

LA HISTORIA DEL DERECHO SEGUN LOS ESPECIALISTAS ESPAÑOLES

Beatriz BERNAL

SUMARIO: I. Dedicatoria. II. Ubicación de la historia del derecho: 1. La historia del derecho como parte de la historia. 2. La historia del derecho como disciplina jurídica. III. La polémica de los especialistas españoles en torno a la concepción de la historia del derecho: 1. La Orientación jurídica institucional; 2. La historia del derecho como historia de textos jurídicos. 3. La historia del derecho como historia total. 4. La naturaleza bifronte de la historia del derecho. 5. La historia del derecho como ciencia dual

I. DEDICATORIA

Mi trabajo -como los demás que aparecen en este libro- está dedicado a la memoria de Yolanda Frías Sánchez, quien murió el 31 de agosto de 1989, víctima de la ineptitud de un médico: el doctor Javier Aguilar Tamayo, y de un hospital de la Ciudad de México: el *Dalinde*. Su muerte no ha sido todavía aclarada; mucho menos sancionada. Hasta ahora, las autoridades judiciales de México no han exigido responsabilidades a los causantes de la misma. Vayan pues estas primeras líneas como desahogo por una pena y una indignación que, como gran amiga suya que fui, aún tardan en extinguirse.

Elegir un tema con el fin de participar en este homenaje que amigos y colegas -bajo el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- dedican a Yolanda Frías, me resultó difícil. Su área de trabajo docente y de investigación: el Derecho Internacional Público, dista un tanto de las mías: el Derecho Romano y la Historia del Derecho. Sin embargo, dada mi estrecha relación con quien fuera eminente catedrática de la Facultad de Derecho y alta funcionaria de la Universidad donde laboro desde hace más de veinticinco años, tenía que estar presente. Tenía que estarlo como amiga. También como colega. Sobre todo si se tiene en cuenta que Yolanda Frías fue, antes que nada, una universitaria comprometida con la UNAM, mi "patria chica"; la institución donde ambas estuvimos la mayor parte de nuestras vidas. Además, el trabajo que presento: *La historia del derecho según los especialistas españoles*, estoy segura que le habría gustado a Yolanda. Mi seguridad se basa en que ambas, ella y yo, realizamos nuestros doctorados en la Universidad Complutense de Madrid, España. Y en España vivimos sendas etapas muy enriquecedoras de nuestras respectivas historias académicas.

Sólo me resta añadir que el núcleo fundamental de este artículo gira en torno a las diversas concepciones que los historiadores del derecho español tienen sobre su propia asignatura. También que, con el fin de una mejor comprensión de esas distintas concepciones, incluyo una sección previa destinada al intento de ubicar la historia del derecho, tanto en el campo de la historia propiamente dicha, como en el de las disciplinas jurídicas.

II. UBICACION DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Ubicar la historia del derecho es cuestión compleja. Esto se debe a que ésta tiene una naturaleza dual;¹ un doble carácter jurídico e histórico. Por tal razón, supone la aceptación y utilización por quien la elabora de métodos correspondientes a ambas disciplinas. El historiador del derecho "es un sujeto mixto de doble ciudadanía -dijo el recientemente fallecido profesor belga Hans Thieme-² Un caminante fronterizo, incómodo a los historiadores por su mentalidad jurídica y motivo de escándalo para los juristas por su vocación de retrotraer al pasado el estado de las cuestiones".

Hay pues que definir con claridad qué concepto se tiene de la historia del derecho, dónde se le cataloga o encasilla.

¹La tesis de la historia del derecho como ciencia "intrínsecamente" dual, basada en las enseñanzas del profesor catalán Font Ruís (ver J. M. Font Ruís: *Apuntes de historia del derecho español*, Barcelona, 1969) está muy bien expuesta por José Antonio Escudero. Ver su *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1988, pp. 41-43.

²Ver de este autor: *Unidad y pluralidad en la historia del derecho europeo*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1965 y "L'histoire du Droit et la science juridique" en *Historia do Direito e Ciencia Jurídica, Homenagem póstuma a Guilherme da Cruz*, Oporto, 1977, pp. 55-80.

¿Es una rama de la ciencia histórica? O se trata de una disciplina propiamente jurídica, independiente y autónoma frente a la historia general, con técnicas propias, aunque vista, eso sí, con perspectiva histórica. A estas cuestiones, y a resumir las opiniones al respecto que han vertido los más destacados historiadores del derecho a nivel mundial, dedico esta sección dividida en dos acápites: 1) La historia del derecho como parte de la historia y 2) la historia del derecho como disciplina jurídica.

1. La historia del derecho como parte de la historia

La concepción de la historia del derecho como ciencia histórica (desde que adquirió rango académico, gracias a los esfuerzos de la investigación alemana del siglo XIX) constituye la primera y más tradicional ubicación que se le ha dado a nuestra disciplina. Esto no es de extrañar, desde sus inicios, la historia del derecho se ejerció y cultivó a través del método histórico-crítico.³

Ahora bien, dentro de esta concepción, los especialistas europeos han asumido diversas posiciones. La más radical, en detrimento del derecho, es la que la concibe como parte del universo de la cultura. A esta posición corresponden los cultivadores de la *Kulturgeschichte* y de la antropología cultural, quienes engloban el derecho dentro de la historia de la cultura, negándole en consecuencia autonomía. Se trata de un pensamiento que se entronca con el idealismo crociano. No hay que olvidar que para Benedetto Croce la cultura era un todo indivisible, y por tanto, el intento de separar las distintas manifestaciones de la actividad humana se traducía en una pura abstracción.

Otra posición, hasta cierto punto heredada de la anterior, es la sustentada por el historiador del derecho italiano Bruno Paradisi,⁴ quien concibe la historia del derecho como una ciencia que estudia desde lo jurídico la historia general. En efecto, dicho autor, partiendo de la insatisfacción que le producían los que para estudiar la historia del derecho utilizaban el método histórico-crítico, así como aquellos que reconstruían dogmáticamente el derecho sin relacionarlo con el medio, llegó a una nueva interpretación. Esta concibe al derecho como una manifestación de la voluntad colectiva de cualquier sociedad, cuyo espíritu se exterioriza en múltiples formas, entre ellas el derecho. El ángulo visual de la historia del derecho para Paradisi está pues en el inmenso campo de la historia, donde el derecho se encuentra inmerso.

Una tercera posición es la de quienes conciben la historia del derecho como una rama especializada de la historia que debe ser estudiada con autonomía. Fue esta la que adoptaron, en Alemania, historiadores y juristas de la talla de Mommsen, Von Schwerin y Mitteis; y en Italia, Besta. En España la asumieron Eduardo Hinojosa, Rafael Altamira, Luis García de Valdeavellano; y en sus comienzos, Alfonso García-Gallo.⁵ También, en Hispanoamérica, procedieron de igual forma Ricardo Levene,⁶ Almiro de Avila Martel,⁷ Silvio Zavala,⁸ Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré.⁹

³Ver de J. A. Escudero, *Curso de Historia del Derecho*, op. cit., p. 34.

⁴Ver de B. Paradisi, *Apollonia de la Storia Giuridica*, Bologna, 1973 (Prefacio, p. 7). Para una crítica al punto de vista de Paradisi, ver de A. García-Gallo: "Cuestiones de Historiografía Jurídica", *AHDE*, Madrid, 44, 1974, pp. 741-764.

⁵García-Gallo, en la década de los cuarenta, alternó sus enseñanzas de historia del derecho con las de historia general. En cuanto a Rafael Altamira, fue autor de una *Historia del derecho español* y de una *Historia de la civilización española*. Asimismo, L. G. de Valdeavellano escribió una *Historia de España y de las instituciones españolas*.

⁶Ver de R. Levene; *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1952.

⁷Ver de A. de Avila Martel: *Curso de historia del derecho*, Santiago de Chile, 1955.

⁸A Silvio Zavala, además de sus ya clásicas investigaciones sobre derecho indiano, se deben varias obras sobre historia de México. Su amplia bibliografía puede encontrarse en: *Datos biográficos y profesionales del doctor Silvio Zavala*, México, El Colegio Nacional, 1982.

⁹Ver de Tau Anzoátegui y Martiré: *Manual de las instituciones argentinas*; Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1975 y de Eduardo Martiré: "Las historias especiales y la historia del derecho", *Trabajos y Comunicaciones*, 21, Buenos Aires, 1972, pp. 15 y ss.

Desde esta perspectiva, la historia del derecho se estudia con el método histórico-crítico, desplazando la dogmática. La forma de investigar, de interpretar, de periodificar; en resumen, de plantearse el estudio científico de la historia del derecho quedó expuesta en un esclarecedor trabajo de Alfonso García Gallo: *Historia, derecho e historia del derecho*;¹⁰ trabajo que recoge una conferencia que expuso don Alfonso en el otoño de 1952, en el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, con motivo de conmemorarse el centenario del nacimiento de Eduardo de Hinojosa. Semejante a la anterior posición, pero desde un contexto más actual, se sitúa la de Francisco Tomás y Valiente. A ella me referiré más adelante, cuando trate acerca de los puntos de vista de los especialistas españoles en torno a la concepción de la historia del derecho.

Cabe mencionar también dentro de este acápite las relaciones entre la historia del derecho y la historia social. ¿Qué es la historia del derecho para los historiadores-sociólogos? Veamos. Marc Bloch, en su *Introducción a la historia*,¹¹ considera el derecho como una mera envoltura externa de realidades diversas que no pueden ser estudiadas separadamente. Ferdinand Braudel,¹² por su parte, entiende que la historia del derecho no es más que una historia particular dentro de la historia de las civilizaciones o de las culturas; un subsector más o menos desarrollado que posee unas reglas, unos objetivos, un lenguaje interior y unos movimientos específicos que no tienen por que coincidir forzosamente con los de la historia general. Pierre Vilar,¹³ por último, considera que, sincrónicamente, el derecho es un producto de la historia; un elemento de la totalidad histórica que se transforma en causa, reforzando su eficacia y forjando las mentalidades. Estos autores pues, conciben una historia total de la cual la historia del derecho es una parte o segmento particular. Su expresión en España está representada por José Manuel Pérez Prendes, cuyos puntos de vista serán analizados en la siguiente sección.

Prima hermana de la orientación anterior, e hija de la escuela francesa de los *Anales*,¹⁴ es la corriente que estudia las instituciones jurídicas con los métodos estadísticos de las historias económica y social. Dicha orientación, muy en boga en Europa, es seguida en España por J. M. García Marín,¹⁵ Bartolomé Clavero¹⁶ y Salustiano de Dios.¹⁷ En efecto, García Marín destaca la conexión entre la metodología jurídica y la empleada en las historias económica y social. Por su parte, Clavero contempla la historia social como una especialidad equidistante de la historia económica y la historia institucional. Por último, Salustiano de Dios pretende resolver las relaciones entre derecho y sociedad revalorizando la historia del derecho en razón de la función que éste cumple en la formación, consolidación y disolución de las sociedades históricas.

2. La historia del derecho: disciplina jurídica

Fue también legado de la Escuela Histórica el estudio de la historia del derecho con métodos propiamente jurídicos. En efecto, en sus inicios, dicha Escuela era esencialmente una "escuela de juristas",¹⁸ aunque posteriormente una rama de sus seguidores se acercara cada vez más a la concepción de nuestra disciplina como parte de la historia general. No

¹⁰Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), 23, 1953.

¹¹México-Buenos Aires, 1952.

¹²Ver. F. Braudel; "Aportación a la historia de las civilizaciones" en: *Historia de las civilizaciones*, Madrid, 1970, pp. 131 y ss.

¹³Ver P. Vilar: "Histoire du Droit, Histoire Totale", *Revista de Historia del Derecho*, Granada, 1976.

¹⁴Se le llama así porque la revista más representativa de esta orientación fue: *Annales de l'histoire Economique et Sociales*. La revista fue creada por Marc Bloch y Lucien Febvre en la ciudad de Estrasburgo.

¹⁵Ver de J. M. García Marín: "Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia". *Historia, Instituciones, Documentos (HID)*, 4, Sevilla, 1977.

¹⁶Ver de Bartolomé Clavero: "La historia del derecho ante la historia social" *HID*, 1, 1973. También: "Historia, ciencia, política del derecho" en *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979.

¹⁷Ver de S. de Dios: "El derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la historia de las instituciones", *HID*, 3, 1973.

¹⁸Ver de Emma Montanos y José Sánchez Arcilla: *Introducción a la historia del derecho*. (TI) Madrid, Dykison, 1988.

hay que olvidar que de la Escuela Histórica partieron tres corrientes: la dogmática, la historicista y la germanista; corrientes que se vieron reflejadas en la famosa revista fundada por Savigny en 1815: *Revista para la ciencia histórica del derecho*. Tampoco que las dos primeras grandes corrientes mencionadas (dogmática e historicista) fueron hasta cierto punto herederas de aquellas otras que, surgidas en la Edad Media y el Renacimiento, son conocidas como: el *mos italicus* y el *mos gallicus*.¹⁹ Si bien es cierto que, influidos por el positivismo jurídico imperante en la época, los especialistas que se atuvieron a la corriente dogmática llegaron a considerar que "lo que no podía concebirse dogmáticamente era materia muerta para la historia del derecho", también lo es que frente a ellos aparecieron otras concepciones más realistas o institucionalistas que buscaron las conexiones del derecho con las restantes manifestaciones de la cultura sin apartarse de la metodología propiamente jurídica. A esta corriente corresponden autores clásicos como Mitteis, Koschaker y Wiaecker, quienes postularon el estudio histórico de las situaciones de hecho que motivaban las normas. No se trataba pues de hacer una historia de las normas mismas, sino de los problemas que las generaban.

Estos nuevos planteamientos de origen alemán se difundieron rápidamente en el resto de Europa. Rascoe Pound en Inglaterra; Santi Romano, Calasso y Nicollini en Italia; Esmein, Hauriou, Ourliac y Ellul en Francia, son un buen ejemplo de ello. En España, salvo excepciones, entre las que destaca el movimiento catalán *renaixença*,²⁰ apenas se utilizaron los métodos de trabajo que aplicaban ya muchos historiadores del derecho europeos. En efecto, otras corrientes: la sociologista y la comparativista, representadas por Gumersindo de Azcárate y Joaquín Costa, ocuparon el interés de los especialistas españoles hasta la llegada del gran renovador de los estudios histórico-jurídicos en lengua española: don Eduardo de Hinojosa.²¹

III. LA POLEMICA DE LOS ESPECIALISTAS ESPAÑOLES EN TORNO A LA CONCEPCION DE LA HISTORIA DEL DERECHO²²

Ya he dicho que desde que la historia jurídica adquirió rango académico ha tenido que luchar por su propia "razón de ser"; esto es, por fundamentar su peculiaridad y autonomía. También por su ubicación, tanto en el conjunto de las ciencias sociales como en los planes de estudio de las facultades de derecho.

Además, en la sección anterior he expresado cómo, en sus inicios, la historia del derecho, cultivada con el método histórico-crítico, se entendió como un sector especializado de la historia general. Asimismo, he hecho mención de la corriente que, influida por el positivismo científico, adoptó una concepción dogmática de nuestra disciplina a partir de la Escuela Histórica. Toca ahora referirme a los puntos de vista de los más afamados especialistas españoles en torno a estos planteamientos conceptuales; planteamientos que han quedado plasmados en sus respectivos manuales o exposiciones generales de la disciplina.

1. La orientación jurídico-institucional

En España, los nuevos planteamientos metodológicos en torno a la concepción de la historia del derecho parten

¹⁹Para el desarrollo del "mos italicus" y del "mos gallicus" ver, además de la obra clásica de Pablo Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, el libro de G. F. Margadant: *La segunda vida del Derecho Romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986.

²⁰En dicho movimiento, numerosos juristas catalanes se hicieron eco de los postulados de Savigny. Ahora bien, la "escuela histórica catalana" se ocupará más de problemas filosóficos que de profundizar en los conocimientos de la historia del derecho. Además, su interés por las doctrinas de Savigny, de las cuales se hicieron acérrimos defensores, fueron encaminadas a la defensa del espíritu del pueblo catalán. Ver Montanos y Sánchez Arcilla, *op. cit., supra*, nota 18, pp. 18-19.

²¹Ver de E. de Hinojosa, *Obras*, ENEJ, T. I, Madrid, 1948; T. II, Madrid, 1955 y T. III, Madrid, 1974. El primer tomo contiene una importante introducción de Alfonso García-Gallo sobre: "Hinojosa y su obra". Ver también de Galo Sánchez: "Eduardo de Hinojosa", en *Revista de Derecho Privado*, 1919, pp. 161-164; de Rafael Gibert, "Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho" en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1952, XXIV, pp. 194-209; de A. García-Gallo, "Historia, Derecho e Historia del Derecho", *op. cit., supra*, nota 10, pp. 5-36, y de E. Montanos y J. Sánchez Arcilla el acápito: "Eduardo de Hinojosa y su escuela", en *Introducción a la historia del derecho*, T. I, pp. 21-26. También los capítulos sobre historiografía jurídica española de los manuales de historia del derecho de Francisco Tomás y Valiente y José Antonio Escudero.

²²Este acápito está basado en la sección que José Antonio Escudero denomina: "La Historia del derecho como ciencia". Ver su *Curso de Historia del Derecho*, *op. cit., supra*, nota 1, pp. 35-43.

desde mediados de este siglo, del ya citado estudio de Alfonso García-Gallo: *Historia, derecho e historia del derecho*. En él, aun cuando reconoce los logros del método histórico-crítico en el estudio de la historia del derecho,²³ García-Gallo sostiene que dicho método es tan sólo uno de los modos de conocimiento que puede y debe emplear cualquier ciencia sin convertir por ello la historia del derecho en mera historia; y llega a la conclusión de que el estudio histórico del derecho debe ser enfocado desde la ciencia del derecho.

El desprendimiento de la historia del derecho de la historia general lo fundamenta García-Gallo en la diferencia que existe entre la historicidad del derecho y la de otros fenómenos culturales. Esta diferencia estriba en la "persistencia" de lo jurídico. Mientras la historia atiende a lo variable e irreplicable, el derecho, concebido por el autor como: "ordenamiento de la vida social con fuerza vinculante",²⁴ debe ocuparse de lo persistente. Además, debe englobarse dentro del amplio marco de la cultura.

Así, la historia del derecho queda encuadrada dentro de las ciencias jurídicas pero sin convertirla en auxiliar de la dogmática. No se trata de mostrar el origen y desarrollo del derecho desde los tiempos más remotos hasta nuestros días como punto de llegada final del investigador, sino de que el jurista comprenda por qué el derecho es como es, y no de otra manera, consciente de que representa una etapa más en el desenvolvimiento de lo jurídico.

La corriente creada por García-Gallo se centra en el análisis de las instituciones que articulan la vida social. De ahí que a su orientación y método se le domine: jurídico-institucional. En toda institución, opina el eminente profesor español, pueden apreciarse tres elementos: 1) las situaciones de hecho que se producen con o sin la voluntad del hombre; 2) la valoración que el hombre hace de dichas situaciones conforme a sus ideas e intereses religiosos, políticos o económicos y; 3) lo propiamente jurídico de cada institución; esto es, la regulación que da el hombre a la situación de hecho conforme a la valoración previa que ha realizado.²⁵ De estos tres elementos, es en la regulación normativa donde debe centrarse el interés del historiador del derecho, aunque teniendo presente siempre los restantes.

La propuesta de Alfonso García-Gallo provocó un despertar de los especialistas españoles en los asuntos metodológicos de la disciplina.²⁶ Además, causó polémica. Frente a quienes se adhirieron a ella integral²⁷ o parcialmente,²⁸ surgieron críticas y dissentimientos²⁹ orientados a considerar su posición excesivamente juricista, autárquica y alejada del contexto social. Esto hizo que en 1974 García-Gallo replicara con otro importante trabajo: *Cuestiones de historio-*

²³Estos grupos fueron, según dicho autor, destacar la historicidad de lo jurídico, así como rescatar instituciones históricas que habían pasado inadvertidas para el cultivador del derecho. Ver su: *Manual de historia del derecho español*, 2 tomos, Madrid, 1971, cap. I, sección III, acápites 34 al 51, pp. 15-23.

²⁴*Idem*, p. 1.

²⁵*Idem*, acápite 3: "Elementos integrantes de las instituciones jurídicas", p. 2.

²⁶Refiriéndose a la conferencia de García-Gallo, pronunciada en homenaje a Hinojosa, Escudero dice: "Con independencia de cualquier otro juicio, hay que adelantar que aquella disertación otoñal y su texto ulterior, se convirtieron en el toque de diana a la somnolencia metodológica reinante entonces. Queremos con ello decir que los historiadores del Derecho, investigadores eficientes en muchos campos, apenas habían reflexionado sobre qué era su realidad, su ciencia, y cómo y por qué debía recibir determinado tratamiento. Desde 1952 la situación ha cambiado. La serie de revisiones, análisis, asentimiento y críticas, tiene en aquella fecha su punto de arranque". Ver su *Curso de historia del derecho*, *op. cit.*, supra, nota 1, pp. 34-35.

²⁷Fueron muchos los especialistas que compartieron los planteamientos de García-Gallo en su momento. No hay que olvidar que a su labor como investigador y docente, García-Gallo aúna otra más, la de formador de historiadores del derecho. Se cuentan por decenas quienes, provenientes de toda España y de América, se formaron bajo sus métodos de enseñanza e investigación. Una relación de ellos puede verse en la obra ya citada de Montanos y Sánchez Arcilla, *Introducción a la Historia del Derecho*, *op. cit.*, supra, nota 8, pp. 28-30.

²⁸La propuesta de García-Gallo generó incluso ecos de afinidad en especialistas que cultivaban la historia del derecho desde otras coordenadas. Tal es el caso de Bartolomé Clavero. Ver sus dos trabajos ya citados: *La Historia del Derecho ante la historia social e Historia, ciencia, política del derecho*.

²⁹Entre las críticas a la posición de García-Gallo destacaron: las de Mariano Peset, profesor de la Universidad de Valencia, quien sostuvo que la posición del catedrático de Madrid constituía una "solución juricista" apartada de la realidad socio-económica. También la de Francisco Tomás y Valiente y la de Jesús Lalinde. El primero sostuvo que García Gallo se apartaba del cultivo más actualizado de las ciencias históricas; el segundo lo acusa de otorgar "excesiva autarquía" a la disciplina y de poca "conceptualización" al elaborar su teoría. Ver de J. A. Escudero, *Curso de Historia del Derecho*, *op. cit.*, supra, nota 1, pp. 35-36.

grafía jurídica, donde reiteró, precisando, su postura anterior: "... concebir la Historia del Derecho como ciencia jurídica es plenamente compatible con la consideración del Derecho como fenómeno de cultura en función de ésta, pues hacerlo de ese modo no supone necesariamente que haya que contemplarlo como algo puro y aséptico".³⁰

2. La historia del derecho como historia de textos jurídicos

En concordancia con el destacado romanista Alvaro D'Ors,³¹ Rafael Gibert, catedrático al igual que García-Gallo de la Universidad de Madrid, sostuvo, también en una conferencia en homenaje a don Eduardo de Hinojosa, un punto de vista totalmente distinto.

Para Gibert,³² el estudio de la historia del derecho debía centrarse únicamente en los textos jurídicos. No se trataba, por supuesto, de una simple descripción de los libros, sino de la selección en ellos de los elementos más característicos del derecho en cada etapa, con el fin de analizar su evolución. A partir de una posición sin duda extremista, Gibert ha llegado a designar con el nombre de "siglos mudos" de la historia jurídica, aquellos periodos donde faltan o no se conocen libros de derecho. Tal es el caso de los siglos IX y X en la historia jurídica española.

A pesar de su originalidad, esta manera de concebir la historia del derecho ha tenido poca acogida entre los especialistas españoles. Ni siquiera sus discípulos, en opinión de otros especialistas como Emma Montanos y José Sánchez Arcilla,³³ han seguido las directrices de Rafael Gibert.

3. La historia del derecho como especialidad de la historia

Como expresé en líneas anteriores, Francisco Tomás y Valiente retoma hasta cierto punto el antiguo planteamiento de ver la historia del derecho como parte de la historia. Ahora bien, el profesor salmantino lo hace con contenido y alcance distintos. Para él, la historia es el género, y el derecho su especie. De ahí que conciba la historia del derecho como una especialidad de la Historia.³⁴ "El estudio de las realidades pretéritas elaborado con los métodos de investigación críticos y rigurosos de la historiografía actual es historia -dice este autor-; y si estas realidades pretéritas son jurídicas, lo que se construye es una especialidad de la historia: la historia del Derecho".³⁵

Así, con creciente independencia del formalismo jurídico, Tomás y Valiente elabora una interpretación tendiente a estudiar la historia del derecho dentro de su contexto social, sin que la primera pierda su autonomía. Es por ello que recomienda que junto a los métodos "críticos y rigurosos" propios de la historiografía actual, deban emplearse también las técnicas propias de la naturaleza del objeto a historiar; en este caso el derecho. "El historiador-jurista deberá entender y exponer cuáles eran los conceptos jurídicos propios de cada sociedad, -opina- lo que suele denominarse la dogmática jurídica de cada momento histórico".³⁶

La metodología de Tomás y Valiente, expuesta en su monografía: *Historia del derecho e historia*³⁷ se refleja en el tratamiento de su *Manual de historia del derecho español*. En esta última obra expone las dos perspectivas que deben

³⁰Ver de A. García-Gallo: "Cuestiones de historiografía jurídica", *AHDE*, 44, Madrid, 1974, pp. 749-750.

³¹Ver de A. D'Ors: "Sobre historiografía jurídica", *AHDE*, 47, Madrid, 1977, pp. 799-811.

³²Ver de Rafael Gibert: *Historia general del derecho español*, Granada, 1968 y: *Ciencia jurídica española*, Granada, 1983.

³³Ver de Montanos y Sánchez Arcilla: *Introducción a la Historia del Derecho*, *op. cit.*, supra, nota 1, p. 31.

³⁴Ver las dos monografías sobre temas metodológicos escritas por el profesor Tomás y Valiente. Estas son: "Historia del derecho e historia" en: *Once ensayos sobre historia*, Madrid, 1976 y "Nuevas orientaciones de la historia del derecho en España", en *Estudios sobre historia de España*, Madrid, 1981. Y por supuesto, la sección "Historia e historia del derecho" de su *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1975, pp. 27-28.

³⁵*Idem*, p. 27.

³⁶*Idem*, p. 28.

³⁷*Ibidem*

seguirse en los estudios histórico-jurídicos.³⁸ Una es la historia de los modos de creación del derecho que responde a la pregunta: ¿Cómo se ha creado el derecho? la otra es la historia de las instituciones jurídicas, íntimamente ligada a la periodificación, y que responde al cuestionamiento: ¿Cuáles han sido las instituciones vigentes en cada periodo?

Sólo me resta añadir que el método de Tomás y Valiente ha sido valorado positivamente en España y en otros países.³⁹ Sin embargo, también ha recibido críticas. Ejemplo de ello es el juicio que sus planteamientos merecieron del profesor Jesús Lalinde, quien encuentra contradictorio que Tomás y Valiente por un lado opine que el concepto de Historia del Derecho dependa del concepto que se tenga de este último, y por otro catalogue la disciplina como simple especialidad de la Historia.⁴⁰ A esta crítica respondió el aludido en su monografía: *Nuevas orientaciones de la historia del derecho en España*,⁴¹ preguntándose cómo puede no ser historia el estudio de una realidad social pretérita elaborada con métodos de investigación propias de la historiografía actual.

4. La historia del derecho como historia total

Esta tendencia totalizadora es seguida en España por José Manuel Pérez Prendes, quien concibe la historia del derecho como: "la ciencia que estudia el sentido de los procesos de mutación de las estructuras jurídicas."⁴² Este tratamiento, en opinión del autor, permite la comprensión del sistema jurídico como un todo (sincronía), así como la valoración de los cambios que en dicho sistema se registren (diacronía) a consecuencia de transformaciones unidas o aisladas de varios factores. Dichos factores son: valores, posibilidades, hechos sociales básicos y normas.

La concepción anterior lleva a Pérez Prendes a encasillar la historia del derecho dentro de la "Historia total", bajo la orientación recogida en los programas establecidos por los mismos de la Escuela de los *Anales* (principalmente Bloch, Febvre, Braudel y Vilar); orientación que según Pérez Prendes nace de: "una convergencia entre la historia del derecho presentada por Gierke, la historia económica iniciada por Marx, la historia de las culturas al modo de Weber, y los estudios sociales de Gurtvich, Mac Iver y Mannheim".⁴³

Así, utilizando la conocida clasificación tripartita de Braudel sobre los niveles históricos básicos: el episódico, el coyuntural y el estructural, Pérez Prendes llega a la conclusión de que: "La comprensión de lo histórico supone la captación de la totalidad, contactando niveles, coyunturas económicas, estructuras jurídicas, valores, acontecimientos, etc., que se explican mutuamente mediante la observación atenta de todos los impulsos".⁴⁴

La visión totalizadora de Pérez Prendes al concebir la historia del derecho ha tenido también detractores en España. En efecto, Tomás y Valiente la considera "tesis obvia", y por lo tanto compartible, pero que no resuelve el problema debido a que no aclara cómo se produce la integración de todos los factores. Por su parte, Jesús Lalinde opina que la adscripción de la historia del derecho a la historia total vincula a Pérez Prendes a la polémica en torno a dónde encasillar la historia.⁴⁵ Esto último viene a cuento porque Pérez Prendes, en su *Curso de Historia del derecho español*, minus-

³⁸Ver su *Manual de historia del derecho español*, op. cit., supra, nota 34, acápite 3: "Dos perspectivas complementarias: la historia de los modos de creación del derecho y la historia de las instituciones jurídicas", pp. 28-31.

³⁹El autor alemán Scholz alaba, tanto la elaboración de una historia del derecho enfocada hacia la historia social, como la importancia que Tomás y Valiente da en su texto a las etapas moderna y contemporánea. Lo hizo también, en España, el catedrático de la Universidad de Salamanca, Benjamín González Alonso. Ver de J. A. Escudero: *Curso de historia del derecho*, op. cit., supra, nota 1, p. 39.

⁴⁰*Ibidem*.

⁴¹Op. cit., supra, nota 34.

⁴²Ver la obra del profesor Pérez Prendes: *Curso de historia del derecho español*, Madrid, Ed. Darro, 1973, en especial el capítulo segundo: "Los fundamentos conceptuales", pp. 79-125. La definición entrecomillada en el texto aparece en la p. 98.

⁴³*Idem*, p. 100.

⁴⁴Ver de J. M. Pérez Prendes: *Curso de historia del derecho español*, op. cit., supra, nota 42, p. 100.

⁴⁵Para las opiniones de Tomás y Valiente y Lalinde, ver de J. A. Escudero: *Curso de historia del derecho español*, op. cit., supra, nota 1, p. 40.

valora la discusión de sus colegas en torno a la concepción científica de la historia del derecho. En efecto, en un acápite denominado: "La historia del derecho en el cuadro de las humanidades",⁴⁶ el también catedrático de Madrid opina que: "Combatir sobre si la historia del derecho es una disciplina jurídica o una disciplina histórica. . . es una vieja discusión carente de vitalidad e interés".⁴⁷

5. La naturaleza bifronte de la historia del derecho

En torno al carácter histórico o jurídico de la historia del derecho, Jesús Lalinde sostiene una tesis de fundamentación ideológica. Dicha tesis, expuesta en varios trabajos monográficos,⁴⁸ es posterior a las dos obras de conjunto que su autor ha escrito: *Iniciación histórica al derecho español* y *Derecho histórico español*.⁴⁹

Lalinde considera que la historia del derecho es tanto una ciencia histórica como jurídica. Por tal razón, se deben interpretar los hechos histórico-jurídicos mediante un proceso de construcción conceptual que tenga en cuenta la naturaleza bifronte (historia y derecho) de la disciplina. La historia del derecho para este autor, es pues, la evolución del pensamiento jurídico que a través del sistema normativo queda plasmado en las instituciones. Se trata, como apunta Escudero,⁵⁰ de un intento conciliador y sincrético de concebir nuestra disciplina.

El planteamiento metodológico de Lalinde ha sido destacado por varios especialistas españoles, entre ellos Pérez Prendes quien, desde óptica distinta, lo considera un acercamiento a la "historia total". Tomás y Valiente, sin embargo, niega el carácter bifronte de la historia del derecho, y considera inadecuado el paralelismo que Lalinde establece entre la historia de la filosofía y la historia del derecho. Aunque ambas forman parte de la historia del pensamiento, opina este último autor, el derecho no depende prioritariamente de lo ideológico, sino de otros factores de la realidad social.⁵¹

6. La historia del derecho: Ciencia dual

Parecida a la anterior es la interpretación que, apuntada ya por el profesor catalán Font Ríus, recoge en su *Curso de Historia del Derecho*, José Antonio Escudero. Este autor, al analizar la naturaleza científica de la disciplina, deslinda dos cuestiones que, como él bien dice: "a menudo se superponen y confunden".⁵² ¿Es la historia del derecho, historia o derecho? se pregunta; y luego: ¿Es ciencia histórica o jurídica? Al separar ambas interrogaciones, Escudero encuentra la solución.

La primera de las respuestas que da al autor es favorable a la historia. La historia del derecho es historia, como la historia de algo es siempre historia, opina. Negar esa afirmación resulta irrefutable. Y no es derecho, porque para serlo necesitaría que el propio relato histórico contara con la fuerza vinculante propia de la doctrina jurídica.

La segunda de las respuestas de Escudero va encaminada a determinar cuál es el tratamiento metodológico que debe

⁴⁶Ver de J. M. Pérez Prendes: *Curso de historia del derecho español*, op. cit., supra, nota 42, pp. 99-101.

⁴⁷*Idem*, p. 100. Líneas antes (p. 99), Pérez Prendes dice: "Se ha discutido largo tiempo sobre si la Historia del Derecho es una ciencia jurídica, histórica o mixta. Las opiniones abundan y su recuento no es interesante, como tampoco la argumentación usada, que suele pecar a veces de unilateral o sofista y de anticuada en conjunto".

⁴⁸Ver de J. Lalinde "Apuntes sobre las ideologías en el derecho histórico español", *AHDE*, 23, Madrid, 1975; "Hacia una historia paralógica del derecho", *HID*, 4, Madrid, 1977; "Notas sobre el papel de las fuerzas políticas y sociales en el desarrollo de los sistemas ius-históricos españoles", *AHDE*, 48, Madrid, 1978 y "El derecho como superestructura ante la historiografía española" en *Estudios sobre la historia de España. Obra homenaje a Tuñón de Lara*, Madrid, II, 1981.

⁴⁹Barcelona, 1970, 3a. ed., Barcelona, 1983 y Ed. Ariel, Barcelona, 1974.

⁵⁰Ver J. A. Escudero, *Curso de historia del derecho*, op. cit., supra, nota 1, p. 37.

⁵¹*Idem*, p. 38.

⁵²Ver la obra del profesor Escudero: *Historia del derecho, historiografía y problemas*, Madrid, 1973 y su ya citado: *Curso de historia del derecho*, cap. I. "Cuestiones preliminares", sección D: "Concepto y naturaleza científica de la Historia del Derecho", acápite 1: "Concepto" y 2: "La Historia del Derecho como ciencia intrínsecamente dual". Su cita entrecomillada se encuentra en la p. 41.

dársele a la historia del derecho; si el de las ciencias históricas o el de las ciencias jurídicas. En torno a ello, el autor se inclina por una combinación de ambos. "Como ciencia -dice- la Historia del Derecho es ciencia histórica por cuanto a la historicidad constituye una propiedad esencial de lo jurídico".⁵³ Y continúa ". . . el Derecho sólo se explica y es porque ha sido antes de determinada manera. Su explicación científica conlleva esencialmente la dimensión histórica".⁵⁴ Además, añade: "la Historia del Derecho es ciencia histórica, por cuanto el historiador del Derecho necesita y hace uso, en su propio quehacer científico de las ciencias auxiliares de la Historia".⁵⁵

Pero también la historia del derecho, según Escudero, es ciencia jurídica. Y lo es por tres razones. Primero, porque la persistencia del derecho, su estabilidad, es algo esencialmente peculiar respecto a la evolución histórica general.⁵⁶ "La persistencia de lo jurídico constituye un factor intrínsecamente diferencial",⁵⁷ dice, comparándola con la historia de otras disciplinas. Segundo, porque depende del concepto que se tenga del derecho; esto es, de lo que se entienda por jurídico o metajurídico en cada momento histórico. Y, tercero, porque también depende de los conceptos jurídicos actuales que (salvando los excesos del dogmatismo) resultan inexcusables.

En resumen, Escudero entiende que la historia del derecho es historia; y como ciencia, ciencia histórica a la par que jurídica. Por eso la expone como ciencia intrínsecamente dual⁵⁸ que requiere, dicho en sus propias palabras: "un cultivo congruente con la realidad social, pero sin mengua alguna de su particularismo".⁵⁹

⁵³*Idem*, p. 42.

⁵⁴*Ibidem*.

⁵⁵*Ibidem*.

⁵⁶En ello Escudero sigue las directrices de García-Gallo. Ver sección II, acápite I de este estudio.

⁵⁷*Curso de historia del derecho, op. citr., supra*, nota 1, p. 42.

⁵⁸"Y mejor que bifronte, como postula Lalinde, es decir, de dos caras o frentes, se nos antoja intrínsecamente dual", dice textualmente el profesor Escudero. *Idem*, p. 43.

⁵⁹*Ibidem*.