



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

[dirdir@ucv.cl](mailto:dirdir@ucv.cl)

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Lecuona, Emilio

Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al

Historicismo Crítico de Robert W. Gordon

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXVIII, 2006

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173814170018>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

[redalyc.org](http://redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## **Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon<sup>\*</sup>**

**Emilio Lecuona**

Universidad de Málaga  
España

---

### **RESUMEN**

La discusión acerca del diálogo que debe existir entre la Historia del Derecho y el campo de la ciencia jurídica ha sido una cuestión constante en la reflexión de los juristas norteamericanos. El llamado Historicismo Crítico del profesor Robert W. Gordon es una de las respuestas más sugerentes y polémicas ofrecidas en torno a este tema en las últimas décadas, pues representa el inicio de un recurso diferente a la historia por parte de los juristas. El objeto del presente estudio es indagar en esta nueva corriente de Gordon y al mismo tiempo reconstruir el debate que en torno suyo ha surgido entre sus defensores y sus detractores, un debate que se mantiene en la actualidad. Como dicho debate sólo puede entenderse dentro del ámbito más amplio de la historiografía jurídica norteamericana, no siempre bien conocida fuera de aquel país, se aprovecha además para ofrecer una reflexión acerca del desarrollo en él de los estudios histórico-jurídicos.

**Palabras clave:** Historia del Derecho en los Estados Unidos de América – Ciencia Jurídica en los EE.UU – Historicismo Crítico – Robert W. Gordon – Enseñanza de la Historia del Derecho en EE.UU.

---

### **ABSTRACT**

The discussion about the debate that must arise between Legal History and Legal Scholarship has been a permanent question in the development of thinking of American jurist. Professor Robert W. Gordon's so-called "Critical Historicism" is one of the most stimulating and exciting approaches to this question in the last decades. "Critical Historicism" represents the start for a new historical viewpoint for jurists. The object of the present study is to do some research on this new current of thinking inaugurated by Gordon and to reconstruct the present controversy between its defenders and its detractors. Also, this paper offers a reflection on the American Legal Historiography because this is the context in which this debate can be understood.

**Key words:** Legal History in USA. – Legal science in USA. – Legal Scholarship in USA. – Critical Historicism. – Robert W. Gordon. – Legal History Teaching in USA.

---

## I. Introducción

A comienzos de la década de los ochenta del siglo XX la prestigiosa revista jurídica norteamericana *The Yale Law Journal* publicó diversos estudios y comentarios relativos a la naturaleza y objetivos del conocimiento jurídico<sup>1</sup>. Entre ellos destacó un polémico artículo del profesor Robert W. Gordon, que bajo el título *Historicism in Legal Scholarship* señalaba la difícil relación existente entre el historicismo del derecho, entendido como mera realidad histórica del mismo, y la forma tradicional de hacer Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América, pues habiendo sido los objetivos prioritarios de ésta la racionalización de la compleja realidad jurídica y la justificación de la validez de las normas vigentes (objetivos ambos que se presumían útiles para los prácticos del derecho), la historia venía a introducir una perspectiva relativizadora tanto en relación con la validez de los conceptos jurídicos –de la doctrina, de la teoría del derecho– como especialmente con la noción de justicia<sup>2</sup>.

No era por ello extraño, según Gordon, que los juristas hubieran desarrollado todo un tipo de estrategias para evadir los riesgos subversivos que dicho historicismo ejercía sobre la racionalidad y la legitimidad del orden. Desde negar que la realidad histórica fuera realmente relevante para el proyecto racionalizador del derecho (respuesta típica de los iusnaturalismos) hasta la de resignarse a aceptar la contingencia histórica del derecho pero sin estudiarla por considerar que se trataba de una realidad paralela y omitible en dicho proceso de racionalización (en realidad más una actitud que una posición teórica), si bien la estrategia más usada por los juristas norteamericanos había sido la de aceptar la realidad histórica del derecho, aunque simplificándola con el objeto de restarle carácter subversivo o incluso, en el peor de los casos, instrumentalizándola para justificar el propio orden jurídico presente<sup>3</sup>. Una opción esta última que, sin duda, se halla fuertemente vinculada al pragmatismo filosófico estadounidense y a la fuerte creencia que, según Charles Allen Miller, tienen muchos norteamericanos de que su país está dotado de una misión en la historia del mundo<sup>4</sup>.

Gordon creía, sin embargo, que todas estas estrategias de respuesta contra el historicismo por parte de los juristas habían fracasado, no sólo porque se habían mostrado ineficaces para huir de los riesgos desestabilizadores de la historia –pues ésta seguía allí– sino porque habían supuesto un límite evidente para el correcto desarrollo de la Ciencia Jurídica. De manera que era necesario, según él, establecer un nuevo diálogo entre historicidad y Ciencia del Derecho para salir del atolladero en el que ésta se hallaba: un nuevo diálogo que permitiese asumir el carácter histórico y variable del derecho no como una amenaza para los fines de la Ciencia Jurídica sino más bien como un complemento para enriquecerla.

La cuestión planteada por el artículo de Gordon no era ciertamente novedosa. La discusión acerca del diálogo que debe existir entre la Historia Jurídica y el campo de la Ciencia del Derecho ha sido desde siempre un tema importante en la reflexión de los juristas, tanto fuera como dentro de los Estados Unidos. Sin embargo, el artículo de Gordon suponía un alegato especialmente claro, y sin duda provocador, en torno a la consagración de un tipo de Ciencia Jurídica genuinamente histórica, que asumiera con humildad la historicidad del derecho aunque aquello supusiera romper con su perspectiva legitimadora y racionalizadora del mismo. Un alegato especialmente duro en cuanto que implicaba una crítica sustantiva a la forma tradicional en que se había venido cultivando la Ciencia Jurídica en Norteamérica, y que dotaba de una nueva dimensión a los estudios histórico-jurídicos.

La repercusión posterior del artículo de Gordon ha sido importante en los Estados Unidos. Su polémica reivindicación de una Ciencia Jurídica entendida de forma diferente a la tradicional,

con una asunción crítica y no instrumental de la historia del derecho, dio lugar de inmediato a un importante debate entre quienes se mostraban a favor y en contra de sus afirmaciones, así como a posteriores clarificaciones por parte del propio Gordon –que denominó esta perspectiva como *Critical Legal History*<sup>5</sup> e Historicismo Crítico<sup>6</sup>–, y a un replanteamiento de los estudios histórico–jurídicos en aquel país.

Cuál es el alcance real de este nuevo Historicismo Crítico es, sin embargo, algo que aún está por ver. La celebración en noviembre de 1996 de un simposio en la *Stanford Law School* relativo al uso crítico de la Historia en la Ciencia Jurídica<sup>7</sup>, que Gordon jaleó como el reconocimiento oficial del Historicismo Crítico por parte de la Ciencia del Derecho, lejos está en realidad, tal y como ha advertido Christopher Tomlins, de ser algo más que el reconocimiento de su existencia<sup>8</sup>. En cualquier caso, su papel dentro de la más reciente Ciencia Jurídica norteamericana (particularmente dentro de los polémicos *Critical Legal Studies* y en especial de la Nueva Historia del Derecho), ha supuesto desde finales del siglo XX y en los albores del siglo XXI un importante replanteamiento epistemológico y teleológico de los estudios histórico–jurídicos en aquel país.

El objetivo del presente estudio es indagar precisamente en este ambiente de replanteamiento y discusión que acerca de la Ciencia del Derecho y la Historia Jurídica encontramos en Norteamérica desde el artículo de Gordon hasta el presente, con el fin de analizar qué significado real tiene dicho Historicismo Crítico. Una discusión que, a mi modo de ver, trasciende las fronteras de aquel país y puede resultar de interés para cualquier jurista, especialmente para todo historiador del derecho. Un debate que además, en ámbitos científicos menos turbulentos como el nuestro, donde el estatus científico y docente de la Historia del Derecho parece no tener discusión, puede permitir revitalizar algunas cuestiones sobre su investigación y enseñanza, particularmente la utilidad que la Historia Jurídica puede tener no sólo para una Ciencia del Derecho más completa, sino para los propios prácticos; algo que se torna ineludible en el actual proceso de reformulación de los estudios superiores que vivimos en Europa a raíz del proceso de convergencia universitaria.

Por otra parte, como dicho debate sólo puede entenderse dentro del ámbito más amplio de la tradición historiográfica jurídica norteamericana y su relación con la Ciencia Jurídica, no siempre bien conocido fuera de aquel país (especialmente su pragmatismo), se aprovechará también en este artículo para ofrecer una reflexión en torno al mismo, ya que resulta evidente que el actual debate en torno al Historicismo Crítico no puede entenderse sin hacer referencia a él.

No se trata, por supuesto, de pretender explicar, al hilo de este debate, toda la historia de la Ciencia del Derecho en Estados Unidos, ni por supuesto hacer un detallado examen de toda su historiografía jurídica (para lo que puede acudir a otras fuentes), pero sí de exponer en líneas generales cómo ha sido allí la evolución del estatus científico y docente de la Historia del Derecho. Con ello, creo que no sólo se comprenderá en todo su detalle este debate norteamericano que se inicia con la aportación de Gordon en 1981 y que llega hasta el presente, sino que se ofrecerá algo más de luz acerca del espléndido estado que goza actualmente la Historia Jurídica en aquel país<sup>9</sup>.

## **II. Los presupuesto del debate. El primer Historicismo**

Es posible distinguir dos grandes fases en la historiografía jurídica norteamericana, que a su vez lo son de dos diferentes formas de entender el estatus científico y docente de la Historia del Derecho: una fase inicial, que llegaría hasta más allá de la segunda mitad del siglo XX

(demarcada de forma más o menos nítida por la década de los sesenta) hoy en cierto sentido desprestigiada aunque no exenta de valor, y otra que, arrancando en la segunda mitad de dicha centuria, podría hacerse llegar con los matices convenientes (incluyendo dentro de ella la escuela del Historicismo Crítico) hasta la actualidad y que se conoce como la fase de la Nueva Historia del Derecho.

La Historia del Derecho de la primera fase es una ciencia en cierto sentido embrionaria. Desarrollada a raíz de la profesionalización de la tarea del historiador en los años ochenta y noventa del siglo XIX y profundamente influida por la historiografía jurídica inglesa y el historicismo alemán, se caracterizaba por mantener una visión enormemente pragmática de la Historia del Derecho frente a la Ciencia Jurídica<sup>10</sup>.

Dicho pragmatismo, perfectamente coherente con el sistema jurídico del *common law*, la Escuela Histórica del Derecho y la propia sociedad norteamericana, insistía en la utilidad del conocimiento histórico para la práctica jurídica, especialmente para el estudio de los precedentes<sup>11</sup>. De manera que los estudiosos de la Historia del Derecho, cuando eran juristas, como en el caso de Oliver Wendell Holmes jr. y James Barr Ames, la investigaron más que con un fin meramente histórico o culto, es decir, como Ciencia Histórica sustantiva, fundamentalmente para obtener datos que pudieran proveer de respuestas o al menos dar luz a cuestiones jurídicas que hubieran surgido o pudieran surgir ante los Tribunales<sup>12</sup>. Se configuraba así una Historia Jurídica, conocida como *Historical Jurisprudence*, *Historical Legal Science* o simplemente *Historicism* (por la influencia que en ella tuvieron Savigny e Ihering), que al funcionar como método científico-jurídico se generaba dentro del campo del Derecho (no de la Historia) como una forma de autoanálisis y autoentendimiento<sup>13</sup>.

Una visión de la Historia Jurídica que tenía todo su sentido a la luz de las concepciones que a fines del siglo XIX tenían del derecho juristas e historiadores: que éste era la más detallada expresión de los ideales del desarrollo de las costumbres de una civilización y que el derecho era el producto del razonamiento de generaciones de profesionales (jueces asistidos por juristas), esto es, una ciencia del comportamiento correcto construida por expertos en tal ciencia, que era útil por ejemplo para corregir errores judiciales al observar los principios científicos en el pasado<sup>14</sup>.

Por supuesto esta forma de entender la Historia del Derecho es criticable desde una perspectiva actual. Por una parte porque implicaba un reduccionismo de la propia visión histórica del derecho, no centrada hoy sólo en la utilidad ni en la idea de progreso sino que en su autonomía como ciencia. Por otra porque metodológicamente, una visión tan continuista del derecho concluía que los únicos materiales que uno necesitaba consultar para el estudio de su historia eran los materiales jurídicos, el formal, producto interno de un sistema de derecho<sup>15</sup>, pues en este modo de trabajar, el orden jurídico se trataba como algo autónomo, una entidad en sí misma<sup>16</sup>. De manera que la mayor parte de los investigadores no intentaron sintetizar el completo conocimiento de su campo de estudio sino que se limitaban, como profesionales, a investigar y analizar las materias que preocupaban a sus contemporáneos en derecho<sup>17</sup>.

Se configuró de este modo una Historia Jurídica formal y doctrinal, criticable hoy científicamente en cuanto olvidaba un examen externo del derecho, pero muy vinculada a los juristas que la veían útil y que por tanto le daban un peso indiscutible. Una Historia Jurídica que aunque según Friedman era una Historia que trataba de escapar de la historia<sup>18</sup>, se configuraba como un conocimiento útil para la práctica del derecho, algo que fomentó su desarrollo y planteó desde un principio la utilidad de su enseñanza en los estudios jurídicos<sup>19</sup>.

Por supuesto hubo ya críticas desde temprano a esta concepción práctica, formal, doctrinal y en cierto sentido ahistórica del pasado jurídico. Desde principios del siglo XX, con la superación de la Historia meramente político-jurídica rankiana, tanto algunos historiadores no juristas (encabezados por Charles Austin Beard) como algunos juristas historiadores (el propio Holmes) comenzaron a poner en entredicho esta fórmula argumentando básicamente que una Historia del Derecho puramente formal o interna, que estudiaba con detalle sólo el sistema jurídico, era una completa pérdida de tiempo, pues el derecho de cualquier momento histórico simplemente registra el resultado, el conflicto político entre grupos con diversos intereses económicos<sup>20</sup>.

El problema es que esta crítica no cambió la forma general de hacer Historia Jurídica, sino que por el contrario, como reacción, fortaleció el que la mayor parte de los juristas siguieran haciendo y manteniendo una perspectiva pragmática y formal de la misma (como instrumento de la Ciencia del Derecho), algo que llevó a una ruptura entre historiadores no juristas (preocupados ya por abrir nuevas vías históricas más allá de la fórmula tradicional rankiana) y los juristas historiadores (preocupados por desarrollar una Historia del Derecho útil para los prácticos). Surgiendo a partir de entonces un gran abismo entre la historiografía general y la historiografía jurídica en Estados Unidos<sup>21</sup>.

De modo que en general en las *Law Schools* se monopolizó la Historia del Derecho, lejos del contacto de los historiadores generales (desinteresados por ella), y se consolidó una Historia Jurídica instrumentalizada por los juristas que fue la predominante en Estados Unidos hasta los años sesenta del siglo XX<sup>22</sup>.

Por supuesto las *Law School* no estuvieron totalmente inmunes a los cambios, y el pensamiento crítico se infiltró en lo que Morton White ha llamado la revuelta contra el formalismo. Así que en torno a los años treinta y cuarenta del siglo XX, incluso aquellos profesores que no habían podido digerir el crudo materialismo de que el derecho no era más que una lucha económica, admitieron que lo jurídico no era una creación puramente racional, autónoma de las influencias sociales, sino un producto que traducía las necesidades de cada tiempo<sup>23</sup>.

Que el historiador del derecho se comenzara a preocupar por el contexto social (es decir que entendiera la Historia del Derecho de una forma más histórica que jurídica) era sin embargo algo más fácil de decir que de hacer. Por una parte porque la Historia del Derecho se había desarrollado como un instrumento de la Ciencia Jurídica en lugar de como una ciencia valiosa por sí misma, de modo que corría el riesgo de hacerse inútil para los juristas si no era meramente formal. Por otra, porque conjugar la esfera del derecho y la esfera del contexto social no era sencillo ante la ausencia de paradigmas teóricos que le sirvieran de vía. De modo que a pesar de que de inmediato surgieron diversas fórmulas con el objeto de tratar de definir la nueva labor que debían hacer los historiadores del derecho, como la de Roscoe Pound<sup>24</sup>, ninguna de ellas logró vencer el estado formal de la Historia Jurídica hasta que James Willard Hurst y la Escuela de Wisconsin, en la década de los cuarenta, se atrevieron a formular una Historia del Derecho libre del formalismo jurídico claramente orientada hacia la Historia Social, en la que el derecho se estudiaba ya no internamente sino como el claro producto de la sociedad y la economía<sup>25</sup>.

La nueva vía abierta por Hurst no triunfó ciertamente de inmediato. La Historia Jurídica predominante siguió siendo durante años pragmática y formal, la tradicional de los juristas. Pero a partir de Hurst hubo un importante replanteamiento científico e incluso docente de la

Historia del Derecho que supuso un claro incremento de su cultivo y también de su calidad<sup>26</sup>. Un interés que culminó en 1956 con la fundación de *The American Society for Legal History – ASLH–*, una organización de socios sin ánimo de lucro dedicada a fomentar los estudios y la enseñanza de la Historia Jurídica, y la aparición, en 1957, de la primera revista norteamericana especializada sobre la materia, el *American Journal of Legal History*.

Pero pese a este aumento del interés por la Historia Jurídica y el cierto replanteamiento de la disciplina, sin embargo no existía aún una relación adecuada entre ella y la Ciencia Jurídica, ni tampoco una afortunada ubicación de la misma en los currículos de las *Law Schools*. De manera que todavía en 1958 un autor como Daniel Boorstin, describía la Historia del Derecho en Estados Unidos como un continente oscuro (*Dark Continent*) del que aún eran ignorantes y del que seguirían siéndolo al menos por cincuenta años<sup>27</sup>. Boorstin sin embargo se equivocaba y la Historia del Derecho comenzó a adquirir importancia de inmediato, conforme triunfó una visión de ella claramente histórica y por tanto más rica, una visión que aunque desvinculada en parte de la Ciencia Jurídica (en cuanto ya no se hacía con vocación instrumental) se comenzó a incluir seriamente en los estudios de Derecho.

### **III. La nueva Historia del Derecho Norteamericana. De Hurst al Historicismo Crítico de Gordon**

Desde fines de la década de los años cincuenta del siglo XX, importantes cambios se operaron en la esfera de la Ciencia Histórico-Jurídica en los Estados Unidos que hicieron que la pesimista predicción dada por Boorstin en 1958 sobre su futuro no se cumpliera. Dichos cambios ocurrieron cuando quienes la cultivaban perdieron definitivamente su idea común de que el objetivo de su investigación era básicamente ayudar a resolver problemas jurídicos (típica de la *Historical Jurisprudence*) a favor de una visión más histórica de la disciplina, más centrada en reconstruir el pasado jurídico y sus conexiones con la política, la sociedad o la economía que en conseguir resultados aplicables directamente a la práctica.

Según Nelson, esta transformación se llevó a cabo por la concurrencia de diversas razones, entre las que se hallaban el creciente convencimiento de la irrelevancia de la Historia para resolver controversias jurídicas (*"The Growing Irrelevance of History"*)<sup>28</sup> y el desarrollo de una comunidad de historiadores del derecho cada vez más numerosa y crítica que se veía potenciada por la fundación de la ASLH y el *American Journal of Legal History*<sup>29</sup>.

Ciertamente el aumento de la producción no determinó en un primer momento que se superara totalmente el foco tradicional, es decir, el estudio doctrinal y pragmático del derecho a favor de una visión genuinamente histórica del mismo, ni tampoco un cambio radical en la docencia de la Historia Jurídica en las *Law Schools*<sup>30</sup>. Pero a lo largo de los años sesenta y los primeros de la década de los setenta fue evidente que, al tiempo que se escribía más de Historia del Derecho, se hacía de forma distinta.

Tan evidente fue el cambio historiográfico que se habla a partir de entonces de una Nueva Historia del Derecho norteamericana con el fin precisamente de distinguirla de la doctrinal y formal previa. Una Nueva Historia que, rompiendo claramente con los moldes anteriores y heredera indiscutible de los postulados de Hurst, insistía en que la evolución del derecho no podía estudiarse sin atender a las circunstancias sociales, políticas y especialmente económicas<sup>31</sup> y que en lugar de tratar de dar datos aplicables a los tribunales convertía la relación entre el desarrollo jurídico y el cambio social en su principal interés<sup>32</sup>.



De este modo frente a la Historia del Derecho anterior, generada dentro del propio campo jurídico y como instrumento de él, la nueva Historia Jurídica veía el pasado como un objeto de investigación en sí mismo. Una forma de investigación y análisis crítico que, emprendido desde un punto de vista interdisciplinar, hacía de lo histórico-jurídico su objeto de investigación. Una nueva fórmula mucho más crítica y emancipada de la servidumbre de la Ciencia Jurídica (de la que era hasta entonces un mero método), de indiscutible mayor calidad científica, que tuvo su confirmación en un auténtico “boom” historiográfico desde mediados de los años setenta<sup>33</sup>, y que desembocó en un notable incremento de su enseñanza en las *Law Schools*<sup>34</sup>.

El gran problema de esta nueva historiografía jurídica estaba sin embargo en la recepción que de ella hicieron los juristas, pues acostumbrados éstos a una Historia del Derecho útil, pragmática, comenzaron a asumirla como un conocimiento curioso pero accesorio, pues ¿qué utilidad tenía para ellos esta Nueva Historia que no estaba volcada a justificar ni encontrar soluciones prácticas? ¿Tenía para el jurista un interés mayor que el del mero entretenimiento? ¿Merecía incluirse en el currículo de las *Law Schools* de manera estable? Y es que si las *Law Schools* la habían tolerado cuando pensaron que contenía los principios de la Ciencia Jurídica ¿entenderían los juristas que ya no tenía ninguna utilidad para ellos y que por tanto no tenía sentido su inclusión en los planes de estudio?<sup>35</sup>

Todo ello llevó de inmediato a que estos nuevos historiadores del derecho se replantearan su disciplina para aclarar su relación con la Ciencia Jurídica, justificar su utilidad para el jurista y en última instancia defender su lógica entrada en el currículo como disciplina docente de especial utilidad para los estudiantes de Derecho. De modo que autores como Morris N. Forkosch, Lawrence M. Friedman, Calvin Woodard, Edward G. White, Morton Horwitz y otros muchos profundizaron en estos temas tratando de aclarar las nuevas dimensiones de la Historia Jurídica<sup>36</sup>.

Es en este replanteamiento donde debe también entenderse la obra de Gordon y la formulación de su Historicismo Crítico, pues éste no es sino el resultado de una reflexión epistemológica acerca de la Historia del Derecho y su relación con la Ciencia Jurídica, una reflexión que fue desarrollando a lo largo del tiempo a través de diversos trabajos.

Podría destacarse en primer lugar su clásico estudio historiográfico *Recent Trends in Legal Historiography*, publicado en 1976, pues aunque en él no desarrollaba aún dicho Historicismo sí sentaba algunas de las bases de su posterior formulación. En resumen, en este estudio –en el que ofrecía un panorama crítico de las diversas corrientes existentes en la historiografía jurídica norteamericana– afirmaba que los historiadores del derecho siempre han tenido problemas para definir su disciplina y que incluso, a la altura de 1976, se hallaban divididos acerca de la cuestión de su propia existencia: de si la Historia del Derecho era o no un campo lo bastante coherente como para ser considerado en sí mismo. Ello obedecía, según él, no por supuesto a su poco desarrollo, sino a la posibilidad de que la Nueva Historia del Derecho resultara a la larga intrascendente para los juristas. Esta cuestión era, según él, muy urgente de resolver y podría superarse quizás desde una perspectiva científica del derecho más amplia, de modo que quienes abordaran la nueva investigación científica, lo hicieran con la intención de construir una teoría del derecho que superara la limitada visión de las anteriores<sup>37</sup>.

En efecto, los antiguos modelos de Historia Jurídica se concentraron en aquellos aspectos que diferenciaban unos sistemas de derecho de otros, mientras que los nuevos modelos, siguiendo a Gordon, debían ser capaces de poner el énfasis en sus similitudes y conexiones (comparar unos tribunales con otros, los diferentes sistemas de creación de normas, etc.), de



manera que el papel jugado por el derecho y los juristas en la sociedad norteamericana pudieran ser objeto de comparación con lo ocurrido en otras sociedades, especialmente las de Europa y otras partes de América. De esta manera Gordon dejaba entrever no sólo una nueva forma de entender la Historia Jurídica, sino la propia Ciencia del Derecho, sosteniendo optimista que probablemente nunca ha habido un tiempo en el que nuestro campo de estudio hubiera sido tan rico en posibilidades y en el que fuera tan excitante estar en él<sup>38</sup>.

Un campo de nuevas posibilidades que terminó de abrir cuando en un simposio celebrado pocos años después en la *Yale Law School* sobre la naturaleza y objetivos del conocimiento jurídico (con el que se inició el presente trabajo) advirtió que de nada servía el desarrollo de la Historia del Derecho si había una Ciencia Jurídica incapaz de asumirla. Pues aunque la Historia ya no pretendía ser instrumentalizada por los juristas y ello le daba un gran riqueza, de hecho los juristas no habían cambiado su forma de entenderla. De manera que él venía a señalar que una Nueva Historia del Derecho como la que se cultivaba debía conllevar también una nueva Ciencia Jurídica o un nuevo diálogo con ella si no quería convertirse en algo bonito pero estéril.

Ciertamente Gordon no ofrecía exactamente la solución de este diálogo, pero sí advertía que se estaba ya desarrollando un nuevo género de Historia Jurídica que tratando el derecho como ideología, abría una nueva forma de entendimiento con la Ciencia del Derecho a través de un proceso relativizador del propio sistema racionalizador. Es verdad que Gordon no profundizaba en él, pero apuntaba lo que unos años más tarde catalogaría como de Historicismo Crítico<sup>39</sup>.

#### **IV. El Historicismo Crítico**

El artículo de Gordon *Historicism in legal scholarship*, al suponer una crítica radical contra la ciencia jurídica tradicional norteamericana, a la que acusaba de no haber sabido asumir, sin instrumentalizar, el valor científico de la Historia del Derecho, promovió una inmediata polémica entre juristas e historiadores. Dicha polémica cristalizó en la publicación de nuevos estudios que profundizaban en las relaciones entre Ciencia Jurídica e Historia del Derecho que, en ocasiones, se mostraban claramente enfrentadas con la tesis de Gordon<sup>40</sup>.

Así, en 1982 apareció un artículo de Stephen B. Presser <<*Legal History*>> or the *History of Law: A Primer on Bringing Law's Past into the present*, en el que se abogaba, en lugar de por un nuevo diálogo entre ambas disciplinas, por el reconocimiento de un diálogo ya existente entre una Historia del Derecho (*History of Law*) y una Historia Jurídica (*Legal History*): una historia pura, centrada en el método histórico-crítico que sólo buscaría la verdad histórica, propia de los historiadores, y otra historia aplicada que buscaría un efecto práctico para la realidad jurídica presente, propia de los juristas. Entendiendo, en contra de la idea de Gordon, que el historiador del derecho debía asumir el uso instrumental y legítimo que de su investigación hicieran luego los juristas con un fin práctico<sup>41</sup>.

El espíritu provocador de Gordon no se amilanó sin embargo en sus estudios sucesivos sobre el tema y, unos años más tarde, en *Critical Legal Histories*, publicado en 1984, no sólo profundizó en su crítica sobre la Ciencia Jurídica tradicional norteamericana, tal y como había iniciado en *Historicism in legal scholarship*, sino que se lanzaba a cuestionar toda la Historia del Derecho realizada en los Estados Unidos durante los últimos ciento cincuenta años, al acusarla de mantener una visión funcionalista y evolucionista (*functionalist-evolutionary*) de la Historia Jurídica<sup>42</sup>.

Dicha historia jurídica, cultivada según él tanto por representantes de la *Historical Jurisprudence* como por representantes de la Nueva Historia del Derecho, partía de una creencia errónea compartida por los historiadores y por los juristas norteamericanos acerca de la relación entre derecho e historia: la de entender que la natural y apropiada evolución de una sociedad era hacia el tipo de liberalismo capitalista observado en el avance de las naciones occidentales y de ahí que la función del sistema jurídico fuera facilitar dicha evolución<sup>43</sup>.

De este modo, tomando la historia del mundo como un camino hacia un determinado fin, dichos investigadores habían reducido la historia jurídica a una evolución influida por fuerzas sociales ineludibles y, en cierto sentido, inexplicables. Lo que para Gordon era un grave fallo en tanto que para él era la multiplicidad de factores la que determinaba la evolución histórica, al resultar evidente que el ser humano responde jurídicamente de muy diversas maneras a similares problemas según los contextos y las culturas<sup>44</sup>.

Gordon se enfrentaba así en este artículo ya no sólo contra los juristas y su forma de entender la historia del derecho, algo que había iniciado en 1981, sino contra la mayor parte de los historiadores del derecho, a los que acusaba de hacer una historia lastrada por rémoras en cierto sentido escolásticas<sup>45</sup>.

Para Gordon, quedaba meridianamente claro que un nuevo diálogo entre Ciencia Jurídica e Historia del Derecho partía no sólo de una nueva forma de entender la primera sino también la segunda, lo que necesariamente pasaba por ofrecer una nueva fórmula histórico-jurídica. Una nueva fórmula que según él podría ser la ya iniciada por la corriente de los *Critical Legal Studies*, en la que él mismo se incluía, y de donde derivaría finalmente la denominación de *Critical Legal History* e Historicismo Crítico para catalogar esta nueva forma de hacer Historia del Derecho<sup>46</sup>.

El problema seguía radicando, sin embargo, en la cierta indeterminación que mantenía Gordon en relación con esta nueva fórmula, una indeterminación que no terminaba de corregir con la exposición de los principios básicos que según él compartían todos los seguidores de la misma. En resumen: primero, que las condiciones de la vida social y el curso del desarrollo histórico están radicalmente indeterminados, o al menos no determinados por una evolución uniforme. Segundo, que las causas que motivan los cambios en la sociedad y el derecho están también indeterminados, pues similares condiciones sociales en la misma o diversas sociedades, generan respuestas jurídicas diferentes, así como similares respuestas jurídicas producen efectos sociales contrarios. Tercero, que si por tanto el derecho no puede comprenderse como una respuesta objetiva al proceso histórico, tampoco puede entenderse como una tecnología social neutra sino como el producto político del enfrentamiento entre grupos sociales que poseen diversa riqueza, poder, estatus, conocimiento, acceso a las fuerzas armadas y capacidad organizativa dentro de cada sociedad. Cuarto, que aunque el derecho es producto de un conflicto político no cambia completamente cuando cambia la balanza de las fuerzas políticas, debido a que, configurado como una estructura lógica, goza de una autonomía propia. Quinto, que debido a esta cierta autonomía de lo jurídico su variación histórica no puede ser sólo explicada por factores externos de tipo político, social o económico sino que, como variable independiente, requiere ser estudiado internamente con el objetivo de descubrir como lo jurídico se retroalimenta de la vida social. Y sexto, que dicho examen interno del derecho debe partir de comprender que no sólo éste cambia históricamente sino también nuestra forma de pensar acerca de él y de la historia, de modo que aunque nosotros nunca podamos escapar de nuestro entorno, al menos podemos relativizarlo sabiendo que es fruto de una determinada tradición cultural<sup>47</sup>.

Se configuraba en cualquier caso con estas afirmaciones lo que pretendía ser una nueva forma de entender la Historia del Derecho, una nueva corriente historiográfica jurídica norteamericana que trataba de escapar de lo que para Gordon había sido hasta entonces una Historia Jurídica mal entendida tanto por historiadores como por juristas. Una nueva corriente que el propio Lawrence M. Friedman parecía reconocer en *American Legal History: Past and Present*, publicado en 1984, cuando señalaba que era posible hablar, con todos los reduccionismos que se quisiera, de tres grandes periodos en la forma de hacer Historia del Derecho en Norteamérica: el previo a 1950 que él denominaba de "*Doctrinal History*", la Escuela de Wisconsin (inauguradora de la Nueva Historia del Derecho) y por último la vía defendida por Gordon que él llamaba (tras catalogarla con cierta malicia, aunque no equivocadamente, como la rama de izquierdas de la Escuela de Wisconsin) como Escuela Crítica, Historia Intelectual o Neodoctrinalista<sup>48</sup>.

El reconocimiento historiográfico de la nueva forma de hacer Historia del Derecho no supuso en cualquier caso el final del debate acerca del objeto de ella y su relación con la Ciencia jurídica. Por el contrario la más clara formulación de la postura de Gordon favoreció, en un ambiente de replanteamiento generalizado de la disciplina, que siguieran apareciendo nuevos estudios que desde ópticas diferentes profundizaban en dichos temas e incluso incidieran en la utilidad que la Historia del Derecho podía tener para otras ciencias.

Un artículo de Samuel J. Astorino, aparecido en 1985, es un ejemplo interesante de ello, pues bajo el título *History and Legal Discourse: The Language of the New Legal History*, reflexionaba en torno a la utilidad que la Historia del Derecho podría tener no ya para el jurista sino para el historiador no especializado, es decir, meditaba en torno a cómo la Historia del Derecho podía resultar útil no ya para la Ciencia Jurídica sino para la Historia en general<sup>49</sup>.

Esta cuestión, que a priori parece sencilla de resolver, pues es evidente que la Historia del Derecho es una especialidad histórica es, sin embargo, una de las cuestiones que en general han sido más descuidadas por los historiadores del derecho, no sólo norteamericanos. El hecho de que la Historia Jurídica como disciplina claramente delimitada en la Contemporaneidad se haya desarrollado fundamentalmente por juristas en el entorno de la Ciencia del Derecho, ha provocado que éstos hayan siempre tratado de justificar su actividad para esta ciencia en lugar de para la histórica, de manera que por ejemplo se ha insistido constantemente en la utilidad de ella para los juristas e incluso se ha pedido su entrada en el currículo de los estudios de Derecho, mientras que se ha insistido poco o nada en su utilidad para los historiadores. Todo lo cual ha implicado un alejamiento general entre historiadores e historiadores del derecho que en países como Estados Unidos, donde se desarrolló en un primer momento una Historia Jurídica totalmente volcada a los juristas y a la práctica de los Tribunales, se convirtió, como ya se indicó anteriormente, en un auténtico abismo entre ellos<sup>50</sup>.

Astorino planteaba su reflexión de la siguiente manera. Si cuando se hacía una Historia del Derecho sólo centrada en ser útil para los prácticos ésta dejó de interesar a los historiadores, ¿qué debía ocurrir ahora cuando la Nueva Historia del Derecho se desvinculaba de ese servilismo? ¿Se convertiría entonces en una historia especializada que resultaría de interés también para los historiadores no juristas?

Astorino no albergaba la menor duda de que ello iba a ser así. La Historia del Derecho era lo suficientemente relevante como para ser objeto de atención por los historiadores, si bien precisaba que, para que dicha atención fuera realmente fructífera, era necesario rebajar el a veces excesivo tecnicismo terminológico de la disciplina, pues si los historiadores se

convierten en receptores de la Historia Jurídica es evidente que no pueden manejar la terminología de derecho al mismo nivel que los juristas profesionales.

¿Quería decir con ello que debía desaparecer la terminología jurídica de la Historia del Derecho? Ni mucho menos, simplemente que debía buscarse un punto intermedio entre el complejo lenguaje del derecho y otro, adaptado, que pudiese ser comprendido sin dificultad por los historiadores. Algo que ya habían hecho exitosamente con sus respectivos lenguajes otras ciencias como la Economía, la Antropología o la Psicología en su contacto con la Historia. De modo que si los historiadores, haciendo gala de su gran capacidad de adaptación, habían pasado de hacer una historia política en el siglo XIX a otra económica, antropológica o psicológica en el XX, podrán asumir sin duda también la jurídica<sup>51</sup>.

Por supuesto ello supone un reto también para los historiadores del derecho: el de luchar por impedir que su disciplina se convierta en una materia encapsulada, prisionera de su propio lenguaje, consiguiendo que sea una disciplina reconocida no sólo por los juristas sino también por los historiadores<sup>52</sup>. En este sentido es legítimo preguntarse de qué sirve el desarrollo de una disciplina especializada como la Historia del Derecho si luego no es de utilidad para el resto de las ciencias, especialmente para aquellas a las que por razón de su objeto está más vinculada: el Derecho y la Historia.

En este sentido Raack en *Some Reflections On The Role Of Legal History In Legal Education*, publicado en 1988, volvió a insistir en la utilidad de la Historia del Derecho en la formación de los juristas. Aunque según él había motivos para mostrarse optimistas acerca del futuro de la Historia del Derecho, no podía olvidarse que su entrada en el currículo de las *Law Schools* no debía de tener importantes detractores<sup>53</sup>.

Ciertamente, según él, era indiscutible que la Historia del Derecho se había vuelto más común en el currículo, pero ello no significaba ni mucho menos que los estudiantes de Derecho estuvieran cursando en gran número las asignaturas iushistóricas. Por el contrario, el cierto prejuicio hacia la Historia fomentado en general por la educación jurídica norteamericana y especialmente el pragmatismo de los estudiantes de Derecho (obsesionados por entrenarse para la práctica) han hecho que este tipo de cursos sean considerados poco importantes para la formación de los juristas y que, por tanto, sean colocados por los estudiantes en un segundo lugar de sus prioridades<sup>54</sup>.

Según Raack ello derivaba sin embargo del desconocimiento de la utilidad que la Historia del Derecho puede tener para los futuros juristas, pues aunque es verdad que la técnica histórico-jurídica lejos está de ser directamente aplicable a la práctica del derecho (como se pudo pensar en la fase de la *Historical Jurisprudence*) es sin duda un enriquecedor método de análisis que, sumado al jurídico-formal de la práctica, puede dar al estudiante una visión del derecho mucho más completa y real de su instrumento de trabajo. Una visión que el día de mañana dará lugar a un profesional más crítico y preparado para resolver nuevos problemas sociales, en cuanto que la historia es una fuente de ideas y principios que pueden servir de materiales de construcción para nuevas soluciones<sup>55</sup>.

Una utilidad que en cualquier caso se veía acrecentada si el profesor de Historia del Derecho enfocaba su asignatura de forma adecuada, lo que pasaba, siguiendo a Raack, por los siguientes puntos: primero, que centrarse su enseñanza en la historia jurídica más contemporánea al alumno, absteniéndose del tradicional énfasis del desarrollo de las instituciones medievales inglesas, y segundo, que presentase el derecho en el pasado dentro de una dimensión social amplia, mostrando al estudiante las fuerzas, intereses y tradiciones

que mueven cada sistema jurídico, de manera que éste pueda distinguir los aspectos del derecho que son transitorios y los que son más permanentes, y pueda comprender las limitaciones de los cambios y la fuerza de la tradición en el orden jurídico<sup>56</sup>.

## V. El reconocimiento Científico–Jurídico del Historicismo Crítico

La necesidad de una nueva relación entre la Historia del Derecho y la Ciencia Jurídica, concretamente el diálogo que podría abrirse a través del Historicismo Crítico de Gordon, vivió un momento álgido en noviembre de 1996. Un simposio celebrado bajo el sugerente título de *El Uso Crítico de la Historia (The Critical Use of History)*, expresamente influido por la postura de este autor y publicado en la *Stanford Law Review* en mayo de 1997, dejaba entrever con claridad, según la propia revista, el comienzo de un nuevo movimiento en la investigación jurídica crítica consistente en la sinergia de derecho, literatura, antropología, estudios culturales e historia. Un nuevo movimiento en el que se coincidía en mantener una visión del derecho inherentemente histórica en el que éste debía mantenerse en relación con las necesidades cambiantes, identidades y valores, y mantener conciencia de su transformación<sup>57</sup>.

Incluso el propio Gordon lo celebraba en su aportación *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, al indicar que dicho simposio registraba el reconocimiento de la Historia Crítica (el Historicismo Crítico) como una categoría de práctica intelectual relevante para el derecho. Un uso de la historia por parte de los juristas muy diferente al tradicional, que se había limitado a ver en ella una fuente de autoridad, justificación y racionalización. Una historia crítica que, según Gordon, produciría perturbaciones en el campo del derecho al ofrecer interpretaciones nuevas e incluso plantear contradicciones con las mantenidas hasta entonces<sup>58</sup>.

En todo caso el resto de las aportaciones al simposio parecían confirmar que esta nueva vía podría implicar una auténtica transformación en la forma de hacer Ciencia Jurídica e Historia del Derecho en los Estados Unidos, resultando, entre ellas, especialmente interesantes, las de Guyora Binder y Robert Weisberg a favor de una crítica cultural sobre el derecho construida sobre el Nuevo Historicismo<sup>59</sup>, y la de Jack Rakove al describir en ella lo que para él significaba la *Critical History*<sup>60</sup>.

Pero ¿en verdad este reconocimiento dado por la *Stanford Law Review* traducía la realidad? ¿El Historicismo Crítico había tenido el éxito que se anunciaba entonces? ¿Había sido aceptado en general por los juristas? ¿Era dicho Historicismo la mejor forma de aplicar el conocimiento histórico a la Ciencia Jurídica?

Un interesante artículo publicado en octubre de 1997 por Laura Kalman, *Border Patrol: Reflections on the Turn to History in Legal Scholarship*, es un buen ejemplo de que la vía del Historicismo Crítico no había sido tan aceptada como podría pensarse. En él la autora, desde la perspectiva de una historiadora, aclaraba ciertamente que aunque la ciencia histórica ve con desagrado el uso instrumental del pasado por los juristas ni mucho menos ello debía obligar a éstos a utilizar necesariamente una perspectiva histórico–crítica<sup>61</sup>.

Quizás los historiadores, aclaraba de forma similar a Friedman unos años antes, debían distinguir entre el pasado y la Historia. La segunda, entendida como el estudio del pasado como disciplina ordenada, como proceso intelectual de explorar el pasado, era monopolio de los historiadores, pero no el pasado. De manera que si los juristas han venido usando éste como fuente de autoridad desde hace siglos pueden seguir haciéndolo, pues una cosa es que

la idea de un pasado útil haya caído en total descrédito entre los historiadores, y otra que ello deba implicar que lo mismo tenga que ocurrir con otras disciplinas, como el Derecho, ya que tanto el pasado como la historia son igualmente válidos<sup>62</sup>.

De modo que podría hablarse de Historia Jurídica de juristas y de Historia Jurídica de historiadores. La primera se escribiría para obtener datos e interpretaciones que puedan ser útiles para resolver controversias jurídicas y la segunda trataría simplemente de obtener nuevos datos o interpretaciones para avanzar en el conocimiento del pasado. Tanto una como otra son disciplinas legítimas pero no necesariamente coincidentes<sup>63</sup>.

Más claramente crítico contra la visión de Gordon se mostró en cualquier caso Stuart Banner en *Legal History and Legal Scholarship*, publicado en 1998, cuando sugería que la Historia Jurídica que se estaba escribiendo en aquellos momentos en lugar de haber unido la Ciencia Jurídica y la Historia del Derecho, como había pretendido especialmente Gordon, había paradójicamente aumentado la distancia entre ellas, pues al radicalizar su historicismo había roto totalmente con el presente, con la práctica jurídica<sup>64</sup>.

Esta ruptura, según él, había coincidido con la configuración, a partir del movimiento de la Nueva Historia del Derecho, de dos comunidades académicas y profesionales diferentes: por una parte la de historiador del derecho, preocupado por el pasado jurídico, y por otra la del jurista, preocupado por el derecho presente. Una ruptura que había culminado con la afirmación de Gordon de que la Historia era subversiva para la Ciencia Jurídica, pues si el principal objetivo de ésta es generar unos argumentos de normativa jurídica, es evidente que nunca se acudirá a una historia que sólo sirve para cuestionarlos. La Historia se vuelve entonces, según Banner, un poco como la pintura o la jardinería, algo bonito pero accesorio, y su carácter, presuntamente subversivo para los juristas termina por volverse tranquilizador simplemente porque éstos dejan de acudir a ella<sup>65</sup>.

En este sentido, según este autor, la Ciencia Jurídica difiere fundamentalmente de otras disciplinas académicas que recientemente han redescubierto su afinidad con la Historia, como la Ciencia Económica o la Sociología, que han encontrado en ella más que un elemento desestabilizador una fuente de datos en el que demostrar sus teorías. Algo que no ocurre en la Historia del Derecho debido quizás a la incapacidad de la Ciencia Jurídica de construir una teoría general adecuada<sup>66</sup>.

¿Quiere decir todo esto que es imposible según Banner realizar un acercamiento entre Historia del Derecho y Ciencia Jurídica? No exactamente. Según él el abismo abierto entre la Historia Jurídica y la convencional *Legal Scholarship* no tiene por qué ser una característica ineludible, pero cree que será necesario una nueva fórmula, muy distinta a la del Historicismo Crítico de Gordon, para acercarlas. Una nueva *Legal History* que a diferencia de la que se ha venido planteando, sea una historia que destaque lo que hay de presente en el pasado, y que busque, vinculándose con la Ciencia Jurídica, las similitudes que tiene el derecho histórico y el actual, no sólo las diferencias entre ellos. Si bien Banner no es optimista respecto al desarrollo de una Historia Jurídica de este tipo, al menos a corto plazo, en tanto que dicha reorientación socavaría parte de la reciente separación profesional entre historiadores del derecho y juristas<sup>67</sup>.

En cualquier caso una cosa queda clara. El debate en torno a la relación entre Historia del Derecho y Ciencia Jurídica no está zanjada. El Historicismo Crítico de Gordon, por más que haya sido presentado como un enriquecedor diálogo entre ellas, no es una fórmula plenamente aceptada. ¿Quiere decir ello que sea una postura sin valor? ¿Una vía muerta?



Ni mucho menos. Aunque es cierto que desde las páginas de *The Oxford Companion to American Law* se ha señalado que el movimiento de los *Critical Legal Studies*, en los que se incluye el Historicismo Crítico de Gordon, ha llegado a un punto muerto<sup>68</sup>, desde mi punto de vista creo que es una corriente de valor indiscutible. Por una parte, por el carácter potenciador que ha tenido en el replanteamiento de las cuestiones epistemológicas y funcionales de la Historia del Derecho en Estados Unidos<sup>69</sup>. Por otra, por su riqueza intrínseca, al conllevar una nueva visión de la disciplina y abrir nuevas vías que aún siguen en cierto sentido inexploradas.

De manera que siguiendo a Christopher Tomlins, en *History and the Juridical Field: Narrative, Justification and Explanation in the American Case*, aparecido en 2004, podemos afirmar que posiblemente el historicismo crítico de Gordon representa el inicio de un diferente recurso a la historia, un recurso que demandaría no escoger o elegir, sino simplemente abrazar la historia como método para aproximarse libremente al derecho<sup>70</sup>.

Ciertamente es probable que dicho Historicismo Crítico no sea la panacea. De él puede criticarse su consabida indeterminación y también su excesiva virulencia hacia otras formas de entender la relación entre la Historia del Derecho y la Ciencia Jurídica, pero lejos está de ser una corriente agotada. Será el paso del tiempo, sin duda alguna, el que nos permitirá conocer su verdadero alcance como fórmula historiográfica y, en especial, el que nos dirá si este recurso libre a la historia puede sobrevivir a un encuentro con un campo tan determinista como el jurídico<sup>71</sup>.

En cualquier caso se trata de una corriente que se centra en una cuestión de gran calado, la de la utilidad de la Historia del Derecho para la Ciencia Jurídica, una cuestión importante en relación con su propio futuro y el de su docencia, tanto fuera como dentro de los Estados Unidos, en tanto que en una sociedad como la actual, tendente a la interdisciplinariedad y el pragmatismo, es evidente que la respuesta que se dé a este tema será clave para su propia supervivencia<sup>72</sup>.

---

## NOTAS

\* El presente artículo fue realizado durante una estancia de investigación en el Pritzker Legal Research Center de la Northwestern University School of Law, en Chicago, durante los meses de junio a septiembre de 2005.

<sup>1</sup> Dichos trabajos se realizaron con ocasión de un simposio celebrado en la propia *Yale Law School* bajo el título *Symposium on Legal Scholarship: Its Nature and Purposes* y se publicaron en *The Yale Law Journal*, 90 (abril de 1981) 5.

<sup>2</sup> GORDON, Robert W., *Historicism in Legal Scholarship*, en *The Yale Law Journal* 90 (1981) 5, pp. 1017–1056. Es necesario aclarar que el propio Gordon utiliza el término "*historicism*" en el sentido referido anteriormente, aclarando en el pie de página número 1 de dicho artículo, que tal y como es usado por él, el término de historicismo no coincide con el de aquellas teorías que tratan de reducir la realidad jurídica a su historicidad, sino que simplemente se refiere con él al cierto grado de interrelación que existe entre derecho e historia. Pese a todo



es evidente el carácter polémico que supone el uso de dicho término en lugar de otros más neutros como historicidad o carácter histórico del derecho. Es evidente que Gordon quería utilizar el término historicismo, vinculado generalmente a la ciencia jurídica del siglo XIX, con el objeto de atraer la atención del lector haciendo referencia a una metodología tradicional aunque hoy profundamente discutida en los Estados Unidos.

<sup>3</sup> GORDON, Robert W., *Historicism*, cit. (n. 2), pp. 1024 ss.

<sup>4</sup> MILLER, Charles Allen, *The Supreme Court and the Uses of History* (1969) p. 171.

<sup>5</sup> GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, en *Stanford Law Review* 36 (1984) 1–2, pp. 57–125.

<sup>6</sup> GORDON, Robert W., *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1023–1029.

<sup>7</sup> Symposium: *The Critical Use of History*, publicado en la *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1021. ss.

<sup>8</sup> TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field: Narrative, Justification, and Explanation*, en *Yale Journal of Law and the Humanities* 16 (2004) 2, pp. 323–398. Dicho artículo se basaba en un estudio original escrito con ocasión del Coloquio *Sur la Portée Sociale du Droit: Usages et Légitimité du Registre Juridique*, celebrado en noviembre de 2002 en la Universidad de Picardy–Jules Verne, en Amiens y había sido ya publicado por la American Bar Foundation (ABF), en *Working Paper, Series 2209* (2003).

<sup>9</sup> Para conocer la abundante historiografía jurídica norteamericana las bases de datos informatizadas, en su mayor parte privadas y con todos los textos digitalizados, son la mejor fuente. Así pueden destacarse [www.jstor.org](http://www.jstor.org), [www.historycooperative.org](http://www.historycooperative.org) y especialmente <http://heinonline.org/HOL>. Por supuesto junto a estas bases de datos informatizadas siguen teniendo interés algunas obras clásicas como las de HALL, Kermit, *A comprehensive bibliography of American constitutional and legal history* (New York, 1984); la de NELSON, William E. y REID, John Philip, *The Literature of American Legal History* (New York, 1985), el reciente artículo de FISHMAN, Joel; ADAN, Adrienne; BEDARD, Laura; KNOTT, Christopher; MACMURRER, Nancy; POEHLMANN, Nancy M.; y SCHILT, Margaret, *Bibliography of Legal History Articles Appearing in Law Library Journal* 1–94 (1908–2002), en *Law Library Journal* 95 (2003), pp. 217–278; y la más reciente edición de FRIEDMAN, Lawrence M., *A history of American Law* (New York, 2005). En cuanto a estudios relativos a la historiografía jurídica y docencia de asignaturas iushistóricas publicados fuera de las fronteras de los Estados Unidos de América pueden citarse los estudios de REIMANN, Mathias, *Neuere Rechtsgeschichte in der Vereinigten Staaten*, en *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 20 (1998) 3–4, pp. 277–293 y ZAMBRANA MORAL, Patricia, *Las enseñanzas histórico-jurídicas y romanísticas en EE.UU.*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXVI (Valparaíso, 2004) pp. 561–598.

<sup>10</sup> Según el profesor Escudero, el pragmatismo jurídico se ha manifestado más claramente en los Estados Unidos que en Inglaterra. ESCUDERO, José Antonio, *Historia del derecho: Historiografía y problemas* (2ª edición, Madrid, 1988), p. 300.

<sup>11</sup> Según Nelson, los abogados en este sistema eran necesariamente historiadores porque derivaban el derecho de los precedentes, los cuales son pura historia. NELSON, William E.,

*Legal History Before The 1960s*, en NELSON, William E. – REID, John Phillip, cit. (n. 9), pp. 1. ss.

<sup>12</sup> NELSON, William E., *Conclusion: Standars of Criticism*, en NELSON, William E. – REID, John Phillip, cit. (n. 9), p. 303. Por supuesto hubo algunas excepciones tempranas a esta forma de cultivar la historia del derecho. Intentos aislados de hacer una historia jurídica que pudiera interesar a otras audiencias que no fueran juristas, como las obras de BEARD, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913) o la de WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History* (Boston, 1925).

<sup>13</sup> TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field*, cit. (n. 8), pp. 356. ss.

<sup>14</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends in Legal Historiography*, en *Law Library Journal* 69 (1976), pp. 462. ss.

<sup>15</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 462.

<sup>16</sup> FRIEDMAN, Lawrence M., *American Legal History: Past and Present*, en *Journal of Legal Education*, 34 (1984) p. 563.

<sup>17</sup> NELSON, William E., *Legal History*, cit. (n. 11), p. 7. ss.

<sup>18</sup> FRIEDMAN, Lawrence M., *American Legal History*, cit. (n. 16), p. 564. Estos primeros trabajos de historia jurídica en Norteamérica según el mismo Friedman eran historia doctrinal (*Doctrinal History*) en el peor sentido de la palabra, pues ponían su acento en el estudio del origen y desarrollo de las doctrinas y reglas jurídicas, con lo que trataban el derecho como algo autónomo sin hacer referencia a otros factores (políticos, económicos, sociales [...]), de modo que eran estudios meramente formales y la investigación se limitaba a los temas y conceptos estrictamente jurídicos. En igual sentido HORWITZ, Morton, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, en *The American Journal of Legal History* 17 (1973), pp. 275–276, caracterizaba a la historiografía jurídica norteamericana de esta fase como una "*lawyer's legal history*".

<sup>19</sup> El interés por la historia del derecho en Estados Unidos a principios del siglo XX se tradujo especialmente en la publicación, en tres volúmenes, de la obra colectiva *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Boston, 1906, 1908 y 1909) en la que, a modo de compendio, se recogían setenta y seis estudios histórico-jurídicos anglo-americanos que habían sido publicados anteriormente como artículos de revista o capítulos de libro. En cuanto a la docencia de la Historia del Derecho en las *Law Schools*, aunque ni mucho menos se ofertaba en todas ellas como asignatura específica, el historicismo fomentaba el desarrollo de una ciencia jurídica con un alto contenido histórico. Además en Harvard, ejemplo para las demás *Law Schools* y lugar de desarrollo de la primera historiografía jurídica norteamericana, se ofertaba en ocasiones alguna asignatura iushistórica tal y como puede observarse en el artículo de BRANDEIS, Louis D., *The Harvard Law School*, en *Green Bag* 1 (1889) 1, pp. 10. ss., concretamente la asignatura (en el tercer año) "*Points in Legal History*" del professor Ames.

<sup>20</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 462. Según Christopher Tomlins en esta crítica influyó también, tras la I guerra mundial, la pérdida del referente germánico tanto en Historia como en Derecho. TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field*, cit. (n. 8), p. 369.

<sup>21</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 463.

<sup>22</sup> Desde el punto de vista docente, este sentido pragmático de la historia jurídica puede observarse claramente en WALSH, William F., *Legal History in Law School Courses*, en *New York University Law Review* 1 (1924), pp. 3–7. Si bien especialmente parece deducirse de SMITH, Munroe, *A General View of European Legal History* (New York, 1927).

<sup>23</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 463. Cita a WHITE, Morton, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (2ª edición, 1957)

<sup>24</sup> De Roscoe Pound pueden ser destacadas las siguientes obras sobre este tema: *An Introduction to American Law* (1919) –revisada por él mismo y publicada años más tarde en la obra VANDERBILT, Arthur T. (ed.), *Studying Law* (New York, 1955), pp. 379. ss.; *New Possibilities of Old Materials of American Legal History*, en *West Virginia Law Quarterly and the Bar* XL (1934) 3, pp. 205. ss.; y, especialmente, *The Formative Era of American Law* (1938). Junto a Roscoe Pound otros autores también reflexionaron en los años treinta sobre la Historia del Derecho. Así por ejemplo PHILBRICK, Francis S., *Possibilities of American Legal History*, en *Law Library Journal* 27 (1934) y BEALE, Joseph H., *The Study of American Legal History*, 39 *West Virginia Law Quarterly and The Bar* 2, pp. 95–103.

<sup>25</sup> Hurst es sin duda la más significativa excepción a la Historia del Derecho doctrinal e institucional que se cultivaba tradicionalmente, al explorar las vinculaciones existentes entre el derecho y los valores y cambios sociales. Pueden verse al respecto sus siguientes obras: *Legal History: A Research Program*, en *Wisconsin Law Review* (1942), pp. 323–333, y especialmente *The Growth of American Law: The Law Makers* (Boston, 1950).

<sup>26</sup> Ejemplo del incremento fue la aparición en la década de los cuarenta de uno de los primeros estudios historiográficos de conjunto, el de Friend, W. L., *A Survey of Anglo–American Legal Bibliography* en *Law Library Journal* 33 (1940), pp. 1. ss. Si bien el mejor ejemplo del notable desarrollo de la historiografía jurídica está en el hecho de que a partir de 1943 la *Annual Survey of American Law*, una publicación anual de bibliografía referida al derecho, dedicó un apartado a los artículos más relevantes que cada año aparecían relativos a *Legal History*.

<sup>27</sup> Boorstin, Daniel J., *The Americans: The Colonial Experience* (New York, 1958) p. 399.

<sup>28</sup> En cuanto al convencimiento de la irrelevancia de la historia para resolver controversias jurídicas ésta se plasmó en torno a los años cincuenta tanto en la jurisprudencia como en la doctrina: jurisprudencialmente en dos casos, el de *Adamson v. California* de 1947, en el que hubo una contradicción entre diversas interpretaciones históricas, y el caso *Brown v. Board of Education* de 1954, porque en él el Tribunal concluyó que pese a los esfuerzos de la historia jurídica para dar luz a la práctica ésta no era suficiente para resolver el caso; doctrinalmente con la publicación del libro de investigación de CROSSKEY, William W., *Politics and the Constitution in the History of the United States* (1953) que demostró el poco impacto en la realidad que tenía la investigación histórica en la doctrina constitucional. Puede verse en relación con los casos judiciales destacados HALL, Kermit L. (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (New York, 2ª ed., 2005).

<sup>29</sup> En cuanto al desarrollo de una comunidad de historiadores cada vez más numerosa éste se observa claramente en que antes de los años cincuenta apenas diez investigadores en Norteamérica estaban realmente ocupados o habían realizado estudios histórico–jurídicos,

mientras que ya en los sesenta llegaban a cincuenta, y un par de décadas después a más de cien. Un incremento que, según Nelson, produjo una lógica multiplicación de publicaciones y una ruptura con las formas tradicionales de hacer historia del derecho: la doctrinal de las de las Universidades de *Columbia* y *Harvard* que hasta entonces habían monopolizado este tipo de estudios (NELSON, William E., *Conclusions: Standards of Criticism*, en NELSON, William E. y REID, John Phillip, cit. (n. 12), pp. 304. ss. Raack por su parte entiende que otra causa que benefició el desarrollo de la historia del derecho en los Estados Unidos fue el desarrollo del movimiento interdisciplinar científico, materializado entre otras cosas en el establecimiento del *Center for the Study of Law and Society*, en Berkeley, en 1961, y la publicación del primer volumen de su *Law and Society Review* en 1965 [RAACK, David W., *Some Reflections On The Role Of Legal History In Legal Education*, en *Duquesne Law Review* 26 (1988) 4, p. 902].

<sup>30</sup> Donde seguía teniendo muy poca importancia como asignatura específica tal y como se desprende de una encuesta que realizó la propia ASLH en 1961 y que se publicó en RE, Edward D., *Legal History Courses in American Law Schools*, en *American University Law Review* 13 (1963) 1, pp. 45–65.

<sup>31</sup> ASTORINO, Samuel J., *History and Legal Discourse: The Language of the New Legal History*, en *Duquesne Law Review* 23 (1985) 2, pp. 363–274.

<sup>32</sup> NELSON, William E., *Conclusions: Standards of Criticism*, cit. (n. 12) p. 303. Sobre esta Nueva Historia puede verse en particular ZAINALDIN, Jamil S., *The New Legal History: A Review Essay*, en *Northwestern University Law Review* 73 (1978) 5, pp. 205–225. Por supuesto la amplitud de la llamada *New Legal History*, como denominación común de la historiografía jurídica norteamericana a partir de este momento, permite distinguir dentro de ellas diversas tendencias, desde la propia *Wisconsin School*, que podría considerarse antecedente y representante a su vez de esta nueva historia, centrada especialmente en las circunstancias económicas, hasta la llamada *Legal Intellectual History* centrada en las circunstancias intelectuales y de valores de cada época, hasta el historicismo crítico que interesa especialmente a este estudio. Un aspecto importante de esta Nueva Historia fue en todo caso el desarrollo de una historia del derecho estrictamente norteamericana frente a la temática mayoritariamente inglesa predominante hasta entonces.

<sup>33</sup> Auge que supuso la realización de obras de gran envergadura como las de FRIEDMAN, *History of American Law* (New York, 1973) que es la primera visión general de la historia del derecho norteamericano; HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780–1860* (1977), que fue la primera obra de historia jurídica que ganó el premio Bancroft, de la *Columbia University*, destinado a premiar los más destacados estudios de investigación histórica en los Estados Unidos; y PRESSER, Stephen B. – ZAINALDIN, Jamil S., *Law and American History: Cases and Materials* (1980). La riqueza de la historiografía jurídica a partir de aquellos momentos se tradujo además en la apertura de nuevas vías temáticas hasta entonces impensadas. Así, en un ambiente de turbulencia política e ideológica, surgieron por ejemplo las primeras historias jurídicas de la mujer (fruto del feminismo), las razas minoritarias o los gays.

<sup>34</sup> Según PRESSER, Stephen B., *"Legal History" or the History of Law: A Primer on bringing the Law's Past into the Present*, en *Vanderbilt Law Review* 35 (1982), p. 850, en este desarrollo de la historia del derecho influyeron dos factores: uno fue la necesidad de encontrar una ética histórico-jurídica en plena era post-watergate, y otro fue la necesidad de ofertar en las *Law Schools* no sólo una formación especializada del derecho sino otra más

integral del mismo que permitiera volver más críticos a los estudiantes. De modo que si ya en torno a los años sesenta las mejores *Law Schools* ofrecían al menos un curso de *Legal History* (tal y como puede verse en WOODARD, Calvin, *History, Legal History and Legal Education*, en *Virginia Law Review* 53 (1967), pp. 89–121), en 1973 ofertaban este tipo de asignaturas aproximadamente las dos terceras partes de todas las universidades del país (algo que se deduce de los resultados de una encuesta que realizada ese año por la *Association of American Law Schools*, se publicó en SMITH, Joseph H., *Report On The Teaching of Legal History in the Law School* (Washington D.C., 1973).

<sup>35</sup> La reacción contrariada de muchos juristas ante esta nueva visión de la Historia del Derecho, muy distinta a la del historicismo tradicional, se observó de inmediato en dos acontecimientos. El primero fue el rechazo de las revistas jurídicas en 1961 a recensionar la obra más importante de historia del derecho de la década, la *Law and Social Process in United History* de James Willard Hurst (1961). El segundo, el desinterés mostrado por la historia del derecho cuando la *American Society for Legal History* homenajeó a Roscoe Pound, decano de los historiadores jurídicos en Estados Unidos, con un libro de ensayos de jurisprudencia en lugar de un libro de estudios de historia del derecho, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (1962).

<sup>36</sup> Entre las obras que tratan estos temas epistemológicos y justificativos docentes podríamos señalar cronológicamente, hasta 1981, las siguientes: POUND, Roscoe, *What Do We Ask of Legal History?*, en *The American University Law Review* 11 (1962) 2, pp. 117–125; SWINDLER, William F., *Legal History. Unhappy Hybrid*, en *Law Library Journal* 55 (1962) 2, pp. 98–110; WEINER, Frederick, *Uses and Abuses of Legal History: A Practitioner's View* (1962); REID, John, *Irresponsible and Unimaginative: The Lawyer and the Historian as Legal Biographer*, en *Law Library Journal* 57 (1964) 2, pp. 128–39; FORKOSCH, Morris D., *What is Legal History?*, en FORKOSCH, Morris N. (ed.), *Essays in Legal History in Honor of Felix Frankfurter* (New York, 1966); HENKIN, Louis, *The uses of history*, también en FORKOSCH, Morris N. (ed.), *Essays in Legal History in Honor of Felix Frankfurter* (New York, 1966), pp. 57–64; FRIEDMAN, Lawrence M., *History and the Future Law School Curriculum*, en *Denver Law Journal* 44 (1967), pp. 43–48; WHITE, G. Edward, *Some Observation on a Course in Legal History*, en *Journal of Legal Education* 23 (1970–71) 3, pp. 440–451; FRIEDMAN, Lawrence M., *Law, Order, and History en South Dakota Law Review* 16 (1971) 2, pp. 242–260; HORWITZ, Morton, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, en *American Legal History* 17 (1973) 3, pp. 275. ss.; BARNES, Thomas G., *The Teaching of English Legal History in America: Past, Present, and Future*, en *Journal of Legal Education* 26 (1974) 3, pp. 326–330; FULLER, Stephen M., *Some Contemporary Approaches to the Study of Legal History and Jurisprudence en Tulsa Law Journal* 10 (1975) 4, pp. 576–582; HOLT, Wythe, *Now and Then: The Uncertain State of Nineteenth Century American Legal History*, en HOLT, Wythe (ed.), *Essays in Nineteenth-Century American Legal History* (1976); y HURST, Willard, *Old and New Dimensions of Research in United States Legal History*, en *American Journal of Legal History* 23 (1979) 1 pp. 1–20.

<sup>37</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), pp. 462–468.

<sup>38</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 468.

<sup>39</sup> GORDON, Robert W., *Historicism in Legal Scholarship*, cit. (n. 2), p. 1054.

<sup>40</sup> Dicha polémica ya se observó en el propio número 5 de *The Yale Law Journal* de abril de 1981, en el que se publicaron, junto al artículo de Gordon diversos comentarios a favor y en



contra de sus afirmaciones. A favor HORWITZ, Morton J., *The historical contingency of the role of History* (pp. 1057–1059). En contra algunas de las afirmaciones vertidas en *Summary of Discussion of Historicism in Legal Scholarship* (pp. 1060–1062).

<sup>41</sup> PRESSER, Stephen B., *"Legal History" or the History of Law*, cit. (n. 34), pp. 849. ss.

<sup>42</sup> GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), pp. 57. ss.

<sup>43</sup> Según Gordon dicha creencia concluía, entre otros aspectos, los siguientes: primero, que Derecho y sociedad eran dos categorías separadas, cada una describible independientemente de la otra aunque se hallaran relacionadas por diversos enlaces, siendo el objeto de la historia del derecho básicamente estudiar dichas conexiones y responder las preguntas de cómo cambia el derecho y cómo influye el cambio social del derecho en la sociedad; segundo, que el derecho surge ante las necesidades de la sociedad (visión funcionalista del derecho); y tercero, que existe una evolución clara de la sociedad hacia el sistema liberal. GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), pp. 60. ss.

<sup>44</sup> GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), pp. 98. ss.

<sup>45</sup> Sin duda lo más atrevido era catalogar bajo el adjetivo funcionalista y evolucionista corrientes tan diversas como la *Historical Jurisprudence* o la Nueva Historia del Derecho. Sin embargo, Gordon advertía que el funcionalismo y el evolucionismo como tradiciones intelectuales dominantes eran algo así como un enorme paraguas ideológico que podía cubrir posturas muy diferentes. GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), pp. 66. ss.

<sup>46</sup> Gordon venía a destacar, que los *"critical legal writers"* no sólo habían puesto una enorme atención a la historia, particularmente a la historia intelectual de la doctrina jurídica, sino que habían contribuido poderosamente a criticar la visión *"functionalist–evolutionary"* que había dominado los estudios histórico-jurídicos. Ciertamente, según él, se trataba aún de una corriente reciente que iría mejorando al desarrollarse en el futuro, pero aparecía ya, en cualquier caso, como una forma nueva y más adecuada de hacer historia del derecho. GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), p. 58. Los *Critical Legal Studies* son un movimiento jurídico que tuvo enorme empuje a partir de la década de los setenta del siglo XX, si bien su programa es difícil de sintetizar. Para obtener una visión de conjunto acerca del mismo puede verse SCHLEGEL, John H., *Critical Legal Studies*, en HALL, Kermit L. (ed.), *The Oxford Companion to American Law* (New York, 2002), pp. 202–204. También resulta de interés PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento "Critical Legal Studies"* (Madrid, 1996).

<sup>47</sup> GORDON, Robert W., *Critical Legal Histories*, cit. (n. 5), pp. 100. ss.

<sup>48</sup> FRIEDMAN, Lawrence M., *American Legal History: Past and Present*, cit. (n. 16), pp. 563. ss.

<sup>49</sup> ASTORINO, Samuel J., *History and Legal Discourse*, cit. (n. 31), pp. 363–274.

<sup>50</sup> GORDON, Robert W., *Recent Trends*, cit. (n. 14), p. 463.

<sup>51</sup> ASTORINO, Samuel J., *History and Legal Discourse*, cit. (n. 31), p. 373.

<sup>52</sup> ASTORINO, Samuel J., *History and Legal Discourse*, cit. (n. 31), p. 374.

<sup>53</sup> RAACK, David W., *Some Reflections*, cit. (n. 29), pp. 893–923.

<sup>54</sup> RAACK, David W., *Some Reflections*, cit. (n. 29), p. 900.

<sup>55</sup> RAACK, David W., *Some Reflections*, cit. (n. 29), p. 907.

<sup>56</sup> RAACK, David W., *Some Reflections*, cit. (n. 29), p. 908. Otros estudios que con posterioridad a este artículo de Raack insistieron en la utilidad de la historia del derecho para la docencia jurídica o simplemente profundizaron en su estatus científico son los siguientes: ORTH, John, *Thinking about Law Historically: Why Boyher*, en *North Carolina Law Review*, 70 (1991) 1, pp. 287–295; PARRISH, Jenni, *A Guide to American Legal History Methodology with an Example of Research in Progress*, en *Law Library Journal* 86 (1994) pp. 105–27; y CLAXTON, Joseph E., *A Teacher's Afterthoughts In Defense of Legal History*, en *Journal of Southern Legal History* 4 (1995–1996), pp. 153–155.

<sup>57</sup> Una visión historicista que se catalogaba de Nuevo Historicismo para no ser confundido con el historicismo cultivado en el siglo XIX. *Symposium The Critical Use of History. Introduction*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, p. 1021.

<sup>58</sup> El problema de esta nueva historia crítica volvía a ser sin embargo la imprecisión que en torno a ella seguía manteniendo su autor. GORDON, Robert W., *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, cit. (n. 6), p. 1023. ss.

<sup>59</sup> BINDER, Guyora y WEISBERG, Robert, *Cultural Criticism of Law*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1149–1222.

<sup>60</sup> RAKOVE, Jack, *Origins of Judicial Review: A Plea for New Context*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1031–1064. Otras aportaciones hechas al simposio fueron las de: SIEGEL, Reva, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Envolving Forms of Status–Enforcing State Action*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1111–1148; y la de FISHER, William, *Texts and Context: The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History*, en *Stanford Law Review* 49 (1997) 5, pp. 1065–1110.

<sup>61</sup> KALMAN, Laura, *Border Patrol: Reflections on the Turn to History in Legal Scholarship*, en *Fordham Law Review* 66 (1997) 1, pp. 87–124.

<sup>62</sup> KALMAN, Laura, *Border Patrol*, cit. (n. 61), p. 114.

<sup>63</sup> KALMAN, Laura, *Border Patrol*, cit. (n. 61), p. 115.

<sup>64</sup> BANNER, Stuart, *Legal History and Legal Scholarship*, en *Washington University Law Quarterly* 76 (1998), pp. 37–44. Obsérvese el parecido, sin duda buscado con ironía, que dicho título guarda con el clásico estudio de Gordon *Historicism in Legal Scholarship*.

<sup>65</sup> BANNER, Stuart, *Legal History and Legal Scholarship*, cit. (n. 64), pp. 39. ss.

<sup>66</sup> BANNER, Stuart, *Legal History and Legal Scholarship*, cit. (n. 64), pp. 41–42.

<sup>67</sup> BANNER, Stuart, *Legal History and Legal Scholarship*, cit. (n. 64), p. 44.



<sup>68</sup> SCHLEGEL, John H., *Critical Legal Studies*, cit. (n. 46), pp. 202–204.

<sup>69</sup> Entre los estudios que en los últimos años han reflexionado sobre estas cuestiones, si bien desde perspectivas muy distintas, pueden señalarse, entre otros, los de: KAHN, Paul W., *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago, 1999); WELKE, Barbara Y., *Willard Hurst and the Archipiélago of American Legal Historiography*, en *Law and History Review* 18 (2000) 1, pp. 197–204; POSNER, Richard, *Past-Dependence, Pragmatism, and Critique of History*, en *Chicago Law Review* 67 (2000), pp. 573. ss.; DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G., en *Legitimizing the New Legal Orthodoxy*, en DEZALAY y GARTH (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy* (2002); PURCELL, Edward A. Jr., *The Particularly Dubious Case of Hans v. Louisiana: An Essay on Law, Race, History, and "Federal Courts"*, en *North Carolina Law Review*, 81 (2003) 5, pp. 1927–2059; NELSON, William E., *Brown v. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism en Saint Louis University Law Journal* 48 (2004), pp. 795–832; y especialmente el estudio de TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field: Narrative, Justification, and Explanation*, cit. (n. 8).

<sup>70</sup> TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field: Narrative, Justification, and Explanation*, cit. (n. 8), p. 396.

<sup>71</sup> TOMLINS, Christopher, *History in the American Juridical Field: Narrative, Justification, and Explanation*, cit. (n. 8), p. 397. Este autor se muestra además especialmente irónico con el jaleado reconocimiento que según Gordon supuso el simposio *The Critical Use of History* en torno al historicismo crítico en 1997, pues dicho reconocimiento, según Tomlins, no era sino el anuncio de su existencia en un lugar de élite, las páginas de la *Stanford Law Review*, pero ni mucho menos una asunción de dicho historicismo por la generalidad de los juristas (ver pp. 391. ss.).

<sup>72</sup> Respecto al boyante estado en que se encuentra actualmente la historia del derecho en los Estados Unidos puede verse FISHMAN, Joel; ADAN, Adrienne; BEDARD, Laura; KNOTT, Christopher; MACMURRER, Nancy; POEHLMANN, Nancy M.; y SCHILT, Margaret, *Bibliography of Legal History Articles Appearing en Law Library Journal* 1–94 (1908–2002), cit. (n. 9). En cuanto al tema concreto de su docencia, entre otros: STUCKEY, Roy, *The Evolution of Legal Education in the United States and the United Kingdom: How one system became more faculty-oriented while the other became more consumer-oriented*, en *Journal of Clinical Legal Education* 6 (2004), pp. 101–148, que aunque no se centra exclusivamente en la docencia de la historia jurídica reflexiona en torno a su lugar en el currículo; CAIN, Patricia y KERBER, Linda K., *Subversive Moments: Challenging the Tradition of Constitutional History*, en *Texas Journal of Women and the Law* 13 (2003–2004), pp. 91–111, centrado en torno a la docencia de cursos iushistóricos de corte feminista; y especialmente ZAMBRANA MORAL, Patricia, *Las enseñanzas histórico-jurídicas y romanísticas en EE.UU*, cit. (n. 9).

---

**Dirección para correspondencia:** Profesor de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Dirección postal: Facultad de Derecho. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Málaga. Campus de Teatinos s/n. 29010 Málaga. España. Correo electrónico: [elp@uma.es](mailto:elp@uma.es)

**Recibido:** 2 de marzo **Aceptado:** 17 de abril de 2006