

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS  
(Ed.)

**MANERAS DE CONSTRUIR  
LA HISTORIA**  
**La filosofía de los historiadores  
del Derecho**

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2020

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESO QUE HEMOS SIDO: AUTOBIOGRAFÍA INTELECTUAL, José María Pérez Collados .....	9
LA DEFINICIÓN DE LA HISTORIA JURÍDICA, Enrique Álvarez Cora .....	35
IUSHISTORIA Y IUSFILOSOFÍA: ESPACIOS PARA EL ENCUENTRO, Andrés Botero Bernal .....	59
¿HAY UNA FILOSOFÍA DE/PARA LA HISTORIA DEL DERECHO? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICAS (Y NINGUNA PROPUESTA CONCRETA), Faustino Martínez Martínez .....	93
A PROPÓSITO DE LA HISTORIA (JURÍDICA Y PRÁCTICA) DEL DERECHO, Pedro Ortego Gil .....	125
SOBRE LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI, Rafael Ramis Barceló .....	147
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS REVISTAS HISTÓRICO-JURÍDICAS ESPAÑOLAS, Margarita Serna Vallejo .....	167
PARA UNA FILOSOFÍA REALISTA DE LA HISTORIA DEL DERECHO, Ignasi Terradas Saborit .....	187
PARA UNA HISTORIA DEL DERECHO: DESDE LA PERSPECTIVA DESCOLONIAL, Antonio Carlos Wolkmer .....	215

# ESO QUE HEMOS SIDO. AUTOBIOGRAFÍA INTELECTUAL

José María PÉREZ COLLADOS

Universitat de Girona

## 1. EN EL TERRENO DEL SER

He escuchado varias veces la frase, y siempre atribuida al profesor Mariano Peset: *la Historia del Derecho es eso que hacen los historiadores del derecho*.

Y no creo que se trate de ninguna *boutade* porque, efectivamente, si hablamos de lo que *es* la Historia del Derecho no queda ninguna duda de que queda conformada por el conjunto de los textos que escriben y de las actividades que llevan a cabo ese conjunto peculiar de historiadores que ni siquiera han llegado al acuerdo de si lo son o si, por el contrario, son *meros* juristas.

Otra cosa, muy distinta, es lo que *debería ser* la Historia del Derecho, cuestión que, obviamente, entrañaría muchas más dificultades y, por supuesto, daría lugar a un debate mucho más discutible y, probablemente, estéril.

Si decidiera seguir el criterio del profesor Peset, ello me conduciría a una especie de psicoanálisis académico<sup>1</sup> que, de alguna manera, podría ser útil en dos sentidos.

En primer lugar, escribiendo en primera persona podría decir de mí mismo como historiador del derecho que al haber pasado por todas y cada

---

<sup>1</sup> De alguna manera, lo llevé a cabo en su momento, PÉREZ COLLADOS, 2014: 209-234.

una de las etapas académicas de la *antigua* carrera universitaria<sup>2</sup> mi experiencia debería ser una experiencia compartida, bastante similar a la de la mayoría de mis compañeros y, por ello, mi experiencia sería «extrapolable», podría servir para generar conclusiones.

En aquellas carreras universitarias del último cuarto del siglo pasado y la primera década de la presente centuria podía variar el éxito obtenido, el reconocimiento alcanzado (más o menos justamente), pero el *entorno* político-académico (fuera este más o menos adecuado) era el mismo para todos y, precisamente por ello, al ser este entorno *el mismo para todos* favorecía más a unos que a otros. La igualdad es una herramienta enormemente discriminatoria...

En segundo lugar, y dados los profundos cambios acaecidos en la Universidad durante los últimos veinte años, analizar los avatares de un profesor universitario de Historia del Derecho del siglo pasado podría llegar a ser una buena herramienta para contrastar y poner bien de manifiesto qué es la Historia del Derecho hoy en día.

En una novela que publiqué hace algunos años<sup>3</sup> narraba las experiencias *académicas* de un joven licenciado que había obtenido una plaza de profesor ayudante en el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Sinceramente, sigo creyendo que la novela es el género más adecuado para describir con fidelidad lo que suponía, en aquellos tiempos, esa primera etapa *formativa*.

En la época de la Transición, en el ámbito de la Historia del Derecho no había escuelas científicas con un ideario historiográfico definido y propio. Algunos profesores (pocos, estoy pensando en el profesor José Manuel Pérez Prendes sobre todo; algo menos, pero quizás también, en el profesor Tomás y Valiente; en el profesor Jesús Lalinde Abadía...), acrisolaban un proyecto historiográfico con elementos metodológicos o filosóficos propios, pero no era esa la tónica general. Además, los tiempos eran los que eran: se venía de una etapa paupérrima en cuanto a planteamientos filosóficos en la historia jurídica, y la Universidad se encontraba absorta haciendo su propia transición del franquismo a la democracia.

La máxima coherencia de una *escuela* científica en el ámbito de la Historia del Derecho que cabía esperar en esos tiempos, se centraba en el tema de las investigaciones que caracterizaría al grupo: estudiar la Administración de la Monarquía Hispánica, por ejemplo, o las instituciones medievales, o el derecho indiano..., ese sería el *pegamento* de los miembros de la *escuela*. Y ello tomado con toda la flexibilidad del mundo.

Al candidato a historiador del derecho no se le exigía la carrera de Historia: se partía de la base de que esta no era condición ni necesaria, ni

---

<sup>2</sup> La regida por la ya derogada Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria: habiendo sido becario de investigación, profesor ayudante, profesor titular en dos universidades y finalmente catedrático de universidad; y habiendo tenido que realizar por ello diversos concursos públicos para optar a cada una de aquellas plazas.

<sup>3</sup> PÉREZ COLLADOS, 2011.

suficiente. Condición conveniente quizás, pero nada más. Ello se traducía en que los conocimientos históricos de los jóvenes historiadores del derecho no tenían por qué ser muchos, más bien podían ser escasos, o incluso nulos. Como ya he dicho, ni siquiera había acuerdo alguno en cuanto a la calificación del historiador del derecho como historiador o como jurista.

En cuanto a la primera de estas dos situaciones (la práctica inexistencia de escuelas científicas con planteamientos filosóficos o dogmáticos en la historiografía jurídica española de la Transición), esto era algo que se negaba y disfrazaba convenientemente.

El modo en que ello se materializaba (el disfraz de la anomia filosófica) puede constatarse en unos documentos administrativos de fácil consulta y de sobra conocidos para todo el cuerpo docente de profesores de Historia del Derecho en España: los *proyectos docentes*.

Para lograr el acceso a la condición de profesor titular de universidad y, por lo tanto, alcanzar el vínculo sacerdotal definitivo con la disciplina había que redactar y presentar ante el Tribunal que dirimía el correspondiente concurso público de acceso a la plaza, el denominado *Proyecto Docente*. En torno a este texto se desarrollaba el primero de los dos ejercicios en que consistía el concurso a una plaza de Historia del Derecho convocada por una Universidad.

En el proyecto docente cada concursante que concurría a la oposición presentaba por escrito cuatro cosas: 1. Un recorrido por la historiografía de la asignatura; 2. Algunas cuestiones básicas de metodología y planteamiento filosófico (el carácter jurídico o histórico de la ciencia histórico jurídica, por ejemplo); 3. Su *currículum* y; 4. Un programa docente para la impartición de la Historia del Derecho en la Universidad que convocaba la plaza (en relación con su concreto plan de estudios y las asignaturas allí comprendidas).

El *proyecto docente* solía compararse con el edicto del pretor en la medida en que tenía siempre una *pars nova* (parte original producto de la propuesta personal del candidato a la plaza), y una *pars traslaticia* (copia literal de Memorias docentes anteriores)<sup>4</sup>. Se justificaba aquella transliteración (que en la mayoría de las ocasiones reunía toda la parte doctrinal de la Memoria, apartados 1 y 2 anteriormente descritos), en la adscripción a una *escuela* con un ideario común: la *pars traslaticia* constituiría el ideario de la *Escuela*, no algo personal y, por lo tanto, voluble.

Tal y como he expuesto, en el Proyecto Docente debía resumirse, en primer lugar, la historia de la disciplina: el nacimiento de la Historia del Derecho como ciencia social, su origen en España, las primeras *Escuelas*...

---

<sup>4</sup> La presentación de proyectos docentes carentes de *pars nova* (esto es, copiados literalmente de otros anteriores), dio lugar a situaciones que serían hilarantes de no ser porque en el fondo eran escandalosas. Famoso fue un concurso a plaza de profesor titular en la Facultad de Derecho de Cuenca (que tuve la oportunidad de presenciar), al que dos de los tres candidatos llevaron el mismo proyecto docente, puntos y comas incluidos, y en el que, para colmo, afirmaban ambos: «en esta ilustre cátedra de Albacete...».

De manera generalizada se hilvanaban una serie de afirmaciones en torno a Hinojosa y su Escuela en las que se dibujaba un panorama histórico-intelectual muy alejado de la realidad<sup>5</sup>, exagerándose la influencia de la teoría *iusfilosófica* alemana, muy especialmente de la Escuela Histórica.

Que la Escuela Histórica constituye un programa jurídico vinculado a la codificación es algo indiscutido: con ella se pretendía imponer un tipo de ciencia jurídica en el proceso de la codificación, influyendo así en la redacción de los distintos códigos, especialmente del Código Civil. Resulta evidente que lo que se ha llamado *Escuela de Hinojosa* no tuvo ninguna influencia, ni la buscó, en este ámbito.

Más allá del ámbito *foral*, y dado que allí sí se dio la batalla contra un Código (el español), y se pretendió imponer frente a él una ciencia jurídica y unos contenidos (a través de los Apéndices y de las Compilaciones), no hubo Escuela Histórica en España<sup>6</sup>.

¿Por qué, pues, tanta insistencia en la *Escuela Histórica* y la *Escuela de Hinojosa*? La *mitificación* de aquel período servía, evidentemente, para sacralizar a las *Escuelas* que se presentarían a sí mismas como sucesoras y discípulas de aquellas, tras el brusco, triste y desautorizador episodio de la Guerra Civil<sup>7</sup>.

Esta visión historiográfica (ni que decir se tiene), formaba parte de la *pars traslaticia* de casi todos los Proyectos Docentes de aquella época (llegando en muchos casos, lamentablemente, hasta nuestros días).

No es mi intención adentrarme en estos vericuetos historiográficos, ni valorar en modo alguno la influencia o el peso historiográfico de estos autores fundadores. Lo que sí resulta evidente es que en plena Transición democrática el punto de partida historiográfico era una historia de la historia artificiosamente construida sobre unas bases metodológicas que (siendo generosos), tenían los pies de barro<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Hoy en día el análisis de estos autores y períodos se lleva a cabo sin el carácter hagiográfico de antaño. Cfr. MARTÍNEZ NEIRA y RAMÍREZ JEREZ, 2018.

<sup>6</sup> Tuve la ocasión de trabajar la influencia real y libre de mixtificaciones de la Escuela Histórica en Cataluña en el trabajo, PÉREZ COLLADOS, 2004: 139-184.

<sup>7</sup> «... sin contacto personal con él, García Gallo se siente atraído por Hinojosa desde sus primeros pasos en nuestra disciplina. Es, probablemente, el primer discípulo que Hinojosa tiene después de su muerte; lo que quiere decir que, en su sentido especialmente profundo, viene a ser el primer discípulo de Hinojosa». Rafael GIBERT, 1958: «Recensión al tomo II de la edición de las Obras de Eduardo de Hinojosa y Naveros», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XX: 841. La crítica a esta visión historiográfica está hecha hace ya bastantes años. Cfr. PASAMAR ALZURIA, 1991: 168.

<sup>8</sup> Curiosamente ello no se debía a la acción del supuesto heredero de la sacrosanta tradición y discípulo primero de Hinojosa tras la Guerra Civil (según aquel ideario). Y es que el *elegido*, el profesor Alfonso García Gallo intervendría en aquel debate aclarando, perfectamente, las cosas: los historiadores del derecho que retoman la investigación en este campo después de la Guerra Civil constituyen, en su opinión, un grupo «no homogéneo en la orientación y método de trabajo de sus componentes», teniendo tan solo en común algo tan poco programático y vago científicamente hablando como el ejemplo de «sus mayores» en su «vocación y rigor científico». GARCÍA GALLO, 1982: XXXIV.

## 2. LAS MIXTIFICACIONES DE LA PARS TRASLATICIA

### 2.1. Los fundadores

La referencia historiográfica anterior a la Guerra Civil se centraba en un grupo bastante limitado de historiadores formados en un contexto de enormes dificultades (es de sobra conocido el papel que desempeñan en ese momento las becas de la Junta para la Ampliación de Estudios)<sup>9</sup>.

Puede hacerse una evaluación de este conjunto de investigadores acudiendo al *Anuario de Historia del Derecho Español*<sup>10</sup>. Las conclusiones son más que evidentes: los temas tratados por los historiadores del derecho en España se situaban en la Edad Media y se centraban casi exclusivamente en la descripción de fuentes del derecho e instituciones políticas, siendo sus autores, en su gran mayoría, historiadores generales (el propio Sánchez Albornoz lo era).

En todo caso, los historiadores del derecho propiamente juristas no definirían ninguna especificidad metodológica en relación con ellos, ni con los historiadores de la economía, que también eran habituales en el *Anuario*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> GARCÍA VELASCO y SÁNCHEZ (coords.), 2010.

<sup>10</sup> Información de todos ellos en el Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho, [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/).

Es significativa la nómina de sus fundadores. El hecho de que se hubieran tratado en el Centro de Estudios Históricos y, por lo tanto, tuviesen todos alguna vinculación con Hinojosa facilita la creación de la llamada *Escuela*:

Claudio Sánchez Albornoz (al no ser jurista ni aparece en el Diccionario antes referido. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, 1993-1994: 1089-1098. Análisis pormenorizado de su obra en FONT RIUS, 1993-1994: 1099-1122. Galo Sánchez. José María Ots Capdequí (separado de su cátedra en 1939 no es readmitido hasta 1962, pocos meses antes de su jubilación). José María Ramos Loscertales (aunque estudió también Derecho, fue siempre catedrático de Historia de España por lo que ni aparece en el Diccionario antes reseñado). Ramón Carande Tovar (catedrático de Economía y Hacienda...). En la dirección del *Anuario* figuraba Laureano Díez Canseco, literalmente ágrafa en materia de Historia del Derecho, parece que servía de soporte institucional al joven grupo de «desconocidos» que impulsaba la revista. GARCÍA GALLO, 1982: VIII-IX.

Otras incorporaciones reseñables serían las de Manuel Torres López (que fundaría el grupo siempre reducido del germanismo en España); Ramón Prieto Bances, sin apenas aportaciones científicas; José Antonio Rubio Sacristán, cuyos problemas políticos con el régimen de Franco le harían, quizás, buscar otras ocupaciones que limitarían su potencial y dedicación a la Academia; Tomás Gómez Piñán (depurado por el régimen franquista); Román Riaza (asesinado al comienzo de la Guerra Civil en Paracuellos del Jarama), José López Ortiz, Luis García de Valdeavellano, o Juan Beneyto (con una vinculación muy entrecortada con la Universidad —cesa en su cátedra durante veinte años, entre 1954 y 1974—).

Quizás el único caso de la historiografía jurídica española que no quedaba circunscrito al *Anuario* fue el de Rafael de Ureña, director de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Fallecido en 1930, no solo no dejaría una escuela, sino que su Cátedra de Historia de la Literatura jurídica española sería suprimida. Reimplantada en 1942 (para ser ocupada por Manuel Torres López), volvería a ser suprimida de manera definitiva en 1944.

<sup>11</sup> En los números del *Anuario* aparecidos antes de la Guerra Civil un 70 por 100 de los autores son historiadores generales o de otros campos no jurídicos. Si nos centramos en los trabajos: el derecho privado cuenta tan solo con cuatro artículos en esta primera época; el derecho procesal, dos; derecho penal, ninguno. Cfr. *Anuario de Historia del Derecho Español*, LI bis (1982), *Historia del Anuario e índices*: 1-25.

*Grosso modo*, esta era la Historia del Derecho que arruinaría (como arruina todo), la Guerra Civil: no había Historia del Derecho privado (entre otras cosas, por esta razón resulta inapropiado hablar de *Escuela Histórica* para describir este período), ni penal, ni procesal. Lo que había era ese tipo de Historia del Derecho para la que no se requiere específica formación jurídica dado que: 1. Cuando el objeto de estudio eran instituciones político-administrativas, al tratarse de instituciones del Antiguo Régimen tenían una idiosincrasia del todo divergente a la contemporánea y, 2. Cuando el objeto de estudio eran fuentes jurídicas, el trabajo realizado sobre ellas era meramente formal-descriptivo o centrado en la resolución de problemas intrínsecos a la propia fuente: datación, autoría, etcétera.

## 2.2. Los años del franquismo

La metodología de la Historia del Derecho asumida y generalizada tras la Guerra partiría de la identificación entre fuentes y derecho (la concepción de que el derecho historiable es solo el contenido en ellas)<sup>12</sup>, reduciendo enormemente las posibilidades especulativas de la historia jurídica<sup>13</sup>. Este sería uno de los elementos distintivos de la llamada «orientación institucional» que el profesor Alfonso García-Gallo (sin duda el historiador del derecho más influyente en España —e Hispanoamérica—, durante todo el franquismo) defendería en casi todas las ediciones de su *Manual de Historia del Derecho Español*<sup>14</sup>.

La Historia del Derecho se consideraría, desde esta perspectiva, una historia de las instituciones político-administrativas y de las fuentes que emergían de ellas y en donde se autorregulaban. El contenido y el continente se entenderían, por lo tanto, como los dos objetos de estudio, diversos y potencialmente independientes, del historiador del derecho.

El punto de partida del profesor Alfonso García Gallo podría decirse que mantenía ciertas concomitancias con el entonces pujante funcionalismo que comenzaba a imperar en el ámbito de la antropología cultural<sup>15</sup>: el profesor García Gallo resaltaba la circunstancia de que la vida humana plantea problemas (ponía la palabra *problemas* donde el funcionalismo de Malinowski diría *necesidades*). Unos *problemas* que se resolverían a través de instituciones jurídicas.

El funcionalismo plantearía que las necesidades biológicas se resuelven mediante las diversas instituciones culturales, cumpliendo la cultura,

<sup>12</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, cualquiera de sus ediciones, párrafo núm. 41.

<sup>13</sup> En el ámbito institucional, ello implicaba dedicarse al estudio de *cadáveres*, ya que la institución, contemplada tan solo como regulación positiva descrita en diversas fuentes, no es sino «la piel que el reptil abandona tras la muda, o el esqueleto que se perpetúa a nuestros ojos a través de su fosilización», puesto que, en muchas ocasiones «no es sino con la institución con lo que termina la vida jurídica, verdaderamente rica solo en su gestación». LALINDE, 1975: 126.

<sup>14</sup> GARCÍA-GALLO, 1954: 605-634.

<sup>15</sup> Sobre esta escuela un buen resumen en JARVIE, 1973; también STOCKING (ed.), 1984.



con ello, una *función* fundamental en el orden de la satisfacción de las necesidades. En todo caso, García Gallo no proponía el estudio de instituciones culturales, sino de instituciones jurídicas lo que, evidentemente, no es lo mismo<sup>16</sup>.

Además, el profesor García Gallo hacía notar que ciertos problemas a los que atienden las instituciones jurídicas son cuestiones constantes, inherentes al hombre y, por lo tanto y en su opinión, era posible determinar un conjunto de instituciones que, con las variantes correspondientes a cada etapa histórica, serían *permanentes*. Esa sería la razón por la que, de nuevo en su opinión, muchas instituciones jurídicas no podrían someterse a las etapas cronológicas canónicas de la Historia general.

Estos planteamientos, que vincularían a la mayoría de la historiografía jurídica española hasta, al menos, los años setenta derivaron en ciertas características que lo serán del historiador del derecho español del franquismo y que, en buena medida, se mantienen hoy en día<sup>17</sup>. Veámoslas.

García-Gallo afirmaba reiteradamente en el parágrafo número 41 de las múltiples ediciones de su *Manual de Historia del Derecho Español* que lo único que cabe historiar es el derecho positivo.

Si bien con ello se conseguía huir de la evanescencia de las entidades jurídicas extralegales (fueran las que fueran), obteniéndose certeza y *objetividad* en el objeto de estudio, no parece que la opción fuese muy acertada.

Certeza, desde luego: el derecho positivo es lo que ofrece. Pero en modo alguno podría afirmarse que se alcanzaba su determinación de modo objetivo.

Una solución al problema de cómo seleccionar las fuentes jurídicas de cada momento de la Historia la había apuntado Coing<sup>18</sup> haciendo referencia a la necesidad de que el historiador se adaptase a la concepción que se tuviera del derecho en la época analizada. Parecía lógico. Adaptarse al tiempo que se estudia parece una obligación de todo historiador, pero adaptarse ¿qué significa?

Habitualmente, «adaptarse» supone rastrear los centros de poder institucionalizado de cada época y acopiar su producción normativa peculiar. De esta forma, habríamos conseguido acumular lo que fuera el derecho en aquel tiempo concreto. Por ejemplo, el derecho de la Edad Media se viene organizando según la historiografía jurídica en tres ordenamientos: derecho real, derecho municipal y derecho señorial<sup>19</sup>. Cada uno de estos «poderes» se expresaría normativamente de una determinada manera, pero siempre harían referencia al concepto derecho.

---

<sup>16</sup> En todo caso y dado que, según la *orientación institucional*, la institución jurídica debía resolver *problemas sociales*, se entendía que su estudio no debía ignorar la experiencia humana en toda su amplitud social, económica, etc., por mucho que el historiador del derecho debiera centrar su atención en lo que de *jurídico* tuviera esa respuesta.

<sup>17</sup> Analicé esta época en PÉREZ COLLADOS, 1997: 95-118.

<sup>18</sup> COING, 1992: 62.

<sup>19</sup> La clasificación es debida a IGLESIA FERREIRÓS, 1977: 115-197.