incrementa cuando, como algunos hacen, identifican la definición o concepto de derecho con el objeto de la ciencia jurídica. Ya me he manifestado en este sentido y no voy a insistir nuevamente en esta cuestión.⁸ Tan sólo destacar ahora que una cosa es el concepto que se maneje acerca del derecho y otra cosa bien distinta en el “cuerpo científico” o componentes constitutivos de una ciencia.⁹

⁸ *Jacobus, id quod ego...*, pp. 359 y ss.

⁹ *Jacobus, id quod ego...*, pp. 378 y ss.

Mi maestro, García-Gallo, sostenía, como remedio a la crisis en la que se veía envuelta nuestra disciplina, que el estudio histórico del derecho debía ser enfocado desde la ciencia del derecho¹⁰ y sólo en ella podía alcanzar su pleno desarrollo.¹¹ Pero lo cierto es que García-Gallo no abordó en ningún momento la problemática de la ciencia del derecho y debemos inferir que él identificaba el objeto —en el sentido tradicional de este término— de dicha ciencia con la definición del derecho que él propugnaba. Por consiguiente, el objeto de la ciencia jurídica se limitaba —dentro de la concepción positivista-normativista— a esa ordenación (conjunto de normas) de la vida social con fuerza vinculante. Esta idea se ratifica cuando afirmaba que al historiador del derecho lo que le interesa “es conocer cómo se formó éste [el derecho] y cómo se establecieron *nuevas normas*, frecuentemente en contradicción con *otras* [normas], no puede tener la preocupación del sistema”¹² (las cursivas son mías). O cuando al establecer los elementos de las instituciones sostenía que la “regulación” de las instituciones “constituye lo propiamente jurídico de la institución”.¹³

En esta parte del planteamiento de García-Gallo hay además, en mi opinión, algunas otras cuestiones no muy bien precisadas por el citado maestro, como los conceptos de “ordenamiento”, “sistema”, “dogmatismo” que obligan al lector a tener que realizar una labor de interpretación acerca de lo que García-Gallo entiende por tales términos.

Más interesante, para el tema que ahora nos ocupa, es cuando García-Gallo afirma que la finalidad y el método de la historia del derecho son distintos a los de la historia general.¹⁴ Respecto al método, debo discrepar con la afirmación de mi maestro, por cuanto que el método jamás condi-

¹⁰ En algún momento García-Gallo llega a hablar de “ciencias jurídicas” en plural, pero no especifica ni cuáles ni cuántas son esas “ciencias” (García-Gallo, Alfonso, “Historia, derecho, historia del derecho”, *cit.*, nota 4, pp. 24 y 32).

¹¹ García-Gallo, Alfonso, *cit.*, nota 5, p. 23.

¹² *Ibidem*, p. 30. El concepto “ordenamiento” (¿sinónimo de ordenación?) es utilizado con profusión por García-Gallo: “Lo que al jurista le interesa y exige a la historia jurídica es que ésta le dé a conocer cómo se ha desarrollado el derecho. Al jurista, normalmente, no le interesa el derecho como un mero fenómeno cultural en el marco de cada época, sino como ordenamiento de la vida social. Por ello, cuando se dirige a la historia del derecho, lo que le pide es una explicación de cómo este ordenamiento ha llegado a formarse. *Ibidem*, p. 24.

¹³ García-Gallo, Alfonso, *Manual...*, *cit.*, nota 5, p. 2.

¹⁴ García-Gallo, Alfonso, “Historia, derecho, historia del derecho”, p. 24.

ciona la naturaleza del objeto estudiado, sino al contrario y, en todo caso, el método es el instrumento del que se sirve el científico para llegar a conocer el objeto —el campo— de la ciencia que se propone estudiar. En otras palabras: la utilización del denominado “método histórico” no implica necesariamente que yo esté haciendo “ciencia histórica”. La historicidad esencial del fenómeno cultural requiere la utilización de métodos científicos reconstructivos o, si se quiere, históricos. Pero es que también cuando el investigador de las ciencias de la naturaleza reproduce una y otra vez un experimento (por ejemplo, los efectos del alcohol en las células del cerebro), éste se ve y se estudia a la luz de las experiencias adquiridas por el mismo investigador en un tiempo pasado en otros experimentos anteriores e, incluso, por las experiencias realizadas por otros miembros de la comunidad científica.

Para García-Gallo, la historia del derecho debe mostrar al jurista “cómo se ha desarrollado el derecho”; “conocer el porqué de las instituciones que existen, hasta qué punto representan un pilar básico en la vida social, qué hay de permanente e inmutable, y qué responde a contingencias del momento”.¹⁵ En principio, no hay nada que objetar a estas palabras de mi maestro, pero obsérvese que García-Gallo omite en todo momento cualquier referencia a un aspecto tan fundamental como el de si la institución en cuestión cumplía los fines sociales específicos para los que fue creada, es decir, si era en realidad aplicada o no; y si lo era, en qué medida. El aspecto de la aplicación del derecho es, en mi opinión, al menos, tan importante como el de la creación, evolución y los aspectos de permanencia dentro de las instituciones.

Cuando en 1952 García-Gallo lanzó su teoría institucionalista fue vista por sus contemporáneos como una revolución científica. No dudo que don Alfonso intentara revolucionar nuestra disciplina, pero hoy por hoy pienso que le faltaban los instrumentos teóricos necesarios para llevarla a cabo. Otra cosa bien distinta es que, habida cuenta la hegemonía que por entonces García-Gallo ejercía en nuestra asignatura, todos los discípulos se adscribieran a su nuevo planteamiento. De la misma manera que en la actualidad determinados planteamientos teóricos se aceptan no por convicción, sino por puros intereses académicos, circunstancia que nos conduce a una total inexistencia de crítica científica interna. Claro, que para rebatir una teoría

¹⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

es necesario haber alcanzado un cierto nivel de formación teórica, algo que en nuestra asignatura, salvo excepciones, brilla por su ausencia. La historia del derecho en España presenta la curiosa circunstancia de presentar un modelo o paradigma de “ciencia normal” en su realización práctica que se reviste bajo la apariencia de tres concepciones teóricas diferentes. Y con ello no quiero decir que no existan actualmente miembros de nuestra comunidad científica que tienen preocupaciones de naturaleza teórica y que están buscando nuevos horizontes para esta nuestra, ya centenaria, disciplina.

El problema se presenta cuando desde otras orientaciones —desde las que se defiende también la científicidad de la historia del derecho— se dice prácticamente lo mismo que afirmaba García-Gallo. Porque no es lo mismo afirmar que la historia del derecho debe estar integrada dentro de la ciencia histórica —porque el campo de dicha ciencia debe ser otro—; o afirmar que la historia del derecho goza de una doble naturaleza —sin llegar a precisar, al modo de un anfótero, cuándo se comporta como ciencia histórica o cuándo se comporta como ciencia jurídica—; o afirmar, como hace García-Gallo, que la historia del derecho está integrada dentro de la ciencia jurídica. Esto nos conduce indefectiblemente a tener que precisar cuál es el objeto —para mi campo— de la ciencia jurídica, ya que sólo habiendo precisado el contenido del mismo, podremos diferenciarlo del objeto de la ciencia histórica o del objeto híbrido de las posiciones dualistas. Y el problema se hace aún más vidrioso si tenemos en cuenta que el campo de una ciencia no puede ser establecido *a priori* respecto a la ciencia en cuestión, puesto que el campo de una ciencia sólo se puede ir determinado al compás del desarrollo de dicha ciencia.¹⁶

Para resolver estos inconvenientes se puede acudir a la teoría del cierre categorial que propugna Gustavo Bueno.¹⁷ En efecto, desde que García-Gallo defendiera hace más de medio siglo la inclusión de la historia del derecho en el campo de la ciencia jurídica, todo el debate teórico en torno a nuestra disciplina se ha reducido a un problema de catalogación científica: la historia del derecho o es ciencia histórica, o es ciencia jurídica; sin

¹⁶ Para este tema véase mi *Jacobus, id quod ego*, pp. 372 y ss.

¹⁷ Bueno, Gustavo, *Teoría del cierre categorial. I Introducción general. Siete enfoques en el estudio de la Ciencia*, Oviedo, 1992. *¿Qué es la ciencia? La respuesta de la teoría del cierre categorial*, Oviedo, 1995.

que falten, desde luego, posturas sincretistas que, al modo de la dos caras de Jano, conciben la historia del derecho como un híbrido de ambas ciencias. Un repaso a las “memorias” de las antiguas oposiciones o las escasas publicaciones denominadas por algunos “metodológicas” sería suficiente para comprobar este punto. Para G. Bueno, los criterios que sirven para conferir la cientificidad no se hallan tanto en una clasificación de las ciencias —siempre subjetiva— como en el grado de veracidad de los resultados obtenidos por la ciencia en cuestión. No se trata de clasificar las ciencias en función de su objeto o del método empleado, sino por la capacidad que tiene cada disciplina de generar identidades sintéticas, o dicho de otro modo, de verdades científicas. Habida cuenta que en dicha construcción siempre existen elementos subjetivos —el sujeto gnoseológico y sus operaciones— lo importante es precisamente eliminar al máximo dichos elementos para poder acercarnos a un estado de cientificidad lo más alto posible.

Pero la teoría del cierre categorial también puede sernos muy útil a los historiadores del derecho en otro sentido. Me refiero precisamente al aspecto de la demarcación o delimitación objetual de la historia del derecho. En primer lugar, porque al tomar como punto de partida un “campo”, y no un “objeto”, hace posible que varias ciencias puedan compartir el mismo “campo”. En segundo lugar, por la importancia que adquiere el proceso de conformación de cada ciencia, que no es otra cosa que el resultado de la conexión entre la “materia” y la “forma” gnoseológica.

Uno de los principales problemas que afectan a la ciencia jurídica radica en que el derecho tiene su origen en la sociedad; la causa desencadenante de la norma es un hecho metajurídico. En consecuencia, el primer campo en el que se debe mover el jurista es un campo que está compartido con la sociología. Para conocer y comprender la génesis del fenómeno jurídico es indispensable conocer y comprender la sociedad en la que ese derecho se desenvuelve.

La teoría del cierre categorial es, ante todo, una teoría constructivista de la ciencia, lo que significa que la naturaleza de una ciencia no viene determinada ni por el objeto —en términos tradicionales—, ni por el sujeto. En efecto, los cuerpos científicos están integrados por partes *formales* y partes *materiales*, con lo que la *materia* de una ciencia está vinculada al campo de dicha ciencia. Pero el campo, no puede ser establecido completamente *a priori* —al contrario de lo que sucede con el objeto de las ciencias en sentido tradicional— puesto que el campo se va desarrollando al tiempo que la misma ciencia. Aunque, en principio, a cada ciencia le corresponde

un campo, ello no es obstáculo para que algunos integrantes de un campo puedan ser compartidos por varias ciencias. Los campos de las diferentes ciencias constituyen así la *materia* de cada una de ellas; y la *forma* actúa simultáneamente como principio de unidad atributiva dentro del campo —al conectar con sus términos— y, al mismo tiempo, como principio de diferenciación atributiva de las diferentes ciencias, que las hace independientes las unas de las otras. En la teoría del cierre categorial la distinción entre las diversas ciencias no está en función el objeto ni del método, sino que se deriva de la naturaleza de las verdades (identidades sintéticas) que surgen de dicha conexión. En consecuencia, para precisar las diferencias entre dos ciencias es necesario determinar las *partes formales* y las *partes materiales* del cuerpo científico de ambas y de la misma manera es preciso determinar la naturaleza de la relación que existe entre dichas partes. Con la concatenación de todas estas partes podemos construir la unidad interna: la identidad sintética.

Recientemente, siguiendo los postulados de la teoría del cierre categorial,¹⁸ he intentado establecer los criterios de demarcación entre una historia [histórica] del derecho y una historia [jurídica] del derecho. Si admitimos que dos cuerpos científicos pueden compartir los términos de un campo gnoseológico, la historia [histórica] del derecho comparte los mismos términos que la ciencia jurídica, pero a la hora de conformar ese cuerpo científico, el sujeto gnoseológico da en aquella orientación una mayor preponderancia a los términos metajurídicos en la medida que persigue una mayor conexión de lo jurídico con las relaciones sociales —que, precisamente, el derecho regula— y con los intereses económicos que intervienen en el proceso de decisión normativa. Desde esta perspectiva historicista, el derecho se convierte fundamentalmente en un instrumento en manos de determinados grupos sociales que en función de sus intereses y valores ejercen una posición hegemónica en la sociedad. Pero la preponderancia que se le confiere a los términos *extra ius* implica, no obstante, una gran limitación del sujeto gnoseológico quien, al tratar de conocer unos fenómenos distantes en el tiempo, difícilmente puede llegar a enunciar todas las condiciones absolutamente necesarias para la comprensión y explicación de los fenómenos estudiados, sino que, a lo sumo, el historiador expondrá las condiciones contingentemente necesarias. De esta mane-

¹⁸ *Jacobus, id quod ego*, pp. 359 y ss.

ra, las verdades científicas a las que puede llegar el historiador se ven muy comprometidas por la gran dificultad que implica neutralizar las operaciones del sujeto gnoseológico.

Estas limitaciones no afectan, en mi opinión, a la construcción de una historia [jurídica] del derecho. Por de pronto, si lo que pretendemos es realizar un producto científico que interese a los juristas y, sobre todo, formar a personas que se van a mover en el campo del derecho, debemos comenzar planteándonos la cuestión de qué es lo que verdaderamente interesa a un jurista. En este punto tenía razón García-Gallo cuando decía que para llevar la historia del derecho a la ciencia jurídica era necesario darle a nuestra disciplina un cambio de orientación. El diagnóstico de mi maestro era correcto, pero no supo aplicarse a sí mismo el remedio para la enfermedad. En García-Gallo no se aprecia un cambio de orientación metodológica después de 1952: sus trabajos científicos siguieron realizándose con los mismos métodos historicistas. Es más, su rechazo hacia la dogmática, implicaba una paradoja de su planteamiento, ya que es, precisamente, la dogmática la que construye, sistematiza e interpreta el derecho; en otras palabras: eleva el derecho a rango científico. Intentar construir una historia del derecho dentro de la ciencia jurídica obviando la dogmática es una labor imposible. Pienso que es en este contexto como hay que interpretar la famosa frase de Brunner: “denn für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff”.¹⁹ Porque una cosa es la dogmática y otra el uso anacrónico de los conceptos jurídicos.

¿Qué es lo que le interesa realmente a un jurista? Cuando se promulga una disposición, el jurista, en primer lugar, intentará indagar cuál es el efecto de dicha norma sobre la institución regulada y, posteriormente, su encuadre dentro del sistema jurídico. También el jurista presta atención a la autoridad de la que emana la disposición en el ámbito de aplicación de la misma y su tipología. Los aspectos metajurídicos que han suscitado la decisión normativa —en ocasiones recogidos en las exposiciones de motivos de la norma— ocupan un lugar secundario para el jurista. La *ratio legis* le puede servir para una más correcta interpretación de la norma, pero su interés se centra en la eficacia de la disposición en cuestión para resolver los problemas que intenta subsanar y las repercusiones que puede tener dentro

¹⁹ Sobre la famosa frase de Brunner, véase Escudero, José Antonio, *Historia del derecho: historiografía y problemas*, Madrid 1973, pp. 69 y ss., en concreto pp. 80-82.

del sistema. Por ello, al jurista lo que le interesa es el verdadero sentido y significado de la norma, su eficacia y sus consecuencias a nivel de las instituciones y del sistema. Aquí radica el criterio de demarcación entre una historia [histórica] del derecho y una historia del derecho como parte integrada de la ciencia jurídica. Mientras la primera se *conforma* esencialmente con los términos metajurídicos del campo y con una *forma* que limita al sujeto gnoseológico, como consecuencia de su distancia temporal respecto al fenómeno, la segunda se *conforma* sobre los términos jurídicos que se manifiestan íntegramente como fenómenos en el texto de la norma y, por consiguiente, pueden ser íntegramente aprehendidos por el sujeto gnoseológico en toda su dimensión. En otras palabras: las verdades científicas que se pueden construir desde una historia [jurídica] del derecho alcanzan un mayor grado de veracidad respecto a las propuestas de verosimilitud que se pueden hacer desde una historia [histórica] del derecho.

Pero la historia [jurídica] del derecho no debe limitar su estudio a los términos que se manifiestan en el texto de la norma, sino que debe ir más allá y comprobar los efectos que produjo la norma. Esta parte de la tarea del iushistoriador es posiblemente la más ingrata ya que sólo es posible mediante el estudio de los documentos de aplicación del derecho (protocolos notariales, sentencias judiciales, etcétera). En este sentido, el historiador del derecho juega con ventaja frente al jurista actual. Éste, cuando se promulga una norma, deberá esperar un tiempo para poder constatar los efectos y eficacia de dicha norma. El historiador del derecho, por el contrario, cuenta de antemano con esa información en los archivos. De carecer de esta información, la historia del derecho se ve seriamente limitada científicamente, so pena de incurrir en una historia positivista, sustentada únicamente en el elemento normativo. En consecuencia, sólo a partir de finales de la Baja Edad Media, en la medida que las fuentes conservadas lo permitan, es factible la construcción de una historia [jurídica] del derecho *plena* que se sustenta sobre una base empírica sólida: textos normativos, documentos de aplicación del derecho, sentencias judiciales y literatura jurídica. Y con ello no quiero decir que el historiador del derecho se deba limitar exclusivamente al estudio de estas fuentes. Para la comprensión —no sólo descripción, como hacen algunos— del fenómeno jurídico del pasado es necesario conocer los aspectos metajurídicos del periodo estudiado (historia política, social, económica, mentalidades, etcétera), sin los cuales no se puede llegar a dicha comprensión. Pero una cosa es tener un marco teórico de referencia —necesario para toda investigación— y otra

bien distinta es convertir dicho marco en el objeto de la investigación. Los aspectos metajurídicos son imprescindibles para la comprensión del fenómeno jurídico, pero son un medio, no un fin. La historia [jurídica] del derecho tiene su propia problemática: la problemática de la ciencia jurídica.

No por estudiar una institución jurídica se está construyendo a la construcción de la ciencia jurídica. No es suficiente el uso de las fuentes jurídicas: hay que plantear en la investigación problemas jurídicos. Es, como decía García-Gallo, una cuestión de orientación. Una historia [jurídica] del derecho no debe ocuparse de *la historia* de las instituciones; debe ocuparse de los problemas jurídicos de las instituciones. El origen y las transformaciones que se operan en las instituciones sólo deben ser contemplados en la medida en que puedan repercutir en la problemática jurídica de la institución. Una historia [jurídica] del derecho debe de ocuparse del sentido jurídico de las instituciones.

¿Cuáles son los problemas jurídicos de las instituciones? Obviamente, cada institución tiene su propia problemática, pero desde el proceso de decisión y elaboración de las normas, la estructura de las normas y su tipología, pasando por el proceso de interpretación de las mismas, el modo de construir, por parte de los juristas, las instituciones y el sistema jurídico; la evolución de los conceptos jurídicos; la aplicación de las normas en sus dos vertientes, la judicial y la pacífica; las relaciones entre las distintas instituciones que integran el sistema; hasta llegar a los problemas de la eficacia de las normas; la función social de las instituciones; los métodos de argumentación jurídica o, incluso, los valores intrasistemáticos... Cualquiera de estos temas apenas son planteados en los trabajos que se consideran como “clásicos” en nuestra disciplina sobre historia de las instituciones.

En España, la historia del derecho se ha venido moviendo dentro de un esquema de lo que en su día Kuhn calificó de “ciencia normal” y no ha hecho otra cosa que reproducir un paradigma historiográfico, modelo o patrón que todos hemos aceptado y que no ha sido objeto de renovación. Porque la renovación no se puede limitar a decir que hay que hacer una historia del derecho que interese más a los juristas; o lo contrario, que sea más del gusto de los historiadores; la renovación implica presentar una solución alternativa que suponga un cambio en la construcción de la disciplina no sólo a nivel de método, sino también a nivel de contenidos.

Dice Kuhn que las razones por las cuales la ciencia normal parece progresar tan rápidamente es porque quienes la practican se concentran en

problemas que sólo su propia falta de ingenio podría impedirles resolver.²⁰ En la ciencia es necesario abrir nuevos caminos, buscar nuevos territorios y poner a prueba las creencias aceptadas durante mucho tiempo. Sin embargo, aquellos que se encuentran apegados a la resolución de los problemas de la “ciencia normal”, casi nunca suelen hacer esas cosas. Los miembros de una comunidad científica trabajan con frecuencia a partir de modelos adquiridos durante su educación en ese campo y pocas veces se preguntan acerca de la fidelidad de dichos modelos. Generalmente, las crisis son detonantes para el nacimiento de nuevas teorías. García-Gallo, en 1952, llamaba la atención sobre la “crisis” que estaba, en su opinión, atravesando la historia del derecho. Dicha crisis es la que justifica su nuevo planteamiento. De la misma manera, años después, Tomás y Valiente aludía a la “crisis” derivada del enfoque que venía dándosele a nuestra disciplina que había propiciado el desinterés de la misma por parte de los historiadores.²¹ Pero un paradigma sólo puede ser rechazado cuando hay un candidato alternativo dispuesto a ocupar su lugar. El problema era que el nuevo paradigma de García-Gallo desplazó al anterior no tanto por una aceptación unánime de la comunidad científica, como por la hegemonía académica que ejercía García-Gallo en nuestra disciplina. No se produjo ningún debate interno que concluyera con la aceptación de la orientación institucional como consecuencia de la comparación de dicho planteamiento y el historicista hasta ese momento mayoritario. Dicho debate no se produce hasta que las posiciones dualistas o bifrontistas se presentan como soluciones eclécticas con las que se intenta conciliar el institucionalismo y el historicismo. Éste se presentaría luego con un carácter renovado de tintes marxistas y con diferentes matices (Tomás y Valiente, Clavero, De Dios, Peset y Pérez-Prendes). Pero cuando ya parecía que el institucionalismo había sido desplazado por esta nueva orientación alternativa, la política académica —no las convicciones científicas, ni las posibles anomalías que pudieran percibirse en los otros dos paradigmas teóricos— convirtieron al dualismo sincretista en hegemónico en nuestra disciplina.

²⁰ Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, 1975, y *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Barcelona, 1989.

²¹ Para los planteamientos de F. Tomás y Valiente, véase su artículo “Historia del derecho e historia”, *Boletín Informativo de la Fundación Juan March*, núm. 35 (febrero de 1975), pp. 3-18; recogido también en el volumen *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976, pp. 159-181, y ahora en sus *Obras completas*.

En mi opinión, el paradigma teórico de la historia del derecho en España nunca ha salido de la crisis por desentenderse de los problemas teóricos de la ciencia y en especial los de la ciencia jurídica. Se ha debatido durante medio siglo si la historia del derecho debe ser ciencia jurídica, ciencia histórica o si pertenece a ambas ciencias, pero nadie se ha planteado los criterios de demarcación, ni las consecuencias metodológicas de una u otra opción, ni si los resultados de la investigación contribuían realmente a la construcción de la ciencia histórica o de la ciencia jurídica. Los debates teóricos no han contribuido a nada, porque eran paradigmas teóricos que no se llevaban a la práctica. Desde los tiempos de Hinojosa, la historia del derecho se ha venido desarrollando en el marco de un paradigma historicista, del cual todavía no se ha salido. Un nuevo paradigma implica algo más que intentar dar respuesta a un problema de catalogación científica; un nuevo paradigma implica una redefinición de la ciencia o disciplina correspondiente.

García-Gallo intentó establecer un nuevo paradigma o matriz disciplinal con su orientación institucional. Dicho paradigma quedó plasmado en su *Manual* de 1959 por lo que respecta al plano docente. Ciertamente, el *Manual* rompía con su exposición de conjunto anterior —el *Curso*— en lo que hace a su estructura, pero no en sus contenidos. De la misma manera, después de 1952, las líneas de investigación de García-Gallo tampoco se vieron alteradas: fuentes e instituciones medievales y derecho indiano. García-Gallo rechazaba entonces la historia del derecho como sucesión de sistemas y rechazaba igualmente la dogmática, incurriendo, sin saberlo, en una contradicción. Por un lado, estaba reclamando una historia del derecho más jurídica, pero, por otro lado, rechazaba explícitamente aquellos aspectos más identificativos de la ciencia jurídica como son la dogmática y el sistema.

Un nuevo paradigma no se puede reducir a un simple enunciado de principios: hay que hacer una historia del derecho que sea ciencia jurídica. Los paradigmas nacidos de las revoluciones científicas son incompatibles e incomparables con la “ciencia normal” que aspiran a desplazar. Un cambio de matriz disciplinal implica transformaciones importantes en lo que afecta a método, enfoques, contenidos y terminología. El cuerpo de la ciencia que se está estudiando se “ve” de otra manera.

Nuestra disciplina nació con un fin muy concreto: formar a los futuros juristas. Ésta, y no hacer una historia del derecho a la carta de los historiadores, es nuestra función. El paradigma historicista no forma juristas. Una disciplina histórica sólo transmite conocimientos históricos, aunque su

“objeto” sea el derecho; debemos, por consiguiente, intentar que la historia del derecho sea una disciplina que transmita conocimientos jurídicos.

En todo conocimiento científico se distinguen cuatro fases o etapas: el contexto-educación, o de enseñanza de la ciencia; el contexto-descubrimiento que abarca todo el proceso de reconstrucción lógica que implica la investigación; el contexto-justificación, es decir, de resultados, nuevas hipótesis, predicciones..., y el contexto-aplicación que se concreta en la dimensión pragmática de dicha ciencia.

Si ahora nosotros, los historiadores del derecho, procedemos a aplicar a nuestra disciplina estos cuatro contextos, sólo se nos plantearía el problema del contexto-aplicación. Sin embargo, la historia del derecho sí tiene un ámbito de aplicación muy concreto: el de formar juristas, no historiadores. Creo que nuestra función social se ha ido diluyendo con los años y que se trabaja más para la audiencia de colegas, que para lo que fuimos creados.

Hacer una historia [jurídica] del derecho como la que proponemos, conlleva también un replanteamiento de los contenidos de nuestra asignatura, que, como he dicho, responden en la actualidad a una matriz disciplinal historicista. ¿Cuáles deben ser esos contenidos? Indiscutiblemente contenidos que interesen al jurista y que ayuden a su formación. Creo que la actual matriz disciplinal ha fracasado rotundamente en la formación de juristas. Muchos de los temas que arrastran desde tiempo inmemorial nuestros programas no tienen ningún interés para el alumno. Soy consciente, no obstante, que ninguna alternativa nueva por sí sola puede resolver todos los problemas a los que debemos enfrentarnos en un cambio drástico de contenidos. Las soluciones propuestas no siempre son perfectas y se requiere la contribución de muchos para ir perfilando una historia del derecho más jurídica y menos histórica.

Decía al principio de estas páginas que el reto del espacio universitario común europeo puede ser un buen motivo para replantearnos muchos de los problemas de nuestra disciplina. Porque una cosa es el “contexto de descubrimiento” o de investigación y otra cosa bien distinta es el contexto de enseñanza; una cosa es lo que debe saber el profesor de su materia y otra lo que debe transmitir a sus alumnos. Sin embargo, con frecuencia, ambos contextos se confunden y se tiende a transmitir a los alumnos los resultados de investigaciones que en realidad sólo interesan a la comunidad científica. Por otro lado, si en el contexto de aplicación se plasma la dimensión pragmática de una ciencia, debíamos empezar por preguntarnos cómo puede llegar a ser útil la historia del derecho para los futuros juristas; qué

contenidos son los que verdaderamente pueden interesar a los alumnos de primer curso de derecho. Esto nos lleva a tener que realizar un gran esfuerzo, máxime cuando las directrices europeas implican nuevos métodos de enseñanza y una reducción considerable de las clases teóricas. Pero no creo que la reforma se deba circunscribir a reducir los contenidos actuales de nuestros programas académicos y así, de alguna manera, consagrar la denominada en su día por García-Gallo “evolución general del derecho”. La reforma, en mi opinión, debe ir por otros caminos. Ir a la búsqueda de otras soluciones, por ejemplo, explicar por qué en la actualidad no hay un concepto unívoco del derecho; cómo se llega a la decisión jurídica; el estudio de las fuentes formales del derecho; la labor constructiva de la dogmática; la formación de los principales conceptos jurídicos; los operadores jurídicos. Pienso que nuestra disciplina está al diez por ciento de sus verdaderas posibilidades y mientras sigamos explicando el reparto de tierras entre godos y romanos, la repoblación medieval o instituciones obsoletas estamos poniendo en peligro el futuro de la historia del derecho. Y no quiero que se me malinterprete. Con esto no quiero decir que un profesor de historia del derecho no deba saber lo que es la *tertia romanorum*, la *infurcio* o el Consejo de Castilla. Insisto, no se debe confundir el contexto de enseñanza —vinculado, en nuestro caso, con el contexto de aplicación— con el contexto de descubrimiento. Es cierto que sin éste el primero no podría existir, pero son dos aspectos totalmente diferenciados del conocimiento científico.

Debo reconocer, para concluir, que, al menos a corto plazo, soy pesimista respecto a un posible replanteamiento de nuestra disciplina en los términos que propongo. En primer lugar, por la ausencia de crítica interna respecto a los contenidos de nuestra propia labor docente. En segundo lugar, porque la matriz historicista en la que se ha desenvuelto la historia del derecho en los últimos ciento veinte años es un lastre del que muchos no se quieren librar por diferentes razones: ya sea por verdadero convencimiento (las posiciones historicistas e institucionalistas), ya sea por interés académico (el dualismo), ya sea por inercia, ya sea, simplemente, por la comodidad de no tener que ponerse a estudiar de nuevo. Pero un cambio de matriz disciplinal no puede hacerse de la noche a la mañana. Decía Max Planck que “una nueva verdad científica no triunfa por medio del convencimiento de sus oponentes, haciéndoles ver la luz, sino más bien porque dichos oponentes llegan a morir y crece una nueva generación que se familiariza con ella”. Nada más lejos que desear a mis colegas semejante tránsito, pero sí espero de ellos, al menos, sólo una reflexión.