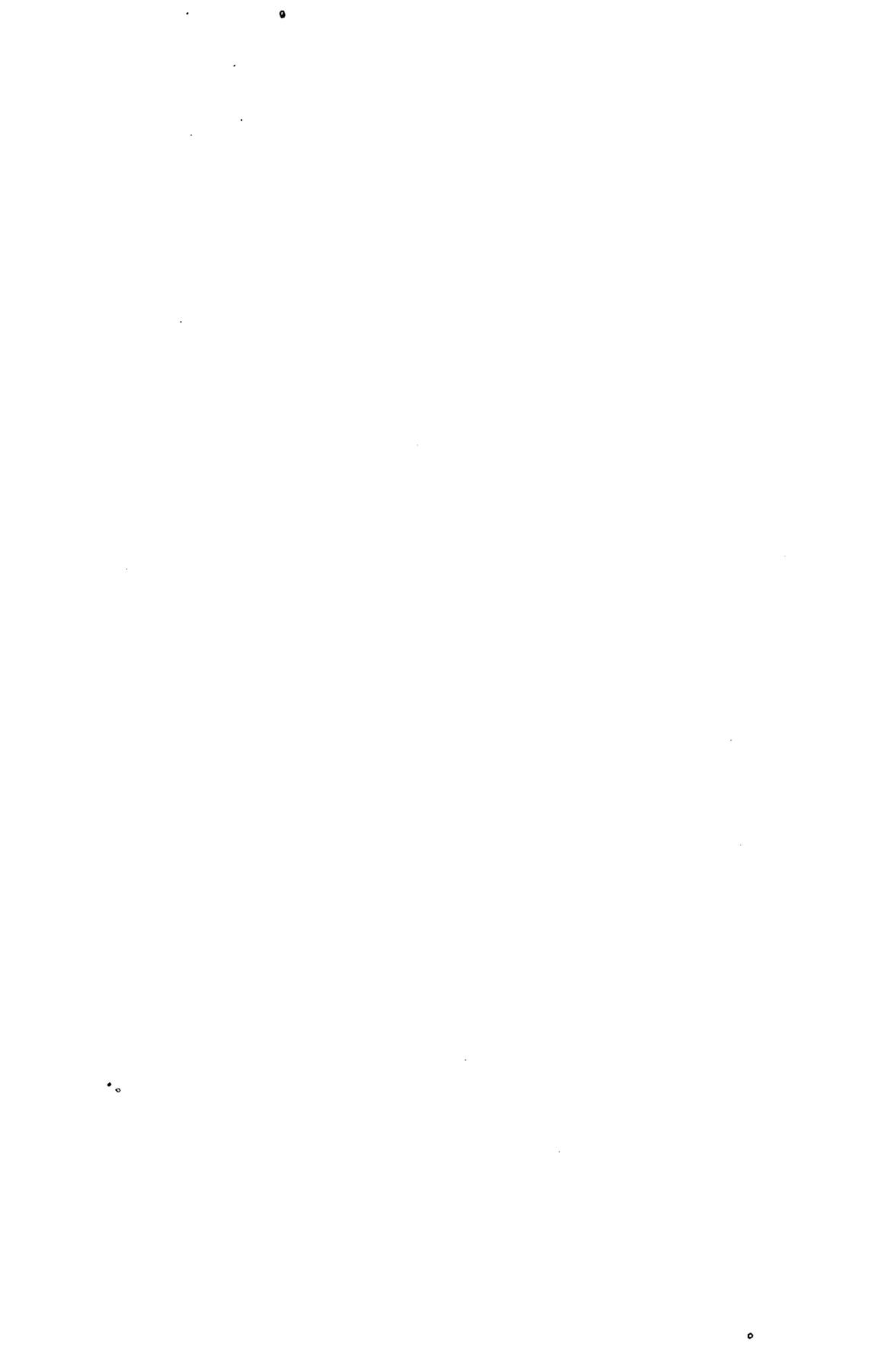


EL DERECHO Y LA REALIDAD SOCIAL: REFLEXIONES
EN TORNO A LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES

Salustiano de Dios



I. DESPRESTIGIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Es ya casi un lugar común la acusación que se hace a la Historia institucional —traducida en un desinterés, cuando no en un abierto desprecio por la misma— de estar alejada de la vida social y de ocuparse únicamente de la superestructura legal. Son suficientemente significativas de este estado de opinión las siguientes palabras de Fontana ¹: «desinteresándose de estos problemas (se refiere a los de Hacienda), los historiadores los abandonaron a un tipo de erudición institucionalista que suele limitarse a estudiar el desarrollo de la administración a través de los textos legales y los reglamentos, olvidando los decisivos encadenamientos que existen entre institución y sociedad.

En el fondo de esta acusación, y en su manifestación más radical, late la creencia de que la realidad social se expresa únicamente en términos sociales y económicos, mientras que lo jurídico no es más que la apariencia o el disfraz de esa realidad. El Derecho sería, pues, ideología en el peyorativo sentido de ocultación de la realidad. Basten para comprobar esta afirmación tres testimonios de otros tantos historiadores: dos de ellos se refieren al problema concreto de la estratificación social y en el tercero, en cambio, se trata de una afirmación general. Así, Soboul, en el coloquio que siguió a su ponencia del Congreso de Saint-Cloud de 1965, defendiendo frente a Mousnier la existencia de clases en el Antiguo Régimen (y, en concreto, respecto a la época final), dice que: «el orden es la forma jurídica, la apariencia. La realidad social es la clase. (...) No podemos dejarnos engañar por la estructura jurídica de los órdenes que no es más que la máscara de la realidad social de clases» ². Sobre el mismo problema de estamentos y clases sociales Fontana ³ afirma: «Pero, en la realidad de la vida —que raras veces es tan simple como la de los textos legales—, nos encontramos con que muchas de estas clasificaciones están contaminadas por otras de distinto signo (...) Vistos así los problemas, ¿no parece que tanto en un caso como en otro, la estratificación

1. *Hacienda y Estado en la crisis final del antiguo régimen español: 1823-1833*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973, pp. 7-8.

2. *L'Histoire social. Sources et Méthodes*, Presses Universitaires de France, París, 1967, pp. 28-29.

legal sea otra cosa que el disfraz que encubre, y perpetúa, una diferenciación de origen económico? (...) También aquí sucede que, cuando tratamos de examinar la naturaleza de las relaciones existentes entre los diversos grupos que integran esta sociedad, no en las formas teóricas en que se nos presentan en los textos legales, sino en la realidad de sus enfrentamientos, no encontramos otra manera de hacerlas inteligibles que la de examinar sus fundamentos económicos...». La afirmación general la tomamos de José Luis Martín⁴, quien, al valorar el significado que tuvo para la historiografía española la «Aproximación a la Historia de España» de Vicens Vives, dice: «Con esta obra, el historiador catalán abandonaba la historia tradicionalmente cultivada en España (historia política e institucional) y se incorporaba a las corrientes europeas, caracterizadas por aspirar a un tipo de Historia en la que, detrás de la fachada de las instituciones inmutables, aparecen las duras realidades de cada sociedad, de cada civilización». Esta radicalización en su grado más extremo supone la negación de la misma existencia de la Historia del Derecho. De este modo, Marx y Engels⁵ afirman que: «el Derecho carece de historia propia, como carece también de ella la religión».

En otros casos, aun admitiéndose la realidad específica del Derecho, el rechazo a la Historia de las instituciones viene dado por su excesiva especialización jurídica, en cuanto se preocupa exclusivamente del elemento técnico-normativo y olvida su conexión con el medio social. En esta situación se encuentran los historiadores de las instituciones que consideran a la Historia institucional como independiente de la Historia del Derecho. Postura que podemos ver, entre otros, en Fawtier⁶, Ellul⁷ y, en cierto modo, en García de Valdeavellano⁸.

¿Qué objetividad tienen estas acusaciones hechas desde fuera del ámbito de la Historia del Derecho? ¿Se corresponden con críticas realizadas desde el interior de la propia Historia jurídica? La pretensión de dar respuesta a

3. *La Historia*, Salvat, Barcelona, 1974, pp. 106-108.

4. *Historia de España*, Ediciones Gallach, Barcelona, 1973, vol. II, p. 7.

5. *La ideología alemana*, Grijalbo-Pueblos Unidos de Montevideo, Barcelona, 1973, p. 73.

6. *Histoire des institutions françaises au moyen âge*, Presses Universitaires de France, París, 1957, vol. I, pp. VII-X, donde reprocha a la Historia de las instituciones que se estudia en las facultades francesas de Derecho el que sea «una Historia muy especializada, más próxima a la Historia de las ideas que a la de los hombres», y propugna un estudio de las instituciones en función del medio en el que ellas se desarrollan.

7. *Historia de las instituciones de la antigüedad*, Aguilar, Madrid, 1970, pp. IX-X, al pedir una Historia de las instituciones diferente de la Historia del Derecho, en cuanto que deben considerarse los fenómenos jurídicos más que como una realidad en sí en su manifestación técnica, en relación a su contexto económico y social.

8. *Curso de la Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Revista de Occidente, Madrid, 1967, pp. 97-98, considera a la historia de las instituciones político-administrativas como ciencia independiente, desgajada de la Historia del Derecho, por el hecho de realizar su estudio en estrecha relación con sus fundamentos económicos y sociales.

estos interrogantes nos obliga, en primer lugar, a adentrarnos en el conocimiento de la Historia de las instituciones. Debemos preguntarnos por la orientación científica que dan a su disciplina los historiadores del Derecho, cómo desarrollan esa orientación y, en especial, de qué modo expresan la relación entre Derecho y sociedad. Un repaso de las principales tendencias que han seguido los historiadores del Derecho en nuestro país en los años transcurridos de posguerra, nos ayudará a dar una respuesta —dentro del límite especial señalado— a la cuestión que nos hemos propuesto: Aunque un planteamiento adecuado del problema de la relación entre Derecho y realidad social exigirá ulteriormente enfrentarnos con los supuestos en los que se fundamenta ese desinterés que se manifiesta hacia la Historia del Derecho por parte de la Historia general. Una vez conocidas las distintas tendencias histórico-jurídicas y analizadas las críticas de sus detractores, estaremos en mejores condiciones de proponer la orientación histórico-jurídica que creemos más aceptable.

La importancia de la cuestión que sometemos a las presentes reflexiones⁹ quedará de manifiesto al comprobarse que de la solución que se adopte depende el carácter científico —y quizá la razón de ser— de la disciplina histórico-jurídica, así como su aislamiento o la posibilidad de integración interdisciplinar.

II. DIVERSIDAD DE ORIENTACIONES EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

A pesar de la gran abundancia de trabajos monográficos sobre los diversos sectores de investigación histórico-jurídica y del nada despreciable número de manuales universitarios, no puede decirse, muy al contrario, que sean igualmente abundantes entre los historiadores del Derecho los estudios que ahonden en el quehacer de su disciplina¹⁰. Para conocer el concepto,

9. La importancia objetiva del problema planteado no implica —como sin duda se comprobará— una necesaria correspondencia por parte del presente trabajo. Un estudio en profundidad de las relaciones Derecho-sociedad (superestructura-estructura) desborda con mucho los límites que nos hemos marcado: ofrecer a los historiadores un panorama crítico de las actuales orientaciones científicas de la Historia del Derecho español, mostrar la importancia que tiene el Derecho dentro de los elementos que articulan la sociedad y, por tanto, la necesidad de su conocimiento para un estudio «total» de la sociedad.

10. Un estudio sobre la abundante producción histórico-jurídica en España durante los años 1960 a 1970 puede verse en LALINDE ABADÍA, *La dernière décennie dan l'histoire juridique espagnole*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, XVIII, 1970, pp. 365-377 (se cita por separata). En el propio LALINDE, *Derecho histórico español*, Ariel, Barcelona, 1974, pp. 582-584, encontramos una completa relación bibliográfica sobre el quehacer historiográfico, donde queda patente la escasa atención que han merecido de los historiadores del Derecho español los problemas teóricos y metodológicos de su disciplina.

objeto, método y carácter científico de la Historia jurídica hemos de acudir principalmente, dada la escasez de trabajos propiamente metodológicos, a las páginas introductorias de los manuales. Por otra parte, teniendo en cuenta el carácter del presente trabajo, se comprenderá que no se descienda habitualmente al nivel de los estudios específicos de la investigación monográfica ¹¹.

De entre la pluralidad de orientaciones histórico-jurídicas, interesa destacar, en primer lugar, el planteamiento estrictamente jurídico de la Historia del Derecho que ha propugnado García Gallo. Interesante por un doble motivo: por la evolución que ha sufrido el citado profesor, desde una postura histórico-dogmática ¹² a otra jurídico-antidogmática, y por la trascendencia que ha tenido su orientación, aún dominante en el panorama actual de la Historia del Derecho español, especialmente a través de su eficaz dirección del Anuario de Historia del Derecho español.

¿Qué razones movieron a García Gallo a cambiar su consideración de la Historia del Derecho español como una especialidad de la Historia general por otra exclusivamente jurídica? ¿Cómo fundamenta el carácter de ciencia jurídica de la Historia del Derecho? En 1952 ¹³ reconocía el ambiente de indiferencia y de aislamiento —así como la falta de estudiosos— en que se desarrollaba la labor del historiador del Derecho. Conforme al planteamiento que entonces tenía, según García Gallo, no interesaba ni a la ciencia histórica ni a la jurídica. No satisfacía al jurista, pues no tenía utilidad práctica, estaba desligada del Derecho vigente y se presentaba con un ropaje de erudición. En definitiva, no servía para iniciar en el conocimiento del Derecho y tampoco para formar al jurista. No interesaba al historiador, que iba desentendiéndose de las instituciones —habiéndose antes casi identificado la Historia general con la de las instituciones—, pues éstas se estudiaban cada vez con mayor conceptualismo y formalismo. Frente a la rigidez y abstracción de los sistemas jurídicos, los historiadores estaban interesados en los problemas de la economía y de la sociedad. Ante esta situación de crisis, García Gallo proponía una revisión del planteamiento de los estudios histórico-jurídicos.

11. Desde este mismo momento es de justicia reconocer un cierto divorcio entre orientación teórica y práctica de investigación en los historiadores del Derecho. La diversidad de orientaciones —de un modo general— se refiere más a los manuales, obras de conjunto, que a los trabajos específicos de investigación, terreno en el que se está de hecho a expensas de la peculiaridad del tema, enormemente diverso en la Historia del Derecho: es muy diferente un estudio sobre fuentes legales visigodas, la doctrina jurídica de Covarrubias, las Cortes, la letra de cambio o el régimen jurídico de la propiedad en el siglo XIX.

12. En su *Curso de Historia del Derecho español*, 5.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1950, p.5, configuraba la Historia del Derecho como ciencia histórica. Más en concreto, siguiendo a Brunner, decía: «la Historia del Derecho es historia de sistemas y para ella es materia muerta lo que no se puede concebir dogmáticamente».

13. En una conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos con motivo del centenario de don Eduardo de Hinojosa y publicada en AHDE,

Esta revisión lleva consigo en la obra¹⁴ de García Gallo una crítica profunda de la orientación dogmática que, teniendo su origen en Alemania en el siglo XIX, aún prevalece en grandes sectores de la historiografía jurídica. Crítica que afecta principalmente a los que con una visión jurídica de la Historia del Derecho la enfocan de manera dogmática, pero también a los que considerándola parte de la Historia general presentan la evolución del Derecho como una sucesión de sistemas jurídicos en perfecta correspondencia con las distintas etapas históricas.

Resumiendo su crítica antidogmática, podemos decir que está motivada por la utilización que la dogmática hace de los sistemas¹⁵ y de los conceptos jurídicos, que suponen una deformación tanto de la Historia como del Derecho. Para García Gallo la presentación de la Historia del Derecho como una sucesión de sistemas jurídicos no está basada en la evolución real del Derecho, sino que es una construcción a priori, un procedimiento puramente convencional. Del mismo modo, rechaza el conceptualismo jurídico porque utiliza conceptos abstractos elaborados recientemente para estudiar el Derecho histórico, como p. e. se utilizan en la Historia del Derecho privado los conceptos elaborados por la pandectística alemana.

Junto a esta crítica a la orientación dogmática de la Historia del Derecho, García Gallo rechaza su clasificación como ciencia histórica. Para él la Historia del Derecho es ciencia jurídica por su finalidad, orientación y método¹⁶. Sin embargo, no niega la historicidad del Derecho —sostiene que el

XXIII (1953), pp. 5-36, con el título *Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa*.

14. En el artículo citado en la nota anterior y en su trabajo: *La historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la «Deutsche Rechtsgeschichte» de Planitz*, AHDE, XXIV (1954), pp. 605-635. Esta misma orientación, pero de un modo más sistemático, es recogida en las diversas ediciones de su *Manual de Historia del Derecho español*; la 5.ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1973, pp. 1-23. También es autor de otros estudios sobre metodología de la Historia del Derecho indiano y de la Historia de la administración española, además, por supuesto, de numerosísimos trabajos sobre investigación que hacen que ocupe un lugar preeminente entre los actuales historiadores del Derecho español.

Dada la unidad de pensamiento que significan los tres trabajos citados, las notas del autor se reducirán a algunos aspectos que, a nuestro entender, necesiten especial aclaración.

Redactadas ya estas páginas han aparecido un nuevo trabajo de GARCÍA GALLO, *Cuestiones de historiografía jurídica*, AHDE, XLIV (1974), pp. 741-764, en el que se ratifica en la orientación que aquí se expone —aunque con diversas matizaciones—, anunciando un futuro trabajo donde valorará en su conjunto las nuevas orientaciones histórico-jurídicas.

15. Entendiendo por sistema jurídico: «las estructuras en que se agrupan y coordinan lógicamente, respondiendo a una unidad de espíritu sin contradicciones todos los principios y reglas que explícita o implícitamente contienen un Derecho positivo», *Historia...*, p. 29.

16. *Historia...*, p. 33. Esta afirmación que hacía en 1952 ha sido matizada en su Manual: en la p. 16 afirma que la Historia del Derecho es por su finalidad y contenido

Derecho como toda manifestación cultural evoluciona en el tiempo—, ni la conveniencia, incluso la necesidad de una Historia general que abarque lo jurídico o de una Historia del Derecho encuadrada en la general. García Gallo llega a reconocer que si la Historia del Derecho tiene hoy categoría científica se debe a que ha sido elaborada como ciencia histórica. Pero, situado bajo el punto de vista del jurista¹⁷, asegura no interesarle la conexión del Derecho con los demás elementos de la cultura, sino únicamente el proceso de formación del Derecho, la explicación histórica del Derecho vigente. Lo que no quiere decir que pueda estudiarse el Derecho desconectado del medio en que se desarrolla. García Gallo sostiene que el estudio del Derecho debe hacerse en conexión con el medio, pero no centrar el estudio en el medio y dentro de él estudiar el Derecho. Esto, dice, es interesante para el historiador, pero no para el jurista.

¿Cómo sabemos si la Historia del Derecho es ciencia histórica o jurídica? García Gallo apela a criterios de esencialidad. Para poder determinar a qué ciencia se adscribe nuestra disciplina hay que atender a la naturaleza de las cosas y rechazar todo planteamiento simplista: no es el estudio del pasado lo que puede determinar el carácter científico de la Historia del Derecho, sino la naturaleza de su historicidad. Y la historicidad del Derecho, al decir de García Gallo, presenta caracteres distintos de las demás manifestaciones culturales del hombre. Mientras que la Historia es la ciencia de lo individual, de lo que no se repite —al historiador sólo le interesan los actos individuales— el Derecho se caracteriza por la persistencia: «aspira a regir indefinidamente y a ser aplicado de la misma manera en todos los casos»¹⁸.

Caracterizando al Derecho como un fenómeno cultural y siendo la Historia la ciencia de lo que no se repite, para García Gallo, los que conciben la Historia del Derecho como una especialidad de la Historia general tuvieron que presentar el desarrollo histórico del Derecho, no atendiendo a las normas que se dan para ser reiteradamente aplicadas, sino atendiendo a los sistemas en que se integra: Exponen la evolución histórica del Derecho como una sucesión de sistemas cerrados que tienen su propia individualidad y cuyas diferencias interesa resaltar¹⁹. Con esto aparecen unidas las críticas a la orientación dogmática e histórica.

una ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico y en la p. 23 dice que la Historia del Derecho en cuanto se ocupa del Derecho en el pasado ha de utilizar conjuntamente los métodos del jurista y del historiador. Nótese esta necesidad de precisiones a pesar de la rotundidad de su afirmación.

17. Refiriéndose a su manual, *M...*, pp. IX-X, dice: «Es ante todo un libro de Derecho: ha nacido en las aulas de una Facultad de Derecho, trata de Derecho y se ha escrito pensando en los juristas y en quienes aspiran a serlo».

18. *Historia...*, p. 27. Como puede constatarse por la literalidad de esta afirmación, García Gallo refiere la historicidad del Derecho al Derecho como norma.

19. O de otro modo: la exposición de la evolución jurídica como una sucesión de

A la orientación dogmática de sistemas y de conceptos abstractos opone García Gallo una concepción realista del Derecho, que denomina orientación institucional. Parte de la consideración de que el Derecho, al ser una ordenación de la vida social, tiene un valor de medio y no de fin para la sociedad (por eso cambian los conceptos y las normas). Por ello, al jurista, que busca la eficacia en el Derecho, lo que le importa es conocer las soluciones y regulaciones concretas que se han dado en el pasado a los diversos problemas jurídicos que se le han planteado al hombre en la sociedad. El jurista, por tanto, debe centrarse en el estudio de las instituciones de la vida social y de las regulaciones jurídicas de que han sido objeto. Pero, ¿qué entiende por instituciones? Para García Gallo son las situaciones, relaciones u ordenaciones básicas y fundamentales en la vida de la sociedad. Y, al tener este carácter básico, se pueden considerar, dice, tan permanentes y universales como el hombre mismo; en lo fundamental son siempre las mismas en todos los pueblos y en todos los tiempos²⁰. Precizando más: instituciones jurídicas son «los diversos conjuntos de normas que regulan cada una de estas situaciones y relaciones»²¹. A su vez, al conjunto de instituciones jurídicas se le denomina sistema jurídico²². En consecuencia, la exposición histórico-jurídica «se centra no en las distintas etapas históricas para estudiar en cada una de ellas su sistema de Derecho, sino en las instituciones jurídicas fundamentales»²³, siguiendo la evolución específica de cada una de ellas (con lo que se evitan los problemas generales de periodificación, pues una misma regulación de la institución puede atravesar distintas etapas históricas).

¿Cómo resuelve García Gallo el problema de las relaciones entre Derecho y medio social? Para el citado autor está resuelto en su concepción institucional de la Historia del Derecho. No incurre en los defectos de la orientación dogmática en la que aparece el Derecho como una abstracción de la realidad, ya que tiene en cuenta las situaciones de hecho y las valoraciones que determinan la regulación jurídica de las instituciones, aunque sea su regulación jurídica el objeto propio de su estudio²⁴.

sistemas, dice García Gallo, viene dada «por el intento de conciliar las exigencias de una exposición histórica —el Derecho cambia— y de un tratamiento dogmático del Derecho —éste constituye un sistema—», *Manual...*, p. 19.

20. Presenta como ejemplos: el municipio, el matrimonio, el contrato, el proceso, etc., *Manual...*, p. 1.

21. *Manual...*, pp. 1-2. Interesa resaltar que en definitiva las instituciones, para García Gallo, son normas. El carácter normativo del Derecho, ya señalado en la nota 18, tiene su expresión más rotunda en *Manual...*, p. 17, al afirman que el Derecho positivo es el único que cabe historiar.

22. La orientación institucional considera el sistema como el resultado final de un proceso en el que se han dictado normas y adoptado soluciones atendiendo a las necesidades concretas, no como algo preconstituido o a priori. *Manual...*, p. 21.

23. *Manual...*, p. IX.

24. Véanse notas 18 y 21.

Pueden señalarse como consecuencias inmediatas de esta orientación estrictamente jurídica en la Historia del Derecho español: la profundización en las fuentes hispanas del Derecho, con el consiguiente abandono del germanismo como raíz primera de nuestro Derecho; la ampliación del campo cronológico de investigación, ya que la Edad Media ha visto compartido el interés de los estudiosos por épocas más recientes, y lo que afecta directamente a este trabajo: se acentuó el estudio de las instituciones en un sentido exclusivamente jurídico, alejándose conscientemente de los aspectos económicos y sociales.

Aunque la orientación marcada por García Gallo sea hoy predominante entre los historiadores del Derecho español, existen otros enfoques, que en algún caso suponen discrepancias profundas, particularmente en el problema que nos ocupa de las relaciones entre Derecho y sociedad.

Especialmente significativa es la postura mantenida por García de Valdeavellano, que, siguiendo los pasos de su maestro Sánchez-Albornoz, ha centrado su atención en el estudio de las instituciones políticas y administrativas durante la Edad Media²⁵.

Aun considerando que la Historia de las instituciones es Historia del Derecho público y por tanto una rama de la Historia del Derecho, pues estudia «la evolución de las normas que regulan la estructura y funcionamiento de la constitución política ordenada en instituciones fundamentales»²⁶, precisa que ha llegado a constituirse como ciencia independiente, desgajándose de la Historia del Derecho. La razón de esta independencia, según García de Valdeavellano, está en el propio carácter científico de la Historia de las instituciones, ya que su estudio se realiza, no de un modo formal y estrictamente jurídico, sino en relación con el medio social y económico.

No obstante, necesitando hacer precisiones de su postura, reconoce que la Historia de las instituciones, en cuanto Historia del ordenamiento jurídico-público, responde, como la Historia del Derecho, a los ámbitos de la Historia y del Derecho; por ello, es necesario utilizar tanto el método histórico como el jurídico. Y concluye sus precisiones enlazando con la dogmática jurídica: «por lo tanto, a pesar de que la Historia de las instituciones es una ciencia histórica, requiere además el auxilio de un tratamiento jurídico-dogmático de su objeto, ya que la Historia constitucional trata de conocer los sistemas jurídico-públicos en su evolución a través del tiempo mediante la reconstrucción dogmática de esos sistemas de que son sede las instituciones»²⁷.

25. *Custo de instituciones...*, específicamente pp. 98-99 para los aspectos metodológicos. Aunque ya incluimos su postura entre los que «en cierto modo» criticaban desde fuera a la Historia del Derecho, no podrá negarse que, atendiendo al contenido de sus planteamientos, su verdadero lugar se encuentra entre los historiadores del Derecho.

26. *Curso de...*, p. 98.

27. *Curso de...*, p. 99. Como puede comprobarse por estas expresiones, García de

¿Cómo plasma en concreto García de Valdeavellano la relación entre institución y sociedad? Haciendo preceder el estudio de las diversas instituciones político-administrativas de cada época por él considerada (España primitiva, romana, visigoda, medieval cristiana y medieval musulmana) de unos epígrafes dedicados al estado cultural, vida económica y estructura social.

Junto a estas dos posturas teóricamente antitéticas: la Historia del Derecho como ciencia jurídica antidogmática y de orientación institucional, auxiliada por el método histórico, en García Gallo y la Historia de las instituciones como ciencia histórica, desgajada de la Historia del Derecho y auxiliada por un tratamiento jurídico-dogmático según García de Valdeavellano, es necesario resaltar la singularidad de la concepción histórico-jurídica de Gibert²⁸ y la radicalidad de Lalinde²⁹.

A Gibert no le interesan las líneas generales; rehúye todo planteamiento teórico y toda consideración sistemática. Convencido de que la Historia del Derecho investiga una tradición literaria, siguiendo al profesor Alvaro d'Ors³⁰, concibe la Historia del Derecho como descripción de los libros jurídicos³¹, enmarcados en el curso general de la Historia, dividido en grandes unidades histórico-políticas: Historia primitiva, Historia visigoda, reino de Asturias y de León, etc.

En cuanto a la adscripción científica de la Historia del Derecho, se muestra perplejo ante la realidad de los términos Historia y Derecho, que expresan, según él, una «verdadera y radical antinomia». La solución que ofrece: «El ideal, más difícil y pocas veces alcanzado, y al que se deben los pocos avances definitivos, es: ser profundamente y hasta la raíz historiador; profundamente y hasta la raíz jurista». Pero tal conjunción de perfecciones sólo lo han conseguido, dice Gibert, Mommsen, Savigny y Brunner.

Valdeavellano se mueve dentro de una concepción más clásica, más cercana a la Historia jurídica alemana que rechaza García Gallo.

28. *Historia general del Derecho español*, Imprenta F. Román, Granada, 1968.

29. *Iniciación histórica del Derecho español*, Ariel, Barcelona, 1970, y *Derecho histórico español*, Ariel, Barcelona, 1974.

30. Una reciente exposición de la concepción histórica de ALVARO D'ORS puede verse en el prólogo a la *Historia económica y social de España*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, vol. I, pp. 1-3, donde dice que: el objeto de la Historia no es el acontecer mismo, los hechos, sino las reflexiones de la conciencia humana sobre los acontecimientos, los «Verba», fundamentalmente los textos.

Para GIBERT, esta Historia de libros y documentos es la tradicional entre los historiadores del Derecho español. *Diez años de Historia del Derecho español*, Nuestro Tiempo, 144 (1966), p. 668.

31. Hasta tal punto es consecuente con su postura que, al no conocerse libros jurídicos de los siglos IX y X —siglos mudos en la Historia de nuestro Derecho, dirá—, afirma la inexistencia en esa época del Derecho y los juristas, *Historia general...*, p. XII. Obsérvese la absoluta positividad de esta afirmación.

En España, en cambio, todavía ningún historiador del Derecho ha logrado esta síntesis³².

Es más difícil de exponer cuál sea la concepción histórico-jurídica de Lalinde. En su «Iniciación»³³, después de haber afirmado que «la Historia del Derecho aspira al estudio y exposición del desarrollo de las relaciones jurídicas en el tiempo», entendiendo por relaciones jurídicas: «las relaciones de los seres humanos desde el punto de vista de la ordenación coactiva de sus actos», define la Historia del Derecho como «Historia del pensamiento jurídico y de sus realizaciones»³⁴.

¿Cómo llega Lalinde a este concepto? No le satisface la exposición de la Historia del Derecho, ni como Historia de la legislación, ni como Historia de las instituciones³⁵. Para Lalinde, «el Derecho aun el impuesto por la fuerza o el derivado de una necesidad económica o social es siempre producto de una actividad mental»³⁶, no en cuanto que sea «la de un solo hombre, sino la de toda la sociedad». Por lo que la Historia del Derecho aparece como «una Historia del pensamiento jurídico, el cual a través de un sistema de normas se concreta en las diversas instituciones jurídicas».

En cuanto al carácter científico de la Historia del Derecho, según Lalinde, tiene naturaleza bifronte: participa de la condición de ciencia histórica y de ciencia jurídica. Es ciencia histórica en su orientación y en su método, pero con contenido jurídico.

Respecto al método de exposición, es de destacar en Lalinde la evolución hacia un cada vez mayor esquematismo y sistematización, que supone «la exclusión total de la exposición cronológica en el análisis»³⁷. Este afán sistematizador le ha llevado en su último manual a poner de manifiesto únicamente la evolución que han sufrido los distintos elementos jurídicos a lo largo de la Historia: el ordenamiento jurídico, la sociedad, el poder y sus manifestaciones, el derecho penal, privado y procesal; y, a su vez, dentro de estas grandes líneas, los aspectos concretos: dentro del ordenamiento

32. *Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho*, BUG, XXIV (1952), específicamente, pp. 196-197.

33. *Iniciación...*, pp. 1-5.

34. En *Anotaciones historicistas al yusprivatismo de la Segunda Escolástica*, La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto Privato Moderno, Guiuffrè Editore, Milán, 1937, p. 303, expresamente reconoce LALINDE que esta orientación se acerca a la de WIACKER. Por su parte WIACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 4, entiende la Historia del Derecho privado en la Edad Moderna como «historia del pensamiento jurídico y de los efectos de éste sobre la realidad de la sociedad moderna».

35. A pesar de esto, en *Anotaciones...*, p. 303, se confiesa historiador de las instituciones.

36. «La mayor dificultad para el autor y el lector de una obra que versa sobre el «Derecho» es que éste no es perceptible por los sentidos, sino que es fruto de una elaboración mental...», *Derecho histórico...*, p. 29. Adviértase cómo Lalinde da preeminencia al elemento técnico del Derecho.

37. *La dernière...*, pp. 375 y 377.

jurídico, la ley, la costumbre, etc.; dentro del derecho penal, el delito, la pena, etc.

Finalmente, dentro de este repaso de las orientaciones histórico-jurídicas, vamos a exponer la postura de Pérez Prendes. Es de resaltar el ambicioso esfuerzo de síntesis que a nivel de la teoría de la Historia del Derecho ha realizado en su último manual³⁸ y que supone una sensible evolución respecto al anterior³⁹.

En sus Apuntes se muestra partidario de la integración de la Historia del Derecho dentro de la ciencia histórica. Siguiendo el magisterio de Torres López, presentaba la evolución del Derecho —entendido como un fenómeno cultural— según una sucesión de los distintos sistemas jurídicos, acentuando el carácter dogmático. En su Historia del Derecho español continúa encuadrando la Historia del Derecho dentro de la ciencia histórica⁴⁰, pero ya no dentro de una concepción tradicional de la historiografía jurídica alemana, sino dentro de las corrientes actuales de la Historia. La Historia del Derecho, afirma, sólo puede entenderse dentro de la Historia total⁴¹.

El mismo nos da su concepto de Historia del Derecho: «es la ciencia que estudia el sentido de los procesos de mutación de las estructuras jurídicas» y la finalidad de este estudio estructural: «poner de relieve la organización de los elementos de la estructura y su dinámica; es decir, los factores estructurales y sus conexiones»⁴². En concreto, es una Historia estructural; de estructuras, preferentemente, de larga duración.

¿Cómo construye esta Historia estructural? ¿En qué apoya su criterio estructuralista? Pérez Prendes parte inicialmente de una consideración fenomenológica del Derecho según la cual entiende por estructura⁴³ el sistema jurídico. Comprendiendo el sistema jurídico no sólo elementos jurídicos: normas o instituciones jurídicas, sino también las posibilidades que establece la infraestructura económica y los valores de la sociedad. A su vez, instituciones jurídicas son los hechos sociales básicos regulados jurídicamente

38. *Historia del Derecho español*, ed. Darro, Madrid, 1973, pp. 13-147.

39. *Apuntes de Historia del Derecho español*, ed. Gráficas Menor, Madrid, 1964.

40. Aunque por su parte considera anticuada y sin interés la discusión sobre si la Historia del Derecho es una ciencia jurídica, histórica o mixta. *Historia...*, p. 99.

41. Que al decir de Pérez Prendes es la propugnada por M. Bloch, L. Febre, F. Braudel y P. Villar y tiene su origen en la convergencia entre la Historia del Derecho de Gierke, la Historia económica iniciada por Marx, la Historia de las culturas al modo de A. Weber y los estudios sociales de Gurtwich, Mac Iver y Manhein. Tal Historia sólo se comprende sobre la distinción de tres niveles históricos: Historia episódica de tiempo corto, Historia coyuntural o de duración media e Historia estructural de larga duración. La comprensión de la Historia supone la comprensión de la totalidad. *Historia...*, p. 100.

42. *Historia...*, p. 98. Teniendo en cuenta que «historicidad se identifica con el sentido que gobierna la mutación de las estructuras jurídicas», *Historia...*, pp. 84 y 96.

43. Estructura en general es «una entidad autónoma de dependencias internas», *Historia...*, p. 80.

conforme a los valores y posibilidades de cada comunidad humana. Unos sistemas se diferencian históricamente de otros, sigue añadiendo Pérez Prendes, por su espíritu, por su dinámica teleológica que supone conexiones entre los miembros de cada estructura. Pero para comprender el espíritu de cada sistema hay que estudiar esas conexiones, lo que no se logra más que mediante una abstracción de la singularidad y una proyección temporal de larga duración de los fenómenos jurídicos.

Extraordinaria importancia atribuye Pérez Prendes a la función de abstracción (operación esencial para el conocimiento de los fenómenos históricos de larga o media duración). Esta labor la desempeña en la Historia del Derecho la dogmática jurídica ⁴⁴, que no cae en los excesos del formalismo jurídico y jurisprudencia de conceptos, pues no otorga un valor absoluto a los principios doctrinales, sino que tiene en cuenta la variable evolución histórica de los fenómenos jurídicos.

Por otra parte, el estudio estructural del Derecho, al poner de manifiesto los factores estructurales y sus conexiones, permite, dice Pérez Prendes, la comprensión del sistema jurídico como un todo —sincronía— y de los cambios que en él se operan —diacronía—. Es decir, nos permite apreciar la recíproca relación entre el Derecho y los aspectos sociales, económicos e ideológicos.

La construcción de Pérez Prendes está dominada por ansias de totalidad y de unidad. El conocimiento científico, dice, aspira a un saber esencial, total, coherente y cierto. Y como la historicidad, según Pérez Prendes, constituye «el eje de la totalidad de las estructuras jurídicas», no cabe más conocimiento científico del Derecho que el histórico ⁴⁵. Lo que no quiere decir, sigue añadiendo, que esto suponga uniformidad en el Derecho, pues éste no siempre ha sido el mismo ni lo mismo. Por último, su criterio estructuralista le lleva a pregonar la unidad de la Historia del Derecho. A tal fin habla del «principio de totalidad interna» en la Historia del Derecho. No hay una Historia de fuentes y otra de las instituciones, o una Historia interna y otra externa. Todos los fenómenos jurídicos deben ser estudiados de un modo conexionado, como aspectos parciales de una totalidad. La totalidad

44. La función de abstracción que realiza la dogmática jurídica en la Historia del Derecho es semejante a la que realiza el modelo en la Historia económica y el tipo ideal en la Historia social, *Historia...*, p. 102. «La dogmática jurídica, el modelo y el tipo ideal no son tres conceptos distintos, sino tres nombres diferentes de la misma cosa: la aplicación de la abstracción. La disparidad terminológica se conserva por la rutina metodológica de la Historia jurídica, económica y social», *Historia...*, p. 102.

En su reciente libro sobre las *Cortes de Castilla*, Ariel, Barcelona, 1974, p.13, presenta su trabajo como «la construcción de un modelo jurídico-político y su prueba durante cinco siglos».

45. Por consiguiente, rechaza como errónea la habitual exposición de una triple ciencia jurídica: la historia, la dogmática y la filosófica. No son tres ciencias del Derecho, sino tres enunciados de una misma ciencia, prevaleciendo el enunciado histórico sobre los otros dos. *Historia...*, pp. 84-87.

interna implica —dice Pérez Prendes— tanto el estudio de las fuentes jurídicas normativas, el estudio de la situación social de estas normas y conceptos jurídicos y el análisis de la actitud social y de sus motivaciones ante el Derecho, como también el estudio de las especulaciones doctrinales. Aunque, por supuesto, admite como técnica de trabajo la partición monográfica⁴⁶.

De la anterior exposición, y a pesar de las diferentes orientaciones metodológicas, puede deducirse con todo rigor —aunque habría sido de innegable utilidad para su constatación el análisis de la producción monográfica— un voluntario abandono por parte de los historiadores del Derecho de los aspectos económicos y sociales y un exceso de especialización en el elemento técnico-normativo del Derecho. Ha quedado patente que los diferentes autores —con los necesarios matices— reducen la historicidad del Derecho al derecho positivo, bien sea bajo la denominación de normas (agrupadas en sistemas) o de libros o de pensamiento. Como hemos podido comprobar, las instituciones —salvo en García de Valdeavellano— no importan más que en cuanto son reguladas normativamente. Las orientaciones que aparecen como problemáticas o realistas no están interesadas por su verdadera problematicidad en la realidad social, sino por las soluciones técnicas a problemas técnicos-jurídicos, que indudablemente tendrá su trascendencia a la hora de los estudios monográficos. Será conveniente aclararlo con algunos ejemplos: cuando p. e. se estudia una institución político-administrativa, interesa conocer su organización, sus competencias, el lugar que ocupa dentro de la administración, en definitiva, cómo es y de qué manera actúa, pero no se estudia como instrumento de poder de la clase dominante, su trascendencia ideológica para mantener el statu quo social, la detracción de excedentes que supone, el origen social de sus miembros, etc. Es decir, interesa el Derecho por el Derecho, interesa en cuanto órgano estrictamente jurídico, pero no se estudia cuál es y en qué medida la función que esa institución jurídica —y en cuanto jurídica— desempeña en la sociedad. Con otro ejemplo, el estudio de la dote. Se estudiará en sus elementos técnicos; se intentará precisar su naturaleza jurídica, sus caracteres jurídicos precisos, pero no la razón de su existencia y pervivencia en una sociedad esclavista, feudal o señorializada en las que la mujer está sometida al hombre y en las que no hay mucha circulación comercial de bienes inmuebles.

Hemos podido comprobar cómo en todos estos autores, a pesar de su común actitud, es manifiesta la inseguridad y la insatisfacción a la hora de

46. El mismo divide su exposición general del Derecho en una parte general (dedicada a la exposición cronológica de los diversos sistemas jurídicos) y otra especial de instituciones. Por el momento sólo ha publicado la parte dedicada a los sistemas jurídicos. Quiere esto decir que, a pesar del aparato teórico preliminar, su exposición del Derecho no varía sustancialmente respecto a su anterior manual. La razón de esta continuidad está en su identificación sistema-estructura y en el papel fundamental que atribuye a la dogmática.

caracterizar la disciplina⁴⁷, que tiene fiel reflejo en las dudas en torno a si la Historia del Derecho es una ciencia histórica, jurídica o híbrida, que llevan consigo la necesidad de continuas precisiones e incluso rectificaciones, aunque principalmente se manifiestan estas dudas en cómo haya que entenderse esa juridicidad o historicidad. Lo que nos interesa señalar ahora, sin embargo, es que esta voluntaria renuncia responde a una específica comprensión del Derecho⁴⁸. Es decir, esta manera de entender la Historia del Derecho tiene su correspondencia en la manera de comprender el Derecho; la Historia del Derecho está condicionada por la formación jurídica de los historiadores del Derecho. En definitiva, la Historia del Derecho está condicionada por la ciencia del Derecho.

No es éste el lugar donde analizar las diferentes corrientes de la ciencia jurídica, sino tan sólo donde hacer referencia, aunque sea de forma excesivamente simplificada, a la teoría del Derecho que nos permita valorar esa común actitud de los historiadores del Derecho español. A la pregunta de cuál sea la concepción jurídica predominante desde el siglo XIX hasta hoy, debe contestarse con la genérica afirmación de ciencia formalista. Formalismo que caracteriza a la ciencia jurídica desde la decimonónica jurisprudencia de conceptos a la teoría pura del Derecho de Kelsen⁴⁹. Formalismo que lleva como nota característica el afán por el sistema, bien sea entendido como sistema de conceptos o sistema de normas⁵⁰. Y dentro de estas corrientes formalistas no es la jurisprudencia de conceptos la que prevalece entre los historiadores del Derecho español —ya hicimos referencia a la crítica que de ella hacían García Gallo y Pérez Prendes—, sino la concepción normativista-positivista del Derecho. El positivismo identifica el Derecho con el conjunto de normas vigentes en un momento dado y, por consiguiente, siguiendo el criterio positivista, a la hora de analizar el Derecho de una sociedad ha de prescindirse de toda valoración ideológica del mismo y de su fun-

47. Que no es exclusiva de los historiadores del Derecho puede comprobarse en KULA, *Problemas y métodos de la Historia económica*, Península, Barcelona, 1973, pp. 53-54 y 91-92.

48. Y por su puesto de la Historia, pero más secundariamente en estos autores.

49. No todo han sido corrientes formalistas. Aparte de las corrientes yusnaturalistas hay una corriente desde Ihering —en realidad desde Savigny y la Escuela Histórica— a dar primacía al origen y finalidad del Derecho. De esta tendencia arrancan las concepciones sociológicas del Derecho preocupadas porque el estudio del Derecho tenga en cuenta, ante todo, su incidencia social.

En la dirección antiformalista y, en cierto modo, continuador de la jurisprudencia de intereses, hay que situar a Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, que, frente a la concepción conceptualista y normativista del Derecho, opone una ciencia jurídica con base en los conflictos concretos de intereses. Por el contrario, en el más acentuado positivismo parece situarse HERNÁNDEZ GIL, *Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*, dentro del volumen colectivo *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Universidad, Madrid, 1973, pp. 38-39, quien, preocupado por «los problemas de la especificidad del Derecho y de la autonomía de un

ción en la sociedad. No es de extrañar, por ello, que los historiadores del Derecho español, imbuidos del positivismo jurídico, que voluntariamente aisla el Derecho de la realidad social, en su exposición del Derecho histórico centren su atención en el sistema normativo, en el elemento formal del Derecho.

Con esto hemos analizado una de las causas del desinterés que sienten los historiadores por la Historia del Derecho: la voluntaria regionalización de los historiadores del Derecho superespecializándose en el elemento técnico-normativo del Derecho y abandonando los aspectos sociales y económicos⁵¹. Es la propia Historia del Derecho quien se margina de las corrientes actuales de la Historia. De este modo la Historia y la Historia del Derecho no se reconocen dentro de una misma ciencia.

Ahora nos corresponde juzgar la objetividad de las críticas de fondo que se le formulan desde fuera de la disciplina histórico-jurídica. Si las acusaciones que se le hacen a la Historia del Derecho de estar desconectada de la vida social afectan a la manera concreta de hacer Historia del Derecho, este otro tipo de críticas (superestructura legal, ideología jurídica), cuestionándose la función del Derecho, atañe a la misma razón de ser de la Historia del Derecho. De tal modo que nos obligan a esta pregunta: ¿está fundamentada la minusvaloración del Derecho dentro del conjunto de factores que pueden darnos la explicación «total» de la sociedad?

III. EL DERECHO COMO SUPERESTRUCTURA.

El materialismo histórico o teoría marxista de la Historia ha elaborado el concepto de modo de producción como instrumento teórico fundamental que permite comprender la totalidad social⁵². Ahora bien, Marx y Engels no definieron nunca el concepto de modo de producción, como tampoco, en

conocimiento científico recayendo exclusivamente sobre el Derecho en cuanto tal y con criterios obtenidos de él mismo», se pregunta: ¿podrá el estructuralismo ofrecer una inteligibilidad del Derecho completamente liberada de las cargas metafísicas, histórico-sociales y lógicas?». Para él «la ciencia dogmática y la teoría pura del Derecho representan las mayores aproximaciones». Pero «no llegan a encontrarse por completo a solas con el Derecho».

50. Una seria exposición sobre las diferentes concepciones de la ciencia jurídica, puede verse en LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966. En la p. 37, explica la diferencia que hay entre la jurisprudencia de los conceptos y el positivismo, frente a la corriente equiparación que se hace de ellos.

51. Punto importante del presente trabajo es aclarar en qué consiste esta genérica expresión de «aspectos sociales y económicos».

52. Al decir de P. VILAR, *Historia marxista, Historia en construcción. Ensayo de diálogo con Althusser*, Anagrama, Barcelona, 1974, p. 34, es «el primer objeto teórico que expresó un todo social».

un sentido más general, elaboraron una teoría acabada de la Historia⁵³. De aquí la diversidad de interpretaciones —en muchos casos contradictorias— de su pensamiento. Y de ahí también que la Historia marxista —como lo indica el propio título del trabajo citado de P. Vilar— esté aún en construcción.

¿Qué se entiende por modo de producción? Muchos autores marxistas lo definen únicamente en función de dos elementos: del grado de desarrollo de las fuerzas productivas y de la naturaleza de las relaciones de producción. La organización jurídico-política y las formas de pensamiento estarían determinadas automáticamente por el nivel económico. Con este concepto de modo de producción, obviamente, no cabe una teoría del Derecho ni, por tanto, una Historia del Derecho.

A esta postura se le acusa de economismo mecanicista⁵⁴ y de determinismo histórico⁵⁵ y está apoyada en una interpretación excesivamente literal de las palabras del «prefacio». Otra postura, auténticamente renovadora⁵⁶,

53. Donde más sistemáticamente expuso Marx su concepción de la Historia fue en el prefacio a la *Contribución a la crítica de la economía política*, Alberto Corazón, Madrid, 1970, pp. 37-38. No me resisto a su cita, aunque sea amplia: «El resultado general a que llegué y que una vez obtenido, me sirvió de guía para mis estudios, puede formularse brevemente de este modo: en la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real, sobre la cual se levanta una superestructura jurídica y política y a la que corresponden formas sociales determinadas de conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina la realidad: por el contrario, la realidad social es la que determina su conciencia. Durante el curso de su desarrollo, las fuerzas productoras de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se habían movido hasta entonces. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas que eran, estas relaciones se convierten en trabas de estas fuerzas. Entonces se abre una era de revolución social. El cambio que se ha producido en la base económica trastorna más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura. Al considerar tales trastornos importa siempre distinguir entre el trastorno material de las condiciones económicas de producción —que se debe comprobar fielmente con ayuda de las ciencias físicas y naturales— y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas bajo las cuales los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lo resuelven. Así como no se juzga a un individuo por la idea que él tenga de sí mismo, tampoco se puede juzgar tal época de trastorno por la conciencia de sí misma; es preciso, por el contrario, explicar esta conciencia por las contradicciones de la vida material, por el conflicto que existe entre las fuerzas productoras sociales y las relaciones de producción...».

54. «Economismo y mecanicismo son apenas dos nombres distintos de una misma actitud que prescinde de la libertad humana, y con ella, necesariamente de la dialéctica, RUBIO LLORENTE, introducción a los *Manuscritos: economía y filosofía*, de Marx, Alianza, Madrid, 5.ª ed., 1974, p. 17.

55. La explicación de la revolución francesa solamente por una contradicción en-

que ha sido posible con la crisis del dogmatismo estalinista, señala en la estructura de toda sociedad diversos niveles o instancias: la infraestructura o base económica, formada por la unidad de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción, y la superestructura, formada, a su vez, por dos niveles: el jurídico-político (el Derecho y el Estado), y el ideológico (las formas de la conciencia social o ideologías religiosas, moral, jurídica, política, etc.). Y lo más importante, que la superestructura tiene autonomía relativa respecto a la base —incluso «una acción de reflujo sobre la base»—, aunque, bien entendido, la estructura económica es siempre determinante en última instancia. No obstante, a pesar de ser la instancia económica el elemento determinante de toda estructura social, pueden ser dominantes en una sociedad concreta los elementos superestructurales. Cada modo de producción supone una articulación propia de estos niveles. De esta manera el modo de producción queda definido como una estructura compleja.

El concepto de modo de producción es completado en la teoría marxista con el de formación social, que opera al nivel más concreto de las sociedades históricamente determinadas. Según Samir Amin⁵⁷: «son estructuras concretas, organizadas, caracterizadas por un modo de producción dominante y por la articulación en torno a él de un complejo de modos de producción subordinados».

Conocido el esquema teórico en que puede encuadrarse el Derecho, nos interesa saber en este momento, para poder responder a la pregunta final del epígrafe anterior, qué entiende el marxismo por superestructura jurídica, cómo articula las relaciones entre la base y la superestructura (es decir, en qué consiste la autonomía regional de la superestructura jurídica) y, más en concreto, cuál es la teoría marxista del Derecho.

tre las relaciones de producción y el carácter de las fuerzas productivas, le parece a COBBAN, *Interpretación social de la Revolución Francesa*, Narcea, Madrid, 1971, p. 24, una «operación determinista de cierta ley histórica».

56. Nos referimos al enorme esfuerzo teórico que ha supuesto Althusser y también a Poulantzas por lo que a nosotros importa de sus estudios sobre el Derecho y el Estado. A ellos pertenece esta definición del modo de producción: ALTHUSSER, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, dentro del volumen *Escritos*, Laia, Barcelona, 1974, pp. 113-114, y POULANTZAS, *Marx y el Derecho moderno*, recogido en el volumen *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Cuadernos de Pasado y de Presente, Córdoba (Argentina), 2.ª ed., 1973. Postura que con más o menos divergencias es compartida por unos autores y atacada por otros, especialmente en lo relativo al «corte epistemológico» de Marx. Véase en este sentido la elegante crítica de P. VILAR en el trabajo antes citado o la más furibunda de H. LEFÈVRE, *La violencia y el fin de la Historia*. Ediciones siglo veinte, Buenos Aires, 1973, p. 227, al acusar a Althusser de neomarxista y de «seguir la paciente desintegración del pensamiento de Marx so capa de reconstrucción según los criterios de la cientificidad absoluta».

Por otra parte, obsérvese ya la crítica antimecanicista de GORDON CHILDE en *Teoría de la Historia*, la Pléyade, Buenos Aires, 1971, pp. 120 y 123.

57. *Sobre el desarrollo desigual de las formaciones sociales*, Anagrama, Brcelona, 1974, p. 64.

Los teóricos del marxismo admiten sin rubor que el concepto de superestructura es «una noción problemática»⁵⁸, justificando el que Marx y Engels pusieran el acento en la estructura económica a la hora de analizar la sociedad —y la consiguiente postergación de la superestructura— por una necesaria reacción contra el idealismo entonces predominante, «que atribuye a la voluntad y al pensamiento de los hombres la causa de los fenómenos sociales, despreciando el papel de la vida material»⁵⁹.

Si es problemática la noción de superestructura, podrá comprenderse sin ningún esfuerzo el poco desarrollo que ha alcanzado en el marxismo el estudio de la superestructura jurídica y, más en concreto, la escasez de estudios dedicados a profundizar en una teoría del Derecho⁶⁰, que coincide paradójicamente con «el renovado interés (entre los juristas y entre los científicos sociales en general) por el pensamiento marxista acerca del Derecho y del Estado» que observa Capella⁶¹. Y así como antes adujimos una justificación de Marta Harnecker a la ausencia de un concepto definido de superestructura, ahora traemos a colación otro de Poulantzas explicando la ausencia de teoría de la superestructura jurídico-política. Refiriéndose a los estudios sobre el Derecho y el Estado, afirma el referido autor⁶²: «las obras políticas del marxismo están ubicadas en un nivel muy particular. Se trata ya sea de obras que contienen conocimientos en «estado práctico» pues fueron escritas con el fin de guiar directamente la acción política en situaciones históricamente determinadas, o, en su defecto, de obras de lucha ideológica, es decir, determinadas sobre todo a refutar deformaciones del marxismo las que, por ello mismo, se ubican frecuentemente en el terreno del adversario».

Dos definiciones marxistas antitéticas del Derecho nos servirán para introducirnos en su estudio. Una es la de Stucka, para quien el Derecho es «un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales (esto es, de las relaciones de producción y de cambio) correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase»⁶³. La otra es de Vysinsky, que da esta definición: «el Derecho es el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, legislativamente establecidas, y de las costumbres y reglas de vida comunitarias san-

58. Véase esta expresión en dos obras divulgadoras en castellano de la teoría marxista: M. HARNECKER, *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, Siglo Veintiuno, 20.ª ed., Madrid, 1971, p. 88, y E. FIORAVANTI, *El concepto de modo de producción*, Península, Barcelona, 1972, p. 78.

59. M. HARNECKER, *Los conceptos...*, p. 90.

60. POULANTZAS, *Hegemonía y...*, p. 135, afirma que Marx nunca «trató del Derecho de manera sistemática, o sea, como objeto específico de investigación teórica».

61. Introducción al volumen conjunto *Marx, el Derecho y el Estado*, OIKOS-TAU, Barcelona, 1969, p. 7.

62. *Hegemonía y...*, p. 8.

63. *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Península, Barcelona, 2.ª ed., 1974, pp. 34-35 y otros pasajes.

cionadas por el poder estatal, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coercitiva del Estado para tutelar, sancionar y desarrollar las relaciones sociales y los ordenamientos sociales ventajosos y convenientes para la clase dominante»⁶⁴.

La definición de Stucka ha introducido una peligrosa simplificación en la teoría del Derecho marxista. Al preguntarse Stucka⁶⁵ qué es el Derecho, se representa la solución como una alternativa: o define el Derecho por su contenido, esto es, por las relaciones sociales, o se decide por la forma, las normas (voluntarismo). Stucka opta por el contenido (las relaciones sociales correspondientes a los intereses de la clase dominante) como fundamento del Derecho. El mismo da la razón de su elección: no hace más que seguir a Marx. Este define las relaciones jurídicas —relaciones de propiedad— como las relaciones de producción. Según Marx⁶⁶, para que se produzca una revolución «las fuerzas productivas de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se habían movido hasta entonces». La simplicidad que se critica a Stucka consiste en identificar relaciones de producción y relaciones de propiedad. La acusación que se le hace es la de confundir las relaciones jurídicas con las relaciones económicas, la infraestructura con la superestructura. Stucka⁶⁷ se defiende de esta acusación apelando a Marx; de nuevo el prefacio de la contribución. Se refiere al siguiente párrafo: «El cambio que se ha producido en la base económica trastorna más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura. Al considerar tales trastornos importa siempre distinguir entre el trastorno material de las condiciones económicas de producción —que se debe comprobar fielmente en ayuda de las ciencias físicas y naturales— y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas; en una palabra, las formas ideológicas, bajo las cuales los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lo resuelven»⁶⁸. Para él, lo que Marx está contraponiendo es el ser (la base) y la conciencia (superestructura). El ser son las relaciones de producción o las relaciones de propiedad (su expresión jurídica); las manifestaciones de la conciencia son «las formas en que los hombres las fijan (las leyes), las defienden (justicia, política, religión) o las ensalzan (filosofía o en general ideología)». Las normas, pues, lo que hacen es ocultar el interés de clase al que corresponden las relaciones sociales.

Esta oposición entre relaciones de propiedad (base) y leyes y filosofía

64. Esta definición ha sido tomada de la introducción de CAPELLA al libro anteriormente citado de STUCKA, p. 13.

65. *La función...*, pp. 249-250, 272-273 y otros pasajes.

66. *Prefacio a la Contribución...*, p. 37.

67. *La función...*, pp. 276-278, para todo el razonamiento.

68. *Prefacio a la Contribución...*, pp. 37-38.

(sus formas de conciencia) no ha quedado irrelevante. En efecto, una de las acusaciones que se hacen a la teoría del derecho marxista «es haber confundido el Derecho con la filosofía jurídica». De no dejar claro «si el Derecho debe ser considerado como infraestructura (realidad) o superestructura (ideología)». Y el raciocinio es el siguiente: «si el Derecho se desarrolla de acuerdo con los cambios en los medios de producción», si el Derecho es un reflejo más o menos fiel de las realidades económicas, difícilmente puede ser una ideología. Otra cosa es la filosofía jurídica, si sostenemos que las normas jurídicas de un momento dado responden a la equidad o a la justicia, pues entonces se trata de un intento de justificación ideológica⁶⁹.

Sin poder entrar en el intrincadísimo problema de la ideología marxista⁷⁰ —nos contentaremos con meras referencias—, veamos las críticas que se hacen desde dentro del marxismo al concepto del Derecho de Stucka y Vy-sinsky, la concepción clásica del Derecho marxista y, sobre todo, la aportación que para la Historia del Derecho supone Poulantzas.

Tanto Capella como Poulantzas atacan la postura de los dos autores antes citados. Capella acusa a Stucka de identificar el Derecho con las relaciones de producción, perdiendo de vista la especificidad del Derecho, convirtiendo en inesenciales a las normas y de platonizar a Marx, distinguiendo la idea de propiedad de la idea de su protección por medio de la justicia y de la policía, pero le alaba haber negado la importancia de la voluntad en la configuración del Derecho⁷¹. Poulantzas rechaza la tendencia economista de Stucka⁷², acusándole de reducir el Derecho a la base económica, desconociendo las relaciones entre base y superestructura, ya que la base aparece en Stucka como real y la superestructura como ideal, cuando Marx, incluso en sus obras de juventud, admitió la realidad de las superestructuras y de las

69. Véase en este sentido, E. L. JOHNSON, *El sistema jurídico soviético*, Península, Barcelona, 1974, pp. 92-93. Esta acusación se la hace directamente a Marx y a Engels.

70. Obsérvese la dificultad del tema en M. A. QUINTANILLA, *Sobre el concepto marxista de ideología*, Sistema, 7, 1974, pp. 29-52, donde sostiene que no todas las formas de conciencia (entendiendo por tales «todas las representaciones, conceptos, imágenes, ideas que se producen en la conciencia de los hombres y regulan su conducta») son ideología, sino solamente las formas de conciencia deformadas ideológicamente. El problema es determinar qué formas de conciencia están deformadas ideológicamente.

A este respecto véase también, L. TADIC, *Kelsen y Marx. Contribución al problema de la ideología en la teoría pura del Derecho y en el marxismo*, dentro del volumen *Marx, el Derecho y el Estado*, pp. 109-130, que es una defensa del carácter científico de Marx frente al de ideología de la doctrina kelseniana.

ALTHUSSER, por su parte, *Aparatos ideológicos del Estado...*, pp. 121-128 especialmente, distingue entre aparato represivo del Estado (AR) y aparatos ideológicos del Estado (AIE). El Derecho pertenece simultáneamente a ambos. La diferencia fundamental que encuentra entre AIE y AR es que mientras el AR funciona mediante la violencia, los AIE funcionan mediante la ideología. Esta distinción tiene el indudable mérito de no simplificar las distintas funciones del Derecho.

71. Introducción a la *Función revolucionaria...*, pp. 9-10.

72. *Marx y el Derecho moderno...*, p. 136.

ideologías⁷³. Como consecuencia de este economismo Stucka desconoce la autonomía relativa del Derecho, ya que se asemeja a una concepción instrumentalista de la superestructura al presentar el Derecho como un «elemento de la estructura social directamente determinado por la base económica». Con lo que imposibilita «una teoría marxista relativamente autónoma de las otras ramas de la teoría marxista», al no aparecer el Derecho «como un objeto específico, teóricamente construido de investigación científica»⁷⁴.

Respecto a la tendencia de Vysinsky, según Capella, el sustituir las relaciones de producción por las normas, supuso conceder a la voluntad el primer plano. El Derecho, en una formulación kelseniana, fue visto como un conjunto de normas, «producto exclusivo de la voluntad de la clase dominante»; con lo que se dio una «identificación inmediata del Derecho con la política»⁷⁵. Parecidas acusaciones a Vysinsky aparecen en Poulantzas, que lo califica de voluntarista (el Derecho en Vysinsky aparece como un conjunto de normas emanadas del Estado que encarna la voluntad de la clase dominante) y de superpolitización del objeto de investigación⁷⁶.

Pero lo que más nos interesa de las críticas de Capella y Poulantzas a los juristas soviéticos es su acusación de antihistóricos. Capella dice respecto a esas dos posturas que falta «en ambos casos la explicación histórico materialista del contenido concreto de las normas jurídicas. Solo parcialmente quedan recogidos los nexos causales que llevan de relaciones de producción concretas, históricamente determinadas, a las concretas e históricamente determinadas relaciones jurídicas que expresan las primeras»⁷⁷.

Poulantzas representa ambas tendencias —la economista de Stucka y la voluntarista de Vysinsky—, aparentemente opuestas en sus conclusiones, como dos especies de una misma problemática ideológica⁷⁸. Problemática que atribuye al joven Marx y que éste abandona en sus obras de madurez. Poulantzas la califica de una «concepción historicista del sujeto», ya que no histórica. En la explicación que da de esta problemática, Poulantzas hace referencia a las relaciones Hegel-Marx en esta época de juventud. La labor innovadora de Marx respecto a Hegel consistió en sustituir lo que en la dialéctica hegeliana había sido el Espíritu como sujeto central de la estructura social, por lo económico. De este modo cada nivel de la estructura social sólo puede ser explicado como expresión de lo económico. De esta concepción historicista del sujeto Poulantzas deduce decisivas conclusiones. En primer lugar, si los diversos niveles de la estructura social sólo tienen sentido como expre-

73. *La teoría marxista del Estado*, en el volumen *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, pp. 15-19.

74. *La teoría...*, p. 15.

75. Introducción a *La función...*, pp. 12-13.

76. *Marx y el Derecho...*, pp. 137-138.

77. Introducción a *La función...*, pp. 13-14.

78. Véase la crítica conjunta a ambos autores soviéticos como una deformación ideológica del joven Marx, en *Marx y el Derecho moderno...*, pp. 138-142.

sión de lo económico, se impone «la imposibilidad de investigación teórica de los diversos dominios de la superestructura». En esta tendencia economista las supreestructuras no tienen autonomía relativa ni eficacia específica. En definitiva, aparecen viciadas las relaciones infraestructura-superestructura. «El impacto de la superestructura sobre la base se considera, en consecuencia, como algo externo y accidental». En segundo lugar, tal concepción impide, como acaba de exponerse, que se «puedan descubrir relaciones entre la base y las superestructuras».

Poulantzas concluye este análisis remitiendo a la concepción humanista del joven Marx, calificándola de deformación ideológica, conforme a la cual los niveles de la superestructura son considerados como alienación: «Constituyen fenómenos ilusorios y falsas mistificaciones cuya única función es ocultar la esencia de la realidad social».

Hicimos referencia anteriormente a una futura exposición del Derecho clásico marxista. Debemos de reconocer que no es el concepto de Derecho —como tal concepto de Derecho— objeto de interés para este trabajo, sino sólo en cuanto que de su concreta formulación se deriva necesariamente una intelección del Derecho que condiciona la imagen que nos podamos hacer de su historia; en este caso, historia marxista del Derecho. En esencia, en la teoría clásica marxista el Derecho aparece —igual que el Estado— como un aparato represivo que tiene en su poder la clase dominante para seguir controlando a las clases dominadas⁷⁹. Su existencia viene dada en la sociedad escindida en clases por la división social del trabajo y la apropiación de excedentes por la clase minoritaria dominante. Las fases de transición hasta llegar a la sociedad socialista en que se habrá extinguido, con la correspondiente función del Derecho actual —«mal necesario y transitorio»; ser instrumento de su propia destrucción⁸⁰—, escapan por completo al presente estudio.

Finalmente, veamos la aportación que supone Poulantzas a la Historia del Derecho. Si hemos partido en este apartado del concepto de modo de producción para comprender el Derecho como superestructura, deteniéndonos en la lectura de varios autores, ahora regresamos a él valiéndonos del citado autor. En efecto, Poulantzas, aceptando «una verdadera ruptura teórica» entre el joven y el maduro Marx —que supondría el abandono de la problemática historicista del sujeto—, señala que para éste «una estructura social, un modo de producción o una formación social, consiste en un conjunto de niveles con estructuras propias y eficacia específica, con predomi-

79. Recuérdese que Althusser atribuye al Derecho no sólo la condición de aparato represivo del Estado, sino también ideológico.

80. Véanse en CAPELLA *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*. Fontanella, Barcelona, 1970, unós «esbozos utopistas» —como el propio autor denomina— de la función del nuevo Derecho libertario, que «es necesario para acabar con el Derecho».

nio, en última instancia, de lo económico»⁸¹. Es decir, una estructura compleja de niveles autónomos.

¿En qué consiste la especificidad de los diferentes niveles? Poulantzas⁸² responde diciendo que no depende de su naturaleza, sino de su ubicación y función en una unidad compleja, que viene determinada en última instancia por lo económico. Pero este predominio en última instancia de lo económico adopta distintas formas en las diferentes unidades sociales. Es decir, que los diversos niveles o instancias se articulan y se relacionan de distinta manera en cada estructura social, que depende del modo concreto como se realice ese predominio de lo económico. Por eso puede decirse, que mientras que en la sociedad capitalista es lo económico la instancia dominante, en las sociedades precapitalistas —aunque sea determinante en última instancia el nivel o estructura económica, «ya que la vida material condiciona todos los demás aspectos de la vida social»— cumplen esa función los factores extraeconómicos⁸³.

Pero lo verdaderamente importante para nosotros del trabajo de Poulantzas es el objeto y método que señala a la Historia del Derecho. Lo indica lapidariamente: «se trata de construir conceptos del Derecho siguiendo los diversos modos de producción en el interior de los cuales está previamente localizado»⁸⁴.

Poulantzas condiciona la propia autonomía de la Historia jurídica a la elaboración teórica del concepto específico de Derecho⁸⁵ de cada formación social, como la propia autonomía de una teoría marxista del Derecho «sólo tiene validez en la medida en que constituye su propio objeto»⁸⁶. Bien es verdad, por tanto, que si se puede hablar de Historia del Derecho, de una historicidad específica del Derecho, se debe a que el Derecho como superestructura jurídica tiene —al igual que los demás niveles de cada estructura social— autonomía de investigación.

Concretando más el método de investigación histórico-jurídico, aclara⁸⁷ que «no consiste en la investigación de sus antecedentes históricos ni en la de sus orígenes», no puede reducirse «a un desarrollo lineal de tipo cronológico». ¿Cómo ha de hacerse entonces? El historiador del Derecho que estudia el nivel jurídico de un modo de producción determinado debe, en primer lugar, localizarlo en cuanto nivel particular dentro del conjunto de niveles de una estructura y, más precisamente, en relación al modo típico de articulación y de relaciones de niveles que adopte ese modo de producción, pues la determinación de lo que es Derecho depende del lugar y de la fun-

81. *Marx y el Estado...*, p. 142.

82. *Marx y el Estado...*, pp. 143-146.

83. SAMIR AMIN, *Sobre el desarrollo...*, pp. 80-81.

84. *Marx y el Estado...*, p. 149.

85. *Marx y...*, p. 149.

86. *Marx y...*, p. 136.

87. *Marx y...*, ver especialmente pp. 146 y 149.

ción que desempeña en ese todo complejo. Determinación que se complica al investigar el nivel jurídico de una formación social concreta, dado que una formación social histórica participa de varios modos de producción teóricos. Quiere esto decir que coexistirán en una misma formación social diversos tipos de Derecho correspondientes a los distintos modos de producción. No obstante, un tipo de Derecho será el predominante, que corresponderá al modo de producción dominante en una formación social histórica.

Realizada así la investigación histórica del Derecho de cada formación social, no extrañarán los «desajustes históricos» que puedan producirse entre los diversos niveles. No se trata, dice Poulantzas, de avances o retrocesos de la estructura jurídica respecto a la estructura económica como pretende la historicidad lineal. Están basados en las mismas características que tiene toda estructura social compleja, ya que los distintos niveles autónomos tienen historicidades propias y, por tanto, ritmos de desarrollo distintos⁸⁸.

Esta exposición del pensamiento jurídico marxista, a través de la lectura de unos cuantos autores, nos permite ya —aunque todavía provisionalmente— dar una respuesta a las acusaciones de fondo que se hacen a la historia del Derecho de no estudiar más que apariencias o disfraces de la realidad social, en cuanto que el Derecho (las instituciones), objeto propio de la Historia del Derecho, es una superestructura ideológica.

A lo largo de esta exposición ha quedado claro en el pensamiento marxista crítico que el Derecho como superestructura jurídica ocupa un nivel en las estructuras sociales (modos de producción y formaciones sociales), si no de la misma significación que la estructura económica, sí con la misma autonomía regional —y, por tanto, historicidad— y con influencia en los demás niveles de la realidad social. La acusación al Derecho de ideología, en el sentido de deformación y ocultación de la realidad, es considerada, a su vez, por el mismo pensamiento marxista como simplificación, como deformación ideológica.

Recapitulando: consideramos en el apartado segundo la crítica que formulan los historiadores a la Historia del Derecho en el sentido de que ésta realiza un estudio desconectado del medio social y descubrimos, repasando diversas orientaciones histórico-jurídicas, lo ajustado de esa crítica. En el presente apartado hemos analizado el concepto de superestructura jurídica en el contexto de modo de producción, para poder enjuiciar a los que con los mismos esquemas acusan a la Historia del Derecho de estudiar un objeto ideológico, ficticio. Si ante la primera crítica comprendemos la actitud de los historiadores, ahora, a la luz del estudio de la superestructura jurídica, hemos podido comprobar que no está justificado el desinterés por el Derecho en una interpretación del todo social.

Estudiados los motivos de este desinterés que los historiadores sienten

⁸⁸. *Marx y...* p. 150.

por la Historia del Derecho, en el próximo apartado expondremos brevemente dos proyectos de superación del divorcio entre la Historia del Derecho y la realidad social.

IV. INTENTOS DE SOLUCION

A enfrentarse con este problema básico en el estudio de la Historia del Derecho de las relaciones entre Derecho y vida social, respondió en 1954 la reforma francesa del Plan de Estudios de las Facultades de Derecho, que tituló a la disciplina histórico-jurídica: «Historia de las instituciones y de los hechos sociales».

Juzgando de conjunto esta reforma, podemos decir que la mentalidad que trasluce parece adecuada⁸⁹, pero no es muy satisfactoria, en cambio, la manera como los historiadores franceses han plasmado en sus manuales esta orientación.

¿Qué pretendía la reforma? Para comprender sus objetivos es imprescindible conocer cómo se hacía la Historia del Derecho en aquellos momentos. Ya sabemos por la exposición que hicimos de la orientación de García Gallo —es sintomático que la diese a conocer en 1952— que entonces predominaba una concepción dogmática de la Historia del Derecho caracterizada por un estudio conceptual y abstracto de los sistemas jurídicos. La reforma, por tanto, se orientó hacia un estudio antidogmático de la Historia del Derecho. Lo que entendieron por este antidogmatismo podemos saberlo a través de las páginas introductorias de los manuales franceses de Historia de las instituciones. En ellos se refleja que la pretensión fundamental es exponer las instituciones en relación con el medio social, económico e intelectual en que se desarrollan⁹⁰, prefiriendo los hechos y aspectos concretos a lo abstracto⁹¹.

¿Qué ha logrado la Reforma? En la práctica se ha reducido a una exposición clásica de las instituciones, añadiendo en capítulos yuxtapuestos a esa exposición el estudio de los hechos sociales. Como muy bien observa

89. Es decepcionante, al manejar los manuales franceses de este título, la escasísima importancia que conceden a los planteamientos teóricos de su disciplina: si acaso unas líneas en su introducción. Puede confirmarse esta apreciación en MONIER (en colaboración con CARDASCIA e IMBERT), *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge*, Montchrestien, París, 1955; LEMARIGNER, *Cours de histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Curso esteneotipiado (1960-1961), París; TIMBAL, *Histoires des institutions et des faits sociaux*, Précis Dalloz, París, 1961; LEPOINTE, *Histoires des institutions et des faits sociaux*, Montchrestien, París, 1963; PONTEIL, *Histoire des institutions. Les institutions de la France de 1814 à 1870*, Presses Universitaires de France, París, 1966.

90. LE MARIGNIER, *Cours...*, p. 5; TIMBAL, *Histoire des...*, p. 2; MONIER, *Histoires des...*, p. 11; LEPOINTE, *Histoire...*, p. 4.

91. LEPOINTE, *Histoire des...*, p. 3.

Clavero⁹², la Reforma ha consistido en dar una orientación social pragmática a la Historia de las instituciones. En definitiva, podemos concluir diciendo también con el citado autor que la Reforma francesa ha supuesto, ante todo, un retorno nostálgico a la primitiva Historia institucional en la que se estudiaban indiferenciadamente las instituciones económicas, sociales y políticas.

Aunque la exposición de las orientaciones histórico-jurídicas se hizo en el apartado segundo, no podrá ser juzgado de excéntrico el que hayamos reservado para este momento la postura de Clavero. Su radical novedad en el panorama de la Historia del Derecho español, precisamente por la manera como resuelve el problema de las relaciones entre Derecho y sociedad, hacen oportuna su inclusión en este apartado.

Lo que debe resaltarse en primer lugar en Clavero es que representa un serio esfuerzo para revalorizar la Historia del Derecho, principalmente por la apreciación de la función que cumple el Derecho en la formación, consolidación y disolución de las distintas sociedades históricas⁹³. Valoración del Derecho que le lleva a exigir en los estudios históricos un empleo riguroso de los conceptos jurídicos. Muchos estudios históricos, dirá, pierden su valor por el desprecio de los conceptos jurídicos⁹⁴. Reconocimiento del valor del Derecho que se manifiesta en su trabajo por el exclusivo empleo de fuentes jurídicas⁹⁵.

En una segunda consideración debemos resaltar su intento de integración de la disciplina histórico-jurídica dentro de una Historia que englobe los resultados de las diversas disciplinas históricas. En este punto no cabe duda de la inclusión de la Historia del Derecho dentro de las disciplinas históricas⁹⁶.

92. *La Historia del Derecho ante la Historia social, Historia, Instituciones, Documentos*, 1 (1974), p. 246; LEMARIGNIER, *Cours de...*, p. 5, al hablar del método dice expresamente que su exposición de la Historia de las instituciones pretende ser como un «curso de historia de la civilización visto bajo un ángulo social».

93. Al mismo tiempo que rechaza las ansias imperialistas de una disciplina sobre las demás, bien sea en nombre de la Historia económica o de la Historia social. La resistencia al afán absorbente de la Historia económica puede verse en *Mayorazgo...*, pp. 1-2; respecto al intento de la Historia social de ser «una especialidad que supere a las especialidades» es en realidad objeto de estudio a lo largo de todo su trabajo citado en la nota anterior.

94. *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1396-1836)*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1974, p. 5. Esta, sin duda, debe ser la razón por la que a lo largo de todo el libro late la preocupación por no emplear el término feudal en el sentido preciso que tiene en Historia jurídica.

95. Memoriales de pleitos, literatura y disposiciones jurídicas, *Mayorazgo...*, p. 2. Indudablemente esta será una de las críticas más fuertes a su libro: la no utilización de fuentes documentales y el uso prácticamente exclusivo de fuentes impresas. El manejo de documentos señoriales se impone para una perfecta comprensión de los mayorazgos, aunque tal ausencia de fuentes no puede minimizar lo mucho logrado en su trabajo.

96. *La Historia del Derecho ante la Historia social* es un estudio dedicado princi-

Pero lo que nos interesa directamente considerar, conocida su caracterización de disciplina histórica, es su concepto de Historia del Derecho, que le viene dado, precisamente, por ese carácter de especialidad histórica. Pues si, según Clavero, el estudio de las distintas especialidades históricas debe dirigirse a «mostrar la significación material de las relaciones sociales que constituyen básicamente la sociedad», la validez y justificación como disciplina histórica le viene dadas a la Historia del Derecho por la investigación de «la función material desempeñada por las relaciones jurídicas en los diversos modos de constitución de la sociedad a lo largo de la Historia»⁹⁷. Consecuente con esta concepción de la Historia y de la Historia del Derecho, la labor que atribuye a la integración de las diversas disciplinas históricas es: «la reconstrucción unitaria de la sociedad a partir de las relaciones que básicamente la constituyen»⁹⁸ y, en concreto, esta labor integradora respecto a la Historia jurídica debe mostrar «la función que las relaciones jurídicas cumplen en el conjunto de las que articulan a las clases y grupos sociales en cada período histórico»⁹⁹.

Concepto que delimitará negativamente al afirmar que no puede reducirse el estudio de esta función material del Derecho a los términos positivistas de una sociología jurídica. La razón que da a este rechazo del positivismo de la sociología jurídica es porque no interesa considerar la incidencia social de la norma¹⁰⁰. Delimitación negativa que se extiende a una comprensión de la Historia institucional que sirva de erudición retrospectiva al Derecho vigente¹⁰¹.

Esta concepción de la Historia del Derecho quedará plasmada en su libro (tesis doctoral) sobre los mayorazgos. En esto nadie le puede tachar de in-consecuente. En Clavero, la teoría —por lo que también se diferencia de otros historiadores del Derecho— se hace inmediatamente operativa. Su trabajo tiene por objeto un tema jurídico: la constitución jurídica de la propiedad territorial laica en Castilla de 1389 a 1836. Basándose en fuentes jurídicas pretende dar a conocer la función material que cumplen las relaciones jurídicas definidas por la institución del mayorazgo: la producción y reproducción de la propiedad territorial laica en Castilla durante esos años, que define como feudal.

palmente a la necesidad de integración de las diversas disciplinas históricas, pero justificando la razón de ser de las especialidades en la Historia. En este sentido se pregunta si el estudio del régimen señorial no es terreno común a las distintas especialidades históricas. En cuanto a la forma concreta de integración interdisciplinar se muestra muy reservado respecto a si la llamada Historia social puede llevar a cabo por sí misma este cometido.

97. *La Historia...*, p. 261.

98. *La Historia...*, pp. 257-258.

99. *La Historia...*, p. 259.

100. *La Historia...*, p. 259. Tendremos ocasión de considerar este aspecto en el siguiente apartado.

101. *Mayorazgo...*, p. 1.

Precisamente, esta función material que desempeña el Derecho es lo que, a su juicio, diferencia la sociedad feudal de la sociedad burguesa o capitalista¹⁰². Es la tesis más arriesgada y de más valor en su libro para el estudio de la función del Derecho en las diferentes sociedades históricas (formaciones sociales), especialmente de las precapitalistas. Según Clavero: «al Derecho en el sistema feudal le compete, en suma, una función que no asume en el capitalista: la definición y la imposición de las relaciones materiales entre las clases propietarias y trabajadoras». El Derecho, pues, en la sociedad feudal produce y reproduce las relaciones materiales constitutivas de la sociedad. De ahí, concluye Clavero, el lugar privilegiado que tienen los juristas y la jurisprudencia en el análisis de las sociedades feudales y en el momento de transición a las sociedades capitalistas.

Es este último punto especialmente polémico¹⁰³. Clavero arremete contra los que no ven en la revolución burguesa española una transformación radical del régimen de propiedad de la tierra, sobre todo contra Gonzalo Anes, que considera se produce en el siglo XIX una consolidación del latifundismo nobiliario tradicional, tomando únicamente en consideración para el estudio de las transformaciones agrarias la abolición del régimen señorial y el proceso desamortizador. Según Clavero, la desvinculación —abolición de los mayorazgos—, por sí sola, supone una transformación radical, puesto que consiste «en la conversión de la propiedad territorial feudal en propiedad capitalista de la tierra y en la conversión, por tanto, de la clase feudal en clase capitalista». Transformación que se produce, aunque no se enajene la propiedad, aunque permanezca en manos de la nobleza. El fondo de su argumentación es el valor del Derecho en la fase de transición de la sociedad feudal a la capitalista. Su raciocinio es el siguiente: si las relaciones feudales de producción, cuya abolición significa la revolución burguesa, están definidas e impuestas por el ordenamiento jurídico, «no es de extrañar, por tanto, que su abolición —la imposición de las relaciones sociales capitalistas— pueda identificarse con la derogación de dicho ordenamiento»¹⁰⁴.

Esta exposición de la orientación histórico-jurídica de Clavero nos ha permitido apreciar el intento más serio de ofrecer —desde dentro de la Historia jurídica— una solución a las relaciones entre Derecho y medio social. A pesar de la rigidez del modelo que nos presenta en su estudio sobre el mayorazgo, es verdaderamente valioso el objeto que señala a la Historia del

102. *Mayorazgo...*, p. 408.

103. Ver este problema en *Mayorazgo...*, pp. 412-124.

104. Transformación radical agraria que no se desvirtúa por la transacción entre la nobleza y la burguesía según la cual aquélla recibía la propiedad de la tierra. Aunque ya no como propietario feudal, sino capitalista; ya no como propiedad vinculada, sino como desvinculada. *Mayorazgo...*, p. 368.

Véase una explicación de esta transacción en FONTANA, *Transformaciones agrarias y crecimiento económico en la España contemporánea*, dentro del volumen titulado *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo XIX*, Ariel, Barcelona, 1973.

Derecho: mostrar la significación de las relaciones jurídicas dentro del conjunto de las que articulan la sociedad. Presentada así la Historia del Derecho quedan aunados los dos términos de Derecho y realidad social, pues lo que se pretende es estudiar el Derecho, no de un modo abstracto, sino mostrando cuál es su función en cada sociedad histórica.

Con Clavero hemos finalizado la exposición de las diferentes orientaciones histórico-jurídicas. A través de su recorrido hemos podido comprobar la razón o sinrazón de las críticas que le hacen los historiadores. También hemos visto dos posibles alternativas. Ahora no resta más que razonar la alternativa que proponemos.

V. LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES DENTRO DEL ESTUDIO DE LA TOTALIDAD SOCIAL

A lo largo de todo el trabajo ha quedado patente el desinterés de los historiadores por la Historia institucional y la voluntaria regionalización de los historiadores del Derecho. Este es el diagnóstico que hacemos: los historiadores se desinteresan de la Historia del Derecho por un desconocimiento de la función que cumple el Derecho en la constitución, consolidación y disolución de las sociedades históricas; los historiadores del Derecho se marginan voluntariamente por temor a que el Derecho se disuelva en un estudio sociológico del Derecho. El esfuerzo al que estamos obligados en el presente apartado responde a un deseo de eliminar ambas actitudes.

Como punto de partida —o de llegada si se prefiere— reconocemos que la única Historia posible es la Historia de las sociedades humanas en su totalidad. Admitimos de buen grado que no cabe más que una Historia total o global en la que se integren todas las disciplinas históricas. Podemos afirmar con P. Vilar —a pesar de sus serias reservas a las especialidades—, que «cualquier Historia "nueva" privada de ambición totalizante es de entrada una Historia ya vieja»¹⁰⁵. Por lo tanto, si la Historia del Derecho quiere ser Historia está obligada —aunque el Derecho no sea más que un factor de la realidad social— a prestar su esfuerzo a una reconstrucción total de las sociedades históricas. Admitido esto, se comprenderá qué lejos estamos de una concepción de la Historia como ciencia de lo individual.

¿En qué medida puede cumplir esta tarea la Historia del Derecho? Esta es la hora de hacer precisiones a las fáciles ambigüedades en que nos movíamos en apartados anteriores.

Una primera precisión se refiere al uso indiscriminado que hemos venido haciendo de los términos Historia del Derecho, de las instituciones, institucional. Como habrá podido comprobarse no tiene el mismo significado en

105. *Historia marxista...*, p. 103.

autores como García Gallo, García de Valdeavellano o Lalinde, por no hablar de historiadores que no están habituados al uso de términos jurídicos. Bien, para nosotros, la Historia del Derecho es Historia de las relaciones jurídicas y entendemos que éstas necesariamente se plasman en instituciones jurídicas. Por lo tanto, para nosotros, el concepto de institución debe ser comprendido en un sentido muy amplio. Entendemos por institución jurídica el instrumento que permite organizar jurídicamente las distintas relaciones sociales. O más bien, el marco jurídico en el que se desarrollan las distintas relaciones definidas por esa institución ¹⁰⁶.

Sin embargo, esta Historia del Derecho como Historia de las instituciones o Historia institucional está necesitada de matizaciones. La primera se refiere a un problema de perspectiva histórica. Siguiendo el famoso símil de que los árboles no dejan ver el bosque puede ocurrir que el estudio de las instituciones se haga de manera fraccionada, en el sentido de estudiar institución por institución, con lo que aparecería cada institución con vida propia e independiente de las demás. De este modo sería inútil la pretensión de poder comprender la función del Derecho en una sociedad determinada. La segunda se refiere más expresamente a un problema didáctico. A pesar de entender por Historia del Derecho la Historia de las relaciones jurídicas y, por tanto, de las instituciones, admitimos a estos efectos un estudio individualizado de las fuentes en que está recogido formalmente el Derecho y de las técnicas de hacer Derecho, que nos manifiestan cómo, gracias a unos saberes de técnica jurídica, ha progresado o se ha estancado el Derecho. Por supuesto, tal estudio no tiene sentido en sí mismo. Las técnicas jurídicas corresponden a unos saberes generales que tienen su explicación última en la base material de la sociedad.

Otra precisión se refiere a la aparente confusión entre Historia y Sociología jurídicas. En cierto sentido no es más que un reflejo de las relaciones entre Historia y Sociología. Su distinción nos ayudará a aclarar la cuestión aplazada de qué entendemos por la expresión aspectos económicos y sociales que con tan poca precisión hemos empleado reiteradamente en los apartados anteriores. ¿Cuál es el fundamento de la Sociología jurídica? Según S. J. Toharía ¹⁰⁷ la Sociología se fundamenta en un presupuesto básico e indiscutible: «que el Derecho y las instituciones legales afectan y, a su vez, son afectados por las condiciones sociales en que están inmersos». Su problema central será la explicación del cambio jurídico y el de las mutuas relaciones entre Derecho y sociedad. Es decir, el sociólogo jurídico se preocupa, ante todo, de observar cuál sea la incidencia social de la norma y de qué modo las mutaciones socio-económicas están influyendo en el desgaste y cambio por otras más eficaces. Como método de trabajo emplean la observación experimental de los fenómenos jurídicos. Es decir, un método positivista que analiza caso por caso

106. Idea que hemos tomado del magisterio del prof. Tomás y Valiente.

107. *Cambio social y vida jurídica en España*, Edicusa, Madrid, 1974, p. 27.

la realidad jurídica. De este modo sabrá el sociólogo si tal norma se cumple, si tal sentencia fue ejecutiva o quién presionó a los parlamentarios para votar una ley. En definitiva, se obtiene una respuesta concreta ante un fenómeno concreto, pero sus métodos positivistas —aunque trasciendan a problemas más generales como sea la eficacia de toda una legislación en un momento determinado— no podrá descubrir tendencias profundas de una sociedad. El análisis en última instancia se le escapará.

¿Qué relación tiene entonces al Historia del Derecho con la Sociología jurídica?¹⁰⁸ La Historia del Derecho no investiga expresamente cuáles sean los fundamentos económicos y sociales que motivaron la aparición de las instituciones jurídicas, ni se preocupa directamente por estudiar la incidencia inmediata de las normas en la sociedad. Lo que investiga la Historia del Derecho es la función del Derecho en las distintas sociedades históricas. La Historia del Derecho no investiga los niveles de mutación jurídica, sino el papel que las diversas instituciones están desempeñando en el origen, mantenimiento o destrucción de una sociedad determinada. El temor, pues, de una reducción de la Historia del Derecho al positivismo sociológico carece de fundamento. El valor específico del Derecho queda salvaguardado en la Historia del Derecho. La Sociología tendrá su importancia en el análisis del cambio jurídico, pero se mueve en un plano experimental muy distinto de la Historia del Derecho. Y en este sentido, cuando hablábamos de los aspectos económicos y sociales, no nos estábamos refiriendo a los fundamentos económicos y sociales del Derecho en un momento dado, que serían en este caso estudiados como capítulos yuxtapuestos a la realidad específicamente jurídica, sino a la realidad social y económica que el Derecho está creando o modificando o destruyendo. En definitiva: realidad social, medio social, vida social y aspectos económicos y sociales han sido utilizados como otras tantas expresiones de sociedad.

Disipado el temor de que la Historia del Derecho pudiera reducirse a un positivismo sociológico en que el Derecho fuese considerado como un puro fenómeno sujeto al cambio social, vamos a intentar aclarar las relaciones entre la Historia del Derecho y las demás disciplinas históricas, por una parte, y con la historia general, por otra. Lo infundado de las motivaciones de los historiadores acusando de intrascendencia a la Historia del Derecho, han sido en parte ya aclarados en los apartados tercero y cuarto. Con el estudio de las relaciones entre la Historia del Derecho y la Historia general

108. Respecto a las relaciones entre Sociología e Historia todos los sociólogos e historiadores se sienten llamados a pronunciarse. A título de ejemplo entre los historiadores, véase: BRAUDEL, *Historia y Sociología*, dentro del volumen *La Historia y las ciencias sociales*, Alianza, Madrid, 1968, pp. 107-109, donde, tratando de disipar malentendidos, plantea la afinidad de campos entre ambas ciencias. También CARR, *¿Qué es la Historia?*, Seix Barral, Barcelona, 5.ª ed., 2.ª tirada, 1973, p. 88-89, quien propugna en estos términos la aproximación entre ambas ciencias: «cuanto más sociológica se haga la Historia y más histórica se haga la Sociología mucho mejor para ambas». Aunque Carr exige de la Sociología que no sea ni ultrateórica ni ultraempírica.

esperamos reducir aún más los recelos de los historiadores. Por otra parte, también volveremos sobre la función del Derecho en la sociedad, fundamento de la Historia del Derecho.

A la Historia del Derecho como disciplina histórica se le plantean en principio varias alternativas: una primera podríamos expresarla como pretensión de interpretación global de la sociedad; una segunda, como superespecialización de la Historia del Derecho en el elemento técnico-normativo, y la tercera tendría por finalidad el servir de instrumento a las demás disciplinas históricas.

La segunda posibilidad ya ha sido rechazada. Supondría para los historiadores una especialización de dudosa trascendencia. En su grado mayor de formalismo les parecería una simple preocupación erudita. Consideremos la tercera alternativa: servir de instrumento a las demás especializaciones históricas. En este sentido Kula, hablando de la cooperación entre la Historia del Derecho y la Historia económica, desde el punto de vista de esta última, solicita de la Historia del Derecho que le proporcione las reglas vigentes en una sociedad determinada, ya que «constituyen en parte el marco en el cual se desarrolla su vida económica». A su vez, la Historia económica ayudaría a la Historia del Derecho a «esclarecer las causas de la aparición y desaparición de unas normas determinadas»¹⁰⁹. Desde este punto de vista se considera al Derecho exclusivamente como sistema normativo. Indudablemente, el elemento normativo es fundamental en el Derecho, pero no se puede reducir a él. La Historia del Derecho en este sentido serviría de instrumento a las demás especializaciones aportando el estudio de la normativa jurídica, pero esto supone una excesiva reducción de su objeto de investigación. Sin embargo, no es ociosa esta labor ya que serviría para que los historiadores utilizaran las normas jurídicas como necesario instrumento de análisis de la sociedad.

Respecto a la primera alternativa, la pretensión de interpretación global de la sociedad, merece más nuestra consideración. Partimos al comienzo de este apartado de la aceptación del ansia totalizante de la realidad social por parte de la Historia. Admitimos que la Historia del Derecho en cuanto Historia no podía sino contribuir a la comprensión de la totalidad social. Pero esto no puede significar una interpretación jurídica de la Historia. Con esto no haríamos sino oponer a la parcialísima visión economista de la Historia una visión no menos parcial exclusivamente jurídica. Supuesta la necesidad de las disciplinas históricas a partir de las cuales sea posible la interpretación global de la Historia¹¹⁰, a la Historia del Derecho le corresponde mos-

109. *Problemas y métodos de la Historia económica*, pp. 64-65.

110. En este sentido, KULA, *Problemas y...*, p. 79, afirma: «el camino hacia la "Historia integral" no es la anulación de las disciplinas especializadas, sino la consolidación de las mismas. Como quiera que el más genial de los investigadores no es capaz de dominar a la vez todos los modernos y complejos métodos de investigación en todas las

trar cuál es la función del Derecho en las diversas sociedades históricas. Ya hicimos referencia a ello al estudiar el pensamiento jurídico marxista y, especialmente, al exponer la orientación histórico-jurídica de Clavero. Dejamos ver que el Derecho es un producto social, un aspecto de la realidad social, con su autonomía específica e historicidad propia. Precisamente esta historicidad propia explica la diferencia de ritmo entre lo económico y lo jurídico. Dábamos también a entender la complejidad de funciones del Derecho en una sociedad histórica, al mismo tiempo que señalábamos la diferencia de funciones que podía desempeñar el Derecho en una u otra sociedad. Intentemos dar una rápida visión de las posibles funciones del Derecho. Por supuesto, el Derecho es una forma social de conciencia —es típica la actitud mental conservadora del jurista—, pero no sólo esto¹¹¹. El Derecho puede ser, como veíamos en Althusser, un aparato ideológico del Estado, también un aparato represivo-organizativo del Estado, pero así mismo, lo que no estudia Althusser, puede corresponder al Derecho la función constitutiva, modificativa o extintiva de la sociedad. Así lo señala Clavero para la sociedad feudal castellana.

Por otra parte, la visión del significado del Derecho en la sociedad está en gran parte condicionada por la óptica temporal bajo la que se sitúe el historiador. Siguiendo a Fontana¹¹², podemos distinguir entre ritmos seculares, ritmos más cortos de algunos años o décadas y ritmos de los acontecimientos cotidianos. Sin detenernos en esto, aunque sea de enorme trascendencia para el historiador —piénsese en el valor que ha tenido en el estructuralismo la distinción de los tres niveles: Historia estructural, coyuntural y episódica—, podemos señalar que al nivel de los acontecimientos cotidianos resalta más el Derecho como norma que ha de ser aplicada (de ahí también que en este nivel sobresalga de manera «casi escandalosa» la falta de aplicación o, en mínimo grado, de muchas de las normas). Sin embargo, a medida que ampliamos el enfoque temporal aparecen más los niveles estructurales del Derecho —las instituciones fundamentales de la sociedad— y su verdadera eficacia: consolidar la estructura de la sociedad o, en caso

especialidades, sólo podremos acercarnos a la "Historia integral" por medio de una labor colectiva». En el mismo sentido se expresa en la p. 10. Por el contrario, véase una defensa de la comprensión global de lo social en el sentido de rechazar el acantonamiento de las especialidades y la parcelación de la realidad en P. VILAR, *Historia marxista*, pp. 83 y 94.

111. José Luis MARTÍN, *Historia de España...*, p. 262, refiriéndose a las diversas acepciones de feudalismo y después de definirse por un significado más amplio que el expresado por el «feudalismo político», dice que éste no es algo carente de vida —frente a los que afirman que la organización política no es sino un accesorio, una superestructura de la que se pueda prescindir porque no afecta a la base real—, sino que, a su vez, influye en los terrenos económico y mental. Como puede apreciarse por estas palabras hay una sensible rectificación de la función que atribuía inicialmente a las instituciones.

112. *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo XIX*, pp. 7-8. Fontana lo refiere a las relaciones entre los terrenos económicos, ideológicos y políticos. El gran historiador catalán sabrá perdonarme este atrevimiento.

contrario, servir de instrumento revolucionario para la construcción de una nueva sociedad, p. e. la nueva legalidad burguesa o socialista.

No me queda más, para acabar estas ya largas páginas, sino resaltar a modo de conclusión la importancia de la orientación elegida —por supuesto no original: en el trabajo quedan claras sus deudas— para la Historia del Derecho. De una Historia jurídica que tiene el Derecho en sí mismo como objeto de su investigación histórica, se pasa a otra que tiene por objeto directo de estudio la sociedad, pero en cuanto que es el Derecho, uno de los aspectos de la realidad social, el elemento específico de su investigación. De los historiadores del Derecho procede el interés por el estudio jurídico; de la Historia procede el afán de integrar el estudio de la Historia del Derecho dentro de una Historia del todo social.

De todos modos, aunque excesivamente descriptivo, este trabajo quisiera tener la satisfacción de dar a conocer a los historiadores no juristas las orientaciones actuales de la Historia del Derecho español ¹¹³.

Salustiano de Dios
Departamento de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca

113. La redacción de estas páginas coincide con un trabajo del prof. TOMÁS Y VALIENTE: *Historia e Historia del Derecho*, libro colectivo *Doce ensayos sobre Historia*, Fundación March, en curso de publicación. Lo coetáneo de ambos trabajos y las discusiones que hemos mantenido sobre los problemas aquí debatidos, son explicación suficiente de que en ellos se manifieste una misma orientación histórico-jurídica.