

REFLEXIONES EN TORNO A UNA CONCEPCIÓN POLIFACETICA PARA UNA HISTORIA DEL DERECHO DE LOS SIGLOS XIX Y XX

E. Eduardo Palma González (*)

Pretendo en este trabajo reflexionar en torno a la construcción de una concepción historiográfica para el análisis y comprensión de la historia del Derecho, y avanzar así un paso más en la tarea que comencé en 1994.

Cualquier intento de reflexión que se realice en nuestro país acerca de las posibilidades de una Historia del Derecho contemporáneo, requiere, en razón de la historia de la disciplina histórico-jurídica nacional, insertarse en el seno de la reflexión española acerca de la historiografía jurídica. Es preciso, además, situar esa reflexión en la evolución de la historiografía¹ jurídica chilena.

La primera parte de este texto estará dedicada a la historia de dicha historiografía, la segunda, a reflexionar acerca de las posibilidades de una investigación histórico-jurídica relativa al Derecho contemporáneo.

Época de surgimiento de la investigación histórico-jurídica

El nacimiento de la Historia del Derecho, como disciplina científica, tuvo lugar en Europa en el siglo XIX. Ello fue posible gracias a la existencia de una sensibilidad histórica, fruto del humanismo renacentista de finales del siglo XV y del siglo XVI; a la contribución de Montesquieu para el surgimiento de la convicción de que el Derecho cambia en el tiempo; y al dominio durante el siglo XVIII de ciertas técnicas instrumentales para manejar las fuentes²

En el siglo XIX dos importantes fenómenos van a contribuir al surgimiento de la Historia del Derecho como disciplina autónoma: la concepción del Derecho como un orden normativo diferente de la moral, y la tendencia a la escisión de la profunda unión que

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado.

Magíster en Historia. Profesor de Historia del Derecho, Universidad de Talca.

¹ En este trabajo usamos la expresión historiografía en dos de los diversos sentidos que la emplean los historiadores, esto es, como la disciplina que se encarga de estudiar los problemas relativos a la historia considerada como ciencia; así como la investigación histórica propiamente tal.

² Tomás y Valiente, Francisco, **Manual de Historia del Derecho Español**, editorial Tecnos, 4ª edic., 1983; 5ª reimpresión, 1992, pp. 36-37; presenta un completo cuadro del surgimiento y evolución de los estudios histórico-jurídicos, con especial énfasis en el caso español.

sostuvo el pensamiento jurídico occidental en los siglos XIII al XVIII entre los planos teológico, filosófico y jurídico.

La suma de todos estos factores provocará el nacimiento de la historiografía jurídica en una época en que predominaba la historiografía positivista, liberal y nacionalista. La escuela Histórica del Derecho y su “*Revista de la Ciencia del Derecho desde un punto de vista histórico*”, editada en Alemania en 1815; la Historia Constitucional; los estudios de Derecho Comparado, jugaron un rol relevante en esta gestación decimonónica.

La Historia del Derecho en España durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX

Es posible reconocer en España estudios de carácter histórico-jurídico a partir del siglo XVI y cierta continuidad en la producción intelectual hasta el siglo XIX. Este siglo se inicia con buenos auspicios debido a la obra de Francisco Martínez Marina (1754-1833) y a la de Juan Sempere y Guarinos (1754-1830). De Martínez Marina se ha dicho que es el fundador de la Historia del Derecho en España. Luego de la desaparición de estos autores se abre un largo período, que va más o menos desde 1833 a 1880, caracterizado por la falta de obras meritorias. Serán los historiadores sociólogos; Eduardo Pérez Pujol (1830-1894), Gumercindo de Azcárate (1840-1917) y Joaquín Costa (1846-1911), quienes van a reactivar la disciplina aunque sin lograr, a juicio de Tomás y Valiente, niveles significativos de superación de la mediocridad. Sin embargo, en 1883 se introduce en España, en los planes de estudio de las facultades de Derecho y como disciplina autónoma, la cátedra de Historia General del Derecho.

El gran reactivador de la disciplina fue Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919). Recibió los frutos de la labor realizada en Alemania por Theodor Mommsen (1817-1903) quien logró con su trabajo historiográfico, separar la historiografía del Derecho romano de la dogmática jurídica, desplazando a la escuela romanista surgida por influencia de Savigny. Como consecuencia de esta influencia Hinojosa no considera a la Historia del Derecho como una disciplina auxiliar de la dogmática jurídica, sino como una rama especializada de la Historia. En 1887 publica **Historia General del Derecho Español**. A partir de ésta y el resto de su obra, sostiene Tomás y Valiente, se hace, en España Historia del Derecho con rigor y calidad científica. Sus discípulos publicarán a partir de 1924 la revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, que puede considerarse como el hito que marca la reactivación definitiva de la disciplina.³

³ Para el conocimiento acabado de estos aspectos de la historia de la disciplina son útiles los siguientes trabajos: Tomás y Valiente, Francisco, “La Historiografía Jurídica en la Europa continental (1900-1975)”, en la ob. Colec. **LXXV años de evolución jurídica en el mundo**, editada por la Universidad Autónoma de México, 1979, México; Pérez-Prendes, José Manuel, **Curso de Historia del Derecho**, vol. I, editado por Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1984, reimpresión 1986; Montanos Ferrín, Emma y Sánchez-Arcilla, José **Historia del Derecho y de las Instituciones**, editorial Dykinson, 1991; Escudero, José Antonio, **curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones Político-Administrativas**, s. e., 2ª edic. revisada, 1995; Pérez-Prendes Muñoz Arraco, José Manuel, **Interpretación Histórica del Derecho. Notas. Esquemas. Prácticas**, editado por Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.

Relevante resulta también la labor de Rafael Altamira y Crevea (1866-1951) a pesar de que la mayoría de la bibliografía consultada no le asigna un papel significativo.⁴ Contemporáneo de los discípulos de Hinojosa, Altamira expresa la continuidad y renovación del enfoque de los historiadores sociólogos, así como la fecundidad del mismo.⁵ La admiración de Altamira por los profesores de Historia del Derecho calificados como historiadores sociólogos, Costa, Azcárate, se manifiesta claramente en su texto **Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada**.⁶

Caracteriza su trabajo histórico el utilizar ciencias auxiliares (sicología, sociología, etc.); ampliar los contenidos a tratar, superando la mera historia política externa; recurrir al método comparativo; atender a la relevancia de la geografía; ampliar las fuentes históricas.⁷ Su concepción de la Historia del Derecho puede resumirse con sus propias palabras de 1891:

“La Historia del Derecho no puede limitarse á ser historia de la legislación, porque ésta no resume en sí toda, ni aun la mejor parte, de la vida de aquel. Tiene el Derecho la consideración de categoría formal, que comprende, por tanto, la vida entera: y su historia supone el conocimiento de todo el medio social en que se produce. No es ni siquiera exacto que pueda consistir en una mera narración de hechos concretos, sin enlaces ni puntos de vista generales que les den sentido en razón de su fin...Mientras todos estos elementos no se estudien en su integridad, á saber; como sujetos, el Estado oficial, el pueblo, en cuanto persona y los individuos (en su influencia ideal y de conducta sobre el todo); como formas, la legislación y sus derivados, la costumbre y las ideas jurídicas en los científicos, en los prácticos...en el pueblo (ideas populares, folklore jurídico); y como fondo de todo el proceso, los hechos generales de la vida individual y social, y la organización de los cuerpos que producen estos hechos; mientras esto no se haga, repetimos, no existirá una verdadera historia jurídica”⁸

⁴ Tan sólo Peset, Mariano; Mora, Aldea y otros, en **Historia del Derecho**, s. e., Valencia, 1993, reconocen el papel relevante de Altamira para la historiografía jurídica.

Su importancia para la historiografía española queda de manifiesto en el trabajo de Alberola, Armando, **Estudios sobre Rafael Altamira**, Alicante, 1988.

Alfonso García-Gallo en su trabajo del año 1953 “El desarrollo de la historiografía jurídica indiana”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 70, muestra un escaso reconocimiento a la obra histórico-jurídica de Altamira. De hecho a su afirmación de que Altamira no realizó ningún estudio de investigación personal en los primeros decenios del siglo XX, cabe replicar que Altamira escribió en 1939, **Técnica en investigación en la Historia del Derecho Indiano**, México. Además, al tratar del período posterior no menciona los importantes trabajos publicados en el exilio por Altamira **Manual de investigación de la Historia del Derecho Indiano**, México, 1948; **Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana**, México, 1948. la omisión de estas obras es aún más criticable si tenemos a la vista que García-Gallo en su artículo anterior “Panorama actual de los estudios de Derecho Indiano”, *Revista de la Universidad de Madrid*, manifiesta conocer los trabajos de Altamira y adopta una posición altamente crítica respecto de ellos.

⁵ Que queda de manifiesto en sus trabajos **Historia del Derecho Español. Cuestiones Preliminares**, 1903, **Investigación en la Historia del Derecho Indiano**, editorial Porrúa e Hijos, 1939, México.

⁶ En la dedicatoria de la obra se lee: “A don Gumersindo de Azcárate, maestro en el aula, en el libro y en la vida, con todo cariño y respeto dedico esta obra”.

⁷ Asin Vergara, Rafael, en el prólogo de la obra de Altamira **Historia de la Civilización Española**, reeditada por la editorial Crítica, España, 1988.

⁸ Altamira, Rafael, **La enseñanza de la Historia**, 1981, Madrid, p. 268.

Afirmaba que el historiador general estaba en mejores condiciones que el juriconsulto para hacer la Historia del Derecho, pero, reconocía que ésta sólo lograría su perfección, su verdadero carácter y punto de vista, cuando fuera escrita por:

“...hombres dedicados especialmente a los estudios jurídicos, aptos mediante una educación histórica, para aprender realmente la vida y evolución del Derecho”.⁹

La Historia del Derecho en España en la segunda mitad del siglo XX

Las ideas de Hinojosa cobraron forma en una escuela cuyos representantes más destacados fueron Galo Sánchez, Sánchez Albornoz, y José María Ramos Loscertales. No hay en todo caso una continuidad histórica en la labor debido a los efectos de la guerra civil en España, de hecho el *Anuario* se interrumpe y empieza a ser reeditado en 1942.

Esta segunda etapa de la Historia del Derecho que se inicia en 1942 está caracterizada por la preminencia de una nueva concepción de la investigación histórico-jurídica, la desarrollada por Alfonso García-Gallo de Diego (1911-1992).

Sin embargo, la segunda mitad del siglo no puede caracterizarse como una etapa de absoluto predominio de un enfoque científico-metodológico, puesto que se ha manifestado en los estudios histórico-jurídicos españoles la influencia del marxismo, a través de Bartolomé Clavero,¹⁰ y de la escuela de los Annales.¹¹

La reflexión española de la segunda mitad del siglo XX acerca de la naturaleza de la investigación histórico-jurídica

La historiografía jurídica española ha sostenido en las cuatro últimas décadas una interesante reflexión en torno a los problemas teóricos y metodológicos de nuestra disciplina.¹²

⁹ **Op. Cit.**, p.261.

¹⁰ Tomás y Valiente, Francisco, **La Historiografía Jurídica en...Op. Cit.**, p. 31.

¹¹ Escudero, José Antonio, **Curso de Historia...Op. cit.**, p. 63.

¹² Se ha señalado en este sentido por Montanos Ferrin, Emma y Sánchez-Arcilla, José en **Historia del Derecho y ...Op. Cit.**, p. 19, que Francisco Tomás y Valiente reinició en 1975 el debate sobre los problemas conceptuales y metodológico de nuestra disciplina.

En cambio Pérez-Prendes, José Manuel, en **Interpretación Histórica del ...Op. Cit.**, p. 135 señala al Simposio Internacional de Historia del Derecho que se celebró en Granada en 1973 como el hito que marca la necesidad de cambiar y ampliar los horizontes del método, objetivo y talantes fijados a partir de 1939.

Nosotros pensamos que desde que Alfonso García-Gallo formuló su concepción histórico-jurídica en en 1953, cuyas líneas generales anticipó en 1952 a propósito del estudio del Derecho Indiano, el tema de la metodología no ha dejado de preocupar a los iushistoriadores españoles. No podía ocurrir de otro modo, pues sus ideas constituían un nuevo planteamiento enfrentado al de Eduardo Hinojosa. El propio García-Gallo volverá a tratar el tema en el futuro, 1954, 1967, 1971, etc. Francisco Tomás y Valiente hará lo suyo en su trabajo “La Sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXXVI, 1966. y lo propio José Antonio Escudero en un valioso conjunto de artículos publicados en 1973 bajo el título **Historia del derecho, historiografía y problemas**.

El debate español se ha estructurado de modo principal alrededor de la concepción de Alfonso García-Gallo, surgiendo nuevas orientaciones, en un esfuerzo por superar su concepción teórica y metodológica.¹³

Estas reflexiones acerca de las características del trabajo del historiador del Derecho, pueden considerarse un aspecto de una meditación mayor de la historiografía acerca de su propio quehacer. El desarrollo de la escuela de los Annales y de la historia marxista, generaron un importante debate en el mundo de la investigación histórica en el último medio siglo, como consecuencia del enfrentamiento histórico con la concepción positivista de la historia, representada por Leopoldo von Ranke. Debate que se ha ocupado del método histórico y también, respecto de las características del conocimiento histórico, sus fundamentos y posibilidades.¹⁴

A pesar de esta coincidencia temporal no existe una plena concordancia en el desarrollo de las discusiones sostenidas en el ámbito de la Historia y de la Historia del Derecho.

Alfonso García-Gallo plantea en 1952 y 1953 separar a la Historia del Derecho de la Historia General, transformándola en ciencia jurídica. Esto va a significar que mientras la mayoría de los historiadores se empeñan en construir una Historia total, la historiografía jurídica, inspirada en la concepción de García-Gallo, busca una mayor identificación con las disciplinas estrictamente jurídicas. Esta situación se mantendrá hasta la década de 1970 en que Bartolomé Clavero, Salustiano de Dios, Antonio Álvarez de Morales y Francisco Tomás y Valiente¹⁵ hacen converger ambas reflexiones.

¹³ Una excelente evaluación crítica de este debate se encuentra en la obra del profesor Historia del Derecho de la Universidad de Valladolid, David Torres Sanz, en su texto, **Historia del Derecho, Bases para un concepto**, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989. a quien agradezco desde ya por nuestras largas y fructíferas conversaciones respecto de éste y otros temas, en mi estadia en la actualidad en la Universidad de Valladolid.

Se puede consultar también Aguilera Barchet, Bruno, "Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 9, pp. 299-395, Universidad de Extremadura, 1991.

¹⁴ Véase en este sentido Salmon, Pierre, **historia y Crítica. Introducción a la metodología histórica**, editorial Teide, Barcelona, 1972; Sorlin, Pierre y Laslett, Peter **El método histórico. Conversaciones internacionales sobre Historia**, editorial Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1974; Fontana, Joseph, **La Historia**, editorial Salvat Editores, 1974; Le Goff, Jacques y Nora, Pierre direc, **Hacer la Historia**, volúmenes 1, 2, 3, editorial Laia, Barcelona, 1978; Catalano, Franco, **Metodología y enseñanza de la Historia**, editorial Ediciones Península, Serir Universitaria, Barcelona, 1980; Cardoso Ciro, F.S. y Pérez-Brignoli, H., **Los métodos de la Historia. Introducción a los problemas, métodos y técnicas de la historia demográfica, económica y social**, editorial Crítica, 4ª edic., 1989; Rama, Carlos, **La historiografía como conciencia histórica**, editorial Montecinos, 3ª edic. 1989, España; Vásquez García, Francisco, **Estudios de teoría y metodología del saber histórico**, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989; Pages Pelai, **Introducción a la Historia. Epistemología, teoría y problemas de método en los estudios históricos**, editorial Barcanova, 4ª edic., 1990, Barcelona; Topolski, Jerzy, **Metodología de la Historia**, editorial Cátedra, 3ª edic.

¹⁵ Así se expresa en los siguientes trabajos: Clavero, Bartolomé, "La Historia del derecho ante la Historia social", *Historia, Instituciones, Documentos*, Nº 1, 1974, Universidad de Sevilla, Sevilla; De Dios, Salustiano "El Derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la historia de las Instituciones", *Historia. Instituciones. Documentos*, Nº 3, 1976, Universidad de Sevilla, Sevilla; Álvarez Morales, Antonio, "Apuntes de la historia de las instituciones Españolas (siglos XVIII y XIX)", *Revista de Derecho Privado*. Editoriales

La historiografía jurídica chilena en el siglo XX

Es posible reconocer en Chile en el periodo que va desde 1902 –fecha de fundación de la cátedra de Historia General del Derecho- hasta 1997, tres grandes concepciones histórico-jurídicas. La concepción histórico-jurídica sociológica de Valentín Letelier y sus discípulos Arturo San Cristóbal y Juan Antonio Iribarren; la histórico-jurídica de Aníbal Bascuñán; y la concepción juricista o reduccionista de la escuela Chilena de Historia del Derecho, cuyos máximos representantes son Alamiro de Ávila y Martel, Antonio Dougnac Rodríguez, Alejandro Guzmán Brito¹⁶ y Bernardino Bravo Lira.¹⁷

El gran impulsor de la cátedra fue Valentín Letelier, quien, influenciado por las concepciones alemanas, formuló, en 1906, un plan de estudios para una Historia General del Derecho. Su concepción de la Historia del Derecho pone a la disciplina junto a la sociología.¹⁸

Esta situación se va a mantener hasta la década de 1930 en la cual Aníbal Bascuñán, luego de sus estudios de doctorado en España, en la Universidad de Oviedo, con Rafael Altamira, desarrollará una nueva concepción, según la cual, la Historia del Derecho debe obtener independencia respecto de la sociología para constituirse como disciplina científica. Sostiene que la ciencia de la Historia del Derecho es una ciencia dual, pues es ciencia jurídica e histórica.¹⁹

La influencia de Altamira sobre Bascuñán se aprecia en lo relativo a exigencias metodológicas de la investigación; las cuestiones docentes; y en la concepción histórica, aun que aquí con algunos matices debido al rechazo por parte de Bascuñán de lo que

de Derecho reunidas, Madrid, 1976; Tomás y Valiente, Francisco, **Manual de Historia del derecho Español**, editorial Tecnos, 1ª edic., 1979.

Hay que considerar también la traducción hecha por Merchán, A., en 1977 de la obra de Coing, Helmut, **Las tareas del historiador del Derecho (reflexiones metodológicas)**.

¹⁶ En 1975 se crea, con el apoyo principal de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, de la que Guzmán Brito es académico, el Instituto Chileno de Historia del derecho y Derecho romano, institución de la cual forman parte los miembros de la llamada Escuela Chilena de Historia del Derecho

¹⁷ La pertenencia de Bernardino Bravo Lira a la Escuela Chilena de Historia del Derecho tiene a mi juicio un carácter más afectivo que científico. En efecto, podemos señalar como hipótesis para un futuro análisis epistemológico de la fecunda e interesante obra de este autor, que el profesor Bravo Lira está más cercano a las concepciones de Jaime Eyzaguirre. De hecho, la mayoría de su producción científica se sitúa en el ámbito de la historia de las instituciones políticas más que en el de la Historia del Derecho. Pensamos hipotéticamente que la obra de Eyzaguirre tiene un continuador natural en Bravo Lira

¹⁸ Para una caracterización de la visión histórico-jurídica sociológica puede consultarse nuestro texto **Historia del Derecho. La historia del derecho en Chile: investigación, método y cátedra**, Tomo I. Primera parte, s.e., Talca, Chile, 1995

¹⁹ Para el conocimiento de la concepción histórico-jurídica de Bascuñán puede consultarse su obra **Elementos de Historia del Derecho**, Editorial jurídica de Chile, Chile, 1954. La valoración de su concepción la hemos desarrollado en nuestro trabajo **Historia del Derecho. La historia del Derecho... Op. Cit.**, p. 50 y ss.

Desde 1935 se publicaba, con autorización de Aníbal Bascuñán, un texto preparado por alumnos que contenía sus clases de Historia del Derecho, “Apuntes para el curso de Historia del Derecho”.

Valga precisar que la concepción dual de la Historia del Derecho planteada por Bascuñán antecede en varios años a la del historiador del Derecho español Lalinde Abadía.

consideraba un sociologismo exagerado de Letelier y sus continuadores. Bascuñán se encontró en Oviedo con una propuesta que no renegaba de la contribución de la perspectiva sociológica, por el contrario, pretendía una colaboración estrecha entre ésta y la Historia del Derecho. Sin embargo, y a pesar de las ideas de sus maestros Iribarren y Altamira, Bascuñán llevó adelante la reforma rompiendo con sus raíces, aunque sin incurrir en el error de separar a la Historia del Derecho de la Historia.

En 1950 la postura del discípulo rebelde logra el predominio absoluto. Sin embargo, abandona posteriormente, y en breve tiempo, los estudios histórico-jurídicos. El principal efecto del alejamiento de Bascuñán de la cátedra y de la investigación histórico-jurídica, fue que su concepción de la Historia del Derecho como ciencia histórica y ciencia jurídica, va a ser paulatinamente abandonada²⁰ por quienes se proclaman como sus continuadores: la Escuela Chilena de Historia del Derecho. Ello debido al acercamiento, a propósito de los estudios de Derecho Indiano, entre Alamiro de Ävila y Alfonso García-Gallo. Acercamiento que se hizo extensivo a otros historiadores Chilenos.²¹

La influencia de Alfonso García-Gallo en los estudios de Derecho Indiano se va a manifestar en América a partir de la década de 1950, y en Chile, especialmente, a partir de la década de 1960.²² El carácter decisivo de dicha influencia ha impedido, en gran medida, la manifestación cabal en nuestro país de la discusión teórica y metodológica que ha mantenido la historiografía jurídica española en los últimos cuarenta años.²³

²⁰ Una prueba significativa de este abandono es que la obra histórico-jurídica de Bascuñán, de indiscutible valor científico, no ha tenido difusión entre las generaciones de estudiantes de las tres últimas décadas. Paradojalmente, el éxito en reediciones lo tiene una obra que no responde al modelo de Bascuñán, el manual de Jaime Eyzaguirre sobre Historia del Derecho, por cierto, obra superficial y por lo mismo de escasa calidad científica.

En este último sentido la publicación de Dougnac R., Antonio, de su **Manual de Historia del Derecho Indiano**, editado por la Universidad Autónoma de México, México, 1994; viene a suplir una notable deficiencia y supera con creces el texto de Eyzaguirre en lo relativo al Derecho Indiano. Sin embargo, no contiene un capítulo expreso relativo al derecho prehispánico (indoamericano), materia que Bascuñán consideraba novedosa y de vital importancia, como lo demuestra su tesis doctoral realizada bajo la tuición de Altamira, y el contenido de los programas que él propuso para las cátedras en las décadas de 1930 y 1950.

²¹ Según informa Sánchez Bella, Ismael, en su obra **Nuevos Estudios de Derecho Indiano**, Enusa, Pamplona, 1995; Mario Góngora, en la década de 1970 y Carlos Salinas, en la década de 1980, realizaron sus cursos de doctorado en España bajo la dirección de Alfonso García-Gallo.

²² El reconocimiento de la Escuela Chilena de Historia del Derecho a la influencia de García-Gallo se ha testimoniado en la *Revista Chilena de Historia del Derecho* en diferentes ocasiones, v. g. N° 15, 1989. recordemos además que García-Gallo publica en Chile en el año 1971 su texto sobre metodología del Derecho Indiano.

²³ El análisis de los artículos publicados en las revistas de Historia del Derecho hasta 1995, *Revista Chilena de Historia del Derecho* editada anualmente desde 1959 y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, editada desde 1976 con la misma periodicidad, demuestra irrefutablemente esta afirmación. Lewis Hanke tiene el privilegio de haber publicado el número 7 de la *Revista Chilena de Historia del Derecho* un artículo con ideas contrarias a la perspectiva teórica alfonsina. Oliver Motte por su parte publicó en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VI, 1981, un artículo contrario a la concepción de los Annales.

La influencia de Alfonso García-Gallo de Diego en la Escuela Chilena de Historia del Derecho

El análisis de los postulados de Alfonso García-Gallo²⁴ nos indica que el autor provoca en la práctica, aunque parece que no es inicialmente su deseo, un quiebre en la continuidad de la línea de trabajo propuesta por Eduardo de Hinojosa. Mientras Altamira se mantiene dentro de la propuesta de sus maestros y avanza un paso más para la superación de la crítica al sociologismo, García-Gallo termina rechazando la concepción de Hinojosa, con lo cual, difícilmente puede ser considerado su discípulo.²⁵

Como consecuencia de éste distanciamiento, los discípulos de Alfonso García-Gallo tienen muy poco en común con los postulados de Hinojosa. La escuela de García-Gallo, prolífica, tanto en España como en América del Sur -Chile, Argentina²⁶- provoca un cambio cualitativo en los estudios de Historia del Derecho.

Esta discontinuidad respecto de Hinojosa y su distanciamiento crítico respecto de Altamira, significa que la línea historiográfica de Aníbal Bascuñán tiene poco en común con los planteamientos de García-Gallo, aunque éste no parece reconocer esas sustanciales

²⁴ Hemos estudiado los siguientes trabajos del autor: “Panorama actual de los Estudios de Derecho Indiano”, *Revista de la Universidad de Madrid*, 1952, recogido en su obra mayor **Estudios de Historia del Derecho Indiano**, editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, pp. 37-62; “El desarrollo de la historiografía jurídica Indiana”, *Revista De Estudios Políticos* N° 70, 1953, contenida en su obra mayor **Estudios de Historia... Op. Cit.**, pp. 12-35; “Historia. Derecho e Historia del Derecho”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXIV, pp. 5-36, Madrid, 1953; “La Historiografía Jurídica Contemporáneo. Observaciones en torno a la Deutsche Rechtsgeschichte”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXV, pp. 605-634, Madrid, 1954; “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 18, 1967, incluido en su obra mayor **Estudios de Historia... Op. Cit.**, pp. 63-119; **Metodología de la Historia del Derecho Indiano**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971; **El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del derecho Español I**, s.e., 9º edic. revisada, 1982.

²⁵ Pérez-Prendes, José Manuel en **Interpretación Histórica... Op. Cit.**, pp. 133-134, ofrece una explicación socio-política acerca de lo que él denomina <gallismo> o <escuela de García-Gallo>, sin relación alguna con Hinojosa y vinculando estrechamente a la escuela con el franquismo: a) Fomento de una investigación estrictamente jurídico-formal que prescinde de las conexiones y repercusiones socioeconómicas de lo jurídico. Con lo cual coincide con el propósito del régimen de Franco de tecnificar el uso del Derecho para evitar la formación de una conciencia social de su uso político; b) Ruptura de la investigación histórico-jurídica con sus antecedentes anteriores a la guerra civil – el franquismo procuró el desarraigo de todo lo contrario a su ideología -: “*Así el Derecho Indiano es replanteado de nuevo, ocultando o desacreditando directamente todo lo que resulte posible, la labor anterior de Altamira y acogiendo las premisas reaccionarias del argentino Ricardo Levene*”; c) Búsqueda de planteamientos de novedad para la Escuela coincidiendo con la necesidad del régimen de crear una cultura distinta v.g. afirmación del carácter territorial de la legislación visigótica; d) Aislamiento de las corrientes investigadoras que se desarrollan en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial. Coincidiendo con el planteamiento del franquismo de España como reserva espiritual; e) Presentación de un nuevo método llamado <institucional> que partía de la convicción de la existencia de instituciones jurídicas fundamentales perennes e inalteradas en el nuevo curso de la historia, muy en relación con la concepción nacionalsocialista de la existencia de instituciones prepolíticas.

²⁶ La influencia de García-Gallo en la escuela argentina de historiadores del Derecho que se núcleo en torno a Ricardo Levene es pública y notoria. En 1967 publicaba el español en la *Revista del Instituto de Historia del derecho Ricardo Levene*, su trabajo ya citado **Problemas Metodológicos en la Historia del derecho Indiano**.

diferentes.²⁷ Hay una discrepancia radical entre el iushistoriador español y el chileno: el monismo jurídico, el reduccionismo jurídico de García-Gallo en esta década del 1950, es absolutamente incompatible con la concepción dual de la Historia del Derecho que formula Bascuñán, y en la que se reconoce influencia de Rafael Altamira. Para Bascuñán la Historia del Derecho comprende el conocimiento, la reconstrucción, valoración y exposición del Derecho en cuanto proceso, y al decir proceso entiende la presencia de fenómenos naturales, sociales, económicos, culturales, ideológicos, psicológicos, afectivos, etc., determinantes o condicionados de los fenómenos jurídicos. Esta concepción explica sobradamente que se considere por Bascuñán a la Historia del Derecho como ciencia filial de la Historia y del Derecho, y como un arte.

García-Gallo pasa por alto esa semejanza entre Altamira y Bascuñán y se centra en el rechazo de Bascuñán al sociologismo. Curiosamente no adopta una posición de reafirmación cabal de su postura científica ante Bascuñán, de haberlo hecho habría sido imposible para él abrirse un espacio en el seno de la historiografía chilena, con lo cual contrarrestaba en otro punto de América la influencia de Altamira, que aunque mínima en la actividad cotidiana era significativa en la posición científica.

Nos parece que la discontinuidad entre García-Gallo e Hinojosa, que no es sino la discontinuidad de la concepción de la Historia del Derecho como ciencia histórica; y la oposición entre Altamira y García-Gallo, que implica la oposición entre la Historia del Derecho y las ciencias sociales afines, que Altamira y Bascuñán no aceptan; impiden afirmar una evolución historiográfica coherente de la Escuela Chilena de Historia del Derecho. Si Bascuñán fundó la Escuela,²⁸ él fue el primero y el último historiador del Derecho de la misma, es decir no hizo "Escuela". Ello por que la existencia de una Escuela no constituye una articulación de un grupo de intelectuales en torno a un mismo espacio físico, como puede ser una Universidad, o un Instituto de estudios, sino que es la reunión en torno a una concepción y un proyecto intelectual común. Una Escuela no es el resultado de lazos afectivos generados por el desarrollo de una ocupación común, aunque este elemento tiene un papel relevante en su proyección en el tiempo, sino que es el producto de la identificación de numerosas personas con una concepción determinada. Y es claro que la valiosa concepción histórico-jurídica de Bascuñán no tuvo el mérito de transformarse en el nervio central e impulsor de la actividad investigativa y docente de la historiografía jurídica chilena de los últimos sesenta años.

²⁷ En su trabajo **El desarrollo de la... Op. Cit.**, p.34, resalta que la concepción sociológica en Historia del derecho ha dado paso a "...una consideración esencialmente jurídica de la Historia del derecho Indiano...", así se desprende de la obra de José M^a Ots y Capdequí, de Juan Manzano, "...y de la mía propia entre los españoles, o en la de Aníbal Bascuñán Valdés... y en la de su discípulo Alamiro de Ávila Martel". Igual reconocimiento había hecho en el año anterior en su artículo "Panorama de...Op. Cit., p. 49.

²⁸ Así lo afirma Alamiro de Ávila Martel en su trabajo: "Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historia del Derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, publicado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Chile, 1989.

La denominación Escuela Chilena de Historia del Derecho la he encontrado empleada por primera vez en el año 1976 por Alejandro Guzmán Brito, discípulo del romanista español Álvaro D'ors de la Universidad de Navarra, al presentar el primer número de la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*.

Aquellos que se proclaman como sus discípulos no han seguido sus postulados centrales incurriendo en un quiebre, que es para ellos, hasta ahora, imperceptible. Alamiro de Ávila y Martel se separó de la matriz creada por su maestro al procurar conciliar sus puntos de vista con los de García-Gallo. Si bien se le ha considerado como cofundador de la Escuela Chilena de Historia del Derecho²⁹ nos parece más correcto afirmar que Alamiro de Ávila es el verdadero fundador de la Escuela chilena de Historia del Derecho cuyas raíces se encuentran no en la actividad desplegada por Bascuñán entre la década de 1930 y 1950, sino en la actividad desarrollada por Alamiro de Ávila a partir de la década de 1960 y en estrecha relación con el Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano: la colaboración con García-Gallo marcará el cambio de rumbo.

Personalmente me parece más aceptable la perspectiva propuesta por Hinojosa, Altamira, y en el caso de Chile, la de Aníbal Bascuñán Valdés, que la concepción de la Escuela Chilena de Historia del Derecho fundada por Alamiro de Ávila Martel.

Según nuestra opinión las ideas planteadas por García-Gallo en los diversos trabajos que hemos analizado, y especialmente en los publicados en la década de 1950 -interesan éstos especialmente porque son los que van a facilitar el contacto del autor con Alamiro de Ávila- presentan una serie de inconvenientes como para su aceptación plena:

1° No manifiesta el autor de modo expreso sus ideas acerca de la tarea científica, no sabemos con claridad que entiende García-Gallo por ciencia al hablar de ciencia histórica y ciencia jurídica.

2° Lleva adelante su diagnóstico de la “Crisis de la Historia del derecho” como consecuencia de su perspectiva histórica, sin aportar la prueba de la misma, las afirmaciones que la sostiene son vagas: falta de vocaciones, desinterés de los juristas.

3° No se entiende por que el historiador del Derecho debe renunciar a la consideración de la disciplina histórico-jurídica como Historia, si a ella debe en el siglo XIX, según afirmación del propio autor, la obtención de rango científico. Además, tratándose de la Historia del Derecho Indiano en el siglo XX, también reconoce a la historia un papel relevante en su desarrollo.³⁰

4° no resulta admisible su afirmación de que la Historia del derecho es ciencia jurídica, porque es la naturaleza de las cosas, y no que ellas sean viejas o nuevas, lo que determina su estudio por una u otra ciencia.

²⁹ Dougnac R., Antonio, “Alamiro de Ávila Martel. Cofundador de la Escuela Chilena de Historia del Derecho”, en **Discursos académicos pronunciados en el acto en que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 31 de Octubre de 1989, recibió como profesor emérito a don Alamiro de Ávila Martel**, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1989, pp. 5-32.

³⁰ La claridad de este planteamiento en su trabajo publicado en el *Anuario de Historia del Derecho* del año 1953, se pierde en su texto del mismo año publicado en la *Revista de Estudios Políticos*. A propósito de los estudios de Historia del derecho Indiano resalta de la obra del historiador de Derecho Argentino, Ricardo Levene, que haya recogido las aportaciones de los juristas y de los historiadores generales para ofrecer la síntesis de una Historia del derecho Indiano de manera científica – p. 33-. Reitera entonces la valoración positiva del aporte histórico, pero se niega a concebir a la historia del Derecho como ciencia histórica.

En este punto cuarto se contiene un argumento central en el pensamiento de García-Gallo, afirmación profunda que ha pasado prácticamente inadvertida hasta ahora por quienes se han ocupado de este tema. La afirmación tiene que ver con el problema de la peculiaridad del conocimiento histórico, con el objeto de conocimiento en el quehacer histórico. ¿La historia de la medicina es ciencia médica o ciencia histórica? Obviamente, historiografía, porque lo específico del objeto estudiado es que ya aconteció logrando una proyección temporal. La tarea del historiador persigue una reconstrucción de fenómenos, dicha reconstrucción es primordialmente ideal, persigue su conocimiento y comprensión, no se trata de hacer aprensible materialmente dicha realidad. El historiador de Derecho reconstruye en el terreno de las ideas el Derecho del pasado, pero con ello no resuelve ningún conflicto de relevancia jurídica, no aplica el Derecho. No hace ciencia del Derecho.

5° En su afán de independizar a la Historia del Derecho de la Historia general no se percató de que, en definitiva, separa al derecho de la historia. Es cierto que la Historia del Derecho, como historia institucional, más bien servía para conocer la sociedad, pero era posible una solución diferente: invertir los términos de tal forma que el conocimiento de la sociedad sirviera para el conocimiento del Derecho, con lo cual la investigación histórico-jurídica seguía siendo histórica.

6° Si admitimos la afirmación de García-Gallo que hay realidades y situaciones que están por encima del Derecho, que son siempre las mismas en todos los pueblos y en todos los tiempos, nos encontramos con que la base para bosquejar el proceso de formación del Derecho se encuentra en la vida social casi de modo permanente. El factor que permite la explicación de conjunto no es jurídico sino anterior al Derecho y más permanente, sin embargo, contradictoriamente, la Historia del Derecho es ciencia jurídica y no histórica.

7° El criterio de la “estabilidad del Derecho”, factor al que debe atender la Historia del derecho, y que sirve para diferenciarla de la Historia general que se preocupa de la individualidad, ha devenido en obsoleto por el desarrollo historiográfico. La Historia total se sostiene hoy por hoy a partir precisamente de la larga y media duración, esto es, de la estabilidad de ciertos fenómenos de la vida natural y social.

Nos parece asimismo que la historiografía jurídica desarrollada por la Escuela Chilena de Historia del Derecho a partir de la década de 1960, presenta una serie de inconvenientes:

1° La aceptación del planteamiento de García-Gallo según el cual el estudio de la Historia del Derecho debe ser independizado desde un punto de vista teórico de la realidad social: la historia del Derecho es ciencia jurídica. La manifestación más clara de esta aceptación está en la obra editada por García-Gallo, en Chile, en 1971.

2° La asignación de un rol pasivo al historiador que se presenta como un mero recopilador de fuentes. No cuestiona, no trabaja explícitamente con conocimientos previos, sino que está a merced de la fuente histórica cuya tarea es su descripción.

3° La falta de vinculación con las demás ciencias sociales.

4° La ausencia de los colectivos humanos en las explicaciones, no hay una descripción de los conflictos de la vida social a la que el Derecho se aplica.³¹

5° La dependencia de la Historia del derecho de la dogmática jurídica, del positivismo jurídico, que la lleva a plantear sus investigaciones en aras de ser útil a la Ciencia del derecho y no a la comprensión de la historia del fenómeno jurídico.

6° La opción personal de la mayoría de sus cultivadores por los temas relativos al Derecho Indiano, temas que abordan con una escasa capacidad crítica respecto del impacto de la expansión de España por América.

Todo lo cual viene a significar que la Historia del Derecho predominante en Chile no ha participado ni se ha enriquecido con la discusión historiográfica que se ha mantenido en el mundo de la Historia en las últimas décadas.

Estas características se explican, a mi juicio, por la paralización, en la década de 1960, de la importante influencia ejercida por la historiografía española en Chile y de la cual son una clara manifestación Rafael Altamira y Alfonso García-Gallo. El predominio absoluto de la concepción histórico-jurídico reduccionista que asumió la Escuela Chilena de Historia del Derecho; la cohesión de sus miembros; la vitalidad de la Escuela;³² la ausencia de un discípulo rebelde, como lo fue Bascuñán respecto de Iribarren; la ausencia de historiadores del Derecho marxistas o partidarios de la línea de los Annales, que bien pudieron formarse en Chile en la década de 1960 y primeros años de 1970; ha impedido que las nuevas orientaciones presentes en la Historia del Derecho español se manifiesten en nuestro país.

Aproximaciones a una concepción polifacética de una historiografía jurídica para los siglos XIX y XX.

La reflexión en torno a las posibilidades de la investigación histórico-jurídica para el siglo XXI, sitúa al historiador del Derecho casi de modo inmediato en el problema de la historicidad que debe preocuparle como objeto principal.

Hasta ahora la investigación histórico-jurídica hispanoamericana: chilena, argentina, se ha centrado de modo prioritario en el Derecho Indiano, y sólo esporádicamente ha atendido a la formación del Derecho Republicano. En este último caso, ha sido, las más de las veces, para constatar la proyección del Derecho Indiano en las incipientes repúblicas.

³¹ Así se observa en la obra de Dougnac, Antonio, **Manual de Historia del derecho Indiano**; y en el **Manual de Historia del derecho** de su discípulo Barrientos Grandon, Javier, editado por Editorial Barroco, Santiago de Chile, 1994.

³² Representada en la formación de un nuevo cuerpo académico dentro del que destaca Javier Barrientos G. y otros discípulos de Antonio Dougnac Rodríguez, gran formador de vocaciones histórico_jurídicas.

La misma tendencia acusa la historiografía española que se ha interesado fundamentalmente por los siglos XIII al XVIII.³³

No se reconoce ni en España ni en Chile una corriente de investigación que se ocupe de modo principal de la formación de lo que podemos denominar el Derecho Republicano, para el caso hispanoamericano, y Monárquico Constitucional, para el español.

Estas notas tienen por objeto, precisamente, atraer la atención sobre este problema y proponer una alteración en los énfasis de la investigación histórico-jurídica. Presentaremos a continuación una serie de reflexiones en torno a estas cuestiones, no con el afán de darlas por agotadas, menos aún de fijar los temas que deben ser discutidos, sino, por el contrario, con el propósito de abrir un sano debate sobre las mismas. Se trata de dar el primer paso en la construcción de una propuesta para la elaboración de un utillaje para el análisis de aquella realidad histórico-jurídica. Camino que la historiografía jurídica nacional deberá, necesariamente, iniciar en el siglo XXI si quiere ayudar a la historicidad del Derecho de los siglos XIX y XX, único modo de presentar una evolución cabal del derecho Chileno desde la época precolombina hasta nuestros días.

Dos son, a mi juicio, los problemas básicos que presenta asumir la tarea de investigar y exponer la historia del Derecho del periodo que nos ocupa. El primero, relativo al método de investigación: el segundo, a la posibilidad de hacer investigación histórico-jurídica respecto de un Derecho mayoritariamente vigente.

Cuál sea el método más apropiado para llevar adelante la tarea historiográfica no es una cuestión unánime en la actualidad en el mundo de la Historia, ello por el debate generado a partir de la decisiva influencia de la escuela francesa de los Annales³⁴ y de la historiografía marxista.

Los últimos setenta años pueden considerarse desde el punto de vista de la teoría histórica como un periodo de importantes discusiones teóricas y de febles victorias o predominios metodológicos: ni los Annales ni el marxismo lograron un absoluto predominio antes de verse en serio peligro frente a las discusiones que ha replanteado la postmodernidad sobre la posibilidad de la teoría en Historia.³⁵

Por el contrario, no ha habido tal debate en el seno de la Historia del Derecho hispanoamericana. La influencia fundamental de Alfonso García-Gallo significó un mayor

³³ Sánchez-Arcilla Bernal, José, en **Historia de las Instituciones Político-Administrativas Contemporáneas (1808-1975)**, editorial Dykinson, 1994, pp. XXIII-XXV; procura dar una explicación a este desinterés por la época contemporánea. Lo atribuye a la influencia de Eduardo de Hinojosa y sus discípulos que se especializaron en Historia del Derecho medieval; así como la necesidad de investigaciones sólidas que sirvieran de punto de partida para el estudio de épocas ulteriores. Afirma que en los últimos años se reconoce un progresivo interés por las instituciones de la época contemporánea. Sin embargo, él no persigue escribir una historia de las fuentes del Derecho sino una de las instituciones.

³⁴ Para una comprensión de la evolución de la escuela francesa de los Annales puede consultarse la obra de Burke Peter. **La revolución historiográfica francesa de los Annales: 1929-1989**, editorial Gedisa, 2ª edic., 1996.

³⁵ Véase en este sentido, y con gran provecho, el texto "La Historiografía", coord., Ruiz Torres, Pedro, Ayer, Nº 12, editorial Marcial Pons, Madrid, 1993.

consenso y más prolongado predominio en las cuestiones teóricas y metodológicas hasta la década de 1970, en que Bartolomé Clavero, Salustiano de Dios, Antonio Álvarez de Morales y Francisco Tomás y Valiente darán nuevo vigor a estas cuestiones. Así, en un sentido estricto, sólo a partir de las tres últimas décadas las reflexiones de los historiadores del Derecho, constituyen en España un capítulo más del conjunto de la discusión que ha vivificado a la historiografía en el siglo que dejamos.

No obstante la importante influencia ejercida por la historiografía jurídica española en América Hispana y específicamente en Chile, y debido al indiscutido predominio de la corriente historiográfica de la Escuela Chilena de Historia del Derecho, los modelos de trabajo desarrollados por Lalinde Abadía, Pérez-Prendes, Tomás y Valiente. Clavero, no han provocado el menor asomo de inquietud en el seno de la historiografía jurídica chilena.

Creemos que este desinterés dice relación con su principal opción temática: los estudios de Derecho Indiano. En este ámbito el predominio de Alfonso García-Gallo sigue indiscutido, luego la relación de la intelectualidad chilena con sus pares hispanoamericanos abocados a la misma materia, ha sido pacífica en el terreno teórico y metodológico. Alfonso García-Gallo planteó, en 1952-1953, separar a la Historia del Derecho de la Historia General, transformándola en ciencia jurídica. Esto vino a significar una falta de atención por la tarea de los historiadores que se empeñaban en construir una Historia total: más aún cuando la historiografía jurídica busco una mayor identificación con las disciplinas estrictamente jurídicas y no con las históricas.

Interesado por el estudio del Derecho iberoamericano de los siglos XIX y XX, mi primera respuesta a la cuestión sobre las características de la actividad cognoscitiva que ha de ocuparse de la Historia del Derecho de dichos siglos, es que no cabe aceptar sin una discusión previa las ideas de García-Gallo y la práctica de la Escuela Chilena de Historia del Derecho. Y resulta pertinente tal actitud, porque desde 1953 a la fecha se han formulado, tanto en Historia como en Historia del Derecho, críticas de la suficiente envergadura como para dejar de actuar como si nada hubiese acontecido. Pensamos que es posible una perspectiva diferente.

Historia jurídico-social, integral o polifacética

Nos parece viable una historia jurídico social, una historia realista del Derecho, integral, polifacética, en definitiva, una Historia del Derecho que asuma el deber de dar noticia explicativa de la realidad social que se vincula con lo jurídico.

El papel del historiador del Derecho está determinado en sus características por la singularidad del fenómeno que estudia. Efectivamente, el hecho jurídico tiene elementos que le son propios, y que lo transforman precisamente en un hecho jurídico: pero de ello no se acarrea, como consecuencia, que la historiografía jurídica prescindiera del estudio de los datos no jurídicos para comprender el desarrollo del Derecho.

Se dirá que se ha venido haciendo lo contrario desde hace décadas y que sabemos cómo era el Derecho del pasado. Podemos estar de acuerdo con esta afirmación en gran medida, puesto que hay aspectos del Derecho que conocemos porque han sido objeto de

investigación histórico-jurídica, pero de esta afirmación no se desprende que tengamos una comprensión cabal de dicho Derecho, de todas las facetas que presenta el fenómeno jurídico.

El surgimiento de la relación jurídica permite que aparezcan lo que llamamos aspectos característicos del Derecho. Se trata de una regla de conducta que vincula a dos o más personas y que recibe el amparo, en sus efectos, del máximo poder existente en la sociedad. Es, en consecuencia, la regla de conducta de mayor obligatoriedad en el medio social en que se aplica.

De esta particularidad se han derivado históricamente estos elementos característicos o propios de la relación jurídica: las formas a través de las cuales se expresa la norma jurídica: las conductas que manda bajo la forma de prerrogativas que otorga y de obligaciones que impone a ciertas personas: las reflexiones que origina con el propósito de su exacta determinación, caracterización, las reflexiones que genera con el objeto de justificar su existencia, para contribuir de ese modo a su aplicación y proyección en el tiempo, así como las críticas respecto de su obligatoriedad; la utilización que se hace de estas reglas para provocar nuevas conductas, forjar nuevas convicciones, mentalidades, o para mantener las existentes.

No todos los aspectos que consideramos como característicos de la norma jurídica constituyen Derecho, es decir, presentan el grado de obligatoriedad propio de la norma jurídica. Pero son fenómenos que están íntimamente vinculados a la relación jurídica. La manifestación de la ideología en la vida jurídica se mueve en el ámbito de la política o de la cultura: el conocimiento del Derecho conoce etapas en que sólo es un hecho de índole cultural o de conocimiento meramente educacional.

El estudio de la normativa jurídica debe tener presente que históricamente, estas normas de conductas se han manifestado formando un conjunto normativo más o menos complejo y más o menos coherente, conjunto al que denominamos estructura jurídica.

El Derecho se nos presenta como fenómeno polifacético y, en consecuencia, la investigación histórica que se ocupe de él debe ser integral, polifacética. En una doble perspectiva: 1° Atender tanto a la realidad social como a la jurídica.³⁶ 2° Ocuparse de los diferentes aspectos que presenta el Derecho en su acontecer en el tiempo.

Reconocer la existencia de fuentes formales; de un Derecho objetivo, que nos lleva a obligaciones y facultades jurídicas. De estudios jurídicos; de una ideología que inspira lo jurídico; y el empleo del Derecho como técnica de control y represión social; nos permite una aproximación teórica y metódica a la historia jurídica de los siglos XIX y XX.

³⁶ Alfonso García-Gallo y sus discípulos han atendido a la realidad social, a pesar de que, teóricamente, prescindan del medio social. En la práctica, la perspectiva jurídica reduccionista, por razones obvias, ha debido atender a la sociedad, pero, el recurso al medio social no persigue la comprensión del derecho, sino, simplemente, determinar la historicidad propia del fenómeno jurídico: el derecho es histórico porque las sociedades son históricas.

En una perspectiva integral, polifacética, la historiografía jurídica se nos presenta como la disciplina que se ocupa de conocer el nacimiento, aplicación, mantención, modificación y desaparición en su caso, de la norma jurídica en el tiempo: considerada en sus aspectos propiamente jurídicos, así como en los no dotados necesariamente de obligatoriedad: considerada asimismo aisladamente, o con el propósito del conocimiento cabal de un ordenamiento jurídico, o de la totalidad de la estructura jurídica.

En el análisis de cualquiera de estos aspectos de las normas jurídicas no se puede prescindir del estudio de la sociedad en que tales conductas se imponen. No con el objeto de destacar la historicidad del Derecho sino para comprender el Derecho como producto social.

Consideremos por ejemplo, los estudios jurídicos, la formación de conceptos jurídicos, cuestión que observada superficialmente podría dar pie a sostener que el Derecho tiene un carácter autónomo respecto del medio social. Pues bien, sostengo que aún en este caso no parece posible entender esta actividad sin atender a la realidad social. Así, en una primera aproximación al problema, sea que observemos una época de estudios de Derecho no regulares, como en la Alta Edad Media, o una de sus estudios regulares, como ocurre en la universidad bajo-medieval, los estudios sirven a determinados fines sociales.³⁷

Desde esta perspectiva polifacética el planteamiento de las relaciones entre conocimiento histórico y ciencia jurídica como vínculos problemáticos se presenta como ficticio. Hay aspectos históricos del Derecho que en la medida que carecen de obligatoriedad no pueden ser comprendidos desde la ciencia del Derecho.

La historiografía jurídica requiere del conocimiento de la historia de la sociedad, a la que rige un determinado Derecho, si pretende una comprensión de su pasado jurídico. Pasado que no se limita a lo normativo jurídico, sino se entiende a todas las facetas que manifiesta dicha normatividad.

El Derecho surge en un medio social dado para resolver conflictos de interés. Las normas jurídicas están al servicio de dicha solución. Son instrumentales y como tales objeto de disposición por los poderes que se expresan en sociedad: se emplean o se desechan según que las soluciones en ellas contenidas se ajusten en mejor o peor forma a la realidad política, social, económica, cultural, de la sociedad que se trate.

Esta constatación refuerza las relaciones entre el conocimiento histórico y el histórico-jurídico, en términos de hacer de éste uno de carácter histórico. La Historia del Derecho tiende en una perspectiva polifacética a expresarse, fundamentalmente, como ciencia histórica. Se ocupa de una historicidad determinada, la del Derecho, caracterizada

³⁷ Lo que no significa considerar inadmisibile la idea de que los análisis jurídicos tienen una cierta autonomía producto de su lógica interna. Pero esta autonomía dice relación con el perfeccionamiento de la figura jurídica una vez que ésta empieza a ser utilizada en el medio social, o con su empeoramiento. Lo que el jurista ofrece a los poderes sociales son formulas que permiten un mejor aprovechamiento de las relaciones jurídicas. A veces, incluso, con fines distintos para los que surgieron dichas normas, así se observa claramente, por ejemplo, en el empleo de la figura de la sociedad mercantil para las sociedades de mutualidad surgidas a mediados del siglo XIX.

por presentar elementos no estrictamente jurídicos, aunque vinculados estrechamente a lo jurídico; y por su falta de autonomía respecto de la realidad social en que se inserta.

Sostenemos que se debe entender el análisis de la norma jurídica cuando se estudia desde el punto de vista del Derecho objetivo, como una tarea de reflexión jurídica. Pero dado que la tarea del iushistoriador no tiene por finalidad facilitar la aplicación del Derecho a un caso concreto, sino identificar el interés históricamente protegido para exhibirlo ante el dogmático, es que la suya no constituye ciencia jurídica en sentido estricto. Además, en tanto la tarea de la investigación no se agota en la descripción de un aspecto de la norma, sino procura su comprensión cabal, la investigación histórico-jurídica deviene en tarea histórica.

El trabajo integral, polifacético, busca comprender al Derecho en sus relaciones con la sociedad en la que se aplica. Al entenderlo como producto social debe consecuentemente abandonar la órbita estrictamente jurídica en la tarea cognoscitiva para conectar Derecho y sociedad.

Nos parece que puede resultar más omnicomprendivo para una Historia del Derecho de los siglos XIX y XX, abandonar la perspectiva jurídico-institucional como eje de la investigación, dejándola como elemento auxiliar, y centrarse en lo que hemos llamado la visión polifacética de lo jurídico.

¿Existe alguna diferencia práctica en la distinción recién formulada? Lo primero que podemos señalar es que no todas las normas jurídicas son parte constitutivas de instituciones. Consideremos además, que no todas las facetas que reconocemos en el fenómeno jurídico se pueden observar en las instituciones jurídicas, así por ejemplo, las fuentes del Derecho, el conocimiento jurídico.

No negamos que las instituciones expresen una ideología, la que puede ser identificada. Lo que afirmamos es que la investigación histórico-jurídica que se ha centrado en una perspectiva jurídico-institucional, cuyo paradigma es la investigación propuesta por Alfonso García-Gallo, ha descubierto estos aspectos.

Caracterización de la investigación histórico-jurídica polifacética

La comprensión de la historicidad de lo jurídico como producto social da a la investigación histórico-jurídica una nota definitoria, la de atribuir un rol activo al historiador. Tal papel es asumido a cabalidad por el investigador de las manifestaciones del Derecho en el pasado, si al investigar opera con el cuatrinomio: problemas – respuestas probables – verificación – conclusión crítica.

El historiador del Derecho abandona su rol pasivo –expresado en la ilusión de que su tarea principal consiste en la ubicación y lectura de las fuentes históricas-, cuando en su investigación persigue resolver un conjunto de problemas que se ha planteado explícitamente. La formulación de los mismos supone la intervención del presente en la

tarea investigadora, se trata de cuestiones planteadas por un ser que es al mismo tiempo “histórico” e “investigador de lo histórico”.

Asumido que su papel principal consiste en resolver y no en ser un mero lector que lee en voz alta, no le resultará extraño aceptar:

1° A los hechos históricos como fenómenos dependientes del historiador.

2° Que las fuentes del tipo documento no son santuarios a los cuales rendir culto.

3° Que la historia no es sólo individual aislada, sino, además, regularidad, repetición.

4° Que en su tarea debe recurrir a las demás ciencias sociales.

5° Que no sólo debe conocer lo jurídico sino, también, lo político, económico, organización social, lo cultural, en relación recíproca de causa-efecto con la historicidad de lo jurídico.

Dado que la finalidad del Derecho es regular algunas conductas personales – optando entre diversas alternativas de regulación-, en una sociedad determinada, caracterizada precisamente por su actividad política, económica, cultural, y su organización social, es una exigencia explicar el fenómeno jurídico en estrecha relación con estas realidades.

En la medida que la investigación tiene por objetivo dar cuenta de uno, varios, o todos los aspectos propios de la norma jurídica, la tarea investigadora persigue la comprensión de un problema de carácter histórico-jurídico. Se procura una comprensión de un fenómeno jurídico del pasado, no de hacer historia social, económica, política o de la cultura a propósito de un tema jurídico: sin perjuicio de reconocer que al estudiar algunos aspectos habrá que poner especial cuidado con los límites, que se tornarán problemáticos. El conocimiento de la sociedad es para el historiador del Derecho un medio, aunque irrenunciable, para desarrollar con afán comprensivo su tarea.

Propongo entonces el siguiente método general de investigación:³⁸

³⁸ A pesar de la discusión historiográfica actual, sobre el valor del modelo de análisis racional en que se inscribe el empleo de un método, no renunciamos a su empleo por cuanto en el estado actual de debate, y de nuestra propia experiencia investigadora, no nos parece atendible otra opción. Por lo demás, no es la razón lo que está en juego sino una determinada concepción racionalista, la ilustrada.

Los trabajos de Foucault, Michel, **Vigilar y Castigar**, Siglo Xxi de España editores S.A., 15ª edic.; **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**, editorial Alianza, 2ª edic., 1984; que han cuestionado la independencia de las ciencias sociales respecto de las estructuras de poder y afectado con ello su pretensión de objetividad. Las obras de Feyerabend, Paul Karl, **Discurso contra el método**, editorial Ariel S:A:, 1975; **Adiós a la razón**, editorial tecnos S:A:, 1984; que han cuestionado a las ciencias físicas su recurso a una unicidad de método; a un método que opera por inducción y acepta la conrainducción; así como la racionalidad y objetividad de dichas ciencias; nos obligan a tener cautela sobre el papel y las características que debemos asignar al método. Sin embargo, no estoy convencido de la inutilidad del empleo de un método,

1° Planteamiento de un problema histórico-jurídico en una sociedad y época determinada.

No todas las cuestiones que nos surgen acerca de la historicidad del Derecho conducen a una investigación, pero, mejor o peor planteadas, son básicas para desencadenar el proceso de la búsqueda del conocimiento.

2° Aproximación a un conjunto de afirmaciones consideradas como válidas y que constituyen el *corpus* de ideas referencial de la investigación –permitiéndole incorporarse a un conjunto de conocimientos ya sentados, aunque no invariables-, es decir una suerte de mareo teórico.

La problemática que hemos calificado como básica está vinculada a un conjunto de comportamientos previos del investigador. Las preguntas no surgen por generación espontánea, sino a propósito de un conocimiento determinado, en un medio ideal dado, ya sea que el historiador comparta o tenga un juicio crítico negativo sobre el mismo.

3° Especificación del problema y del *corpus* de ideas referencial: ubicación espacio-temporal y temática.

La formulación específica del problema permite la identificación del objetivo circunstancial del trabajo. El objetivo circunstancial dice relación con la solución del problema histórico-jurídico concreto que motiva la investigación.

Puesto que se trata de una investigación que se desenvuelve aceptando las premisas de la concepción polifacética, integral, su objetivo permanente es la comprensión del Derecho en sus relaciones sociales. El objetivo de la investigación sólo estará agotado si las conclusiones determinan las relaciones entre el medio social y los aspectos propios del Derecho.

4° Formulación de respuestas probables.

En esta fase el investigador debe procurar exponer las respuestas probables que vinculan la temática a las fuerzas sociales, los poderes sociales que actúan en relación con el tema objeto de estudio. La relación del Derecho con la sociedad es una relación generalmente mediatizada por entes configurados con el propósito de la defensa de los intereses que el Derecho protege.

La investigación debe atender a los intereses políticos, sociales, económicos o culturales de los actores sociales que actúan en la época en estudio. Las respuestas probables deben considerarlos necesariamente.

5° Tipología de las fuentes que serán empleadas y elecciones técnico-metodológicas específicas.

6° Determinación de la bibliografía.

7° Ubicación y crítica de las fuentes históricas que aportarán los datos.

8° Elaboración de las conclusiones a partir de la evaluación y resolución de los problemas, lo que supone la calificación de su pertinencia y la demostración del carácter correcto o erróneo de las respuestas empleadas en la investigación.

Habrá que reflexionar al momento de la redacción y presentación de los resultados si resulta conveniente desde el punto de vista estético-literario sujetarse al desarrollo de las fases, o por el contrario, abandonarlo y dar cuenta simplemente de los resultados obtenidos en la investigación dándoles una presentación independiente del método. Habrá temas que admitan esta sujeción y otros que demanden su abandono para una mejor comprensión.

Hay que establecer una relación crítica entre las soluciones y el *corpus* de ideas referencial, es decir, revisar el mismo a la luz de las conclusiones aportadas por la investigación.

Además, nos parece altamente conveniente sujetarse a un cronograma con el único propósito de ir marcando el ritmo de la investigación, es decir, dotado de una flexibilidad suficiente para admitir mayor o menor inversión de tiempo en ciertas etapas.

El conocimiento de las normas jurídicas particulares nos permitirá el de los ordenamientos jurídicos. Éstos el de la estructura, cuando exista.

Se puede observar que la nota diferenciadora del método que proponemos radica exclusivamente en la necesidad de alcanzar tanto un objetivo circunstancial como uno de carácter permanente en la investigación, que vincula al investigador con la sociedad. El que sólo puede lograrse asignando un rol activo, creador, al investigador.

Posibilidades para una Historia del Derecho de los siglos XIX y XX

Hay un planteamiento en el artículo que escribió Alfonso García-Gallo en el *anuario* en 1953 que resulta relevante para nuestro asunto. Según él, la Historia del Derecho es ciencia jurídica y no histórica porque es la naturaleza de las cosas, y no que ellas sean viejas o nuevas, lo que determina su estudio por una u otra ciencia.

La afirmación nos remite al problema de la peculiaridad del conocimiento histórico y en su objeto de análisis. Nos parece que estamos en presencia de una actividad historiográfica cuando lo específico del objeto de estudio es que ya aconteció logrand una proyección temporal.

La tarea del historiador es de reconstrucción de fenómenos, siendo dicha reconstrucción de carácter ideal: persigue el conocimiento y la comprensión del pasado sin requerir hacer aprensible materialmente dicha realidad.

El historiador del Derecho reconstruye en el plano de las ideas el Derecho del pasado, pero con ello no persigue resolver un conflicto de relevancia jurídica. No se propone aplicar el Derecho ni enfrentarse con la realidad para dar respuesta a un problema jurídico.

Luego, si resulta relevante que las cosas sean “viejas”, o mas bien, que tengan una proyección temporal, porque si la tienen pueden ser objeto de estudio histórico.

¿Es posible que una investigación que se ocupa del pasado no sea historiografía?, o dicho de otro modo, que una investigación histórico-jurídica siga siendo Derecho y no Historia. Nos parece que no.

García-Gallo desatendió la cuestión temporal para poner atención en las características del objeto estudiado. Pero, al operar de este modo se le hizo necesario, por una cuestión de rigor lógico, desvincular al Derecho del medio social que es lo que le da historicidad al fenómeno jurídico. Esto explica, a mi juicio, que teóricamente se sostenga la independencia del Derecho de lo social para efectos de su estudio, pero que en la práctica se recurra al medio social al realizar las explicaciones. Es que de no hacerlo así se privaría al Derecho de historicidad.

Resulta de suma relevancia para la investigación histórico-jurídica que lo estudiado tenga proyección en el tiempo, porque es el estudio de la proyección temporal lo que transforma dicha investigación en histórica.

Sostener que es la naturaleza de las cosas lo que permite calificar a la Historia del Derecho como ciencia jurídica, nos conduce al otro problema: la relación entre Historia del Derecho y vigencia del Derecho ¿La Historia del Derecho sería tal en la medida que se ocupa del Derecho derogado? Al parecer sí. El cuentista del Derecho se ocupa del derecho vigente, en tanto el historiador del Derecho del derogado, y por ello su tarea no es la del cuentista, no obstante que participa de las características de la ciencia jurídica. No podemos compartir esta conclusión porque ello significaría cerrar toda posibilidad para una Historia del Derecho contemporáneo.

En la perspectiva polifacética la disciplina histórico-jurídica es histórica, por lo mismo se ocupa de la dimensión temporal del Derecho. Lo que le interesa es su historicidad no su derogabilidad. No es un factor de carácter estrictamente jurídico lo que determina su objeto de estudio, sino su calificación como fenómeno histórico.

Sostengo que el estudio desde una perspectiva integral de un derecho vigente con proyección temporal, no constituye ciencia del Derecho sino Historia.

Así como para la filosofía y la sociología del Derecho el estudio de la normativa vigente no está vedado, tampoco debe estarlo para el historiador del derecho. El cuentista

del Derecho no tiene el monopolio del estudio del Derecho vigente si la normativa jurídica ha cobrado una dimensión temporal significativa³⁹ -aunque si tiene el monopolio de su estudio para su aplicación-.

El trabajo del historiador del Derecho sería distinto al del cuentista, en la medida que se separe a la investigación histórico-jurídica de la dogmática. Los temas de investigación podrán coincidir pero no los problemas que ocupan ambos, más aún en la perspectiva integral, polifacética, que propongo.

No sería difícil diferenciar a un dogmático que observa sus problemas desde una perspectiva histórica, de un historiador del Derecho ocupado de un Derecho vigente con proyección temporal. Aquél se ocuparía de la comprensión del Derecho: el historiador de la comprensión de su historicidad, lo que sólo se logra vinculándolo con la sociedad de la que es producto.⁴⁰

Es probable que los vínculos con la sociología del derecho tengan un carácter más difuso, por el común interés de ambas disciplinas en el Derecho en sus relaciones con la sociedad. Pero esta cuestión no debería preocupar a un investigador que asumiera una perspectiva polifacética, por el contrario, él debe estar abierto al contacto y colaboración con otras disciplinas.

³⁹ Cuál sea el número de años que requiere de vigencia una norma para ser objeto de análisis histórico, sólo puede ser determinado a partir de la percepción social acerca de la mutabilidad. La conciencia de fin de siglo es de una rápida mutabilidad y transforma a los fenómenos de la vida social en fugaces. Diez años puede ser hoy por hoy, desde el punto de vista de la psicología social, un significativo periodo de tiempo.

⁴⁰ El recurso al elemento histórico como factor de interpretación de la ley, puede significar para ciertas especialidades como el Derecho Civil o el Constitucional, obtener gran provecho de los estudios histórico-jurídicos en la perspectiva que proponemos.