

## MISCELANEA

### I

# LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO: REFLEXIONES EN BUSCA DE UNA POLEMICA

#### a) Introducción.

1. Está en estudio, en el momento presente, lo que venía llamándose comúnmente *la Carrera de Derecho*, y que concretamente se circunscribe a la reforma del *Título de Licenciado en Derecho*. Es imposible saber si cuando estas líneas vean la luz, en el tomo correspondiente del *Anuario*, el tema estará zanjado, o seguirá abierto, pero es igual. La finalidad de estas páginas no es lograr efectos inmediatos con respecto a la reforma que se está gestando, sino —ante todo— exponer una reflexión personal sobre el pasado, el presente y el futuro de nuestra asignatura, que tiene un porvenir no precisamente halagüeño.

No es mi propósito presentar un artículo de carácter metodológico-docente. Esto sería demasiado fácil, y de ninguna utilidad en las actuales circunstancias. Lo que trato es de llevar a los demás Historiadores del Derecho a una reflexión colectiva, que se traduzca en las oportunas rectificaciones, sea a nivel personal, sea al colectivo, sea, en fin, en el normativo, aunque esto último se me antoja azaroso en la actualidad.

Obviamente, tampoco pretendo que mi análisis sea generalmente compartido; el disentimiento científico es signo y esperanza de fertilidad. Me bastaría con que cada profesor de la asignatura —al nivel que sea— reflexionase con sinceridad tres cosas: ¿qué enseña?, ¿por qué lo enseña? y ¿cómo lo enseña?

2. Porque a un historiador del Derecho no se le oculta que —ciñéndonos al punto en el que se encuentra nuestra disciplina— el presente de ésta es consecuencia del pasado, y su futuro, consecuencia del presente. Esto, que es obvio, tiene relación con el siguiente planteamiento, que desde el primer momento quiero hacer:

*¿en qué medida los historiadores del Derecho somos responsables de que la asignatura haya sido considerada no troncal por el Grupo de Trabajo núm. 10, autor del Informe Técnico de todos conocido?*

3. La reforma del Título de Licenciado ha sido llevada a cabo por un grupo de expertos en el que no figura ningún historiador del Derecho. Este es un dato objetivo y no discutible. Puede serlo el considerar que sus componentes tengan algún tipo de animadversión por la asignatura; por lo que no puede seguirse por ese camino. Pero sí es igualmente objetivo el resultado al que han llegado: la Historia del Derecho no aparece como asignatura troncal, que debe por tanto enseñarse en todas las Universidades españolas<sup>1</sup>, sino que dejan su albur a que algunas de ellas, en función de un profesorado numeroso, la consideren obligatoria, y otras, por no tenerlo en número apreciable, o por otras razones, la releguen al rango de optativa.

4. Las reacciones a lo que piensan los expertos de la Administración no se han hecho esperar. Algunos enviamos sugerencias al propio Grupo 10 de Trabajo. Otros hicieron un planteamiento más general, adverso por completo a lo que la Administración había expresado, y los enviaron al Grupo y a los colegas<sup>2</sup>.

Dentro de esta línea de publicaciones escritas, merece una mención especial el número monográfico del Boletín del Colegio

---

1. En el Informe Técnico del Grupo de Trabajo núm. 10 del Consejo de Universidades, sobre el Título de Licenciado en Derecho, que ha sido distribuido profusamente, se lee en la *Justificación y aclaraciones del Informe Técnico*, p. IV, 4: «4. Al definir las materias troncales nos hemos centrado obviamente en los grandes temas de Derecho Positivo porque entendemos que ésta es la tarea que teníamos que resolver en esta fase. Pero esto no nos hace olvidar la necesidad de dar a los estudiantes una explicación más amplia del hecho jurídico, no circunscrita al Derecho positivo. Por eso queremos completar nuestra propuesta recomendando vivamente que en el momento de abordar la elaboración definitiva de los planes de estudio por cada Universidad, se incluyan materias de carácter histórico, como la Historia del Derecho o el Derecho Romano ».

Esta referencia a la asignatura, la única del Informe, me parece más una cortesía retórica para salir del paso que un convencimiento profundo sobre lo que queda dicho. Otros colegas abundan también en esta opinión, que no obstante, no llega, no puede llegar a convicción.

2. De entre estos últimos, tengo en mi poder las observaciones formuladas por el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense, así como otro que me remitió su autor, el profesor Gonzalo Martínez Díez. El profesor Peláez Albendea me hizo llegar un documento del Ministerio de Educación Nacional de Francia, fechado en París en diciembre de 1987 sobre *la formación de base de todo jurista*, que incluye la Historia del Derecho en los 3 años de Licenciatura y otro de la Comisión Ministerial italiana, en donde se considera obligatoria la Historia del Derecho medieval y moderno.

de Abogados de Madrid, excelente alegato en favor del valor intrínseco de la asignatura<sup>3</sup>. Mal haría la Administración de no tener en cuenta las opiniones que allí se expresan, no sólo de historiadores del Derecho<sup>4</sup>, sino también de quienes no lo son, pero son juristas reconocidos, título éste acaso más excelente que el anterior<sup>5</sup>.

El futuro que puedan tener tales escritos, en cuanto a su virtualidad inmediata es aleatorio. Personalmente, me muestro escéptico respecto a que el Grupo 10 rectifique su postura dando un giro de 180° acerca de la troncalidad de la asignatura. Que pueda aceptar propuestas parciales, lo veo más factible, aunque tampoco abrigue muchas esperanzas.

Quizá ese sentimiento sea general, ya que a veces se oye decir que la única posibilidad de que las cosas se reconduzcan reside en que utilicen su influencia los colegas que están en condiciones de hacerlo. Pero ésto es todavía más aleatorio, y para mí, mucho menos defendible. Si la Historia del Derecho debe mantenerse como troncal en el Plan de Estudios, debe ser en virtud de su propia esencia y peso específico, y no por obra y gracia de presiones ajenas al ámbito estrictamente disciplinar.

#### b) Reflexión crítica.

5. Vuelvo a la pregunta que dejé formulada en el epígrafe anterior: ¿en qué medida los historiadores del Derecho somos responsables de lo que ocurre? Mi respuesta es categórica: en

3. BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, *En defensa de la Historia del Derecho*, Revista Jurídica General, núm. 2/1988, marzo-abril.

4. Se recoge un artículo del profesor García Gallo sobre el por qué y la utilidad de la Historia del Derecho, así como una Antología de José M. Martínez Val, con las opiniones que sobre la asignatura han expresado Urcña, Tomás y Valente, Gacto, Alejandro, García Marín, Hinojosa, Durán y Bas y B. Oliver.

Aprovecho para decir que no me parecen en absoluto acertadas algunas apreciaciones que mi amigo y colega M. J. PELALZ vierte en el *Prólogo* a la obra *Orlandis 70: Estudios de Derecho Privado y Penal, Romano, Feudal y Burgués* (Barcelona 1988) 8, referidas a los profesores García Gallo y Lalinde Abadía. No parece que sea de recibo expresar pesar porque el primero sea el número uno de la asignatura. Si García Gallo tiene la consideración que tiene, es porque se la ha ganado en más de medio siglo de producción científica y dedicación a la asignatura. En cuanto a que el segundo sea un «Everest de la manualística española» hay que decir que la solidez científica y dedicación a la asignatura del profesor Lalinde Abadía hacen innecesaria cualquier comparación orográfica. Los méritos científicos deben ir al margen de los sentimientos.

5. Los juristas que han sido encuestados son: Manuel de la Cámara Alvarez, Manuel Delgado Peñate, Andrés de la Oliva Santos, Juan Iglesias, Aurelio Menéndez, Isidoro Martín, Gregorio Peces-Barba Martínez, Federico Puig Peña, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ángel Sánchez de la Torre, Fernando Sáinz de Bujanda y José Luis Villar Palasi.

gran medida. Y esto lo veo así en virtud de una tradición académico-científica de la enseñanza de la asignatura, que voy a concretar a continuación en una especie de autocritica, o para quienes no acepten este concepto cargado de ideología, en un examen de conciencia <sup>6</sup>.

6. Desde 1973, en que asistí por primera vez como espectador a una oposición de Historia del Derecho, hasta la actualidad, en que lo hago como juez, he podido constatar la ausencia —al menos, en las exposiciones orales— o el insuficiente tratamiento de la docencia de la asignatura. Ya fuese en la exposición de las Memorias, o en este ejercicio descafeinado y sin garra que sustituye a los primero y segundo de las injustamente fenecidas oposiciones, se consagraba la mayor parte del tiempo a demostrar que se estaba al día en todo lo referente al concepto y a la metodología científica, relegando la metodología docente a un aspecto marginal, cuando no era suprimida por completo.

Esto no es algo secundario, porque prueba que lo importante para el opositor, porque es lo que se valoraba entonces y se valora hoy día, era convencer al Tribunal de que *sabía mucho*. Que supiera enseñar no era tenido en cuenta, o, en el mejor de los casos, se daba por supuesto.

Antes bien, lo que importaba y sigue importando, es la investigación que había realizado el candidato. Y esto pone sobre el tapete algo que es unánimemente sentido en todas las Universidades de nuestra civilización occidental: es mucho más fácil evaluar la investigación que la docencia, y, por ello, se renuncia a la segunda menospreciándola injustamente <sup>7</sup>.

---

6. Esta autocritica resulta más que necesaria cuando externamente se ha cuestionado la validez de la disciplina, como en general de las no empíricas. En el Symposium Europeo de Rectores sobre Management Estratégico de las Universidades, que se celebró en Knokke (Bélgica) en diciembre de 1987, y al que asistí en nombre de la Universidad de León, se discutió ampliamente sobre el futuro de asignaturas como la nuestra que no son rentables en términos económicos. Se era consciente de que la Universidad al ser centro de creación y transmisión de cultura, no podía prescindir de ellas. Se mencionaron expresamente la Música, la Teología y la Historia del Derecho. En el informe final quedó recogida una observación mía en orden a la permanente autocritica de los docentes de estas materias y otras similares para hacerlas —sin demagogia, ni entreguismo— útiles dentro de los estudios universitarios.

7 En la conmemoración del xxx Aniversario de la Comisión Fullbrighth, que consistió en una reunión de Rectores y Presidentes de Consejos Sociales en la sede del Consejo de Universidades, en julio de 1988, se abordó el tema monográfico de la *Gestión Universitaria*. Hice al profesor Angel G. Jordán, Provost de la Carnegie Mellon University, de Pittsburg, USA, la pregunta de cómo evaluaban ellos el rendimiento docente de su profesorado. Reconoció la dificultad de hacerlo y añadió que era mejor evaluar la inves-

Pero los expertos que han marcado las pautas de reforma del Plan de Estudios no se han fijado en la investigación en nuestro campo, sino que han debido atender a su propia experiencia discente en la asignatura, y —con más o menos información— a lo que actualmente se enseña de Historia del Derecho en la Universidad española.

7. Aquí entra en juego esa tradición científico-académica a la que antes me refería. Y ésta se centra en una todavía no salvada propensión al medievalismo con preferencia a otras épocas, y a una generalizada explicación de las fuentes, prescindiendo de las instituciones, o hablando de ellas *ob iter*, cuando se explican las primeras<sup>8</sup>. El por qué ocurren ambas cosas es algo complejo, pero pueden señalarse algunos factores convergentes: el primero, la tradición de la primacía de la investigación heurística<sup>9</sup>, que hoy sigue siendo muy fuerte; la atracción innegable de la Edad Media<sup>10</sup>; el ser valorados especialmente por los tribunales de opo-

---

tigación porque el buen investigador sabría convencer y motivar mejor a sus alumnos que el profesor-actor (ésta es la expresión que empleó) que únicamente se dedicaba a explicar su manual o sus apuntes. Esta elección de la vía más fácil puede ser explicada porque el citado profesor trabaja en el campo de la inteligencia artificial, materia en la cual la docencia ha de tener como base fundamental e inmediata la investigación. Con independencia de esto, es criterio común —aquí y fuera de aquí— no valorar al profesor que no investiga, sino que principalmente enseña. El problema está en hallar el punto de equilibrio entre ambas funciones.

8. Tanto en la celebración de los actuales concursos, como en conservaciones entre colegas, he formulado la pregunta de por qué se relegan las instituciones a ese trato tangencial, poco didáctico a mi entender. La respuesta ha variado desde el «menosprecio institucional» hasta, en el mejor de los casos, reconocer la conveniencia de explicar instituciones, pero no pudiendo salvar que primero deben explicarse las fuentes, y ello consume casi todo el curso.

9. Tampoco me parece justo sostener como lo hace Peláez en el Prólogo de la obra citada en nota 4, p. 10, que el *Anuario de Historia del Derecho Español* era conocido y apreciado en algunos países de Europa por las colaboraciones y sello peculiar que le daban los romanistas, y no por los trabajos sobre el fuero de Llanes o las ordenanzas de Cantalejo. El *Anuario* fue y sigue siendo, de Historia del Derecho Español. Que colaborasen los romanistas no puede suponer la entidad secundaria de estudios heurísticos como los que menciona Peláez. Es obvio que a los europeos pueden no interesar estos últimos, pero eso no quita, ni para que nuestro *Anuario* sea de Derecho español, ni para que no haya muchos estudios no heurísticos ni de Derecho romano que han sido muy estimados en Europa. No entro en si la Historia del Derecho debe fundirse con el Derecho romano. Esta es una discusión vieja, pero que es irrelevante en esta sede.

10. El profesor García Gallo suele decir que desde la Baja Edad Media, el cuadro histórico-jurídico se nos da ya hecho, y sólo cabe interpretarlo; mientras que en la Alta Edad Media hay que reconstruirlo, como si se tratase de varios puzzles mezclados en un cajón del que se hubieran quitado varios puñados de piezas, y cuyos motivos fuesen, además, desconocidos.

siciones —o, como se llaman hoy, no sin cursilería, Comisiones que juzgan los concursos— los conocimientos en esos campos, lo que conduce al candidato a prepararse especialmente en ellos; y finalmente, el estar obligatoriamente limitada la asignatura al curso primero de la Licenciatura, lo que no da mucho tiempo para explicar monográficamente las instituciones públicas, ni mucho menos las de Derecho privado, penal y procesal, en las que —además— los conocimientos del alumno, por comparación con otras materias, son nulos.

Como dice el refrán, «aquellos lodos traen estos barro»; de esos factores condicionantes nace ese martirio del alumno —en el buen sentido— con las redacciones de tal o cual texto, y con un cuadro de fuentes que debe aprender de memoria a lo largo de todo un curso. Una vez que el alumno termina con su aprobado, o con otra calificación más alta, se pregunta, ¿y a mí de qué me sirve todo esto? En buena parte de los casos, su respuesta es: de nada. Que no tenga razón no quita para que esa actitud sea muy frecuente, y, que en consecuencia, no debemos ignorarla. De ahí a que los expertos hayan tenido en cuenta su propia experiencia negativa y la información de lo que hoy se enseña, no va más que un paso. Resultado: el documento en cuestión.

8. Esto debe hacernos volver, con independencia del futuro inmediato de la asignatura, a replantearnos nuestra tarea como enseñantes, nuestra capacidad de comunicar conocimientos, y la necesidad de que éstos sirvan a la formación de los juristas en ciernes. Soy de la opinión de que un curso entero dedicado a las fuentes sirve de muy poco. Otros podrán tener opiniones contrarias, pero vuelvo a reiterar que este artículo es una reflexión en busca de la polémica, no para defender las propias posiciones, sino para encontrar la forma de hacer mejor nuestro trabajo docente.

Si bien es cierto que el profesor no debe buscar el halago del auditorio, no lo es menos que no puede encerrarse en una torre de marfil, y dedicarse a explicar lo que le plazca, menospreciando no sólo lo que pueda tener interés para el alumnado dentro de la asignatura, sino el propio momento histórico en el que desarrolla su curso.

Atendiendo a las experiencias de la vida nacional, para escoger los contenidos que quiere transmitir a los alumnos, a los que trata de formar, y ausente toda demagogia, el profesor se colocará en el camino de formar mejor, de contribuir al desarrollo de

---

Este *simil de los puzzles* me ha impactado siempre, porque creo que explica bien esa fascinación que en muchos de nosotros ejerce o ha ejercido la Alta Edad Media

la mentalidad jurídica del alumno explicándole por qué lo que hoy ve, es como es, o bien cómo se resolvieron en el pasado problemas que hoy se plantean, y no han sido resueltos, o lo han sido de otra manera<sup>11</sup>. La experiencia que tengo no me permite albergar duda ninguna en cuanto a la bondad de esta actitud. No quiero con ello decir que sea la única acertada; otros colegas tendrán sin duda otras pautas igualmente válidas por lo fructífera<sup>12</sup>. Pero sí mantengo que una actitud docente desconectada de los intereses del alumnado, además de no ser científicamente aceptable, conduce —ya se ve— al menosprecio y al aislamiento de la disciplina y de quienes la cultivan.

c) Consideraciones finales.

9. El porvenir que permite augurar el documento del Grupo 10 de Trabajo no permite optimismo respecto al futuro inmediato de la asignatura. El hecho de que en buena parte nos lo hayamos merecido no empece para que lo que han hecho respecto a la Historia del Derecho sea algo desacertado. Si no se rectifica el camino emprendido, van a ocurrir dos cosas. La consecuencia más inmediata, implicará el recorte presupuestario para el área de conocimiento «Historia del Derecho y de las Instituciones» de cada Universidad. Este recorte será mayor o menor en razón de su *obligatoriedad* o de su *optatividad*, pero va a producirse.

---

11. Esto es algo de lo que me ha convencido mi propia experiencia docente, que, si no es muy dilatada —16 años— tampoco es pequeña. Por ello paso a detallar —por lo que pueda valer— la forma de escoger lo que enseño en cada curso, ya que hay donde elegir dentro de un programa tan general como el que tiene al día cualquier historiador del Derecho. Los años de elecciones generales, dedico la segunda parte del curso a explicar las instituciones políticas del Estado Liberal. Es un cursillo que encanta a los alumnos, en el que se acude a diapositivas, etc. pero que encierra sus peligros de los que el mayor es el marcharse a la pura Historia. Si hay elecciones municipales o autonómicas, se explica la Administración del Estado. Esto se ha hecho varias veces, la primera cuando se estaba consolidando el proceso autonómico. Otros acontecimientos externos —por ej., la proclamación de tal o cual Año Internacional— o la conmemoración de tal o cual acontecimiento pueden llevarme a explicar —siempre en la segunda parte del curso— las clases sociales, o algún tema de Derecho privado o penal. La primera parte del curso —nunca más de 4 meses— se dedica a explicar normalmente la Evolución General del Derecho, o a veces las fuentes, en función de lo que se vaya a explicar en la segunda. Por eso se mantienen separadas en el programa. Con ello no trato de ejemplarizar, sino de explicar qué hago y por qué. Los alumnos que han terminado, con sus observaciones, son para mí la mejor fuente de información y de reflexión. Es obvio que mi formación en la escuela institucional no es ajena a este *modus operandi*.

12. ¿Por qué no se hace una reunión de historiadores del Derecho —llámese Semana Symposium o como sea— dedicado a analizar la docencia de la asignatura? De allí al margen de la inevitable reflexión crítica, podrían salir sugerencias *de lege ferenda* y actuaciones para el futuro inmediato

Con ello habrá menos libros que se puedan comprar, más plazas que corran el peligro de ser suprimidas una vez vacantes, y menos nuevas que se doten, lo que producirá el taponamiento de la «cantera» durante un tiempo largo, no fácilmente cuantificable; transcurrido el cual, la formación de nuevos historiadores del Derecho deberá superar problemas estructurales de considerable envergadura.

10. La segunda consecuencia es que el paso que puede darse en un futuro próximo será inevitablemente rectificado más adelante por ser en sí mismo erróneo. No hace falta acudir al ejemplo europeo para ver que la asignatura se considera, no sólo obligatoria legalmente, sino fundamental, desde el punto de vista científico, para la formación de los juristas. Es objetivamente cierto que un jurista no puede formarse como tal —superando el estadio de mero técnico— sin una sólida formación histórica. La sociedad lo acabará demandando, y la rectificación, inevitablemente, se producirá.

11. Debemos prepararnos para ese momento, reflexionando desde ahora, y haciendo llegar los resultados a quien corresponda. Aunque la unificación europea de los títulos jurídicos no es vislumbrable a corto plazo, sí hay que reivindicar la diversificación docente de la asignatura a lo largo de los cuatro años del futuro plan de estudios. La docencia en cada uno de ellos no tiene por qué ser de un curso entero, pero sí permitirá dosificar los contenidos, de manera que se comience por las fuentes y se acabe por el Derecho privado —por ejemplo—. Eso nos permitirá a los que enseñamos el hacerlo mejor. La principal beneficiaria, a fin de cuentas, será la sociedad a la que servimos.

Fernando DE ARVIZU