

DR 03 23

Seguidamente, les ofrecemos Historia del Derecho. El profesor agregado de esta asignatura, don José Luis Bermejo Cabrera, desarrollará el primer tema de las unidades didácticas. El primer tema de las unidades didácticas está dedicado a exponer cuestiones de planteamiento sobre nuestra asignatura.

Se trata de un tema difícil y un tanto complejo, por lo que procuraremos aquí hacer algunas puntualizaciones sobre el tema de la forma más clara y sencilla posible, aún a riesgo de simplificar. La Historia del Derecho, por su propia configuración, está como a medio camino entre la ciencia histórica y la del derecho. En este sentido, cuando se trata de perfilar su concepto, se suele poner el acento en esa doble dimensión.

De ahí que muchos estudiosos hayan tratado de construir científicamente la disciplina mirando desde la historia unas veces, o bien tomando como punto de partida el derecho. Y habría que señalar que ambos planteamientos son perfectamente compatibles y muy fructuosos. No cabe excluir ninguna de las dos posibilidades por antagónicas.

Se puede hacer historia del derecho, y de forma muy rigurosa, como en efecto se ha hecho, desde una aproximación historiográfica. Y se puede construir muy seriamente y con brillantes resultados adoptando un punto de partida jurídico. Lo que hay que evitar es esa tendencia tan frecuencia hacia la absolutización, si se nos permite la palabra, de las categorías que se manejan.

Si en definitiva lo que se pretende con la historia del derecho es estudiar el pasado del derecho, al hacerlo se está haciendo historia. Sólo que esa información obtenida a través del examen del pasado es naturalmente con la idea de ganar en experiencias para el jurista. Al jurista le interesa, o le debe interesar, no tanto examinar el derecho que fue, por el simple hecho de haber sido, sino cómo ha ido ese derecho evolucionando, cuáles han sido los cambios que se han ido produciendo a fin de cobrar conciencia de la historicidad de ese derecho.

Lo mismo sucede, en definitiva, en otras disciplinas. A los diversos cultivadores de las ciencias sociales, al economista, por ejemplo, le sucede algo parecido. La ciencia económica de hoy no se hace simplemente a base de categorías abstractas y uniformes, sino que el pensar histórico ha sido incorporado al razonamiento económico en amplia medida.

Por ello, volviendo a la historia del derecho, puede resultar un tanto ocioso e inoperante el plantear la pregunta de si la historia del derecho es una ciencia histórica o una ciencia jurídica. Desde ambas vertientes, repetimos, cabe hacer muy buena ciencia. Los ejemplos que podríamos aquí poner de cultivadores de la disciplina que destacaron como exteriores o como juristas son hartos significativos al respecto.

Y lo que decimos del concepto puede ser aplicado al método empleado en la historia del derecho. Hoy la historiografía ha llegado a un desarrollo en sus métodos y en sus técnicas de

trabajo verdaderamente sorprendentes. Pues bien, el historiador del derecho puede y debe utilizar cuantos elementos y facilidades le ofrece la historiografía moderna, desde la crítica de las fuentes hasta el empleo de toda suerte de modelos y técnicas historiográficas bien depuradas.

Solo que, con el manejo de todos esos elementos, lo que pretenderá a la postre será reconstruir la serie de figuras jurídicas que se dan en el pasado de una época determinada. Y esas figuras no deben ser construcciones formales. Hoy estamos ya muy lejos de aquella visión que se tenía de la historia del derecho al fundamentar su especificidad en una sólida visión dogmática.

Frente a la historia general, centrada en la narración lineal de los hechos, tal y como se presentaba por las direcciones positivistas, la historia del derecho, según el sentir de la época, pondría el acento en los aspectos dogmáticos. Pero esta visión está hoy superada. El derecho hay que examinarlo en función de la sociedad, que es la que plantea los problemas y pide una solución a esos problemas, a través de un sistema de normas con mayor o menor capacidad de adaptación a las circunstancias sociales.

Pues en efecto, no sucede sólo que el derecho encuentra su más cumplida explicación desde el ángulo sociocultural, sino que ese derecho influye a la vez y de forma muchas veces decisiva en la sociedad a la que trata de someter a un orden. Hay pues aquí una recíproca influencia entre el derecho y la sociedad. Se trata de una influencia semejante a cualquier fenómeno humano, sólo que aquí especialmente acentuado, puesto que el derecho, por su propio carácter, trata de imponerse a la sociedad por vías más llanas y directas que los otros procedimientos de control social.

Que lo consiga o no, será un tema a investigar en cada caso. Imbuidos por esta dirección, no es extraño que los diversos autores hayan últimamente puesto el acento en el marco social del derecho o las instituciones. Bien significativo es el caso del profesor Lalinde Abadía, en cuyas construcciones científicas tiene un alto valor el manejo de la dogmática jurídica y que, sin embargo, se ha abierto últimamente a las directrices que marcan las nuevas corrientes sociológicas.

El profesor García Gallo, también tan preocupado siempre sobre el concepto y métodos de la asignatura, viene señalando desde hace tiempo el camino a seguir para el estudio de las instituciones jurídicas. Habrá que comenzar por un examen de los hechos que se dan en la base social y que deben investigarse suficientemente por ser de ahí de donde surgen los planteamientos de problemas. Puede ocurrir que haya que prestar a veces estrecha atención a la depuración de los hechos tocantes a la base social, hasta el punto de consumir buena parte de la investigación en semejante tarea.

Vendrá luego la valoración, su siguiente, que dé la sociedad sobre la base de los problemas planteados en el nivel anterior. Finalmente, el derecho trata de responder a nivel normativo a las necesidades que tiene planteada la sociedad, según el apuntado sistema de valores. Es así

como surgen, sobre la descrita base sociocultural, un sistema de normas que el historiador del derecho debe dar a conocer.

Tal sistema de normas no suele venir dado de antemano, como ocurre en ciertas posiciones dogmáticas, sino que es el resultado final de un análisis muy detenido de cuánto sucede en la sociedad a uno cualquiera de sus tres niveles. Y como esos tres niveles no permanecen estáticos a la manera como se imaginarían los historiadores de tipo dogmático, sino que están sujetos a un cambio y renovación más o menos intenso, el historiador tendrá que captar la evolución que se produce como resultado de cualquiera de esas variaciones. Pueden cambiar las pautas sociales, la escala de valores, o pueden ser las normas las que se adelanten al cambio por razones técnicas o de cualquier otra índole.

En los últimos años, ha sido el profesor Tomás Valiente quien ha puesto particular énfasis en marcar las conexiones existentes entre la historia del derecho y los marcos sociales a investigar, siendo, como es tan buen conocedor, de las preocupaciones y modos de hacer más recientes de la historiografía. Hay que ponernos, dirá, atención en ver cómo se relaciona el derecho con su entorno social. ¿Cuál es la función que cumple el derecho? ¿Qué tensiones incluso se dan entre el marco normativo y las relaciones sociales que están a la base? Sin olvidar, naturalmente, el papel desempeñado por la ciencia jurídica que no se reduce a lo que pueda representar un grupo de estudiosos, sino que siempre entrañará un poder con que moldear la sociedad, un poder muy importante a veces.

Pero, independientemente de estas preocupaciones comunes, los distintos historiadores desarrollan después su línea de investigación de acuerdo con diversas premisas conceptuales y metodológicas. En tal sentido, hay una gran variedad de unos autores a otros, y ello, lejos de significar una limitación, supone un enriquecimiento y una potenciación para la asignatura. Así hay autores que escriben la historia del derecho dentro de una tradición literaria, señalando como procedimiento a aplicar el examen y exposición de los llamados libros de derecho.

Como se sabe, es el profesor Giber, y su pensamiento ha quedado reflejado en las unidades didácticas, quien propuso una tal orientación para la historia del derecho en la línea marcada por el profesor Álvaro Dors en el Derecho Romano. No se trata de relegar las demás fuentes de información a un segundo plano. Lo que se pretende es centrar la atención del historiador en esos libros del derecho, por ser los más genuinos en cuanto a la proyección del mundo jurídico.

De ahí que se busque, a través de cada obra, no sólo la plasmación de una determinada forma de pensar jurídico, sino también la manera como en esa obra han quedado reflejados las instituciones y la vida jurídica en definitiva. De ahí también que él considere haber superado por este camino la dualidad marcada por una historia de las fuentes de un lado y una historia de las instituciones de otro. Para ver la proyección de los modos de hacer de la historia del derecho, creemos que, según el esquema de las unidades didácticas, convendría aquí hacer un breve repaso a la historiografía jurídica desde sus orígenes a nuestros días.

Los primeros cultivadores de la historia del derecho, si prescindimos de los orígenes más

remotos, hicieron historia en función de los problemas concretos que se les planteaban en el mundo jurídico o en su actividad profesional. Así, si miramos al siglo XVIII, la época de la Ilustración, podemos ver cómo una serie de políticos y altos oficiales de la administración acuden a la historia para resolver problemas que se le plantean ordinariamente en el ejercicio de sus cargos. El caso de un Campomanes o un Jovellanos son bien significativos.

Campomanes, como fiscal del reino, cuando hace sus alegaciones fiscales, por ejemplo, sobre el Consejo de la Mesta, busca en la historia argumentos en defensa de su posición. Y otro tanto sucede al redactar obras de alcance más amplio y de mayor búsqueda.