

LA HISTORIA DEL DERECHO

María del Refugio GONZÁLEZ¹

La historia del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar el fenómeno jurídico en perspectiva histórica. El objeto de la historia del derecho es, pues, el derecho a lo largo del tiempo; pero es bien sabido que no hay una gran uniformidad de criterios sobre qué sea el derecho. Kant afirmó hace muchos años que los juristas todavía están a la búsqueda de su concepto del derecho, y aunque esto sigue siendo una apreciación correcta, en tiempos más recientes ha comenzado a manifestarse algún consenso sobre qué es el derecho. Muchos juristas estarían de acuerdo en que el derecho se genera —siguiendo a Klaus Adomeit— por lo menos de cuatro maneras: el legislador con sus leyes; el dogmático jurídico con sus libros; la jurisprudencia con sus sentencias y el pueblo con sus puntos de vista. Si esto es así, la historia del derecho habrá de ocuparse del estudio de cualquiera de estos cuatro fenómenos en perspectiva histórica.

En el terreno de la historia del derecho, tampoco encontramos uniformidad de criterios ni en relación a la naturaleza de la disciplina ni en relación a la forma en que han de estudiarse los fenómenos jurídicos que la comprenden, de manera que algunos historiadores del derecho como Pietro de Francisci, Ricardo Orestano y Alfonso García-Gallo y varios iusfilósofos entre los que destacan Hans Kelsen, Santiago Nino y Alf Ross, incluyen a la historia del derecho dentro de la ciencia jurídica, en tanto que la mayor parte de los historiadores del derecho, entre ellos Bruno Paradisi, Francesco Callasso, Franz Wieacker, Helmut Coing y Francisco Tomás y Valiente, la ubican dentro de la historia, como una de las historias especiales. Su inclusión dentro de la ciencia jurídica obligaría a la historia del derecho a ocuparse de éste en su sentido más estricto, esto es, los fenómenos comprendidos en los cuatro puntos que señala Adomeit, a partir de los cuales se

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas.

conforma el derecho de un lugar dado. Todo lo demás, esto es, lo que no estuviera comprendido en esos cuatro puntos, por ser metajurídico estaría fuera del objeto de estudio de la historia del derecho. Pero si esta disciplina se ubica en el amplio terreno de la historia, el hecho significaría que pudiera ocuparse también de los fenómenos metajurídicos que se excluyen en el primer supuesto, en cuyo caso —abriendo un poco su perspectiva— podría llegarse incluso al terreno de la historia social.

No es fácil definir qué es la historia del derecho, porque para hacerlo deben combinarse objeto y método de dos fenómenos que reivindican el carácter de ciencia y que se denominan de la misma manera que su objeto de conocimiento: la historia y el derecho. Y es que ciencia puede ser simplemente el conocimiento de algo, pero para que ese algo sea ciencia tiene que disponer de un método que se dice científico que haga posible acceder a ese conocimiento. Las ciencias por antonomasia son las experimentales, ya que a través de la experimentación permiten llegar al conocimiento de algo. No es éste el supuesto en el que se encuentran la historia y el derecho, las que, en todo caso, pueden ser consideradas ciencias sociales. En este tipo de ciencia, a través de la aplicación de métodos determinados se puede acceder al conocimiento de algo, pero sin que ese conocimiento pueda ser, en términos generales, verificado experimentalmente.

Por lo que toca al derecho, su carácter científico ha sido puesto en entredicho por diversos iusfilósofos, ya que no se ve claro qué prueba pueden aportar el legislador o el profesor para demostrar su punto de vista, incluso, es bien sabido, que una sola acción del legislador puede volver obsoletos los mejores textos jurídicos de cualquier biblioteca. Sin embargo, numerosos juristas, desde tiempos remotos, han afirmado que el derecho es una ciencia. A Santiago Nino le llama la atención el hecho de que a los juristas les parezca importante que su actividad sea científica. Piensa que esto se debe a que aunque el vocablo ciencia sea vago y tenga una gran carga emotiva, aplicado a una actividad determinada, que por tanto es considerada científica, otorga a sus cultivadores un amplio reconocimiento social. De ahí la necesidad del jurista de que se reconozca que la actividad a la que dedica su esfuerzo es científica. Supongo que otro tanto le sucede a los historiadores.

No puede dejar de señalarse que muchas de las cuestiones metodológicas sobre la indagación del fenómeno jurídico no se han resuelto y es posible que no se resuelvan, pero ha de optarse por algún camino cuando se pretende hacer historia del derecho. Para facilitar la decisión y con fines meramente explicativos es posible agrupar los puntos de vista en torno a la naturaleza y el método de la disciplina en tres grandes corrientes: *a)* la que sostiene que la historia del derecho es derecho y debe estudiarse con el método dogmático; *b)* la que considera que es historia y debe estudiarse con alguno de los métodos de la historia; y *c)* la que ubicándola entre las

disciplinas históricas extiende su ámbito de conocimiento a las relaciones sociales. En este esquema, el primer enfoque se corresponde con la llamada historia interna del derecho; el segundo con la historia externa y el tercero con la historia social, vinculadas respectivamente a la dogmática jurídica, la historia, a secas, y la historia social. La diferencia entre las dos primeras es muy antigua, procede del siglo XVII, e independiente de cuál ha sido el desarrollo que ha tenido en los diversos países, desemboca en la cuestión de quién ha de ocuparse de hacer las historias especiales. La cuestión tiene que ver sobre todo con el objeto que se proponga como tema de investigación, ya que el historiador, a secas, carecería de las herramientas necesarias para abordar el estudio dogmático del derecho en perspectiva histórica, en tanto que el jurista, si se lo propone, puede aprender las formas de hacer la historia de su disciplina. En la historia de las matemáticas, la de la química, la de la astronomía o la de cualquier otra disciplina que presuponga un conocimiento científico que deba ser estudiado en perspectiva histórica, se plantea el problema de la formación que debe tener quien la emprenda: ¿quién debe hacer la historia de la física? ¿el físico o el historiador?: ¿quién la de la astronomía? ¿el historiador o el astrónomo?, y así sucesivamente. El debate tiene que ver tanto con el objeto del conocimiento como con el método con el que se aborda, lo que podría llevarnos a considerar que es la perspectiva desde la que se estudia determinada disciplina, la que caracteriza al trabajo que se emprenda.

Al igual que hay múltiples corrientes de pensamiento para explicar qué es el derecho, las hay para explicar qué método es el más adecuado para su estudio. Entre los numerosos métodos que se han propuesto en el curso de la evolución del derecho, quienes ubican a la historia del derecho en el terreno de las disciplinas jurídicas también postulan —como se dijo— que ha de ser estudiada con método dogmático. El carácter de este método le viene de que se halla indisolublemente ligado a la norma; para este método solamente el derecho positivo es derecho, y a partir de él se conforma el sistema jurídico. Es un método que ha sido llamado lógico, constructivo y sistemático. Siendo un método lógico, aspira a reconstruir, por medio de operaciones lógicas, el sistema del derecho positivo o alguna de sus ramas. Quienes lo prefieren se dedican a la historia interna.

De alguna manera quienes ubican a la historia del derecho dentro de la historia, se abocan, sobre todo a hacer lo que se denomina historia externa del derecho; para ello, es preciso estudiar el fenómeno jurídico enmarcándolo en el contexto en que surge y se desarrolla. El vocablo externa, explica suficientemente cuál es el objeto de conocimiento: el derecho en su contexto, esto es, el derecho desde afuera. Los historiadores del derecho que se afilian a la corriente de opinión que postula que su disciplina está ubicada dentro de las ciencias históricas no parecen inclinados a la utilización de un solo método, aunque sí, por lo general, hacia el estudio de las

instituciones entendidas en un sentido amplio. Cabe señalar que en la indagación de qué sea el método histórico enfrentamos el mismo problema que tuvimos en la definición de cuál es el método jurídico ya que tampoco en el terreno de la historia hay un método. Hay métodos positivistas, marxistas, idealistas, cuantitativos etcétera.

En relación con la historia social del derecho, puede señalarse que comenzó a cultivarse como consecuencia de la preocupación de algunos estudiosos que veían que el análisis entre la normativa social y la realidad histórica era insuficiente para explicar todos los fenómenos que se hallaban inmersos en una propuesta amplia sobre la relación entre la historia y el derecho. De ahí, surgió el interés por analizar la inserción social de los individuos que encarnan a las instituciones vinculadas al mundo del derecho. De acuerdo a los principios metodológicos de esta corriente de pensamiento, que en el terreno historiográfico se aglutinó en torno a la Escuela de los Annales, el hombre en sociedad constituye el objeto de la investigación histórica, para realizar la cual hay que ocuparse de descubrir, en el seno de la globalidad, las articulaciones verdaderas, esto es, captar las vinculaciones relevantes que nos hacen inteligible la totalidad de una sociedad constituida por fuerzas en acción animadas por un impulso que les es propio.

La historia social ha ido extendiendo su campo de acción y ha avanzado en todas las direcciones y en la actualidad Hobsbawn distingue las siguientes problemáticas como especialmente importantes: 1. Demografía y parentesco; 2. Estudios urbanos; 3. Clases y grupos sociales; 4. Historia de las mentalidades, conciencia colectiva o cultura en el sentido antropológico; 5. Transformación de sociedades (como modernización e industrialización), y 6. Movimientos sociales y protesta social.

Aunque de la mayor parte de estos fenómenos están vinculados al derecho, podría pensarse que en relación con la historia del derecho de entre ellos no todos son igualmente significativos, los que llaman más la atención del historiador del derecho son, en primer lugar, el derecho visto desde la perspectiva de los juristas y la profesión jurídica, lo que se vincula, por un lado, a las clases y grupos sociales y, por el otro, a la historia de las mentalidades. Otro asunto significativo es el impacto de los movimientos sociales en el derecho, entendidos como el resultado de la fractura del orden legal a través de la rebelión, la revolución o el tiranicidio. También el tema de la transformación de las sociedades, sin revolución, estaría incluido entre los temas a estudiar por la historia social del derecho.

A pesar de su importancia, no son los únicos temas que ha de estudiar el historiador del derecho; ya se señaló que hay diversos enfoques, algunos de los cuales se abordaban desde mucho tiempo antes de que surgiera la preocupación por el estudio de la historia social. En este orden de ideas hay que recordar que hay propuestas para todos los gustos, y para todas las necesidades.

Si recuperamos la propuesta de Adomeit sobre las instancias en las que se refleja el derecho tendríamos un primer grupo constituido por el derecho legislado, el derecho de los juristas, el derecho judicial y el derecho popular, que estudiados en perspectiva histórica serían objeto de conocimiento de la historia del derecho. Pero estas instancias repercuten en el mundo social de diversa manera, generando instituciones, ideas jurídicas, cuerpos jurídicos, convicciones sobre la justicia, sistemas jurídicos, etcétera. En este orden de ideas, para no dejar al lector sin un catálogo mínimo de temas que puede abordar podrían señalarse, por lo menos, los siguientes.

En relación con las instituciones jurídicas, los temas son muy numerosos, sin pretensión de agotar las posibilidades se pueden señalar algunos ejemplos: por un lado, la familia, el estupro o el mutuo con interés y, por el otro, los parlamentos, las cortes, la magistratura, la universidad, el Consulado, etcétera. Todas éstas, son instituciones que tiene una regulación jurídica y no pueden ser consideradas ellas mismas como fuentes formales del derecho, aunque sí lo es la norma que las regula. En este supuesto se encuentra cualquier institución que cuente con una regulación que haga posible su funcionamiento. Asimismo, podemos considerar dentro de este rubro a ciertas prácticas institucionalizadas como el contrabando o la corrupción, que cuentan y han contado con una regulación que las prohíbe. Si el historiador del derecho se ocupa de estos temas hace historia de las instituciones, la cual es considerada, en general, historia externa del derecho.

Sobre las instituciones es mucho lo que se puede indagar; en primer término, piénsese, por ejemplo, en el mutuo con interés, podríamos ver cómo se reguló a lo largo de periodos más o menos amplios, sin meternos a ver los factores que intervinieron en su regulación, con lo cual estaríamos en el terreno de la historia interna; pero también podemos analizarla en el contexto social en el que se produjo y, entonces sí, ampliar la indagación a los fenómenos metajurídicos que se vinculan con la institución, con ello entraríamos en el terreno de la historia externa. Asimismo, de las instituciones, piénsese, por ejemplo, en el Consulado. En relación a esta institución podemos averiguar los datos precisos sobre su regulación jurídica, cómo estaba constituido, quiénes lo integraron en un momento determinado, qué intereses estaban representados en su seno, cómo se incrustan sus miembros en la pirámide social etcétera con lo que entramos de lleno en la historia social del derecho.

Por lo que toca a las ideas jurídicas las podemos analizar tanto en relación a los sujetos que las producen como a los textos en que se plasman. Desde la primera perspectiva nos estaríamos ocupando de los conocedores del derecho. Estos sujetos pueden ser considerados, y lo han sido a lo largo de muchísimos años, como un "cuerpo" profesional, estamento incluso en alguna época, constituido por ciertos

sujetos que deben su lugar en la pirámide social más a sus conocimientos que a su origen; desde hace mucho tiempo el conocedor del derecho ha desempeñado un papel importante en la sociedad, en la formación del Estado moderno este papel se vio notablemente incrementado por la necesidad de contar con amplios contingentes de conocedores del derecho para cubrir los puestos de la administración pública y de justicia tanto civil como eclesiástica. Entre los más importantes se puede señalar a los magistrados, jueces, profesores, asesores de la administración pública, etcétera. Estos sujetos se mueven en torno a los órganos creadores o aplicadores del derecho, forman, pues, parte del objeto de conocimiento de la historia del derecho desde diversas perspectivas, porque han sido, como señala Coing, los generadores y transmisores del pensamiento jurídico en general y de las ideas jurídicas de una época, lo que se refleja en el lenguaje técnico que utilizan, en los argumentos que expresan, en los conceptos jurídicos que plasman en los formularios etcétera; son asimismo objeto fundamental de la historia social del derecho, la cual se interesa por su origen, su situación económica, sus relaciones familiares, su actuación dentro de las instituciones, su ideología, etcétera.

De los textos jurídicos, tanto los que formaron parte del sistema jurídico como los que se quedaron en proyecto puede decirse son también el objeto de la historia del derecho. Sobre ellos son muchas las cuestiones que se pueden estudiar: su importancia, su contenido, las discusiones en torno a éste, los sujetos que participaron en ellas, etcétera. De los promulgados cabe preguntarse sobre su eficacia, sin perder de vista que es hasta la época moderna cuando el Estado exigió el cumplimiento del derecho dictado por los órganos de creación del derecho. Es también importante averiguar cuáles ordenamientos no se cumplieron y avanzar hipótesis, sustentadas en los hechos derivados de las condiciones sociales, políticas o económicas, sobre las causas por las que no se cumplieron o cumpliéndose tuvieron consecuencias no previstas. Es posible hacer una distinción entre los que podríamos llamar “cuerpos jurídicos”, esto es, los textos que en algún momento formaron parte de algún proceso que aspirara a integrarlos al orden jurídico, y los que podríamos llamar simplemente “literatura jurídica”. Entre los primeros podrían incluirse tanto los que constituyeron simplemente un proyecto de ordenamiento como los que fueron debidamente sancionados por los órganos correspondientes, de acuerdo a la época de que se trate. Entre los segundos podría incluirse casi cualquier escrito sobre derecho, incluida la doctrina jurídica; en ambos encontramos la fuente de las ideas jurídicas. Un tema capital en relación a los cuerpos jurídicos —que se vincula también a la historia de las instituciones— es la composición de los órganos encargados de elaborarlos y promulgarlos; en este sentido se puede averiguar quiénes son los diputados, su origen, sus intereses etcétera.

Como se ha visto, en la investigación sobre el fenómeno jurídico se puede ir de historia interna a la externa y entrar en el terreno de la historia social. En buena medida el objeto que queremos estudiar determina el método con el que hemos de estudiarlo. La historia del derecho es una disciplina cuyo objeto de conocimiento es muy amplio y cuyos métodos de trabajo pueden ser muy variados. Para comprender su amplitud, hay que pensar en que abarca por lo menos dos grandes ramas: la historia universal del derecho y la historia de los derechos nacionales. Una no excluye a la otra, porque las relaciones entre los sistemas jurídicos han sido una constante histórica desde muy antiguo. De hecho, un fenómeno propio de la historia de algún derecho nacional sólo puede ser estudiado teniendo a la vista los fenómenos de la historia universal del derecho con los cuales se vincula y en relación a los cuales puede presentar ciertas especificidades, que han de ser explicadas por el historiador del derecho. Esas especificidades sólo pueden ser comprendidas si se tienen a la vista los fenómenos generales y se conocen todos los elementos locales que las hacen posibles. En este sentido, influyen las peculiaridades de la historia nacional cómo, si no tomándolas en cuenta, se puede explicar que en un país de mayoría católica no haya sido reconocida, por más de setenta y cinco años, la personalidad jurídica de las iglesias, entre ellas la de este signo, que es el caso de la Constitución mexicana entre 1917 y 1992.

El campo de la historia del derecho y el estudio de las relaciones de causalidad de las normas pueden extenderse hasta el infinito, y corresponde a cada investigador fijar los límites dentro de los que ha de moverse. En el caso de la historia del derecho, el investigador se puede apoyar en la gran diversidad de métodos que ofrecen la historia, el derecho, la historia social e incluso la sociología ya que el objeto de conocimiento del historiador del derecho lo permite, prácticamente todos los fenómenos vinculados al mundo del derecho pueden ser su objeto de conocimiento, en alguna de sus vertientes: historia interna, externa o social.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa, teoría del método, política jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, traduc. de Enrique Bacigalupo.

CARBONNIER, Jean, *Sociología jurídica*, 2a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1982, traduc. de Luis Díez-Picazo.

COING, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho (Reflexiones metodológicas)*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, traduc. de Antonio Mercha (recogido en: González, *Historia del Derecho...*)

GONZÁLEZ, María del Refugio (comp.), *Historia del derecho (historiografía y metodología)*, México, UAM-Instituto Mora, 1992.

NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la "ciencia" jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993.

MÖRNER, Magnus, "Historia social hispanoamericana de los siglos XVIII y XIX: algunas reflexiones en torno a la historiografía reciente", *Historia Mexicana*, vol. XLII, núm. 2, octubre-diciembre, 1992, pp. 419-471.