REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE HISTORIA DEL DERECHO

por el Dr. Don BRUNO AGUILERA BARCHET

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Extremadura

SUMARIO

1. **INTRODUCCIÓN**

2. **EL CONCEPTO DE DERECHO**

A) ¿UNA CUESTIÓN IRREDUCTIBLE?
B) LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO.
A) DERECHO Y NORMA.
—MORAL Y DERECHO.
—DERECHO Y USOS SOCIALES.
B) LA "SOCIALIDAD" DE LO JURÍDICO.
C) LA DIMENSIÓN VALORATIVA DEL DERECHO.
—EL CARÁCTER CULTURAL DE LO JURÍDICO.
—EL DERECHO Y SU TENDENCIA A LA OBJETIVACIÓN.
—LA PLURALIDAD INTELECTIVA DEL DERECHO.

3. **LA HISTORICIDAD DEL DERECHO**

A) LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CIENCIA HISTÓRICA.
   A) RAZÓN Y TIEMPO.
   B) HISTORIA Y CIENCIA.
      —LA HISTORIA Y LAS CIENCIAS NATURALES.
      —LA "OBJETIVIDAD" DE LA CIENCIA HISTÓRICA.
   C) ACERCA DEL "CIENTIFISMO" DE LA HISTORIA JURÍDICA.
      —CAMBIO Y PERMANENCIA DE LO JURÍDICO.
   D) LA AUTONOMÍA HISTÓRICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO.
   E) EL DERECHO HISTÓRICO EN EL ESPACIO.
      —LAS APROXIMACIONES TOTALIZADORAS: LA HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO.
      —LA HISTORIA DEL DERECHO UNIVERSAL.
      —LA HISTORIA DEL DERECHO NACIONAL.

4. **EL DERECHO HISTÓRICO COMO CIENCIA JURÍDICA**

A) LA DOBLE APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA AL DERECHO: HISTORIA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA.
B) LA HISTORIA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA DOGMÁTICA.
C) LA HISTORIA COMO "CIENCIA" Y LA DOGMÁTICA COMO "TÉCNICA".
D) EL CARÁCTER "CIENTÍFICO" DE LA APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO.

5. **LA HISTORIA DEL DERECHO COMO "CIENCIA INTEGRAL"**

1.–INTRODUCCIÓN

La expresión "Historia del Derecho" alude tanto a la vida y evolución del Derecho, a las transformaciones y cambios experimentados por dicha realidad a lo largo del tiempo, como a la ciencia cuyo objeto es, precisamente, el estudio de dichas alteraciones; sentidos ambos que se refieren a realidades distintas.

Por este motivo, precisamente, resulta imprescindible aclarar desde un principio que, con carácter general y salvo que expresamente se advierta lo contrario, la expresión indicada se emplea en el segundo de los sentidos descritos –el epistemológico–, a lo largo de estas páginas, en las que voy disertar sobre los carácteres de la Historia del Derecho como disciplina científica.

Hecha la precisión antecedente creo conveniente aclarar al punto de partida de mi reflexión sobre la Historia del Derecho como ciencia, situándome, también apriorísticamente, respecto del que ha venido siendo un planteamiento tradicional: El de desmembrar los términos integrantes del enunciado de la disciplina, subrayando la consiguiente tensión, real o presunta, existente entre Historia y Derecho. Lo que obliga a suscitar la cuestión de la pretendida "naturaleza" histórica o jurídica de la ciencia Histórico-Jurídica y constriñe, con carácter prácticamente ineludible, a optar por una o por otra; con la importante consecuencia metodológica de que apartir de entonces la Historia del Derecho debe estudiarse o desde la Historia o desde el Derecho: en el primer caso partiendo del concepto de Historia para buscar después el de Derecho en cuanto objeto de ella, y en el segundo anteponiendo, lógicamente, el análisis de la realidad del Derecho al estudio de su historicidad[1].

---

1 Como pone de relieve Aquilino IGLESIA "El derecho es algo que hacen los hombres en su vida diaria en sociedad, algo por ello radicalmente histórico y sólo históricamente puede darse cuenta cabal del mismo. Ahora bien, admitir el carácter histórico del derecho no significa que sólo históricamente pueda ser estudiado" Cfr. *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*. Fascículo I Barcelona 1987, pag. 45.

Resulta claro que pueden hacerse, y de hecho se han realizado, ambos planteamientos en el seno de las ciencias históricas, por cuanto toda ciencia que trata de reconstruir el pasado debe utilizar los métodos y las técnicas propias de la Historia. El hecho de que este pasado sea el jurídico lo más que puede justificar es que nos encontremos ante una historia especial con un objetivo específico que debe integrarse con el de las otras ramas de la ciencia histórica. Para otros, en cambio, la historia del Derecho sólo tiene sentido si se considera como una ciencia estríctamente jurídica cuya función es la de explicar los mecanismos y características de los sistemas jurídicos del pasado, fomentando, además, el desarrollo del sentido crítico del jurista respecto de la separación jurídica que tiene que manejar.

Los dos planteamientos mencionados me parecen, sin embargo, en sí mismos rechazables, fundamentalmente porque considero que la pretendida oposición entre ambas categorías carece de sentido real, al no constituir el Derecho y la Historia categorías irreductibles[2]. Así, por una parte, el reconducir la Historia del Derecho -según una tendencia probablemente mayoritaria- al campo exclusivo de la Historia, considerando aquella disciplina como parte de ella o como mera rama o especialidad de la misma, es una postura que adolece a mi juicio del grave defecto de conducir inexorablemente a la disolución de lo jurídico en el amplio mar de las manifestaciones de la cultura y de la civilización humanas, con la grave consecuencia de desposeer al iushistoriador de toda una serie de conceptos instrumentales, indispensables para comprender el sentido de la transformación del derecho a lo largo del tiempo[3].No conviene olvidar que la peculiar estructura del Derecho como realidad que tiende a la permanencia, lo más que puede justificar es el tratamiento de su evolución con arreglo a un ritmo propio, diverso del de otros ámbitos de la realidad humana, como el político, el económico o el social; sin embargo, ello no oscurece en absoluto la evidencia de que el Derecho, como todo hecho de civilización, tie-

2 Ricardo ORESTANO llega incluso a afirmar que todos los significados y aspectos del binomio derecho e historia "sono tutti riconducibili a un problema unico, quello della storicitá del diritto vid. su *Introduzione allo studio del diritto romano* Il mulino Bologna 1987, pag. 175.

3 Son particularmente significativas en este sentido las palabras de Alfonso GARCIA GALLO para quien "el conocer histórico es tan sólo uno de los modos de conocimiento, que puede y debe emplear toda ciencia sin convertirse por ello en Historia" Cfr. "Historia, Derecho e Historia del Derecho" en *AHDE* 28 (1953), pag. 23.

ne una innegable dimensión histórica que justifica plenamente el estudio de su objeto recurriendo a las técnicas de la ciencia histórica[4].

Quizás la clave de la cuestión radique en la inadecuada utilización del término "naturaleza", producto de los excesos de un positivismo decimonónico que pretendió aplicar un concepto tomado de las ciencias naturales a las sociales, en una visión tan abusiva como equívoca y, en cualquier caso, manifiestamente superada[5]. Por ello, a mi entender, resulta preferible tratar de avanzar en otra dirección, partiendo, más sencillamente, de las actitudes que puede adoptar el iushistoriador a la hora de estudiar el pasado jurídico y de su incidencia en el modo de enfocar dicho estudio.

Dos son, básicamente, desde la perspectiva descrita los acercamientos posibles a la Historia del derecho. Cabe, en efecto, tratar de definir de un modo apriorístico los caracteres, la esencia o el sentido de la Historia jurídica, desde un punto de vista intrínsecamente lógico-teórico, perspectiva que puede denominarse "racional", o, por el contrario, adoptar una actitud analítica "a posteriori" con la que se busque conocer el hecho de la evolución jurídica, supeditando a dicho presupuesto fáctico la orientación y el método de la conciencia iushistórica; aproximación esta última calificable de "empírica" y que implica, necesariamente, una permanente renovación de orientaciones y métodos con el objeto de adaptarlos continuamente a la realidad cambiante que pretende analizarse[6].

Ambos planteamientos se han presentado a menudo con un carácter irreductíblemente exclusivo y excluyente. Los "empiristas" suelen reprochar a los "racionalistas" un alejamiento de la realidad histórica, producto de su intento de proyectar sistemáticamente sus categorías lógicas sobre la investigación histórica, lo que, a su juicio, limita la tarea del investigador a la demos-

---

4 Entre otras cosas porque, como pone de relieve José Manuel PEREZ PRENDES, "la historicidad confiere al Derecho una peculiar e intransferible fisonomía, única e irreproducible" Vid. su *Curso de Historia del Derecho Español* vol. I Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid 1989, pag. 177.

5 Vid. al respecto la clásica crítica del planteamiento epistemológico positivista que hace RICKERT, principalmente en su *Die Grezen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* Quinta ed. Tubingen 1929, págs. 31 y ss (Primera edición Freiburg 1896-1902).

6 Un maniqueismo metodologíco que llevado al extremo conduce a la esterilidad científica; máxime si tenemos en cuenta que, según pone de manifiesto Karl JASPERS, "la ciencia, como realidad efectiva de la actitud total científica, ha sido siempre muy rara en todos los siglos y acaso se haya tornado hoy más rara" Cfr. *Origen y meta de la Historia* Trad. Fernando Vela. Revista de Occidente. Cuarta ed. Madrid 1968, pag. 131.

tración ejemplificadora de tesis formuladas "a priori". Para los partidarios del acercamiento empírico el historiador no debe ser más que un mero o simple espejo del pasado jurídico, debiendo limitarse a reflejarlo lo más fielmente posible, sobre la única base de datos fácticos objetivos[7].

El enfoque "racional" o "apriorístico" en sus diversas variantes, por el contrario, coincide en señalar que una aproximación "empírica" condena al iushistoriador a una visión meramente descriptiva del pasado jurídico, rehuyendo una dimensión explicativa, indispensable a toda disciplina que pretenda ser científica. En consecuencia se advierte que la Historia jurídica resultante de aplicar una actitud "a posteriori" se ve limitada a una mera enumeración de los sistemas jurídicos pretéritos sin atender a las condiciones objetivas -geográficas, políticas, económicas, sociales, etc- que marcaron su aparición, cambio y desaparición[8]. Todo ello sin contar con que desde una perspectiva metodológica resulta considerablemente ingenuo concebir la posibilidad de que la pura reconstrucción del derecho del pasado pueda verificarse con la asepsia pretendida por los empiristas. Es cierto que cuando analizamos hechos los pensamos como hechos objetivos, pero ello implica siempre de modo necesario un complicado proceso racional, que en un modo u otro se encuentra en la misma base de la investigación histórica; aunque sólo sea porque la simple selección de hechos supone ya una indudable discriminación, ejercitada con arreglo a criterios innegablemente intelectivos. En consecuencia, para los racionalistas la Historia tiene que explicar los hechos tal y como pasaron, pero sin olvidar que ello es el resultado y no el inicio de la reflexión histórica[9].

Por mi parte considero rechazable el adoptar de principio, actitudes y planteamientos supuestamente irreconciliables, por cuanto estimo que en

---

7 Un ejemplo prototípico de acercamiento epistemológico neoempirista es el desarrollado por A. EDDINGTON, quien basándose en los nuevos planteamientos establecidos por la física cuántica rechaza basar el itinerario cognoscitivo en la supuesta naturaleza del mundo físico, para preferir una aproximación inversa consistente en fundar nuestra concepción del Universo en la teoría del conocimiento físico. Vid. su *Philosophy of Physical Science* Cambridge 1939, pags. 209 y ss.

8 Y es que, como subraya John COTTINGHAM, con arreglo a la actual perspectiva filosófico-científica, resulta indudable que toda verdad se encuentra condicionada por una cosmovisión determinada, sin la cual no puede lograrse una "corrección objetiva" en el acercamiento epistemológico. Cfr. *El racionalismo* Trad. Juan Andrés Iglesia. Barcelona 1987, pag. 174.

9 Pues de lo contrario se pierde el sentido del progreso científico. En este sentido pone de relieve Angel SANCHEZ DE LA TORRE como "mientras la civilización europea se proyectaba a si misma hacia un casi infinito horizonte de progreso, espoleada por una triunfal euforia por las vías de

realidad sólo corresponden a enfoques diversos que, en última instancia, se limitan a insistir en las conexiones del Derecho con el entorno en sus aspectos técnico-normativos, en una aproximación racional o en un acercamiento empírico, presentando en cualquier caso apoyaturas teóricas en las que lo que se pone esencialmente de relieve son los aspectos diferenciadores[10].

El origen de tal comportamiento debe buscarse, sin duda, en la ya clásica aproximación Kantiana al Derecho. Kant concebía, esencialmente, un doble acercamiento al Derecho, según tratara de analizarse dicha realidad desde una perspectiva empírica ¿quid iuris?, -en su doble dirección del derecho presente -¿quid sit?- y del derecho del pasado- ¿quid fuit?- o, por el contrario, quisiera estudiarse desde un punto de vista especulativo -¿quid ius?-. En definitiva, pues, razón práctica de la dogmática y de la historia frente a razón pura de la filosofía del Derecho[11]. De aquí derivaron tres aproximaciones clásicas al Derecho: la lógica o crítica, la histórica o fenomenológica y la deontológica o valorativa, que permitieron la aparición de una ciencia jurídica con un objeto disgregado y desarticulado en tres ramas esenciales: la dogmática, la historia y la filosofía jurídicas, cuyo objeto era respectivamente, la estructura sistemática y la conformación lógica del Derecho, la sucesión de los sistemas jurídicos en el tiempo y el análisis de los conceptos jurídicos ideales: el derecho como es, el derecho como fue y el derecho como debe ser[12].

Desde un punto de vista teórico, los tres acercamientos descritos presentaban la gran ventaja de separar claramente tres planos diversos, permitiendo una aproximación intelectual al derecho útil y esclarecedora. En este sentido justo es señalar que a partir de Kant las ciencias jurídicas co-

---

los descubrimientos científicos y de las invenciones tecnológicas, sólo ciertas figuras excepcionales volvían los ojos hacia la continuidad histórica y hacia las condiciones que habían hecho posible el avance social y moral de la humanidad". Cfr. *Estudios de Arqueología jurídica* Dykinson Madrid 1988, pag. 9.

10 Coincido en este punto con la aproximación de U. CERRONI para quien "en el campo de las ciencias sociales el olvido de las diferencias reales entre los diferentes niveles de actividad humana se ha pagado no sólo con una persistente unificación que plantea la filosofía como *scientia scientiarun*, sino también con una desintegración de los objetos sociales". Vid. su conocido estudio *Metodología y Ciencia social* Trad. de R. de la Iglesia Barcelona 1971, pag. 135.

11 Vd. al respecto M. KANT *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) trad. de M. García Morente, tercera ed. Austral, Madrid 1967, pags. 87 y ss.

12 Cfr. A. HERNANDEZ GIL *La ciencia jurídica tradicional y su transformación* Civitas. Madrid 1981, pags. 21-23.

nocieron una extraordinaria expansión. No obstante, la desvinculación racional entre los tres ámbitos de la aproximación al Derecho plantea también no pocos inconvenientes, derivados de la propia incomunicación establecida apriorísticamente, entre la dogmática, la historia y la filosofía jurídicas; lo que tiene consecuencias especialmente preocupantes, desde el punto de vista de la definición de nuestra disciplina iushistórica, en la medida en que resulta considerablemente problemático adoptar una compartimentación tan tajante, por cuanto ni puede estudiarse la historia empírica del derecho sin saber lo que es el derecho, ni puede saberse que es el derecho sin haberlo analizado nunca concretamente[13].

Las anteriores consideraciones no pretenden tanto resolver una cuestión que sigue siendo aún objeto de intenso debate, como poner en guardia acerca de cualquier actitud monista que pretenda zanjar el tema de una vez por todas en un sentido o en otro, por cuanto entiendo que la conceptuación de la disciplina no es algo que pueda darse definitivamente por cerrado. Tampoco me identifico, sin embargo, con una posición inflexiblemente ecléctica en la medida en que admito la insistencia en uno u otros de los enfoques aludidos, pues la Historia del Derecho puede contemplarse preferentemente desde un punto de vista histórico o desde una perspectiva jurídica. Así puede hacerse incapié en la conexión de lo jurídico con una serie de fenómenos geográficos, económicos, sociales, políticos o ideológicos, etc; se consideren estos como factores determinantes o meramente concurrentes, en cuyo caso resulta claro que el acercamiento que prevalece es el histórico; o, por el contrario, apuntar hacia un acercamiento más jurídico, atendiendo no tanto a la conexión del Derecho con los fenómenos descritos, como a la cristalización técnico-normativa que se produce en cada época. Todas las aproximaciones a la Historia jurídica son, aceptables, siempre y cuando el historiador sea consciente de que mira desde ellas y no rechaze la complementariedad de otros enfoques[14].

---

13 Así lo pone expresivamente de relieve U. CERRONI cuando afirma que "el derecho como conjunto de normas positivas coercibles resulta controlable y experimentable, pero la ciencia que lo estudia no puede acceder por él al concepto" Cfr. "Conoscenza scientifica e diritto" en *Introduzione alla scienza sociale* Roma 1976, pag. 77.

14 Coincido en este sentido, plenamente, con Bartolomé CLAVERO cuando afirma que "la mejor técnica –la mejor práctica, la mejor política– es la que se vincula a una ciencia en su sentido estricto, la que asiste a su progreso y entraña su aplicación" Vid. su interesante artículo "Historia, Ciencia, política del Derecho" en *Quaderni Fiorentini* 8 (1979), pag. 55.

Hechas las precisiones antecedentes, debo señalar que el enfoque que prefiero es el jurídico, por la propia concepción que tengo del Derecho como una realidad histórica cuya correcta comprensión sólo puede lograrse desde unas técnicas precisas y concretas, que sólo posee el especialista y sin las cuales el objeto de la ciencia jurídica aparecería diluido y perdido en vaguedades.

Debo añadir, para acabar de ajustar este planteamiento inicial, que el afirmar que la Historia del Derecho deba ser realizada a mi juicio por especialistas versados en ciencia jurídica no supone en absoluto desconexión con el método o las técnicas propias de la ciencia histórica, pues, el estudio del derecho del pasado implica para mí una explicación integral dirigida a permitir una reconstrucción empírica o real de los sistemas jurídicos pretéritos, investigando los modos de creación, de exposición y aplicación de las normas, su alcance social y su vigencia, incidiendo especialmente en el enfoque que contempla el hecho normativo como la resultante de un juego de fuerzas e intereses en conflicto, en el que deviene indispensable precisar la conexión de lo jurídico con aquellos elementos de índole diversa –económica, social, etc.– que inciden en lo normativo y, en su caso, resultan influidos por ello. Sin olvidar tampoco la aproximación teórica o racional, consustancial a una realidad como el Derecho siempre tendente a la objetivación y a la estabilidad, que requiere una permanente reconstrucción del significado de los signos jurídicos con arreglo al prisma de la época estudiada[15].

Construir la Historia del Derecho con arreglo al planteamiento expuesto requiere, obviamente, un amplio concepto del Derecho, motivo por el que el paso siguiente debe ser aclarar la idea que tengo de dicha realidad.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO

A) ¿Una cuestión irreductible?

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana, aunque limitemos

15 Es acertada la imagen que ofrece al respecto A. IGLESIA cuando compara la tarea del historiador del derecho con la del paciente restaurador de estatuillas fragmentadas que antes de proceder a su tarea, y como decisión que condiciona el resultado, debe primero identificar sus restos como propios y decidir, además, sobre la totalidad o parcialidad de los mismos. Cfr. en "De Re histórica" *AHDE* 57 (1987), pags. 851 y ss.

nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años – dejando, pues, a un lado la especulación medieval y la clásica acerca de la "naturaleza del Derecho"–, han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas, como la pregunta ¿Qué es el Derecho?. Es forzoso sin embargo constatar que, como pone expresivamente de relieve H.L: HART en su más conocido ensayo de Teoría del Derecho, esta situación que para cualquier estudioso de lo jurídico resulta algo evidente y familiar, no encuentra paralelo en ninguna otra parcela de la realidad humana estudiada en forma esquemática, como disciplina académica autónoma[16].

Y es que el tantas veces invocado dictum de E. KANT, recogido en su Crítica de la razón pura, aparecida en 1781,: "los juristas todavía se afanan en la búsqueda del concepto del Derecho"[17], resulta aún, dos siglos después, plenamente actual. Incluso puede decirse que con el transcurso del tiempo el número y la variedad de las definiciones se han multiplicado y con ellas las dificultades para lograr reducir las divergencias sugeridas por los diversos planteamientos, hasta el punto de que ha llegado a hablarse de la existencia de una radical "inconciliabilidad" en este punto[18].

Ante tal dificultad, al iushistoriador sólo le caben dos caminos. O abandonar el ámbito estríctamente racional con el propósito de posponer la adopción de un concepto de derecho a la realización de una futura síntesis, intervenida tras avanzar por una vía puramente empírica; o, por el contrario, proveerse de un concepto "apriorístico" de derecho, como presupuesto indispensable para acceder al conocimiento epistemológico de las manifestaciones jurídicas del pasado[19]. De ambas opciones, sin embargo, conside-

16 H.L. HART *El concepto de Derecho* trad. castellana de G. Carrió y A. Perrot 2a. ed. Buenos Aires 1977, pag. 1.

17 E. KANT "Kritik der reinen Vernunft" en *Trasscendentale Methodenlehre*, edición manejada la de Hartenstein, Leipzig 1853, pag. 525.

18 Resultan al respecto significativas posturas como la de M. ATIENZA quien subraya la existencia de dos corrientes respecto del problema del concepto de Derecho: la de quienes piensan que no es posible lograr una definición como tal –o bien considerándola posible no la estiman útil– y la de los que consideran que la operación no sólo es posible sino también sumamente importante. Vid su *Introducción al Derecho* Barcelona 1985 pags. 5 y ss.

19 Es en este sentido que Walter HELLEBRAND pone de relieve que la Historia del Derecho, en cuanto ciencia jurídica debe constituir o presuponer su propio objeto. Vid su "Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte" en *Ius et Lex. Festgabe zum 70 Geburstag von Max Gutzwiller* Friburgo 1959, pags. 135-147.

ro únicamente válida la segunda, atendiendo al hecho, que estimo incuestionable, de que no puede construirse una Historia del Derecho científicamente válida fuera del ámbito estricto de la Ciencia del derecho[20].

Otra cuestión distinta es que pueda accederse a conocer el derecho desde una perspectiva estríctamente racional, pues, si teóricamente es posible separar el plano de la investigación lógico-crítica de un acercamiento sustancialmente fenomenológico o histórico al derecho, esta disociación aplicada en sentido estricto plantea problemas insuperables. Así lo ha puesto de relieve entre otros, U. CERRONI cuando constata la paradoja de que si no se puede saber qué es el derecho sin haberlo analizado nunca concretamente, no es menos cierto que resulta imposible estudiar la historia jurídica desde una perspectiva exclusivamente empírica, sin saber previamente lo que es el derecho[21].

¿Cómo salir de este callejón sin salida? Sin duda el dilema sólo puede tratar de resolverse recurriendo a la adopción de un "concepto instrumental" de derecho que, de acuerdo con la función esencialmente "orientadora" que se persigue, no podrá ser más que una noción "mínima" de lo jurídico, en la que se incluyan, únicamente, los elementos teóricos estríctamente indispensables a su operatividad[22]. La tarea, sin embargo, no resulta nada fácil. Para el jurista en general, por cuanto este debe tratar de acuñar un "modelo" o "esquema" definitorio que resulte tan flexible como para incluir derechos surgidos en marcos históricos-culturales muy diversos, como suficientemente inequívoco para permitir un deslinde certero de

20 En tal acepción creo que, por ejemplo, utiliza el término el prof. TOMAS Y VALIENTE cuando afirma que "como no existe un óntica jurídica (al menos yo no creo en ella) no es posible formular un concepto filosófico abtracto del derecho", en "Historia del Derecho e Historia" en *Boletín informativo de la Fundación Juan March* (febrero de 1975), pag. 13 in fine. Personalmente no considero que pueda elaborarse un arquetipo o forma conceptual al que resulte atribuible, en sentido metafísico, la realidad plenaria del Derecho; ahora bien, a mi entender, tratar de definir conceptualmente el Derecho, no sólo es posible sino que constituye el punto de partida –o de llegada– de la ciencia jurídica, que sin ello perdería tal carácter.

21 CERRONI postula, por ello, la fusión de los tres modos de acceder al Derecho. De esta forma –dice– el conocimiento del Derecho no se descompondría en una teoría desconectada de la historia y en una historia desconectada de la teoría. Vid. esta perspectiva integradora en *La libertad de los modernos* trad. cast. de R. DE LA IGLESIA Barcelona 1972, en particular pags. 37 y ss.

22 Sobre todo si tenemos en cuenta, como subraya TORRES SANZ, que nuestra disciplina "es la encargada de investigar qué es el Derecho en cada sociedad y, por tanto, de ofrecer los elementos que permitan la posterior elaboración de un o unos conceptos de Derecho". *Historia del Derecho. Bases para un concepto* Valladolid 1986, pag. 61.

lo "jurídico" frente a otras realidades fronterizas. Para el iushistoriador en particular, en la medida en que contempla el derecho como un proceso dinámico caracterizado por un continuo trasvase material de realidades diversas que son "jurídicas" en un momento histórico determinado y que en otro pueden dejar de serlo[23].

Es preciso advertir, por otra parte, que no puede soslayarse el problema con una remisión más o menos genérica al concepto elaborado por una escuela concreta, en la medida en que un planteamiento coherente implica que el concepto de la disciplina concuerde con la idea que se tenga del derecho, puesto que esta última condiciona decisivamente aquél. Concebir así el derecho como una serie de leyes cuyos antecedentes hay que conocer lleva a conceptuar la Historia del Derecho como ciencia de la legislación, del mismo modo que imaginar lo jurídico como contenido de una tradición iusliteraria transforma la investigación iushistórica en una Historia de textos. Diversidad que se acrecienta en el caso de que consideremos, en vez del modo de ser, la función que al derecho corresponde en el marco social, ya que entender el Derecho como ideal conformador de una sociedad histórica, como nivel autónomo que da forma jurídica a la restante materia social o como una superestructura condicionada por las leyes económicas y dirigida a perpetuar unas relaciones de poder, nos conduce a planteamientos muy diversos[24].

B) La concepción tridimensional del Derecho.

Atendiendo a las consideraciones expuestas, no resulta, desde luego, sencillo resolver el que P.M. GOLDING describe cómo el mayor de los problemas que plantea la Filosofía jurídica[25]; especialmente si se parte de la aproximación clásica que pretende una búsqueda conceptual de la refe-

23 La cuestión aparece claramente planteada por P. VINOGRADOFF en su *Introducción al Derecho*, particularmente en el vol II "Las normas jurídicas" Méjico 2a. ed. 1957 pags. 36 y ss y A.LATORRE *Introducción al Derecho* Barcelona 1972, especialmente pags. 23-29.

24 En cualquier caso resulta obvio que el planteamiento escogido habrá de probar su eficacia en la producción científica general o monográfica. BRUNNER que aborrecía, según HECK, las polémicas metodológicas, señalaba con razón que no hay más orientación válida que la que prueba su viabilidad en el banco de prueba de la producción científica. Vid. la cita de Heck en su *Übersetzungsprobleme* Bern 1931 pag. 26.

25 M.P. GOLDING *Philosophy of Law* New Jersey 1975, pag. 3.

rida realidad, situándola en nuestro horizonte cultural atendiendo a la multiplicidad de perspectivas desde las que puede abordarse la cuestión; diversidad que sin duda constituye la causa principal de que no se haya alcanzado una "communis opinio" en este aspecto. Quizás por ello la única vía provechosa para obtener un concepto instrumental de derecho satisfactorio sea la que parte de considerar, precisamente, los problemas a los que tiene que enfrentarse el estudioso que pretende responder a la pregunta ¿Qué es el Derecho?; siguiendo en este punto análisis recientes que resultan a este respecto considerablemente clarificadores como, entre otros –y por sólo citar algunos de los más significativos–, los realizados por C.S. NINO[26] y L. LEGAZ LACAMBRA[27]. La considerable complejidad del problema no exime a mi juicio de que, aún a riesgo de simplificar, procure avanzarse por esta vía hacia la fijación de un concepto instrumental de Derecho útil para conocer la realidad jurídica pretérita.

Desde la perspectiva indicada resulta claro, por ejemplo, que, en primer término, la definición perseguida deberá obviar las dificultades de carácter semántico que afectan a la "inteligibilidad" del propio término "derecho", oscuro, vago y dotado de una fuerte carga emotiva[28], que en el lenguaje común se presenta con tal variedad de sentidos que dicho vocablo aparece como uno de los más ambiguos y polisémicos del campo lingüístico[29]. Lo que agrava los problemas derivados de la adhesión a una determinada forma de entender el vínculo entre el lenguaje y la realidad, en la medida en que dificulta la formulación de una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que generalmente se consideran cuando se define una expresión lingüística. Y ello porque, como subraya NINO, en el campo jurídico más que en ningún otro, todavía tiene vigencia para algunos la clásica concepción platónica según la cual los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y las palabras en la medida en que constituyen vehículos de aquéllos, tienen un significado especial que va más allá de la mera convención[30]; forma de razonar expresivamen-

26 C.S. NINO *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 1983, pags. 11 y ss.

27 L. LEGAZ LACAMBRA *Filosofía del Derecho* 5.ª ed. Barcelona 1979, págs. 250 y ss.

28 Vid. al respecto C.S. NINO *Introducción* cit. pags. 13 y ss.

29 Aspecto puesto de relieve por S. CASTIGNONE, R. GUASTINI y G. TARELLO en su *Introduzione teórica allo studio del diritto. Lezioni* Genova 1979, pags. 7 y ss.

30 C.S. NINO *Introducción* cit. pag. 12.

te designada por Rudolf CARNAP "concepción mágina del lenguaje"[31] – que suele traducirse, como señala GARZON VALDES, en la búsqueda infructuosa de "esencias", "naturalezas", "estructuras lógico-objetivas" y otros parámetros de los que da cuenta una abundante literatura jurídico-filosófica[32]. En realidad, como pone de relieve A.ROSS, no puede olvidarse que el significado que asignamos a las formas auditivas o visuales en las que el lenguaje se manifiesta es claramente "convencional", por cuanto el contenido atribuido a los símbolos lingüísticos se encuentra inevitablemente determinado por las costumbres de la comunidad[33].

Finalmente, tampoco debe olvidarse el hecho de que otro de los factores que ha contribuido a dificultar notablemente la posibilidad de concretar un concepto de derecho ha sido el que, con frecuencia, los intentos de definición hayan ido dirigidos sobre todo a insertar la realidad jurídica en una concepción filosófica global, lo que, como destaca LEGAZ LACAMBRA, supone supeditar la definición del derecho a una previa opción metafísica o "actitud ante valores" que marca y delimita el contexto en el que va a moverse lo que se pretende definir; de modo que "cualquier definición del Derecho es la expresión en términos más o menos operativos de esa previa concepción fundamental que se proyecta en la idea que de él se tiene y que puede considerarse también como una idea, punto de vista o perspectiva sobre la justicia"[34]. No en vano G. TARELLO ha recordado que uno de los medios más utilizados por los juristas para hacer "política del derecho" es, precisamente el de proceder "per definizioni"[35].

Por todo ello parece acertado aceptar como concepción del derecho aquella que considera como elementos esenciales de la expresión jurídica: la norma, el hecho social y el valor jurídico, subrayando la llamada "natu-

---

31 R. CARNAP "The magic view of language" en *Philosophical Foundations of Physics* New York 1966, pags. 15 y ss.

32 E. GARZON VALDES "Las palomas de la ley y su interpretación: alguna tesis de Francisco Suarez" en *Dioneia. Anuario de Filosofía* núm. 23 (1977), pag. 31.

33 A.C. ROSS *Tu-tu* trad. castellana A. Perrot Buenos Aires 1974 pags. 12 y ss.

34 L. LEGAZ LACAMBRA *Filosofía* cit. pag. 255.

35 Concretamente TARELLO recuerda como: "tra questi concetti di campo indubbiamente gioca un rilevo político, quello di "diritto": ed è in troppo noto quali ipoteche abbiamo posto sull' operare dei giuristi le definizioni concettuali di diritto come forma, di diritto come norma, di diritto come istituzione, di diritto come ordinamento" En *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoría e metateoría del diritto* Bologna 1974, pag. 9.

raleza tridimensional del derecho"; posición que constituye desde la actual perspectiva histórica, no sólo la manifestación más clara de todas las que pretenden captar el conjunto de la realidad del Derecho –evitando, entre otras cosas, los reduccionismos estériles de las diversas escuelas–, sino probablemente la más extendida, al ser defendida por un amplio espectro de pensadores jurídicos entre los que pueden citarse, a mero título de ejemplo, autores como Elías DIAZ[36], Werner GOLDSCHMIDT[37], Miguel REALE[38], Manfred REHBINDER[39] o Karl LARENZ[40]. Resultan a tal respecto significativas las palabras de HERNANDEZ GIL cuando afirma que "la consideración del derecho como "valor", "norma" y "hecho" es, hasta cierto punto, un lugar común en el pensamiento jurídico actual"[49].

La concepción descrita presenta, además, la ventaja de resultar considerablemente útil desde el punto de vista epistemológico, tanto en el ámbito investigador como en el didáctico-expositivo, por cuanto precisamente estos tres elementos suministran una pauta adecuada para acceder al derecho desde cualquiera de las tres perspectivas bajo las que más comunmente se contempla la realidad jurídica. Estas ofrecen otros tantos cauces por los que puede acercarse el iushistoriador al conocimiento del derecho del pasado: el normativo, el fáctico y el valorativo.

a) Derecho y Norma

El Derecho es en primer lugar "norma"; aspecto que, sin duda, llama preferentemente la atención de quien topa con la realidad jurídica y que tiene su manifestación más significativa en ese carácter "fuerte" o necesario que peculiariza al derecho y que en cada momento histórico se mani-

---

36 E. DIAZ *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Madrid 1977 págs. 61 y ss.

37 W. GOLDSCHMIDT "Das Seinsollen in der juristischen Welt gemäss den trialischen" en *A.R.S.P.* 1965 núm. 41 págs. 147 y ss.

38 M. REALE *Teoría tridimensional del Derecho* Trad. castellana de J.A.S. Páramo, Valparaíso 1978, págs. 79 y ss.

39 M. REHBINDER *Einführung in die Rechtswissenschaft* quinta ed. Walter der Gruyter, Berlín-New York 1983, págs. 15 y ss.

40 K. LARENZ *Metodología de la ciencia del Derecho* segunda ed. trad. castellana (de la cuarta ed alemana) por Rodríguez Molinero, Ariel. Barcelona 1980, págs 177 y ss.

41 A. HERNANDEZ GIL *La ciencia jurídica y el problema de su transformación* Real Academia de Jurisprudencia y legislación Madrid 1977, pag. 19.

fiesta objetivamente a través de unos cauces específicos. Resulta innegable que el análisis de la vertiente normativa del derecho reviste una considerable utilidad para el iushistoriador, sobre todo por su extraordinaria operatividad a la hora de fijar los límites de los jurídico en una sociedad histórica determinada[42].

De ello se deduce que uno de los aspectos en los que debe centrar su atención el historiador del derecho es en la investigación de los modos de formación –espontánea o artificial– del derecho; elementos que, obviamente, están en función del tipo concreto de sociedad que se estudie. Así, por ejemplo, en una sociedad tradicional, en la que el poder político sea débil y plural y exista una escasa capacidad de abstracción , prima el derecho viejo y el modo de formación de los elementos normativos tiende a ser espontáneo y consuetudiario, al mismo tiempo que la función judicial prevalece sobre la innovadora, determinando que el derecho objetivo aparezca integrado por la suma de los derechos subjetivos. Por el contrario una sociedad racionalizada con un poder político fuerte y centralista y una determinada capacidad de abstracción produce un modelo jurídico con un derecho que tiende a renovar las estructuras sociales a través de un modo de formación técnico en el que la realidad jurídica subjetiva es consecuencia de un derecho objetivo dinámico e innovador[43].

La consideración de los modos formativos del derecho exige también analizar el precepto jurídico desde una determinada lógica normativa –sin duda distinta de la actual– en la que se examinen los modelos formales en los que aquél se plasma. Lo que nos lleva a admitir –cuando concebimos como unidad inseparable el elemento formal y el elemento material– que el estudio plenario del derecho requiere observar esa peculiar interrelación o conexión dialéctica que existe entre ambos elementos y que provoca un doble proceso de formación y deformación del derecho. Formativo en cuanto la norma logra objetivar determinadas relaciones sociales en el momento en el que las fuerzas de la sociedad en la que aparece logran imponerla,

42 En este sentido algún autor como Hermann KANTOROWICZ ha llegado a considerar, significativamente, a la coacción el prius lógico para definir algo como jurídico *La definición del Derecho* Madrid 1964 pag. 57.

43 Un análisis reciente y sistemático de los diversos modos de creación normativa puede verse en la brillante aportación que realiza Juan VALLET DE GOYTISOLO en su *Metodología jurídica* civitas Madrid 1988, págs. 104 y ss.

deformativo desde el momento en que el cambio social modifica progresivamente los presupuestos que originaron esa norma, cuya tendencia a permanecer en el tiempo con su forma inicial determina que funcionalmente acabe amparando, cada vez más nominalmente, situaciones nuevas no previstas por sus creadores[44].

Debe advertirse, sin embargo, que en la medida en que la norma no es una realidad exclusiva al derecho, el iushistoriador debe procurar reconocer en todo momento el carácter o no jurídico de un precepto; lo que no siempre resulta fácil cuando topamos con realidades normativas limítrofes como la Moral o los Usos Sociales.

Moral y Derecho

Ha pretendido separarse la Moral del Derecho con arreglo a criterios diversos. Uno de los más clásicos quizás sea el que parte de dividir en el ámbito de la actividad personal dos esferas distintas: Una interna regida por la moral y otra exterior regulada por el Derecho[45]. Dicha delimitación debe, sin embargo, rechazarse desde el momento en que hay que admitir que algunos actos que son proyección externa del hombre son valorables éticamente y que, a la inversa, determinadas actuaciones de orden interno pueden ser objeto de valoración jurídica[46]. Desde el punto de vista operativo que nos interesa, el criterio mencionado puede ser sin duda aplicable históricamente para separar el derecho de los preceptos ético-religiosos de algunas sociedades no muy evolucionadas, aunque siempre teniendo en cuenta que el cambio social tiende a matizar progresivamente la distinción haciéndola insuficiente. Un ejemplo claro de lo afirmado puede verse en la propia transformación experimentada por el Derecho Romano, que pasó del formalismo exacerbado de los tiempos arcaicos a formulaciones en las que el Derecho empezó a ocuparse de aspectos claramente subjetivos,

---

44 Muy descriptivamente, algún autor como E.A. HOEBEL ha llegado a hablar de un proceso de juridificación y desjuridificación en continuo cambio *The Law of primitive man. A study in comparative Legal Dinamic* Cambridge 1954, pag. 65.

45 Es, por ejemplo el planteamiento de VINOGRADOFF *Introducción al Derecho* particularmente en el vol II "Las normas jurídicas" Méjico 2.ª ed. 1957 pág. 45.

46 Para una crítica general de estos planteamientos puede verse el capítulo "Droit et Moral", de la obra de BATTIFOL *Philosophie du Droit* 4a. ed. Paris 1970, pags. 122 y ss.

como la buena o la mala fe, el dolor o la negligencia, mientras la moral, por influencia del cristianismo, iba paulatinamente entrando a valorar la conducta externa del hombre[47].

Un criterio delimitador más sutil es el que parte de situar a la Moral en el plano de lo subjetivo y al Derecho en el de lo objetivo, con la trascendental consecuencia de que la vigencia de la primera descansa en su libre aceptación por el individuo, mientras que la del segundo se apoya, en último término, en una imposición forzosa de la voluntad social: autonomía de la Moral frente a heteronomía del Derecho[48]. La distinción, sin embargo, tampoco resulta excesivamente operativa por cuanto, aplicada a la realidad de sociedades históricas concretas, no permite siempre separar con facilidad lo estríctamente jurídico de otros principios ético-religiosos que como consecuencia de un proceso de positivación se hayan impuesto de modo coactivo; como, por ejemplo, ocurre claramente en el caso de la indiferenciación teologico-jurídica característica del derecho musulmán[49].

En último término parece que para diferenciar la Moral del Derecho resulta inevitable recurrir a la idea de la particular vinculación existente entre la sociedad y el derecho, en la medida en que aquella es indispensable a la existencia de este, hasta el punto que puede decirse que el fenómeno jurídico se diferencia netamente de todas aquellas reacciones humanas que se producen también en el medio social pero que no son, "stricto sensu", derecho, por resultar aquellas tambien imaginables fuera de la comunidad social. Es lo que, con frase afortunada, pone de relieve Jaime GUASP cuando afirma que la sociedad es el "medio específico" del derecho, en cuanto éste es social *per se*, mientras la Moral y otras manifestaciones humanas lo son en modo accidental; sentido en el que resulta significativo el ejemplo de Robinson Crusoe, quien aisladamente puede comportarse ética, artística e incluso económicamente, pero no, en cambio, ser sujeto de derecho[50]. La caracterización es sencilla pero capital, por cuanto por si

47 Ejemplos concretos de este doble proceso pueden verse en B. BIONDI *Il Diritto romano cristiano* III vols. Milano 1951-1954, en particular, en el volumen II págs. 75 y ss y en el III págs. 211 y ss.

48 VINOGRADOFF *Introducción* cit. pags. 22-23.

49 Entre nosotros, como visión general del tema, sigue siendo indispensable J. LOPEZ ORTIZ *Derecho musulmán* Barcelona 1932, particularmente pags. 84-87 –sobre la doctrina de la prueba en el proceso. Una aproximación global reciente a la cuestión descrita puede verse en Lawrence ROSEN *The anthropology of justice. Law as a culture in Islamic society* Cambridge 1989, pags. 58-79.

50 *Derecho* Madrid 1971 págs. 34-35.

misma deslinda el derecho -inimaginable sin sociedad- de las otras relaciones que, aún poseyendo una dimensión social, pueden concebirse al margen de la sociedad[51].

Objetivamente, un indicio de lo anterior -y por tanto una pista para el estudioso del derecho del pasado- es que la norma jurídica tiende a ser formalmente establecida por el conjunto social, a través del correspondiente aparato de poder y una serie de instrumentos dirigidos a sancionar, en último extremo, su necesariedad. La norma moral, en cambio, no resulta exigible de modo coactivo, al menos a través de los cauces oficiales del aparato rector de una sociedad determinada. De hecho una norma puede haber sido moral en su origen pero haberse transformado con posterioridad en norma jurídica; del mismo modo que una norma inicialmente jurídica puede acabar siendo exclusivamente moral como, por ejemplo, ocurrió en el caso del divorcio vincular, lícito en el derecho romano clásico, prohibido por influencia del cristianismo desde los últimos tiempos del Dominado, y vuelto a contemplar jurídicamente, a partir de la Revolución Francesa en virtud del proceso ya descrito que, como he indicado, se desarrolla de modo permanente en cada sociedad como resultado de encontrarse ésta integrada por hombres y, en consecuencia, resultar algo vivo[52].

Derechos y Usos Sociales

Más difícil resulta diferenciar el Derecho de los Usos Sociales, en la medida en que éstos a través del mecanismo de la sanción del grupo –lo

51 Es en este sentido clásica la interpretación de A. VERDROSS, en su trabajo *La Filosofía del Derecho del Mundo occidental* Méjico 1962, en particular pags. 240-247.

52 Resulta sintética de la moderna aproximación al problema la posición de DIEZ PICAZO, para quien la Moral tiene un campo de actuación más amplio que el del Derecho. No sólo contempla los comportamientos interindividuales y las relaciones sociales, sino también el comportamiento estrictamente individual. El Derecho no regula la totalidad de las relaciones sociales contempladas por la Moral, sino solamente alguna de ellas, cuya ordenación se considera como necesaria desde el punto de vista de la convivencia pacífica. El control social que ejercen las normas morales se realiza únicamente a través de la presión que las mismas ejercen sobre la conciencia del individuo, mientras que las normas jurídicas poseen una determinada eficacia social –fuero interno y fuero externo–. Por otra parte, dicho autor pone de relieve que la coincidencia entre Moral y Derecho es parcial y no absoluta por encontrarse el Derecho al servicio de otros fines de los puramente morales, imponiendo todo ello una cierta diferencia entre Moral y derecho, al poder el Derecho proteger situaciones que son absolutamente morales o indiferentes desde el punto de vista moral. Vid. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho* Barcelona 1975, pags. 48 y ss.

que DURKHEIM llama represión social[53]– contienen un elemento de imposición exterior que les hace asemejarse al Derecho. Ello explica que los intentos de delimitación, especialmente los ejemplificados históricamente, resulten tan a menudo inoperantes. Creo así que no se pueden distinguir unos de otros, como hace KANTOROWICZ, atendiendo al criterio de la mayor o menor gravedad de la sanción que acarrea su transgresión[54] y ello porque es posible -y hasta frecuente- que el grado de reprochabilidad social que implica la violación de un uso sea superior al de una norma jurídica y, consecuentemente, su sanción más poderosa[55].

No resulta más operativo insistir en delimitaciones conceptuales, por cuanto las normas jurídicas y los usos sociales constituyen realidades análogas que participan en grado diverso de caracteres comunes; sin duda porque el Derecho no es en definitiva sino un especial sistema de usos en contínua transformación. Del mismo modo que la Moral se positiviza y un momento de la moralidad se resuelve, como señaló BESTA, en una situación jurídica, otro tanto ocurre con los usos. Meros usos sociales acaban juridificándose al cambiar su valoración social, mientras normas jurídicas pierden su condición para convertirse en meros usos sociales[56].

Por todo lo expuesto, la frontera que separa al Derecho de los usos sociales ha de situarse una vez más en el ámbito formal, en esa "fortaleza" peculiar del Derecho que sitúa al servicio de la norma jurídica un aparato de poder y un sistema de sanciones. Sin duda resulta recomendable, a la hora de enjuiciar si en una sociedad ha habido o no Derecho, recurrir a los criterios empleados por la antropología social, tratando de descubrir si en una sociedad determinada existió o no una estructura sancionatoria -espontánea o artificial-, si las reglas sociales vigentes definían un sistema de conductas con consecuencias desfavorables para los transgresores del mismo y si, finalmente, existieron personas u órganos encargados de definir e imponer una línea normativa concreta, en

53 Y que define como "la resultante de la vida en común, un producto de acciones y reacciones que se originan entre las conciencias individuales" Vid. Emile DURKHEIM *Las reglas del método sociológico* Cuarta ed. Madrid 1984, pág. 39.

54 En su obra *La definición del Derecho* cit. pag. 110.

55 Vid. ejemplos de ello en LEGAZ LACAMBRA *Humanismo y Derecho* Barcelona 1960 pags. 10 y ss.

56 Concretamente, en su *Avviamento allo studio della Storia del Diritto Italiano* 2.ª ed. Milano 1946, pag. 17.

el caso de que miembros del complejo social no se pongan de acuerdo sobre el contenido de sus relaciones[57].

Ciertamente que las notas anteriores no son por sí mismas suficientes a la hora de definir los límites entre Derecho y Moral y entre Derecho y Usos Sociales. Al menos desde la perspectiva de su conocimiento histórico resulta claro que el Derecho incorpora elementos éticos[58], porque su proceso formativo consiste en gran medida en un trasvase contínuo de usos sociales hacia la juridificación y viceversa. La idea aparece ya certeramente recogida en nuestras Partidas cuando en ellas se define el Derecho como un complejo "en que se encierran dos cosas que habemos dicho: uso e costumbre; que cada una dellas ha de entrar en el fuero para ser firme"[59].

Con todo, los rasgos descritos, la ayuda de las ciencias antropológicas y una buena dosis de cautela son los instrumentos con los que cuenta el iushistoriador a la hora de estudiar a través del prisma normativo lo que ha sido derecho en cada sociedad histórica.

b) La "socialidad" de lo jurídico.

Si el elemento normativo resulta fundamental, no es, sin embargo, el único importante. Resultan igualmente trascendentales para comprender la realidad jurídica otros aspectos, entre los que cabría destacar: los modos de creación, la exposición científico-técnica o la propia aplicación del derecho.

Puede incluso decirse que, por si solo, el imperativo de las normas desvinculado de las relaciones humanas sobre las que se proyecta, transforma lo jurídico en pura forma ideal desconectada de su verdadera vigencia. Por ello resulta esencial tener presente el principio básico de que el derecho se formula en una sociedad preexistente que no crea en abstracto las relaciones jurídicas, sino que, por el contrario, estas descansan siempre de modo ineludible en un conjunto de fuerzas sociales que imponen su voluntad a

57 Vid. al respecto A. D'ORS. *Introducción al estudio del Derecho* Madrid 1963, pags. 13 y ss.

58 Así lo ha observado FONT RIUS al señalar que las concepciones morales "marcan una impronta en la configuración de las instituciones jurídicas". Voz "Derecho histórico" en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* vol. I, Barcelona 1950. I, pag. 480.

59 Partidas, 1, 2, 7.

través de las normas, en un proceso un tanto esotérico; no sólo porque se oculta tras el formalismo impuesto por su creador aparente -sea éste el legislador u otro-, resultando por ello apenas perceptible para el observador no avezado[60], sino por cuanto la voluntad del aludido poder social casi nunca se presenta con carácter absoluto, tratando más bien de establecer un cierto equilibrio de intereses que garantice la paz social[61].

En cualquier caso, lo cierto es que no basta con analizar el elemento normativo aislado para conocer la realidad del derecho presente o pretérito y por ello el jurista en general, y el iushistoriador en particular, deben inexcusablemente interesarse por analizar la realidad del hecho social-jurídico de las relaciones entre hombres, con la finalidad de descubrir su planteamiento y desarrollo, comprobar su vigencia real e inquirir el cambio o mutación que aquellas experimentan en el curso de su devenir histórico. Sólo si se adopta éste planteamiento podrá obtenerse -siempre que las fuentes lo permitan- una visión total de la vida del derecho, de su penetración, de su vigencia y de la función que como elemento formalizador de relaciones humanas corresponde a lo jurídico. En este sentido entiendo justificada la advertencia respecto de los peligros que encierra la exacerbada polarización de los estudios histórico-jurídicos en los aspectos normativos y el consiguiente abandono de los relacionales[62].

Otra cosa distinta es, sin embargo, que el Derecho constituya una realidad esencialmente "social". Ciertamente, la Sociedad es el "medio específico" del Derecho y el aplastante aforismo: *ubi societas ibi ius* constituye uno de los lugares comunes más clásicos de la tradición jurídica. En parte por su aparente obviedad y, sobre todo, por responder al clásico planteamiento de que la vida humana debe ser estudiada en dos planos o niveles diversos: el individual, que considera al hombre desde una perspectiva física, orgánica o psicológica -cuyo estudio co-

60 J. GUASP *Derecho* cit. pags. 19-20.

61 Pues, de lo contrario, como subraya V.FERRARI, se corre el peligro de que el conflicto pueda caer "en la esfera de la anomia o en la de otro sistema normativo, general o parcial, alternativo respecto al sistema jurídico reconocido" Cfr. *Funciones del Derecho* Trad. de M.J. Añon Roig y J de Lucas Martín, Madrid Debate 1989, pag. 170.

62 Crítica que, entre otros, recoge expresamente el propio CALASSO, quien considera esencial el estudio del Derecho en cuanto "rapporto con altri nomini" *Medioevo del Diritto* Milano 1954 vol. I pag. 27.

rresponde esencialmente a la filosofía y accesoriamente a otras ciencias instrumentales- y el plano colectivo o relacional cuyo estudio corresponde a las ciencias sociales entre las que, concretamente, se encuentra el Derecho[63].

Resulta empíricamente incontestable que el derecho surge en la sociedad y desde ese punto de vista no puede sino compartirse la aseveración aludida; no obstante, tampoco puede aceptarse lisa y llanamente su aparente veracidad. Para empezar porque el hombre no es el único ser sociable -constatación importante, que parece permitir pensar en una sociabilidad ajena en cierto modo a la realidad cultural, concebida como producto del actuar humano y, sobre todo, porque la citada escisión entre las dimensiones individual y sociable del hombre suele plantearse de modo excesivamente radical. El innegable origen social del derecho no excluye que este se cree y proyecte desde el hombre individual, como intento de reglar sus relaciones con otros hombres; razón por la que, junto a la "sociabilidad" de lo jurídico, es conveniente subrayar su susceptibilidad de ser aprendido y transmitido por el hombre y, en definitiva, de ser asumido intelectivamente[64]. Es por ello que, aunque no pueda existir sino como expresión de la vida de una comunidad en la que impone su orden específico, el derecho posee rasgos inconfundibles que permiten estudiarlo científicamente con una cierta independencia respecto de los demás elementos que operan en el seno de la comunidad[65].

El historiador, el dogmático, el sociólogo o el filósofo del derecho y, en general, quien pretenda acceder a un conocimiento profundo y exacto de la realidad jurídica deberá proceder a un examen de la caterva de los as-

---

63 Comparto en este punto la aproximación que realiza RECASENS SICHES en su *Introducción al estudio del Derecho* Méjico 1971 pags 219 y ss.

64 En en este sentido que P.A. SOROKIN caracteriza la cultura por su capacidad de ser aprehendida por personalidades distintas de aquellas que la crearon. *Society, culture and personality, their structure and dynamic* New York 1974 pags. 313 y 551. El autor parece compartir los planteamientos de T. PARSONS en su *Law and Society* Boston 1952 pags. 117 y ss. También recoge un enfoque similar P. MERCIER en "Antropologie sociale et culturelle", incluido en el volumen *Ethnologie générale* de la "Encyclopédie de la Pléyade", pub. bajo la dirección de Jean POIRIER, Brujas 1962 pags. 226 y ss y 995 y ss.

65 Es la posición, por ejemplo, de L. LEGAZ LACAMBRA quien, sin embargo, pone en guardia contra la idea de una autonomía absoluta del Derecho que, en definitiva, es reflejo de la sociedad en que trata de poner orden. Vid. en *Introducción a la Ciencia del Derecho* Barcelona 1943 pag. 152 y ss y en *Filosofía del Derecho* cit. pags. 274 y ss.

pectos relacionales que subyacen en toda relación jurídica en el sentido amplio indicado, considerados en el marco de sus recíprocas interacciones y dentro de su dinámica peculiar[66].

c) La dimensión valorativa del Derecho

Pero al iushistoriador, como científico del derecho, no le basta con estudiar los aspectos normativo y fáctico de la realidad jurídica; también debe atender necesariamente a la dimensión valorativa que el derecho tiene en la época histórica que estudia. Esta aproximaxión conduce, inevitablemente, a analizar cuestiones como la de la fundamentación del orden jurídico, los fines políticos y sociales a los que la realidad jurídica se adecúa, la propia concepción de lo "justo" en la sociedad contemplada y, en general, cualquier aspecto que aclare el modo de concebir el derecho en una época determinada[67].

Ya ORTEGA definió el Derecho, con su finura y precisión acostumbradas como vida humana objetivada[68]. Con ello aludía inequívocamente a esa particular identidad que peculiariza lo jurídico como producto de la cultura, entendida ésta como manifestación del obrar del hombre; dentro de esa particular visión Orteguiana en la que la civilización, a diferencia de la naturaleza que se sostiene a sí misma, es esencialmente artificio y requiere siempre un artesano, el hombre, capaz de entenderla[69]. La fórmula resulta especialmente acertada en la medida

66 Es en este sentido que debe entenderse la lapidaria frase de W. FRIEDMAN de que "la autonomía del Derecho es una ilusión". Vid. su *Théorie générale du Droit*, Paris 1965, pag. 27.

67 Por sólo citar un ejmplo, esta concepción de la cultura como forma de ser íntima de la vida del hombre, subyace en la obra de Umberto CERRONI, si bien condicionada por el valor determinante que en la definición de la misma se atribuye a los procesos económicos. Vid. Al respecto *Metodología y Ciencia Social* 2a ed. cast. Barcelona 1971, pags. 17 y ss.

68 Conforme a la ya clásica formulación de Ortega; el Derecho es siempre una cristalización de los usos sociales que llegan a adquirir la forma del Derecho. En cuanto tales no son sino relaciones, forma de vida humana que ha sido reflejada en la norma, vida humana objetivada, vida humana viviente que recibe en el Derecho validez universal. Resultan significativas de la visión orteguiana, entre otras, las páginas contenidas en "Cultura y Vida", incluidas en su artículo *El tema de nuestro tiempo* (1923). *Obras Completas*, III Revista de Occidente, 5a edición Madrid 1962 pags. 163-168.

69 "La civilización no está ahí, no se sostiene a sí misma. Es artificio y requiere un artista o artesano. Si usted quiere aprovecharse de las ventajas de la civilización, pero no se preocupa usted de sotener la civilización... se ha fastidiado usted. En un dos por tres se queda usted sin civilización. ¡Un descuido, y cuando mira usted en derredor, todo se ha volatilizado! Como si hubiese recogido unos ta-

que acoge dos propiedades esenciales del Derecho: su carácter funcional de obra humana y su tendencia a la objetivación, concretada en su formulación preferentemente simbólica.

El carácter "cultural" de lo jurídico

El primer aspecto mencionado incide en la caracterización de lo jurídico como algo intrínsecamente humano, en la medida en que constituye un producto de la actuación del hombre. Y ello porque a estas alturas la caracterización de la naturaleza humana debe realizarse, no tanto siguiendo planteamientos sustanciales heredados de la Escolástica sino con arreglo al criterio que, atendiendo a su naturaleza "funcional", distingue al hombre de los otros seres vivos, definibles fundamentalmente por los rasgos de su naturaleza física.

El Derecho constituye, desde este punto de vista, una manifestación específica de la actividad humana como el lenguaje, la economía, el arte, la moral, o cualquier otra integrante del amplio círculo explicativo del fenómeno humano. Y ello constituye un argumento más a favor de que la comprensión y el estudio de la realidad jurídica se realicen con una visión lo suficientemente amplia como para descubrir su estructura fundamental inherente; particularmente si la aproximación a lo jurídico se realiza desde la perspectiva histórica[70].

El Derecho y su tendencia a la objetivación

El Derecho, sin embargo, no es sólo definible como un producto funcional del actuar humano. También sobresale como una de las notas características de su dimensión valorativa la tendencia a la consolidación obje-

---

pices que tapaban la pura naturaleza, reaparece repristinada la selva primitiva. La selva siempre es primitiva. Y viceversa: todo lo primitivo es selva." de "Primitivismo e Historia" en *La rebelión de las masas* Vigésima quinta edición Madrid 1986 pag. 124.

70 La transmisión y el aprendizaje tienen una importancia capital como elementos definitorios de lo cultural. Por ello RECASENS SICHES no duda en definirla como "todo aquello que los miembros de una determinada sociedad concreta aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad y lo que añaden a ese legado y las modificaciones que operan en el mismo" *Introducción al estudio del Derecho* cit. pag. 27.

tiva de la realidad jurídica a través de la creación de símbolos de índole diversa[71].

Si el organismo humano, como el de todo animal, reacciona ante los estímulos externos mediante respuestas determinadas, tiene, sin embargo, un mecanismo efector más complejo cuantitativa y cualitativamente que el de los otros seres vivos. El ser humano no sólo reacciona más diversificadamente ante un mayor número de estímulos sino que, cualitativamente, incorpora entre el estímulo y la respuesta un eslabón intermedio: el denominado "sistema simbólico" que, al introducir una nueva dimensión de la realidad, transforma decisivamente la vida humana[72]. En los organismos animales el estímulo externo provoca una respuesta física inmediata; en el hombre, en cambio, entre el estímulo y la respuesta media un complejo proceso de retraducción en imágenes o símbolos que le hace vivir en un universo no puramente físico sino simbólico, con la importante consecuencia de que, precísamente a causa del proceso descrito, el ser humano nunca se enfrenta directamente con la realidad física, pues sólo contacta con ella a través de esa interposición artificial que constituye la figuración simbólica[73].

Por supuesto, el Derecho no constituye el único producto del actuar humano que se "objetiva" en símbolos. Ante las incitaciones del mundo externo el hombre responde también mediante el mito, el arte, el lenguaje y tantas otras manifestaciones de la representación simbólica; no obstante, a la hora de abordar el conocimiento de lo jurídico en su dimensión valorativa resulta más que conveniente poner de relieve el hecho de que el

---

71 En este punto sigo la exposición de E. CASSIRER, recogida entre otras en su *Philosophie der symbolischen Formen* Vol. I, "Die Sprache" (1923), Vol II "Das mythische Denken" (1925) y Vol. III "Phönomonologie der Erkenntnis" (1929). He manejado la ed. castellana *Filosofía de las formas simbólicas* III vols. 2a. ed. Méjico 1971 que será, en adelante, la citada. En el ámbito de la comunicación, además de la dimensión simbólica, ha surgido en las últimas décadas una clara preocupación por las relaciones entre el Derecho y el lenguaje, concretada en una numerosa bibliografía entre la que cabe destacar las aportaciones de A. LEVI en "Diritto e linguagio" en *Scritti minori di Filosofía del Diritto* Padua 1957, especialmente t. II pags. 47-67, la de S TIMPANARO "A proposito del parallelismo tra lingua e diritto" en *Belgafor* 18 (1963) pags. 69-98, D. HORN *Rechtsprache und komunikation. Grundlegung einer semantischen Komunikationstheorie* Berlin 1966, especialmente pags. 157-162 y, entre nosotros, GARCIA-GALLO, quien ha destacado el paralelismo existente entre ambas manifestaciones culturales en su *Manual de Historia del Derecho* 5.ª ed. Madrid 1973 pag. 8.

72 E. CASSIRER *Antropología Filosófica*, trad. castellana Méjico, reimpr. 1974 pags. 56 y ss.

73 E. CASSIRER *Die Begriffsform im mytischen Denken* Leipzig 1921 pags. 74-75.

hombre como animal simbólico crea imágenes y símbolos jurídicos -normas- para regular sus relaciones con otros hombres[74].

No resultan baladíes las consideraciones anteriores en el momento de abordar el problema de la decisiva incidencia de la aproximación valorativa en el proceso cognoscitivo de lo jurídico. Y ello porque una consecuencia lógica del carácter cultural del derecho, y de la peculiar estructura que a raíz de ello tiene la realidad jurídica es la imposibilidad de acceder a su conocimiento sin un proceso propio y previo de aprendizaje, necesariamente complejo si consideramos que los parámetros a examinar en cada caso son específicos y diversos[75]. El Derecho no constituye una excepción, dado que en el acercamiento a su realidad el hombre topa ineludíblemente con diversos niveles o estratos desde los que puede plantear dicha aproximación[76], pues, incluso prescindiendo del triple enfoque teórico aludido en el planteamiento, es preciso reconocer que el modo de afrontar el proceso de lo jurídico depende de toda una serie de factores tanto externos a la propia realidad jurídica como inherentes a la misma[77].

La pluralidad intelectiva del Derecho

Aún considerando como vida humana objetivada, impuesta a otros hombres, el derecho constituye una realidad que aparece de modos distintos según el punto de vista subjetivo o individual en el que se encuentre situado el observador que lo examina; dependiendo, por ejemplo, de su capacidad intelectual, de que su repertorio de conocimientos jurídicos sea más o menos amplio o, simplemente, de su propio condicionamiento social o de la propia perspectiva histórica en la que se ubique

74 Vid. al respecto E. CASSIRER *Filosofía de las formas simbólicas* cit. III pags. 72 y ss. Como pone de relieve J.L. BERMEJO CABRERO "Por abstruso que sea el pensador o las ideas vertidas, hay siempre por medio un claro sentimiento de hacerse entender. Y un buen modo de conseguirlo es a través de símbolos que permiten, por decirlo así, "visualizar" las realidades más abstractas de comprensión". Cfr. *Máximas, principios y símbolos políticos* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pág. 7.

75 La cuestión aparece bien expuesta,con carácter general, por M.J. HERKOVITS en *El hombre y sus Obras. La Ciencia de la Antropología Cultural* Méjico 1969, pags. 50 y ss.

76 U. CERRONI *Metodología y Ciencia Social* cit. pag. 122.

77 Ello explica acercamientos tan generales como el que propugna Karl LARENZ quien amplía el elenco de las ciencias jurídicas hasta el punto de incluir dentro de las mismas la Sociología y la Teoría general del Derecho *Metodología de la ciencia del Derecho* cit. pags. 117 y ss.

cronológicamente el estudioso. Incluso centrándonos exclusivamente en el ámbito intrínseco de lo jurídico cabría separar planos diversos. Así, por ejemplo, desde la perspectiva de la creación del derecho cabe distinguir junto a los elementos formales –entre los que destaca señaladamente la norma, como expresión paradigmática del carácter fuerte del derecho– otros productos creativos de lo jurídico como los desarrollados por la ciencia jurídica o la aplicación llevada a cabo por los jueces, notarios, letrados y prácticos en general. Así podría hablarse de un derecho normativo, de un derecho de juristas o de un derecho judicial, como manifestaciones diversas de lo jurídico que han ido alternándose históricamente en sociedades determinadas[78].

Ni siquiera la propia consideración del derecho como norma se agota en los aspectos técnicos, pues cabe examinar lo normativo desde el punto de vista de los intereses en conflicto que la norma protege: las fuerzas políticas, económicas o sociales que se esconden detrás de ella, lo que nos obliga a situarnos en el plano de su efectiva aplicación y de la persistencia social del elemento normativo o institucional y nos conduce al ámbito de la sociología. Tampoco cabría descartar un enfoque en el que el derecho se conciba como vivencia que la comunidad experimenta respecto de aquél –experiencia jurídica– o, más abstractamente, como las ideas que dicho conjunto humano tiene del mismo[79].

La diversidad de enfoques aludida tiene una importancia aún mayor cuando nos acercamos a la cuestión del conocimiento del derecho desde una perspectiva temporal, por cuanto resulta claro que en cada época histórica se ha dado primacía a una u otra forma de conocimiento de la realidad jurídica. Por poner un solo ejemplo, bastará con fijarnos en la inciden-

78 Por supuesto, esto no significa que limite lo jurídico a las tres manifestaciones indicadas, pues, mi propia visión del Derecho como un fenómeno esencialmente histórico determina que en este punto suscriba la concepción del prof. TOMAS Y VALIENTE cuando afirma la imposibilidad de formular un concepto filosófico-abstracto del Derecho, intemporal y válido simultáneamente para todo tiempo y lugar. Vid. su artículo "Historia del Derecho e Historia" en *Boletín informativo de la Fundación Juan March* (febrero de 1975), especialmente pag. 11.

79 Es esta concepción intrínsecamente histórica del Derecho lo que, como pone acertadamente de relieve David TORRES SANZ, determina que para la correcta comprensión de la realidad jurídica sea necesario "indagar las causas, las formas y los contenidos, los ritmos, los objetivos y las consecuencias del cambio jurídico teniendo siempre presentes algunas peculiaridades del fenómeno jurídico, cuya ponderación facilita una más ajustada y exacta comprensión de dicho cambio" *Historia del Derecho. Bases para un concepto* cit. pag. 66.

cia que han tenido en la concepción del derecho a lo largo de la Historia dos factores específficicos como son: la existencia de una instancia de poder y la capacidad de abstración. En la Alta Edad Media la falta de un poder centralizado se traduce en la ausencia de órganos técnicos que produzcan el derecho; situación determinante de que lo jurídico fuese concebido como creación espontánea de la comunidad –costumbre frente a ley–, por cuanto la función del rey no se dirigía a crear sino a conservar el orden jurídico recibido por Dios. De ahí la aparición de un derecho judicial como el de las fazañas o "iuditia", manifiestamente alejado de un derecho técnico, formal y elaborado, como el de la época romana clásica, donde prevalecía un derecho de juristas, o el de las sociedades posteriores a la Recepción en las que el surgimiento de una instancia de poder territorial propició la aparición de un sistema jurídico legislativo. Del mismo modo, la falta de una capacidad de abstración lo suficientemente desarrollada explica que en la etapa altomedieval prime el derecho viejo sobre el nuevo, el subjetivo sobre el objetivo, la explicación teocéntrica de la realidad jurídica propia de la etapa de la antropología del hombre concreto frente al esquema racional de las sociedades modernas, producto de una capacidad de abstración cualitativamente superior[80].

3. LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Que el derecho pueda contemplarse desde las tres perspectivas -normativa, fáctica y valorativa- indicadas, no impide que pueda también ser estudiado como realidad pretérita. La dimensión histórica del Derecho no supone una cuarta perspectiva, sino una forma de considerar las tres anteriores con arreglo al planteamiento –hoy ya filosófica y científicamente indiscutido– de que el hombre es un ser esencialmente histórico, cuya realidad resulta inpcomprensible si no se analiza desde el prisma concreto de su historicidad[81].

80 Fenómeno magníficamente analizado por M. GARCIA PELAYO, en su trabajo "La idea medieval del Derecho" en el vol. de estudios *Del mito y de la razón en el pensamiento político* Madrid 1968 pags. 62 y ss.

81 Porque según pone expresivamente de relieve ORTEGA "ninguna actuación humana es inteligible si no se analiza ese subsuelo de creencias incuestionadas que operan tácitas a espaldas del hombre" Vid su ensayo "El carácter histórico del conocimiento" en *Historia como sistema y otros ensayos de filosofía* Revista de Occidente y Alianza Editorial Madrid 1981 pág. 85.

Únicamente, eso si, hace considerablemente más complejo el acercamiento a la realidad jurídica pretérita, en la medida en que a los problemas que plantea el conocimiento de lo jurídico -con arreglo al concepto de derecho expuesto-, se añaden los que suscita su comprensión histórica. Definir el concepto de la Historia del Derecho deviene, pues, desde este punto de vista, una tarea francamente difícil por cuanto, epistemológicamente, constituye una disciplina que entra plenamente en el campo de las ciencias jurídicas y en el de las ciencias históricas; dificultad que explica que la mayor parte de quienes han hecho de la ciencia iushistórica el objeto de su estudio terminen por adcribirse preferentemente a alguno de los dos campos mencionados.

Aceptar este maniqueismo conceptual, con sus inevitables implicaciones metodológicas, resulta sin embargo de una empobrecedora esterilidad, al dirigir el estudio del derecho del pasado, como subraya PARADISI, hacia derroteros manifiestamente parciales de los que, por definición, sólo podrán extraerse consecuencias incompletas y, por tanto, erróneas[82].

Otra cosa distinta es que dicho planteamiento esquizoide pueda justificarse desde un punto de vista teórico, en la medida en que resulte clarificadora una aproximación separada a la ciencia histórico-jurídica desde la perspectiva histórica y desde la perspectiva jurídica, como el medio más eficaz de comprender conceptualmente la intrínseca peculiaridad de esta disciplina simbiótica.

A) La Historia del Derecho como ciencia histórica

a) Razón y Tiempo

La consideración del Tiempo ha sido una de las cuestiones que más han preocupado al hombre desde que éste empezo a reflexionar sobre el mundo. Reflexión que, significativamente, surgió como reacción ante el

82 Concretamente afirma que: "Il diritto vivente consiste dunque nella circolarità tra l'esperienza che si definisce come giuridica, ma che non cessa perciò di essere un fatto storico, un fatto della vita sociale, e che ispira la legge". Cfr. su artículo "Questioni fondamentali per una moderna Storia del diritto" en *Quaderni Fiorentini* 1 (1972) págs. 27-28.

fenómeno del cambio[83], tan obvio como perturbador para la mente humana y su parafernalia instrumental de conceptos, más o menos rígidos, con los que viene tratando de aprehender la turbulenta e infinita variedad de las manifestaciones de un universo en permanente movimiento[84].

Resulta a este respecto significativo que la actitud de los primeros filósofos ante esta realidad en constante mutación fuese la de negar, precísamente, la realidad de dicha mutación, aún a costa de afirmar la imposibilidad del movimiento y de propugnar la clásica visión estática de la metafísica parménica[85]. El callejón sin salida al que conducía el planteamiento descrito trató de ser resuelto por ARISTÓTELES desde la perspectiva del ingenioso desdoblamiento Heraclitiano del ser en esencia y en apariencia, pero con la novedad fundamental de que la realidad íntima y oculta del "ontos" aparecía conectada con su manifestación externa –doxa–: ámbito que por vez primera en la historia de la Filosofía pasó a ser concebido como el puente ineludible que el hombre debía utilizar para tratar de llegar al conocimiento[86].

Junto a la movilidad de lo real aparece en la teoría aristotélica un pri-

---

83 Como subraya Julián MARIAS es precísamente el asombro que produce entre los pensadores griegos de la etapa presocrática el propio hecho del movimiento lo que constituye el punto de partida de la reflexión filosófica. Resulta según MARIAS particularmente significativo al respecto el hecho de que el propio término "kinesis" designe en griego hasta cuatro posibilidades de movimiento: cambio local, modificación cuantitativa, alteración cualitativa y transformación sustancial. "Todos estos movimientos, y sobre todo el útimo, que es el más profundo y radical, perturban e inquietan al hombre griego, pues le hacen problemático el ser de las cosas, lo sumen en la incertidumbre" Vid. su *Historia de la Filosofía* vigésima cuarta edición Madrid 1972, pág. 12.

84 Heráclito es el primer filósofo que expresa la idea del cambio perpetuo en uno de los 126 fragmentos que se conservan de su obra; concretamente, en el que tras recoger su conocida afirmación de "nadie se baña dos veces en el mismo río" considera que "no es posible tocar dos veces una sustancia perecedera en el mismo estado, porque se descompone y se reconstruye de nuevo a través de la rapidez del cambio, o mejor dicho, no es de nuevo ni a continuación, sino al mismo tiempo como surge y desaparece". Vid. texto bilingüe griego-castellano en Jean BRUN *Heráclito* trad. española Ana María Aznar Menéndez Madrid 1977, fragmento núm. 40, pág. 183.

85 Lo que constituye, como pone de relieve Manuel GARCIA MORENTE, la mayor revolución que se conoce en la historia del pensamiento humano, pues, veinticinco siglos después seguimos viviendo "en los mismos carriles y cauces filosóficos que fueron abiertos por Parménides". Vid. sus magníficos *Fundamentos de Filosofía* completados por Juan ZARAGÜETA, Espasa Calpe, octava edición Madrid 1979, pág. 53.

86 Para lo cual tuvo que salvar el difícil escollo de la filosofía heraclitiana, uno de cuyos principios fundamentales, el rechazo de la ley de la no contradicción, constituye uno de los principios básicos de la lógica aristotélica. Vid. al respecto J. LEAR *Aristotle and logical theory*, Cambridge U.P. 1985 pag. 98.

mer intento de definir el tiempo racionalmente como "la actualidad de lo posible en tanto que posible", tentativa meritoria a pesar de su tosquedad y de que sólo consideraba la dimensión temporal como una más de las posibles manifestaciones externas del ser[87]. Prueba de ello es que veinte siglos más tarde la visión cartesiana de la realidad volvía a soslayar el problema del tiempo, al defender una visión apriorística y antihistórica del mundo –res extensa–, concebido como una mera cadena de deducciones lógicas en el espacio[88].

Fue KANT quien tuvo que colmar la importantísima laguna dejada por DESCARTES, al distinguir en la "res pensante" o elemento ordenador del caos externo de sensaciones lo que él llamaba las "formas a priori de la sensibilidad": el espacio y el tiempo. Así, la dimensión temporal pasó de ser un elemento más de la realidad a constituir uno de los prismas básicos para conocerla[89]. La puerta abierta no podía dejar de dar vértigo al racionalismo y por ello HEGEL se encargó de cerrarla, añadiendo a su visión "sistémica" del espacio una ordenación lógica del tiempo en estadios sucesivos concatenados[90].

---

87 Como subraya J. FERRATER MORA, ello supone un avance considerable sobre el pensamiento platónico, criticado por el análisis aristotélico por duplicar innecesariamente las cosas al tender a mantenerlas alejadas de las ideas. ARISTOTELES se enfrenta en este punto radicalmente con PLATON en la medida en que procura de veras entender, y no sólo vagamente explicar, la génesis ontológica del objeto. Cfr. *Diccionario de Filosofía* Alianza Editorial Tercera ed. Madrid 1981. Vol I, voz "Aristóteles", pág. 208.

88 El atemporalismo de DESCARTES resulta ya manifiesto, por ejemplo, en la segunda de las cuatro etapas de su "método" en la que aconseja "diviser chacune des difficultés que j'examinerais en autant de parcelles qu'il se pourrait, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre", y, muy particularmente, en la tercera en la que se fija como regla: "conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu comme par degrés jusques à la connaissance des plus composés: et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres" *Le Discours de la méthode* Flammarion Paris 1973, pág. 37.

89 Aunque el subjetivismo inherente a la concepción temporal kantiana resulta mucho menos plausible que su teoría espacial, fundamentalmente porque resulta difícil suponer que la temporalidad impuesta por la mente sobre objetos no temporales sea únicamente consecuencia del propio proceso introspectivo del sujeto pensante. Una buena y reciente síntesis sobre la concepción kantiana del tiempo puede verse en C.D. BROAD *Kant, an introduction* Cambridge U.P. 1979, págs. 51-57.

90 Según destaca R. GARAUDI, "Hegel se asignó la tarea de hallar un método capaz de justificar lo real en su totalidad (y por consiguiente hasta en sus contradicciones) y su acabamiento". Es en este sentido que la dialéctica especulativa de Hegel tiene por objetivo "pensar la vida", con el objeto de probar que el mundo es enteramente obra del espíritu, aún en lo que en apariencia contradiga las exigencias de este. Cfr. *El método de Hegel Trad.* Ofelia Menga y Alfredo Llanos. Leviatán Buenos Aires 1985, pags. 96-97.

Las consecuencias del planteamiento descrito fueron considerables desde el punto de vista del desarrollo de la Historia, por cuanto a partir de él la dimensión temporal pasó a constituir un factor esencial para la explicación de la realidad. No es casual que una de las obras Hegelianas fundamentales sea su "Filosofía de la Historia", ni que el pensador alemás tratase de hacer una primera síntesis global de la Historia de la Humanidad[91]. El paso decisivo se encontraba ya dado y puede decirse que LAPLACE[92] y COMTE en cierto modo sólo se limitaron a llevar este estado filosófico de cosas a sus últimas consecuencias[93].

El ímpetu racionalista tendió a construir, sin embargo, una historia peculiar, sobre bases que podrían al menos calificarse de discutibles desde el punto de vista científico. Por influencia del organicismo imperante en la concepción epistemológica del XIX, los conceptos y métodos de las ciencias naturales trataron de hacerse extensivos, en plena euforia positiva, a unas ciencias del hombre que pretendieron construirse –more geométrico–[94] sobre el esquema brindado por aquellas. Así apareció la idea tan querida para el Positivismo histórico de convertir la Ciencia histórico-social en el paradigma de todas las demás, que propi-

---

91 Así llega a establecer hasta una periodización concreta en la que distingue una primera fase oriental, una segunda helénico-occidental y una tercera etapa que denomina como la del "mundo germánico", cuyo principio espiritual esencial sería la reconciliación de la subjetividad que existe por si misma con la diversidad del mundo. Cfr. G.W.F. HEGEL *Lectures on the Philosphy of World History* Trad. de H.B. Nisbet, con introducción de Duncan Forbes. Cambridge U.P. 1988, pags. 196 y ss.

92 Pierre Simón, marqués de LAPLACE (1749-1827), que desarrolla, aún antes de publicar su fundamental *Essai philosophique sur le fondement des probabilités* (1814), toda una concepción del universo como sistema ordenado en su *Exposition du système du monde* (1796), hace la síntesis de todas las consecuencias que en el curso del siglo XVIII los científicos habían sacado del principio de la gravitación universal, formulado por Nexton en 1687. Po ello, como subrayan Ch. BRUNOLD y J. JACOB, durante buena parte del siglo XIX LAPLACE fue visto como la referencia previa ineludile de quienes se iniciaban en el camino de la ciencia. Cfr. *Lectures sur les problèmes de la pensée contemporaine* Belin París 1970, pags. 118-119.

93 El propio Augusto COMTE se sitúa en una cierta tradición filosófica. Así reconoce a HUME como "mon principal précurseur philosophique", aunque considera como "pères systématiques de la vraie philosophie moderne" a BACON, DESCARTES y LEIBNIZ. Vid. su *Catéchisme positiviste* (1852) Ed. manejada Garnier-Flammarion Paris 1966, pág. 32.

94 Resulta a este respecto especialmente representativa una de las obras cumbres de Baruch de SPINOZA (1632-1677), concretamente, su *Ethica ordine geometrico demonstrata* (1661-1665), aunque publicada póstumamente que constituye un ejemplo extremado de la tendencia racionalista y matemática, llevada incluso a la forma externa de la filosofía. Vid. Al respecto J. MOREAU *Spinoza et le spinozisme* PUF Paris 1971, particularmente pags. 47 y ss.

ció todo tipo de intentos de explicar la evolución de la sociedad en el tiempo y en el espacio, mediante el señalamiento de sus causas determinantes y las leyes a las que aquella se hallaba sometida[95].

Hoy ya ciertamente nadie discute la validez del "evolucionismo" como ciencia, desarrollada inicialmente por LAMARCK y DARWIN como fruto de la observación sobre los orígenes y transformaciones de la vida[96]. No obstante, como ha puesto de relieve J. MONOD, no deben confundirse las dimensiones del evolucionismo como hecho –claramente incuestionable– y como filosofía; idea esta última, ya no tan "objetiva", según la cual el cambio de lo vivo se dirigiría ineluctablemente hacia logros no sólo mejores sino necesarios, y que sólo pueden explicarse como conclusión apresurada de un positivismo ingenuo que propugnaba una nueva metafísica de la "necesidad" del hombre en cuanto estadio último de la evolución[97].

Los abusos indudables a que condujo la aplicación extrema de los planteamientos racionalistas en el ámbito de la explicación y conocimiento de la dimensión temporal de la realidad provocaron el surgimiento de aquellas corrientes vitalistas cuyo principio básico es el rechazo apriorístico de cualquier criterio racional que por su estructura o consistencia intelectual paralice la comprensión activa de lo vivo. Autores como KIERKEGAARD, SCHOPENHAUER, SIMMEL o BERGSON propugnaron orientaciones de la filosofía del conocimiento bien diversas de las contempladas por el racionalismo tradicional que, sin embargo, no ofrecían alternativas realmente operativas para avanzar en el entendimiento de esa realidad vital en perpetuo movimiento en el tiempo y en el espacio[98].

---

95 Con ello creía haberse establecido la Historia como una ciencia exacta en la que sería factible determinar "a priori" las leyes que presiden el movimiento y el cambio. Vid. al respecto G. LEFEBVRE *El naciminento de la historiografía moderna* Barcelona 1974, pag. 240.

96 Pone de relieve Steven M. STANLEY al respecto, como "el enriquecimiento histórico de la teoría general de la evolución también se manifiesta claramente en el desarrollo de la genética moderna que tras dejar a un lado el inconveniente temporal de la herencia mezclada, continúa proporcionando nuevos niveles de comprensión evolutiva". Cfr. *El nuevo cómputo de la evolución. Fósiles, genes y origen de las especies* Siglo XXI Madrid 1986, pág. 209.

97 Para MONOD en el evolucionismo filosófico residen los últimos impulsos del animismo, entendiendo por tal toda la concepción del mundo que conecta al hombre con la naturaleza en una síntesis explicativa. Cfr. *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Seuil París 1970, particularmente, pags. 135 y ss.

98 Y ello porque, como destaca el neokantiano J. HESSEN, cuando el hombre tropieza en su

La solución al dilema planteado no empezaría a resolverse hasta finales del siglo XIX, cuando hombres como BRENTANO, HUSSERL, WINDELBAND, RICKERT o DILTHEY apuntaron, desde una perspectiva neokantiana, la necesidad de establecer la –desde nuestro punto de vista– ya clásica dicotomía: ciencias de la naturaleza-ciencias del espíritu[99]. El planteamiento, al margen de sus indudables ventajas, comportaba sin embargo no pocas dificultades, al menos desde el punto de vista de la Historia, en la medida en que tendía a considerar a ésta como ciencia de lo individual. Esta actitud ha dado lugar a no pocos equívocos al propiciar intentos de separar y caracterizar las ciencias atendiendo no al objeto de su consideración –el pasado, en el caso de la Historia– sino a la especial lógica que presidía su estudio[100].

b) Historia y Ciencia

Ha constituido un viejo tópico contraponer el conocimiento histórico como contrario y opuesto al "propiamente" científico, con arreglo a la idea de que la historia se encuentra orientada hacia la captación intelectual de lo concreto e individual, a diferencia de las ciencias físicas cuyo objeto estaría constituido por hechos regidos por leyes generales, abstractas y previsibles. La visión responde a una concepción dicotómica del universo que alcanzó su punto culminante a mediados del siglo pasado, según la cual la «naturaleza» con la rigidez inexorable de sus principios y leyes se opone al hombre y, especialmente, a lo que en él reside de más íntimamente personal: su libertad; por cuanto ésta hace imposible prever su conducta con arreglo a un esquema de ineluctibilidad legal.

---

querer y desear con resistencias, vive en estas, de un modo inmediato, la realidad. Ello explica que nuestra convicción de la realidad del mundo exterior no descanse en un razonamiento lógico, sino en una vivencia inmediata, en una experiencia de la voluntad. Cfr. *Teoría del conocimiento* trad. del alemán por José GAOS. Espasa Calpe, decimoséptima edición. Madrid 1981, pág. 85.

99 Tal distinción aparece en la *Geschichte und Naturwissenschaft* de WINDELBAND, Leipzig 1894 o en la *Teoría de la Historia* de XENOPOL Trad. de D. VACE (Madrid 1911). Su expositor definitivo y más brillante sería, sin embargo, DILTHEY, Vid. por ejemplo su *Introducción a las Ciencias del espíritu* Ed. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la primera edición española de 1944, Méjico 1978, particularmente, pags. 37 y ss.

100 Vid. al respecto la valoración de WINDELBAND Y DILTHEY que realiza R.G. COLLINGWOOD en *The idea of history* Oxford University press Vigésima primera edición 1982 (Primera ed. 1946 pags. 164 y ss.

La idea no es originaria del positivismo comtiano, pues ya BACON parangonaba la historia con el puro conocimiento empírico, concibiéndola como una función meramente instrumental dirigida a proporcionar datos utilizables por la verdadera ciencia o la filosofía[101]. No obstante, es indudable que precisamente durante el período que media entre BACON y la aparición del positivismo el planteamiento fue precisándose a medida que fue cambiando la orientación de las propias ciencias naturales, que paulatinamente fueron desplazándose desde el terreno de la explicación causal hacia el de la descripción de la forma en que se producen los fenómenos, de manera a inducir de aquella un principio general constante. Este nuevo modo de determinar un conocimiento científico recibió el nombre de "ley, entendida la palabra como expresión de relaciones fijas y constantes y, en consecuencia, formulables a través de una ecuación matemática. El concepto de "ley" así expresado difería claramente del de "causa", por cuanto este último se refería no al cómo sino al porqué de los fenómenos empíricamente observados. El proceso descrito culminaría en el Positivismo, doctrina que excluye a la historia del conocimiento científico porque, como pone de relieve DURKHEIM, aquella se ocuparía del conocimiento de las causas, en lugar de establecer conexiones "legales"[102].

La postura descrita incidió decisivamente en la caracterización de métodos diversos –podría decirse que opuestos– para la construcción de la historia y las ciencias de la naturaleza. Estas tendieron a construirse sobre la base de un esquema determinado: unos conocimientos tomados de la experiencia que se disponen en clases y categorías, y de los que tratan de deducirse reglas o leyes generales cuya verificación trata de comprobarse después mediante la constatación de casos concretos, de manera que puedan resultar previsibles, desde su aparición hasta sus modalidades y accidentes. La historia, por el contrario, se configuró como el campo de lo individual e irrepetible, y como tal se consideraba irreductible a leyes gene-

---

101 BACON dividía el mapa del conocimiento en tres grandes areas: poesía, historia y filosofía, respectivamente regidas por las facultades intelectivas de la imaginación, de la memoria y de la comprensión. Un resumen de su concepción de la historia puede verse en R.G. COLLINGWOOD *The Idea of History* cit. pag. 58 y la síntesis de M. GENTILE Voz "Bacon" en *Diccionario de Filósofos* Centro de Estudios Filosóficos de Gallarate. Ed. Rioduero. Madrid 1986. Vol. I, pags. 114-116.

102 Cfr. Emilio DURKHEIM *Antología di scritti sociologici* Ed. preparada por Alberto Izzo. Il Mulino, Bologna 1978 pags. 47-48.

rales, atendiendo a que las constataciones empíricas sobre las que se construye: los hechos del pasado establecidos a través de los métodos del historiador, no se ordenan según géneros y categorías sino con arreglo a una sucesión temporal; así como porque en vez de explicarse conforme a principios de carácter general, su ordenación responde a un criterio de encadenamiento casual[103].

Independientemente de que la dicotomía haya entrado en crisis a la luz de la nueva orientación que han tomado las ciencias de la naturaleza como resultado de los descubrimientos más recientes, debe reconocerse que dicho planteamiento contribuyó notablemente a colocar a la historia, y a las "humanidades" en general, en un rango epistemológico inferior al de las ciencias "exactas", consideradas por esta tendencia como las únicas verdaderas. Actitud que contribuyó poderosamente a crear un clima espiritual entre los cultivadores de las primeras no exento de cierta dosis de amargura y desaliento que explica, por ejemplo, posturas como la de HUIZINGA, quien llega a afirmar que "la historia debe llamarse ciencia eminentemente inexacta"[104].

Es preciso reconocer también que bajo el peso de esta visión estrecha de la filosofía positiva, paradojicamente, los estudios históricos conocieron una importante renovación de sus técnicas, pudiendo sin duda afirmarse que nuestro actual modo de concebir la historia es directamente tributario de la profunda revisión metodológica iniciada por autores como NIEBUHR y RANKE[105]. No obstante, la contrapartida fue que los historiadores de aquella época no pudieron evitar la influencia de los criterios lógicos dominantes, ni sustraerse a la desazón que les producía la irreductibilidad de la historia al esquema de las ciencias naturales. Sin duda por ello el plantemiento de la metodología histó-

---

103 Los rasgos generales del proceso descrito aparecen bien sintetizados en la magnífica *Storia del pensiero filosófico e scientífico* de Ludovico GEYMONAT. Garzanti, Milano 1971 Vol. IV, pags. 7 y ss.

104 En su ensayo *Sobre el estado actual de la ciencia histórica* Madrid 1934 pags. 26 y ss.

105 Esta renovación data, pues, de principios del siglo pasado, ya que la *Historia Romana* de NIEHBUR, empieza a aparecer en 1811 y la *Historia de los Pueblos Latinos* de RANKE, en 1824. Ambos historiadores, independientemente de la búsqueda de leyes concretas, propician la aplicación del método crítico para descubrir y fijar los hechos en sí. Vid R.G. COLLINGWOOD *The idea of History* cit. pag. 130. Este es el sentido de las famosas palabras de RANKE: "wie es eigentlich gewesen war" en su conocida "Geschichten der romanischen und germanischen Völker" en *Werke* Leipzig 1874 vol. XXXIII-XXXIV, p. vii.

rica se ha reducido fundamentalmente desde entonces a dos cuestiones fundamentales de las que se hacen derivar todas las demás: el acercamiento de la ciencia histórica a las ciencias de la naturaleza y el "subjetivismo" inevitable de que aquella adolece.

La primera cuestión surge en torno al dilema de si es posible que el historiador relacione los hechos estudiados de tal manera que logre establecer "leyes históricas", siguiendo el modelo de las ciencias naturales, o, por el contrario, la condición de irrepetibles e individuales que caracteriza a los hechos históricos hace que resulte contradictorio cualquier esfuerzo generalizador. Ello explica, sin duda, que desde entonces no haya sido infrecuente que los historiadores busquen la manera de establecer principios generales que puedan dar categoría "científica" –en sentido obviamente positivista– a la disciplina que trataban de construir, con el objeto de "dignificarla" a través de un peculiar proceso de "limpieza de sangre científica"; tendencia que explica el ensanchamiento del campo de investigación recurriendo a la consideración de pautas y procesos duraderos, en sustitución de la pura "histoire événementielle"[106]. El segundo problema se plantea en la medida en que se constata que el historiador no conoce los hechos históricos de manera directa, sino a través de testimonios; circunstancia que le obliga a someter dichos datos a una labor interpretativa que cubre necesariamente la objetividad fáctica de un velo más o menos denso de subjetividad[107].

La Historia y las "Ciencias Naturales"

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, puede

106 En este sentido Pierre CHAUNU denuncia la corriente historiográfica que pretende "qu'il n'y ait de science que du mesurable et que l'histoire puisse et doive, dans ce sens même prétendre à une promotion scientifique" Vid. su monumental obra *Seville et l'Allantique (1504-1650)*, I, Armand Colin Paris 1955, pág. 6.

107 A ello se refiere Eloy BENITO RUANO cuando escribe: "Para el testigo de buena fe y para el historiador honesto, su propia versión de los hechos es, como la definición stendahliana de la novela, el resultado de la acción de pasear un espejo a lo largo de un camino. Si bien, en nuestro caso, la azogada lámina no es paseada sólo a lo largo de una ruta, sino además cara a otra dimensión no espacial: el tiempo. Y no ante una realidad viva y presente, sino frente a la impronta de la ausencia, ante el vacío de una memoria". En *De la alteridad en la Historia* Discurso de recepción en la Academia de la Historia, leido el 22 de mayo de 1988. Real Academia de la Historia, Madrid 1988, pag. 21.

decirse que en la actualidad se han superado los excesos de la filosofía epistemológica del siglo XIX, producto exclusivo, por otra parte, de la desesperación que sentían los positivistas al no poder reducir la historia a los esquemas de una ciencia exacta. Y ello tanto desde la perspectiva de las ciencias de la naturaleza como desde la historia[108].

Por una parte resulta claro el desvanecimiento de la posibilidad de establecer leyes de validez universal para las ciencias naturales, desde el momento en que aquella ha perdido el carácter absoluto e incondicionado del que gozó, sobre todo durante la etapa positivista, Hoy los cultivadores de las Ciencias Físicas admiten abiertamente que las leyes científicas son válidas exclusivamente en sectores concretos de la realidad fuera de los cuales pierden su validez, lo que permite decir en cierto modo que las leyes físicas se han hecho históricas[109].

Desde el punto de vista de la Historia, la historiografía moderna –y en particular la historiografía jurídica– tiende a operar con conceptos que no son estrictamente individuales por guardar una relación, implícita o expresa, con géneros de hechos. No podemos pensar, por ejemplo, en ALONSO DÍAZ DE MONTALVO sin considerarlo un "recopilador" del derecho regio y un jurista "castellano", formado en la tradición del "derecho común"; y lo mismo ocurre cuando hablamos del tratamiento del "préstamo" en el "derecho visigodo", o de las "fuentes" del derecho "local" "catalán", etc. Lo que en realidad ocurre es que el estudio histórico requiere una cierta abstración de la realidad, impuesta por la circunstancia de que no todos los datos que podemos rescatar del pasado constituyen por sí mismos hechos históricos. Sabemos, por ejemplo, que se han realizado múltiples operacio-

---

108 Como escribe William Cecil DAMPIER: "Hasta fines del siglo XIX, aproximadamente, perduró la tendencia a exagerar el alcance filosófico de las leyes naturales; tendencia debida, en gran parte, a los enciclopedistas franceses del siglo XVIII. Después, por influjo de MACH principalmente, osciló el péndulo del pensamiento científico en la dirección contraria, de forma que las leyes naturales se redujeron a meros signos taquigráficos de la experiencia y de la rutina de la sensación". Vid. su magnífica *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión* Traducción de la cuarta edición inglesa por Cecilio SANCHEZ GIL Tecnos, Madrid 1986, pag. 493.

109 Es en este sentido que H. POINCARE define una "buena experiencia" como aquella que nos hace conocer algo más que un hecho aislado, o la que nos permite prever, es decir, la que nos permite generalizar, pues sin generalización, la previsión es imposible. Las circunstancias en que se ha observado no se reproducirán jamás todas a la vez; el hecho observado no volverá a comenzar jamás, lo único que se puede afirmar es que en circunstancias análogas un hecho análogo se reproducirá" Cfr. *Filosofía de la ciencia* Universidad Autónoma de Méjico. Méjico 1984, pag. 3.

nes de cambio trayecticio en la Castilla de la época de Felipe II, y cualquier documento en el que aparezca reflejada una de ellas –v.g. una letra de cambio o un protesto notarial– constituye para nosotros un material precioso, en la medida en que se trata de un elemento que nos permite conocer el juego jurídico concreto de dicho negocio. Pero ello no significa, obviamente, que tomemos como objeto de la historia del derecho castellano una operación cambiaria en particular, sino la forma trayecticia en su contexto –por ejemplo, la práctica nundinal– y en su evolución –fase de la desvinculación del título de la operación negocial subyacente–[110].

Con ello quiero subrayar que el carácter individual de la Historia no radica en los datos aislados, dado que, para seguir con el ejemplo escogido, cada operación cambiaria viene a ser poco más o menos similar a otras muchas que podemos conocer, y en tal sentido una cambial concreta poco tiene de individual al insertarse en un amplio género negocial, en el que cabe vislumbrar algunos rasgos generales repetibles –por ejemplo, la propia forma del título cambiario–. De este modo resulta claro que respecto del cambio trayecticio, examinado como un todo en cada una de sus diversas fases evolutivas, pueden sonsacarse algunas líneas permanentes que, sin embargo, en la medida en que en cada etapa histórica se amoldan a unas circunstancias determinadas, resultan al mismo tiempo irrepetibles. Así, por ejemplo, la claúsula valor se repite invariablemente en las letras de cambio desde el siglo XIV hasta nuestro días, pero su función jurídica cambia varias veces de sentido en las sucesivas etapas evolutivas de la institución cambiaria[111]. Por todo ello, puede afirmarse que la solución al problema de la ley histórica pasa, sin duda, por un mayor acercamiento al significado de esos "conjuntos" en los que se insertan los hechos históricos, cuyo signo se mueve desde un indeterminismo extremo, como el que criticaba BRAUDEL, hasta las tendencias más rotundamente deterministas que pretenden, pura y simplemente, reducir la historia a la categoría de ciencia natural[112].

---

110 Vid. al respecto mi *Historia de la letra de cambio en España. Seis siglos de práctica trayecticia* Madrid 1988 pags. 390 y ss.

111 Ibidem pags. 44 y ss.

112 Es por ello que R. ARON observa agudamente que "la critique de la raison historique détermine les limites et non les fondements de l'objectivité historique". Cfr. *La Philosophie critique de l'histoire* Vrin Paris 1969, pag. 290. Una síntesis de las diversas tendencias historiográficas descritas puede verse en F. TOMAS Y VALIENTE *"Reflexiones sobre la Historia"* en R.H.D. II-2 (1981), pags. 93-152, particularmente 107-119.

La "objetividad" de la Ciencia histórica

Por lo que se refiere al segundo de los problemas fundamentales que plantea la metodología histórica postpositivista, el de la labor personal de selección e interpretación que corresponde al historiador en el acto de reconstruir el pasado, no cabe duda de que ha sido otro de los factores que han contribuido a diferenciar la Historia de las Ciencias físicas, con base en la opinión que atribuye un carácter "objetivo" al conocimiento de estas, frente al caracter "subjetivo" predicable de aquella, derivado de la circunstancia de que su conocimiento sólo es posible a través de la objetividad pretérita[113].

La visión descrita es, no obstante, cuestionada actualmente tanto por los cultivadores de las ciencias naturales como por los propios historiadores. Hoy se reconoce unánimente en el ámbito de las ciencias que la observación del científico se encuentra condicionada por las circunstancias de observación que él mismo ha escogido, de modo que, necesariamente, la realización de un experimento concreto se debe a un proceso mental previo de selección[114]. Del mismo modo, desde el punto de vista de la Historia, autores como CROCE han puesto sobradamente de relieve como en este campo no puede eliminarse la personalidad del investigador, aunque resulte rechazable su afirmación de que "toda historia es del presente"[115].

Hoy parece tan absurda como ingenua la pretensión de los historiado-

113 Coincido enteramente con G. DUBY cuando afirma no creer que queden entre los historiadores actuales muchos que sigan adoptando el punto de vista del positivismo, cuando con el auge de las ciencias exactas se consolidó el sentimiento de que era posible llegar a un conocimiento escrupulosamente verdadero de lo que había ocurrido en el pasado, "que era posible crear una historia científica". En realidad el historiador francés se encuentra plenamente "convencido de la inevitable subjetividad del discurso histórico", a pesar de que sea necesario hacer todo lo posible por aproximarse "a lo que podríamos llamar la "realidad", en relación a esa construcción imaginaria que es nuestro discurso" Cfr. *Diálogo sobre la Historia. Conversaciones con Guy Lardreau* Trad. Ricardo Artola. Alianza Editorial, Madrid 1988, pag. 43.

114 Como apunta H. POINCARE, toda verdad particular puede ser desarrollada de una infinidad de maneras, pero entre esos mil caminos es necesario hacer una elección provisional al menos. *Filosofía de la ciencia* cit. pags. 94-95.

115 Fundamentalmente porque como sugieren N. BADALONI y C MUSCETTA: "per capire la direzione della riflessione crociana è necessario aggiungere che, costruendo un tale gioco di riflessione tra l'empiria e i concetti puri, Croce si proponeva, in realtà, lo scopo di dare un' interpretazione' del mondo contemporaneo" Cfr. *Labriola, Croce, Gentile* La terza. Bari 1981, pag. 65.

res decimonónicos de integrar el saber humano con el testimonio desnudo de los hechos contenidos en las fuentes, como si estas debidamente criticadas, depuradas y reconstruidas constituyesen en sí mismas la historia. No cabe duda de que las labores descritas, previamente imprescindibles, resultan por sí solas completamente inservibles para conocer el pasado sin la abstracción intelectual del historiador, dirigida a insertarlas en los "conjuntos" irrepetibles. Todo ello sin contar con que en las colecciones de testimonios históricos se halla siempre necesariamente presente la personalidad del erudito, aunque sólo sea por el hecho de haberse visto obligado a usar un criterio personal de selección y crítica[116].

En definitiva resulta inevitable que ante un hecho físico o histórico no observemos sino lo que nos interesa, por cuanto de ese hecho sólo nos atrae aquéllo que responde a nuestra pregunta. El análisis epistemológico dirigido a construir todo saber –histórico o científico natural– responde siempre a una interrogante previamente formulada, a un objeto preparado de antemano hacia la obtención de aquella[117]. Que la historia consista en un saber que es del presente es algo que, como puso de relieve SCHWERIN, no puede negarse, atendiendo al hecho de que el sujeto cognoscente vive en época diversa de la estudiada. La singularidad del conocimiento –y su principal dificultad– consiste en "dominar" el pasado con el pensamiento, a través de la adaptación de nuestras categorías mentales a aquellas contemporáneas al testimonio estudiado; proceso que exige la consiguiente retraducción simbólica que todo fenómeno humano requiere[118].

En definitiva negar la categoría de "científico" al saber histórico, aten-

116 Como pone magistralmente de relieve M. GARCIA MORENTE, la racionalización de la historia que proponen los positivistas es imposible por cuanto "pretende dar a la historia un carácter que la historia no tiene de suyo, quitándole en cambio un carácter que constituye su propia esencia. La historia es, por esencia, vida, es decir, tiempo." Cfr. *Ideas para una filosofía de la Historia de España* Universidad de Madrid 1943, pag. 15.

117 Constatación bien captada por W.C. DAMPIER quien subraya que: "aún en el caso de tomar la observación empírica como única base del conocimiento físico, por el mismo caso procedemos subjetivamente al seleccionar así el tipo de conocimiento que debe aceptarse como auténticamente físico; el universo descubierto por este procedimiento no puede ser enteramente objetivo. La ciencia epistemológica investiga el sentido del conocimiento en vez del de ninguna supuesta entidad, es decir, del mundo externo, y sus símbolos sólo corresponden a ciertos elementos cognoscitivos. Así llegamos a un subjetivismo selectivo, en el que las leyes y las constantes de la naturaleza son plenamente subjetivas" *Historia de la ciencia* cit. pag. 516.

118 Vid. su *Deutsche Rechtsgeschichte* Ed. B.G. Teubner. Leipzig 1915, pags. 4-5.

diendo al hecho de que el objeto de la Historia, a diferencia del de las ciencias naturales, no se refiere a datos singulares sino a conjuntos irrepetibles resulta una falacia. Tanto porque las nociones de "legalidad" y "objetividad", aplicadas a la Historia y a las "ciencias", no son irreductibles, dado que ambas resultan menos generales y absolutas de lo que hace un siglo se pensaba, como considerando que en la Historia existen principios objetivos de observación que hacen posible formular, referidas a un conjunto determinado, leyes de validez innegable[119].

c) Acerca del "cientifismo" de la Historia jurídica

Si la problemática descrita se planteó en el campo de la Historia General, resulta comprensible que ésta tuviese alguna repercusión en el ámbito especializado de la Historia jurídica. Ello explica la actitud de una serie de autores que centran metodológicamente su labor en la definición de unas presuntas leyes que regirían la evolución histórica-jurídica.

Es el caso de GAUDENZI, quien llega a distinguir como pautas rectoras de la evolución histórico-jurídica: la tendencia del Derecho a permanecer en el tiempo, el establecimiento de normas simples y generales, la fijación de un sistema y de una progresiva diferenciación reguladora[120]. La posición tuvo algún eco entre nosotros en la figura de UREÑA, quien más sintéticamente reduce las "leyes generales" a la tensión existente entre lo tradicional y lo innovador y a la oscilación entre la flexibilidad y la rigidez que experimenta el derecho en su proceso de adaptación al medio ambiente[121].

Más recientemente destaca en el sentido descrito la postura de DE

119 Por ello subraya A. TOYNBEE que, aunque la idea de unicidad se mantenga como la primera preocupación del historiador ello no impide que la Historia siga interesándose por la "relación entre lo único y lo general". Y ello porque "la yuxtaposición de esta pareja de conceptos no resulta en absoluto arbitraria, al encontrarse vinculados manifiestamente el uno al otro de un modo que sobrepasa los límites de la epistemología" Vid. su célebre *A Study of History* Oxford 1972. Revisión abreviada por el autor y J. CAPLAN de su obra monumental del mismo título publicada en doce volúmenes entre 1939 y 1961. He manejado la traducción francesa de la obra, trad. J. POTIN, P. BUISSERET y otros, publicada bajo el título *L'Histoire* Bruselas 1978, pag. 662.

120 Vid. por ejemplo, "Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo" en *Archivio Giuridico* 31 (1883) pags. 271-304.

121 La huella de GAUDENZI en el pensamiento de Rafael de UREÑA es bien patente en su *Historia de la Literatura jurídica española* Madrid 1906, I, especialmente pags. 241-283.

FRANCISCI, quien se fija en el carácter necesario que el Derecho tiene en toda sociedad humana que, junto a su peculiaridad configuradora de la realidad social, su tendencia a la estabilidad y la conexión interna entre sus elementos e instituciones[122], constituirían los principios rectores de su devenir histórico. Para HELLEBRAND, en cambio, cabría reducir a dos las leyes rectoras de la transformación de lo jurídico en el tiempo: su carácter histórico –y en tal sentido progresivo– y su concreción en un sistema que tiende a la permanencia, entendida como la resultande del equilibrio entre dos fuerzas antagónicas; el progreso y la estabilidad[123]. En este último aspecto se aleja de la posición de AHRENS quien pretende fundar la dinámica del cambio jurídico sobre el desarrollo de las tres etapas que considera apreciables en cada sistema: las de unidad, oposición y armonía[124]. Claramente más descriptiva es la postura de VON LÜBTOW, quien siguiendo postulados similares a los de MITTEIS pretende construir una *Geistesgeschichte* desvinculada del enfoque dogmático, partiendo de una serie de principios deducibles de la mera observación empírica, como los de continuidad, progresiva abstracción, diferenciación y ramificación, finalidad cambiante, transformación, convergencia y expansividad normativas del Estado[125].

El abandono progresivo de los rígidos conceptos de ley y causa, empleados hasta el presente por las ciencias de la naturaleza ha hecho entrar en crisis la preocupación por someter a reglas la evolución del Derecho, en un momento en el que la división antitética del campo científico tiende a ser superada por la aproximación cada vez mayor de las Ciencias del hombre a las de la naturaleza. En el campo de las ciencias histórico-culturales, cuyo objeto es el estudio de las pautas del comportamiento humano porque, como pone de relieve MARAVALL, su consideración como ciencias de lo que se repite contribuye no poco a que se produzca una asimilación progresiva de métodos y objetivos toma-

122 Vid., por ejemplo su *Storia del Diritto Romano*, Milano 1941 I, Intr. y pags. 43-84.

123 "Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte" en *Ius et Lex. Festgabe zum 70 Geburstag von Max Gutzwiller* Friburgo 1979, cit. pag. 67.

124 Fases sobre las que trata de construir una Historia universal del Derecho. Vid. su *Historia del Derecho* trad. de F. GINER Y A.G. LINARES Buenos Aires 1945, pag. 23.

125 VON LÜBTOW *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte* Berlin 1954, en particular pags. 37-38. Tal postura es mantenida entre nosotros por J.M. PEREZ PRENDES El *Derecho en su Historia* Madrid 1969, pags. 23-27.

dos de las ciencias experimentales[126] y en el ámbito de las Ciencias de la naturaleza, como consecuencia, fundamentalmente, de la formulación de principios como el de la relatividad o indeterminación, surgidos en el campo de la física cuántica que, como ha subrayado recientemente Stephen HAWKING, han obligado al investigador a otorgar a sus leyes y causas un valor puramente estadístico[127].

Desde otro punto de vista, los intentos de someter la evolución jurídica a normas deben ser además descalificados por otras dos razones[128]. En primer término porque el Derecho como vida humana objetivada descansa en última instancia en la libre voluntad histórica del hombre y de la sociedad en la que vive. Por otra parte, por la estrecha dependencia que existe entre el Derecho –elemento configurador– y lo social –materia conformada–, determinante de que el curso de aquél dependa de la forma de evolución de cada sociedad histórica concreta, y que impide deducir reglas o leyes específicas de carácter general. Consideraciones ambas que obligan a rechazar de modo rotundo tanto la postura de quienes por considerar incuestionable la radical autonomía del Derecho defienden su evolución conforme a normas y pautas propias, como la de los defensores de aquellos historicismos deterministas –y singularmente el marxista– que al concebir el Derecho como algo condicionado o determinado por la infraestructura productiva[129], explica la evolución de aquél en función de las rígidas leyes aplicables a los procesos económicos, de las que los jurídicos no constituirían sino un mero reflejo[130]. Posición que debe ser inequívocamente rechazada por

---

126 J.A. MARAVALL *Teoría del saber histórico* cit., particularmente el cap. IV dedicado al estudio de la "Ley, causa y estructura en el campo de la Historia" y, dentro de éste, las pags. 142 y ss.

127 Concretamente, señala cómo, los científicos "hemos redefinido la tarea de la ciencia como el descubrimiento de leyes que nos permitan predecir acontecimientos hasta los límites impuestos por el principio de incertidumbre" *Historia del Tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros* trad. cast. Miguel ORTUÑO Barcelona 1988, pag. 221.

128 Vid. al respecto el trabajo de KOCCUREK "Le dévéloppement du droit est-il gouverné par des lois?" en *Receuil d'études en l'honneur d'honneru d'Edouard Lambert*, vol. I Paris 1968 pags. 68 y ss.

129 Sobre la autonomía del derecho tradicional revolucionario y, en general sobre las actitudes del pensamiento marxista ante el Derecho puede verse el libro de J.R. CAPELLA *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Barcelona 1976, en particular el estudio dedicado a la "Extinción del Derecho y la supresión de los juristas",pags. 41 y ss.

130 Vid. L. ALTHUSSER "Appareil d'Etat et appareils idéologiques d'Etat" en *La Pensée*, junio de 1970, 29 y más ampliamente en sus *Eléments d'autocritiqué*, Hachette Paris 1974 pags. 42 y ss.

acoger una concepción de la Historia –y particularmente de la Historia Jurídica– según la cual la labor del historiador debería limitarse a ofrecer una ejemplificación de la teoría, concretada en la formulación de "explicaciones" del curso evolutivo de relaciones formales dadas "a priori"[131].

Cambio y permanencia de lo jurídico

Rechazar la posibilidad de "codificar" fórmulas ineluctables, rectoras de la evolución histórica del Derecho no excluye, obviamente, el que puedan observarse determinadas constantes o tendencias, siempre que el iushistoriador se limite a darles el valor que dimana de su conexión con la naturaleza práctica de los fenómenos jurídicos observados.

Desde esta perspectiva resulta por el contrario esclarecedor reflexionar sobre el que, sin duda, constituye uno de los caracteres más sobresalientes de la evolución jurídica: la tensión existente entre dos fuerzas antagónicas, una, conservadora del derecho del pasado, que normalmente se presenta revestida de legitimidad histórica, y otra, transformadora, que se proyecta hacia el futuro tratando de imponer un nuevo esquema de organización social en virtud de un acto de poder. Ambas responden a dos concepciones opuestas del derecho: una tradicional, basada en la experiencia histórica, y otra racional o revolucionaria que propugna la alteración del orden existente, anteponiendo al mismo un proyecto de sociedad ahistórico e ideal[132].

Cierto es que la característica tendencia a la continuidad de los fenómenos jurídicos no aparece del mismo modo en todas las manifestaciones del derecho. Así, puede observarse una mayor persistencia del derecho pri-

---

131 Aspecto puesto de relieve por P. OURLIAC para quien: "si l'histoire politique est soucieuse d'observer les ruptures, l'histoire du droit est faite de permanence et continuité... le droit d'une époque emprunte beaucoup de traits à celle qui l'a précédé: ce qui est ainsi sauvé d'un naufrage permet un nouveau départ." Vid. su *Histoire du droit privé français. De l'an mil au Code Civil*, realizada en colaboración con J.L. GAZZANIGA, Paris 1985 pag. 15.

132 En tal sentido, ORLANDIS ha señalado que "la evolución del Derecho español, en sus rasgos fundamentales, se nos ofrece como determinada por dos fuerzas distintas, antagónicas, incluso, cuya influencia se ha hecho sentir en diverso grado a lo largo del proceso histórico. La una continuadora del pasado, respetuosa con él y con su derecho, determinante de una evolución vital de éste, engarzada en la misma transformación de la realidad social, paralela a ella y a su ritmo acompasada. La otra fuerza, impuesta desde arriba, por acto de voluntad de poder conscientemente extraña al pasado" "Continuidad y renovación en la historia jurídica española" en *Nuestro Tiempo* 18 (1955) pag. 3.

vado frente a un derecho público más fugaz –Verfassungs Recht vergehet, Privatrecht bestehet–; regla que, sin embargo, contiene excepciones en el propio elenco de las instituciones jurídicas, tanto privadas como públicas. Las normas que atañen a los aspectos esenciales de la organización del aparato burocrático del Estado y la mayor parte del conjunto de soluciones técnicas que se integran en el Derecho Administrativo, a pesar de pertenecer al campo del derecho público suelen tener una vigencia más prolongada por el mayor arraigo de la referencia social a la que se refieren, mientras que, por el contrario, otros institutos reguladores de aspectos más coyunturales –v.g. los requisitos para constituir una sociedad anónima–, claramente integradas en el ámbito jurídico-privado resultan sin embargo fugaces e inestables, por encontrarse estrechamente vinculadas a presupuestos más coyunturales.[133]

Tampoco puede olvidarse que la mayor o menor permanencia temporal de una manifestación jurídica depende también del tipo de sociedad en la que el derecho se desenvuelve, en cuanto que aquella determina el carácter de éste al ser siempre en mayor o menor medida un *mixtum compositum* de una determinada repetición de actos –normatividad–. En la medida en que uno u otro carácter han prevalecido según los períodos históricos y los entornos sociales, resulta comprensible que en cada caso la ordenación jurídica tienda más o menos a la continuidad. Cuando el derecho surge espontáneamente de la sociedad en forma de usos consuetudinarios –como, por ejemplo, ocurre en la Alta Edad Media–, prevalece el aspecto de "normalidad" o repetición de actos y resultan claramente detectables el arraigo social de lo jurídico y su tendencia a permanecer, manifestada en la condena del derecho nuevo[134]. Por el contrario, en las sociedades estruc-

133 El criterio expuesto, además, no resulta de aceptación unánime. Así, por ejemplo, nada menos que Jaime GUASP considera como rasgo esencial del derecho privado su "contingencia"; que explica, precisamente, la necesidad de congelar su fluencia vital "mediante técnicas de historificación que si no son organizantes, por lo menos despojan a la materia individual de aquella característica azarosidad vital que tenía en el momento de ponerse en existencia". Ello explica, para GUASP, precisamente, la aparición de lo que llama *sistemas jurídicos marginales* que surgen para tratar de apresar de alguna manera la esencial movilidad individual del derecho privado; fenómeno que se produce a través de una "solemnización" que "dota de una categoría tendencialmente establecida a los resultados, en un principio ilimitadamente elásticos, del derecho de los individuos". Cfr. *Derecho* cit. pag. 517.

134 Aspecto magistralmente puesto de relieve por M. GARCIA PELAYO en *El reino de Dios arquetipo político* Madrid 1961 pags 11 y ss.

turadas por normas puramente racionales, creadas artificial y mecánicamente e impuestas desde fuera del ámbito social por el detentador del poder político, suele prevalecer un derecho cambiante y poco duradero[135].

Aunque las anteriores matizaciones no impiden que globalmente pueda hablarse de una tendencia generalizada del derecho a la continuidad, sí obligan a constatar el hecho de que bajo la aparente persistencia de las normas late un permanente proceso de formación y deformación, que debe ser captado por el iushistoriador bajo esa capa de aparente inmutabilidad. Es más, puede decirse que en el derecho, contemplado en su dimensión histórica, nunca se da la continuidad absoluta, esencialmente porque la norma aparecida para regular un conjunto concreto de situaciones queda pronto estrecha, al tener que abarcar *a posteriori* toda una serie de hechos y situaciones que ponen a prueba su elasticidad. Por eso constituye una de las tareas esenciales de quien investiga el pasado jurídico el poner de relieve el descrito proceso de soterrada tensión dialéctica[136].

Llegados a este punto se imponen dos precisiones importantes. La primera, que el "tempo" que preside la transformación y cambio de las diversas instituciones jurídicas es variable, pudiendo sin duda aplicarse al derecho la operativa clasificación que distingue entre ciclos de larga, media y corta duración para hablar de fenómenos jurídicos episódicos, coyunturales y estructurales, en función de su mayor o menor conexión con las estructuras sociales básicas de cada período histórico[137]. En segundo lugar

---

135 Así lo ha destacado E. GARCIA DE ENTERRIA al señalar como: "El llamado "monumento jurídico de la Revolución francesa" en su conjunto, fue valorado desde sus orígenes hasta hoy mismo en aspectos más visibles y brillantes que en el oscuro y apenas notado régimen administrativo. Pero ya hoy el tiempo ha cuarteado el grueso de sus construcciones y a puesto ceniza en las que todavía se mantienen en pie; solamente el régimen administrativo, que acaso como criatura napoleónica llevaba en germen ya la superación del liberalismo, ha resistido los embates del tiempo, e incluso ha salido fortalecido y potenciado del avatar histórico, hasta situarse notoriamente en primer plano". *La Administración Española* Madrid 1972, pags. 25-26.

136 Tal misión tiene especial importancia para TOMAS Y VALIENTE sobre todo si se pretende que la Historia del Derecho tenga valor docente en el proceso formativo de los futuros juristas. Vid. al respecto "Historia del Derecho y Derecho" en *El Primer Año de Derecho* (Actas de las jornadas de Profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida), Madrid 1978, pags. 65-71.

137 Vid. en este punto la noción clásica de "longue durée" a la que se refiere F. BRAUDEL, entre otros en su artículo "Histoire et sciences sociales" en *Annales. Economies. Sociétés, Civilisations* 13 (1958), pags. 725 y ss. Más recientemente puede verse del mismo y sobre el mismo tema *La Historia y las Ciencias Sociales* Madrid 1968 trad. de J. GOMEZ MENDOZA, pags. 64 y ss.

conviene advertir que la "larga duración" no sólo se refiere al período de vigencia de la institución regulada, sino también a los comportamientos o "roles" jurídicos que la norma determina[138].

Con todo, la tendencia a la continuidad no debe hacer olvidar al iushistoriador las innovaciones que por lo general se producen en el derecho dentro de períodos largos y que pueden obedecer a causas diversas, como el cambio operado en las situaciones básicas con las que la norma se conecta, las alteraciones valorativas que cada época da de aquéllas o, simplemente, el mero deseo de mejorar técnicamente su regulación. El único problema radica en descubrir en cada caso el modo específico de incorporar dichas innovaciones al propio sistema jurídico, en la medida en que ello exige la puesta a punto de un proceso que debe ser estudiado y valorado con detenimiento, con carácter previo a su utilización. Así, en ocasiones tropezaremos con la aparición de un derecho nuevo; fenómeno que lleva siempre implícito un acto de razón y otro de voluntad, al ser simultáneamente una manifestación de la actividad humana y un producto de la iniciativa del legislador. Otras veces, el modo de innovar el derecho, más que original resulta derivado; lo que ocurre cuando el establecimiento de una norma no es sino consecuencia del desarrollo analógico o comparativo de principios y reglas incluidos *in nuce* en el propio ordenamiento, o sencillamente se acepta o recibe de otros ordenamientos[139]. También puede ocurrir que en vez de ante un fenómeno de invención o hallazgo nos hallemos ante otro de convergencia o coincidencia: situación en la que nos encontramos cuando aquél aparece en dos ordenamientos distintos[140].

La tarea resulta tanto más compleja cuanto que la dialéctica continuidad-innovación no suele darse de modo global –como no sea en períodos auténticamente revolucionarios, con aparición de nuevos grupos sociales[141] –sino que suele actuar específicamente en un mismo grupo social de mo-

138 Vid. al respecto Michel VOVELLE "L'Histoire et la longue durée" en volumen colectivo *La Nouvelle Histoire* dirigido por Jacques LE GOFF Paris 1988, pags. 77-108, particularmente pags. 80-88.

139 Lo que supone un proceso aductivo de los principios contenido en el propio ordenamiento, modo de proceder utilizado, por ejemplo, como pone de relieve F. WIEACKER, por la Glosa. Vid. su *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna* Madrid 1957 pags. 9 y ss.

140 Así lo ha recordado HERSKOVITS *El hombre y sus obras. La ciencia de la antropología cultural* Trad. de M. Hernández Barroso (Tercera reimpr.) Méjico 1969 pags. 546 y ss.

141 En estos, por el contrario, la innovación trata de ser total aunque, en realidad, suele quedar circunscrita a los aspectos jurídicos más estrechamente vinculados a la política. Por el contrario, los

do sectorial y no homogéneo, llegando a darse el caso, puesto de relieve por IHERING, de la coexistencia en el tiempo y en el espacio, aparentemente contradictoria, de varios sistemas reguladores establecidos en un mismo grupo social con arreglo a principios organizadores de diversa procedencia[142].

De todo lo anterior cabe deducir que la Historia jurídica nunca puede concebirse como un todo continuo exento de irregularidades e interrupciones, sobre todo considerando que la sociedad y el derecho tampoco se presentan al observador como un bloque sin fisuras. Por ello resulta imposible imaginar la Historia del Derecho como pura sucesión de sistemas en el tiempo, al no haber existido nunca un sistema que organizase homogéneamente todos los aspectos de la vida social, abarcando todas sus manifestaciones. Prueba de lo contrario es que el análisis específico de los calificados "sistemas jurídicos" –romano, visigodo, medieval, etc.– nos hace tropezar a cada paso con fenómenos de pervivencia de normas anteriores que siguen regulando desde instituciones aisladas hasta grupos de ellas. Sólo el examen detenido de la alternancia continuidad-innovación puede permitir al iushistoriador alcanzar una valoración exacta del pasado jurídico[143].

d) La autonomía histórica de la Historia del Derecho

Examinada ya la cuestión del carácter científico de la Historia en general y de la Historia Jurídica en particular queda aún, sin embargo, por re-

---

elementos normativos puramente técnicos suelen pervivir, pues, las revoluciones no se ocupan de las "pequeñas cosas". Vid al respecto LEVY BRUHL "Le concept juridique de révolution" en *Receuil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert* II (Paris 1938) pags. 250 y ss. Tal fenómeno había sido ya puesto de relieve por ORTEGA en su "Ocaso de las revoluciones" en *Obras completas* III (7a ed. 1962) pags. 207 y ss.

142 Rudolf Von IHERING llega a reconocer, por ejemplo, hasta tres grados del sentimiento del Derecho en Roma. Un primer período caracterizado por una violencia desmedida que aún no ha llegado a dominarse, correspondiente al antiguo derecho, una segunda fase en la que aparece una gran fuerza de moderación, correspondiente al derecho intermedio y una última etapa en la que este sentimiento tiende a debilitarse, correspondiente a fines del imperio y al derecho justinianeo. No obstante, elementos de cada etapa permanecen en las siguientes. Vid *Der Kampf ums Recht* (Viena 1874), trad. cast. con el título "La lucha por el Derecho" Madrid 1881. He manejado la reedición de la obra, presentada por L. DIEZ PICAZO que incluye la traducción de Adolfo POSADA y el prólogo de Leopoldo Alas CLARIN, Madrid 1985, pag. 121.

143 Así lo afirma B. PARADISI en *Apologia della Storia Giuridica* cit. pags. 307 y ss.

solver el problema de la autonomía de la Historia del Derecho respecto de las Ciencias jurídicas. Ya sabemos que la dificultad esencial que plantea la definición del concepto de la disciplina iushistórica radica en su enclave simultáneo en el campo de las ciencias históricas y en el de las ciencias jurídicas; razón por la que resulta primordial separar claramente ambas dimensiones. Desde este punto de vista, resulta obligado hacer una referencia a la vieja polémica suscitada en torno a si la Historia del Derecho constituye una ciencia del pasado o una ciencia del presente, o por decirlo de otro modo, si el iushistoriador debe considerar su objeto epistemológico movido por un interés del presente o, por el contrario, debe estudiar la materia iushistórica en sí, como algo perteneciente al pasado.

Resulta a este respecto bien conocida la postura de CROCE quien no concibe otra historia que la "del presente", atendiendo al hecho de que el conocimiento histórico procede de la pregunta que el historiador dirige al pasado; interrogante que responde a un interés actual práctico, definido por el filósofo italiano como: "necesidad moral de orientación cognoscitiva". Con arreglo a este planteamiento cada época tendría "su historia", por cuanto cada momento histórico ha tenido sus propios problemas e intereses, que han llevado a sus historiadores a proponer preguntas específicas al pasado dirigidas a aclarar sus dudas, a resolver su comprensión del presente y, acaso, a abrir paso a la comprensión de situaciones futuras[144].

En relación con la Historia Jurídica, CASSANDRO, discípulo de CROCE, defiende que esta no debe limitarse a buscar la comprensión del lenguaje antiguo o de la "dogmática" pasada, sino que además ha de procurar reconducir dichos esquemas al plano existencial de donde salieron, por cuanto el nexo vital entre el pasado y el presente debe instaurarse partiendo de nuestra experiencia jurídica y dirigiéndonos hacia la del pasado, con el objeto de examinar los problemas presentes vivos y aún no resueltos, sobre la base de los ya superados del pasado[145].

---

144 *La Storia come pensiero e come azione* Bari 1943, en particular pags. 128 y ss. Una rotunda crítica de la tesis de CROCE puede verse en MARROU, autor para quien el historiador no se propone por tarea el reanimar el pasado sino que "en cierto sentido, trae otra vez a la existencia del presente algo que, convertido en pasado, había cesado de existir; pero al hacerse "historia", al ser conocido, el pasado no es reproducido sin más tal como fue cuando era presente" *El conocimiento histórico* Trad. de GARCIA DE LA MORA (Barcelona 1968), pag. 35.

145 G. CASSANDRO "Storia e Diritto" en *R.S.D.I.* (1966) pags. 4 y ss.

Sin duda la doctrina de CROCE constituye un saludable correctivo para evitar los excesos del positivismo; no obstante resulta criticable en cuanto exorbita de tal modo el momento subjetivo de la observación epistemológica que conduce a un utilitarismo próximo al defendido por NIETZSCHE en relación con los estudios históricos, que en definitiva supone la negación misma del carácter científico de la historia[146].

Es cierto que ni en la historia ni en ninguna otra ciencia podemos llegar a ser puros espectadores, pero al menos hemos de intentar aproximarnos lo más posible a esa actitud, porque sólo desde ella podremos llegar a adquirir conocimientos válidos. Ni que decir tiene que del mismo modo que el geólogo no se confunde con la materia mineral que estudia, el iushistoriador permanece presente al estudiar la realidad jurídica pretérita; punto de vista desde el que no puede sino afirmarse que la Historia del Derecho es innegablemente una ciencia que deposita su saber en el presente. Sin embargo, ello no obsta para que deba defenderse la conveniencia de que el historiador del derecho pueda dedicarse a la comprensión de la realidad pasada en cuanto tal, desprendida de si mismo; única actitud, por otra parte, que puede garantizar el desarrollo de la ciencia iushistórica en plenas condiciones de autonomía y rigor. Fundamentalmente, porque sólo de este modo podrá evitarse que el conocimiento del derecho del pasado se transforme en un mero programa de acción, en un arsenal de argumentos utilizables a la hora de hacer el diagnóstico de nuestro tiempo. Una cosa es que el conocimiento histórico sea útil, punto en el que estamos todos de acuerdo, y otra distinta que sea utilitario[147].

---

146 Para NIETZSCHE la Historia "es ante todo tarea del hombre activo y poderoso, de quien libra un gran combate, de quien necesita modelos, iniciadores, consoladores que no encuentra en torno suyo ni en la época presente". En estas condiciones no puede extrañar que considere la "objetividad histórica" una ilusión, en la medida en que para él la representación objetiva de la Historia, ante todo "es el trabajo misterioso del dramaturgo que integra todos los detalles en la trama, siempre presidida por la hipótesis de que es necesario introducir en las cosas la unidad inexistente. Así afirma que "Objektivität und Gerechtigkeit haben nichts miteinander zu tun". Y ello hasta el punto de considerar la posiblidad de "eine Geschichtschreibung zu denken, die keinen Tropfen der gemeinen empirischen Wahrheit in sich hat und doch im höchsten Grade auf das Prädikat der Objektivität Anspruch machen dürfte." (Imaginar un modo de escribir la Historia que sin contener una gota de verdad empírica común pudiese, sin embargo, aspirar a la objetividad en el más alto grado). Cfr. Vol II de sus *Consideraciones inactuales* (Unzeitgemässe Betrachtungen) Ed. bilingüe alemán-francés realizada por G. Blanquis, Ed. Montaigne Pris s.a. pags. 223 y 292-294.

147 Tal es la solución postulada por CERRONI, *Metodología y Ciencia Social* cit. pags. 86-95.

Adoptar el planteamiento descrito tiene como importante consecuencia que el iushistoriador también debe interesarse, dentro del amplio conjunto de las manisfestaciones del derecho del pasado, por aquellas realidades jurídicas pretéritas que en la actualidad no revistan tal carácter. En este sentido, resultará suficiente para que aquéllas constituyan objeto de su estudio con que en un momento histórico determinado hubieran servido para organizar la vida social de una sociedad concreta; lo que puede en su caso llevar a estudiar, como subraya CALASSO, el ordenamiento jurídico en su integridad, esto es considerado como totalidad integradora de normas situaciones y fuerzas conformadoras de unas y otras[148].

En cualquier caso conviene adoptar al respecto la aproximación más amplia posible, analizando el derecho tanto en su aspecto formal u objetivo como desde el punto de vista de su contenido relacional o subjetivo, entrando a valorar no solamente los modos de creación, aplicación y exposición del Derecho que sigan siendo válidos en el tiempo en el que se sitúa el iushistoriador, con arreglo a la importancia y sentido que éstos tienen en dicho momento histórico, sino todos aquéllos que en alguna etapa histórica tuvieron una validez o vigencia determinadas[149].

e) El Derecho histórico en el espacio

Las consideraciones examinadas en el apartado anterior se encuentran íntimamente vinculadas con una cuestión importante: la del objeto espacial de la Historia del Derecho. El concebir la ciencia iushistórica como disciplina epistemológica del pasado, y por tanto autónoma, nos obliga a no circunscribir los límites espaciales del campo de estudio del historiador del derecho a los contemplados desde el presente –los de la realidad geográfica actual del ordenamiento jurídico cuyo pasado investiga–, sino a extenderlos, en principio, a todas aquellas coordenadas espaciales que en algún momento incidieron en la historia de la realidad jurídica estudiada.

El carácter más concreto de la dimensión espacial –al menos, menos abstracto que el de la temporal– no hace sin embargo más fácil su tratamiento,

148 *Medioevo del Diritto* vol. I, Milano 1959, pag. 26.

149 Enfoque adoptado, ente otros por WIEACKER *Historia del Derecho Privado* cit, pags. 42 y ss. y G. DULCKEIT *Philosophie der Rechtsgeschichte* Heidelberg 1950, pag. 34 y ss.

pues aunque para muchos se trata de un problema ya resuelto en el sentido de la reducción al ámbito nacional del estudio del derecho histórico[150], la relativa crisis que en la actualidad experimenta el propio concepto de nación obliga a que el iushistoriador, como ha advertido entre nosotros ESCUDERO[151], se interrogue sobre la validez de tal criterio. No puede olvidarse al respecto que la realidad nacional, a pesar de surgir en momentos históricos diversos según los casos –v.g en Europa, el caso de Francia frente a los del Risorgimento italiano o de la Unificación alemana–, se consolida jurídicamente a partir de finales del siglo XVIII como consecuencia de fenómenos concretos como la Revolución Burguesa o el Movimiento Romántico, por tanto, pues, en condiciones sociales que ya no se corresponden exactamente con las actuales –aunque sólo sea circunscribiéndonos al modelo occidental de sociedad–. Constatación que es especialmente cierta referida al caso español en el que la realidad nacional se encuentra doblemente puesta en tela de juicio, desde una perspectiva infranacional –desde 1978 con el Estado de las Autonomías– y en un ámbito supranacional –desde 1986, con la entrada en la Comunidad Económica Europea–; sin contar a nivel mundial con la transformación de la realidad de Europa, consecuencia del fin de Yalta y de la entrada en el juego económico occidental de los Países del Este; situaciones que plantean todas ellas el propio problema de la definición de unos límites jurídicos que, en última instancia, descansan aún principalmente en consideraciones de carácter político y económico[152].

Obviamente, la problemática indicada desborda de modo manifiesto el ámbito de la cuestión planteada: la definición del concepto de la Historia del Derecho. Entre otras cosas porque su propia actualidad impide estudiarla históricamente con la perspectiva adecuada. No obstante, evocar estas cuestio-

150 Es, por ejemplo, la opinión de CALASSO quien no considera "concepibile una storia de tutto il diritto", relegando los intentos de explicación iushistórica que desbordan el ámbito nacional al rango de "ilusioni generose dell'ottocento" *Medioevo del diritto* cit. I, pag. 4.

151 Vid. su juicio en "En torno al objeto de la Historia del Derecho" en *Historia del Derecho. Historiografía y problemas* Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, 1973, pag. 59.

152 Sobre la crisis del nacionalismo puede verse la conferencia que con ese título pronunció en 1959 Alvaro D'ORS, publicada en *Papeles del Oficio Universitario*, Rialp Madrid 1961, pags. 310-343. Como aportaciones recientes referidas a la realidad territorial española desde un punto de vista histórico jurídico pueden verse Juan BENEYTO *Las autonomías. El poder regional en España* Siglo XXI, Madrid 1980, particularmente pags. 118 y ss y Román PIÑA HOMS "La España de las Autonomías" en *IX Jornadas Internacionales de Derecho Comparado*, Palma de Mallorca 1986, pags. 18 y ss.

nes es indudablemente útil, aunque sólo sea para poner de relieve en que medida son históricos –y por tanto susceptibles de transformación en el tiempo– los conceptos e instituciones que maneja el iushistoriador.

Las aproximaciones totalizadoras: la Historia universal del Derecho.

Los primeros intentos de estudiar el pasado jurídico pretendieron ofrecer una visión totalizadora del mismo, propiciada tanto por una concepción enciclopédica de la ciencia como por la propia limitación de las fuentes manuscritas que hacían concebir la ilusión de que resultaba posible realizar una Historia universal del Derecho.

Sin duda el primer intento globalizador, como observa ESCUDERO, debe atribuirse a LEIBNIZ y a su noción de una "historia iuris interna"[153]; aunque la idea sólo recibiría un impulso decisivo con la aparición del planteamiento universalista recogido por MONTESQUIEU en el "Esprit des Lois"[154]. Variantes posteriores de la misma serían defendidas por SCHELLING, para quien el desenvolvimiento del derecho comprendido a escala universal constituía uno de los factores esenciales para explicar el desarrollo de la humanidad, o HEGEL, quien pretende encontrar el sentido de la Historia universal en el descubrimiento progresivo por el hombre de la idea de libertad, instrumentada jurídicamente de modo diverso en cada época[155].

Tales posturas filosóficas tuvieron un claro arraigo entre los juristas y se tradujeron en enfoques tan clásicos como el de THIBAUT, respecto de la codificación o el de la propia Escuela Histórica de SAVIGNY[156]. Progresivamente, sin embargo, los intentos de realizar una *Universalrechtsges-*

153 Vid.*En torno al objeto de la Historia del Derecho* cit., pags. 49 y ss.

154 El pensamiento de MONTESQUIEU sería pronto conocido en España por las traducciones de LOPEZ DE PEÑALVER. Vid A. GARCIA GALLO "La evolución del Derecho comparado en España" en R.F.D.M. 22 (1965) pags. 99-107 y del mismo Cuestiones de Historiografía jurídica" en *A.H.D.E.* (1974), pag. 753.

155 Sobre la utilización y el sentido de la Historia interna iuris en la tradición filosófico-jurídica alemana. Vid. K. LARENZ "Sittlichkeit und Recht Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenken und zur Sittenlehre" en *Reich und Recht in der deutschen Philosophie* Stuttgart-Berlin 1943, particularmente pags. 234-49.

156 Así lo afirma el propio SAVIGNY en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* Heidelberg 1840. Tercera ed., pag. 17. Una análisis de la posición de la Escuela Histórica en este punto, puede verse en P. KOSCHAKER *Europa y el Derecho Romano* Madrid 1955,

chichte fueron rebajándose a cotas más realistas y menos teóricas, y ello permitió que viesen la luz editorial obras como la *Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho* de KÖHLER157.

Una segunda perspectiva totalizadora fue la adoptada por quienes propiciaron el estudio de las posibles analogías existentes entre diferentes derecho antiguos, desde una perspectiva claramente etnológica. El acercamiento descrito, que fue adoptado por vez primera en 1861 por BACHOFEN en su clásico *Muterrecht*[158], sin duda alcanzó su punto culminante en la obra y el pensamiento de MITTEIS, y más concretamente en su ambicioso proyecto de reconstruir el derecho romano de las provincias del Imperio con base en los dispersos restos jurídicos conservados, esencialmente respecto de las tradiciones jurídicas griega, egipcia y oriental[159]. La idea del propio MITTEIS, como posteriormente la desarrollada por WENGER[160], fue la de construir una plataforma sobre la que resultase posible

---

pags. 365 y ss., F. WIEACKER *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna* cit. I pags. 325 y ss., J.A. ESCUDERO *Historia del Derecho: Historiografía y problemas* cit. pags. 89 y ss, Helmut COING *Las tareas del historiador del Derecho (reflexiones metodológicas)* Sevilla 1977, pags. 11 y ss, F. GONZALEZ VICEN "La Escuela Histórica del Derecho" En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 18-19 (1978-1979) pags. 1-48 o el propio K. LARENZ *Metodología de la Ciencia del Derecho* Barcelona 1980 pags. 31 y ss.

157 Dice KÖHLER significativamente que "la Historia del derecho, que suele también denominarse Ciencia del derecho comparado tiene por objeto la investigación hasta donde sea posible, del derecho de todos los pueblos, lo mismo de los vivos que de los muertos, e investigarlo, no sólo por lo que se refiere al orden jurídico objetivo, sino también a su actuación en la vida jurídica subjetiva", reconociendo inmediatamente que "este campo es infinito, tan infinito como la historia del espíritu humano, y no es aquí nunca posible, naturalmente, sino una aproximación al ideal". Vid J. KÖHLER *Das Recht als Kulturesscheinung. Ein Leitung in die vergleischende Rechtswissenschaft* Würzig 1885 Vid. trad. cast. por Castellejo y Duarte ("Filosofía del derecho e Historia Universal del Derecho") Madrid Victoriano Suarez 1910, pag. 55.

158 *Das Mütterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur* Ed. Suhrkamp. Introd. J.J. HEINRICHS. Frankfurt 1980. Traducción castellana: "El matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica", Edición a cargo de María del Mar Linares Madrid Akal 1987, particularmente, en relación con el método, vid. pags 27 y ss.

159 En particular en su famosísimo libro *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Primera Ed. leipzig 1891). Edición manejada la de G. Olms publicada en Hildesheim 1963, particularmente pags. 83 y ss.

160 El proyecto de WENGER se extendía, nada menos que a la "Geschichte der Griechen und Römer. Die Persischekultur auf dem Baden Agyptens, wenn wieder von Pharaonenland den Ausgang nehmen... und wie die Rechtsvergleichung den Zentren der arischen kultur". El autor indicado cerraba la optimista enumeración afirmando que "Immer neue und immer weitere Perspektiven eröffnen sich so der rechtshistorischen Forschung" en *Römische und antike Rechtsgeschichte* Graz 1905, pags. 26-27.

edificar una historia global de los derechos de la antigüedad; objetivo que sin embargo pronto hubo de ser reducido a proporciones más modestas, por las insuperables dificultades que entrañaba el realizar una Historia del derecho antiguo que no se redujese al mundo grecorromano, según reconoció el propio MITTEIS en su *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtstudium*[161].

Un último acercamiento a la Historia universal del Derecho ha tratado de realizarse, desde la perspectiva del derecho comparado, en trabajos como los de MAINE, VINOGRADOFF o KOWALWSKY, en los que la Historia Jurídica se concibe como el estudio comparativo de los derechos del pasado[162]. Es lo que SOLA CAÑIZARES denomina "etnología jurídica", atendiendo a que del estudio paralelo de las transformaciones de los derechos pasados pretenden colegirse los principios de la evolución jurídica futura[163].

Un balance general de los descritos intentos de construir una Historia Universal del Derecho no puede dejar de ser negativo desde el punto de vista de los resultados obtenidos[164]. Y ello porque tanto las obras clásicas citadas como algunas otras más recientes no pasan, por lo general, de ser brillantes generalizaciones, a veces confusas y casi siempre elementales[165]. A ello contribuyen causas diversas: como el propio hecho objetivo de la ampliación progresiva del volumen de las fuentes histórico-jurídicas con las que cuenta el iushistoriador, o la existencia de problemas teóricos que aún se presentan como insuperables, tales como la dificultad de realizar una periodización a escala universal, la inexistencia de buenas síntesis de la historia de los derechos concretos, el deficiente conocimiento de algunos derechos nacionales o la compleja sistematización del derecho privado, por no citar más que algunas[166].

---

161 Ed. Viena-Leipzig 1917, pag. 10.

162 Vid. J.A. ESCUDERO *En torno al objeto* cit. pag. 58.

163 En su obra *Iniciación al Derecho Comparado* Barcelona 1964, pag. 116.

164 En este sentido destacaba GIRARD como "il faut encore pour son achèvement les efforts de générations de savants" en su *Manuel élémentaire de Droit Romain* 8a. ed. Paris 1929, pag. 6.

165 Con honradas excepciones como es el caso –ciertamente limitado a las instituciones del mundo antiguo– de la ya clásica obra de Jacques ELLUL *Histoire des institutions de l'Antiquité* Trad. castellana de Francisco TOMAS Y VALIENTE (Primera edición francesa Paris 1955-1956) Aguilar Madrid 1970. Especialmente, pags. 124 y ss, para las instituciones político jurídicas de Grecia y 195 y ss. para las instituciones jurídicas romanas.

166 Una enumeración sistemática de todas ellas puede verse en BERR *En marge de l'histoire universelle* 2 vols. Paris 1934-1953 I, pag. 71.

Acaso pueda concebirse la posibilidad de acercarse al planteamiento histórico-jurídico universal reduciendo el objeto de estudio a una rama o sector del Derecho, como podría ser el caso del Derecho Mercantil según demostró GOLDSCHMIDT en su extraordinaria *Universalgeschichte des Handelsrecht*[167], pero hoy por hoy la posibilidad de hacer una Historia Universal del Derecho resulta algo quimérico. Sin duda resultan plenamente válidas las palabras de CALASSO cuando afirma que este tipo de intentos totalizadores, en las actuales circunstancias, además de estar irremisiblemente condenados al fracaso sólo pueden redundar en el descrédito de la propia Historia del Derecho[168].

La Historia del Derecho Universal

Las dificultades que comporta la elaboración de una Historia del Derecho en un ámbito universal, comprensiva de todas las historias jurídicas nacionales, ha propiciado algunos intentos reduccionistas protagonizados por autores que se resisten a que su investigación iushistórica se desenvuelva en el estrecho ámbito nacional. Hay que situar aquí la tentativa de elaborar una Historia del Derecho Universal, entendiendo por tal la que pretende historiar aquellos sistemas jurídicos que no han visto restringida su vigencia a un ámbito nacional por haberse expandido en ámbitos territoriales más amplios, gracias a fenómenos de recepción, penetración o difusión. Tal sería el caso del Derecho canónico, del Derecho Común o, con sus diversas variantes, del derecho privado que acabó siendo sistematizado en la codificación. Los protagonistas de los intentos descritos han procurado, por lo general, salvar las considerables dificultades que plantea tal aproximación teórica separando su estudio en dos planos: el de los elementos comunes suceptibles de servir de base a la exposición –esencialmente el canónico, el romano-canónico y el iusnaturalista– y el de la consideración posterior de los diversos derechos nacionales.

Sólo en el primer ámbito descrito aparecen ya graves obstáculos, si pensamos no sólo que el Derecho Canónico ve notoriamente restringuido

167 Stuttgart 1891, con traducción Italiana de V. Pouchain y A. Scialoja, Turin 1913.

168 *Medioevo del diritto* cit. II, pag. 4. En el mismo sentido se ha manifestado, entre nosotros, el profesor GARCIA GALLO en "Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano" en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (1967) pag. 16.

su ámbito de acción a partir de la Reforma, sino que el Derecho Común y el Iusnaturalista son cultivados por uma minoría de juristas. Dificultad que no es menor si nos situamos en el plano de otros sistemas jurídicos diversos de los mencionados como el feudal o el mercantil que, a pesar de su mayor esfera de vigencia, únicamente pueden considerarse europeos en cuanto rigen en comunidades radicadas en Europa –al mismo título que es europeo el ordenamiento privativo de cualquier ciudad– pero no porque sean comunes al conjunto de los territorios europeos; por lo que, como pone de relieve GARCIA GALLO, deben considerarse europeos "sólo en una perspectiva geográfica o cultural –no en la política o jurídica–"[169].

La consideración global de los derechos nacionales no plantea menos problemas. Primero porque no parece fácil ensamblarlos con los elementos comunes en el marco de una exposición histórica, como no sea a través de la vía de la pura yuxtaposición. Por otra parte, atendiendo a la circunstancia de que una exposición sintética conjunta del Derecho español, francés, inglés, italiano o alemán supone una notable abstracción, en la medida en que estos no existieron como tales históricamente, sino a su vez como conjunto de derecho. Finalmente, porque la adopción de un criterio esencialmente político como es el de la nacionalidad requiere necesariamente el abandono del correspondiente nivel jurídico que definió su ámbito de vigencia en cada período histórico[170].

Tal cúmulo de dificultades no ha impedido, sin embargo, que aparezcan tentativas meritorias de exponer en su conjunto la historia de un derecho universal. Puede destacarse como una de las mejores la obra dedicada a la Historia del Derecho Europeo, dirigida por Helmut COING, cuya innegable calidad científica, aunque no ha conseguido obviar de modo rotundo el conjunto de las dificultades aludidas, constituye un serio intento superador de aquéllas[171].

---

169 En "Cuestiones de historiografía jurídica" II. La Historia del Derecho Europeo en *A.H.D.E* 44 (1974) pags. 752-764.

170 Ello no es obstáculo para que en relación con etapas históricas concretas puedan señalarse algunos intentos serios e interesantes, como el protagonizado por V. PIANO MORTARI *Gli inizi del diritto moderno in Europa* Napoli 1982, particularmente, pags. 95-112, relativas a España.

171 Me refiero, naturalmente a la monumental obra de la que es coordinador: el *Handbuch der Quellen und Literatur der neuern europäischen Privatrechtsgeschichte* editada por C.H. BECK, de la que hasta la fecha hay publicados ocho volúmenes; a saber: el tomo I dedicado a la Edad Media (1100-1500), Müchen 1973 –Vid. especialmente pags. 669-694 relativas al derecho histórico español–, el To-

La Historia del Derecho nacional

La consideración de los escollos prácticamente insalvables que deben vencerse para elaborar una Historia del Derecho en grandes ámbitos, el mayor grado de conocimiento del derecho propio y la preocupación inmediata por el pasado jurídico de la sociedad en la que el historiador actúa, la impartición de la disciplina en las Facultades de Derecho a nivel estatal, entre otras observaciones aducibles, hacen aconsejable la reducción de las coordenadas espaciales de la investigación histórico-jurídica y llevan a considerar la conveniencia de que la tarea del iushistoriador español, al igual que en otros países europeos, se circunscriba el ámbito nacional. Dicho criterio es, significativamente, el adoptado no sólo por los cultivadores de nuestra disciplina sino, con carácter general por los historiadores modernos, cuyo principal rasgo distintivo es, precisamente, el de historiar sus realidades nacionales[172], sin duda porque como destaca el norteamericano BOYD. C. SHAFER "la nación se ha convertido en la unidad social más importante y más accesible al estudio"[173].

Pero adoptar el criterio nacional tampoco resulta algo exento de dificultades, empezando por lo equívoco del propio concepto de "nación" de connotaciones más políticas que jurídicas[174]. A ello debe añadirse la insuficiencia de los criterios con arreglo a los que pretende definirse la esencia de lo nacional, ya sean los clásicos de la territorialidad o el lingüístico, manifiestamente insuficientes, el racial, rechazable por tratarse precisamente

---

mo II relativo a los siglos XVI-XVIII ("Neuere Zeit") que comprende a su vez dos volúmenes publicados, por orden cronológico: el segundo, München 1976, dedicado a la Administración de justicia y las fuentes legislativas ("Gesetzgebung und Rechtsprechung") –Vid. pags. 228-281 relativas a España– y el primero, München 1977, dedicado a la literatura jurídica ("Wissenschaft") –Vid. particularmente, en relación con la jurisprudencia española pags. 55-56, 153-155, 242-246 y 890-896. el tomo III, dedicado al siglo XIX, se encuentra, a su vez, dividido en cinco volúmenes (el primero y el segundo publicados en 1982, el tercero en 1986, el cuarto en 1987 y el quinto en 1988). La referencia a España se encuentra en el primer volumen pags. 397-686.

172 Vid. su reciente y excelente síntesis sobre el problema de la delimitación nacional de la Historia del Derecho en *Concepto de la Historia del Derecho Español* (A.F.D.U.E. 1987) cit. pags. 373-388, con abundante bibliografía.

173 En su obra *Nationalism* New York 1955, pag. 206.

174 Come pone de relieve GIBERT "Tras una época de nacionalismo histórico, se ha llegado a la convicción general de que es inexacto hacer de la nación el concepto central de la historia y convertirlo en eje de las valoraciones y de la crítica" *Concepto* cit. pag. 373.

de un factor ahistórico, el del pasado cultural común, excesivamente impreciso, el que define lo nacional como la conciencia de una comunidad histórica o psicológica (el "plebiscito cotidiano" del que hablaba RENAN, o el sugestivo proyecto de vida en común orteguiano), así como otros elementos definitorios más recientemente propuestos: como la lucha por la construcción de un poder político estatal, de un espacio económico protegido, o de una cultura particularizada, que tampoco resultan enteramente satisfactorios[175]. Basta con echar una ojeada a la copiosa producción del pensamiento romántico sobre la idea de nación y la crítica hecha a la misma por la historiografía marxista para acabar de completar la imagen de confusión y perplejidad con que el historiador encara este problema, y que ha llevado a autores como Pierre VILAR a plantear el acercamiento al concepto de nación como un problema metodológico[176].

Aún circunscribiéndonos al propósito instrumental de fijar los límites espaciales de la indagación iushistórica, sin necesidad de situar el debate en el ámbito teórico de la Historia de las ideas, la fijación del contenido concreto de lo nacional resulta una tarea singularmente compleja esencialmente, en el caso del derecho histórico español en el que dicho criterio ha tenido menos relevancia que aquellos otros que han caracterizado los diversos derecho históricos –aragonés, catalán, valenciano, castellano, navarro, etc.– desarrollados en los límites del territorio hispánico[177].

Ello explica, sin duda, la diversidad de opiniones con arreglo a las que han pretendido fijarse las coordenadas geográficas de la investigación iushistórica. Empezando por la más clásica, la que pretende resolver la cuestión adoptando pura y simplemente el criterio geográfico, el cual fue ya propuesto por BRUNNER[178] y, entre nosotros, por un eminente sector de nuestra historiografía jurídica encabezado por el propio HINOJOSA[179], a

175 Criterios propuestos por J. SOLE TURA "Historiografía y Nacionalismo" en *Boletín de la Fundación Juan March* núm. 42 (1975), pags. 6-7.

176 En su *Catalunya dins l'Espanya moderna* Barcelona 1964 I, pag. 36.

177 No es este el momento de traer a colación la problemática de que sea lo español. Baste recordar la polémica CASTRO-SANCHEZ ALBORNOZ. Los puntos de vista del primero aparecen recogidos en A. CASTRO *Realidad Histórica de España* Ed. Porrúa Méjico 1971, pags. 28 y ss y C. SANCHEZ ALBORNOZ *España un enigma histórico* Ed. Sudamérica Buenos Aires 1956, I, pags. 99 y ss.

178 Concretamente afirma que "Die deustche Rechtsgeschichte deckt sich nicht mit den germanischen Rechtsgeschichte, denn sie hat es nicht mit den Rechten der sämtlichen germanischen Stämme zu tun." Vid. *su Deutsche Rechtsgeschichte* Ed. Dunker & Humblot, tercera ed., Berlin 1961, I, pag. 1.

179 *Historia General del Derecho Español* Madrid 1924, vol. I pag. 2.

quien siguen, entre otros, GALO SANCHEZ[180] y TORRES LOPEZ[181]. No obstante, el factor geográfico por si sólo no es suficiente para delimitar las bases de nuestro estudio, pues aunque es evidente que, como BRAUDEL gustaba en repetir, el territorio en cuanto entorno o marco externo en el que la Historia se desenvuelve deja su impronta en todas las relaciones que se dan en su ámbito[182], no basta por sí mismo para explicarlas; del mismo que resulta insuficiente otro criterio como el lingüístico, que utilizado aisladamente sólo conduce a una atomización del problema nacional[183].

Ello explica que la historiografía jurídica posterior, empezando por la de aquellos territorios que adoptaron tardíamente el principio nacional, haya tratado de utilizar criterios más amplios. Así MITTEIS, en Alemania, incluye en su consideración todos los derechos autóctonos o foráneos que hayan tenido como destinatario al pueblo alemán y de los que éste se haya servido[184], mientras BESTA[185] y SOLMI[186], en Italia, al estar obligados a obviar la tardía aparición de la Nación Italiana optan por basarse en el criterio de la comunidad cultural y psicológica; instrumento confuso al discrepar los autores a la hora de describir su contenido concreto[187].

---

180 Don Galo SANCHEZ en su *Curso de Historia del Derecho Español. Introducción y Fuentes* señala que "ha de incluirse en nuestra ciencia la historia jurídica de los diversos territorios que forman o han formado parte integrante de España y han recibido de modo deseable las influencias de nuestro derecho" Vid. Décima edición revisada Madrid 1972, pag. 16.

181 Nuestra historia –destaca TORRES LOPEZ– es, en primer término historia de los sistemas jurídicos que se han sucedido en lo que hoy es España, historia de la formulación de un Derecho que podemos llamar español, paralelo a la formación de una nacionalidad española" en *Lecciones de Historia del Derecho Español* Salamanca 1933, I, pag. 46.

182 Vid. por ejemplo una de las últimas obras de F. BRAUDEL que lleva el revelador título de *L'identité de la France* en cuyo primer volumen, titulado significativamente "Espace et histoire", trata de explicar "les rapports múltiples, entrecroisés, difficiles à saisir, e l'histoire de France avec le territoire qui la contient, la supporte et, d'une certaine façon, l'explique". Arthaud Flammarion, Paris 1986, pag. 25.

183 Como pone de relieve A. OTERO en "La delimitación nacional de la Historia del Derecho. En torno a los orígenes de la nacionalidad española" Discurso inaugural leido enla apertura del curso académico 1971-1972 de la Universidad de Santiago de Compostela, publicado en *Boletín de la Universidad Compostelana* 78 (1971). He manejado separata, Vid. pags. 8 y ss.

184 Vid. su *Deutsche Rechtsgeschichte* München 1969, pag. 2.

185 En su *Avviamento allo studio della sotoria del Diritto italiano* cit. pag. 75.

186 Vid. su *Storia del Diritto italiano* Torino 1974 pags. 1-2.

187 Para CALASSO, por ejemplo, esta tradición debe centrarse en el Derecho Común. Vid. al respecto su defensa del "ius commune" como quintaesencia de lo italiano en "Elogio della polemica" en *Rivista italiana de Scienza giuridica* (1959) pag. 119 y ss. Por el contrario, para CASSANDRO, discípulo de CROCE, el iushistoriador debe situarse en una realidad geográfico-jurídica más amplia; tesis mantenida en su *Metodologia storica e storia giuridica* Bari 1955, pag. 45 y ss.

Desde una perspectiva realista, coincidente con la postulada en Alemania por MITTEIS, GARCIA GALLO entre nosotros, atendiendo al hecho de que para él la Historia del Derecho debe mostrar el proceso por el que se ha llegado al derecho actual, recurre a dos factores para determinar lo que ha sido el Derecho español: los elementos integrantes del Derecho español moderno y la finalidad perseguida con el estudio de la disciplina; criterio este último que no por ser complementario, en función de la concepción autónoma adoptada de la disciplina resulta, sin embargo, desdeñable[188].

El primer criterio presupone la existencia de una comunidad española actual heredera del Derecho histórico, a cuyos límites debe ceñirse el trabajo del iushistoriador. Este debe atender desde esta perspectiva, preferentemente, al "conjunto de derechos por los que se ha regido el pueblo español, tanto si han sido creados por él, o en España, como si han sido recibidos de fuera y simplemente aplicados en ella"[189]. Con arreglo al segundo, que presupone considerar la Historia y la Dogmática jurídicas integradas en una ciencia jurídica única, no cabe duda de que el Derecho actual se justifica y explica por el histórico, lo que incide en que su comprensión requiera atender a todos los elementos que hayan contribuido a conformar el Derecho vigente o, por utilizar la terminología de GIBERT, el conjunto de las "Tradiciones jurídicas"[190].

Ambos criterios resultan en cualquier caso instrumentalmente útiles para elaborar de modo operativo una Historia del Derecho Español y de sus Instituciones. Fundamentalmente, porque no circunscriben su estudio al estrecho margen del límite territorial del presente, permitiendo la inclusión en su objeto de derechos surgidos culturalmente en la órbita española que, por circunstancias de índole diversa, se han expandido en un espacio distinto de aquél en el que se originaron y que en la actualidad aparecen insertos en ámbitos territoriales diversos del estrictamente nacional[191]. Con arreglo a estas consideraciones, por ejemplo, el historiador del Dere-

188 *Manual de Historia del Derecho* cit. I, pag. 22.

189 Y ello porque entiendo con PARADISI que la evolución del ordenamiento o de las instituciones no son sino un aspecto de la transformación de toda la realidad histórica y no del Derecho solamente. Vid. al respecto su *Apología della Storia giuridica* cit. pag. 88.

190 R. GIBERT "La tradición del derecho español" en *Arbor* 150 (junio 1958), pags. 43-44.

191 La expresión "derechos de cultura" fue acuñada por SOLMI para definir aquellos derechos resultantes de una fusión de elementos jurídicos diversos. Por contraposición, los derechos de estirpe como el romano o el germánico se difunden tardíamente y reciben en su proceso conformador influen-

cho Español debería estudiar el Derecho indiano, no sólo por tratarse de un fenómeno de difusión y síntesis en el que se ha tenido en cuenta el derecho castellano sino también porque sirve para explicar, además de nuestro pasado histórico, algunos aspectos del Derecho español vigente. Por la misma razón deben excluirse los derechos autóctonos de territorios que, como Italia o los Países Bajos, estuvieron unidos políticamente a la Corona española; a diferencia de las instituciones políticas dadas por España a estos mismos territorios que, por el contrario y atendiendo al criterio descrito, sí deberían constituir objeto de nuestro estudio[192].

4. EL DERECHO HISTORICO COMO CIENCIA JURIDICA

Examinada la dimensión histórica de la Historia del Derecho corresponde ahora analizar la problemática de su carácter como Ciencia del derecho, extremo negado por un importante sector de la historiografía jurídica para el que la Historia del Derecho constituye esencialmente una ciencia histórica, y que sin embargo, desde nuestra perspectiva constituye la otra dimensión fundamental de la Ciencia Histórico-jurídica, sin la cual resultan difícilmente comprensibles sus premisas epistemológicas.

A) La doble aproximación epistemológica al derecho: Historia del Derecho y Dogmática Jurídica

Del mismo modo que se ha contrapuesto la Historia frente a las Ciencias Naturales, frecuentemente se ha afirmado la oposición entre "Historia" y "Dogmática" del derecho –entendida esta última, en un sentido ámplio, como la disciplina epistemológica que pretende alcanzar el conocimiento presente del derecho en la triple dimensión aludida–, por autores

---

cias ajenas a ello. Vid. la exposición de tal dicotomía en su *Avviamento* pags. 77-78. CALASSO saldría al foro de esta distinción señalando que: "storicamente, il diritto italiano no è il prodotto della combinazione di ingredienti diversi, diritto derivato e composito da contrapone ai diritti dei stirpe, sue e piuttosto il processo di transformazione interna del Diritto romano". *Medioevo del Diritto* cit. I, pag. 33.

192 La inclusión en nuestra disciplina del derecho de los territorios europeos sometidos en otro tiempo a la Corona española ha sido justificada entre nosotros por GIBERT, como correctora de una visión excesivamente nacionalista de aquella. Vid. *Historia General del Derecho Español* Granada 1968 pag. XI.

para quienes ambas disciplinas no sólo tendrían funciones distinta, sino que requerirían métodos diversos.

Creemos la opinión descrita, claramente alejada de la realidad, pues aún sin profundizar excesivamente en el análisis del problema es algo obvio que la escisión entre ambas no resulta tan radical e irreductible como pretende el sector indicado, y que la Dogmática se encuentra menos alejada de la Historia que ésta de las Ciencias Naturales.

Por lo que a los fines se refiere, bastará con recordar la ya clásica opinión de MITTEIS para quien Historia y Dogmática jurídica persiguen, cada una por su camino, llegar a lo que él llama subconsciente colectivo –*kollektives Unterbewusstein*–; entendiendo esta conciencia jurídica no en el sentido naturalístico del *Volksgeist* romántico de la Escuela Histórica, sino en otro más propiamente histórico, como fruto de la obra de una comunidad humana, formado a través de un lento proceso secular. Para ello recurre MITTEIS a comparar el uso que se hace del término "proceso" tanto en el terreno histórico como en el dogmático, propiciando que el modelo de proceso que acoge la Dogmática –como desarrollo orgánico de una serie de actos conforme a reglas determinadas– sea también seguido por el iushistoriador, con arreglo a la conocida metáfora del autor alemán según la cual el "proceso histórico" no sería sino una continua superación por compromiso de fuerzas antagónicas[193].

En relación con el método tampoco puede afirmarse una oposición radical entre historia y dogmática, por cuanto ambas operan con un mismo concepto de "causa" que difiere del matemático o naturalístico en que si éste exige la verificación de todas las condiciones productoras de fenómenos previsibles, el de la Ciencia Jurídica –entendiendo por tal la que incluye tanto a la Historia como a la Dogmática– interviene a través de la llamada "causalidad adecuada", con arreglo a la cual entre varias condiciones productoras de un resultado determinado basta con escoger aquélla que, conforme a la experiencia, es idónea para producir el acontecimiento[194].

---

193 L.MITTEIS *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* Weimar 1974, pags. 80 y ss.

194 Como subraya A. HERNANDEZ GIL "Aunque las leyes o las reglas en concreto sean totalmente variables y, en efecto, varían, y aunque haya una variación del Derecho mismo, con la sola variación del objeto, ni está dicho todo lo que cabe decir sobre la misma ni se puede descartar el carácter científico del tratamiento del Derecho ni, en general, la condición de ciencia en cualquier ámbito del saber. "Cfr. *Problemas epistemológicos de la Ciencia jurídica*. Segunda ed. Civitas Madrid 1981, pag. 20.

El que los vínculos entre Dogmática e Historia sean estrechos y profundos no impide, claro está, que entre ambas aproximaciones epistemológicas al Derecho existan algunas diferencias sustanciales. Si bien es cierto que tanto el historiador como el dogmático del derecho deben trabajar utilizando el indispensable método hermenéutico, no lo es menos el que existen lógicas divergencias de actitud práctica entre el jurista que interpreta un derecho histórico –función meramente cognoscitiva– y el que interpreta un derecho vigente; diversidad que no puede dejar de tener consecuencias importantes a a hora de delimitar los campos de la Historia y de la Dogmática[195]. Las aproximaciones a esta cuestión han sido tradicionalmente dos: según se dé primicia a la Dogmática negando la autonomía de la Historia Jurídica, o se rechace el carácter científico de la Dogmática, por atribuirlo exclusivamente a la Historia del Derecho.

B) La Historia Jurídica como instrumento al servicio de la Dogmática

Algunos autores reducen radicalmente la Historia a la Dogmática por entender que la reconstrucción reflexiva del pasado jurídico no tiene autonomía propia en el marco de la Ciencia del derecho. Para ello se estima el conocimiento de la realidad jurídica pretérita, todo lo más, como un simple instrumento que puede ser utilizado por el jurista en el ejercicio de su labor profesional.

Esta es, por ejemplo, la postura de SCHöNFELD quien distingue dos escalones fundamentales en la construcción de la Ciencia Jurídica: uno integrado por la "Dogmática" y otro en el que aparecería la "Teoría del Derecho". Aquella, como primer paso de la Ciencia del Derecho, consistiría en la exposición sistemática del derecho vigente y por tanto se referiría a sistemas jurídicos concretos, constituyendo una especie de ciencia particular de éstos. La segunda, en cambio, aparece concebida por el autor alemán como el más alto grado de elaboración de la Ciencia Jurídica, en el que tendrían cabida los géneros, las especies y las leyes generales de todo derecho pensable. Si la "Dogmática" debe separarse de la "praxis" –por cuanto esta, según SCHÖNFELD, se dirige únicamente a solucionar con-

195 Vid. al respecto la crítica que hace F. CALASSO a los planteamientos de CHECCHINI Cfr. "Storia e Dogmática del diritto" en el vol. *Storicità del diritto*, Milano Giuffré 1966 pags. 95 y ss.

flictos jurídicos concretos sin propiciar intento alguno de ofrecer una visión global ordenada del sistema jurídico–, se confunde sin embargo con la historia, en la medida en que para él esta última no constituye sino una "dogmática sucesiva" de un derecho no actual, no inmediata sino "mediatamente" presente. La historia del derecho, pues, vendría a ser, con arreglo al planteamiento descrito, un mero instrumento informativo utilizable por el jurista en la construcción del escalón "dogmático", sin intervención alguna en el nivel más elevado que constituye la Teoría del Derecho, considerada por SCHÖNFELD como ciencia de lo eterno y lo posible y, en consecuencia, totalmente ajena a la historia[196].

La concepción apuntada se generaliza en cierto modo en el pensamiento de BETTI, quien considera la dogmática moderna como una categoría lógica, inmutable y universal, con un valor absoluto y atemporal, en la que la realidad histórica del derecho sólo tiene cabida como uno más de los aspectos de la famosa "teoría de la interpretación" del jurista italiano. No es este el momento de analizar en su totalidad la sugestiva tesis bettiana, pero sí el de examinar sus repercusiones sobre el problema de la interpretación histórica y, en general, sobre el propio concepto de la Historia del Derecho[197].

Desde el punto de vista descrito, destaca ante todo el empeño de BETTI por utilizar la dogmática moderna para reconstruir el derecho histórico, atendiendo al hecho de que para él sin el instrumental dogmático el historiador del derecho no conseguiría nunca diferenciar con precisión científica una cuestión histórica de otra, una concepción de otra diversa, un medio de solución del problema de otro distinto[198]. Debe tenerse en cuenta que para el autor italiano –desde este punto de vista, claramente inserto en

---

196 Walter SCHÖNFELD *Von der Rechtsverkenntnis eines Metaphisiche Studie*, Ed. W Gruyter Berlín 1931, pags. 127 y ss.

197 Su tesis aparece sobre todo recogida en "Le categorie civilistiche dell'interpretazione" en *R.I.S.G.* (1948), pags. 34 y ss., *Interpretazioni delle leggi e degli atti giuridici* Milano 1949, especialmente pags. 79 y ss., en "Posizione dello spirito respetto all'oggettività" en *R. Int. Fil. D.* (1949) pags. 1 y ss, *Teoría generale della interpretazione* Milano Giuffrè 1955 2 vols., particularmente, sobre "l'interpretaziones storica" I, pags. 390-432 y "Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts und Kulturgeschichte" en *Studium generale* (1959) pags. 87 y ss. Una visión fiel y completa de su doctrina puede verse en DE FRANCISCI "Emilio Bétti e i suoi studi intorno all'interpretazione" en *R.I.S.G.* (1951) pags. 1-49 y el reciente estudio de P. COSTA "Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia" en *Quaderni Fiorentini* 7 (1978), pags. 311-393, particularmente 326-334.

198 Afirma BETTI, concretamente, que "ciò che c'interessa sapere circa il passato, noi non possiamo cercarlo nel passato stesso, il quale non è più una realtà presente nè è rinvenibile in alcun luo-

la tradición hegeliana– el derecho histórico y el contemporáneo constituyen un único sistema. Según él, la dogmática jurídica habría mantenido un desarrollo homogéneo desde el Derecho Romano hasta nuestros días y por ello resulta: "absurdo imponer al historiador que se limite a usar la dogmática embrionaria, elaborada por los juristas de la época del derecho que estudia", en vez de permitirle utilizar unos conceptos desarrollados en el curso de veinticinco siglos[199].

Es importante poner de relieve que con arreglo a la concepción expuesta el empleo de la dogmática en el estudio de la realidad jurídica pretérita significa algo más que un recurso utilitario o instrumental, o el reconocimiento de la imposibilidad de que el intérprete se despoje de su propio aparato conceptual. En realidad, bajo la idea de la evolución homogénea subyace la noción de que los conceptos jurídicos crecen y se desarrollan como entes autónomos, sin relación alguna con las vicisitudes de la sociedad en que son utilizados. Es por ello que BETTI se encuentra en las antípodas de autores como SCHWERIN[200] o PARADISI[201], defensores de un derecho concebido como creación constante de la sociedad que se renueva íntegramente en cada momento. Para BETTI, por el contrario, la dogmática moderna debe considerarse indudablemente "integradora", atendiendo a que los conceptos que maneja el jurista moderno no son embrionarios sino fruto de un largo proceso de maduración. Por ello el iushistoriador debe poder utilizar el concepto o el sistema resultante, que los juristas de épocas anteriores no supieron establecer por primitivismo, cuando no por simple falta de capacidad[202].

---

go così como fu, ma dobbiamo cercarlo in ciò che di esso è ancora presente e sopravvive in qualunque siasi forma, e como forma é accesibile alla nostra attuale percezione ed esperienza". Cfr. *Teoria generale de l'interpretazione* cit. I, pags. 390-391.

199 Es en este sentido que considera que el intérprete, al reproducir en sí mismo el proceso creativo, lo hace entrar en su propio mundo de ideas, expresiones y conceptos, por lo cual la llamada a la inteligencia que hay en el objeto, aun cuando proviene del pasado, queda contemporanizada por su recepción en nuestra mente, con su educación del entendimiento, o de la correspondencia o consonancia hermenéutica, de modo que "el intérprete debe esforzarse por situar su propia actualidad viviente en íntima adhesión y armonía con el estímulo que le viene del objeto, de modo que uno y otro vibren al perfecto unísono" BETTI *R.I.S.G.* (1948), pag. 56.

200 Vid. por ejemplo su *Deutsche Rechtsgeschichte* cit. pag. 6.

201 Vid. "I nuovvi orizzonti della storia giuridica" en *R.I.S.G.* (1952), pag. 148.

202 Y ello porque uno de los principios básicos para BETTI es el de la totalidad y coherencia, impuesto por la correlación existente entre las partes del objeto. Para el autor italiano, toda obra ex-

A pesar de su indudable brillantez, el planteamiento Bettiano resulta claramente criticable, tanto desde el punto de vista del concepto de dogma en el que se apoya como porque en general su aplicación literal distorsiona considerablemente las condiciones de la observación científico-jurídica[203].

Sin duda sorprende, en primer lugar, el aplomo con el que BETTI utiliza la palabra "dogma" referida al derecho, dado que, como ya advirtió CALASSO, se trata de un término que fue claramente extrapolado del campo teológico, en el curso del proceso de asimilación de los métodos de la Teología que desarrollan los protagonistas de la primera jurisprudencia medieval; ante todo significativa de la reverencia que merecía el *Corpus iuris* como *ratio scripta* de glosadores y postglosadores[212]. Lo cual no constituye sino otra prueba más de en qué medida la aplicación metódica de los conceptos actuales al derecho histórico puede resultar perturbadora, tanto por la inadecuación del objeto como por la ambigüedad del concepto. Así, por ejemplo, si pretendemos aplicar el término de "tomador", como en general el de cualquier sujeto participante en un negocio cambiario, en su sentido actual a una operación trayecticia del siglo XVI, los términos de la misma nos resultarán incomprensibles, al tener dicho término en la época mencionada un significado ambiguo y muchas veces contrario al que tiene en la época presente. Y otro tanto ocurre con elementos dogmáticos esenciales de la institución referida como, por ejemplo, la teoría de la provisión de fondos, incomprensible e incomprendida a la luz de la actual dogmática cambiaria, que sigue obstruyendo la inteligibilidad y la correcta formulación dogmática del esquema causal de la letra de cambio en nuestro derecho cambiario vigente[205].

Desde otro punto de vista, y al margen de que resulte por lo menos

---

presiva se puede integrar en otra más vasta, y la interpretación de cada una de sus partes sirve para iluminar a las demás. Así, afirma que el objeto de la interpretación es "propiamente, la declaración o el comportamiento, pero no tomados en sí, abstractos y aislados, sino encuadrados en el marco de circunstancias que les confieren significado y valor". Cfr. *Teoría general del Negocio Jurídico* trad. A. Martín Pérez de la primera ed. italiana de 1943. Madrid Editorial de la Revista de Derecho Privado s.a. pag. 238.

203 Aspecto subrayado, por ejemplo, por H.G. GADAMER en "Emilio Betti und das idealistische Erbe" en *Quaderni Fiorentini* 7 (1978), pag. 37.

204 Vid. F. CALASSO *Introduzione al diritto comune* Milano Giuffrè 1970, pags. 44 y ss.

205 Vid. mi *Historia de la letra de cambio*, cit. pags. 279-282.

discutible la creencia bettiana sobre el progreso rectilíneo del derecho, el reproche práctico más grave que puede hacerse a la doctrina interpretativa del jurista italiano es sin duda su tendencia a agravar de modo considerable la entropía resultante de la necesaria intervención subjetiva del investigador en el desarrollo de la observación científica. Si resulta ineludible aceptar que entre los hechos históricos y nuestra apreciación de ellos se interponga nuestra subjetividad de observadores, no hay necesidad de aumentar deliberadamente este factor de distorsión. La dogmática moderna puede resultar útil en la primera aproximación que hace el iushistoriador al material que le proporcionan las fuentes estudiadas, e incluso inevitable considerando que aquél se ha educado en una dogmática específica: la actual, en la que ha forjado sus primeros conceptos de jurista. No obstante es absolutamente inaceptable que dicha aproximación inicial se transforme por sí misma en presupuesto metodológico, siendo por el contrario más que saludable, epistemológicamente hablando, que aquélla deba rechazarse tan pronto como el iushistoriador comprenda su inaplicabilidad al contexto temporal en el que se desenvuelva su investigación. Y ello porque el empleo de la dogmática actual no constituye sino una limitación impuesta por el desconocimiento inicial del objeto histórico. Una vez desaparecido éste se esfuma dicha limitación y el historiador del derecho se ve obligado a modificar sus presupuestos conceptuales, como único modo de evitar que la reconstrucción final de la investigación iushistórica resulte a la postre necesariamente falsa[206].

La preocupación descrita explica sin duda que el propio BETTI no lleve hasta sus últimas consecuencias la aplicación de su propio método en sus trabajos de reconstrucción histórico-jurídica, mostrándose por el contrario lo suficientemente flexible como para no retroceder ante la utilidad o la necesidad de proceder a una labor de crítica textual[207]. Es considerablemente más radical en este aspecto un discípulo suyo, CHECCHINI, quien tras asignar a ciertos dogmas una función cognoscitiva absoluta concibe una historia del derecho como "historia de los

206 Coincido en este aspecto plenamente con el planteamiento del Profesor GARCIA GALLO. Vid. al respecto "Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española" en *Actas del I Simposium de Historia de la Administración*, Madrid 1970 pag. 45.

207 Vid. P. COSTA *Emilio Betti* cit. pag. 328.

dogmas", con una utilidad limitada a permitir comprender el "desarrollo" de la ciencia jurídica[208]. En el mismo sentido, BUSSI, otro seguidor de BETTI, se limita a "reconocer" en las instituciones antiguas el antecedente de los conceptos jurídicos actuales y a asistir, como espectador de los tiempos, al nacimiento y desarrollo de cada una de las instituciones de derecho moderno; alternativa esta última perfectamente admisible siempre que resulte coherente y rigurosa, sin perjuicio de que no sea la más deseable[209].

Resulta sin duda preferible la actitud de autores como BADER, para quien la historia jurídica no está para servir de ayuda a la dogmática sino para comprender cómo han sucedido realmente las cosas[210], o la opinión de MAITLAND, quien advierte, con razón, del peligro de que la Historia pueda dejar de serlo si la convertimos en esclava del Dogma[211].

C) La historia como "ciencia" y la dogmática como "técnica"

Como polo opuesto de la doctrina expuesta aparece la interesante postura defendida por DE FRANCISCI[212], autor que subraya, desde una perspectiva romanística, el contraste entre la Historia y la Doctrina del derecho vigente. No tanto por entenderlas como dos aproximaciones científicas opuestas, sino más bien por considerarlas como dos modos diversos de acceder a la realidad jurídica. Lo más característico del planteamiento de DE FRANCISCI es su opinión de que el único acercamiento científico posible al derecho es el "histórico", pues según él la Dogmática no pasa de

208 CHECHINI. *"L'unità fondamentale della Storia del diritto italiano"* en R.S.D.I. (1949) pags. 7 y ss.

209 E. BUSSI *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune* Padova 1937-1971, 2 vols. (I: Diritti reali e Diritti di obligazioni y II: Contratti, successioni, Diritti di famiglia). Vid. particularmente I, pag. 12.

210 BADER *Aufgaben und Methoden des Rechtshitorikers* Tubinga 1951, pag. 7.

211 Por cuanto estima que, por el contrario, sólo conociendo la historia es posible comprender el propio derecho. Vid., por ejemplo, sus esclarecedoras páginas contenidas en *Equity. A course of lectures* Ed. A.H. Chaytor y W.J. Whittaker, revisada por John Brunyate, segunda ed. Cambridge 1936, reimpr. 1969, pags. 1-22.

212 Autor que se sitúa incialmente en una postura evolucionista y sociológica cercana al naturalismo de BONFANTE Vid, por ejemplo, su *Storia del Diritto Italiano* I, Milano 1941 pags. 45-46 y que, posteriormente se dirige hacia la tendencia expuesta en *Puntos de orientación para el estudio del Derecho* trad. cat. J. IGLESIAS, Barcelona 1951, particularmente pags. 32 y ss.

constituir una mera técnica –un "arte del derecho"– cuya finalidad es la aplicación y la creación de normas[213].

DE FRANCISCI parte de considerar el derecho como una realidad fenomenológica a la que sólo puede accederse epistemológicamente a través de un estudio de sus orígenes, de sus fases constructivas y del espíritu que anima su ser y su desarrollo[214]. Para el romanista italiano lo jurídico sería la expresión del querer ser del cuerpo social –"opinio necessitatis"–, que no surge espontáneamente sino como el resultado de una maduración elaborada a través de la experiencia y que, por tanto, se encuentra en íntima relación con los demás elementos del cuerpo social. Tales consideraciones hacen afirmar a DE FRANCISCI que no puede desvincularse el estudio jurídico-científico de los demás elementos culturales que influyen en el derecho y particularmente –en la medida en que el derecho es un "querer ser"– del "sujeto que quiere", es decir de la propia civilización sobre la que se asienta el sistema jurídico[215].

Frente a la Ciencia Jurídica, concebida como disciplina inequívocamente histórico-jurídica, aparece la Dogmática, que DE FRANCISCI caracteriza como el arte de descubrir la norma que se acomoda a un caso concreto, adaptándola al supuesto individual. Ciertamente, el autor italiano reconoce que este arte, que nace como una técnica para resolver casos particulares, tiende también a integrarse en un sistema amplio, o incluso presentarse como disciplina ordenadora de principios en el marco de un conjunto coherente de conceptos; aspecto bajo el que puede revestir los caracteres aparentes de una disciplina científica. No obstante, aún desde dicho punto de vista la Dogmática tendría un mero valor instrumental, en la medida en que sus principios no pretenden ser un valor de conocimiento sino que poseen su propia fuerza impositiva. El jurista dogmático, aún cuando extrae de los principios generales del sistema jurídico vigente una solución nueva, interviene siempre guiado por una voluntad previa de actuar en un determinado sentido, que responde más a un planteamiento intelectual que a una valoración de los fines atribuidos en ese momento al ordenamiento jurídico por las concepciones generales de signo moral, religioso, ético,

213 DE FRANCISCI *Puntos de orientación* cit. pags. 41 y ss.
214 DE FRANCISCI *Emilio Betti e i suoi studi* cit. pag. 37.
215 DE FRANCISCI *Puntos de orientación* cit. pag. 34.

político o económico. Este estado de cosas resulta igualmente predicable de la reconstrucción dogmática del derecho histórico –entendiendo por tal la forma de aplicación ideada por los juristas de cada época– que, independientemente de su utilidad, nunca podrá dejar de integrarse en el marco histórico correspondiente; circunstancia que determina para DE FRANCISCI que los trabajos monográficos encaminados a conocerla deban ser considerados únicamente como capítulos de la historia de dicho ordenamiento[216].

La tesis defendida por DE FRANCISCI, a pesar de ofrecer aspectos sugerentes, ha sido justamente criticada en la medida en que su autor hace gala de una separación demasiado radical entre los conceptos de "arte" (técnica) y "ciencia" (conocimiento). Y ello porque dicha división es sólo posible –y con reservas– como especialización profesional de los que cultivan un saber y desde luego no en absoluto. Por el contrario, no sólo no puede concebirse una técnica sin ciencia sino que resulta difícilmente imaginable una ciencia sin técnica[217]. Resulta significativo al respecto que el propio DE FRANCISCI se vea obligado a reconocer que en la labor del dogmático hay un primer momento cognoscitivo[218]; a lo que puede agregarse que el historiador –único "científico" para el jurista italiano– en todo caso se ve obligado a emplear en el desarrollo de su tarea tanto una "técnica" de indagación crítica como una "técnica" de comunicación y enseñanza, aspectos que justamente reciben la denominación de métodos investigador y docente.

D) El carácter "científico" de la aproximación histórica al Derecho

Tratando ante todo de ser operativos y con el fin de evitar los inconvenientes que resultan de separar la Historia de la Dogmática jurídica, conviene insistir en el hecho de que las evidentes diferencias que separan el derecho actual del derecho histórico son de carácter más metodológico que

216 Ibidem, pag. 52.

217 Vid. al respecto las interesantes observaciones de D'ORS en *Una introducción al estudio del Derecho* cit. pags. 20, 74 y ss, y en *Sistema de las ciencias* I, Pamplona 1969, pag. 21.

218 "Ciertamente, la interpretación jurídica contiene, como toda interpretación, un momento cognoscitivo, esto es, reconocedor del pensamiento, operación típica de la interpretación histórica" DE FRANCISCI *Puntos de orientación* cit. pag. 49.

conceptual, pues el pretendido aislamiento existente entre ambas aproximaciones a una misma realidad jurídica –que además de única resulta obviamente histórica, como realidad humana que es– se reduce en definitiva al diferente sentido de la aplicación práctica que tienen el dogmático y el iushistoriador.

La historicidad de la norma jurídica ya había sido defendida por VON LÜBTOW con base en la idea de que el derecho presente deriva de sus precedentes históricos, del mismo modo que nuestro pensamiento jurídico vive en gran medida bajo el signo del pasado[219]. Y es que resulta imposible afirmar la intemporalidad de la "dogmática" si nos fijamos en su desarrollo a través de los siglos, y de los procesos de crecimiento, transformación o incluso de degeneración que permiten no sólo que instituciones antiguas, inexplicables fuera de un singular concepto histórico, vivan y permanezcan en nuestros días sólo por la fuerza de la inercia –como, sin ir más lejos, la letra de cambio–, sino que la propia ciencia de aplicación –que BETTI llama interpretación con función normativa –se desenvuelva en un momento inevitablemente histórico. Realidad ésta que resulta especialmente flagrante en los sistemas jurídicos que deliberadamente adoptan una postura jurisprudencial, como el romano o los de tradición inglesa, en los que la búsqueda del "precedente" responde a una metodología eminentemente histórica[220].

Ello no significa por supuesto que "historia" y "dogmática" constituyan un todo indistinguible, pues la propia separación metodológica antes aludida constituye por sí misma un factor determinante de su diversa aproximación formal al mismo objeto epistemológico. Por ello debe rechazarse la actitud de quienes pretenden que la historia del derecho sirva única y exclusivamente para reconstruir dogmáticamente el derecho del pasado[221], y defender la comprensión del derecho histórico en su propia particularidad, independientemente de la utilidad que pueda ofrecer al historiador general o al jurista moderno. Y ello porque la labor del investigador debe di-

219 Concretamente afirma que "la ley no ha caído del cielo, sino que es un fenómeno histórico. Cada ley y cada sentencia jurídica aporta consigo un pasado espiritual y tiene su particular historia" Cfr. *Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgerschichte* cid. pag. 60.

220 E. BETTI *Interpretazione delle leggi* (1949) cit. pags. 21 y ss.

221 Posición plenamente coincidente con la defendida por MITTEIS Vid. *Von Lebenswert* cit. pag. 69.

rigirse al conocimiento y no al aprovechamiento. Con ello no se pretende, obviamente, desvirtuar la "utilidad" del derecho histórico para comprender el derecho vigente; cuestión filosóficamente más ámplia y que en todo caso se sitúa fuera del tema de su delimitación conceptual[222].

En realidad el puente que salva el pretendido abismo existente entre Historia y Dogmática es el convencimiento de la historicidad misma de lo jurídico. Hecho imposible de negar desde el momento en que el derecho no es más que un conjunto de soluciones dadas a problemas que en un momento dado concretan un punto de vista sobre el orden social; inevitablemente condicionado por el pasado más o menos inmediato[223]. Es en tal sentido que ORESTANO pretende establecer la unidad entre Historia y Dogmática, ampliando hasta tal punto el campo de la fenomenología jurídica que acaba por identificar el derecho con lo que él llama "experiencia jurídica"[224].

5. LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CIENCIA INTEGRAL

De lo expuesto hasta el momento puede deducirse, sin necesidad de acudir a planteamientos filosóficos complejos, que la expresión epistemo-

222 Como subraya L. DIEZ PICAZO, "la importancia de una investigación histórica subsiste, aunque en orden al fin de la investigación no se adopte una postura subjetivista, sino objetiva. Y ello porque las disposiciones normativas, los textos y las instituciones jurídicas contempladas por ellos están condicionadas por las circunstancias sociales existentes en el momento de su nacimiento, por cuanto no son otra cosa que respuestas que en un momento histórico determinado se han dado a problemas o a grupos de problemas sociales típicos. La captación de un sentido originario y el rastreo de un "hilo evolutivo" son indispensables para comprender el mensaje inscrito en ellos y para decidir el sentido que actualmente se les debe atribuir. Cfr. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* Ariel Madrid 1973, pag. 249.

223 Con esto afirmo la independencia del estudio histórico del derecho y el carácter "jurídico" del Derecho Romano y de la Historia del Derecho, por otra via que la empleada por GARCIA GALLO en "Historia, Derecho e Historia del Derecho" en *AHDE* (1953) pags. 22 y ss. En el artículo descrito, el autor citado insiste particularmente en la persistencia de las instituciones jurídicas para llegar a la conclusión de que el historiador del derecho opera con instituciones presentes. Aspecto en el que discrepo por estimar, primeramente, que la persistencia no significa inmovilidad; en segundo lugar, porque considero que el interés del iushistoriador no se agota en el estudio de las instituciones que persisten, al constituir objeto de su estudio también aquellas ya extinguidas; finalmente, por defender que la persistencia de una institución a través de los tiempos requiere el estudio de su conexión con los diversos sistemas en los que va desarrollándose, siendo el cambio de sistemas materia fundamental en el estudio histórico-jurídico.

224 R. ORESTANO *Introduzione allo studio del Diritto Romano* ed cit.,pags. 450-51.

lógica Historia del Derecho ha venido entendiéndose en dos sentidos diversos. Para algunos el objeto a considerar por el iushistoriador debe ser el pasado –materia– en cuanto fue organizado jurídicamente[225], mientras que para otros la Ciencia iushistórica debe referirse al Derecho –forma–, en la medida en que resulta afectado por la historicidad[226].

En realidad se trata de algo más que de un simple juego de palabras, pues ambos enfoques se han concretado tradicionalmente en dos tendencias que atribuyen disyuntivamente un carácter histórico o jurídico a la disciplina, con consecuencias conceptuales de indudable trascendencia en cada caso. Por eso mismo, a la hora de situar la Historia del Derecho en el conjunto científico conviene insistir en la crítica del que ha venido siendo un planteamiento clásico en la materia, para reivindicar como peculiariedad epistemológica esencial de la disciplina, precisamente, su carácter de ciencia plenamente histórica y plenamente jurídica[227].

Que la Historia del Derecho es una ciencia histórica resulta algo hoy ya indiscutido, en la medida en que se encuentra manifiestamente superado el enfoque decimonónico que consideraba la Historia general como ciencia de lo individual e irrepetible. Así han desaparecido las últimas reticencias manifestadas por quienes, atendiendo a ese peculiar ritmo evolutivo que tiene el Derecho como fenómeno histórico, mantenían a cierta distancia la Historia general de la jurídica, no tanto por negar el carácter histórico de esta útima como por oponerse a una cierta forma de concebirla. Por ello la historiografía moderna, si bien tiende a reconocer el carácter especial del estudio del derecho

---

225 Es en este sentido que E. KANTOROWICZ propugna su conocida *Sozialgeschichte des Rechts* cuyo objeto sería el estudio del pasado en cuanto se vio conformado por el derecho. Para el autor alemán las causas y transformaciones del derecho no pueden explicarse exclusivamente desde la normatividad precedente; razón por la que considera que "únicamente cuando la Historia del derecho vivifique con investigaciones sociológicas los áridos datos de que hoy se ocupa podrá alcanzar el rango científico que pretende" Vid. su clásico trabajo *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tubinga 1911, pag. 32.

226 En tal sentido ESCUDERO ha puesto de relieve como la peculiaridad del objeto de la disciplina radica en estar integrado por: "Lo histórico como materia y lo jurídico como forma de una indivisible entidad y no al revés: no la norma afectada por la historicidad;si el pasado normativo". En "Derecho y tiempo. Dogmática y dogmáticos" incluido en el volumen *Historia del Derecho . Historiografía y problemas* cit. pag. 71.

227 Coincido, pues, plenamente en este aspecto con el planteamiento de MITTEIS Vid. su *Vom Lebenswert* cit. pags. 60-64.

del pasado, admite, puede decirse que sin excepciones, su inclusión en el campo de las ciencias históricas[228].

Pero la Historia del Derecho es también Derecho y en consecuencia su tratamiento científico ha de ser tan jurídico como histórico. La afirmación no es, desde luego, nueva. Sin necesidad de remontarnos a SAVIGNY[229] o a IHERING[230] –para quienes el acercamiento filosófico-sistemático al derecho debía simultanearse con la elaboración de la historia jurídica[231]– o a las aproximaciones stammlerianas del triple acceso dogmático, histórico o axiológico al derecho[232], no puede negarse que la inclusión de nuestra disciplina entre las ciencias jurídicas viene siendo patrimonio común del pensamiento jurídico mo-

---

228 Hasta el punto de que, como subraya B. CLAVERO, puede decirse que la mayor parte de los historiadores del derecho se hallan "acomodados hoy en el campo de la historiografía" Vid. su "Historia, Ciencia, Política del Derecho" en *Quaderni Fiorentini* 8 (1979) pag. 20.

229 Para SAVIGNY, al resultar primordial el carácter unitario de la ciencia jurídica, la tarea del historiador debía dirigirse a tomar el sistema en su totalidad e imaginarlo progresivamente, es decir: como historia del sistema de la jurisprudencia en su totalidad. Entre el derecho que es y el que debe ser, la historia ofrece el que pudo ser. Vid. al respecto el análisis O. MOTTE *Savigny et la France* Beme 1983, especialmente pags. 193-220 y el de M. BRETONE "Il Beruf" e la ricerca del "tempo classico" en *Quaderni Fiorentini* 9 (1980) pags. 189-216.

230 R. von IHERING insistía en el carácter monolítico de la Ciencia jurídica, perspectiva desde la que afirma que el sistema de la dogmática no sirve para la historia. Al historiador no le incumbe poner de manifiesto la conexión sistemática sino la histórica. Y cuando esa conexión descansa en motivos históricos debe dejarse llevar por ello. Vid. *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum.* Trad. T.A. Banzhaf, Madrid Civitas 1987, pags. 41 y ss.

231 De tal forma que la Historia jurídica, no es ciencia aparte ilustrativa de los precedentes de la norma, sino una forma de integrar la ciencia jurídica, "el fundamento necesario de la fenomenología jurídica y lazo de unión entre el derecho y las restantes manifestaciones culturales"; todo ello en cuanto pone en conexión el Derecho en cuanto producto histórico con otras manifestaciones, también históricas, de la cultura. Vid. H. DAVID *Der Rechtshistoriker un seine Aufgabe* Leiden 1937, pag. 8.

232 Vid. al respecto R. STAMMLER, principalmente en *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia* Trad. W. Roces de la cuarta ed. Madrid Reus 1929, pags. 201 y ss y en su *Tratado de filosofía del Derecho.* Trad. de la segunda ed. alemana por W. Roces, Madrid Reus 1930. He manejado la reedición de 1980 realizada por la editora Nacional. Vid, particularmente, pags. 162 y ss.

233 De tal forma que la Historia jurídica, no es ciencia aparte, ilustrativa de los precedentes de la norma, sino una forma de integrar la ciencia jurídica, como fundamento necesario de la fenomenología del derecho y lazo de unión entre este y las restantes manifestaciones culturales. En este sentido CLAVERO reivindica la vuelta al campo jurídico de la Historia del Derecho, defendiendo que nuestra asignatura no puede quedar reducida exclusivamente al rango de disciplina histórica sino que debe "erigirse por si misma, no desde luego por simples declaraciones de intenciones metodológicas más o menos individuales sino por la efectiva dirección de sus intereses e investigaciones con el suficiente peso colectivo, en tal ciencia del derecho, ciencia dotada realmente de los medios filológicos para acceder al conocimiento de todas las determinaciones de los métodos y formas de establecimiento y

derno[233]. Resulta a tal respecto significativo que enfoques tan diversos como el "dogmático formalista" o el marxista admitan que el conocimiento histórico del derecho se encuentra inseparablemente unido al de la dogmática[234].

Conviene, no obstante, poner de relieve que la aproximación descrita no significa en absoluto que la Historia jurídica deba limitarse a ser una ilustración erudita del derecho vigente, y menos que aquélla sea una mera ciencia auxiliar que el jurista puede utilizar para interpretar más correctamente la norma, al mismo título que la lógica o la lingüística. Afirmar que la Historia del Derecho resulta esencial para explicar la dogmática jurídica no implica en absoluto reducir su objeto a la esfera de la interpretación normativa –en la que el criterio histórico sería uno más, junto al gramatical, el lógico o el sistemático[235], sino por el contrario defender lo inconcebible de una Ciencia jurídica sin Historia o de esta sin Dogmática. Dogmática e Historia en ningún caso pueden ser ciencias aislables y superponibles. Sin la Dogmática no existiría el punto de partida para indagar en el pasado[236] y sin la Historia no podría comprenderse, ni mínimamente, el Derecho del presente. Para comprender el Derecho tan imprescindible resulta analizar la estructura lógica de los objetos históricos –para evitar que el pasado jurídico se diluya en una pura sucesión temporal de módulos empíricos–, como examinar el carácter histórico de la estructura de las categorías vigentes, a fin de evitar que estas puedan presentarse como

---

reproducción del orden social expreso compulsivo, de sus sucesivos sistemas históricos, el presente incluido de forma ineludible: tanto sustantivá como metodológicamente" *Historia, ciencia, política del Derecho* cit. pag. 57.

234 Vid. para los primeros la exposición muy representativa de HEYMENN "Rechtslehre und Rechtsgeschichte" en *Festgabe für Otto Siebmann* Berlin 1920, pags. 310 y ss. Para el segundo, una magnífica y esclarecedora explicación del pensamiento marxista sobre las relaciones entre Historia y Derecho puede verse en U. CERRONI en *La libertad de los modernos* cit., particularmente, el capítulo 2, titulado "Derecho e Historia" pags. 37-69.

235 Resulta harto significativo al respecto que ni siquiera SAVIGNY, el sistematizador de los cuatro criterios interpretativos –gramática, lógica, historia, sistema– pretendiese reducir el papel de la Historia jurídica al de auxiliar hermenéutico del derecho positivo; como ha puesto de relieve F. WIEACKER en la interpretación que hace del pensamiento de SAVIGNY en *Gründer und Bewahrer* Göttingen 1959 pags. 12 y ss.

236 Como ha puesto de relieve C.F. von SCHWERIN en su *Einführung in das Studium der germanische Rechstgeschichte und ihrer Teilgebiete* Freiburg 1922 pag. 20.

puras elaboraciones abstractas, adquiridas sin el esfuerzo de la crítica histórica[237].

En definitiva puede afirmarse que la única forma válida de avanzar constructivamente en la comprensión de lo jurídico es desarrollando una ciencia jurídica positiva que estudie unitariamente las conexiones sistemáticas y las históricas, en una única estructura cognoscitiva. Sobre todo si se entiende que una disciplina sólo es auténticamente científica cuando persigue la comprensión "integral" del fenómeno estudiado; postulado que, referido al Derecho, implica la nécesidad de defender la mencionada integración de Dogmática e Historia. Realizar en este sentido un análisis de las puras normas sin explicación de sus causas ni de su significado como conexiones ordenadoras de una sociedad resulta un modo acientífico de acercarse al Derecho que no permite una comprensión inteligible del mismo; especialmente teniendo en cuenta su carácter de fenómeno simbólico, que oculta su lógica peculiar a la mirada directa e inmediata del observador no avezado[238].

Concebir la existencia de una única Ciencia jurídica positiva válida: la que estudia de modo unitario las conexiones sistemáticas y las históricas del derecho en una única estructura cognoscitiva, no supone, por supuesto, excluir la posibilidad de que existan "perspectivas" distintas que tiendan a insistir en uno u otro carácter, atendiendo más a lo estrictamente jurídico normativo o, por el contrario, al pasado global formalizado por el derecho. Resulta en este sentido tan perfectamente concebible dirigir preferentemente el análisis de la realidad jurídica pretérita hacia una historia de las técnicas jurídicas como centrar la aproximación histórico-jurídica en el estudio de la pervivencia

---

237 En este sentido, ORESTANO observa, agudamente, que "la distinción entre conocimiento "científico" y conocimiento "histórico", lejos de haber producido un progreso de la ciencia jurídica la ha arrastrado a un mar de escollos en el que se debate y del que no puede salir sin negar una vez tras otra los postulados de los que parte" *Introduzione allo studio storico dell Diritto romano* cit. pag. 298.

238 Sobre todo porque, como subraya E. PATTARO, las "expresiones lingüísticas no sólo "producen" el significado, al suscitar aquellas imágenes y/o conceptos que idóneamente pueden "producir" en función semántico-representativa dada una determinada comunidad lingüística de destinatarios, sino que incluso están en condiciones de "producir" significados artificiales o "corregidos" en cuanto se intervenga sobre el receptor induciéndole a responder con determinadas imágenes y/o conceptos a la percepción de ciertas expresiones lingüísticas en determinados contextos". Cfr. *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica* Trad. J. Iturmendi Morales, Madrid Reus 1980, pag. 354.

social de una institución. Aquí es donde juegan las perspectivas o posiciones de cada historiador, todas ellas legítimas con tal que ofrezcan rigor y coherencia con el objeto propuesto y los métodos postulados[239]. Pero aquí no nos encontramos ya en el terreno de la definición conceptual de la Historia del Derecho sino en el de la propia elaboración de la misma, a través de un método científico adecuado.

239 En este sentido afirma A. IGLESIA como "hay muchos historiadores que tienden a sobrevalorar el método, absolutizándolo, y desconociendo por ello que no es más que un camino, que puede y debe se recorrido para alcanzar determinados fines. Pero si todos los caminos llevan a Roma, también puede afirmarse que no todos los destinos se alcanzan por el mismo camino". Cfr. *La creación del Derecho* cit. I, pag. 27.