

Históricas Digital

María del Refugio González

“La historia y el derecho”

p. 109-128

Reflexiones sobre el oficio del historiador

Gisela von Wobeser (coordinación)

Primera reimpresión

México

Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Históricas

1999

252 p.

(Serie Divulgación, 2)

ISBN 968-36-44-84-8

Formato: PDF

Publicado en línea: 13 de abril de 2018

Disponible en:

http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/historiador_reflexiones/301a.html



INSTITUTO
DE INVESTIGACIONES
HISTÓRICAS

DR © 2018, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Históricas. Se autoriza la reproducción sin fines lucrativos, siempre y cuando no se mutile o altere; se debe citar la fuente completa y su dirección electrónica. De otra forma, se requiere permiso previo por escrito de la institución. Dirección: Circuito Mtro. Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510. Ciudad de México



LA HISTORIA Y EL DERECHO

MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ*

INTRODUCCIÓN

El objetivo de las páginas siguientes es ofrecer algunos elementos que permitan apreciar cómo se vinculan la historia y el derecho en un terreno concreto: el del historiador del derecho.** No es el caso preguntar aquí qué es la historia, pero sí ofrecer al no jurista alguna noción de qué es el derecho a fin de que esté en posibilidad de seguir la explicación sobre las relaciones entre ambas disciplinas a través de la labor del historiador del derecho.

Entre los juristas no hay uniformidad de criterios para definir su objeto de estudio: derecho es un conjunto de normas; derecho es la interpretación que el juez hace sobre las normas contenidas en un cuerpo legal; derecho es también lo que se ha venido practicando sistemática y sostenidamente, en forma consuetudinaria, aunque no esté plasmado de forma expresa en cuerpos jurídicos; derecho es también la reflexión que los juristas hacen sobre las normas. El vocablo *derecho* alude, pues, a diversas cuestiones que tienen como denominador común cierto tipo de normas, las de carácter coactivo.

El derecho ha sido el instrumento para regular la vida social, y sus manifestaciones pueden ser muy diversas con tal que sean, en un momento dado, obligatorias. Su carácter coactivo le viene dado

* Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM.

** El trabajo se apoya, parcialmente, en algunos de los materiales que contiene el estudio introductorio: *Historia del Derecho. Métodos e Historiografía*, antología que preparé para el Instituto de Investigaciones José María Luis Mora; en prensa.

de que atrás de esas normas hay un aparato “estatal” que se ocupa de su cumplimiento; de ese aparato se puede decir que es la única instancia en una sociedad dada que puede ejercer de manera legítima la violencia para obligar a cumplir lo dispuesto. Este hecho distingue a las normas jurídicas de cualquier otro tipo de normas.

Como puede verse, el vocablo derecho alude a un conjunto de fenómenos relacionados con las normas jurídicas. En consecuencia, el quehacer académico sobre el derecho, esto es, la investigación que se realice sobre esta cuestión deberá referirse a lo que aquél es, y si se analiza en perspectiva histórica, en un sentido más amplio, es el objeto de conocimiento de la historia del derecho.

¿QUÉ ES LA INVESTIGACIÓN Y QUÉ LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA?

De manera muy general, y siguiendo al *Diccionario de la Real Academia Española*, se puede decir que “investigación es la pesquisa o averiguación que se hace de una materia para saber la verdad, el secreto u otra cosa” y, si se hace sobre el derecho, es jurídica. La investigación jurídica es, pues, la actividad encaminada a indagar, analizar y explicar cómo ha sido el fenómeno jurídico entendido en su más amplia acepción; cómo se conforma; a quiénes obliga; dónde se ubica en la sociedad; cuáles han sido sus fallas, etcétera.

La investigación jurídica no se realiza a través de un solo método, más bien se vale de varios para tratar de averiguar con precisión y profundidad las características de un sistema jurídico dado, la regulación de una institución, las causas de la no aplicación de un reglamento, etcétera, y fundamentalmente puede ser teórica o dogmática y empírica.

La investigación teórica o dogmática

En ella se distinguen tres métodos distintos que, en un momento dado, pueden complementarse: el exegético, el sistemático y el sociológico.

El método exegético busca averiguar lo que el legislador quiso decir a través del contenido de la norma jurídica. Parte de la base de

que la norma expresa la voluntad general y es algo perfecto, estático, que debe ser analizado para saber qué es el derecho. Se basa, asimismo, en los conceptos jurídicos que se han elaborado a través del tiempo. Hace muchos años que los juristas definieron con claridad los elementos del contrato, la naturaleza de las obligaciones, las características de la personalidad y muchas otras cuestiones.

El método dogmático ha sido llamado lógico, constructivo, y está emparentado con el sistemático. Al ser un método lógico, aspira a reconstruir, por medio de operaciones lógicas, el sistema del derecho positivo o alguna de sus ramas. Es dogmático porque se halla indisolublemente ligado a la norma; para este método sólo el derecho positivo es derecho, y a partir de él se conforma el sistema jurídico. También se llama de la jurisprudencia conceptual o jurisprudencia conceptualista, por la hegemonía que se concede a los conceptos en la construcción dogmática. Para algunos autores es el método “clásico” o “tradicional”, aunque sólo adquirió perfil propio durante el siglo XIX.

El método sistemático parte de la noción de sistema, considerando que éste es el conjunto de normas que constituyen un orden jurídico en determinado momento. Estas normas deben tener una base de sustentación que les dé legitimidad; la base de sustentación es, por lo general, el texto de la constitución de un país, ya que este cuerpo jurídico es el que señala la división de poderes, las facultades de los diversos órganos, las limitaciones generales a la conducta de los ciudadanos, las garantías de que gozan, etcétera. Todos estos principios básicos deben desarrollarse en los ordenamientos de carácter más particular y específico que conforman el sistema. La validez de cada conducta o de cada ordenamiento ha de estar referida a la norma que lo hace posible, y así sucesivamente hasta llegar a la norma que da origen a todo el sistema que es la Constitución o su equivalente.

Las diferencias entre el método dogmático y el sistemático son de grado; en el primero el acento está en los conceptos y en el segundo, en el sistema que los comprende. Los estudiosos del derecho, especialmente los filósofos, han atribuido a ambos métodos un carácter científico.

El método sociológico parte de la base de que el derecho es un producto social y, como tal, se encuentra estrechamente vinculado a la sociedad que le da origen. En consecuencia, para averiguar qué es el derecho en un momento y una sociedad dados, ha de atenderse no sólo a la norma jurídica sino a la realidad social que la genera. A este fin, debe tratarse de interpretarse la norma en función de esa realidad, valiéndose el investigador de los elementos que le permitan acercarse tanto a la norma como al espíritu con el que fue dictada.

La investigación empírica

Está dirigida a buscar un acercamiento entre lo que señalan los cuerpos jurídicos y la realidad social. El objeto de este tipo de investigación no sólo se constituye por las normas y los hechos que las rodean, los cuales ya estarían incluidos en el método sociológico antes señalado, sino también por la indagación sobre la manera en que realmente un ordenamiento se aplicó y la eficacia de los ordenamientos. Esta forma de investigación se acerca mucho a otras ramas del conocimiento y, en relación con la historia del derecho, podemos considerarlo dentro de la llamada historia social. En este orden de ideas, cuál sería, pues, el campo de la historia del derecho.

¿CUÁL ES EL CAMPO DE LA HISTORIA DEL DERECHO?

La historia del derecho está comprendida por dos disciplinas que reivindican para sí mismas el carácter de ciencia y que se denominan de igual manera que su objeto de conocimiento: la *historia* y el *derecho*.

Los juristas afirman que hay una ciencia del derecho. “Ciencia” puede ser simplemente el conocimiento de algo, pero para que algo sea “ciencia” tiene que disponer de un método que se dice científico y que haga posible acceder a ese conocimiento. Las ciencias por antonomasia son las experimentales, ya que a través de la experimentación permiten llegar al conocimiento de “algo”. No es éste el supuesto en el que se encuentran la historia y el derecho que, a

juicio de diversos autores, más bien pueden considerarse ciencias sociales. En este tipo de ciencia, también, a través de la aplicación de métodos determinados, se puede acceder al conocimiento de “algo”, sin que ese conocimiento pueda ser, en términos generales, verificado experimentalmente. Por lo que respecta al derecho, el carácter científico no le viene sólo de su inclusión en las ciencias sociales, todas ellas de formación reciente, sino de que los propios juristas y los filósofos del derecho, desde tiempos remotos, han afirmado que el derecho es una ciencia, bien que solamente visto desde cierta perspectiva, que es la construcción de conceptos y sistemas.

A Santiago Nino le llama la atención el hecho de que a los juristas les parezca importante que su actividad sea científica. Pienso que esto se debe a que aunque el vocablo ciencia sea vago y tenga una gran carga emotiva, aplicado a una actividad determinada, que por tanto se considera científica, otorga a sus cultivadores un amplio reconocimiento social. De ahí la necesidad del jurista de que se reconozca que la actividad a la que dedica su esfuerzo es científica. Supongo que otro tanto le sucede a los historiadores. Pero veamos el asunto en relación con la historia del derecho. Para lograrlo es preciso poner atención en dos cuestiones: el método en el que ha de basarse y el carácter de la disciplina.

El debate historia vs. historia externa

A partir de los conceptos de historia interna e historia externa es posible avanzar en la explicación de la naturaleza de la historia del derecho y los métodos con los cuales ha de trabajarse. Esto es así porque la disciplina, al igual que muchas otras de las historias de “algo”, se ubica entre dos ramas de conocimiento y, aunque la polémica sobre la existencia de una historia interna y otra externa de algo parezca actualmente superada, desde el punto de vista conceptual permite ver con relativa claridad la naturaleza de esas “historias especiales”.

La división entre historia interna y externa del derecho procede del texto de Leibnitz *Nova methodus discendae docendaque*



jurisprudentiae (1677), en el cual, al tratar de la jurisprudencia histórica, establece esta distinción. La división ha sido muy útil, ya que permite establecer métodos y terrenos, aunque sea con fines fundamentalmente explicativos, ya que, como se verá más adelante, en la práctica las distinciones no son tan categóricas.

El debate historia interna *vs.* historia externa no es exclusivo de la historia del derecho, también está presente en la historia de las matemáticas, la química, la astronomía y cualquier otra disciplina que presuponga un conocimiento “científico” que deba estudiarse en perspectiva histórica. Así, cabe preguntar: ¿Quién debe hacer la historia de la física?, ¿el físico o el historiador? ¿Quién, la de la astronomía?, ¿el historiador o el astrónomo?, y así sucesivamente. El debate tiene que ver no sólo con el objeto del conocimiento sino también con el método con el que se aborda. Esto lleva a considerar que es la perspectiva desde la cual se estudia determinada disciplina, la que hace que el trabajo realizado se ubique dentro de la historia interna o la externa. En el caso específico de la historia del derecho el asunto es difícil por ser tanto la primera como el último resultado de los hechos sociales y no ser susceptibles de verificación experimental.

El derecho y la historia del derecho

Varios historiadores del derecho y diversos “ius filósofos” piensan que la historia del derecho es una disciplina jurídica. Entre los primeros hay que señalar a Pietro de Francisci, Ricardo Orestano y Alfonso García-Gallo; entre los segundos, a Hans Kelsen, Alf Ross y Santiago Nino. Ha correspondido a los filósofos la reflexión sobre el carácter científico del derecho.

Hans Kelsen explica que la ciencia jurídica es una ciencia normativa, pero no porque formule normas sino porque su función es describirlas; su objeto de conocimiento son las normas válidas en cierto ámbito. Este autor ubica a la historia del derecho dentro de este ámbito de conocimiento, señalando que las normas que deben investigarse serían las que fueron válidas en un momento dado. Alf

Ross se encuentra, asimismo, entre los autores que ubican la historia del derecho en el terreno de la ciencia jurídica, a la cual llama también dogmática jurídica. El objeto de conocimiento de ésta en un orden jurídico determinado es una sociedad dada. La ciencia jurídica —dice— debe exponer el derecho vigente, conforme a un sistema. La definición de sistema jurídico es el punto de partida para averiguar cuál es el contenido del derecho.

El establecimiento de una sistematización debe apoyarse en la tradición jurídica; por ello los sistemas jurídicos tienen el perfil que les da su propio pasado histórico. El sistema ha de contemplar tanto los órganos que crean las normas como los que las aplican. Un sistema bien desarrollado atiende a la organización de la autoridad pública y al procedimiento que se sigue en la administración de justicia. Para Santiago Nino, los sistemas jurídicos son también el objeto de la ciencia del derecho. Vinculadas a esta posición se encuentran, por un lado, la consideración de que la historia del derecho es la “historia interna” de un objeto específico, que es el derecho, y por el otro, la propuesta de que debe ser trabajada con el método dogmático, del que antes se habló.

Dentro de este marco conceptual, algunos teóricos desean que se sitúe la historia del derecho, pero es claro que si su objeto de conocimiento es el derecho del pasado y no el vigente, la historia del derecho deberá ocuparse de la descripción de lo que se consideró derecho en su tiempo y, eventualmente, de su evolución histórica.

La historia interna del derecho busca explicar el sistema jurídico; las normas que lo conforman; los conceptos, postulados o principios jurídicos en que se basa, atendiendo a su evolución, sin ubicar el fenómeno que se estudia en un contexto que tome en cuenta los factores políticos, económicos o sociales que condicionaron su desarrollo, los cuales, al considerarse metajurídicos, no son el objeto ni del derecho ni de su historia. Desde la perspectiva “internalista” se puede estudiar, por ejemplo, la regulación del *furtum*; la jurisdicción de un tribunal o un conjunto de ellos; la expresión *pacta sunt servanda*; la institución de la cesión de créditos o cualquier otro concepto o institución, analizando su propio desarrollo evolutivo:

qué facultades tenía; cómo se usó en tal siglo; en qué sentido se utiliza en los instrumentos notariales; qué elementos comprendía, etcétera. Esta manera de ver la historia del derecho es propia de quienes sólo buscan analizar las modificaciones conceptuales o las de un sistema, al interior de unos y otro.

La historia y la historia del derecho

Diversos historiadores del derecho ubican la historia del derecho dentro del campo de las disciplinas históricas o simplemente dentro de la historia. Al comenzar a ocuparse ésta de explorar sectores específicos de la actividad humana surgieron los estudios de las llamadas “historias especiales”, entre ellas la del derecho, las instituciones, la música, la economía, las ciencias, etcétera. Son muy numerosos los historiadores del derecho que postulan, con diversos enfoques y matices, la filiación histórica de su disciplina: Bruno Paradisi y Francesco Calasso, entre los italianos; Franz Wieacker y Helmut Coing, entre los alemanes; Eduardo de Hinojosa, Rafael Altamira, Francisco Tomás y Valiente, José Antonio Escudero y José María Pérez Prendes, entre los españoles, y Ricardo Levene, entre los americanos. Vinculadas a esta posición se encuentran, por un lado, la consideración de ser la historia del derecho la “historia externa” de ese objeto de conocimiento que es el derecho y, por el otro, la propuesta de que debe ser trabajada con métodos históricos.

La historicidad del fenómeno jurídico fue puesta de relieve por la llamada Escuela Histórica del Derecho que floreció en Alemania en el siglo XIX. Para esta escuela, el derecho es fruto de una ininterrumpida tradición, de una continuidad histórica. Uno de sus principales frutos fue concebir a la historia del derecho de una manera más amplia que su predecesora, la escuela francesa de la exégesis. La idea básica que inspira a la Escuela Histórica es que el derecho no es el producto de la razón humana sino del espíritu del pueblo (*Volkegeist*). Esta manera de ver al derecho llevó a abrir el concepto hacia nuevos horizontes, hasta desarrollarse la teoría histórica del derecho.

La Escuela Histórica puso a la investigación histórica al servicio de la dogmática jurídica señalando la historicidad del derecho y, aunque parecía abocada a formular el sociologismo jurídico, paradójicamente lo que engendró fue el dogmatismo jurídico, ya que no logró separarse de la dogmática. De cualquier manera, sus postulados hicieron posible el estudio histórico del derecho vinculándolo a los hechos que condicionan el fenómeno jurídico. A partir de esta concepción paulatinamente se incorporaron al objeto de conocimiento del historiador del derecho nuevos elementos, lo que ha dado lugar a la generación de diversas tendencias para el estudio de la historia del derecho con enfoque histórico, con numerosos matices.

De alguna manera quienes ubican a la historia del derecho dentro de la historia, especialmente se dedican a hacer lo que se denomina historia externa del derecho; para ello, estudian los textos jurídicos, los sucesos políticos y sociales que explican los hechos jurídicos; los factores metajurídicos por los que se desarrollan los fenómenos jurídicos; la literatura jurídica; la historia de los cuerpos jurídicos; las instituciones, etcétera, enmarcándolos en el contexto en que surgieron y se desarrollaron.

El vocablo “externa” explica suficientemente cuál es el objeto de conocimiento: el derecho en su contexto, esto es, el derecho desde afuera.

Los historiadores del derecho que se afilian a la corriente de opinión que postula que su disciplina se ubica dentro de las ciencias históricas no parecen inclinados a utilizar un solo método, aunque sí, hacia el estudio de las instituciones entendidas en un sentido muy amplio.

Si se estudian “instituciones jurídicas” y no “derecho” a secas, ya se está dejando de lado la exclusividad del estudio de las normas jurídicas. Así, se pueden desgajar los elementos tanto jurídicos como no jurídicos que condicionan a las instituciones, y lo que se estudia ya no pertenece al campo de la dogmática jurídica.

Visto el asunto de esta manera, el historiador podrá ocuparse del estudio de la familia, el poder ejecutivo, la libertad testamentaria, los contratos, la patria potestad, etcétera, partiendo de la base de

su marco normativo y atendiendo los factores metajurídicos que condicionan a estas instituciones. Al hacerlo, ha de tener en cuenta no sólo las fuentes en las que éstas se plasman, los códigos, las constituciones, los reglamentos, la costumbre, etcétera, sino también los hechos políticos, sociales o económicos, a consecuencia de los cuales surgen, se desarrollan o se extinguen.

La historia social del derecho

Ya hemos ido de la historia dogmática del derecho a la historia de las instituciones. Esta última, para algunos autores, entre quienes se encuentra en España Vicens Vives, no es historia propiamente dicha porque —a su juicio— para hacer historia no basta el estudio de la interacción entre la normativa legal y la realidad histórica, dejando de lado la inserción social de los individuos que encarnan a la institución. Alrededor de este enunciado se encuentra el trabajo de quienes proponen el estudio de la llamada historia social del derecho.

En los años cuarenta la historia social, a secas, se postuló como el modo de hacer la “nueva historia” por Lucien Febvre, fundador de la escuela de los *Annales*, porque así se llamaba la revista que animó con otros colegas.

La nueva historia debía tener como objeto de conocimiento al hombre y su actividad creadora. Esta historia poco a poco llegó a ser la historia del hombre y de su grupo social; esto es, una historia de la sociedad en movimiento. El historiador inglés Hobsbawm ha propuesto, al hacer un balance sobre el trabajo de quienes publicaron en los *Annales* a lo largo de cuarenta años, que a esta historia se le denomine “historia de la sociedad”.

De acuerdo con los principios metodológicos de esta corriente de pensamiento, el hombre en sociedad constituye el objeto de la investigación histórica, para realizar la cual hay que ocuparse de descubrir, en el seno de la globalidad, las articulaciones verdaderas, esto es, captar las vinculaciones relevantes que nos hacen inteligible la totalidad de una sociedad constituida por fuerzas en acción animadas por un impulso que les es propio.

La historia social se apoya en datos económicos que reflejen las relaciones sociales: consideraciones sobre la estratificación social de los miembros de la sociedad; las características de las relaciones sociales; el estudio de los movimientos sociales, y el estudio de las mentalidades.

Me atrevo a decir que la historia social puede tener sobre todo dos temas, dos enfoques vinculados al mundo del derecho: el derecho visto desde la perspectiva de los juristas y la profesión jurídica, y el impacto de los movimientos sociales y políticos en el derecho, estos últimos entendidos como el resultado de la fractura del pacto social a través del derecho a la rebelión y al tiranicidio.

Para la historia social del derecho es conveniente apoyarse en la sociología jurídica y en el uso del método sociológico o los métodos sociológicos para lograr mejores resultados; pero no es el objeto de estas páginas señalar las características de la sociología jurídica, tema complejo, sobre el que también hay muy diversas corrientes de opinión y métodos de trabajo y que merecería una conferencia por separado.

Buena parte de la polémica sobre los métodos descritos pertenece a la historia de la historiografía jurídica. En la actualidad pocos historiadores del derecho siguen uno u otro en forma exclusiva, más bien, como señala Helmut Coing, se debe buscar el método en función del objeto que se pretende investigar. ¿Cuáles pueden ser esos objetos?

El objeto de conocimiento de la historia del derecho

Ya se ha dicho que la historia del derecho tiene la necesidad primordial de ocuparse en forma prioritaria del derecho, ya sea éste, los conceptos o los sistemas jurídicos, dado que ambos son el objeto de conocimiento de la historia interna. Pero hay otros fenómenos vinculados o sustentados en el derecho que también son objeto de conocimiento de la historia del derecho en un sentido amplio. En este orden de ideas quedan incluidos los temas que abordan tanto la historia de las instituciones como la historia social del derecho. Entre

ellos pueden señalarse, como los más importantes, las instituciones jurídicas, los concededores del derecho y los textos jurídicos.

En relación con las instituciones jurídicas, los ejemplos son muy variados: por un lado, la familia, el estupro o el mutuo con interés y, por el otro, los parlamentos, las cortes, la magistratura, la universidad, el consulado, etcétera. Todas éstas son instituciones que tienen una regulación jurídica y no pueden considerarse ellas mismas como fuentes formales del derecho, aunque sí lo es la norma que las regula. En este supuesto se encuentra cualquier institución que cuente con una regulación que haga posible su funcionamiento. Asimismo, podemos considerar, dentro de este rubro, ciertas prácticas institucionalizadas como el contrabando o la corrupción, que cuentan y han contado con una regulación que las prohíbe. Todas estas cuestiones son objeto primordial de estudio de la historia de las instituciones, la cual, en general, se considera historia externa.

Respecto a los concededores del derecho como clase profesional quedan incluidos en el enunciado los sujetos que, por sus conocimientos, constituyeron, y en algunos países todavía constituyen, un “cuerpo” profesional: magistrados, profesores, asesores de la administración pública, etcétera. Estos sujetos forman parte del objeto de conocimiento de la historia del derecho, entre otras razones porque, como señala Coing, son los generadores del pensamiento jurídico de una época, que se refleja en el lenguaje técnico que utilizan, en los argumentos jurídicos que expresan, en los conceptos jurídicos que plasman en los formularios, etcétera. Estos sujetos se mueven en torno a los órganos creadores o aplicadores del derecho y, por su situación, son objeto fundamental de la historia social del derecho, la cual se interesa por su origen social, su situación económica, sus relaciones familiares, etcétera.

Por último, los textos jurídicos, tanto los que formaron parte del orden jurídico como los que se quedaron en proyecto, son también el objeto de la historia del derecho. Sobre ellos son muchas las cuestiones que se pueden estudiar: su importancia, su contenido, las discusiones en torno a éste, los sujetos que participaron en ellas,

etcétera. De los promulgados cabe preguntarse sobre su eficacia, sin perder de vista que es hasta la época moderna cuando el Estado exigió el cumplimiento del derecho dictado por los órganos de creación del derecho. Es también importante averiguar cuáles ordenamientos no se cumplieron y avanzar hipótesis sustentadas en los hechos derivados de las condiciones sociales, políticas o económicas, y sobre las causas por las que no se cumplieran, o cumpliéndose tuvieran consecuencias nocivas no previstas. Este tipo de investigación se puede ir de la historia interna a la externa y entrar en el terreno de la historia social. Como puede verse, en buena medida el objeto determina el método.

LAS FUENTES Y SU INTERPRETACIÓN

Para averiguar uno o varios de los puntos anteriores, su evolución, su desarrollo, las causas de su inobservancia, las de su creación o extinción, o cualquier otro aspecto, el investigador debe acudir al ordenamiento y a todas aquellas fuentes que lo auxilien a comprender el fenómeno: textos jurídicos, obras doctrinarias e historiográficas, censos, instrumentos notariales, planes de estudio de la carrera de derecho, cifras de producción, movimientos migratorios, registros de nacimientos, etcétera. Todas las fuentes jurídicas o no jurídicas que permiten esclarecer el fenómeno estudiado son adecuadas si se ajustan a ciertas reglas tanto formales como de interpretación.

Con lo que hasta aquí hemos dicho parece claro que el historiador del derecho trabaja tanto con fuentes jurídicas como con las que no lo son. Los métodos hermenéuticos o de interpretación de éstas son también muy numerosos, y en su elección, el investigador pondrá el acento en uno u otro, no sólo en atención al objeto de conocimiento sino también a su propia visión del mundo.

De manera simplemente enunciativa podría señalarse que fuentes jurídicas son:

- a) las normas jurídicas;
- b) la costumbre;
- c) la doctrina jurídica;

- d) la jurisprudencia;
- e) las sentencias de los jueces;
- f) los tratados;
- g) los contratos;
- h) las resoluciones administrativas, e
- i) los testamentos.

Sin embargo, no todas han tenido el mismo valor en la historia del derecho.

De manera que para averiguar cuáles son las fuentes de derecho de cada época es necesario saber a través de qué instrumentos o modos se crea y su orden de importancia. Varios ejemplos ilustrarán la cuestión: desde el siglo XIX una fuente jurídica fundamental es el derecho dictado por las asambleas parlamentarias, es decir, el legislado; las disposiciones dictadas por el rey fueron la fuente de derecho más importante del siglo XVIII; los principios generales del derecho común y la doctrina jurídica eran fuente capital del derecho entre los siglos XIII y XIX y perdieron importancia a partir de la codificación; las sentencias judiciales en el derecho anglosajón crean el precedente que determina la generalidad de la norma, en tanto que en los derechos neorromanistas son normas particulares; el derecho común en la Edad Media era derecho vigente y ahora no lo es, etcétera. Es por lo tanto necesario averiguar cómo se conforma el sistema jurídico en cada época.

La historia del derecho a partir de las fuentes jurídicas debe tomar en cuenta, pues, que éstas no han sido las mismas en todas las épocas. Los conceptos actuales no necesariamente resuelven todos los problemas por las diferencias semánticas de las palabras. Por ejemplo, a las opiniones de los juriconsultos en Roma se les denominaba jurisprudencia, y con el mismo vocablo en nuestro país se designan las sentencias de órganos judiciales que reúnen ciertas características. No sólo las diferencias semánticas son importantes, existen vocablos que no han cambiado de significado, pero que aluden al resultado de procesos diversos según la época de que se trate. De manera que aunque *ley* haya sido y siga siendo una norma de carácter general, antes del siglo XVI debía ser votada por las cortes, y

desde el siglo XIX, por los parlamentos. Estos dos órganos creadores de derecho no se constituyen de la misma manera, lo que es importante para la interpretación de las normas que crean. Por eso, hay que tener cuidado en el uso de los conceptos actuales aplicados a los del pasado, ya que puede desvirtuar la comprensión de las normas e instituciones de éste y su interpretación.

Es claro que de las fuentes no jurídicas podemos sacar también elementos para la historia del derecho. Sobre la dote y el contrato de aprendizaje, mucho podemos aprender en fuentes literarias, especialmente de novelas costumbristas; en las crónicas, los historiadores ofrecen elementos para conocer el valor jurídico que se ha dado a la posesión en diversos periodos de la historia de México.

El historiador del derecho no es juez, pero en el desempeño de su tarea tiene que actuar con los criterios que usaría el juzgador para aplicar el derecho:

- a) ¿cuál es el problema por resolver?;
- b) ¿cuál es la norma aplicable?;
- c) ¿cuáles son los argumentos y las pruebas de las partes?;
- d) ¿cuál es su opinión sobre el caso?

Ni el juez ni el historiador pueden hacer una valoración objetiva del caso que los ocupa porque siempre estarán en juego sus propias estructuras, su ideología, su visión del mundo y de la vida. Pero para llegar a soluciones ambos deben fundamentar sus aciertos en:

- a) la formulación del criterio en que se apoyan, que, en el caso del juez, sería la fundamentación de la sentencia que dicta y en el del historiador la determinación del método que ha de seguir, y
- b) las pruebas que permitan, también a otros, verificar los hechos respecto del historiador del derecho y entonces estaríamos hablando de la verificación de sus hipótesis.

No basta decir que la magistratura en la época tal era corrupta, o que no se aplicó la ley que prohibía el aborto, por ejemplo. Hay que ofrecer pruebas: testimonios de las fortunas de los jueces antes y después de acceder a sus cargos; estadísticas de sentencias confrontadas con estimados de números de abortos practicados, etcétera.



RELACIONES ENTRE LA HISTORIA Y EL DERECHO

Para terminar cabría preguntarse en qué medida han influido en la investigación histórica los métodos hasta aquí señalados. Si la historia del derecho es historia, no habría mucho que agregar. Pero este hecho ha preocupado a algunos de los historiadores del derecho, especialmente a Olivier Motte, quien considera que éstos han ido olvidando lo que los hizo nacer, y que de la historicidad del derecho se ha pasado al derecho histórico, y con ello se ha sustituido paulatinamente el marco metodológico por el objeto. Visto el asunto de esta manera, parecería que la historia del derecho es sólo una rama especializada de la historia —en lo que están de acuerdo diversos autores— y no un puente “entre dos disciplinas que precisan una de la otra”. A juicio de Motte, revelar los vínculos entre ambas es la tarea y la vocación del historiador de las instituciones.

Si, por el contrario, la historia del derecho es derecho, podría afirmarse que la influencia de aquella sobre la historia merecería ser más amplia. El historiador podría utilizar la rica experiencia metodológica que arrojaron los largos años de desarrollo de la investigación jurídica dogmática para afinar su análisis en el estudio de las más diversas instituciones. Creo firmemente que el trabajo del historiador se vería enriquecido si atiende algunas de las cuestiones que se han señalado como propias del terreno de la investigación jurídica. Supongo que cada uno de los conferenciantes de este ciclo ha dicho lo mismo al encarecer las virtudes de la disciplina a la que dedica sus esfuerzos. Por eso no es mi intención asumir posiciones dogmáticas como las que se han descrito, sino más bien enriquecer este ciclo de conferencias con la perspectiva de una disciplina que se ha venido cultivando hace varios cientos de años y que ofrece, a mi juicio, un firme punto de apoyo para la investigación histórica en general.

EPÍLOGO

Ya sea historia o derecho, la historia del derecho es una disciplina fascinante que nos acerca al pasado desde la perspectiva del *deber ser*.

Por las relaciones que se han dado entre los sistemas jurídicos, el historiador del derecho a menudo transita por periodos muy largos para analizar un fenómeno determinado. Esta larga perspectiva le ofrece elementos de análisis que otros estudiosos no tienen, y por ello suele ser escéptico frente a los movimientos sociales y las novedades jurídicas o políticas. Sabe que es poco lo que se transforma cada vez, a pesar de la fuerza que haya tenido el impulso modificador. El cambio de actores no justifica, a sus ojos, la modificación de las estructuras, las conductas le aparecen repetidas en las diversas épocas; las demandas, semejantes. No ve mucho nuevo bajo el sol ya que al ser su objeto de conocimiento la regulación de la conducta del hombre en y frente al poder y los órganos de gobierno, en la sociedad y en el núcleo familiar, puede apreciar que las motivaciones para la regulación de determinada situación son, con frecuencia, las mismas a lo largo del tiempo. A decir de Hans Thieme, el historiador del derecho se encuentra, además, entre dos mundos:

...es tenido frecuentemente entre los juristas como un buen historiador y entre los historiadores como un buen jurista. No le resulta fácil contentar a unos y otros... Incómodo a los historiadores por su mentalidad jurídica. Motivo de escándalo para los estudiosos del derecho por su vocación a retrotraer históricamente el estado de las cuestiones. (Siempre entre dos Facultades) A menudo no sabe cuál es en realidad su patria ni de dónde es ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, "Ojeada a la historiografía sobre las instituciones jurídicas del siglo XIX", en *Memorias del Simposio de Historiografía Americanista*, México, CMCH, Gobierno del Estado de Morelos, III, 1990, p. 454-472.
- BADENES GASSET, Ramón, *Metodología del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1959, 457 p.
- 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, presentación de Josep Fontana, México, Editorial Grijalbo, 1977, 440 p.

CASTÁN Tobeñas, José, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, 131 p.

COING, Helmut, "Historia del derecho y dogmática jurídica", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, v. 9, núm. 2, may.-ago. 1982, p. 245-257.

_____, *Las tareas del historiador del derecho (Reflexiones metodológicas)*, trad. de Antonio Merchán, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, 106 p.

ESCUADERO, José Antonio, *Historia del derecho: historiografía y problemas*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1973, 315 p.

GONZÁLEZ, María del Refugio, "Historia del derecho mexicano", en *Introducción al Derecho Mexicano*, México, UNAM-III, 1981, v. I, p. 9-108.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, 245 p.

LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, México, UNAM-III, 1991, 163 p.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1974, 612 p.

MARGADANT, Guillermo Floris, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1971, 268 p.

_____, "México: 75 años de investigación histórico-jurídica", en *Memoria del Coloquio Internacional sobre los 75 años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM-III, 1976, v. II, p. 63-80.

MOTTE, Olivier, "La Escuela de los Annales y la historia del derecho", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, v. VI, 1981, p. 317-330.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia a la dogmática penal)*, México, UNAM-III, 1974, 116 p.

- RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, "En torno de la problemática de la historia de la historiografía", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 19, 1968, Buenos Aires, p. 210-216.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, 375 p.
- TAMAYO Y SALMÓN, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, México, UNAM-IJ, 1983, 135 p.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Historiografía Jurídica", en *Memoria del Coloquio internacional sobre los 75 años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM-IJ, 1976, v. II, p. 7-41.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, 2a. ed., trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983, 433 p.
- WITKER, Jorge, comp., *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM-Coordinación de Humanidades, 1978, 168 p. (Lecturas Universitarias, 29).

