

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**8**

(1979)



**giuffrè editore milano**

BARTOLOMÉ CLAVERO

## HISTORIA, CIENCIA, POLITICA DEL DERECHO

Transporter dans les siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui est la plus féconde. A ces gens qui veulent rendre modernes tous les siècles anciens, je dirai ce que les prêtres d'Égypte dirent à Solon: « O Athéniens! Vous n'êtes que des enfants ».

(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 30, 14).

### I. *Servidumbre pretérita: historia de la historia del derecho.*

La historia del derecho, como todo, tiene historia; constatación banal, desde luego, pero no por ello tal vez menos acreedora de alguna consideración: en dicha fórmula pudiera encerrarse más sustancia de la que dejara sospechar su aparente banalidad. Pues no habrá de entenderse, con ella, que los elementos que hoy entran en la composición de una historia del derecho tengan su aparición, más o menos esporádica, más o menos constante, en diversos periodos o geografías históricos: la historia de dichos elementos no nos daría, por simple adición, una historia de la historia del derecho. Habrá de tratarse, en cambio, de que esta « ciencia » tenga, como tal, un principio de identificación histórica y unas circunstancias no menos determinadas históricamente de desenvolvimiento o de progresión: sólo la historia de la historia del derecho, como objeto integral — salve el matiz la perogrullada —, puede ser considerada tal historia; y sólo esta historia puede rendir cuenta de las determinaciones propias de dicha ciencia en sus diversas o, en su caso, encontradas configuraciones.

No pocas veces, para considerarse la formación de una historia del derecho, se ha perseguido la pista de algunos de sus elementos

actuales más sustantivos desde los mismos tiempos antiguos, desde, por ejemplo, un capítulo romano *de origine iuris*; pero cabría demandarse, ante estas operaciones genealógicas, si tales fueron realmente elementos de una historia del derecho, o si no es el caso de que surgieron y se desarrollaron como capítulos más bien de formación del propio derecho; de otorgarles hoy tal reconocimiento en la genealogía de la historia, no habría luego seguramente razón para detenerse a medio camino; de hecho, toda obra jurídica de un orden hoy periclitado podría ser igualmente un jalón de la historia del derecho: y cuántos autores en la historia, cuántos juristas, habrían escrito historia del derecho sin saberlo.

Siempre, de hecho, se podrán encontrar en la historia elementos — hoy — de una historia del derecho, pero elementos que no pertenecían — entonces — a tal especie, ni a especie alguna, de historia, sino que lo eran del propio orden jurídico, del derecho vigente sin más; no constituían propiamente capítulos de una historia, y hoy, por ello, se les comprenderá y analizará mejor en relación con la problemática jurídica sustantiva, y no con una problemática de tipo historiográfico, de su época; aparte ello, desde luego, del testimonio que puedan hoy efectivamente rendirnos en la construcción de una historia del derecho, pero, como decíamos, igual género de testimonio podrán deparar las obras jurídicas sin que por ello nos veamos obligados a convertirlas en obras, ya de por sí, histórico-jurídicas.

Y aquí, para mejor valorar lo que intentamos decir, convendría ya recordar una particularidad de los sistemas históricos, o, más directamente, la peculiaridad, frente a ellos, del sistema jurídico actual; recordar que, en la historia, el primer sistema cuyo establecimiento supone un momento constituyente que viene a fundarlo en el tiempo es el hoy vigente: al implantarse, con las primeras revoluciones iusliberales y constituciones y códigos consiguientes, pudo introducir una solución de continuidad convirtiendo en historia el pasado. El caso de los sistemas anteriores es precisamente el contrario: constituyen órdenes sociales basados más en autoridades de muy larga duración como la « costumbre » o la « jurisprudencia » que en la « ley », « constitución » o « código » de un poder político singularizado, razón por la que hubieron regularmente de precisar de un recurso sustantivo a la « historia » como elemento intrín-

seco de su propia vigencia, de la propia composición de su sistema normativo, de su propia « creación del derecho ». No es, por ello, extraño que pudieran fácilmente encontrarse, fuera de la historia del derecho, en un orden externo a su genealogía como tal, elementos que hoy la componen. Antes la historia era derecho como ahora — valga de nuevo la perogrullada — puede ser historia (1).

¿Quiere esto decir que la historia del derecho sólo surge o se identificada efectivamente a partir de la implantación del sistema jurídico contemporáneo? Sí y no; o no exactamente. Lo dicho es desde luego indicativo de que ha de existir algún tipo de relación sustantiva entre el mismo hecho histórico de la aparición del sistema jurídico contemporáneo y el fenómeno — digamos — científico de la sustanciación de la historia del derecho, pero esto no ha dejado de producirse bajo determinadas circunstancias culturales que han dificultado notablemente incluso la misma percepción y reconocimiento de tal especie de relación. Recordemos, a

---

(1) Este motivo de la « deshistorización » sustantiva del derecho contemporáneo también lo sitúa en el arranque de su reflexión Uwe WESEL, *Zur Methode der Rechtsgeschichte*, en *Kritische Justiz*, 1974, 4, ps. 337-368, mas concibiéndole en unos términos genéricos y dotándole de un sentido sustancialmente « ideológico » y de una significación, con todo, bien distinta. Y he de agradecer, desde este inicio, a Antonio MERCHANT, buen conocedor de debate histórico-jurídico en Alemania, sus acertadas indicaciones sobre el interés de éste y otros textos, asistiéndome además generosamente en mis deficiencias con el alemán; a él se debe ya — prepara otras publicaciones en este terreno —, y aparte el informe que luego se citará (nota 13), la traducción de Helmut COING, *Las tareas del historiador del derecho*, Sevilla 1977. También quiero aquí agradecer a FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, Mariano PESET y Johannes-Michael SCHOLZ sus observaciones a primeras versiones de estas páginas, que me ayudaron notablemente a aquilatarlas. Paolo GROSSI, posteriormente, me animó a anotarlas cuando, desbordado, había ya renunciado a ello. Y alguna advertencia debo hacer respecto a los criterios que finalmente he adoptado en esta anotación: me limito a notificar aportaciones españolas a la problemática del texto más sustantivas o más recientes, a consignar referencias a intervenciones foráneas particularmente presentes, por activa o por pasiva, en su orientación, y a remitirme a escritos propios donde, con posteriores referencias y debates que habrán de excusar la inmodestia de este último género de citas, mejor puedo apoyar determinadas consideraciones por operar o generarse en ellos las preocupaciones metodológicas del caso. Preocupaciones éstas y criterios aquéllos que no quiero descargar en otros con tales obligados agradecimientos: las posiciones aquí expuestas son, desde luego, de mi exclusiva responsabilidad.

tal efecto, sumariamente dichas circunstancias, tanto respecto al primer punto de la aparición del sistema jurídico contemporáneo, como respecto a aquel segundo que más propiamente ha de interesarnos de la identificación de una historia del derecho; recordar algo del primero con la exclusiva finalidad de poder pasar a la consideración del segundo.

Realmente, según es sabido, el sistema jurídico contemporáneo se hallaba ya bastante definido por obra de la doctrina en el momento de su implantación histórica efectiva con las revoluciones iusliberales; tras éstas, en el pasado de la historia, existía toda una larga empresa de elaboración de una doctrina jurídica en tal dirección. Y hemos de convenir, si no queremos extraviarnos en la correa sin fin y sin avance de los « precedentes », en que tal empresa tiene su arranque unos tres siglos antes de dichas revoluciones con el Humanismo renacentista: sólo entonces, y no en debates de la escolástica anterior, parece que justamente se detecta una contradicción teóricamente fundada del sistema de formación medieval, todavía entonces vigente, y que justamente se percibe, como base de dicha contradicción, una cierta acuñación y un cierto desarrollo de los motivos que, al cabo de dichos siglos y iusracionalismos mediante, informarán e integrarán el sistema jurídico contemporáneo <sup>(2)</sup>.

Pues bien, en esta misma corriente cultural donde se incubaba el sistema actual se perfila la historia del derecho, científica o críticamente fundada, como uno de los elementos fundamentales a su vez del propio debate jurídico en cuestión; una historia que ya no es, virtualmente, aquella « historia » subordinada en su propia entidad a los imperativos del establecimiento del sistema constituido, aquella « historia » que este orden postulaba al servicio no sólo de su propia legitimación sino también de la misma invención o determinación de las respectivas normas. Frente a esta historia verdaderamente ancilar de los derechos u órdenes tradicio-

---

<sup>(2)</sup> Para información de estos motivos puedo remitir a las consideraciones y referencias de B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (A H D E en adelante), 48, 1978, ps. 307-334, y *La idea de código en la Ilustración jurídica*, a publicarse en *Historia. Instituciones. Documentos* (H I D en adelante), 6, 1979.

nales puede configurarse, con el Humanismo renacentista, la crítica histórica o la investigación historiográfica propiamente dichas (3).

El derecho de procedencia medieval representaba, como un elemento intrínseco de su propia posición o, más en concreto, de la posición respectiva de los diversos y heterogéneos poderes políticos en él existentes, su historia particular: frente a él, y frente a ésta, con las armas de una crítica positivamente fundada, puede situarse como tal — haciendo abstracción de individualidades — el Humanismo. Dicha historia corría, a su manera apologética y en buena parte legendaria, desde la Biblia, para su vertiente canónica más fundamental, y desde la Recopilación de Justiniano, para su vertiente — digamos — civil; y el Humanismo recancentista, frente a ella, frente a tal especie de historia jurídica que sienta las autoridades básicas del sistema constituido, aborda y en buena parte realiza la labor de hacer positivamente — crítica, documentalmente — la misma — diversa, desde luego — historia.

A partir de entonces, según bien se sabe, la historia del derecho, críticamente fundada, viene a ser un hecho: se plantea y se desarrolla, sobre buena base filológica, la « historia del derecho canó-

---

(3) Aunque Francisco de Espinosa, el autor de la primera mitad del siglo XVI que viene pasando por « primer historiador del derecho español », se sitúa en una perspectiva más elemental de muy relativa motivación humanista: se trata de un jurista que se preocupa de la historia de algunas fuentes a efectos de precisar su vigencia, haciendo con ello todavía directamente, según decimos, derecho, no historia del derecho; sobre su obra, como « primera historia del derecho español », sin subrayarse así este particular, se cuenta con diversos estudios desde Rafael UREÑA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español*, Madrid 1906, ps. 19-25 (que sigue siendo, pese al tiempo, la mejor exposición de conjunto del tema) hasta José Antonio ESCUDERO, *Francisco de Espinosa: Observaciones sobre las leyes de España; precisiones acerca de la más antigua Historia del Derecho español*, en *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid 1973, ps. 121-145 (reúne el autor en este libro diversos trabajos « metodológicos » aparecidos entre 1965 y 1971, éste en AHDE, 41, 1971, ps. 33-55; según podremos comprobar, su interés, en conjunto, resulta bastante más informativo que reflexivo). Con menos éxito, se ha planteado operación análoga respecto a un cronista de la misma época que Espinosa: F. BONET RAMON, *Lorenzo Padilla, historiador del derecho castellano. Estudio de historiografía jurídica española*, Madrid 1932.

nico », la « historia del derecho civil » o, en general, no dejando también de sumarse la historia de los derechos más particulares, la historia del derecho en Europa. Es en conjunto una historia, frente a la más religiosa anterior, que aborda ya su tarea con los instrumentos y con la mentalidad pertinentes a una positiva investigación científica de tal índole, pero es también en su conjunto — seguimos sin valorar individualidades — una historia, frente a la más autónoma posterior, que comprende aún comúnmente su objetivo en el marco práctico de un debate jurídico sustantivo: se hace historia — positivamente historia, de ahí su significación — cuestionándose un determinado orden social, socavándose sus cimientos « históricos », ya para concebirse una diversa configuración — por lo común menos católica — del mismo orden, ya — lo que sería más raro en el Humanismo, pero más usual, luego, con la Ilustración — para concebirse un orden radicalmente diverso: y ello no dejará de pesar en la misma historia a los efectos de generar en su propio seno, en el interior de sus propias investigaciones positivas, sus propias leyendas.

Pongamos un caso entre los más, sino el que más, significativos: el derecho romano. Frente a la identificación con tal derecho histórico — y con sus títulos imperiales y católicos — del texto de la Recopilación de Justiniano en el que aún podía basarse el orden civil del momento, en el Humanismo puede demostrarse, en primer lugar, que dicho texto no es propiamente el que se produjo en dicha recopilación, sino versión más o menos corrupta de tiempos posteriores; en segundo lugar, que esta recopilación a su vez no debe considerarse justa expresión o síntesis final del derecho romano histórico dada, entre otras circunstancias, su pertenencia al Imperio Bizantino, para cuyas necesidades prácticas — y aquí el orden católico-imperial — fué confeccionada, y a cuya historia, por tanto, debiera remitirse; en tercer lugar, que, teniéndose en cuenta tanto la parte de derecho romano que había de conservarse en tal recopilación como el testimonio de otras fuentes, no sólo jurídicas, de la república y del primer imperio romano, cabía la reconstrucción de textos jurídicos perdidos de este derecho romano propiamente dicho, la consideración de su diverso orden político y civil ... Bien, así la historia, pero junto a ella, como decíamos, el debate jurídico.

Y no se conciba la cuestión en los términos de que la historia así desarrollada puede finalmente rendir sus servicios a unas determinadas ideas jurídicas de su tiempo: su relación, de hecho, es más intrínseca. El hecho fué que tales ideas informaron y conformaron, desde su misma raíz y en su propio desenvolvimiento, dicha investigación histórica. Se trataba de mostrar históricamente las pertenencias medievales de los textos « romanos » del orden imperante: al tiempo se trataba de representar la corrupción sustantiva de dicho orden en su derivación más fiel de sus orígenes medievales, de manifestarse su irracionalidad; se trataba de la corrupción y de la irracionalidad del texto al tiempo que de la corrupción y de la irracionalidad del derecho: y una cosa mediante la otra. Se trataba de mostrar históricamente la dependencia bizantina — ya no católica — de los textos justinianos propiamente dichos: al tiempo se trataba de abundar en la inhabilitación de un orden católico-imperial, destacándose, a éstos y otros efectos, mediante sobre todo la eliminación de « interpolaciones », aquellos pasajes susceptibles de ser mejor comprendidos en la propia razón jurídica. Se trataba de reconstruir históricamente el derecho romano más genuino: al tiempo se trataba, en la línea recién apuntada, de concebir en él un « derecho clásico » que pudiera ser expresión de una razón jurídica « natural », de un modelo definitivo que oponer al orden de procedencia medieval, desplazado así en su propio fundamento cultural « romano », en sus propias autoridades tanto civiles como — pues no dejó de cumplir aquí análoga función la historia humanista — canónicas (4).

---

(4) A todos estos efectos, sigue siendo a mi entender de primordial interés, pese al sustancial desarrollo ulterior de la investigación sobre el Humanismo, el tratamiento del tema por parte de Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín 1963, y *Diritto e Storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florencia 1966, ps. 389-415, especialmente. Y no conozco investigaciones interesantes a nuestro efecto para el caso español, aunque, de diversa forma, no haya dejado de apuntarse aquí el tema: así, por ejemplo, José Manuel PEREZ PRENDES, *Sobre los orígenes de la Historia del Derecho*, en *Arbor, Revista general de investigación y cultura*, 282, 1969, ps. 155-169, o Jesús LALINDE, *Apuntes sobre las « ideologías » en el derecho histórico español*, en *AHDE*, 45, 1975, ps. 123-157; y para la consideración más particularizada de algunos supuestos que no dejan de guardar interés para la histo-



De suyo, según queremos resaltar, la respectiva posición jurídica en el debate de la época estaba determinando, no sólo la propia aparición de una historia críticamente fundada, sino incluso, hipotecándola de raíz, esta misma fundación crítica de tal historia: los criterios de «razón» que imperaban, por ejemplo, en la depuración del texto justiniano no eran los de una razón histórica del orden de la antigüedad, sino los de la razón humanista del debate moderno; asimismo, los principios generales que habían de privar en la reconstrucción sistemática de un «derecho romano clásico» pertenecían a ésta, y no a aquella, razón.

Como es notorio, estas coordenadas del Humanismo no harán sino persistir y desarrollarse, con toda su complejidad, en los siglos inmediatos, en la línea de continuidad cultural de sus motivaciones científicas y jurídicas durante los siglos XVII y XVIII, alcanzándose en la Ilustración, con el despliegue de este conjunto de factores, un buen desarrollo de esta historia del derecho de implantación humanista. La investigación histórica vendrá a gozar de la máxima presencia en el debate jurídico de la Ilustración, un debate que, sustantivamente y toda vez que, en sus líneas generales, seguía vigente en el continente europeo el mismo sistema normativo de raíz medieval, sigue presentando las determinaciones confrontadas desde el Humanismo; tal vez la diferencia de intensidad entre uno y otro momento provenga de la misma profundidad de la crisis de dicho sistema ya en el siglo XVIII: todos, ahora, recurren de continuo a la historia, ya para defender sus posiciones más particulares, ya para representar los intereses más generales del orden vigente, ya para impugnar en particular aquellas posiciones o, ahora también, en general este orden.

En defensa de tales posiciones se recurre a la investigación histórica; la jurisdicción real la promueve para la invención de títulos donde fundar o acrecer sus pretensiones regalistas; las jurisdicciones señoriales, sobre todo las eclesiásticas, no dejan a su vez de hacer otro tanto en defensa de sus propios intereses, o de su re-

---

ria jurídica: Andrés de MARAÑICUA, *Historiografía de Vizcaya*, Bilbao 1971, ps. 70-165, y Julio CARO BAROJA, *Los vascos y la historia a través de Garibay*, San Sebastián 1972, ps. 159-253.

presentación conforme a ellos del sistema constituido frente a sus composiciones más regalistas; entre unos y otros, documentos pretéritos vuelven a la luz, se analizan con detenimiento, se discuten con crítica y técnica — paleografía, diplomática ... — que así se perfecciona ... y la investigación histórica — su filología — continúa progresando con tales motivaciones jurídicas <sup>(5)</sup>.

Y si se da esta historia del derecho que así se recluye en un debate que podemos calificar de interno al sistema entonces vigente, tampoco faltará, en línea igualmente de continuidad con las aportaciones humanistas, otra historia, aunque a veces confundida con la anterior, que adopta en sus principios una perspectiva que podemos calificar de exterior a dicho sistema: la decidida perspectiva de aquella « razón » humanista, de su « derecho natural », ya plenamente identificada y asumida. Ahora alcanza amplio desarrollo una historia del derecho, y una historia de instituciones determinadas, que, asumiendo los principios del « derecho natural » racionalista como consustanciales al hombre y a su sociedad, por ello vigentes en plenitud en los tiempos más clásicos de su historia, representa los principios e instituciones contrarias del orden de procedencia medieval como una especie de accidente histórico, siempre en situación de precariedad o en trance de superación, nunca constitutivos de una forma particular de organización del conjunto social. Y en todo ello, lógicamente, se consolidan representaciones humanistas como la ya señalada del « derecho romano clásico ».

La novedad en este punto de la cultura jurídica ilustrada, de este desarrollo del Humanismo moderno, no habrá propiamente de

---

<sup>(5)</sup> Entre nosotros resulta sumamente ilustrativa de toda esta coyuntura la investigación de Antonio MESTRE, *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del siglo XVIII*, Valencia 1970. Para otras referencias de interés, igualmente en nuestro caso, R. UREÑA, *Observaciones*, cit., ps. 62-94; Manuel TORRES LOPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho español*, Salamanca 1935, I, ps. 113-141; J. M. PEREZ PRENDES, *En torno a la más antigua historiografía jurídica española*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 35, 1959, ps. 135-146; Antonio GARCIA Y GARCIA, *Plan de una « Biblioteca canónica hispana » del siglo XVIII*, en *AHDE*, 43, 1973, ps. 445-465; M. PESET y M<sup>a</sup> Fernanda MANCERO, *Nicolás Antonio y la historiografía jurídica ilustrada*, en *Homnaje a Juan Reglá*, Valencia 1975, II, ps. 9-20.

radicarse en un uso jurídico de elementos históricos que, según decíamos, también se daba con anterioridad, sino en la forma como dichos elementos se van identificando en una historia del derecho de metodología — por la investigación positiva que ya requiere — diversa a la del propio derecho, pese a seguir rindiéndole servicio; una historia del derecho que apunta, pese a sus aun persistentes determinaciones jurídicas, hacia una virtual autonomía científica. Por el mismo grado de agudización del debate jurídico en esta última fase de vigencia de un sistema de raíz histórica y por la consolidación ya definitiva de una perspectiva historiográfica exterior a tal sistema, el tracto de autoridad doctrinal ya no puede suplantar a la historia; el principio de autoridad jurídica ya no puede confundirse con el de autoridad científica; la historia debe ser ya crítica, escrupulosamente documentada; sus fuentes, resistir la prueba filológica de la aplicación de todos los conocimientos — paleográficos, diplomáticos, o de cualquier carácter, referentes a ellas mismas o a su entorno — que puedan afectarles; todo ello preciso, no sólo para desarrollarse la propia historia, sino incluso, como decimos, para que el argumento histórico pueda ya tener valor en el debate jurídico.

El factor de referencia de una y otra historia del derecho desaparece con las revoluciones iusliberales: el Estado que en ellas se funda, por ejemplo, tendrá un título constituyente sin la dimensión histórica que imponía a las jurisdicciones anteriores aquel recurso sustantivo a la historia; o, más en general, el sistema jurídico ahora establecido presentará por regla general un carácter positivo y codificado, y un título legislativo, que puede perfectamente prescindir de la historia anterior como elemento intrínseco de su propio orden. Pero no se piense ante ello que, liberada así la historia del derecho de sus más sustantivas servidumbres jurídicas, ésta viene a autonomizarse ahora plenamente y a constituirse sin más en su identidad actual; por varias razones, no será esto exactamente lo que venga de inmediato a ocurrir.

Por una parte, y salvo casos de revoluciones más radicales o aceleradas como la francesa, ocurre que desde las revoluciones iusliberales que dan paso al sistema contemporáneo hasta el cumplimiento de una suficiente positivización de este sistema en el conjunto de los códigos, suelen transcurrir unas cuantas décadas;

y en ellas la historia del derecho ilustrada de razón humanista puede desplegar aun, y de forma bien acentuada en algunos casos, sus funciones jurídicas, ahora ya, no en un sentido — digamos — destructivo, sino en una dirección constructiva del nuevo orden: en la historia del derecho puede exponerse y desarrollarse — en sede tanto de « derecho romano » como de los diversos derechos nacionales, transfigurados éstos en su caso en un « derecho germánico » — el propio derecho que ahora se establece (6); y no nos interesa aquí tanto la constatable circunstancia de que estas posiciones historicistas coadyuvasen a dicho aplazamiento de la codificación con unas connotaciones políticas moderadoras de la dogmática liberal, como el hecho más general de que, en tales condiciones, la historia del derecho en función jurídica pudiera aun operar largamente tras las mismas revoluciones que acabaron con un sistema de dimensión histórica. La ubicación de esta historia del derecho en los planes de estudios universitarios — en las facultades de derecho y con tales objetivos jurídicos — podrá resultar bien expresiva de dicha circunstancia, aunque más podrían aun serlo sus manuales de la época (7). Incluso, como no ha dejado de consta-

---

(6) Lógicamente, ello se plantea con particular perseverancia en el caso de los derechos contemporáneos no codificados; véase, entre nosotros, J. A. ESCUDERO, *La Historiografía general del Derecho inglés*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 147-304 (= AHDE, 35, 1965, ps. 217-356); y para la formación de tales derechos en el mismo caso, de sustancial interés para este motivo de las relaciones entre historia y derecho, Christopher HILL, *Le origini intellettuali della Rivoluzione inglese*, Bolognia 1976, ps. 195-371. Mas en general, de nuevo entre nosotros, informaba también de la reconsideración en tal sentido del tema de la « Escuela Histórica », aun con cierta imprecisión, el mismo ESCUDERO, *La problemática de la Escuela Histórica del Derecho*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 89-117 (= *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1967, ps. 107-129); y para el caso español, ha planteado una más justa revisión del tema Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Joaquín Costa y el Derecho aragonés (Libertad civil, costumbre y codificación)*, Zaragoza 1978; posibilidad no considerada en su por otra parte muy documentado trabajo, de obligada consulta a todos otros efectos, por Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969.

(7) Véase aquí, para este tema que aun precisa y merece ulterior estudio, R. UREÑA, *Observaciones*, cit., ps. 99-144; Antonio ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1972, ps. 373-402, y José María de Antequera, *jurista e historiador del derecho*, en AHDE, 43, 1973, ps. 481-498; M. y J. Luis PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX. Despotismo*

tarse, la investigación historiográfica institucional del XIX que pudiera parecer menos comprometida con tales funciones, responde de hecho a sus coordenadas y determinaciones jurídicas, asumiendo y desarrollando por lo común en su labor histórica la «razón» — los conceptos fundamentales y el sistema — del derecho contemporáneo (8).

Mas el pleno cumplimiento de la codificación del derecho en cada caso, de la positivización así del sistema jurídico, no producirá tampoco por sí solo la liberación o autonomía de la historia del derecho; la inercia de su propia historia, sobre todo la de esta fase que va de la revolución a la codificación, pesará contra dicha consecuencia. Los supuestos de tal autonomía, al menos, ciertamente quedan ya establecidos, y hacia ella no deja de apuntarse y avanzarse, a veces bajo el incentivo o el castigo de las críticas más bien elementales, por su notable incomprensión de las determinaciones de esta situación, que ahora los historiadores dirigen a la especialidad de la historia del derecho por su doctrinarismo. Durante las primeras décadas de nuestro siglo, los más consecuentes replanteamientos de nuestra materia ya se sitúan plenamente en un campo historiográfico autónomo del derecho: y aquí, con dicho estatuto «científico» de la historia del derecho reconocido, al situarse en su campo, por la «ciencia histórica» en general, parece culminar nuestra historia. Mas no será así.

Aparentemente, la cuestión se había solucionado: la historia del derecho, por fin, puede afirmarse netamente como historia y,

---

*ilustrado y revolución liberal*, Madrid 1974, ps. 679-706; Sylvia ROMEU, *Eduardo Pérez Pujol: vida y obra*, Valencia 1979. El verdadero desarrollo de la investigación histórico-jurídica fuera, en lo sustancial, del ámbito de las facultades de derecho, en la España del XIX, desde Martínez Marina a Hinojosa, no cuenta aquí tampoco con un buen estudio o exposición de conjunto; pobres referencias, pese a su volumen, en Manuel MORENO, *Historiografía romántica española. Introducción al estudio de la historia en el siglo XIX*, Sevilla 1979, particularmente ps. 445-455; para la consideración más autorizada de una figura central, Luis G. de VALDEAVELLANO, *Vida y obra de don Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)*, ahora en *Seis semblanzas de historiadores españoles*, Sevilla 1978, ps. 9-71.

(8) Podemos recordar aquí el ya clásico estudio de Ernst-Wolfgang BOECKENFOERDE, *La storiografia istituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca*, Milán 1970.

en cuanto que historia, como ciencia. De hecho, la cuestión simplemente se desplazaba: la historia del derecho transfería su responsabilidad metodológica a una « historia general » de constitución nada evidente; a una historia cuyo problema de identificación científica, habiendo dependido de unas mismas servidumbres sociales, no había sido sustancialmente diverso al de esta especialidad jurídica; a una historia que además, al repudiar sin mayor análisis la problemática doctrinal de la historia del derecho, venía a impedirse a sí misma la consideración — y la liberación — de este lastre histórico, de este sustancial nudo metodológico. En el mejor de los casos, ahora, la historia, sin el peso de aquellas servidumbres sociales más inmediatas, podía ser un cajón de sastre donde toda otra ciencia cabía — por efecto comúnmente de la proyección al pasado de su constitución presente —, pero donde ninguna ciencia específica parecía perfilarse — la proyección de objetos actuales ya podía bloquear la misma posibilidad de ciencia histórica — más allá de su falaz entendimiento como tal de sus medios eruditos y críticos, de la falaz conversión en « ciencia histórica » de su propia filología. En el peor de los casos, ahora, la historia, por su lograda autonomía, podía reducirse a profesión cuyo fin igualmente quedaba en sus medios: la labor del gremio, que venía a crear a su propio estilo de « magisterios » nuevos tractos de doctrina o « autoridades », sería entonces, no menos falazmente, la « ciencia histórica ». En uno y otro caso, y en todas las situaciones intermedias, siempre, aunque ya más sutil, o también más arbitrariamente por su mismo carácter superfluo, la historia podía seguir asumiendo funciones de disciplina social, sobre todo en cuanto que subrepticamente, no habiendo de suyo superado aquel nudo metodológico de una historia del derecho, pudiera seguir adoptando representaciones propias de su tiempo: y aquí seguía pesando, en toda la historia y no sólo en su especialidad jurídica, tanto un « derecho natural » racionalista o liberista — o su correspondiente economía — como sus diversas versiones « nacionalistas », pese a que la simple investigación historiográfica positiva pudiera ya venir perfectamente desmontando muchas de sus presunciones; esta « historia » tardaría en prevalecer — aun no prevalece — sobre aquella « naturaleza »: la composición de

fondo, pese a todas las circunstancias, puede seguir siendo significativamente la que vimos en la Ilustración <sup>(9)</sup>.

En todo caso, liberada formalmente de sus funciones jurídicas, la historia de derecho que se identificaba en el campo historiográfico no podía entender resuelto su problema metodológico sino desentendiéndose de él al transferirlo a una « historia general »

---

<sup>(9)</sup> Por consignar una intervención en tal línea, aun con otras connotaciones teóricas y políticas, que, como el estudio recién citado de BOECKENFOERDE, también se vincula a las aportaciones de Otto BRUNNER, véase Karl BOSL, *Modelli di Società Medievale*, Milán 1979. Sintomáticamente, algunos planteamientos en análoga dirección han conducido a una confluencia entre la historia institucional y una materia antropológica que, desde su constitución (o desde Sumner Maine, sobre todo, para una temática histórico-jurídica), apunta a la consideración de racionalidades diversas a la europea contemporánea; véase, por ejemplo, programada, más que aquí emprendida, en el congreso de 1974 dirigido por Georges DUBY y Jacques LE GOFF, *Famille et parenté dans l'Occident médiéval*, Roma 1977, y, aun aquí con más atención a una sicología menos histórica, en la antología preparada por Agopik MANOUKIAN, *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Bolonia 1974; y véase emprendido tal camino metodológico en diversa forma, respecto al mismo tema familiar que ya estaba bien presente en la aportación referida de BOSL y entrándose ahora en época más cercana, en el simposio de *Past and Present* dirigido por Jack GOODY, Joan THIRSK y E.P. THOMPSON, *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe, 1200-1800*, Cambridge, 1976, la interesante panorámica de Jean-Louis FLANDRIN, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'Ancien Société*, Paris 1976, o la más esmerada de Lawrence STONE, *The Family, Sex and Marriage in England, 1500-1800*, Londres 1977 (con su reflexión básica: el « individualismo afectivo », como ya resaltara antes C. B. MACPHERSON para el « individualismo posesivo », es una condición europea contemporánea); también, para momento anterior no menos interesante a nuestros efectos por otras razones — por comprenderse históricamente desde su raíz la tradición romanista en la que viene ahistóricamente proyectándose la racionalidad contemporánea —, la obra en curso de GENNARO FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Nápoles 1978. Y respecto a la aludida significación de Sumner Maine, considerada respecto al tema tradicionalmente más transitado de la propiedad, Paolo GROSSI, ' *Un altro modo di possedere* '. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milán 1977, ps. 43-78. Para esta misma temática en época moderna anterior, puedo remitir, por considerar en otra forma la misma posibilidad de racionalidades ajenas a la actual, a B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid 1974; para la cuestión contractual, asimismo, al debate que planteo en el trabajo citado en nota 34; y para la materia política, a las consideraciones y referencias del que cito a su vez en nota 29.

que presuntamente lo tomaba a su cargo: y en dicha irresponsabilidad podía seguir manifestándose la propia inconcecuencia de su afirmación historiográfica. En otro caso, esto es, caso de no aceptarse dicha transferencia por parte de los historiadores del derecho más capacitados para la investigación propiamente histórica, simplemente se pasaba a compartir la responsabilidad de la historia, su cuestionabilidad científica, concurrendose a un debate que entonces tendía a rescatarla de su definición universitaria — con sus especialidades, con sus gremios ... — hacia objetivos más amplios de comprensión social.

Y en este último terreno — conviene aquí recordarlo para situarnos en el caso español antes de pasar a cuestiones ulteriores —, en este terreno de una historia del derecho situada responsablemente en el campo general de la historiografía, con verdadera capacidad de atracción de los mejores exponentes de esta profesión, vino a situarse la historia del derecho « español », tras Eduardo de Hinojosa, con el *Anuario de Historia del Derecho Español* (desde 1924) en su primer periodo (hasta la guerra civil de 1936): Díez Canseco, Sánchez Albornoz, Carande, Galo Sánchez, Ramos Lo-scertales, Ots Capdequí, Valdeavellano, Torres López, García Gallo, Lacarra ...; con esta empresa realmente frustrada con la guerra: su equipo no volvió mínimamente a reconstituirse, ni la « historia del derecho » volvería aquí a encontrarse en tan feliz coyuntura de animación de la mejor historiografía española <sup>(10)</sup>;

---

<sup>(10)</sup> Para diversos testimonios de este proceso de verdadera fundación, ya prácticamente en este siglo, de una historia del derecho en España y de su quiebra sustancial con la guerra civil de 1936, proceso sobre el que no contamos todavía con un estudio mínimamente distanciado y detenido, puede verse Ramón CARANDE, discurso de contestación a Luis García de Valdeavellano, *Sobre los burgos y los burgueses en la España medieval*, Madrid (Academia de la Historia) 1960, ps. 163-200; Claudio SANCHEZ ALBORNOZ, *En el centenario de Hinojosa*, en *Cuadernos de Historia de España*, 17, 1952, ps. 5-19; L. G. de VALDEAVELLANO, *La obra de don Ramón Menéndez Pidal y la Historia del Derecho*, en *Revista de Estudios Políticos*, 65, 1959, ps. 5-47, y *Seis semblanzas de historiadores*, cit., ps. 75-190; Alfonso GARCIA GALLO, *Hinojosa y su obra*, en Eduardo de Hinojosa, *Obras*, I, Madrid 1948, ps. XI-CXXXIV; Rafael GIBERT, *Galo Sánchez, Medina de Rioseco*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 45, 1972, ps. 801-814; José María FONT RIUS, *Don Luis García de Valdeavellano y Arcimis*, en *Anuario de Estudios Medievales*, 7, 1970-1971, ps. 771-788.



muy al contrario, según podremos ver, la historia del derecho tenderá aquí, tras la guerra civil, a desvincularse de la misma historiografía: y ello bajo unos supuestos redefinitorios de la disciplina que serán de sumo interés para la problemática de estas páginas.

## 2. Testimonio presente: de nuevo en el campo del derecho.

Por todo lo dicho, no habrá de extrañar seguramente demasiado que el problema de la función jurídica de la historia del derecho vuelva significativamente a plantearse. Ello será así, pese a que los historiadores del derecho acomodados hoy en el campo de la historiografía no quieran otorgar significación al hecho: mas la tendrá. Y las propias determinaciones históricas de este aparente retorno a una definición jurídica de la historia del derecho no dejarán tampoco de tener interés: y un interés bien sustantivo.

Esta tendencia que ahora nos interesa vino a manifestarse, con cierta generalidad, a mediados de nuestro siglo, resultando fácilmente constatable que su nueva inclinación a la revalorización jurídica de la historia del derecho, según además no dejaba en casos de manifestarse, respondía a una motivación bien concreta, a un encuadramiento preciso: el de la reacción cultural frente a la barbarie nazi o fascista, el de la búsqueda de una forma de superar — recurriéndose tanto a la « historia » como a la « filosofía » del derecho — la base positiva — legislativa y dogmática — del Estado que había hecho posible tal barbarie, el del proyecto de un replanteamiento o revisión del sistema jurídico contemporáneo — de su principio de positividad — de forma que se impidiese tal especie de consecuencia <sup>(11)</sup>. Y no se trata de discutir

---

(11) Ofreció aquí información de tal corriente generalizada, sin cuestionarse entonces las determinaciones que aquí subrayamos, F. TOMAS Y VALIENTE, *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, en AHDE, 36, 1966, ps. 190-254, en una introducción metodológica que venía a sumarse, entonces, a la versión de GARCIA GALLO que ahora veremos. En general, entre nosotros, se ha ocupado del tema Marcelino RODRIGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid 1973, que, aunque bien documentado, tampoco analiza propiamente nuestras cuestiones.

ahora el posible concernimiento tanto de autores como de tópicos histórico-jurídicos en el orden fascista, ni de las posibles connotaciones de su ulterior continuidad, académica de unos o sustantiva de otros <sup>(12)</sup>; no se trata de esto, sino de una cuestión bastante más general y de apariencia precisamente contraria: del extrañamiento previo, respecto al propio orden jurídico sin más, de la historia del derecho en cuanto tal y del efecto cultural de la evidencia de este extrañamiento tras el fascismo.

Ahora puede realmente venirse a responsabilizar a la historia del derecho de su propia ausencia sustantiva en el debate jurídico anterior: su misma desaparición de este campo sería así una función jurídica que imputarle en aquel periodo de aparente dimisión de funciones de tal carácter. La historia del derecho parecía verse con todo condenada a permanecer en el campo del derecho y su política. Ciertamente, cabe poner en duda la virtualidad de su presencia reconocida en esta nueva fase de obligada revisión de los fundamentos del sistema contemporáneo, pero, en todo caso y en lo que aquí debe interesarnos, ello podía, no menos ciertamente, potenciarla en el sentido de comprometerla, si no quería quedarse en simples declaraciones de buena voluntad metodológica o política, en una tarea concreta: la tarea, significativamente descuidada por lo general hasta entonces, de la historificación de los supuestos del sistema actual, devolviéndose de forma efectiva, y no con simples negaciones, a la contingencia de la historia su pretensión de «naturaleza», comprendiéndolo y explicándolo, frente a la intemporalidad de su «derecho natural», dentro de sus propias coordenadas y determinaciones. Tarea que efectivamente se emprendió y en la que efectivamente comenzó a progresarse; así, por ejemplo, en el ámbito de una *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* conforme, particularmente, al decisivo impulso que le imprimiera Franz Wieacker en 1952 <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Para cuestión de responsabilidad sobre todo de la «germanística», aun sin ahorrársela tampoco a la «romanística», Roderich Wahsner, *Die deutsche Rechtsgeschichte und der Faschismus*, en *Kritische Justiz*, 1973, 2, ps. 172-181, número que reúne otros materiales de discusión de nuestra disciplina donde no faltan imputaciones aun menos ponderadas.

<sup>(13)</sup> Puede verse aquí A. MERCHANT, *La historia del derecho en Alemania*, en *AHDE*, 45, 1975, ps. 641-686, y F. TOMAS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica*

Por razones cuya evidencia puede excusarnos de su consideración, la tendencia de afirmación jurídica de la historia del derecho tuvo en España una forma de recepción más bien desprovista de sus connotaciones políticas y de sus virtualidades culturales. En concreto, desde las páginas del *Anuario de Historia del Derecho Español* cuya publicación se había reanudado en 1941, tras una interrupción de seis años y bajo una orientación diversa a la de su primera época por su mismo carácter más jurídico desde un primer momento, Alfonso García Gallo levantará acta de la situación, difundiendo en este órgano un discurso conmemorativo de una efemérides de la disciplina (1952, centenario del nacimiento de Hinojosa) que parecía con todo entenderse como un verdadero manifiesto de especialidad o de escuela: de la que se presenta ahora como « Escuela de Hinojosa ». Conviene, tanto por su interés intrínseco como por su importancia ulterior, recordar aquí sus términos (14).

Constataba, en sustancia, García Gallo la afirmación científica de la historia del derecho en el campo de la historiografía que, siguiéndose los pasos de otros países, se había establecido en España ya en el primer tercio del siglo actual; y entendía que la orientación « dogmática » vino a producirse ahora como una reacción frente a ello, frente a la conversión de la historia del derecho en un capítulo de la historia general; orientación « dogmática » que, según prosigue su argumento, se dirigía a una imposible reconstrucción sistemática de la historia del derecho: « se había conseguido reducir el Derecho vigente a un sistema, y este sistema suponía la construcción lógica y estática del ordenamiento jurídico, en contraste con la dinámica aparición de las instituciones en el curso del tiempo, irreductible a todo encuadramiento lógico, que daba

---

en la *Europa continental, 1900-1975*, en HID, 5, 1978, ps. 431-467, que consigna tales momentos, con alusión ahora a las determinaciones políticas que señalábamos. La obra aludida de WIEACKER fue aquí traducida en su primera edición (*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid 1957) aunque, como ahora veremos y aparte de que el título ya resultara desorientador en castellano, no se dieron entonces precisamente las condiciones para que resultara mínimamente fructífera respecto a una « historia del derecho español ».

(14) A. GARCIA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en AHDE, 28, 1953, ps. 5-36.

su contenido a la historia », a una « historia » así concebida en unos términos ideográficos de difícil reconocimiento científico (15).

Y, tras ello, la situación general del momento la encuentra García Gallo caracterizada aun por la permanencia de una orientación historiográfica que privaría a la historia del derecho de cualquier interés positivo en la formación y en la profesión del jurista: hecho histórico, según sabemos, que viene así a imputársele a su propio efecto; pero el historiador no jurista — añade — igualmente « comienza hoy a desinteresarse » — « la historia general ... a desentenderse » — de la historia del derecho por su conceptualismo y tecnificación; así, en suma, se definiría una actual « crisis de la Historia del Derecho » (de toda la especialidad, no de determinadas orientaciones), frente a la que se quiere aquí plantear aquella vindicación jurídica, su concepción, no como « ciencia histórica », sino como « ciencia jurídica » (16).

« El conocer histórico — afirma García Gallo, entrando así en una disyuntiva que luego habremos de discutir — es tan sólo uno de los modos de conocimiento, que puede y debe emplear toda ciencia, sin convertirse por ello en Historia. En consecuencia — agrega —, el estudio histórico del Derecho debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho; sólo en ella puede alcanzar pleno desarrollo ...; la Historia del Derecho debe independizarse de la Historia general ya que su finalidad y método son distintos, y volver a integrarse plenamente en el cuadro de las ciencias jurídicas »; el fundamento de dicha operación de « rescate », como se le califica, de dicho retorno al hogar, habría de radicar « en la diferencia que existe entre la historicidad del Derecho y la de los otros actos y fenómenos de la cultura » pues, según siempre García Gallo, en el primero se dan unos efectos específicos de continuidad, de permanencia y de resistencia a los cambios históricos: « en el Derecho ... lo pasado y lo presente son en buena parte una misma cosa »; « existe un núcleo permanente en todos los ordenamientos »: en ellos, a lo largo de la historia, « sólo lo accesorio es mudable », lo cual puede bien traducirse en su misma identificación

---

(15) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 12-15.

(16) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 19-21.

del objeto de nuestra historia en un « Derecho » singularizado — con mayúscula — en forma propia o no plural, y en su consecuente negativa a concebir « sistemas » históricos en el orden jurídico: no cabría más construcción que la del sistema contemporáneo — al que al fin y al cabo corresponde, en castellano, aquel uso ortográfico de « Derecho » como « derecho objetivo » — que competiría a una ciencia diversa a la historia. Este sistema bien determinado escapa a la historia mientras que dicho indeterminable « Derecho » se constituye en su objeto permanente: y como, según la concepción de García Gallo, la historia es « ciencia de lo individual, de lo que no se repite », el derecho no podría ser objeto propio de una ciencia histórica (17).

« Por esto — llegamos a su conclusión —, la Historia del Derecho sólo puede concebirse en su plenitud como ciencia desde el campo del Derecho. El enfoque histórico debe de constituir sólo uno de los modos de estudiar(lo) ...; la Historia del Derecho no sólo instruye al jurista proporcionándole datos, sino que lo forma, permitiéndole comprender por qué el Derecho actual es como es, y hasta qué punto podría ser de otra forma. Que este Derecho actual sea considerado aquí históricamente — precisa enseguida la idea en la forma que antes decíamos — en nada se opone a que por otro lado se estudie con criterio dogmático ». Y de hecho, justamente, la propuesta operativa en que ello viene a resolverse, definida como « método institucional » (se trataría de estructurar la historia jurídica en base, no a conceptos jurídicos actuales, sino a aquellos elementos supuestamente constantes: « la persistencia de las instituciones, e incluso a veces de su regulación — afirma a tal efecto —, es algo evidente »), si alguna virtud ha podido tener, no ha sido con toda evidencia la de incidir, como las corrientes nominalmente análogas de otras latitudes, en una problemática propiamente jurídica que pudiera interesar a la encrucijada actual del derecho. Ni — digamos para ser justos — realmente lo pretendía: ya proclamaba paladinamente que la historia del derecho es una « ciencia jurídica » independiente de la « dogmática », como viceversa; y que así, por dicha autoridad, haya podido

---

(17) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 23-26.

consolidarse entre nosotros la tradicional vocación medievalista de la historia del derecho, haciéndose prácticamente desaparecer la Edad Moderna de la parte más general del programa de la asignatura, es una circunstancia que merece igualmente valorarse en una misma dirección: con ello se hace desaparecer, con toda la temática que transcurre del Humanismo a la Ilustración, la misma posibilidad de planteamiento de nuestra cuestión (18).

Y este punto de llegada de tal discurso puede importar para la misma comprensión de esta especie de recepción de una determinada tendencia por cuanto que puede suponer objetivamente, frente a su propia secuencia, el verdadero punto de partida de su razonamiento: sólo en función de este establecimiento de un llamado « método institucional » que caracteriza a la historia del derecho como una « ciencia jurídica » aceptándose explícitamente, frente a sus posibles implicaciones apuntadas incluso aquí en algún momento, la reproducción incuestionable, no subordinada al propio análisis histórico, de la doctrina del sistema actual, puede tal vez explicarse, en un autor informado, la representación pacífica de tal secuencia: la concepción de « la Historia » como « ciencia de lo individual », « irreductible » a la lógica, no tomando noticia de todo el debate contemporáneo sobre su más amplia comprensión; la concepción de « el Derecho » como objeto de « historicidad » tan peculiar que se define por la idea de « persistencia », ofreciendo sus razones en continuidades textuales o culturales disociadas de los respectivos « sistemas » normativos, concepto consecuentemente

---

(18) A. GARCIA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 28-29. La desaparición práctica de la historia moderna, desde el Humanismo a la Ilustración, puede constatarse en la parte general de su *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1959-1960, que se presenta como expresión del nuevo « método institucional »: véase José MARTINEZ GIJON, *Ante una nueva exposición de conjunto de la Historia del Derecho español*, en AHDE, 32, 1962, ps. 581-594. Procedente igualmente de esta orientación y también consecuente con la evolución que ahora señalaremos, F. TOMAS Y VALIENTE podrá presentar algunos de los capítulos más generales de su *Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969, en la dirección de liberarnos de tal hipoteca (lo que podrá confirmarse en su *Manual de Historia del Derecho* de inmediata publicación). Y véase el prólogo sin prejuicios de M. PESET a A. PÉREZ MARTIN y J. M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, ps. VII-XX.

rechazado, en que pudieran revelar su sentido histórico distinto; o, sobre todo, su exposición del curso histórico de los « métodos » de la historia jurídica en la que, frente a la evidencia histórica, la dirección aquí llamada « dogmática » — aquella primigenia fase de vinculación entre doctrina e historia — aparece como reacción de menor entidad ante una supuesta dirección historiográfica anterior: su superación podrá así mejor simularse.

Todo ello (reducción episódica de la historia, exaltación dogmática del derecho y minimización histórica de la historiografía doctrinal) sólo parece en su conjunto ser explicable, según decimos, en cuanto que hubiera de resultar discursivamente preciso para la recepción de los motivos dominantes en este terreno en la cultura europea del momento — circunstancia que no deja de preterirse — con la privación efectiva de sus posibles corolarios políticos o metodológicos (imperativo de explicación o reducción a historia de la misma dogmática: cuestión de su estatuto « científico » en la ciencia de la historia jurídica que así podía conformarse). Frente a ello, nos encontramos aquí con unas concepciones ideográficas de la historia y estática, pese a sus protestas de historicidad del derecho, concepciones que vienen a desvincular ambos términos entre sí, y más aún con la imposibilidad que se sigue de concebirse otra « lógica » del derecho y de su historia que no sea la propia del sistema jurídico contemporáneo, intangible en su « dogmática » para su misma historia. Y tras ello, las adhesiones incondicionales que no faltaron — dado que esta tendencia ha podido llegar a imperar aquí convirtiéndose en signo de identidad escolástica de una especialidad que se había enajenado, tras la guerra civil, la estimación de la mejor historiografía <sup>(19)</sup> — poco

---

<sup>(19)</sup> Dicho extrañamiento fue importante, aun con salvedades de significación (véase nota 45), hipotecando seriamente el desarrollo de la especialidad en la Universidad española; sobre tales circunstancias, de sustancial interés, M. y J. L. PASET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt a.M. 1977, ps. 176-262. En los últimos años no deja de notarse una inclinación a restablecerse relaciones con los medios históricos generales y de otras especialidades entre quienes proceden claramente de la tendencia « institucional »; así, puede constatarse, durante la última década, en la obra de investigación de TOMAS Y VALIENTE, que se ha traducido además en un revisionismo metodológico en tal sentido, o en la de J. A. ESCU-

han ayudado desde luego a clarificar las cosas; pero tampoco lo ha hecho un rechazo global que no parece apreciar la sustanciosa problemática que en este mismo planteamiento de la tendencia jurídica se contiene <sup>(20)</sup>.

Las respectivas posiciones de esta tendencia en Europa y en España — digamos para simplificar — distaban con todo sustantivamente. En la cultura europea la historia del derecho podría realmente haberse ya prefigurado — otro es desde luego el caso de su efectiva constitución y desarrollo en diversas escuelas, momentos o latitudes — como una ciencia de conocimiento del derecho; a ello podía haberse accedido tras la crítica y la historiografía humanistas e ilustradas, que establecieron su base positiva, y tras la revolución y la codificación liberales y — también, no se olvide — tras la crisis con el fascismo del sistema en ellas establecido, que pueden finalmente liberar a la historia del derecho de servidumbres sociales no dominadas o no subordinadas al propio conocimiento científico; la falta del último supuesto, sin el cual no podría propiamente emanciparse la historia del derecho — sometiéndolo a su propia función científica — del « derecho natural » racionalista — de la « razón » humanista, ilustrada y liberal — podía producir aquí incluso el anquilosamiento de los efectos más saludables de los anteriores, dificultando la previa afirmación, siempre necesaria, de la historia del derecho en el campo de la

---

DERO, pese a seguir este reafirmando los mismos pronunciamientos « institucionales », o también en el órgano de colaboración historiográfica que, desde su fundación en la Universidad de Sevilla (1974), bajo la rúbrica *Historia. Instituciones. Documentos*, codirige MARTINEZ GIJON, el cual además, según ya puede desprenderse de nuestras citas, viene últimamente animando el debate histórico-jurídico entre nosotros. Afectado por la misma situación aun no procediendo de la misma escuela, PEREZ PRENDES la ha combatido igualmente, promoviendo en su caso una *Revista de Historia del Derecho* de arranque historiográfico (véase nota 48) pese a la composición jurídica de su consejo.

<sup>(20)</sup> Así rechaza ahora el « método institucional » afirmándose en una posición puramente historiográfica F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, en AA.VV., *Once ensayos de Historia*, Madrid 1976, ps. 159-181. En sentido análogo, representando en su caso las posiciones clásicas del primer AHDE que intenta conectar con las de la actual historiografía más integradora, José Antonio RUBIO SACRISTAN, *La Historia del Derecho ayer y hoy*, en *Homenaje a Rubio Sacristán* (= *Moneda y Crédito*, 129), Madrid 1974, ps. 251-261.



historiografía, o incluso pudiéndose perder ahora parte de lo conseguido en este orden en un momento anterior <sup>(21)</sup>.

Y decíamos que, a estas alturas, la reafirmación historiográfica de la historia del derecho, si ciertamente contribuye a la recuperación de dichos logros en parte perdidos, no concurre desde luego al debate del problema metodológico específico de la historia del derecho; éste se ha situado de nuevo en el campo del derecho manifestando su necesidad — prueba del método donde la haya — para el propio conocimiento sustantivo de su objeto; y su cuestión — la cuestión metodológica de la historia del derecho — ha venido con todo a tocar directamente tanto al estatuto epistemológico de la « ciencia jurídica » como al objeto institucional de la historiografía general. Conviene, para mejor hacernos cargo de ello y no por reflejar alguna historia del debate, atender a las conclusiones de algunos otros autores que puedan conectar con cuanto venimos exponiendo.

Por ejemplo, o muy significadamente, Riccardo Orestano. Tras comprobar, en su propia consideración del Humanismo, cómo el mismo desenvolvimiento no pacífico de la problemática jurídica pudo conducir a la aparición, en su seno, de planteamientos propiamente historiográficos, este autor ha podido resaltar tal circunstancia como un paradigma a ser conservado, intentando ya definirlo con independencia de la coyuntura jurídica contemporánea. Según Orestano, en este sentido, entre la posición de « autonomía

---

(21) Resulta sumamente delicado personalizar en este punto por la razón de que aquí podemos encontrar entre nosotros precisamente a los mejores historiadores del derecho actuales en su sentido filológico básico: no sólo el caso referido de GARCIA GALLO, sino también, por ejemplo, el de Alvaro D'ors (quien, en diversos escritos, viene empeñándose en negar la misma posibilidad del conocimiento histórico: la historia versaría siempre de *verba* o textos disponibles, y no de unos *facta* que serían inaccesibles; puede verse, por su expresividad en tal sentido, su prólogo a V. VAZQUEZ DE PRADA ed., *Historia económica y social de España*, I, Madrid 1973, ps. 1-12), o también el de Rafael GIBERT (para quien, en sentido análogo, la historia del derecho sólo puede — y debe — serlo de libros jurídicos; véase así, particularmente, su *Historia General del Derecho Español*, Granada 1968). Frente a la reposición historiográfica de la misma tendencia que señalábamos en la nota 19, esta otra posición representa aquí hoy la más decidida voluntad de afirmación jurídica de la historia del derecho en su alcance más enajenador del resto de las especialidades históricas.

de los estudios históricos del jurista respecto a las otras formas de actividad historiográfica » y « la disolución del estudio de la historia del derecho en la historia general », cabe una tercera alternativa en virtud de una especie de autonomía diversa a aquella que supuso la servidumbre doctrinal de la historia jurídica, especie de autonomía « que puede justificarse sólo si el conocimiento histórico del derecho la considera como un imperativo interno del desarrollo teórico y práctico de la misma *scientia iuris*, abandonando en consecuencia la contraposición tradicional entre conocimientos científico e histórico, lo que puede lograrse tan sólo a partir de una concepción íntegramente histórica del derecho y de su ciencia », pues, en otro caso y según sigue explicándonos el mismo Orestano, « la soldadura entre un conocimiento científico, entendido como conocimiento normativo, y un conocimiento histórico será meramente retórica: tan sólo una *abplumbatio*. Estaríamos entonces obligados a admitir que tienen toda la razón quienes propugnan y definen la disolución del estudio histórico del derecho en la historiografía general. *Alterum non datur* » (22).

Sumemos, al testimonio de un romanista como Orestano, el de un historiador del derecho en su sentido de especialidad académica: Bruno Paradisi. Sus manifestaciones de principio no dejarán de situarse en una dirección análoga, en la dirección de tal alternativa, proclamando sus presupuestos y objetivos. Valgan sus palabras: « la historia del derecho tiene por objeto el derecho o, mejor dicho, es rigurosamente la única comprensión del derecho no arbitraria, no ligada a un momento de su desarrollo considerado *sub specie aeternitatis* »; « la historiografía jurídica no puede ver (en los conceptos jurídicos) una lógica abstracta, válida en sí, sino una lógica que constituye ella misma un objeto histórico »; « ni fenomenología de la naturaleza ni producto técnico de una ciencia, el derecho es una creación de la historia »; « el problema, el verdadero problema de la historia del derecho, radica en la reducción del dogma a historia » ... (23).

(22) R. ORESTANO, *Diritto e Storia*, cit., ps. 414-415.

(23) Bruno PARADISI, *Apologia della Storia Giuridica*, Bologna 1973, ps. 218-220, 240-241 y 260; y, en general, a nuestros efectos, sus epígrafes *Le dogme et l'histoire vis-à-vis de la historiographie juridique* (1955), *Indirizzi e problemi della più*

O sumemos también — recorriendo especialidades no positivistas del derecho — el testimonio de un filósofo: Umberto Cerroni. Así se nos manifiesta: « en el núcleo de la problemática del derecho nos encontramos con un verdadero nudo teórico: el de la distinción establecida entre ciencia jurídica y filosofía del derecho, el de la coexistencia bien persistente de una investigación científica y una investigación filosófica sobre el derecho »; *quid iuris*, por una parte; *quid ius*, por otra; « el trabajo del científico que asume y sistematiza el derecho positivo », por una parte; « el trabajo del filósofo que define el concepto mismo de derecho y nos proporciona los criterios últimos de su valoración », por otra. « Si el conocimiento de la naturaleza no depende del filosofar, por cuanto que los objetos naturales son controlables y experimentables, este conocimiento puede ser ciencia y la filosofía no tiene aquí nada que hacer; pero en el campo del derecho la alternativa no se ha resuelto y cada una de las dos vertientes parecen conservar su validez: 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; la filosofía, en cuanto que nos ofrece el mismo concepto, hace pensable el objeto de la ciencia jurídica » (24).

« Parecen conservar su validez », pero — no dejará de puntualizar — « la legitimidad de una ciencia positiva del derecho junto a una filosofía del derecho parece todo menos sólida y consistente » pues, en su subordinación última a ésta, queda realmente degradada su supremacía práctica y en entredicho su presunto estatuto científico; « los filósofos siguen hallando materia de estudio en el derecho porque los juristas no logran ofrecer del mismo una explicación satisfactoria, y los juristas siguen reivindicando su propia competencia autónoma sobre el derecho sólo porque renuncian a la competencia sobre sus problemas más graves y espinosos »; y en las mutuas remisiones de estos problemas y de las cuestiones positivas de los unos a los otros formando un au-

---

recente storiografia italiana (1963), *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto* (1971) y el citado luego en nota 43.

(24) Umberto CERRONI, *Conoscenza scientifica e diritto*, ps. 73 y 77, en *Introduzione alla scienza sociale*, Roma 1976, ps. 73-134.

téntico círculo vicioso dentro de todas las variadas concepciones que aquí se dan, « el problema del derecho — subraya Cerroni — seguirá siendo el que parece ser aun en nuestros días: el problema de un objeto carente de ciencia » (25).

« Frente a las dos cuestiones (*quis ius*, *quid iuris*) — puede proseguir Cerroni conectando ya con nuestro tema — parece legítimo el planteamiento de una tercera de carácter previo: ¿ resulta verdaderamente posible definir el derecho sin conocerse sus formas históricas particulares? »; y así viene a entrar en juego otra vía de acceso al derecho que parece determinar un tercer frente que también batallase por cuenta propia: « la ciencia jurídica estudiará la estructura sistemática actual del derecho sin referencia a su problemática histórica, la historia jurídica estudiará la sucesión cronológica de los sistemas sin referencia a la estructura y a la conformación lógica del derecho, mientras que la filosofía estudiará su concepto y axiología sin referencia a la problemática de la historicidad de las categorías jurídicas y de su composición sistemática », con todo lo cual « el conocimiento del derecho se descompone necesariamente en una teoría desconectada de la historia y en una historia desconectada de la teoría, hallando su culmen especulativo en una doctrina de la justicia (*quid ius*) y su degradación meramente técnica en una dogmática apologetica del sistema vigente (*quid iuris*) » (26).

Y pretende salvarse esta degradación — considera igualmente Cerroni —, no en una « integración metódica de la investigación » sobre el derecho, sino en una « coordinación de los resultados de las tres direcciones de investigación », prevaleciendo de hecho en el común de los casos un criterio positivo por el que las posibles aportaciones de la historia o de la filosofía tienden a ser suplantadas por la efectividad exclusiva « del sistema moderno como sistema pleno o desarrollado del derecho y, por consiguiente, como medida del derecho en general », cuando la tarea propia de « hacer progresar una obra de reconstrucción científica en este ámbito parece comportar una reorganización tipológica de la historia del derecho como sucesión causada de sistemas jurídicos y una

---

(25) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 78, 80 y 88.

(26) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 101, 103 y 106.

explicación histórica de las mismas categorías lógicas del derecho » (27); es decir, comporta una decidida, y sostenida a todos los efectos, sumisión como objeto del derecho actual, cuyo « concepto », cuyo « sistema », cuya « filosofía », cuya « razón » serán la materia — y no la lógica — de su ciencia histórica (28). De otra forma — directamente en sus plantemientos jurídicos, indirectamente en los historiográficos —, la miseria de la « ciencia jurídica » se seguiría perfectamente comunicando a la historia del derecho.

En palabras, todavía, del propio Cerroni: « el estudio histórico de las instituciones jurídicas y políticas no miraría más a la captación de una especie de dinámica ascendente hacia el mundo moderno », de aquella dinámica por la que el derecho y su doctrina actuales vienen a erigirse en la medida de todos los órdenes habidos y por haber — en la lógica exclusiva de toda historia —, sino que tal estudio histórico « se aplicaría a la investigación de la discontinuidad de las instituciones y de las categorías premodernas en cuanto que instituciones y categorías de un preciso sistema histórico diferenciado; y la indagación de la continuidad — añadirá justamente Cerroni — podrá constituirse en función de dicha investigación sobre la discontinuidad », integrando así el conocimiento de « los modos de transformación de los sistemas », de las respectivas revoluciones habidas en la historia, con especial atención, conforme a sus propias consideraciones anteriores, hacia aquella en que se funda nuestro mundo contemporáneo, su lógica y su derecho; hacia aquella revolución iusliberal que decíamos (29).

Y tocamos así nuevamente un tópico ciertamente clásico en la historia del derecho: continuidad o discontinuidad. ¿Puede considerarse pacífica la discontinuidad asegurada por Cerroni, tal discontinuidad evidentemente precisa para su mismo planteamiento metodológico? ¿No puede representar en cambio el derecho, al menos en la historia europea con su tracto, sobre todo, de « de-

(27) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 107 y 109.

(28) U. CERRONI, *Diritto e Storia*, ps. 42-47, en *La libertà dei moderni*, Bari 1968, ps. 36-61.

(29) U. CERRONI, *Diritto e Storia*, cit., p. 55. Y puedo remitirme, también para el debate historiográfico, a páginas propias: B. CLAVERO, *Política de un problema: la revolución burguesa*, en AA.VV., *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid 1979, ps. 1-48.

recho romano », un continuo indiferente a otras discontinuidades, políticas, sociales o económicas?. Ya vimos cómo una posición que, cual la de García Gallo, respetaba en su dogmática el sistema jurídico actual, se pronunciaba precisamente por el tópico de la continuidad, subrayándolo hasta el extremo de paragonar los tiempos históricos del derecho y del lenguaje<sup>(80)</sup>; mientras que, ahora, esta otra posición de signo políticamente contrario representada por Cerroni, viene a suscribir el motivo opuesto de la discontinuidad, subordinando el tiempo del derecho al tiempo histórico general de los sistemas sociales; pero la demarcación de campos — conviene también advertirlo — no siempre se producirá conforme a tal precisión de coordenadas: baste recordar que hoy existen representaciones del tiempo histórico de implantación igualmente — como la de Cerroni — « marxista », y atendidas también en la historia del derecho, que destacan al derecho europeo como una instancia de temporalidad prácticamente autónoma respecto a otros tiempos sociales menos estables y de mayor correspondencia entre sí<sup>(81)</sup>; ¿resulta dicha supuesta particula-

<sup>(80)</sup> Tópico, como se sabe, de cierta difusión a tal efecto: véase aquí ahora en J. A. ESCUDERO, *En torno al objeto de la historia del derecho*, ps. 28-30, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 14-65 (= *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, ps. 391-432), siguiendo explícitamente a GARCÍA GALLO.

<sup>(81)</sup> Es, particularmente, el caso conocido de ALTHUSSER que en la especialidad acoge favorablemente, por ejemplo, Aldo SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, en *Democrazia e Diritto*, 1973, 2, ps. 65-86, cuya posición continuista late también en las conclusiones de su *Nascita della Giurisprudenza*, Bari 1976. Con ulterior información, se debate en las aporías de la composición althusseriana Antonio M. HESPANHA, *O materialismo histórico na história do direito*, en *A história do direito na história social*, Lisboa 1978, ps. 9-69, introduciéndose precisamente a continuación en el estudio de los orígenes de la dogmática contemporánea. También debate aquí el valor para la historia del derecho de algunos de los tópicos que, en la tradición marxista, parecen apuntar a su devaluación y realmente denotan una laguna bien sustantiva Salustiano DE DIOS, *El derecho y la realidad social: reflexiones en torno a la historia de las instituciones*, en *HID*, 3, 1976, ps. 187-222. Me parece, con todo, que tienen un interés más limitado, fuera de la filología marxista, indagaciones sobre la legitimidad de la historia del derecho como la de Werner SELNOW, *Zum Problem der Rechtsgeschichte im System von Marx und Engels*, en *Marxistische Beiträge zur Rechtsgeschichte*, Berlin 1968, ps. 40-70, o la de Peter LANDAU, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973, ps. 361-371, sobre su aportación más puntual.

ridad de un tiempo jurídico más persistente a tal punto una evidencia de hecho como para haberse llegado así incluso a comprender en la tendencia teórica que más alejada podía encontrarse de su aceptación?. Ello, ciertamente, habría de afectar de forma grave al curso de nuestro razonamiento.

Mas creo que, a nuestros actuales efectos, las mismas páginas anteriores, aunque sumarias, pueden excusarnos del argumento que ahora habría de desarrollarse más cumplidamente frente a tales ideas, bien arraigadas en la diversidad de sus manifestaciones, de continuidad: no nos encontramos, en ellas, tanto ante una propia evidencia de hecho como ante una especie de imperativo de derecho; el sistema jurídico actual se gestó modernamente en la representación ideológica de un « derecho natural » a proyectarse muy particularmente, por encima de la historia, en la cultura romanista más autorizada de la tradición jurídica europea, y a configurarse también muy especialmente en una « historia del derecho » que ahora se planteaba y desarrollaba en la misma función ideológica y jurídica, en el ámbito de la misma operación cultural; de todo ello, tal supuesta evidencia. La idea de continuidad en la historia del derecho viene a ser trasunto de la composición ahistórica del sistema contemporáneo que ya conocemos.

Y tal era la « historia » que justamente hubo de sufrir el rechazo de una historia general a la que había de repugnar que la misma no se plantease propiamente la temporalidad de su objeto o que, de ser enfrentada a la cuestión, tendiese siempre a resaltar una superficial fenomenología de la persistencia, a representar así explícitamente un objeto esencialmente atemporal <sup>(32)</sup>; bien que fuera otro el problema, según ya dijimos, de que no se supiese, desde fuera de la historia del derecho, desenvolver la cuestión más allá de la simple denuncia, a la que por lo común seguirá,

---

(32) Así se fundaba al menos el rechazo bien notorio de Marc BLOCH, *Introducción a la historia*, México 1952 (es la traducción de sus preciosos apuntes póstumos: *Apologie pour l'Histoire*), ps. 30-32, arrojando igualmente al niño con el agua sucia de la bañera, bien que con cierto escrúpulo o reserva expresa de su parte que en otros faltará. Y puede verse aquí, aun no valorando los mismos puntos, José María GARCIA MARIN, *Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto*, en HID, 4, 1977, ps. 49-107.

hasta hoy, la impugnación de la misma especialidad con pérdida de un objeto bien sustantivo para la ciencia histórica: entre una « historia del derecho » atemporal y una « historia general » incomprendible de tal objeto, el derecho puede mantenerse como un objeto sin historia, y su especialidad histórica, seguir representándose en los mismos términos ahistóricos generales que su « ciencia » jurídica actual. Pero ¿le queda realmente alguna ciencia al objeto que así pierde su historia?.

Seguramente sería injusto esperar la corrección o la superación de tal estado de cosas desde fuera de la historia del derecho, ya de una « historia general », ya de una « ciencia jurídica » positiva. Si de algo ha de servir científicamente una historia del derecho académica, una vez que por fortuna ha perdido sus funciones doctrinales, habrá de ser, ante todo, para introducirse en tales problemas que tocan a las mismas condiciones de su existencia y constitución, enfrentándose definitivamente con la historicidad de su objeto, con su historicidad, primeramente, en la forma como hoy se manifiesta, tal y como hoy se configura doctrinal e ideológicamente por encima de la misma historia. Lo cual viene a resultar una empresa metodológica que es, al tiempo, una empresa de historia sustantiva; una historia sustantiva del derecho: la historia, definitivamente, como ciencia — no como disciplina social —, y el derecho, íntegramente, como su objeto — no como su método —. En tal dirección apuntaban nuestros testimonios más actuales, más al tanto de las condiciones presentes de la misma problemática jurídica; y, en todo caso, con todo ello, la historia del derecho parece que no puede — y que no debe — librarse metodológicamente de esta problemática, que puede y debe permanecer en el campo del derecho.

### 3. *Perspectiva futura: el derecho como objeto de la historia.*

El abandono en manos ajenas del problema epistemológico de la historia del derecho, abandono que se produce en tendencias tanto historiográficas — a favor de la « historia general » — como institucionales — a favor de la « ciencia jurídica » — parece que viene con todo a entrañar la simple y llana renuncia a que dicho



problema pueda, no sólo resolverse, sino tan siquiera plantearse y desenvolverse de forma solvente. Ciertamente que los motivos críticos más interesantes para la constitución científica de la historia del derecho han podido en casos ser suscitados y debatidos fuera de su campo, pero ni siquiera en estos supuestos bastará, para la historia del derecho, con la simple recepción de sus eventuales logros: ésta le resultaría mínimamente fructífera, y aun esterilizante, si no activase a su vez, al hacerse cargo de tales cuestiones, su reconsideración conforme a su virtualmente superior competencia específica.

Por ejemplo, ya hemos recordado cómo desde una « historia general » (y entiéndase lógicamente en ella sus especialidades hoy más integradoras) viene justamente imputándosele a la historia del derecho su servidumbre social o, más en concreto, su miseria jurídica, mas esto, regularmente, con notable inconsciencia del grado en que todo ello afecta a toda historia, y con no menos notable incompreensión de las determinaciones propias de esta especie de hipoteca y, por lo tanto, de las condiciones precisas para su entera liquidación. Pues bien, parece que sólo desde la historia del derecho podría solventemente resolverse tal cuestión, en beneficio propio y en beneficio general de toda historia o ciencia social; suicida, cuando menos, sería para esta especialidad la asunción de tales justificadas críticas si no se aportara al tiempo la consideración y el análisis de aquellas determinaciones del problema y condiciones de su resolución; suicida puesto que, en otro caso, sólo cabría la consabida consecuencia de impugnación de la historia del derecho y pérdida de este objeto para la ciencia histórica <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Puede recordarse el significativo arranque de la ponencia de Arnaldo MOMIGLIANO en el primer congreso de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho: « Imagino — quiero imaginar — que nos encontramos aquí para celebrar un importante acontecimiento histórico: el fin de la historia del derecho como rama autónoma de la investigación histórica » (*La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., p. 21); pero, en el mismo congreso (p. 161), más merecedora a nuestros efectos de memoria ha de resultar la defensa de la especialidad por parte de Giovanni PUGLIESE frente, en concreto, a la posición ya referida de ORESTANO, representándose su autonomía como exigencia de doctrina y no concibiéndose para ella más posibilidad que la de proyección más o menos seleccionada de la dogmática contemporánea en la historia. Ante ello, la consecuencia de MOMIGLIA-

O también, por ejemplo, hemos visto que desde el campo del derecho — o de su filosofía — ha podido, no menos justamente, cuestionarse la historia del derecho tradicional por su misma constitución de especialidad jurídica, pero ahora perfilándose una vía de afirmación científica prácticamente en el mismo campo: su objetivo primario — jurídico e histórico, metodológico y sustantivo a un tiempo — habría de ser el de la concepción de los sistemas normativos pretéritos y el confinamiento consiguiente del sistema jurídico actual con miras todo ello, precisamente, a la superación definitiva de la servidumbre social y la miseria jurídica del orden hoy vigente y de su propia historia legendaria: superación de su lógica y su sistema, superación de su negación de la historia. Pues bien, no convendría tampoco dejar sin apuntar algunas salvedades en este punto, dado especialmente el usual estilo concluyente, o incluso precipitado o prematuramente resolutivo — por el que, de nuevo, la historia del derecho resultaría pese a todo superflua —, de la filosofía del caso: aquella concepción no resultaría realmente accesible, solventemente abordable, sino mediante la filología propia de la investigación histórica, mediante la lectura y el análisis puntual de las manifestaciones y testimonios del orden histórico en cuestión, mediante la asunción previa — digamos — de la miseria respectiva de cada sistema normativo; los textos históricos — o las llamadas « fuentes » —, bien depurados, críticamente analizados y sistemáticamente interpretados o leídos, depararán por sí solos más « lógica » que la usualmente presumida — precisamente, por lo común, desde algún grado todavía de apreciación « naturalista » del sistema actual — por los no historiadores, o rendida realmente por los mismos historiadores que, yendo directamente a los « hechos históricos », suelen por regla general prescindir de tal género de operaciones.

Ello podría no difícilmente constatarse, aunque no podamos aquí deternos en su ilustración <sup>(34)</sup>, respecto al caso más cercano

---

no puede quedar de nuevo tan justificada como seguir resultando, pese a todo, saludable.

<sup>(34)</sup> Puedo remitirme a un reciente trabajo donde persigo tal perspectiva respecto a algunas cuestiones que considero claves en el orden social de la Europa moderna, intentando estudiarlas sobre una lectura de los textos que vaya de la

del *ius commune* o doctrina del sistema normativo vigente en la Europa bajomedieval y moderna hasta las revoluciones iusliberales, doctrina por la cual puede realmente precisarse la entidad de las relaciones sociales de dicha época, progresándose en su análisis, con garantía frente a los anacronismos que suelen ser habituales, en perjuicio radical del propio conocimiento histórico o social, tanto en las propias exposiciones de los historiadores profesionales como en las construcciones de carácter más teórico del objeto histórico social. Así, mediante tal asistencia — digamos — teórica del propio orden social expreso de la época, la lógica de la historia del derecho, reconstruidas y atendidas las «lógicas» de los sistemas normativos históricos, no seguirá siendo, como puede fácilmente ocurrir entre los «filósofos» que mejor hayan captado en principio el tema, «prefilológica», especulativa o intuitiva, bastante precaria. Y así, tampoco tendría por qué resultar suicida para la historia del derecho, sino más bien todo lo contrario, la plena aceptación de las justificadas críticas procedentes, en este caso, del campo de la «filosofía».

Dicho de otra forma o con referencia a otros conocidos índices de nuestra disciplina: no debería haber aquí distinción sustancial alguna entre una especie de *Dogmengeschichte* que hubiera de quedar situada en un terreno de historia cultural o «ciencia del espíritu» y una más institucional «historia del derecho» que pudiera mejor remitirse — aunque esto suela de otra parte negarse desde el campo de la anterior — a la perspectiva de una historia social más comprensiva o ciencia social sin más <sup>(35)</sup>; esta segunda

---

filología más elemental a la más compleja reconstrucción de sus categorías jurídicas: B. CLAVERO, *Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*, a publicarse en AHDE, 49, 1979.

<sup>(35)</sup> Puede verse, por ejemplo, cómo refleja, con aparente resignación, esta distinción una introducción a la especialidad que viene a apuntar prácticamente, aun en términos diversos, en dirección análoga: Dieter SIMON, *Rechtsgeschichte*, en Axel GOERLITZ (ed.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Munich 1974, II, ps. 314-318. Y hoy se cuenta entre nosotros con dos muy considerables intentos de conexión de ambos campos que, aunque no procedan del ámbito de especialidad de la historia del derecho — lo que ya puede ser sintomático — y aunque no podamos ahora entrar en su consideración, merecen quedar consignados; nos referimos a José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*,

— que, conforme habremos de decir, siendo ciencia social, habría de ser, dentro de ella, ciencia del derecho <sup>(86)</sup> — sólo podrá solventemente constituirse mediando de una forma bien efectiva aquella primera « historia de dogmas » jurídicos, aun entendiéndose lógicamente este término, no en su sentido estricto contemporáneo que, al menos en castellano, presenta hoy fuertes connotaciones peyorativas, sino en su sentido más amplio y más sustantivo de « pensamiento jurídico », « doctrina », « jurisprudencia », ... o como quiera calificarse a la representación de todo el conjunto — no sólo de sus tópicos más generales — y de cada una de las instituciones — no sólo de aquellas que mejor conecten con las análogas del sistema actual — del orden social vigente. En otro caso, de irse directamente a los « hechos histórico-jurídicos » para su análisis social sin dicho tipo de mediación teórica, de quererse construir así directamente una « historia social » del derecho o una historia del derecho como « ciencia social », sólo saldríamos de la historia doctrinaria tradicional para recaer en la hoy nada inusual historia institucional escasamente analítica o estudiosa de las propias instituciones jurídicas o, avanzándose un paso, saldríamos de aquella historia del derecho para disolverla ahora en alguna especie de « historia general » o de « historia social » donde tal objeto — « el derecho » — realmente se ha perdido para la ciencia histórica, con las consecuencias para ésta que ya hemos señalado.

---

Madrid 1972, y a Julio CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa (Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII)*, Madrid 1978, éste con unos intereses más antropológicos que, en parte, se acerca bastante más a nuestros presupuestos. De otro lado, la « historia de dogmas » más específicamente jurídica ha tenido entre nosotros particular acogida entre romanistas, pero sin logros dignos de mención a nuestros efectos. Y la manera cómo, por mi parte, entiendo la necesidad de una — sigamos diciendo — « historia de dogmas » para la historia social de derecho, valorando el momento jurídico en un grado muy diverso al de los anteriores, creo que puede ilustrarse en el trabajo que cito en la nota 34.

(86) D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, cit., p. 315, vuelve a insistir: « Desde un principio debe dejarse bien sentado que la historia del derecho ha de concebirse metodológicamente como ciencia histórica y no como ciencia jurídica », con lo que, a mi entender, se sigue respondiendo a una disyuntiva inapropiada, como luego podremos considerar.

O dicho todavía de otra forma, con índices ahora exteriores a nuestra materia: ésta, la historia del derecho, podría y debería constituirse en la antropología de la historia europea. Expliquemosnos. La antropología, en sus términos más genéricos — haciendo abstracción de tendencias y de individualidades —, puede caracterizarse por un estudio funcional de sistemas institucionales con especial atención, a tal efecto, de las representaciones que ofrecen de sí mismos dichos sistemas <sup>(37)</sup>, persiguiéndose así su análisis mediante categorías que, por elaborarse — no simplemente tomarse — a partir de tales representaciones, permitan el conocimiento de su diversidad, impidiéndose con todo — o al menos precaviéndose — la proyección especular o el simple reconocimiento analógico del sistema propio del investigador. Y la antropología, en sus términos siempre más genéricos, se caracteriza al tiempo precisamente por su dedicación a « sistemas » ajenos al europeo, no en cuanto que sistema social contemporáneo, sino en cuanto que cultura histórica; de aquí que en esta historia, en la historia europea mejor documentada, no han venido por lo general a plantearse cuestiones « antropológicas » tan pertinentes como las referidas: análisis funcional de las instituciones y atención al efecto de sus propias representaciones; aquí, entonces, a este efecto, habría de entrar todo el testimonio histórico — orden y representación: historia institucional y *Dogmengeschichte* — del *ius commune* como medio imprescindible para la reconstrucción y estudio en su integridad del sistema europeo que históricamente ha precedido al actual sistema liberista y estatal; reconstrucción de la « antropología » de tal sociedad histórica europea: de la « teoría » precisa y ajustada a su « historia social » <sup>(38)</sup>.

<sup>(37)</sup> O, en todo caso, siempre las representaciones más cercanas al objeto: véase así, para capítulo tradicionalmente anexo a la « historia del derecho español », John V. MURRA, *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*, Lima 1975; para otras partes más justificadamente tradicionales en el temario de una « historia del derecho español », también podrá hallarse alguna ilustración en los estudios de CARO BOROJA sobre múltiples temas, desde los pueblos primitivos hasta culturas rurales o de minorías en los siglos modernos, o, pero en menor medida, los de Marcelo VIGIL y Abilio BARBERO sobre la formación del feudalismo en los orígenes de « la Reconquista ».

<sup>(38)</sup> Frente a la antropología que mejor pueda caracterizarse por una real capacidad de análisis integrado de sistemas sociales ajenos al europeo actual,

Claro es que, aquí, se encuentra el investigador con una seria dificultad específica que, de otra parte, no nos es, a estas alturas, desconocida: para el antropólogo la diversidad es ya de por sí — digamos — una evidencia de partida, mientras que para el historiador del derecho la evidencia primaria viene a ser de signo contrario; éste se encuentra con que en su campo se produce mejor aquel mero reconocimiento especular: las categorías jurídicas contemporáneas se han formado desde una tradición cultural previa a las revoluciones liberales — al establecimiento efectivo del sistema liberista y estatal —, tradición que ha llegado a proyectarse en toda la historia europea distinguiéndola, como un todo, frente a otras tradiciones culturales sobre las que, justamente, se ha volcado aquella antropología indagadora de la diversidad. Nos encontramos en el mismo nudo metodológico del estudio de la « continuidad » en la « discontinuidad » o, más en concreto, de la historia sustantiva del derecho moderno — la continuidad de cierta doctrina y la discontinuidad de ciertas instituciones: o la discontinuidad de la primera previa a la de las segundas desde el supuesto de un sistema histórico doctrinal e institucionalmente diverso — cuya investigación, por todo ello, constituía un primordial imperativo — metodológico tanto como sustantivo — de la especialidad, de una especialidad que dejaría así de ser madre de prole unigénita, disciplina que no concebía otro sistema que el contemporáneo y que, pese a ello, no lo comprendía en su propia ciencia. Y, así, la historia del derecho puede ser ahora, a un tiempo,

---

parece hoy privar más entre los historiadores la imagen de una antropología que, atendiendo en diversa forma también fenómenos de mentalidad, puede representar de nuevo una historia episódica o « evenemenial » respecto a sectores sociales « subalternos » tradicionalmente desatendidos (véase así, por ejemplo, las actas del congreso de 1976 sobre *Fonti orali: Antropologia e Storia*, Milán 1978) o respecto a enteras sociedades ignoradas (véase así, por vía igualmente de ejemplo, I.M. Lewis y otros, *Historia y antropología*, Barcelona 1972): ha de resultar obvio que nuestras indicaciones se sitúan en otra dirección pese a posibles connotaciones nominales. En todo caso, dada la misma problemática identidad de las actuales « ciencias sociales », podrían encontrarse en todas ellas (en la sociología como en la economía, en la geografía humana como en la demografía ...) planteamientos similares, pero creo que puede mejor perfilarse nuestra idea respecto a la antropología. Y véase lo que añadimos en notas 9 y 49.

la antropología — con todo su potencial teórico — la más necesaria, — con toda su documentación — la más factible y — con todos sus reflejos especulares — la más laboriosa y compleja.

O dicho aun de otra forma, en fin, más familiar quizá hoy al historiador, y ya muy sumariamente: puede — y debe — afirmarse que el derecho — el *ius commune* para nuestra historia bajomedieval y moderna — constituye la *longue durée* social que continuamente se le escapa a tanto investigador que combate la historia episódica con capítulos casi geológicos, a tanto escrutador del tiempo histórico ya habituado a saltar, sin dicha mediación, sobre el vacío entre estructuras y coyunturas <sup>(39)</sup>. Debe afirmarse dicha virtual aportación — « teoría » o « antropología » si se quiere — de la historia del derecho; debe afirmarse que la historia social, en su sentido más integrador — « total » si se prefiere —, no cabe sin la historia del derecho — sin la « ciencia jurídica » — que puede constituir su esqueleto o — si se quiere — su estructura.

O ateniéndonos de nuevo a nuestros propios términos: la historia del derecho como « ciencia social » no habrá de caber sin la historia del derecho como « ciencia jurídica » de la misma forma y en el mismo grado que la historia sin más no ha de caber sin la filología en su sentido más sustancial. Para la constitución científica de la historia del derecho no debiera de despreciarse — frente a filósofos, frente a historiadores — ninguno de los diversos estratos metodológicos aquí implicados. Una buena ilustración de lo que decimos pudiera ofrecer la misma secuencia de materias a las que se dedicaran los sucesivos congresos internacionales organizados, bajo la inspiración de Paradisi, por la *Società italiana di storia del Diritto*: en primer lugar (congreso de 1963), el problema de la

---

<sup>(39)</sup> Puede bastar su ilustración en el mejor de los casos actuales: Emmanuel LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, París 1973-1978; con la salvedad que luego diremos (nota 49), puede apuntarse que la problemática propiamente jurídica, a un nivel — digamos — estructural, brilla por su inoperancia, con el efecto de animarse la actual tendencia (que puede remontarse, cuando menos, al mismo BRAUDEL) a destacarse duraciones no sociales, casi naturales, como nervio de la historia, y a seguir perdiendo con ello sus estructuras sociales, pese esto a toda la información y reflexión efectivamente sumada así a la historia, de lo cual, lógicamente, aquí no discutimos.

situación de la historia del derecho entre el conjunto de las ciencias o especialidades históricas cuyas servidumbres de todo tipo ha compartido y comparte <sup>(40)</sup>; en segundo lugar (congreso de 1967), el problema historiográfico fundamental de una servidumbre bien material: la de las fuentes, sobre todo la de los textos jurídicos de los que esta especialidad lógicamente ha de depender en lo esencial; el problema de aquella filología que ha de ser base de cualquier historia del derecho <sup>(41)</sup>; y, en tercer lugar (congreso de 1973), un problema que para muchos, incluidos a la luz de sus aportaciones buena parte de los mismos participantes en el congreso, ya deja de ser una cuestión metodológica para serlo exclusivamente sustantiva de la historia del derecho, pero que a mi entender viene a ser hoy el problema metodológico cardinal: el del tema de *La formazione storica del diritto moderno in Europa* <sup>(42)</sup>. Tras todo lo anteriormente dicho, podrá seguramente comprenderse la razón de que califique como cuestión metodológica un tema de carácter ya eminentemente sustantivo <sup>(43)</sup>.

Pues parece que sólo cabe una apropiada historia del derecho desde la previa historificación, y mediante forzosamente en ello la filología del caso, del derecho actual, desde la comprensión histórica de toda su ahistórica fenomenología: único expediente metodológico que puede realmente evitar que, ya por lo común subrepticamente, dicho derecho — su lógica y su sistema, sus categorías y sus presupuestos — informe toda la historia, la reduzca de nuevo a su imagen y semejanza, la convierta por enési-

---

<sup>(40)</sup> *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit. (nota 4).

<sup>(41)</sup> *La critica del testo*, Florencia 1971.

<sup>(42)</sup> Florencia 1977. Y en las autorizadas palabras de apertura de PARADISI ya se justificaba de forma análoga la secuencia de temas de estos congresos (cita en nota siguiente).

<sup>(43)</sup> De este último congreso podemos destacar, al menos, dos tipos de intervenciones que, con diversas connotaciones y aun perspectivas no en todo coincidentes, pueden situarse en análoga dirección: B. PARADISI, *Storia del diritto moderno e palingenesi della scienza giuridica*, I, ps. 1-11 (= *Apologia*, cit., ps. 519-530), y Dieter GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze*, III, ps. 1221-1248; de éste también, más directamente, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, en D. GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Munich 1976, II, ps. 9-34.



ma vez en su propia epifanía permanente <sup>(44)</sup>. Sólo, con todo, desde la asunción en tal forma del derecho actual cabe, a mi entender, una legítima historia del derecho.

No se me oculta que esta especie de conclusión puede provocar equívocos con respecto a alguna de las posiciones más precavidas o más matizadas de la tradicional historia del derecho de implantación jurídica. Una lectura poco reflexiva (normal en aquellos historiadores para quienes toda « ciencia » histórica pueda reducirse a la publicidad ordenada de materiales inéditos, o en aquellos juristas para quienes toda « ciencia » del derecho pueda encerrarse en su función profesional mediadora entre norma y hecho) o una lectura más bien interesada (de esperar a su vez por parte de los historiadores del derecho que mejor se hayan acomodado en posiciones llanamente historiográficas) podrá fácilmente entender todo lo dicho como una simple reedición más o menos sofisticada de la historia doctrinal. Cuando aquí ya no se trata de construir jurídicamente la historia del derecho sino de desarrollar históricamente una ciencia de este objeto.

Aquí no se trata, en principio, de subordinar la historia al derecho, sino, perfectamente al contrario, de subordinar el derecho a la historia; aquí, la « lógica jurídica », de cualquier forma que se la conciba, ha de ser objeto — y no método — de la historia, no debiendo por ello asistir a su comprensión fuera del marco de sus propias determinaciones históricas; cuestión ésta de principio que, aunque hasta buen punto — tras la insistencia, por ejemplo, de Paradisi — ya evidente, conviene aun resaltar ante la no menos evidente persistencia de posiciones abiertamente contrarias incluso en casos bien significandos; así, entre nosotros, el representado por Jesús Lalinde (autor muy sensible justamente al tema por la propia capacidad de su trabajo: une las mejores investigaciones monográficas de historia de las instituciones a las exposiciones —

---

(44) Entre nosotros, recientemente ha reconsiderado esta clásica problemática J. A. ESCUDERO, *Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 69-88 (= AHDE, 40, 1970, ps. 269-286), mas sin especial atención a sus manifestaciones más renovadoras. Por su parte, GARCÍA GALLO ha intentado confrontarse, reafirmando sustantivamente sus posiciones aun con menor énfasis, con alguna de ellas: *Cuestiones de historiografía jurídica*, I. *La justificación de la historia del derecho*, en AHDE, 44, 1974, ps. 741-752.

manualísticas ante todo — más doctrinarias de historia del derecho), pretendiendo decididamente que una determinada «lógica jurídica» — «paralógica» para mayor escrúpulo metodológico, pero también para mayor renuncia a una razón científica — hubiera de informar a toda la historia del derecho como medio de superar la «bifrontalidad» o concurrencia en su espacio vital de dos ciencias: la historia y el derecho (45). ¿De dos ciencias, realmente? ¿O de una ciencia virtual y de su propio, virtual, objeto? ¿Es que resultan parangonables de alguna forma, comparables en términos homogéneos de alternativa epistemológica, la potencialidad científica de la historia y la actualidad normativa del derecho?.

Parece que una diferencia bien sustancial puede separarnos de otras posiciones con las que se comparte en principio la consideración jurídica de la historia del derecho, diferencia que viene precisamente a derivar de la desigual valoración de la misma «ciencia jurídica» subyacente en cada caso, del respeto político o científico que tal «ciencia», en su constitución actual, haya realmente de merecer. Recordemos, a estos efectos, el caso de García Gallo: éste respetaba al máximo la reproducción positiva de la dogmática jurídica, negando la misma posibilidad de constitución del derecho y su doctrina actual en objeto propio de la ciencia

---

(45) J. LALINDE, *Hacia una historia paralógica del derecho*, en *HID*, 4, 1977, ps. 317-353; y sobre su manualística — la única actualmente completa de «historia del derecho español» —, J. MARTINEZ GIJON, «Iniciación histórica al derecho español» y «Derecho histórico español». *Dos exposiciones de conjunto del profesor Jesús Lalinde*, en *AHDE*, 45, 1975, ps. 628-640. En antinomias análogas a la de LALINDE, expresadas sobre todo en la idea de «bifrontalismo» constitutivo de la historia del derecho, se han movido anteriormente otros autores españoles que también se encuentran entre los mejores investigadores de la materia y los mejor relacionados con otros medios historiográficos, especialmente L. G. de VALDEAVELLANO (véase en la introducción de su *Curso de historia de las instituciones española*, Madrid 1968) y José María FONT RUIZ (así en su voz *Derecho histórico*, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VII, Barcelona 1950). Parece por ende, frente a lo que pudiera antojarse a primera vista, que estas ideas de composición híbrida de la historia del derecho han sido aquí características, más que de unos juristas-historiadores que así devaluasen la historia, de estos verdaderos historiadores que de tal forma procuran hacerse cargo desde un inicio de la complejidad y especificidad del objeto jurídico, de las cualidades de este objeto que suelen perderse en las posiciones puramente historiográficas.

histórica (46). O señalemos también el caso, diverso en buena e importante parte mas no en todo, de Wieacker: éste, en una situación política bien distinta que ya de por sí promovía o precisaba otros planteamientos, no manifestaba en grado análogo reverencia ante el sistema jurídico actual, concurriendo además decisivamente a la tarea de su historicación o de relativización de su dogmática, mas luego, mediante expedientes especulativos que no son ahora del caso, el mismo autor negaba a su vez la posibilidad factible por su misma obra de subordinación práctica de la « ciencia jurídica » positiva a esta virtual ciencia histórica del derecho (47). Y aquellas posiciones « bifrontalistas », concibiendo una especie de híbrido entre historia y derecho, no se sitúan sustancialmente en otro punto: la « ciencia jurídica » — ciencia, aun con sus peculiaridades, como la historia: en grado ambas más o menos relativo según los autores — ha de ser, como tal, intangible para el historiador, y ello aun en el caso de que pueda constituirse en objeto de su propia tarea científica o de investigación; esto es, la « ciencia jurídica » para el historiador, para un investigador que tiene en la amplitud de su campo posibilidades reales de explicación social, habría de ser política — ya que no ahora científicamente — intangible. El derecho, como objeto integral, vuelve a escapársele a la historia.

---

(46) Aparte las expresiones del propio GARCIA GALLO ya citadas, resultan muy expresivos en este terreno entre nosotros los planteamientos ya en parte también referidos de Alvaro D'Ors, por su decidida negación, tanto de una ciencia histórica (véase nota 21), como también ulteriormente (y GIBERT no dejará sintomáticamente también de seguirle en este terreno) de una ciencia social del derecho, el cual expresamente — y con ciertos rasgos atávicos suplementarios en su caso — se hace depender de la doctrina: véanse, entre otras, sus páginas reunidas en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma 1973.

(47) Véase considerado este punto, a la luz de los diversos escritos metodológicos de WIEACKER, por U. WESEL, *Zur Methode*, cit., ps. 340-355; pero, frente a radicalismo reductores para los que todo ello sería « idealismo », « historia del derecho burguesa » o términos análogos, del mismo modo que antes valorábamos la diferencia de los respectivos puntos de partida, tampoco debe despreciarse la de los resultados: en un caso se da el presupuesto ineludible a todos los efectos de la historicación de la dogmática que en el otro (nota anterior) falta; y en éste, en todo caso, puede seguirse aquilatando y des arrollando la filología que es presupuesto aun anterior de la historia.

Puede en conjunto decirse que la consideración reverencial, más o menos acentuada, más o menos confesada, de la doctrina vigente como « ciencia jurídica », unida por lo común significativamente entre historiadores del derecho a la duda metódica, en cambio, sobre el potencial científico de la historia, viene indefectiblemente estorbando la progresión — por no decir su mismo planteamiento en términos no mixtificados — del tema metodológico en nuestro ámbito. El derecho, o su doctrina, sigue pacíficamente presentándose como « ciencia » en el grado en que otros órdenes de investigación social mejor fundados lo ignoran como tal, en el mismo grado en que la ciencia social se muestra ya indiferente al debate por entenderlo suficientemente sentenciado contra dicha pretensión; y la especialidad jurídica de la historia, más abierta obligadamente a este ámbito científico más general, sigue con ello acomplejándose como un apéndice de ilustración del derecho sin claras perspectivas de reconocimiento científico en el mismo grado en el que, asumiendo las demarcaciones académicas actuales, comparte la suficiencia del derecho y de sus facultades: y tal historia, ciertamente y por mucho que intente disimularlo en algunas de las manifestaciones de su definición jurídica, seguirá mereciendo el mismo extrañamiento científico que la « ciencia » o doctrina del derecho. El aislamiento de esta especialidad histórica es el mismo aislamiento del derecho: ambos comparten tanto sus determinaciones metodológicas como sus connotaciones políticas.

Parece que el destino científico de la historia del derecho es el mismo destino del derecho; su cuestión metodológica se identifica, y esto porque, si no domina a su objeto reduciéndolo a sus justos límites históricos o sociales, comprendiéndolo en ellos, resulta siempre dominada por él: por su doctrina y por su ideología; siempre, pese a las ilusiones de las tendencias historiográficas que, en el campo de la historia del derecho, creen conjurar el peligro con sólo ignorarlo, o, en el campo de las especialidades históricas, pretenden que una ciencia — ilusiones de una « historia total » — puede constituirse sin la investigación de la estructura de su objeto: y para qué hablar ahora de la inopia de los historiadores que, repitiendo tópicos de « historia social » o de « marxismo » aquejados de una crónica incomprensión del objeto jurídico, siguen desahuciando sin más a la « historia del derecho » como espe-

cialidad consustancialmente doctrinaria, prejuicio que hoy pesa en la profesión histórica aunque a menudo más bien elegantemente disimulado <sup>(48)</sup>.

La problemática constitutiva de una historia y de una ciencia del derecho coincide en la misma identidad última de su objeto de investigación que requiere identidad de método: no caben dos ciencias sobre un mismo objeto, por mucho que la actual organización universitaria, con sus « filosofías », « sociologías », « historias », etc., se empeñe — nada inocentemente, desde luego — en desarrollarse bajo diverso principio. En cuanto que una pretendida « ciencia del derecho » no aplique a su momento las exigencias críticas de la mejor historia — o de la mejor sociología, si se quiere <sup>(49)</sup> —, exigencias tales como la de suficiencia, depuración y

<sup>(48)</sup> Véase, por ejemplo, coincidiendo el par de motivaciones aludidas, el caso de Pierre VILAR, *Histoire du droit, histoire totale*, en *Revista de Historia del Derecho*, I, 1976, ps. 15-49; lugar donde se recogen las actas de un congreso celebrado en 1973 con perspectivas análogas al reseñado en nota 40, mas con una curiosa peculiaridad: se invitó a tratar de historia del derecho a historiadores generales o de otras especialidades convocándose como audiencia a los especialistas (salvo un par de excepciones: Hans THIEME como homenajeado, y PEREZ PRENDES como anfitrión); no siendo con todo ello de extrañar que, desde diversas posiciones, el conjunto de estas actas vengan a ilustrar, no tanto la perseguida confluencia de ciencia histórica e historia jurídica, como cierta resignación o complejo de los historiadores del derecho a la situación contraria: a la incomprensión de su objeto por otras especialidades y a la consiguiente mutilación de la historia — ciencia — social, infactible sin la mediación de la historia — ciencia — del derecho.

<sup>(49)</sup> Véase, muy particularmente, Giovanni TARELLO, *La sociologia nella giurisprudenza*, en Renato TREVES (ed.), *La sociologia del diritto: un dibattito*, Milán 1974, ps. 40-51; más detenida, pero menos críticamente, P. LANDAU, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, en *Vierteljahrschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte*, 61, 1974, ps. 145-164. Aunque, como ya dije, me parece más fecundo el posible intercambio de la historia del derecho con la antropología, dado — dentro de la inconveniencia de diferenciar como distintas « ciencias » estos diversos estilos de abordaje de un mismo objeto social dividido por razones perfectamente aleatorias — que en su campo — en el campo de la antropología — se ha conformado mejor que en el de la sociología — de una sociología tradicionalmente escindida entre el empirismo y la especulación — una orgánica relación entre dato y teoría, y una consiguiente mayor atención a los elementos institucional y de mentalidad. Pero convendría igualmente advertir que, hoy por hoy, la antropología, con su ensimismamiento aun imperante en primitivismos de sociedades sustancialmente ágrafas o pésimamente documentables, colabora a su vez — sobre todo por su capacidad de

contraste de datos, la de radicación de los mismos en los conjuntos, sistemas o estructuras correspondientes, la del análisis de su significación a partir y más allá de su propio testimonio, etc., etc., dicha « ciencia » podrá, por supuesto, ser doctrina de una determinada disciplina social, pero no, en caso alguno, conocimiento propiamente científico del orden social en cuestión. Se nos dirá, seguramente, que el objetivo de la « ciencia jurídica » es aquella disciplina, y no éste conocimiento: aquí, ciertamente, el equívoco, un equívoco, desde luego, tampoco nada inocente, sobre el que convendrá detenerse.

En la perspectiva que se nos venía abriendo, en lo que concierne a la configuración de una ciencia del derecho, podría ciertamente llegarse, conforme a las premisas expuestas, a la definición de una historia del derecho que fuera, ya por sí misma, ciencia de todos los sistemas normativos u órdenes compulsivos que se

atracción de investigadores más sensibles para con ajenas racionalidades — en el enrarecimiento o en el vacío de la historia más cercana que aquí se precisaría; deplorar esta circunstancia sin abrir al tiempo un horizonte análogo — hacia el pasado tanto como hacia el futuro — respecto a la historia europea, según viene ocurriendo en casos bien significados y autorizados como el de Pierre VILAR, parece un mero diagnóstico por síntomas, escasamente etiológico y difícilmente operable; el caso es que la historia con mejores títulos expansiva sigue siendo, pese a todo, más iuxtapositiva que integradora, sigue fagocitando objetos a costa, para ella, de sus ciencias específicas: su expansión es imperialista, imponiendo como « paradigma », de la misma forma que la sociología usual, la « antropología » de la sociedad europea contemporánea: véase Gérard MAIRET, *Les discours et l'historique. Essai sur la représentation historique du temps*, Paris 1974. Mas la mejor historiografía se enfrenta en cierto — relativo — modo con el tema: véase, por ejemplo, J. LE GOFF, *Pour un autre Moyen Age. Temps, travail et culture en Occident*, Paris 1978, particularmente — pero no sólo — ps. 335-348 (= *Mélanges Braudel*, II, *Méthodologie de l'Histoire et des Sciences Humaines*, Toulouse 1973, ps. 223-243); en un movimiento inverso de la antropología a la historia europea: Louis DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977; lo cual puede conducir a una cierta — incierta — revalorización del objeto de la historia del derecho: véase el ejemplo de LE ROY LADURIE, *Le territoire*, cit., I, ps. 222-251 (= *Annales E. S.C.*, 1972, ps. 825-846). Y no deje, con todo, de atenderse la concienzuda e inteligente recapitulación de J. M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien*, cit., ps. 1-175, que además concluye, por vía diversa (Jürgen HABERMAS finalmente), en un terreno análogo al nuestro.

han sucedido a lo largo de la historia <sup>(50)</sup>, pero ciencia a la que igualmente podría accederse desde otras especialidades jurídicas no confinadas en la dogmática, tanto, en su caso, desde la filosofía o desde la sociología — aunque, desde luego, cada una habría de vencer sus propias dificultades —, como también — con sus propios impedimentos de partida — desde las ramas positivas que consigan así abrir su horizonte: las iniciativas interdisciplinarias en tal sentido — sentido que no parece en cambio latir en empresas anteriores que pudieran analogárseles — de los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (desde 1972), o de los *Materiali per una storia della cultura giuridica* (desde 1971), así parecen hoy ciertamente confirmarlo; o aun mejor, como parece ser el objetivo de estas mismas empresas animadas, respectivamente, por el historiador Paolo Grossi y por el filósofo Giovanni Tarello <sup>(51)</sup>, la fundación de esta ciencia del derecho propiamente

---

<sup>(50)</sup> Dejemos que algunos romanistas nos recuerden cosas bien pertinentes al efecto; frente a la complicidad de la propia especialidad en la liquidación de la historia del derecho, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., p. 14: « Se puede innovar, ya porque se ha dejado de creer en lo que se estudia y se enseña, ya porque se cree demasiado en ello; en el primer caso, se pone en discusión el objeto mismo de la investigación y de la enseñanza; en el segundo, el método »; y acerca de esta perspectiva de afirmación de la historia — ciencia — del derecho, R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., ps. 365-366: « No tendrá, entonces, sentido hablar de estudio histórico del derecho como de algo distinto al estudio del derecho; o aun más: el derecho presente, afectado por una misma historicidad que el pasado, deberá ser considerado en la historia pues es historia y nada más que historia », lo cual ciertamente constituye tan sólo — o ya — « un proceso en acto en la cultura jurídica de nuestro tiempo: mientras que el mismo no se desarrolle, persistirán en la actividad concreta de la ciencia dos órdenes en parte distintos, el fundamento de cuya distinción, y no su existencia, es lo que negamos ».

<sup>(51)</sup> Debiendo destacarse muy especialmente a mi entender la figura de dichos promotores por cuanto que en ambos casos se da la circunstancia de que, aun de diverso modo, en parte por la misma diferencia de las especialidades de partida, con estas empresas pueden venir a germinar y desarrollarse colectivamente motivos y aportaciones de su respectiva obra personal, ya de por sí significada en esta dirección; y, a nuestros efectos, resulta particularmente de interés el discurso de P. GROSSI a lo largo de sus sumarias pero sustanciosas notas de introducción a las sucesivas entregas de estos *Quaderni*. Aun alienándose sustancialmente en otra dirección como ya sabemos y no caracterizando bien, a mi entender, la novedad de ésta, ya ha subrayado aquí la importancia de estos mismos órganos F. TOMAS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica*, cit., ps. 461-462.

dicha habrá de comprometer justamente a la generalidad de las especialidades jurídicas — positivas y no positivas — en el grado o en la composición real que haya de resultar de su respectiva asunción de un compromiso del género, compromiso que podrá llevarlas a desbordar su propia demarcación para, en su caso, hacerse cargo también de las materias refractarias a la empresa, o para, en todo caso, poder integrar orgánicamente — y no por simple yuxtaposición de conclusiones — los logros de las especialidades realmente colaboradoras: un reparto académico de papeles previo no serviría de nada; no hay aquí « tareas » que encomendar y con la que justificar a cada especialidad; tanto la historia del derecho como otra especialidad jurídica podrían constituirse en impulsores de la empresa, de la misma forma que tanto una como otra especialidad, en sus respectivas definiciones académicas, podrían realmente estar ausentes de ella: sus investigadores tendrían la palabra.

En cualquier caso, como espacio vital de una historia del derecho parece que se precisa hoy más — digamos — una « ciencia jurídica integral » que alguna especie de « historia total » <sup>(52)</sup>. Bajo diversas concepciones, podría seguirse condenando a la historia del derecho a ser tan sólo, o un pobre elemento de ilustración de la doctrina jurídica, o un capítulo de la historiografía desde luego más sustantivo pero aun sin razones fundamentadas para afirmarse o constituirse como una especialidad autónoma; de una u otra forma, la académica historia del derecho no podrá escapar, ni de aquella servidumbre social de la misma historia general de la que sólo parecía que pudiera adquirirse conciencia, y por tanto comenzar a liberarse, mediante una verdadera ciencia histó-

---

(52) Ultimamente, se ha significado sobre todo entre nosotros por la posición contraria, requiriendo la comprensión de la historia del derecho en una « historia total », J. M. PEREZ PRENDES, aun de forma un tanto atípica por la persistencia de unas inclinaciones filosófico-jurídicas que pueden salvaguardar cierta entidad de la materia jurídica, guardándole de enterrar el derecho en el *territoire de l'historien* (puede verse la amplia parte metodológica de su *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid 1973). Convendrá asimismo recordarse que PEREZ PRENDES es quen más ha destacado entre nosotros, junto tal vez a Alfonso OTERO, por enfrentarse sustantivamente en el mismo terreno de la investigación con imperativos de no proyección en la historia de categorías jurídicas contemporáneas.



rica del derecho, ni tampoco podrá escapar de la miseria epistemológica de la doctrina jurídica: la historia y la doctrina jurídicas, acomodadas en las funciones gremiales de sus facultades universitarias, podrán cerrarse a la evidencia de que ambas contribuyen a la simulación de una « ciencia » cuya técnica — cuya práctica, cuya política — realmente escapa a su dominio — escapando previamente a su comprensión y a su explicación —, pero ello no las liberará de su propia responsabilidad social; mas bien al contrario: ellas cometen tal fraude social en su doble alcance científico — impidiéndose, con su simulación, que ni siquiera se perciba tal falta de ciencia — y político — ofreciendo su coartada a una política del derecho que puede así sustraerse tanto a la inteligencia de los profesionales como a la voluntad de los políticos —. La responsabilidad que pudo imputársele a la historia del derecho, por su ausencia sustancial, en el momento jurídico fascista, podría seguramente también reconocerse, pese a todo, en momento posterior: y no resultarían hoy políticamente inocentes ni la afirmación exclusivamente historiográfica de la historia del derecho ni su posición en un campo jurídico respetuoso de la presente « ciencia jurídica ».

Pero, se nos dirá, si antes se hablaba, para otras concepciones de la especialidad, de su disolución en el ámbito de una historiografía general, ¿no se produce ahora, de forma análoga, su desaparición en el seno de una ciencia del derecho? Ciertamente, en parte ello es así, pero la historia del derecho no deja por ello de conservar una sustantiva identidad: un objeto propio cuyo conocimiento podrá luego tanto proseguirse como aplicarse en otra fase presente de la ciencia jurídica, con todas sus especialidades, que ya no le correspondería. Hablamos de una historia del derecho como empresa de investigación de los diversos órdenes sociales habidos en la historia, de los distintos órdenes expresos compulsivos conforme a los cuales ha podido constituirse la sociedad; tales órdenes — su conocimiento — serían el objeto específico — « derecho » — de tal historia, y ello — conviene advertirlo, pues es importante para la misma viabilidad de tal empresa — sin mayor especificación inicial. Frente a los repetidos intentos de definir o delimitar de antemano — en el consabido capítulo « metodológico » previo — para todos los sistemas históricos el objeto especí-

fico — « derecho » — de la historia jurídica, conviene según decimos insistir en que tal tipo de fijación — así, per ejemplo, su distinción a tales efectos de « la religión » <sup>(53)</sup> — ya hipoteca seriamente la propia empresa: tal género de problemática habrá de plantearse — como cuestión sustantiva — específicamente para cada sistema histórico, constituyendo además uno de los capítulos esenciales para el estudio de su constitución. Podríamos, en suma, decir: cuestión sustantiva resulta el tema metodológico del objeto de la historia del derecho como cuestión metodológica resultaba el tema sustantivo de la historia del derecho contemporáneo, de la formación histórica de un sistema jurídico autónomo, de un derecho definido autónomamente. De hecho, no hay aquí más metodología que la ciencia sustantiva, y ésta, para el derecho, en gran parte ha de ser aportada por la historia: es su objeto.

Cuando anteriormente comprendíamos en el campo de la filología, para la historia del derecho, el estudio de la « ciencia jurí-

---

(53) Priva sobre todo, como es notorio y más particularmente suele exponerse en tratados de « derecho comparado » que comparten con la más convencional « historia del derecho » su « nacionalismo » de partida, una distinción de nuestro sistema histórico con respecto a otros « sistemas jurídicos » — islámico, judío, etc. — en este punto de « la religión », que en éstos alcanzaría un peso inexistente en aquél; pero ¿no se proyecta con ello en la historia europea la definición autónoma del sistema jurídico que sólo se anuncia con el Humanismo, sólo se desarrolla teóricamente con la Ilustración y sólo se impone efectivamente con las revoluciones ulteriores? ¿No viene esta peculiaridad cierta de la historia europea empañando el conocimiento de su historia anterior? ¿No alcanza en el sistema histórico del *ius commune* en concreto, vigente hasta dicho momento postilustrado al fin y al cabo bien reciente, la religión y sus textos una presencia equiparable a la de otras tradiciones culturales? Recuérdese así cómo puede venir subrayando justamente tal presencia Walter ULLMANN (véase, por ejemplo, en su manual *Law and Politics in the Middle Ages*, Nueva Yor, 1975), lo que podría extenderse a los siglos modernos de vigencia del *ius commune* aunque resulte entonces menos evidente por el mismo desenvolvimiento de la mentalidad actual desde el Humanismo. Y lo que podría también decirse de otra distinción tan arraigada en la sociedad postilustrada como la de « derecho » y « economía »: tras, por ejemplo, la obra en tal dirección de Karl POLANYI (y su *The Great Transformation* data de 1944), obra que significativamente se hace notar más entre antropólogos que entre historiadores (se piense sobre todo en el caso de Maurice GODELIER), la presencia o la operatividad de tal distinción debiera igualmente haberse ya recludo en el sistema histórico que la creó y al que corresponde.

dica » de la época, el análisis de la « disciplina social » expresa del sistema en cuestión — la lectura propiamente jurídica de las fuentes correspondientes —, no estábamos apuntado en otra dirección: y esto que suele entenderse ya como historia del derecho cumplida — así, comúnmente, en el ámbito aludido de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* — no habría de ser, según decimos, sino su filología, como tal instrumental e imprescindible, pero sólo tal. Ello, para afirmarse a su vez justamente como ciencia, habría, entonces, de comprenderse en un objetivo ulterior de análisis y explicación de los distintos órdenes sociales compulsivos; consideración de dichos órdenes en su integridad — así, no proyectándose en modo alguno lo que hoy encerramos específicamente en el término de derecho, cuestionándose las mismas formas de definición y producción del respectivo orden: la « creación del derecho » más allá, en su caso, del derecho —, y consideración de dichos órdenes conforme al conjunto de sus determinaciones históricas — así, no presumiéndose una causación lineal que igualmente legitimaría toda autonomía y toda continuidad: cuestionándose éstas desde el conocimiento sustantivo de las instituciones sociales —. Este abordaje del objeto de la historia del derecho ha de producir el conocimiento sustantivo que resuelva nuestras cuestiones metodológicas: es la vía sustantiva que la metodología parece realmente precisar. En otro caso, por la vía usual de los capítulos « metodológicos » previos a la historia sustantiva, más o menos subrepticamente, ya vienen comúnmente a sentarse una serie de prejuicios — definición en algún grado autónoma del derecho, continuidad en alguna forma de sus principales instituciones o, incluso, normas ... — que definen, realmente, un objeto ficticio o, al menos, un espacio nebuloso en el que difícilmente podrán abordarse sus cuestiones más fundamentales: aquellas cuestiones por las que precisamente a partir de la historia podría constituirse una verdadera ciencia del derecho.

Habíamos entrado en esta serie de consideraciones para poder enfrentarnos finalmente con lo que calificábamos de seguro equívoco entre la ciencia del derecho de que aquí se trata y la actuación generalmente reconocida, o al menos identificada, como « ciencia jurídica », cuya función práctica, cuya profesión, podrá ciertamente sentirse bastante alejada de toda la problemática que aquí

se considera: podría, desde ella, decirse que el planteamiento de aquella ciencia justamente habrá de comprometer a las especialidades no positivas de derecho, pero que no tiene mucho que ver con sus propias misiones o tareas; aquella ciencia, según esto, habría de moverse en un campo que sustantivamente no se interferiría con el correspondiente a esta «ciencia jurídica», la cual se seguiría mostrando insustituible: la ambición epistemológica de otra ciencia más adecuada a su propio término sería encomiable, pero la miseria epistemológica de la doctrina, si con ello acaba por aceptarse, no podría ser en caso alguno redimida. El cuadro no es hoy insólito: la doctrina rebaja al mínimo sus pretensiones científicas al tiempo que reafirma al máximo sus pretensiones prácticas.

Mas tal división de campos sólo puede seguir derivando de aquel equívoco, defenderse desde él. 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; siendo factible tal ciencia, toda técnica que quiera divorciarse no puede sino entrar o permanecer en el terreno del oscurantismo o de la manipulación. Aquella «ciencia jurídica» que era técnica de definición y de integración de conceptos e institutos jurídicos, pericia en el manejo de los elementos dispositivos, doctrinales e institucionales de un sistema vigente de ordenación social compulsiva, entra lícitamente en la perspectiva de esta ciencia jurídica que es empresa de conocimiento social dotada de los elementos adecuados para la consecución virtual de su objetividad, empresa de conocimiento del conjunto de determinaciones materiales o sociales del sistema en cuanto tal y en todo su desenvolvimiento dispositivo, doctrinal e institucional.

Y entre esta ciencia del derecho y aquella «ciencia jurídica» mediará, en su misma vertiente técnica o de operatividad social, una diferencia nada despreciable, bien ilustrativa de sus respectivas entidades e implicaciones. En el mismo conocimiento al que podrá accederse por la ciencia estricta ha de caber fundarse, no sólo dicha técnica o pericia dentro de los límites propios del sistema en cuestión, sino también una práctica ulterior que, superándolos, pueda afectar al mismo sistema en su raiz, modificarlo en su sustancia, práctica ésta última que, según resulta fácilmente

constatable, sólo puede entrar, en su caso, en el horizonte de aquella « ciencia jurídica » violentando, por la voluntad de la decisión política, sus propios presupuestos, sin la garantía de previsión política fundada que en la otra forma sería más propiamente accesible. Esta « ciencia jurídica », si quiere ser coherente, estará condenada a no trascender las limitaciones o las coordenadas del sistema vigente; el horizonte de su superación podrá perfilarse, en cambio, en aquella ciencia del derecho. Sólo el conocimiento científico de las determinaciones de diverso orden del sistema puede acceder garantizadamente a la consideración y a la práctica de su superación política; esta ciencia — historia — del derecho habría de considerarse indispensable, frente a tantos planteamientos más intuitivos habidos desde el « socialismo jurídico » hasta el « uso alternativo del derecho », para una revolución — digamos — civilizada <sup>(54)</sup>.

La historia sería, con todo, ciencia, y la ciencia, técnica: política del derecho, ya subordinada a un orden de conocimiento social, en la línea de relación exactamente contraria a la imperante, antes ya referida, entre una « historia » y una « ciencia » del derecho, por una parte, y una política, de otra, que rige realmente, de forma no reconocida y no fácilmente reconocible, su constitución y su

---

<sup>(54)</sup> Con un planteamiento crítico de la tradición marxista de matriz engelsiana (en la que estaba ciertamente presente la antropología: pero recluyéndose también en sus primitivismos las cuestiones que propiamente habrían de considerarse en la historia moderna), planteamiento que no siempre mantiene este autor, muy justamente lo apuntaba CERRONI en su intervención en el congreso de 1972 sobre *L'uso alternativo del diritto* (Bari 1973, I, ps. 1-12; o en *Introduzione*, cit., ps. 116-125, como añadido ahora a una versión anterior del referido capítulo *Conoscenza scientifica e diritto*); en perspectiva análoga, entre otros, Luigi BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, en *Studi Storici*, 15, 1974, ps. 3-56, perspectiva ésta que luego — convendrá añadir — suele sustanciarse en la forma invertida que subordina la ciencia — historia — a la política: juristas positivos de la misma tendencia abordan hoy así, viciadamente, la historia del derecho, no sin cierta displicencia hacia las exigencias filológicas de la historiografía profesional. Y permítaseme finalmente el recuerdo de un historiador del derecho que, en la tendencia del « socialismo jurídico », supo prefigurar y en alguna parte enfrentarse a este complejo de cuestiones, del cual, por estas razones, recientemente me he ocupado: B. CLAVERO, « Estudio preliminar » a Giuseppe SALVIOLI, *El derecho civil y el proletariado*, Sevilla 1979, ps. 9-44.

desarrollo. No nos detendremos ya, después de todo lo dicho, en desglosar la apreciación del alcance — digamos — político de tal inversión de relaciones; simplemente, y ya para finalizar, insistiremos en lo que toca exclusivamente a la historia del derecho como especialidad.

A tal historia, como decimos, le cabe concurrir a la constitución de una ciencia del derecho acreedora realmente de tal denominación, o también, de abarcar la totalidad de su objeto, le cabe erigirse por sí 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 reproducción del orden social expreso compulsivo, de sus sucesivos sistemas históricos, el presente incluido de forma ineludible: tanto sustantiva como metodológicamente. Una historia del derecho que, en otro sentido y con todas las variantes del caso, se enajene, como un « frente » entre otros de acceso a su objeto — a un derecho de estructura así no determinada ni analizada para ella —, de tales perspectivas, aceptando de tal modo a todos los efectos su — en gran parte residual — más común demarcación académica, puede ciertamente condenarse, no sólo a ser un simulacro o un sucedáneo de « ciencia », cualidad que al fin y al cabo compartiría con otras materias universitarias sin mayor peligro para su subsistencia dadas sus formas gremiales de reproducción, sino también, tras haber perdido, tan irremisible como afortunadamente, la función práctica de su anterior vinculación a la doctrina y según la preocupación que desde entonces no deja de arrastrarse, a ser una disciplina que puede, con toda justicia, estimarse académicamente superflua, tanto para la historiografía sustantiva como para la ciencia jurídica positiva, pese esto a su sostenido empeño de brindar « trabajos » a la primera y « experiencias » a la segunda que ni la una ni la otra saben realmente cómo aprovechar.

Pero — experiencias y trabajos perdidos — todo ello, en definitiva, podría interesar tan sólo a la suerte — vitalidad, esclerosis o extinción — de un determinado gremio, no forzosamente a

una problemática de ciencia del derecho que, según señalábamos, podría abordarse desde otras especialidades y que, en todo caso, habrá forzosamente de plantearse en nuevos momentos de crisis del sistema contemporáneo, aunque entonces seguramente con una urgencia y con una precariedad que de otra forma pudiera haberse salvado. Ateniéndonos a nuestras cuestiones: para la historia jurídica, o se progresa hacia dicha historia del derecho, consecuentemente con su propia historia, o no habrá realmente razones fundadas para el mantenimiento de una especialidad del género; para la facultad jurídica, en fin, o se progresa hacia dicha ciencia del derecho, con la concurrencia o con la ausencia de la historia como especialidad, o sólo existirá una «ciencia jurídica» que seguirá siendo una técnica de manipulación social no sometida a su propio dominio y de velamiento ideológico de las determinaciones sociales de su objeto. *Alterum non datur*, que diría Orestano.