

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Rezension vom 8. Dezember 2010

© 2010 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/1012barcelo.htm>

ISSN 1860-5605

R. M. FONSECA,

Introdução teórica à História do Direito.

Juruá Editora, Curitiba 2009, ISBN: 978853622671-2.

**Rezensiert von: Rafael Ramis Barcelò
(Barcelona/Balearen)**

La historia del derecho, entendida como rama y como objeto del saber, no ha sufrido las mismas transformaciones epistemológicas que la llamada historia “general”. Si las historias del arte, de la ciencia, de la literatura... han tenido impulsos constantes durante el siglo XX, provenientes de la propia reflexión historiográfica de cada una de las áreas, así como del sostén teórico cambiante de la teoría historiográfica y de la epistemología, la historia jurídica ha tardado mucho en sentir tales preocupaciones.

1

Por eso resultan bienvenidas las aportaciones historiográficas y filosóficas de algunos historiadores del derecho, que han querido repensar la metodología de su área. En Europa y en España poco a poco han ido cristalizando monografías y manuales que han renovado parcialmente la historiografía de la historia jurídica, si bien no todos ellos dedican muchas páginas a la fundamentación teórica de su opción. Son, en fin, muchos más los que definen *a posteriori* la historia del derecho a partir del método con el que la estudian, que aquéllos que dedican un largo esfuerzo teórico para responder a la pregunta qué es la historia del derecho.

2

En las páginas siguientes me propongo comentar la importancia de la fundamentación teórica de la historia del derecho al hilo de una obra reciente del profesor Ricardo Marcelo Fonseca, de la Universidad Federal do Paraná. Su libro es una introducción teórica a la disciplina¹, que él interpreta como el fundamento previo que debe examinar un historiador del derecho antes de ponerse a escribir.

3

1.- La historia decimonónica.

La historia del derecho, como rama del saber, se encontraba muy cómoda bajo el paradigma historiográfico del siglo XIX, caracterizado por el positivismo y por la “historia política”. De hecho, la historia jurídica no era más que una especialización de la historia

4

¹ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, Curitiba, Juruá, 2009.

general, dedicada en concreto a estudiar los tratados, las capitulaciones, los testamentos, los matrimonios, las Cortes, vínculos y mayorazgos y otros aspectos que pudieran interesar para la justificación histórica de instituciones pretéritas.

La historia del derecho, como subgénero histórico, servía para articular de forma efectiva los trabajos realizados por las disciplinas auxiliares (epigrafía, archivística, numismática, sigilografía...) que acababan, generalmente, en una recopilación heurística de fuentes. Si el historiador general (procedente de la Facultad de Filosofía y Letras) estudiaba los aspectos más políticos de cada época, el historiador del derecho, en una labor más callada y menos vistosa, se dedicaba al estudio de las fuentes, fruto de la actividad política. 5

El historiador del derecho trabajaba en archivos, consultando materiales diversos, registrando y copiando lo que veía en ellos, y transvasando todos aquellos datos –contenidos generalmente en manuscritos– a sus trabajos de recopilación, catalogación y síntesis. Su labor era perfectamente compatible con la de los historiadores generales y, en muchos casos, sólo la especialización permitía divisiones temáticas, puesto que metodológicamente partían de premisas muy cercanas. La historia decimonónica concedía una especial importancia a las fuentes y también a las instituciones, que debían estudiarse a la luz de los documentos que tratasen sobre ellas. Así, por ejemplo, las Reales Audiencias o las Universidades sólo se estudiaban a través de los documentos que ellas generaban (constituciones, estatutos, protocolos, sentencias...). 6

Fonseca se hace eco de de la preocupación rankeana del estudio de los documentos no sólo originales, sino que tuvieran carácter oficial. Así pues, los documentos estatales y públicos eran la fuente de atención primera de los historiadores positivistas, convencidos de que, a través de la reproducción de dichos documentos, se revelarían los hechos directamente². 7

Así pues, este método de recopilación acabó generando el reverso que la historia política necesitaba. Si ésta se ocupaba de la narración de los grandes sucesos, la historia jurídica mostraba su plasmación jurídico-institucional. Puede decirse, incluso, que la historia jurídica tenía muy poca carga teórica, porque simplemente se dedicaba a la recopilación de datos y fuentes, como especialidad de la historia general. 8

Tal explicación historiográfica puede dar cuenta de por qué los historiadores del derecho daban tan pocas explicaciones teóricas, si se compara con los esfuerzos teorizadores de los historiadores de la literatura o del arte. Su servicio a la historia general, aportando los datos jurídico-institucionales necesarios, no necesitaba de una especial fundamentación. Por ello, el historiador del derecho ejercía de notario frente a los datos que estudiaba, en una labor meritoria y necesaria, pero conceptual neutra e ideológicamente. Había una plena identidad entre los datos recopilados y su trasvase, y se esperaba que el historiador fuese completamente objetivo a la hora de exhumar los archivos y trasladar con fidelidad todo lo 9

² R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 55.

que había en cada página al estudio que estaba realizando.

Por lo tanto, la historia rankeana daba cobertura ideológica a la historia jurídica. La pretendida asepsia positivista se basaba en la creencia de que no existía una forma más genuina de neutralidad que la de copiar exactamente lo que se encontraba en los archivos y ponerlo al alcance del público especializado. Todo ello, evidentemente, como reacción a la gran carga ideológica de los tratadistas ilustrados y de los reformadores políticos de comienzos del XIX. 10

Fonseca destaca cuatro rasgos de la historia rankeana: en primer lugar, la identidad entre el sujeto y el objeto, en segundo lugar, el hecho de que la historia existe en sí, objetivamente, y es directamente accesible al conocimiento, seguidamente, que el historiador registra el hecho de manera pasiva como un reflejo mecanicista y, por último, que al historiador le incumbe contar lo que realmente pasó³. 11

Cabe detenerse aquí para comentar estas ideas. El historiador rankeano, pese a ser posterior a Kant, no asumió sus premisas: no es el sujeto quien construía el objeto a partir de las categorías *a priori*, sino que la epistemología histórica seguía siendo esencialmente naturalista. Con ello se quería destacar que la historia era una ciencia que podía estudiarse igual que la física, pues su contenido era igualmente natural y empírico. La sociedad, para los historiadores positivistas, estaba regida por leyes naturales y podía ser estudiada exactamente mediante los mismos métodos de las flamantes ciencias naturales⁴. 12

Ciertamente, el historiador que procedía así no podía ser descalificado en ningún momento, pues si realizaba bien su trabajo, aportaba datos reales. Una primera parte de su labor consistía en la transcripción, mientras que una segunda parte se basaba en un estudio de síntesis de las fuentes o documentos transcritos. Esta postura, desde un prisma teórico y utilizando el vocabulario de la filosofía de la ciencia, puede ser definida como un “realismo ingenuo⁵”. 13

Progresivamente, los historiadores del derecho -que eran generalmente historiadores con estudios de derecho, o juristas con vocación de historiador- fueron ocupando las diferentes cátedras que se iban creando en toda Europa. En España, por ejemplo, se creó la cátedra de Historia General del Derecho español en virtud del Real Decreto de 2 de septiembre de 1883⁶, una fecha bastante tardía respecto de las cátedras europeas. En todo caso, tanto en 14

³ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. pp. 51-55.

⁴ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. pp. 46 y ss.

⁵ M. Bunge: *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*, México, Siglo XXI, 1999, p. 489.

⁶ M. Martínez Neira: “Los orígenes de la historia del derecho en la universidad española” en *Cuadernos Antonio de Nebrija de Historia de las Universidades*, Madrid, 2000, pp. 71-160. También A. Álvarez de Morales: “La creación de las cátedras de Historia del Derecho en 1883” en

Europa como en España se mantuvo el método positivista, centrado en la historia política. Estos nuevos catedráticos no mostraron excesiva preocupación por la metodología, ni tampoco la influencia ideológica parecía demasiado importante. Estaban bajo el manto de la historia política y con eso resultaba suficiente.

Si hasta aquí nos hemos referido a la historia del derecho como objeto del saber, conviene examinar su proyección como rama del saber, esto es, como disciplina⁷. El método positivista, unido a la consolidación de los catedráticos de historia del derecho, empezó a asentar una historiografía del derecho que consolidaba el estudio de las fuentes. Fonseca dice que la historiografía positivista se asienta sobre la historia de las fuentes y la historia de la dogmática⁸. Esta idea, muy importante, creo que debe acotarse bastante. 15

La historia de la dogmática jurídica empieza a cobrar relevancia con la Pandectística y con la obra de Savigny. Antes del XIX, como coexistían el derecho romano y los *iura propria*, no existía propiamente una historia de la dogmática ni una historia del derecho, pues el derecho mismo formaba parte inextricablemente de la historia. Ante la amenaza de la codificación, y a través del iusnaturalismo racionalista, pudo entenderse el derecho romano como un conjunto de principios y de fuentes. La romanística tenía dos facetas: la dogmática, que cultivaba la llamada “ciencia del derecho”, como un conjunto de principios lógicamente derivables entre sí, y la historia de fuentes, que se dedicaba al estudio histórico-filológico de las mismas. 16

Puede decirse que la historia del derecho decimonónica sólo cultivó la historia de la dogmática cuando coincidió con las áreas de estudio del derecho romano. De hecho, una óptica muy interesante es ver la historia del derecho como la disciplina sustitutiva del derecho romano. El derecho empieza a ser historia cuando hay una cesura entre el nuevo derecho codificado y el antiguo derecho romano canónico justiniano y feudal en contacto con los *iura propria*⁹. 17

La consolidación de la historia del derecho como historia de la dogmática jurídica ha tenido más adeptos en Alemania y en Italia que en España. Una de las razones principales es que la cátedra de derecho romano y de historia del derecho no han estado tan en contacto en 18

Estudios de Historia de la Universidad Española, Madrid, Ediciones Pegaso, 1993, especialmente pp. 349-351.

⁷ Véase la distinción entre historia del derecho como rama del saber y como objeto del saber en R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 33.

⁸ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 46 y ss.

⁹ P. Caroni: *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, Dykinson-Carlos III, 2010.

España como en otros países. En España, por cuestiones de división académica, se ha cultivado más la historia del derecho y de las instituciones¹⁰.

Fonseca comenta que actualmente la historia del derecho se va imponiendo en las Facultades de Brasil, en algunos casos sustituyendo las cátedras de derecho romano, y en otras conviviendo con él. En este caso, como se verá, se pretende que la historia del derecho sea una disciplina crítica y emancipatoria, frente al acartonado derecho romano¹¹. Véase, pues, que la historia del derecho bien ha servido para legitimar el derecho como actualmente puede servir para deslegitimarlo.

19

Retomaré este hilo en las conclusiones, si bien conviene ahora aquilatar mejor el engranaje conceptual que maneja Ricardo M. Fonseca, para conocer con precisión qué significa para él una fundamentación teórica de la historia del derecho, y qué lugar concede a la crítica.

20

2.- Positivismo, teoría y crítica.

El profesor Fonseca, a través de su exposición, quiere contraponer el positivismo con otras corrientes del siglo XX, que destacan por su ruptura con los esquemas positivistas decimonónicos. Su apunte previo sobre la teoría y la metodología y sus relaciones muestra

21

¹⁰ En todo caso, en el siglo XX la historia del derecho en España ha continuado aplicando en buena parte la metodología positivista del siglo XIX. La escuela de Don Eduardo de Hinojosa favorecía la fluida comunicación entre los historiadores generales y los historiadores del derecho. Para el profesor Hinojosa, la historia del derecho cimentaba su trabajo en la publicación de fuentes y, consideraba que la historia jurídica era una rama más de la historia general. En otros países, como por ejemplo Italia, las relaciones entre los romanistas, historiadores del derecho e historiadores “generales” dejaban también lugar a la colaboración pero delimitaban de forma más clara la competencia de cada una de ellas. En España a través de la figura central de García-Gallo, la historia del derecho pasó a ser una disciplina separada de la historia general y a cumplir una labor de historia de la “ciencia jurídica”. García-Gallo consolidó la tradición histórica positivista y asentó una disciplina separada, tanto de la historia general como de la historia europea. Con García-Gallo puede hablarse de “autarquía” de la “historia del derecho”, reconvertida a “Historia del derecho español”. Tal disciplina, configurada de esta forma en el marco de los estudios franquistas, pasó a tener un carácter netamente ideológica, de modo que la historia del derecho pasaba a estar desligada de cualquier otra disciplina y a estar atada a una visión positivista y política que afirmara “la unidad de destino en lo universal” de la nación española, enraizada en el derecho romano y articulada en el reino visigodo. La historiografía del derecho español ha tenido que hacer muchos esfuerzos para superar el paradigma de García-Gallo, y convertir la historia del derecho en una disciplina más contextualizada.

¹¹ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 37.

el interés por expresar que todo método tendría que estar sustentado por una reflexión teórica¹².

Por eso, hasta aquí -y desarrollando los pasos que el autor brasileño da en los tres primeros capítulos de su libro- he intentado mostrar cómo la historia del derecho decimonónica no tenía un especial interés por la fundamentación teórica de su metodología, pues compartía prácticamente de forma completa el ideario positivista que se ha expuesto anteriormente. 22

Del texto de Fonseca parece extraerse que la historia del derecho hasta hace muy poco ha seguido íntegramente en el paradigma decimonónico, de forma que es necesario estudiar algunas corrientes aparecidas en el siglo XX que se dedican a desestabilizar el status político y positivista de la historia del derecho. Tal idea es cierta, pero quizás valdría la pena matizarla un poco más. 23

Si se tuviese que resumir mucho la tesis principal del libro de Fonseca, podría ser aproximadamente la siguiente: la historia del derecho actualmente sigue enfangada en un paradigma decimonónico que la constriñe. Para evitarlo, gracias a las aportaciones de la escuela de Paolo Grossi y de la obra de Antonio M. Hespanha, la historia del derecho ha podido abrirse hacia las actuales tendencias historiográficas, que implican un profundo cambio epistemológico¹³. Entre ellas destacan la Escuela de los Annales, el materialismo dialéctico, la obra de Foucault y, por último, la de Benjamin. 24

La tesis del libro parece invitar a una reflexión teórica sobre la historicidad del derecho, algo que parece que la propia disciplina no ha sido capaz de hacer sin el impulso de algunos historiadores que han querido repensar a fondo la teoría de la historia del derecho y aplicar las novedades metodológicas de cada una de estas corrientes¹⁴. 25

En el siglo XX no puede decirse que muchos historiadores del derecho no hayan definido bien el paradigma teórico en el que querían trabajar, y con ello, trazar su metodología. Creo que lo que Ricardo M. Fonseca quiere mostrar en su libro es que hay pocos trabajos que se muestren contrarios a los dos rasgos más importantes de la historia decimonónica: el positivismo y el carácter político. 26

Por ello quisiera distinguir, para encuadrar mejor el esfuerzo de Fonseca, entre lo que sería “fundamentación teórica” de la historia del derecho y la “fundamentación teórico-crítica” de la misma. No puede decirse que un grupo destacado de historiadores del derecho no proporcione suficiente “fundamentación teórica” a sus trabajos, sino que esa 27

¹² R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. pp. 28-29.

¹³ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 35.

¹⁴ Véase, entre otros, J. García Ramírez: “Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho: un discurso sobre el discurso” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, 38, 2008, pp. 73-96.

fundamentación no es “crítica”.

La calificación de “crítica” se ve coloreada por matices muy diferentes. De acuerdo con Kant, toda referencia al criticismo pretende establecer los límites del conocimiento cierto a través de una investigación sistemática de las condiciones de posibilidad del pensamiento. Kant, como es sabido, define el problema de la ciencia como la fundamentación de los *juicios sintéticos a priori*, es decir, afirmaciones de validez universal que puedan realizarse independientemente de la enumeración de los hechos constatados. 28

No parece ser esta la intención de Fonseca cuando se refiere a su reflexión teórica, sino más bien a la necesidad de una “teoría crítica” de carácter desmitificador, que tiene amplias conexiones con el marxismo y con la Escuela de Frankfurt. O sea, que más que examinar las condiciones de posibilidad de una historia como ciencia, Fonseca destaca que: 29

A história do direito passa a ter uma função crítica, desmistificadora dos (sic) formalismo jurídico que busca sempre “isolar” o direito de seu tempo, funcionando desse modo como “consciência crítica” dos demais juristas¹⁵.

Por ello, antes he querido referirme a la diferencia entre la reflexión teórica y la teórico crítica: para Fonseca la teoría de la historia del derecho sirve para desembocar en una crítica que ayuda a desmitificar tanto la construcción de las diferentes disciplinas jurídicas como la propia historiografía del derecho. 30

Hay que distinguir entre la labor “teórico-crítica” del derecho y la labor de reflexión teórica sobre el derecho. Cabe decir, por tanto, que una historia puede ser crítica de maneras muy diferentes, y que puede serlo, incluso, sin ser necesariamente emancipatoria¹⁶. 31

Fonseca, como se ha dicho ya, destaca cuatro tipos de historia, que nacen frente a la historia jurídica positivista. Se ha visto en el apartado precedente cómo algunos historiadores españoles han tomado algunos modelos como el marxismo o incluso algunos elementos estructuralistas para elaborar su obra iushistórica. Se puede concluir, por tanto, que debe distinguirse, en la historia del derecho, entre la labor teórica, la teórico-crítica, y la crítico-emancipatoria, que es a la que parece aludir Fonseca. 32

En la obra de este profesor brasileño se puede rastrear una doble dirección explícita: la negación de las dos premisas fundamentales de la historia del derecho decimonónica (positivismo y política). El problema surge cuando hay que sustituirlas por otro paradigma teórico: ¿cuál es el nuevo horizonte para la historia del derecho? 33

¹⁵ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 36.

¹⁶ Véase, por ejemplo, J. C. Bermejo Barrera: *Introducción a la historia teórica*, Tres Cantos, Akal, 2009.

Fonseca rechaza, por así decirlo, los “injertos” metodológicos de las nuevas teorías historiográficas, si no se rompe previamente con la posición intelectual propia del siglo XIX: el pensamiento burgués. De nada sirve -parece decir este autor- que alguien se dedique al análisis de los conceptos o de las estructuras jurídicas si no entiende el derecho como un producto social de dominación. Al fin y al cabo, la visión de Fonseca tiende a transformar la historia del derecho en la impugnación del propio derecho como herramienta de dominación. 34

Ciertamente, en este sentido puede decirse que Fonseca traza una introducción teórica a la historia del derecho desde unas coordenadas emancipatorias, que intentan crear *otro* derecho. Por ello, quizás pueda abrumar al lector la doble tarea que él se propone: la labor explícita, como ya se ha dicho, es la de negar el paradigma teórico decimonónico, pero la segunda labor, mucho más implícita, es la de destruir todo fundamento antropológico o metafísico que otorgue al derecho un carácter racional, dominador y teleológico. 35

Por lo tanto, el esfuerzo teórico que debe hacer el historiador del derecho debe encaminarse hacia la crítica y no tanto hacia la construcción de un modelo. Los manuales que hemos visto como ejemplo tienen una elaborada visión teórica de la historia, construida a partir de un modelo que sirve como cañamazo en el que se colocan los diferentes datos. Antonio M. Hespanha destaca el constructivismo del historiador, que “selecciona la perspectiva y construye los objetos¹⁷”. 36

Para Fonseca, toda construcción histórica debe ir encaminada a subvertir las categorías jurídicas que manejan los juristas prácticos. La historiografía jurídica positivista brinda una suerte de servicio de capellanía castrense a las categorías jurídicas decimonónicas, de carácter burgués: es un “combustible para una glorificación de la actual positividad jurídica¹⁸”. 37

Contra ella, Fonseca propone cuatro antídotos, cuyos beneficios son francamente distintos: la Escuela de los Annales, el marxismo, la obra de Foucault y la de Benjamin. Todas ellas pueden ayudar al historiador del derecho en su labor de corrección de las tendencias positivistas. 38

La Escuela de los Annales tiene interés para la historia del derecho, ya que se caracteriza por el abandono de la historia política. Bruguière ha mostrado hace poco que la genealogía intelectual de tal “escuela” contiene elementos muy diversos y orientaciones casi contrapuestas. En general, sin embargo, tanto Bloch como Febvre (los miembros de la primera generación) se opusieron al ideal de la historia política y de aquí se podrían extraer importantes consecuencias para el estudio del derecho en la sociedad. Labrousse y Braudel, de una generación posterior, tienen una visión distinta: mientras el primero es partidario del 39

¹⁷ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 59.

¹⁸ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 62.

marco estrecho, del economicismo y del serialismo, el segundo propugna una historia de larga duración.

Por lo que se desprende del texto de Fonseca, él parece dialogar principalmente con Bloch y Febvre (y, evidentemente, no lo hace con Maurice Agulhon, partidario de la introducción de la política en la historia¹⁹). La conversación entre los historiadores del derecho positivistas y los *annaliens* serviría para derribar la separación de la norma y el hecho social, la historia del derecho de corta duración, la historia que sólo sirve para las Facultades de Derecho y la que sólo puede ser elaborada por los juristas²⁰. 40

Para Bloch y Febvre el enfoque psicológico de la comunidad mental es un conjunto de concepciones compartidas y un estado de sensibilidad que permite a los individuos comunicarse a través de las emociones. La historia de las mentalidades podría servir para configurar una antropología jurídica de carácter histórico. El derecho podría estudiarse en la historia a través de la comunicación psicológica y sociológica de sus representaciones colectivas. Ésta sería una historia abierta a la psicología y a la sociología, partidaria de incardinar el derecho en las representaciones colectivas. 41

Labrousse permitiría engarzar de la Escuela de los Annales con el marxismo, pues ambos contemplan la historia desde una óptica social y económica. El derecho quedaría reducido a supestructura frente a la explicación social y económica, que podría dar cuenta de los cambios históricos. En efecto, el estudio de la historia bajo el prisma marxista ayuda a despolitizar la historia, y a convertirla en algo mecánico. Fonseca pone el ejemplo de Thompson, quien puede ayudar a una lectura economicista y mecanicista de la esfera jurídica. Thompson describe la historia en un contexto costumbrista del *common law* en el que el derecho no está codificado y que puede entenderse como una retórica al servicio de la clase dominante²¹. 42

Del marxismo pueden tomarse algunas ideas básicas para la historia del derecho, y quizás la más importante sea que el derecho tiene que estar ligado a todos los fenómenos que lo rodean. Básicamente, la esfera jurídica está ligada a todos los órdenes de poder, de manera que es necesario estudiar detenidamente la historia del poder en sus diferentes manifestaciones. 43

Fonseca no esconde su debilidad por Foucault, a cuya obra dedica un largo comentario. El filósofo francés aporta algunas ideas fundamentales para la crítica al derecho. Ciertamente, la obra de Foucault es un intento de proceder a una ontología histórica de nosotros mismos 44

¹⁹ A. Burguière: *La Escuela de los Annales. Una Historia Intelectual*, Valencia, Publicacions de la Universitat de València, 2009, p. 313.

²⁰ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 82.

²¹ R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 107.

en relación a dos frentes que nos conciernen esencialmente: por un lado, la verdad a través de la cual nos constituimos en sujetos de conocimiento, y por otro, la ética a través de la cual nos constituimos en agentes morales²².

A medida que Foucault, como buen nietzscheano, consiguió perforar la construcción conceptual del hombre como saber y el hombre como poder, encontró diversas subjetividades que tomaban cuerpo en la historia: encontró, en definitiva, diversas maneras de ser hombre y de que el hombre pudiera tener conciencia de sí. Frente a la pretensión racionalista y absoluta que sostiene el hombre actual, Foucault buscó otras formas olvidadas de ser hombre a partir del XVIII. 45

En efecto, para él en el Siglo de las Luces el hombre se colocó encima del propio hombre y del mundo, y empezó a definirlo, de manera que se volvió un ser transhistórico y, en cierta manera, irreal. Según Foucault, si se estudian las diferentes formas de aproximación a la verdad y a la ética en la historia anterior, aparecen subjetividades orilladas por un concepto racionalista abstracto construido en el XVIII. 46

De esta forma, en la historia aparecen discontinuidades y grietas que permiten un distanciamiento de las pretensiones metafísicas y trascendentales que, de forma encubierta, amparó la Ilustración. Foucault, al contrario, se mostró partidario del estudio de los criterios de verdad que se formaron en cada época. Eso implica que la verdad de cada época pautaba unas determinadas maneras de entender lo verdadero y lo válido y que permite conocer las pautas de cada sociedad. 47

La arqueología del saber conforma un marco que el iushistoriador necesita para conocer mejor la genealogía del poder, una labor crítica que obliga a levantar capas y sedimentos que la geología histórica ha ido acumulando. Foucault, por lo tanto, ayuda a desenterrar vetas escondidas en el magma histórico, que el positivismo jurídico no hace sino solidificar. 48

Por último, Walter Benjamin puede ayudar al iushistoriador en su labor de narrar el pasado. La memoria histórica, entendida en un sentido benjaminiano, es una herramienta crítica para el historiador, pues la dialéctica hegeliana entre vencedores y vencidos puede ser transmutada en un canto a la esperanza. El tópico de que la historia la escriben los vencedores es un elemento de discusión para Benjamin, quien ve en la historia la oportunidad de la esperanza, secularizando la carga teológica del judaísmo en una nueva filosofía de la historia. 49

En manos del historiador del derecho, la narración del pasado se vuelve un problema en sí mismo, ya que hay partes contrapuestas, y el derecho puede convertirse en la esperanza de los vencidos. Para el caso de la historia del derecho en Brasil, un pueblo tan subyugado por 50

²² R. M. Fonseca: *Introdução teórica à História do Direito*, cit. p. 117.

diferentes poderes, es una herramienta básica para la sensibilización de los problemas del pasado para crear, con ellos y contra ellos, un futuro.

3.- Conclusiones.

La historia del derecho podía servir tanto para la glorificación como para la desmitificación, dependiendo del uso que se le diera. Si las categorías que se usaban estaban impregnadas del idealismo del XIX, el modelo teórico y la realidad sociojurídica raras veces coincidían, mientras que si el estudio del derecho se hacía bajo la óptica estrictamente positivista, se legitimaba aún más el sistema. 51

En España, el estudio del derecho romano, el derecho natural y la historia del derecho servían para la sensibilización emocional del jurista: para conocer el carácter racional del derecho y su antigüedad. El estudiante tenía que saber que el derecho era algo muy antiguo y que ese peso histórico podía llegarle a abrumar²³. En Italia, hasta hace poco, el estudiante tenía que pasar varias asignaturas de Derecho romano, desde diferentes ópticas, que le proporcionaban cierta cultura burguesa (*Bildung*), y así conocían mejor las glorias de sus antepasados. 52

En Brasil, la historia del derecho se implanta para dar un sostén teórico-crítico al derecho, para proporcionar entidad intelectual a la labor hermenéutica del jurista. Y se implanta a finales del siglo XX tras asumir los postulados de la filosofía y de la historia de su época, con ánimo renovador, para ejercer de contrapoder al omnipresente positivismo de los juristas prácticos. 53

Hay que distinguir, por lo tanto, entre historia teórica del derecho, historia crítica e historia crítico-emancipatoria. El profesor Fonseca refunde estas tres distinciones: al referirse a la historia teórica, exige que sea crítica y lo sea también en un sentido emancipatorio. Ello no resta valor a las obras historiográficas del XIX y del XX, sino que pide para el siglo XXI un compromiso por parte del historiador, de manera que sea consciente del uso social de sus investigaciones, y le exige que no se refugie en una pretendida asepsia “científica”. 54

En Europa no ha interesado excesivamente la visión crítica. Los profesores que han intentado proporcionar a los alumnos una visión extrajurídica en las Facultades de Derecho no han hecho fortuna. Los *Critical legal studies* sólo interesan a una mínima proporción de los juristas. De hecho, la gran mayoría de Facultades de Derecho de Europa cada vez son más positivistas y lo van a ser más si siguen fructificando las directrices actuales. Se están eliminando las asignaturas propedéuticas y las Facultades de Derecho se parecen cada vez 55

²³ B. Clavero, por ejemplo, explica que el antiguo primer curso de Derecho en España estaba completamente desligado de la realidad jurídica y que debía basarse necesariamente en fundamentos históricos y teóricos. “Reflexión sobre la docencia del derecho en España” en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 12, 2009, p. 208.

más a las Escuelas Técnicas.

Por lo tanto, más que nunca, el libro de Fonseca resulta muy bienvenido. Contra las actuales tendencias regresivas, al amparo de un positivismo feroz y mal disimulado, se impone la crítica y el discernimiento histórico y filosófico en las Facultades de Derecho. Este libro, sobre las bases de autores como Hespanha o Grossi, regresa a Europa después de madurar en la realidad de Brasil. Ojalá la savia nueva que contiene ayude a formar juristas conscientes de su pasado y, precisamente por ello, críticos y exigentes con el futuro.