

LA RENOVACIÓN
DE LOS ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS
EN ESPAÑA
EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX

Lorenzo Peña

Ediciones JuriLog



Facultad de Filosofía y Letras

Universidad de León. 2024

DOI: 10.13140/RG.2.2.15935.10408

LA RENOVACIÓN DE LOS ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS EN ESPAÑA EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX

Lorenzo Peña y Gonzalo
(CSIC. Instituto de Filosofía
Grupo de Estudios Lógico-jurídicos [JuriLog])

•••••

versión 2.2
2014-03-23

<http://lorenzopena.es>

Sumario

1. Antecedentes: los estudios histórico-jurídicos en el siglo XIX español. 2. Convergencias y divergencias entre los dos grandes fundadores: Ureña e Hinojosa. 3. El Centro de Estudios Históricos. 4. El *Anuario de Historia del Derecho Español* y la *Revista de Derecho Privado*. 5. La historia del derecho de los historiadores y la historia del derecho de los juristas. 6. ¿De qué se ocupa la historia del derecho? 7. Conclusión

§1.— Antecedentes: los estudios histórico-jurídicos en el siglo XIX español

En 1900 la ciencia jurídica española estaba en período de gran florecimiento. Nuestro pensamiento jurídico había sufrido, en el siglo XVIII, un fuerte declive; jamás se ha recuperado la hegemonía doctrinal de la que disfrutaron, por corto espacio de tiempo, la filosofía y la ciencia del Derecho hispanas en el siglo de oro.

Sin embargo, a mediados del siglo XIX se produce un renacer, inadvertido o ninguneado por generaciones posteriores, sea por nuestra tendencia al auto-denigramiento, sea porque en ese período nuestro pensamiento, a pesar de su recuperada pujanza, quedó marginado de los avances europeos y fue ignorado más allá de los Pirineos, por lo cual, en reacción refleja, los historiadores españoles del Derecho han tendido después a minimizar o desconocer aquellos avances.

En absoluto me atrevería a poner a nuestros estudiosos a la altura de Bentham, Austin, Savigny, Ahrens, Ihering, Gierke, Zitelmann, Géný, Duguit, Oliver Holmes, Hohfeld o Santi Romano. Mas, cualquiera que sea la comparativa correcta entre los méritos relativos de nuestros juristas decimonónicos y los más destacados de otros países, no por ello hay que desconocer la obra de Francisco Pacheco, Luis Silvela, Francisco Pi y Margall, Concepción Arenal y Ponte, Pedro Dorado Montero, Felipe Sánchez Román, Vicente Santamaría de Paredes, Julián Sanz del Río, Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Joaquín Costa, Adolfo González Posada, Manuel Durán i Bas, entre muchos otros, en los campos del Derecho natural, penal, civil, político e

internacional. Si hubieran escrito sus obras en otro idioma o si el español hubiera sido, en su época, mirado con el respeto y el interés con que se miraban el italiano, francés, alemán e inglés, posiblemente los conoceríamos hoy más y no haría falta desempolvar su recuerdo sacándolo del desván.

En el campo de la historia del Derecho el novecientos español no conoció el mismo florecimiento. No faltó nunca el interés erudito, la labor de recuperación de nuestras antigüedades jurídicas, iniciada en los albores del siglo por la benemérita obra de Francisco Martínez Marina y Juan Sempere Guarinos, continuada después —con ahínco aunque no forzosamente con brillantez— por una serie de esforzados estudiosos. La historia del Derecho español, introducida en los planes de estudios de las Facultades de Derecho, desaparecía en otros planes, como asignatura separada —hasta que finalmente la instale, ya sin vuelta atrás, la reforma del ministro Gamazo en 1883 (con el gobierno liberal de Sagasta).

Sin embargo, la historia del Derecho también se estudiaba subsumida en otras asignaturas, especialmente la de civil y canónico. Y el conocimiento de esa historia, al menos la del Derecho castellano, era superior al que hoy tienen los juristas españoles.

Hay que aclarar que la labor codificadora, planeada por las Cortes de Cádiz, había quedado truncada en el siglo XIX, a pesar de los esfuerzos del trienio constitucional de 1820-23 para llegar a códigos modernos en el Derecho penal y en el civil. Si al final de su reinado Fernando VII promulga un código de comercio e Isabel II sanciona un código penal y una ley hipotecaria, fracasa, en cambio, el proyecto de código civil de Florencio García Goyena de 1851. Será la obra legislativa del sexenio democrático, 1868 a 1874, la que dará un impulso a la renovación de nuestros códigos, lo cual se plasmará principalmente, ya en los años ochenta, en la labor de los legisladores liberales, con las leyes de enjuiciamiento civil y criminal y, sobre todo, el código civil de 1889 —en el cual se han ensañado muchos juristas e historiadores del Derecho, que sólo ven sus lados negativos o que lo examinan en comparación con otros códigos más perfeccionados y doctrinalmente más sólidos, como el alemán de 1900.

Hasta 1889, por consiguiente, el Derecho histórico era el Derecho civil vigente en toda España. Después de 1889, el Derecho histórico regional conservó su vigencia en los territorios forales: Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y ciertas localidades de las provincias vascongadas —a las que se vino entonces a agregar Galicia por un incidente casi fortuito.

Los historiadores del Derecho en la España del novecientos operaban, pues, de modo parecido a los alemanes de la escuela histórica, que estudiaban un Derecho romano-germánico vigente en muchos *Länder* del *Deutsches Reich*. Sin embargo, en nuestro caso todos admitían la necesidad de pasar de ese Derecho histórico a uno codificado, que se esperaba común a toda España y que respondería a las exigencias de los tiempos.

Tal vez esa circunstancia explique en parte por qué el estudio de la historia jurídica no se emprendía en España como una empresa científica separada o por qué no se emplearon hasta fines de siglo los métodos rigurosos de edición de los viejos documentos jurídicos —unos documentos cuyo contenido seguía estando vigente, a través

de la *Novísima Recopilación* de 1806, que Carlos IV promulgó para España e Indias y será fuente de buena parte del Derecho español e hispanoamericano posterior.

§2.— **Convergencias y divergencias entre los dos grandes fundadores: Ureña e Hinojosa**

A fines del siglo XIX una nueva generación de historiadores del Derecho va a dar un nuevo impulso, trayendo a nuestros estudios histórico-jurídicos las técnicas y los métodos de edición crítica y análisis riguroso desarrollados en otros países. Tres son los más destacados innovadores de nuestra historia del Derecho: Rafael Ureña Smenjaud (Valladolid, 1852-1930), Eduardo Hinojosa Naveros (Alhama de Granada, 1852-1919) y Rafael Altamira Crevea (Alicante, 1866-1951).

De los tres, Rafael Ureña es hoy el menos conocido, habiendo sido injustamente preterido —y hoy rescatado del olvido por Carlos Petit, Alejandro Martínez Dhier y otros historiadores del Derecho. Coetáneo de Hinojosa, emprendió simultáneamente la obra de rejuvenecimiento de nuestra historia del Derecho, superándolo en amplitud, erudición, originalidad y hondura y quizá igualándolo en rigor metodológico. Altamira viene un poco después; su obra abrió otros horizontes y, a la postre, se ha reconocido como más histórica que propiamente histórico-jurídica.

Impónese un paralelo entre la obra de Hinojosa y la de Ureña. Éste último era un republicano, amigo de Pi y Margall, y un institucionista. Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, inició su carrera docente como profesor auxiliar en el Alma Mater vallisoletana, siendo un veinteañero bajo el reinado de D. Amadeo de Saboya. Obtuvo la cátedra ovetense de Derecho político y administrativo en 1878, pasando después a Granada y finalmente a la Universidad Central, con la cátedra de Literatura Jurídica, asignatura del doctorado que vio varias veces modificada su denominación. Como Decano de la Facultad de Derecho de Madrid —hasta su muerte (a los 78 años)—, ocupó, cual miembro nato, un asiento en el Consejo de Estado.

Ureña sólo estudió en España y sólo publicó en español, pero manejó las lenguas clásicas y las científicas modernas, se familiarizó con los métodos científicos avanzados internacionalmente practicados y, lo que es más, aprendió lenguas semíticas, siendo arabista y estudioso del Derecho hispano-musulmán, algo entonces y ahora excepcional entre los historiadores del Derecho español.

Eduardo Hinojosa, por su parte, ya con un doble doctorado en Filosofía y Letras y en Derecho (algo entonces no infrecuente, pero hoy insólito), realizó en 1878 un viaje de estudios a Alemania. En alemán escribirá y publicará una de sus principales obras, traducida después al español por un discípulo suyo. Llegará a la cátedra en los años ochenta, pero por una vía lateral, como catedrático de geografía jurídica de la Escuela Diplomática, alcanzando la de historia antigua y medieval de la Facultad de Filosofía madrileña en 1900. Su evolución lo fue acercando a la práctica de la historia de las instituciones más que a la historia jurídica propiamente dicha.

Hinojosa era un conservador, fiel al neocatólico D. Alejandro Pidal y Mon y a su hermano el marqués de Pidal (tíos de Ramón Menéndez Pidal), adversarios de

Cánovas a quien reprochan haber incorporado un exceso de liberalismo al ordenamiento jurídico-constitucional de la Restauración. Hinojosa tuvo una carrera política, no contentándose con el trabajo académico. Fue gobernador civil de Alicante, Valencia y Barcelona, así como Director General de Instrucción Pública en el Ministerio de Fomento (antes de que se creara el Ministerio de Instrucción Pública). También fue senador en representación de la Universidad de Santiago y secretario perpetuo de la Academia de Historia así como individuo de otras reales academias.

A pesar de su orientación ideológica, a Hinojosa lo unían relaciones de amistad y aprecio mutuo con Giner de los Ríos. Cuando éste auspicié, bajo los gobiernos del bienio liberal 1905-1907, la puesta en marcha de lo que será la Junta de Ampliación de Estudios —obra del ministro y catedrático de patología D. Amalio Gimeno—, el verdadero inspirador de esa empresa, Giner, contará con él al igual que con otros prohombres de obediencia conservadora, como Marcelino Menéndez Pelayo, nombrado desde el principio vocal de la JAE.

El interés de Ureña por la edición crítica de las fuentes medievales precedió al de su coetáneo granadino. Había entre ambos intereses comunes; pero en parte fue divergente la orientación de sus trabajos.

Tanto Ureña cuanto Hinojosa recibieron el influjo de la escuela histórica del Derecho, pasada, entre tanto, por el filtro de la escuela histórica de la economía nacional germana; de ahí que muchos de sus supuestos sean o comunes o cercanos, como, p.ej., la creencia en el espíritu transgeneracional del pueblo o de la nación, la visión de la legislación promulgada como un reflejo imperfecto del Derecho socialmente sancionado, tesis afín al consuetudinarismo de Joaquín Costa y posteriormente guía metodológica de toda la escuela de Hinojosa.

Ambos adoptaron la tesis del predominio del elemento germánico en el Derecho alto-medieval español (posteriormente cuestionada por Alfonso García Gallo). En relación con eso, ambos historiadores se interesaron muchísimo por el Derecho del reino visigótico español, incorporando a la ciencia hispana los hallazgos de los estudiosos alemanes y desarrollándolos. Ureña e Hinojosa dedican así la mayor parte de sus afanes investigativos a la Edad Media como crisol del espíritu nacional de la España moderna.

Hasta ahí llegan sus semejanzas. Sus divergencias tienen un alcance mayor:

- 1ª. Ureña, conocedor profundo de la ciencia alemana y de la de otros países europeos, era, no obstante, un académico hispano, toda cuya formación se desarrolló en nuestra Patria, al paso que Hinojosa debió su prestigio en parte a sus vínculos con el mundo académico transrenano.
- 2ª. Ureña elabora una teoría de los elementos del Derecho nacional, que son aportaciones que una cultura jurídica recibe de otras que la preceden; en el caso español, para Ureña hay cinco elementos: el ibérico, el romano, el germánico, el semítico (principalmente árabe) y el extranjero, siendo el espíritu nomológico hispano una resultante de esa quintuple mezcla o fusión, con lo cual, en vez de postularse unas raíces únicas anteriores al siglo XIII, se tendría una hibridación que desplazaría a tiempos más recientes el surgimiento de la cultura jurídica española propiamente dicha. Tal visión no parece haber sido compartida por Hinojosa.

- 3ª. Ureña se percató de la necesidad de estudiar, como efectivamente lo hizo, las lenguas semíticas y de investigar las aportaciones andalusíes a la cultura jurídica de la España moderna. Él, p.ej., creyó encontrar un influjo tal en la potestad paterna concebida como autoridad conjunta y solidaria del padre y de la madre (una faceta donde no se esperaría tal influjo). Ureña desbroza así un terreno que, sin embargo, —por la dificultad idiomática— no va a ser muy frecuentado por los historiadores del Derecho posteriores, que —en este campo— tendrán, en general, que contentarse con conocimientos de segunda mano. Hinojosa, que yo sepa, no se acercó nunca a esos estudios.
- 4ª. Ureña, anticipándose a Américo Castro —e incluso proponiendo una tesis más radical—, sostuvo que ese elemento semítico era un componente esencial e ineliminable del espíritu nacional español, en lo jurídico y en lo demás, que la arianización forzada posterior a la reconquista no había podido extirpar (afirmación que, formulada al final de su vida, en pleno ascenso del antisemitismo alemán, estaba cargada también de significación histórico-política, conteniendo un rechazo a la ideología de reconquista y cruzada, que triunfará en 1939). Menos aún que en los otros aspectos mencionados parece que tal orientación pudiera ser compartida ni por Hinojosa ni por sus discípulos (hasta podemos rastrear por ahí la futura polémica que en el exilio sostendrán Américo Castro y Claudio Sánchez-Albornoz Menduïña).
- 5ª. Ureña será, hasta el final de sus días, un jurista (o, si se quiere, un abogado, un hombre de leyes), desempeñando, a título de tal, los cargos de consejero de Estado y representante de España en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya. Su dedicación a la historia del Derecho parte de un supuesto, a saber: que el Derecho vigente en un momento es sólo un segmento temporal del Derecho en su evolución histórica.

Por el contrario, Hinojosa tendrá, a la postre, una trayectoria esencialmente de historiador a secas —y no tanto la de un científico del Derecho que estudia la historia de su propia temática. Para él hay una dicotomía entre el punto de vista sincrónico —que sería el del jurista cuando se interesa por el Derecho vigente— y el diacrónico, que se fija en los orígenes; dicotomía en rigor imposible para Ureña, quien no admite que haya en ningún instante un Derecho fijado o inmóvil, sin devenir: las cláusulas abrogatorias incorporadas a las leyes nuevas no eliminan del todo la vigencia del Derecho precedente (aquí podríamos traer a colación los estudios sobre los grados de retroactividad de la ley [v, p.ej., Luis Mª Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas, 1990] y las profundas reflexiones al respecto de Eduardo García Máynez).

- 6ª. Hinojosa emprende, así, la historia de las instituciones jurídicas medievales como un proyecto científico autocontenido e independiente, mientras que Ureña inserta su propia praxis del historiador del Derecho en el marco de un plan de renovación de la ciencia jurídica, como una pieza de ese plan de conjunto, inseparable del resto.
- 7ª. La respectiva labor académico-institucional de uno y otro sabios va a ser, por consiguiente, diferente. Hinojosa pondrá en marcha —desde la creación del

C.EE.HH., o CEH (Centro de estudios históricos, 1910)— una sección de Instituciones Sociales y Políticas de León y Castilla, posteriormente ampliada por sus discípulos para convertirse en la sección de instituciones políticas de España y, desde 1932, en el Instituto de Estudios Medievales (suprimido en 1939). Por el contrario, Ureña había creado unos años antes, en 1906, el Museo Jurídico dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, a la que consagró decenios de su vida; en seguida voy a referirme a las semejanzas y diferencias entre ambos establecimientos.

§3.— El Centro de Estudios Históricos

La JAE —creada en enero de 1907 por el octogenario presidente del gobierno Antonio Aguilar Correa— tuvo, desde la aprobación de su reglamento, un propósito de poner en marcha un Centro de Ampliación de Estudios siguiendo el modelo del *Collège de France*; más genéricamente podemos decir que seguía el modelo francés.

Entre nuestros vecinos del Norte —ya desde la creación del Collège Royal por Francisco I en 1530—, los gobiernos han favorecido, en diversas ocasiones, la puesta en marcha de establecimientos de instrucción superior —y, a partir de ahí, de investigación— al margen de las Universidades, para colmar las insuficiencias de éstas o para contrarrestar el peso en ellas de un *establishment* académico anclado en paradigmas en parte obsoletos. Es ésa una particularidad gala, que se ha traducido hoy en la existencia de las *grandes écoles* y de una pléyade de establecimientos como la *École Pratique de Hautes Études*, creada en las postrimerías del II Imperio por Napoleón III. A tales establecimientos —sea cual sea, en cada caso, el valor de los estudios que en ellos se siguen— tienen acceso individuos que no han seguido el currículo de estudios habitual. En el Colegio de Francia, en concreto, han profesado personalidades intelectuales situadas al margen de las corrientes predominantes de la vida Universitaria: Michelet, Renan, Bergson, Langevin, Bourdieu, Merleau-Ponty, Lévi-Strauss, Benveniste, Braudel, Duby, Foucault, etc.

Tal propósito inicial, de enero de 1907, fue rebajado en agosto a una proposición más modesta, que sería la de poner en marcha una Sección de estudios históricos, bloqueada por el ministro conservador Faustino Rodríguez Sampedro. El proyecto, como es bien sabido, se plasmará, gracias al presidente Canalejas, en la creación del CEH en 1910.

Frente al modelo francés, el alemán ha consistido, más bien, en el reforzamiento y la modernización de las Universidades, encardinando en ellas los esfuerzos renovadores.

Hinojosa, pese a sus vínculos académicos germanos, coincidió con Giner en pensar que, en las condiciones hispanas, el modelo francés sería un ejemplo interesante, por el cual apostó.

En sus estudios sobre aquel fulgurante período de la ciencia española que se ha llamado «Edad de plata», José María López Sánchez ha destacado la labor de la JAE y del CEH para el progreso del saber en nuestro país. Su exposición viene, empero, empañada por un cierto maniqueísmo —algo así como el eslogan de que quienes no están

conmigo están contra mí—, que lo lleva a atribuir tendencias ultraconservadoras a Rafael Ureña por no haberse sumado a los trabajos que Hinojosa encabezó en el CEH.

Estudiando la documentación de algunas oposiciones a cátedra, Carlos Petit conjetura (en su artículo «Canseco y el Fuero de León») que, bajo la superficie cortés, podían ser tirantes o ácidas las relaciones entre varios catedráticos de asignaturas afines en el Madrid de los primeros decenios del siglo XX. Lo desconozco. No sé si Ureña recibió invitación alguna para incorporarse al CEH. Posiblemente no hubo tal invitación, porque los dos catedráticos, Ureña e Hinojosa, pese a sus convergencias, seguían rumbos dispares. En cualquier caso, sólo sobre la base de documentos fehacientes —no de analogías o extrapolaciones— cabría atribuir tendencias ultraconservadoras al republicano Ureña —cuyas ideas se mueven entre el jusnaturalismo racionalista de inspiración krausista y el positivismo evolucionista influido por Spencer.

Es posible que para Ureña la renovación de los estudios académicos en España debiera pasar por la Universidad y no por la creación de establecimientos al margen de la misma. Con ese debate pudieron entrecruzarse favorecimientos coyunturales de uno u otro partido político; pero la complejidad de las cuestiones involucradas determina que sea muy simplificador querer hacer coincidir las diversas líneas de demarcación en un escoramiento uniforme entre buenos y malos.

No podemos olvidar que la monarquía —restaurada el 29 de diciembre de 1874— veía con sumo recelo a la muchachada turbulenta —proclive a manifestaciones antidinásticas— que circulaba por la Calle Ancha, cuyos alborotos parecían dificultar una vida académica sosegada. Hubo, pues, varias motivaciones dispares —y aun opuestas— que seguramente convergieron en la puesta en marcha de un establecimiento público de estudios superiores de carácter selectivo y elitario.

No olvidemos que la Universidad Central tuvo durante un siglo —de 1857 a 1954— el monopolio de los estudios de doctorado; y que, antes de la creación en 1903 del servicio de pensiones en el extranjero en el nuevo Ministerio de Instrucción Pública, la Universidad ya concedía tales pensiones —aunque en número muy escaso.

Ureña quizá pensaba que a la Universidad Central había de seguirle encomendada la tarea de renovar los estudios científicos en España. En cualquier caso, a ello consagró sus empeños. Hemos de ver esos esfuerzos en paralelo, y no en oposición, con los de la JAE-CEH.

Como ya lo he dicho, Ureña creó en 1906, anejo a su cátedra de bibliografía jurídica —en la Facultad de Derecho (antes de Jurisprudencia), en el caserón del Noviciado, en la calle ancha de San Bernardo— un Museo Jurídico, inspirado en el Museo Pedagógico creado en 1882 por la Institución Libre de Enseñanza. En él se ofrecería a los doctorandos y jóvenes investigadores material gráfico y textual para avanzar en el estudio científico del Derecho; en ese laboratorio se crearán seminarios especializados en diversas ramas jurídicas, sobresaliendo el de derecho penal que va a dirigir Luis Jiménez de Asúa, pero también el de derecho civil que encabeza Felipe Sánchez Román. La idea de Ureña era la de fomentar en ese ámbito nuevas disciplinas, como la epigrafía, la lingüística, la geografía y la sociología jurídicas, así como la criminalística. En 1922 el museo pasó a denominarse «museo-laboratorio jurídico». Desde 1918, Ureña, a la

cabeza de una deslumbrante pléyade de científicos del Derecho, lanza la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, que será cerrada en 1939. En el equipo de Ureña figuran, entre otros: Gumersindo de Azcárate, Rafael de Altamira y Crevea, Adolfo González Posada, Luis Jiménez de Asúa, José Castán Tobeñas, Felipe Clemente de Diego y Quintiliano Saldaña.

El principal discípulo y continuador de la obra histórico-jurídica de Ureña será Román Riaza Martínez-Ororio, estudioso del Derecho hispano medieval, pero también del pensamiento filosófico-jurídico de nuestro Siglo de Oro, en el cual vio una fuente de las declaraciones de derechos del hombre de finales del siglo XVIII, terciando así en la célebre polémica (de 1902) entre Émile Boutmy y Georg Jellinek. El destino de Riaza será trágico. Siendo catedrático de historia general del Derecho español de la Universidad Central y secretario general de su Facultad de Derecho, publica, junto con García Gallo, un manual de historia del Derecho español en 1934. Dos años después, Riaza, republicano y hombre de progreso, da asilo a individuos sospechosos de complicidad con la sublevación del 18 de julio, por lo cual es asesinado en los primeros y tumultuosos días de la guerra. (Desconozco si las circunstancias de aquel crimen han sido investigadas.) Su nombre será recuperado en 1939, año de la victoria, como el de uno de los gloriosos caídos por Dios, por España y por la Falange. Así se escribe la historia —¡nunca mejor dicho!

Entre tanto, los estudios jurídicos en el seno del CEH van a ir por otro derrotero. La tónica que los caracteriza es el predominio del interés histórico. Inicialmente hay dos secciones en el recién creado CEH que abordan temas de historia del Derecho español: (1ª) la ya citada de Eduardo Hinojosa (historia de las instituciones sociales y políticas de León y Castilla); y (2ª) la de metodología de la historia, que encabeza Rafael Altamira, entre cuyos discípulos y continuadores están Lorenzo Luzuriaga y José María Ots Capdequí. En diciembre de 1911 se agrega una tercera, dedicada a «los problemas del Derecho civil en los principales países en el siglo XIX», bajo la dirección de D. Felipe Clemente de Diego.

Las tres secciones tenían un planteamiento histórico, incluida, en principio, la consagrada al Derecho civil, puesto que, como se echa de ver por el título mismo, se trataba de un estudio del pasado reciente, de la evolución comparada de los ordenamientos jurídico-civiles y de las ideas en el ámbito del Derecho privado.

La marcha de las tres secciones fue sumamente desigual. La única que acabó prosperando, pese a un tropiezo inicial, fue la de historia de las instituciones castellanas (luego españolas) medievales, que inauguró Hinojosa. El tropiezo fue el ataque cerebral que sufrió el director de la sección en enero de 1914. Morirá cinco años después, pero con una actividad intelectual e institucional muy disminuida.

De los muchos que se congregaron al rededor de la figura de Hinojosa —o en torno a sus inmediatos discípulos—, varios no van a continuar la obra del maestro en el campo de la historia del Derecho. Entre los que sí podemos mencionar, además —evidentemente— de Claudio Sánchez-Albornoz, a José María Ramos Loscertales, José Antonio Rubio, Galo Sánchez Sánchez, más tarde Manuel Torres López y Alfonso García Gallo. (Ya he mencionado el manual co-autorado por éste último y por Román Riaza en 1934.)

§4.— El *Anuario de Historia del Derecho Español* y la *Revista de Derecho Privado*

Revitalizada, bajo el liderazgo de Claudio Sánchez Albornoz, la sección de historia de las instituciones políticas medievales de España, ésta lanza en 1924 —bajo el directorio militar de Primo de Rivera— una revista que va a tener un venturoso periplo, que continúa hoy, porque —a diferencia de la de Ureña— será retomada, con nuevos bríos, en 1939: el *Anuario de Historia del Derecho Español*.

Un enigma es que para dirigir la nueva revista el grupo de Albornoz acudiera a la «simpática figura del bohemio y sabio profesor Laureano Díez Canseco» (palabras de D. Ramón Serrano Súñer), un académico mediocre y ágrafo, caracterizado por su absentismo docente y sus excentricidades. Posiblemente la clave esté en el momento político que se vivía, siendo D. Laureano un probable valedor ante el Ministerio. Al otorgar S.M. el Rey D. Alfonso XIII la jefatura del gobierno al cabecilla del pronunciamiento cuartelario barcelonés, general Primo de Rivera y Orbaneja, marqués de Estella, el 15 de septiembre de 1923, el Ministerio de Instrucción Pública quedó, como los demás, bajo el mando del directorio militar —formado por el marqués de Magaz, el conde de Jordana etc—. A fines de 1925 se constituirá el directorio cívico-militar, que provee de titulares a los ministerios. El nuevo ministro de Instrucción será Eduardo Callejo de la Cuesta, catedrático de Derecho Natural en Valladolid. Es verosímil que Canseco fuera un personaje bien visto en los círculos intelectuales del directorio, siendo así su nombramiento una baza a tener en cuenta y que pudo ser decisiva.

Sea de ello lo que fuere, el *Anuario* va a desempeñar un destacado y honroso papel en la promoción de los estudios de historia del Derecho español, no sin atravesar algunas tormentas, como la que opuso el grupo sevillano de J.M. Ots Capdequí y Ramón Carande, que defendían la participación de Rafael Altamira, al madrileño congregado en torno a Sánchez Albornoz; parece ser que algunos integrantes de éste último consideraban a Altamira como una ilustre nulidad. El hecho es que Altamira quedó al margen.

Tras el paréntesis de la guerra, el *Anuario*, ciertamente depurado, continuará su marcha. Más adelante, la figura determinante en él será la de Alfonso García Gallo. Hay que decir que varios de los catedráticos más notorios en el plantel del *Anuario* y de sus colaboradores serán adictos firmísimos al nuevo régimen de 1939, ya fuera por convicción (como sin duda fue el caso de Manuel Torres y Juan Beneyto, llevados por su fervor ideológico propenso al paneuro-germanismo), ya fuera por razones de oportunidad.

La sección de metodología histórica de Rafael Altamira no logró, en cambio, un fuerte arraigo en el CEH. D. Rafael, que compatibilizaba esa actividad con muchas otras, no obtuvo en el Centro el apoyo que esperaba —aunque la modestia de sus reivindicaciones nos puede sorprender: así, p.ej., disponer de un cuarto en el que poder tener los libros de su seminario; la precariedad económica y espacial del Centro era considerable; no daba para mucho la angostura que sufrió en su fase inicial, en el Palacio de Bibliotecas y Museos de Recoletos (en los locales antes ocupados por el Museo de historia natural, entonces trasladado a los altos del Hipódromo); un cierto desahogo se obtuvo al mudarse en 1919 a un hotel particular alquilado de la calle Almagro, N° 26; pero entonces

Altamira ya se había desvinculado del Centro. En esa sección de metodología histórica se hicieron notables aportaciones a algunos temas de historia jurídica española, incluido el Derecho constitucional reciente. Pero, tras la salida de Altamira, la sección fue extinguiéndose hasta desaparecer en 1918.

La sección de Derecho civil de Felipe Clemente de Diego Gutiérrez (1866-1945) empezó su andadura con gran pujanza. Por ella pasaron jóvenes civilistas de la talla de Demófilo de Buen Lozano y Leopoldo García-Alas García-Argüelles. Fue pionera en los estudios de Derecho comparado (un campo en el que, desgraciadamente, un siglo después seguimos sin haber avanzado mucho; de hecho la asignatura es prácticamente inexistente salvo en los estudios del tercer ciclo, y eso sólo como optativa en algunas Universidades; la inmensa mayoría de los licenciados —o ahora «graduados»— en Derecho no tienen casi ningún conocimiento subsumible bajo la rúbrica de «Derecho comparado» y sólo saben unas poquitas cosas, salteadas, de los ordenamientos jurídicos de «los países de nuestro entorno» —arbitrariamente calificados así por alguien de las élites mandantes).

Clemente de Diego no parece haberse sentido muy comprometido con el CEH, porque, cuando crea —junto con J.M. Navarro de Palencia— la *Revista de Derecho Privado*, no lo hace en el marco del Centro ni de la JAE, a diferencia de lo que sucederá once años después con la creación del *Anuario* ya mencionado. En 1919 D. Felipe es elegido senador en representación de la Universidad de Valladolid, permaneciendo en ese escaño hasta el golpe de Estado del general Primo de Rivera el 13 de septiembre de 1923. La dictadura militar lo nombrará miembro de la Comisaría Regia, órgano gubernativo que vigila y disciplina a las Universidades, especialmente a la Central, para corregir y sancionar las tendencias díscolas y contestatarias.

Al ser disueltas las cámaras legislativas en 1923, Clemente de Diego no retorna al CEH, sino que lleva a cabo sus estudios en el marco de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la cual es presidente en el trienio 1924-27, siendo sucedido (síntoma de los tiempos que cambian), primero por Ángel Ossorio y Gallardo y, en pos de éste, por Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

Clemente de Diego volverá a presidir la Academia en 1940. Entre tanto los jefes de la sublevación militar lo nombrarán, en la zona que ocupan, Presidente del Tribunal Supremo en 1938. En ese período su ex-discípulo Demófilo de Buen Lozano era magistrado del Tribunal Supremo de la República (igual, por otro lado, que el jurista aragonés José Castán Tobeñas; sin embargo, al terminar la guerra sendos destinos serán muy diversos: de Buen huyó, refugiándose en México donde inició un linaje de distinguidos juristas hispano-mexicanos, mientras que Castán, habiendo pasado con ventura su depuración, fue perdonado y será el sucesor casi vitalicio de Clemente de Diego en la Presidencia del Tribunal Supremo; v. el libro de Antonio Serrano *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch, 2001).

Así pues, dos de las tres secciones que se ocuparon de temas jurídicos en el CEH vieron su labor prematuramente truncada, al paso que la de Derecho consuetudinario que iba a encabezar Joaquín Costa no llegó a nacer por la muerte del gran jurista aragonés el 8 de febrero de 1911.

Conviene mencionar que esa pluralidad de secciones impedía una integración de esfuerzos, respondiendo a una visión no-jurídica de la historia del Derecho. En todas las secciones, incluso la de Derecho civil, parece haber prevalecido —al menos en la intención con la que se crearon las secciones— una visión esencialmente historicista, orientada al conocimiento del pasado —aunque en el caso del Derecho civil fuera el pasado reciente, el siglo que acababa de finalizar. Quizá el origen de tal planteamiento haya que buscarlo en la idea de que sólo eso era lo científico, porque el Derecho en sí, como arte o disciplina práctica, como ocupación del legista, no sería objeto de investigación propiamente dicha.

En las páginas siguientes voy a ocuparme de esa dicotomía entre los enfoques historiográfico y jurídico en el estudio de la historia del Derecho.

§5.— La historia del derecho de los historiadores y la historia del derecho de los juristas

Cuando, en 1910-1911, se ponen en marcha las tres secciones del CEH que incidieron, total o parcialmente, en temas de historia del Derecho, la concepción prevalente de lo jurídico en el panorama intelectual caminaba por derroteros de lo que, en un sentido muy lato, podríamos llamar «realismo», habiéndose apartado de la jurisprudencia de conceptos heredada de la Pandectística (una sistematización logicista paradójicamente brotada de la escuela histórica de Savigny) y todavía lejos de lo que será un retorno a la visión lógica y sistemática en el normativismo inaugurado por Hans Kelsen en el decenio posterior.

Ese realismo jurídico (en una de las muchas y muy diversas acepciones de tal denominación) comprendía varias hebras:

- La insistencia en el Derecho consuetudinario, no legislado, que venía de la tradición de la escuela histórica del Derecho, igual que el hacer estribar un ordenamiento jurídico en el espíritu popular transgeneracional, con una dimensión diacrónica, de *traditio*, que se hereda y se modifica en el transcurso de los siglos, siendo los preceptos edictados por el legislador un trasunto imperfecto de ese espíritu jurídico —so pena de que, no siéndolo, se estrellen contra la costumbre *contra legem*, que para Joaquín Costa tiene fuerza derogatoria, porque, según su punto de vista, el legislador sólo promulga *ad referendum*.
- La visión de la escuela de sociología jurídica francesa, que insistía en el Derecho como creación de la sociedad, no del Estado.
- Las corrientes del Derecho libre, que quieren ver el Derecho en su maleabilidad, con una participación mayor de la jurisprudencia, no esclavizada a la literalidad de la ley escrita.
- La jurisprudencia alemana de intereses, que concibe los derechos como intereses jurídicamente protegidos, habiendo, por consiguiente, de estudiarse un entretrejimiento social de tales intereses, acompañados de la conciencia social de que son merecedores de tutela, como base del Derecho vigente, sin fijarse sólo en las fuentes escritas.

— El institucionalismo jurídico, representado en Francia por Hauriou y en Italia por Santi Romano, que ve el Derecho como plasmación de instituciones, no como emanación prescriptiva de los titulares de la autoridad política (hasta el punto que Romano hablará de un derecho también de instituciones ilegales, como las organizaciones clandestinas, que tienen su propio ordenamiento normativo interno).

Si, anteriormente, la Temis histórica se había centrado en las antigüedades legislativas, en las colecciones de viejos preceptos (cada uno de los cuales había surgido de golpe, por voluntad del legislador de turno), ahora —a tenor también de las nuevas corrientes historiográficas— el énfasis va a ir dirigido a las realidades jurídicas, a la praxis jurídicamente configurada, a las instituciones pluriseculares paulatinamente emanadoras o segregadoras de pautas normativas perdurables, o al menos a los elementos de estabilidad y continuidad en la vida colectiva que subyacen a las reglas jurídicas.

Vista así, la historia del Derecho es la historia de un sector de la vida social de los hombres. Su conocimiento es un saber de nuestro pasado, independiente del saber de nuestro presente.

Una primera dificultad con esos planteamientos es que de antemano no es fácil saber qué es el Derecho; por lo tanto la historia del Derecho no sabemos, a ciencia cierta, de qué es historia. Quizá desde ese tipo de enfoques podría responderse que, sin abrazar ningún concepto *a priori*, entenderemos por «Derecho» u «ordenamiento normativo» aquello que, en cada caso, entiendan las sociedades que vamos a estudiar. Sin embargo, esa respuesta no es convincente, porque no nos vamos a atener a palabras (que habremos de traducir en muchos casos) sino a conceptos.

Una segunda dificultad —que, desde luego, no se plantea para el historiador— es que esa historia del Derecho no se ve qué interés tiene para el jurista. Sólo muy marginalmente se interesarán el geólogo por la historia de la geología o el fisiólogo por la de la fisiología; en cambio, para el jurista, para el cultivador de la ciencia del Derecho, es esencial el estudio de la historia del Derecho. Mas, si esa historia es la de unas realidades discretas y discontinuas respecto al Derecho actual, si es la de hechos pasados de la vida social enfocados con métodos puramente historiográficos y sin necesidad de acudir a conceptos jurídicos, entonces el enigma no se ha resuelto (o bien es que estamos hablando de cosas distintas).

Una tercera dificultad es que la historia del Derecho así concebida, como historia de instituciones y relaciones jurídicas —tomadas como simples hechos de la vida social del pasado—, no contiene una historia de las ideas jurídicas. Ahora bien, la historia del Derecho que interesa al jurista abarca el devenir de la propia doctrina —a la que, no en vano, Savigny consideró fuente del Derecho, un planteamiento poco acreditado en el mundo continental germano-latino pero que ha hallado su reconocimiento, en el Derecho internacional, de la mano del influjo de la *common law*.

Si, para reaccionar ante esta tercera inquietud, la historia del Derecho se va a ampliar para que abarque también una historia de las ideas jurídicas, entonces nos toparemos de bruces con otro problema que también estaba afectando (menos visiblemente) al estudio histórico de los hechos jurídicos: hemos de entender aquellas ideas (y las

nociones con las que se efectuaba la calificación jurídica de aquellos hechos) en términos que nos digan algo; lo cual requiere abordarlos con conceptos jurídicos de hoy, aunque sea para —a fin de evitar el anacronismo— marcar las diferencias, señalar qué no eran los viejos conceptos, en qué se distinguían de los nuevos.

Ese estudio implica interpelar los viejos textos o documentos con preguntas formuladas en términos de los saberes de hoy, para intentar traducciones aproximadas —aunque sean claudicantes y provisionales— de lo viejo a lo nuevo. Naturalmente todos sabemos con qué cautelas hay que proceder a esa tarea y cuán fácil es deslizarse a trasplantes o proyecciones extemporáneas.

Si se habla de espíritu democrático en ciertos fueros o cartas pueblas, nos asalta la abrumadora impresión de estar mirando unas realidades con lentes coloreadas que las falsean de raíz. Sin embargo, aun para decir que el sentido de tales documentos no era democrático —al menos en nuestra concepción moderna— tenemos que usar vocablos —y, por ende, conceptos— del Derecho de hoy. Y similarmente para averiguar cómo los ordenamientos estudiados regulaban el concubinato, el matrimonio, la herencia, la compraventa, la permuta, la punición, el hurto, el falso testimonio. Algunos conceptos habrá en los que podamos traducir sus prácticas, calificaciones y conexiones jurídicas a las nuestras; que, si no, no hay nada que entender (como bien supo ver Donald Davidson, para quien comprender al otro implica traducir lo que él dice a nuestro lenguaje).

El estudio de las viejas ideas jurídicas (y, en general, el de las viejas calificaciones o conceptualizaciones jurídicas) requiere un arte de interpretación jurídica. La historia de las ideas tiene su especificidad, poseyendo su propia metodología. La historia de las ideas de tal índole, de tal campo, necesita un abordaje con conceptos de la disciplina científica que se ocupa de ese campo. Desde luego es perfectamente legítimo un estudio de esas ideas que, en pulcra neutralidad, prescinda de esa carga conceptual; pero el resultado será el de una historia extrínseca: una historia no religiosa de las ideas religiosas; una historia no filosófica de las ideas filosóficas; una historia no artística de las ideas artísticas; o una historia de las ideas historiográficas que no las estudie en su posible (o imaginable) diálogo con las ideas historiográficas de hoy —un diálogo que se hace, no para incurrir en falsas asimilaciones, sino para ver el perfil conceptualmente diverso; mas sólo puede haber diversidad sobre la base de alguna comunidad conceptual.

El hilo de nuestras reflexiones nos ha conducido a una dicotomía entre dos planteamientos de historia del Derecho: el extrínseco y el intrínseco. Esta dualidad no coincide con la vieja diferencia entre la historia del Derecho interna y la externa, tan actual en la época en que Hinojosa y Altamira llevaban a cabo sus investigaciones.

Aunque con planteamientos diversos el uno del otro, querían entender la diferencia y la relación que hay entre: (1) la historia de las relaciones o las situaciones jurídicas; (2) la historia de las fuentes e instituciones de las que manan esas relaciones o situaciones; y (3) la historia de los hechos sociales que rodean, subyacen y determinan a esas instituciones y al surgimiento de esas fuentes. Esa tricotomía se reflejaba, en sus clasificaciones, en dos diversas ubicaciones de la línea de demarcación entre la historia interna y la externa.

Nuestro planteamiento prescinde de eso para fijarse en otra dualidad: la que se da entre [1] una historia de los hechos y actos jurídicos y de sus contenidos que aspira a determinar qué eran o cuáles eran sin utilizar conceptos normativos de hoy y que pretende describirlos —y, tal vez, explicarlos— pulcramente, sin traducirlos a nuestras nociones actuales; y [2] una historia que define lo jurídico en términos que son relevantes para el jurista y que aspira a entender el pasado jurídico con ojos de hoy, traduciendo los viejos conceptos, interpretándolos en términos de Derecho comparado diacrónico, aunque sólo sea para comprender así de dónde han salido nuestros sistemas normativos actuales y cuáles son su silueta y su especificidad.

Fue, sin duda, Alfonso García Gallo quien enunció, en su momento, un plan de rescate de la historia del Derecho por los juristas en su célebre artículo (publicado en 1953 en el *Anuario*) «Historia, Derecho e historia del Derecho».

Sin embargo, como recientemente lo ha señalado su discípulo Sánchez Arcilla (bisnieto intelectual de Hinojosa), García Gallo no ofreció ninguna definición verdaderamente iluminadora, jurídicamente estimulante, del «Derecho», contentándose, de pasada, con una definición para andar por casa («ordenación de la vida social con fuerza vinculante»). La recuperación de la historia del Derecho para el ámbito de los estudios jurídicos tuvo, así, un efecto esencialmente práctico o pragmático con fines de organización académica. En esos primeros años cincuenta del siglo XX se estaba dejando atrás la fluidez de las disciplinas para irse imponiendo el encorsetamiento que llegará a su extremo en la rígida institucionalización y la compartimentación estricta de las áreas de conocimiento (1983-2006).

Además, a la altura de los tiempos en que García Gallo escribía su artículo, la investigación jurídica en el CSIC (sucesor putativo de la JAE o —según se mire— suplantador de la misma) había determinado que la historia del Derecho quedara bien anclada en las aguas facultativas de los juristas. Desgraciadamente en el CSIC se volvió a producir la dispersión y multiplicidad anteriormente lamentadas en el CEH-JAE: en 1940 se había creado el Instituto Francisco de Vitoria del CSIC, que abarcaría todas las disciplinas jurídicas; en él trabajaron, entre otros, Eugenio Cuello Calón y Antonio Ferrer Sama, en Penal, habiendo secciones de Internacional y Canónico y previéndose otras.

Poco duró la fiesta: en 1944 surge —dentro del CSIC, mas con un lazo especial de dependencia respecto del Ministerio de Justicia— un nuevo centro, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, INEJ, convirtiéndose entonces el Vitoria en un Instituto de Derecho internacional; creóse también, dentro del CSIC, el Instituto San Raimundo de Peñafort de Derecho Canónico en Salamanca; y en años posteriores se crearon nuevos Institutos para disciplinas jurídicas especializadas —p.ej. uno de Derecho comparado en Barcelona, otro de Derecho administrativo, etc—; por todo lo cual el INEJ nunca correspondió a su denominación; con ese desmembramiento se perpetuó la no-integración de los estudios histórico-jurídicos en una matriz unificadora de la Ciencia del Derecho.

§6.— ¿De qué se ocupa la historia del derecho?

He hablado más arriba de cómo las ideas pertenecientes a determinado ámbito reclaman un estudio histórico de las mismas que se haga usando conceptos científicos actuales de ese ámbito, interpellándolas desde las inquietudes de quienes hoy lo investigan. Tal estudio constituye una disciplina diferenciada. En términos aristotélicos podríamos decir que el mismo objeto material (la historia de las ideas religiosas, jurídicas o filosóficas, p.ej.) da lugar a disciplinas científicas diversas según el objeto formal: la historia filosófica de las ideas filosóficas difiere de la historia de tales ideas en términos que prescindan de los filosofemas de hoy.

En el caso del Derecho, sin embargo, hay que agregar una particularidad. El gran jusfilósofo inglés Herbert L.A. Hart (1907-1992) definió lo que llamó «reglas de reconocimiento» como reglas secundarias o metarreglas, que fijan qué cuenta como Derecho en una sociedad.

Ubicándose dentro del espectro del juspositivismo, Hart entiende esencialmente la ciencia del Derecho como una ciencia social y empírica, que estudia qué reglas imperan en una sociedad, lo cual constituye una investigación descriptiva, aunque sus contenidos sean normativos (internamente normativos para quienes se adhieren a esas reglas de reconocimiento de la sociedad en cuestión). Una de las ambiciones del juspositivismo —tal vez el motivo más usualmente invocado a favor de un enfoque de esa amplia familia— es el deseo de no confundir el Derecho que es con el Derecho que deber ser.

Hart distingue también el punto de vista interno del externo (una dicotomía parecida a la que en su momento estableciera Max Weber entre el enfoque jurídico y el enfoque sociológico del Derecho). Un punto de vista interno es el de quien se adhiere al Derecho de una sociedad, pudiendo así cercenar, en el aserto «según el Derecho vigente en X, la conducta Z es obligatoria [o lícita]», el complemento circunstancial «según el Derecho vigente en X», porque él asume la validez y vigencia de tal Derecho, considerando así que lo que tal Derecho reputa obligatorio es obligatorio.

La inmensa influencia de esas sutiles apreciaciones del gran autor inglés nos fuerza a preguntarnos si, más allá de los motivos que indudablemente abonan a su favor (que Hart supo presentar con enorme talento), a la postre podemos adherirnos a ellas.

Mi respuesta es negativa. No creo que la ciencia del Derecho sea una ciencia social o puramente descriptiva ni, por lo tanto, que exista una dicotomía absoluta entre el punto de vista interno y el externo.

La ciencia del Derecho no es una ciencia social. Al estudioso del Derecho le incumbe calificar un determinado conjunto o conglomerado de normas edictadas por alguna autoridad —o por algún aspirante a ejercer tal autoridad— o consagradas consuetudinariamente por la praxis de ciertas colectividades; para hacerlo, tiene que preguntarse en qué medida ese conglomerado constituye un *corpus* normativo que merezca llamarse «Derecho».

Sin duda la respuesta será muy compleja, dependiendo de una pluralidad de factores. Algunos de ellos serán, efectivamente, sociales: en qué medida los edictores de

las reglas hayan recibido un acatamiento estable de las poblaciones a las cuales van destinadas; cuán amplio sea, entre esa población, el consenso sobre los criterios de reconocimiento de las reglas vigentes y en qué medida cada una de las reglas que forman parte del conglomerado en cuestión se ajusta a esos criterios de reconocimiento.

Muy a menudo los criterios de reconocimiento son muy complicados y contienen cláusulas formales pero también materiales (como lo han puesto de relieve los neoconstitucionalistas). Calibrar el grado de ajuste material de las reglas edictadas a los criterios, o las metarreglas, no puede hacerse con métodos de investigación empírica o sociológica. Por consiguiente, todavía en el nivel de análisis en que ahora estamos, afirmar en qué medida una regla o un precepto edictado, o consuetudinariamente adoptado, se ajusta a las metarreglas de reconocimiento es una operación deductiva que requiere echar mano de unas pautas que no vienen del estudio sociológico empírico ni del conocimiento histórico.

Pero es que, además, hay que rebasar ese nivel de análisis para ahondar más: como bien lo señaló Lon Fuller —en su debate con H.A.L Hart (*The Morality of Law*, Rev. Ed., Yale U. P., 1964)— no podemos llamar «Derecho» a cualquier conglomerado de reglas, por muy conforme que sea con las metarreglas de reconocimiento —o criterios comúnmente admitidos en una sociedad sobre qué reglas tienen fuerza de obligar—.

Fuller hace un experimento mental para concluir que no llamaríamos «Derecho» a cualquier conjunto de reglas o preceptos, ni nos basaríamos sólo para zanjar el asunto en una inspección del grado de consentimiento de la población afectada por tales reglas con respecto a los criterios de reconocimiento, sino que exigiríamos, para decir que eso es Derecho, que tal cúmulo de preceptos se ajuste a ciertas pautas, al menos procedimentales; por eso se ha dicho, con razón, que su doctrina es un jusnaturalismo procedimental.

Fuller enuncia ocho: generalidad de las reglas, publicidad de las mismas, prospectividad (han de mirar al futuro, no al pasado), comprensibilidad, consistencia entre unas y otras, factibilidad, estabilidad, aplicación de tales reglas conforme con su propio tenor. Un sistema de reglas que vulnere gravemente tales cánones no servirá ni siquiera para regular injustamente una sociedad, sino que, donde impere, tendremos un caos. Por eso él entiende que son cánones o principios internos, que delimitan el concepto mismo del Derecho.

A la lista de Fuller se le han opuesto varias objeciones. Una de ellas es que ese cúmulo de cánones formales no implica en absoluto que no haya Derecho injusto, por lo cual tal doctrina, errónea o certera, no sirve para nada si se trata de impugnar la concepción juspositivista.

Otra objeción más fuerte es que parece estar faltando en Fuller un criterio general claro sobre qué cánones metajurídicos hay que profesar y por qué.

No voy a enfrascarme aquí en el problema de si ese óctuple criterio de Fuller determina un conjunto correcto de condiciones necesarias y suficientes. Pienso que estamos ante lo que podemos llamar con Carnap «postulados de significación». El razonamiento de Fuller nos pone en una pista. Seguramente él mismo podría haber añadido otros cánones a su lista o haber tratado de deducirlos de unos pocos axiomas.

Al jurista, al científico del Derecho que es a la vez un adherente a un determinado sistema normativo, incumbe pronunciarse sobre si (y en qué medida) el cúmulo o conglomerado de disposiciones o reglas de una determinada sociedad o población se ajusta a unos parámetros tales que sea correcto calificar ese cúmulo como un Derecho, como un *jus*, un ordenamiento jurídico. Y no hay nada legislado sobre esas metarreglas de reconocimiento, o sea sobre las reglas a que hayamos de ajustarnos para reconocer como Derecho un conjunto de preceptos o de procedimientos de edicción de preceptos.

Una cosa es segura: partiremos de lo que nosotros entendemos por «Derecho» y avanzaremos, con elasticidad, analógicamente, de suerte que seguiremos aceptando como Derecho un sistema viable que se aleje un poco del nuestro, y a otro que se aleje más; pero habrá una franja más allá de la cual el conglomerado visualizado estará tan alejado de lo que entendemos por «Derecho» que no podremos seguir atribuyéndole tal denominación.

Fue Platón quien descubrió la esencia de este tipo de problemas: una denominación cuyo criterio de significación contiene, implícito, un canon normativo no es aplicable de manera puramente empírica y al margen de las valoraciones. No porque veamos a un individuo dando órdenes a bordo y decidiendo cómo ha de manejarse el timón le daremos el reconocimiento de piloto, si no sabe pilotar; tampoco, sin embargo, vamos a negar que hay malos pilotos. Ni vamos a llamar «médico» a cualquiera que, a la cabecera de un enfermo, tal vez revistiendo una bata blanca, prescriba un tratamiento; pero no queremos caer en el extremo opuesto de negar que hay malos médicos y hasta que algunos tratamientos facultativamente prescritos son nocivos y absurdos. Mas de un necio que sólo prescribe pseudorremedios sin ton ni son no diremos que es un mal médico, sino un impostor.

Por consiguiente, consideramos un conjunto cualquiera de reglas en una población, del presente o del pasado, con arreglo a un cúmulo difuso de criterios para pronunciar un juicio, siempre matizado y graduado, sobre en qué medida forma algo que podamos reconocer como «Derecho».

Precisamente por ello, el jurista nunca tiene un punto de vista puramente externo. Siempre aborda un sistema jurídico como si (un poco) se adhiriera a él. Eso sí, el jurista, al estudiar un sistema normativo ajeno o pasado, adoptará un enfoque que, sin negar las monstruosidades del sistema, trate de minimizarlas.

Imaginariamente se colocará en la posición de un jurisconsulto que, dentro del margen que le permite el sistema —pero, a la vez, forzando al máximo esas posibilidades, en parte desbordándolas—, emita los dictámenes más favorables a las soluciones justas. El jurista que estudia el Derecho romano no es neutral, sino que normalmente abraza aquellos planteamientos que comparten el *fauor libertatis* con el que los grandes jurisconsultos de los siglos II y III van a atemperar, suavizar o limitar la esclavitud, aunque fuera puntualmente. El jurista tiende a ponerse en la piel de un juez que acude a la jurisprudencia *contra legem*, aunque dosificadamente —porque, si no, se rompe el juego mismo.

El jurista-historiador del Derecho siempre idealiza, en la medida en que está haciendo historia jurídica del Derecho y no historia meramente fáctica de un conglomerado de hechos brutos del pasado de tales o cuales poblaciones. El historiador jurídico enseña a los estudiantes qué habría que hacer para, situándose imaginariamente como operadores jurídicos en esa sociedad, humanizar el Derecho vigente, qué interpretación se podría proponer, en ese sentido, con un mínimo de credibilidad; eso lo realiza siempre desde su propio horizonte jurídico de intelección, desde los valores jurídicos a los que se adhiere.

La historia del Derecho tiene así interés para la formación del jurista:

- primero, en la medida en que se está estudiando el devenir y el origen del ordenamiento jurídico actual —que no es nunca estrictamente sincrónico ni nítidamente delimitable del pasado—;
- segundo, en la medida en que lo que se está haciendo es Derecho comparado diacrónico, que sirve para comprender mejor el Derecho que realmente tenemos;
y
- tercero, en la medida en que se ejercita ese don de idealización del Derecho real, que es siempre uno de los cometidos irrenunciables del jurista.

§7.— Conclusión

Al recordar cómo, en la coyuntura del primer tercio del siglo XX, los estudios jurídicos, principalmente los de historia del Derecho, vinieron a confluir con otros afanes en la renovación de la ciencia española y, en concreto, qué aportaciones se hicieron en ese sentido en la JAE y fuera de la JAE, he tratado, con las páginas precedentes, de aportar una reflexión desde una preocupación filosófico-jurídica actual, desde una interrogación epistemológica y axionómica. Porque, igual que la historia jurídica del Derecho es un elemento de la formación del jurista, la historia de esa historia es, para mí, más un tema de reflexión filosófica que un asunto de mera curiosidad.