

La historiografía, la historiografía jurídica y la historiografía de la historiografía jurídica

por Marcelo Bazán Lazcano

I. Introducción

Confieso que encuentro dificultades para comprender cómo podría hacerse (o intentar hacerse) una historiografía de la historiografía jurídica si se ignora no sólo lo que esta especie de la historiografía es, sino lo que es la misma historiografía. Para Víctor Tau Anzoátegui, que se halla en este caso, la historiografía (o “historia del derecho”), como la llama realmente¹, que opera tanto con el “método jurídico” como con el “método histórico”, tiene por objeto el conocimiento del derecho pretérito². Pero a través de sus palabras no acierto a entender a qué clase o subclase de “derecho” pretende que se apliquen. Describe el “método jurídico”, que opone al “método histórico”, como uno de los métodos de la historiografía jurídica³. Es decir, a primera vista parece como si quisiera decirnos cuál es el objeto de esta historiografía. Pero no lo hace. Tampoco aclara el concepto de este objeto cuando se refiere a lo que llama “método jurídico”⁴.

¹ En realidad, confundiendo el objeto de la historiografía, que es la historia, con su conocimiento, que es precisamente la historiografía. Por eso utilizaré esta última para referirme a ese conocimiento.

² Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La enseñanza de la historia del derecho argentino”, en *Revista de Historia del Instituto del Derecho Ricardo Levene*, N° 24, p. 222.

³ *Ibid.*, p. 220. La proposición con que el autor se refiere a este método es en extremo confusa. Dice que debemos utilizarlo porque “se trata de un *Derecho pasado*, no vigente, que al igual que otros aspectos del pasado, debe ser recreado siguiendo los principios consagrados por la metodología histórica”. Pero, ¿qué método debe ser recreado por el historiador jurídico? ¿El “método histórico” o el “método jurídico” del pasado? Claramente la respuesta que cualquier persona razonable daría no puede sino ser contraria a la idea de que lo que el historiador jurídico debe recrear sea el “método histórico” del pasado y hacerlo “siguiendo los principios consagrados por la metodología histórica”. Es decir que habría una historiografía jurídica cuyo método histórico tendría por objeto la reconstrucción del método histórico del “derecho” pasado. La frase, además de falsa, es también autocontradictoria.

⁴ Pero algo nos dice cuando afirma que “debemos rastrear la evolución del método, para

Ahora bien, no creo que la palabra “jurídico”, defina lo que constituye el objeto de la historiografía jurídica.

II. La historiografía jurídica

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la historiografía jurídica? Son varias las opiniones sobre este punto. Por “historiografía jurídica” Alfonso García Gallo entiende la “ciencia jurídica retrospectiva” cuyo objeto es el estudio del aspecto jurídico de las instituciones por un método que es a la vez jurídico e historiográfico⁵. Otro punto de vista es el de Ricardo Zorraquín Becú, para quien la historiografía jurídica es una ciencia autónoma cuyo objeto es el estudio del sistema jurídico pretérito, constituido por el “derecho vigente” o “derecho sociológico”, el “derecho positivo” y el “derecho justo”, y cuyo método es también doble: historiográfico (o descriptivo de los datos relativos a los sistemas) uno y “teorético” el otro⁶. Antonio Ma-

rehacer los principios que han guiado a los juristas en los distintos momentos”. Ahora parece claro que el método de que se ocupa el “método jurídico” del historiador jurídico es el “método jurídico” del jurista pretérito. Pero seguidamente describe el objeto del “método jurídico” diciendo que es “el concepto del Derecho, su origen y finalidad, la vigencia y el contenido del Derecho; el modo de formular las leyes e interpretarlas, la publicidad e ignorancia del Derecho, la fuerza y alcance de la costumbre, el significado de las palabras, locuciones y voces técnicas, etc.”. Ahora bien, aunque todo esto no es necesariamente el objeto de una historiografía jurídica definible como historiografía de la ciencia del derecho, tampoco –y mucho menos– lo es el del estudio de la realidad social vinculada al “Derecho”.

⁵ Pero algo nos dice cuando afirma que “debemos rastrear la evolución del método, para rehacer los principios que han guiado a los juristas en los distintos momentos”. Ahora parece claro que el método de que se ocupa el “método jurídico” del historiador jurídico es el “método jurídico” del jurista pretérito. Pero seguidamente describe el objeto del “método jurídico” diciendo que es “el concepto del Derecho, su origen y finalidad, la vigencia y el contenido del Derecho; el modo de formular las leyes e interpretarlas, la publicidad e ignorancia del Derecho, la fuerza y alcance de la costumbre, el significado de las palabras, locuciones y voces técnicas, etc.”. Ahora bien, aunque todo esto no es necesariamente el objeto de una historiografía jurídica definible como historiografía de la ciencia del derecho, tampoco –y mucho menos– lo es el del estudio de la realidad social vinculada al “Derecho”.

⁶ Cfr. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Apuntes para una teoría de la historia del derecho”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 24,

nuel Esphana sostiene en cambio que no sólo el derecho no es el “derecho oficial” sino el “derecho cotidiano”, que no constituye una ciencia sino un producto social determinado por la sociedad⁷. Otros, como Eduardo Martiré⁸ y el mismo Tau Anzoátegui⁹, afirman la idea de que la historiografía jurídica es una “historia especial”, la llamada “historia del derecho”.

¿Es posible que estos autores se ocupen del análisis de lo que constituye el objeto de la historiografía jurídica en el sentido que intentaré ahora explicar y no del “derecho”, sin formular acerca de éste definición alguna?

No me parece extraordinariamente difícil dar una respuesta a esta pregunta. Ninguno de los autores citados ofrece una definición del objeto de la historiografía jurídica, a menos que se acepte la opinión de que esta historiografía es una “ciencia jurídica retrospectiva cuyo objeto es el estudio del aspecto jurídico de las instituciones”, porque ese aspecto no sería otro que las normas que regulan éstas¹⁰; pero

Buenos Aires, pp. 327-338. Todo este estudio, lejos de ser una teoría, es un conjunto inconexo de proposiciones falsas. Respecto de la “historia jurídica”, dice, por ejemplo, que ella es jurídica en cuanto a su objeto e “histórica” en cuanto a su método. Confunde además el “método histórico”, al que llama “descriptivo”, con el método prehistoriográfico de la archivística, y define tautológicamente al método jurídico como “teórico”. No es difícil comprender, por otra parte, que su definición de la historiografía jurídica como jurídica por su objeto implica la negación del carácter jurídico inherente al método *histórico jurídico*. Esta negación implica además la negación de la posibilidad de la determinación de la teoría propia del objeto historiográfico jurídico de la historiografía jurídica. Pero ni la primera de estas negaciones ni la segunda son definibles como lógicas.

⁷ Cfr. ANTONIO MANUEL ESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (1998), pp. 22-24, 27 y 36.

⁸ Cfr. EDUARDO MARTIRÉ, “Las historias especiales y la Historia Jurídica del Derecho en *Trabajos y Comunicaciones*, N° 21, La Plata, 1970.

⁹ Cr. TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, pp. 217-227, quien en realidad parece adherir a la opinión de MARTIRÉ en este sentido, aunque no lo diga expresamente.

¹⁰ Pero para TAU ANZOÁTEGUI, como para GARCÍA GALLO, a quien sigue el primero ese objeto son también los “hechos” o, más exactamente aún, “la sociedad humana de una “época determinada”, o sea “los aspectos políticos, sociales, económicos, culturales, etc., que conforman esta época en estudio”. Cfr. Tau Anzoátegui, *op. cit.*, p. 22 y García Gallo, *op. cit.*, tomo I, p. 21, quien formula su punto de vista acerca de la necesidad de estudiar, la historiografía jurídica, además de la “norma jurídica y su aplicación”, también las “situaciones que el

lejos de ser una ciencia jurídica, semejante “ciencia” no sólo no es jurídica sino una ciencia subordinada a la historiografía, a la ciencia filosófica del derecho y a la ciencia lógica, y cuyo método no es tanto opuesto cuanto diverso de su objeto.

III. La historiografía jurídica como historiografía de la ciencia del derecho y la historiografía de las instituciones como historiografía de la práctica jurídica

Lo primero que haré es ofrecer una noción de lo que es la “historiografía”. *Toda historiografía es un sistema teórico diverso del inherente a la ciencia.* La teoriedad de la historiografía está dada por su formulación de una teoría tanto del método cuanto del objeto de la historiografía. Ahora bien, *una historiografía es jurídica si y sólo si su objeto consiste en el estudio de la ciencia del derecho pretérito.* Dicho en otros términos, la historiografía jurídica es simplemente una historiografía de la ciencia del derecho en cualquiera de sus direcciones, positiva, filosófica y teológica, y la historiografía de las instituciones es tan sólo una historiografía de la práctica, que tanto puede ser jurídica como no jurídica y cuyo objeto no consiste necesariamente en los “hechos fundamentales de la vida social”. La historiografía de la práctica jurídica, institucionalizada o no, ocupa un lugar secundario en la historiografía jurídica, como mera disciplina prehistoriográfica desprovista de toda finalidad historiográfico científica.

IV. La ciencia del derecho

Suponiendo que esté claro cómo empleo la expresión “historiografía de la ciencia del derecho”, podemos decir que uso la expresión “ciencia del derecho” de modo que ésta sea filosóficamente definible como *sistema teórico conceptual consistente en la formulación sistemática de su concepto, considerado como el conjunto de principios que lo constituyen y determinan silogismos teóricos categóricos y condicionales, como el silogismo teórico hipotético condicional de la forma “Si p, entonces q”.*

derecho regula”. Pero ni los “hechos”, ni las “épocas”, pueden constituir el objeto de ninguna historiografía jurídica. Es la historiografía de la práctica (social, económica, etc.) la que debe ocuparse de ellos.

Pero del hecho de que esta definición de la ciencia del derecho sea correcta, como en mi opinión lo es, no se sigue que sea la misma que formula la historiografía de la ciencia del derecho en cada caso concreto.

Queda entonces el problema: ¿En qué sentido (filosófico o historiográfico) uso la expresión “ciencia del derecho”, entonces?

El enunciado “Toda historiografía jurídica es una historiografía de la ciencia del derecho” se podría entender naturalmente, pienso, en un sentido del que se seguiría que si el derecho no es un sistema, entonces la proposición que afirma que la historiografía jurídica es una historiografía del “derecho” no puede ser verdadera. Esto es lo que se daría a entender naturalmente al decir que el “derecho” (no la ciencia del derecho) constituye el objeto de la historiografía jurídica. Pero como es obvio esta proposición es monstruosamente falsa y supongo que nadie, excepto los historiadores argentinos del derecho, afirmarían que es verdadera.

V. La definición del derecho como sistémico

Respecto a ello pienso que la siguiente proposición no es susceptible de discusión, a saber, que “si no todo sistema equivale al derecho, todo derecho es sistémico”. Lo que se quiere decir aquí, pues, es que si todo derecho es sistémico, entonces puede definirse, según pienso, de la siguiente manera: sea A el derecho, B el sistema inherente al derecho y C la ciencia del derecho. A será definible como tal si y sólo si o bien (1) ocurre que B es definido como equivalente a C, y que (b) si A implica B, entonces B implica C, o bien (2) hay algún sentido de la palabra “derecho” (A) o esta implica B. Ahora bien, decir que A implica B equivale a afirmar que mi proposición, en el sentido de que A implica y es implicada por C es verdadera, de manera que si A fuera equivalente a C, entonces, o bien mi proposición sería la única proposición verdadera, o bien, de no ser así, debería sostener que A es la negación de B y C, y por eso, implica otra proposición, expresable en los términos “A es el objeto de la historiografía jurídica”. Sin embargo, si A no implica B, entonces es totalmente cierto no sólo que mi proposición de que A implica B y B implica C es verdadera sino que la otra, además de falsa, es autocontradictoria.

VI. La historia de la historiografía jurídica

Respecto a la historia de la historiografía jurídica hay que decir primero que *toda historia de la historiografía (jurídica o no jurídica) consiste en la reformulación sistémica de la teoría de la historiografía adoptada o formulada por el autor de la obra historiografiada*. La historia de la historiografía (jurídica o no jurídica) se resuelve en dos historiografías: una consistente en la historiografía de la historiografía de que se trata, y otra que tiene que ver con esta misma historiografía, o sea con la teoría de la historiografía jurídica seguida por el autor de la obra historiografiada que constituye el objeto de la historia de la historiografía jurídica.

Aunque toda historiografía es teorética, en el sentido que he indicado, ninguna historiografía es identificable con la ciencia, cuya teorética se resuelve en la *conexión lógica de los conocimientos metódicamente adquiridos en torno a un objeto*.

Ahora bien, por lo que respecta lo que Tau Anzoátegui hace en el artículo citado no es otra cosa que ofrecer una lista de los historiadores y sus obras en la historiografía española e hispanoamericana, sin hacer referencia alguna a las teorías de sus autores.

Por tanto, pienso que sólo mediante un uso estrecho del lenguaje se puede decir que Tau Anzoátegui ha desarrollado una verdadera historia de la historiografía española e hispanoamericana. Su artículo, diría yo, consta de proposiciones acerca de los cambios “de interés en cuanto al objeto y forma de estudio”, por parte de los historiadores considerados¹⁰. Pero estas proposiciones pueden ser de dos tipos que podríamos llamar *ideológicas* y *prácticas*. No pienso que contengan, o puedan contener alguna proposición de la que se siga la determinación de la teoría de la historia de la historiografía jurídica de los autores que menciona Tau Anzoátegui.

En apoyo de mi pretensión de que quizá no pueda decirse en absoluto que este autor ha hecho una verdadera historia de la historiografía jurídica española e hispanoamericana, quiero llamar la atención sobre el siguiente punto. No hay duda de que la expresión cambios “de interés en cuanto al objeto y forma de estudio” puede denominarse con propiedad, como lo haría cualquier historiador interesado en estas cuestiones, una expresión que se relaciona con la historia de la historiografía jurídica de que se trata, si estamos de

acuerdo con la idea de que una expresión como ésta puede considerarse adecuada para la explicación de esta historiografía. Pero del hecho del tratamiento adecuado de las cuestiones indicadas y de su primera relación con la definición de la historiografía jurídica no se sigue que ese tratamiento pueda identificarse con el objeto de una historia de la historiografía jurídica.

Pienso, por tanto, que está muy claro que Tau Anzoátegui, que es un historiador de la práctica jurídica, o sea, un historiador institucional, no solo no presenta una historiografía de la historiografía española e hispanoamericana sino que tampoco ofrece teoría alguna sobre el significado del concepto de la historiografía de la historiografía jurídica y del concepto sino de la misma historiografía.

Ahora bien, considero que esta doble omisión, en la que, por lo demás, también incurren Daysi Rípodaz Ardanaz y Alberto David Leiva¹¹, constituye un hecho gravísimo. Admito la premisa de que si estos autores no cultivan la ciencia del derecho, esto es, no son juristas¹², entonces pueden ignorar lo que la historiografía jurídica y la historiografía de la historiografía son. Pero, precisamente por esta ignorancia no puedo considerarlos verdaderos historiadores jurídicos.

¹¹ La nombrada en primer término no solo no ha hecho ninguna historiografía de la historiografía jurídica, sino que en su irrelevante artículo titulado “En torno a la problemática de la historiografía jurídica” en (RINORL) se ocupa de aspectos que nada tienen que ver con el concepto de historiografía de la historiografía jurídica. Por su parte, el mencionado en segundo lugar, aunque intenta escribir una historia de la historiografía jurídica argentina, en un período determinado, se limita a lo que podríamos llamar *mera descripción heurística de las obras consideradas*, de aspectos no concernientes al “pensamiento historiográfico” sin ofrecer definición alguna del concepto de historiografía de la historiografía ni del concepto de historiografía. Cfr. ALBERTO DAVID LEIVA, ob. cit.

¹² Como es el caso de la mayoría de los historiadores del “derecho”, comenzando por TAU ANZOÁTEGUI y siguiendo con otros, más jóvenes, como MARCELA ASPPELL, ALBERTO DAVID LEIVA.