

# INTRODUCCIÓN

## HISTORICIDAD DEL DERECHO

### CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN La Historia del Derecho

#### HISTORICIDAD DEL DERECHO.

1. Como se ha dicho, es difícil encontrar un hecho humano que esté desvinculado de su contexto social –en un sentido- y de sus antecedentes temporales –en otro- o lo social –en la dimensión horizontal- y lo histórico –en la dimensión vertical- son dos magnitudes a las cuales debemos recurrir imprescindiblemente para su comprensión. Sólo referido a estas dos coordenadas, todo lo que es humano adquiere su significado pleno, máxime en una época como la actual en que desde el campo de la Filosofía de la Ciencia se cuestiona la existencia de conocimiento científico alguno no atravesado por “la flecha del tiempo”.

Desde que Federico Carlos von Savigny (§ 65) publicó en 1814 el opúsculo “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho”, y trazó allí el programa de la Escuela Histórica del Derecho, nadie puede dudar de la historicidad de este. Las opiniones diferirán acerca del grado de importancia que tiene la historia en la formación del Derecho, pero una postura negativa, como la adoptada anteriormente por el racionalismo jurídico (§ 41), resulta inadmisibles desde el punto de vista científico.

Es comprensible la preocupación de algunos por asegurar un orden social firme y estable, susceptible de ser reducido a un conocimiento racional, pero sería inútil fundar ese orden sobre la falsa premisa de la inmutabilidad de las condiciones de la vida en sociedad.

No fue Savigny el primero en descubrir la dimensión histórica del fenómeno jurídico. Desde tres siglos antes, se aproximaron a ella los humanistas (§ 37), al estudiar el Derecho romano, y, con mayor antelación, el iusnaturalismo cristiano reconoció en el Derecho lo que tiene de contingente e histórico (§ 14). Nadie, sin embargo, lo hizo con el énfasis y la profundidad de Savigny y de sus predecesores inmediatos, los representantes del historicismo alemán (§ 64).

El eminente jurista del siglo XIX llegó a afirmar que el Derecho es historia (el filósofo alemán Guillermo Dilthey dijo después que el hombre es historia), que el ordenamiento jurídico genuino de todo pueblo tiene un origen histórico. En aquella obra sostuvo que “la conexión orgánica del Derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo, aspecto en el que puede compararse con el lenguaje. Lo mismo que para éste, tampoco hay para el Derecho ningún momento de pausa absoluta. El Derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere, al perder el pueblo su peculiaridad”.

Aun cuando Savigny moderó posteriormente su juicio, al admitir la acción de otros factores en la creación del Derecho, éste dejó de ser el orden absoluto, inmutable y universal, concebido por el racionalismo, situado más allá del tiempo y del espacio. Quedó ligado de manera directa y necesaria a estos dos factores. No hay Derecho que no sea obra de la historia y del espíritu del pueblo. Si el Derecho no es sólo tiempo, existencia, éste es uno de sus elementos constitutivos, lo mismo que su esencia filosófica. Dicho con otras palabras, el Derecho es un hecho histórico, como lo son todas las manifestaciones de la cultura. En rigor de verdad, la historicidad es una cualidad del hombre, aun sin admitir que el hombre sea historia. Todo hombre es heredero de un pasado concreto e histórico. La historicidad no es sólo algo que “le pasa” al hombre; es una de las dimensiones del hombre, y en tal sentido le pertenece esencialmente. Como dijo José Ortega y Gasset (Historia como sistema):

“El individuo humano no estrena la humanidad. Encuentra desde luego en su circunstancia otros hombres y la sociedad que entre ellos se produce. De aquí que su humanidad, la que él comienza a desarrollarse, parte de otra que ya se desarrolló y llegó a su culminación; en suma, acumula a su humanidad un modo de ser hombre ya forjado, que no tiene él que inventar, sino simplemente instalarse en él, partir de él para su individual desarrollo”. La historicidad del Derecho se percibe con claridad en las instituciones jurídicas. Éstas se hallan en permanente transformación, sea ella lenta o veloz. En su devenir, las instituciones alcanzan la plenitud cuando logran equilibrar su estructura interna (normatividad) con el ambiente externo (condiciones sociales). En ese momento son vigentes realmente: “viven” en el ámbito de las conductas humanas, tienen la fuerza necesaria para asegurar esas conductas.

Pero el equilibrio no es estable. Normalmente, empieza a alterarse como consecuencia de la variación de las condiciones sociales y de que la estructura interna de la institución no se modifique. Hay una ley de estabilidad que pesa sobre las instituciones y que tiende a cristalizarlas, impidiéndoles, en principio, toda posibilidad de adaptación. El cuerpo de doctrina (dogmática) con que las rodean los juristas contribuye a fijarlas y a darles aspecto de inmutables.

El desequilibrio producido no puede mantenerse indefinidamente. La incongruencia entre la estructura normativa y la realidad social llega a un punto en que se vuelve insostenible. La sociedad necesita del Derecho, y no lo es la letra muerta. De que busque el restablecimiento del equilibrio.

Este suele producirse en dos etapas. La primera es de mutación y la segunda de reforma propiamente dicha. En la etapa de mutación, el texto de las leyes no se modifica, pero la movilidad social influye en ellas, de modo que, aun sin reforma formal, su sentido o inteligencia sufren alteraciones (cambio de significación de las palabras, decisiones extralegales que complementan a la normatividad legal, desarrollo de nuevas funciones por parte de la misma institución, variación de la jurisprudencia).

Cuando las condiciones sociales cambian de tal manera que la sola mutación no basta para asegurar el equilibrio con la estructura normativa, ésta debe someterse a la reforma en sentido formal (segunda etapa). Es el momento culminante de la historicidad o dinámica del Derecho. Cuando la ley de estabilidad resiste obstinadamente el cambio, al suceder éste de todos modos, inexorablemente, lo hará bajo la forma abrupta de la revolución.

Partiendo de la premisa de la historicidad del Derecho, los antiguos afirmaban que “la jurisprudencia es ciega sin la historia” (“*caeca sine historia, iurisprudencia*”); un jurista ilustrado como Gaspar Melchor de Jovellanos, que “el estudio de la historia es del todo necesario al juriconsulto”; un romanista como José Luis Ortolan, que “todo juriconsulto debería ser historiador”, y un constitucionalista como Aristóbulo del Valle, que “la historia argentina está contenida en la Constitución nacional”.

## NECESIDAD DEL ESTUDIO HISTÓRICO DEL DERECHO.

2. Al tener el Derecho historicidad, al ser un hecho histórico, debe ser estudiado históricamente por exigencia de su naturaleza. Así como, en cuanto filosofía –que también lo es-, debe ser estudiado filosóficamente, y en cuanto sociología, sociológicamente. La propiedad histórica del objeto Derecho no puede ser aprehendida sino por la ciencia que, por su método y por su objeto formal, sea idónea para hacerlo, y esa ciencia es la historia. Desde que lo histórico forma parte de la naturaleza del Derecho no es posible que haya ciencia verdadera de éste prescindente del estudio histórico.

Sólo se logrará un conocimiento fragmentario, parcial, incompleto, o meramente superficial, externo, descriptivo. La cuestión está relacionada con el tipo de universitario que la sociedad se proponga formar: si se satisface con producir simples técnicos del Derecho,

cuyo saber no pase de la legislación actual, y esto en el grado mínimo indispensable para el ejercicio profesional, o si, al contrario, aspira a formar juristas, científicos del Derecho, que se eleven al conocimiento íntimo de las normas e instituciones jurídicas, que conozcan su razón de ser, sentido y valor.

La necesidad del estudio histórico del Derecho se siente:

a) Para conocer y aplicar el Derecho actual. Los elementos históricos contenidos en el Derecho sólo pueden ser captados científicamente por la historia. Instituciones como el testamento, la patria potestad, la posesión, la prueba testimonial, la declaración indagatoria – los ejemplos son infinitos-, no son creaciones *ex nihilo* del legislador moderno, que puedan ser conocidas en su esencia consultando sólo a la intención de dicho legislador, sino que son instituciones antiguas, que tienen una larga vida y que con el trascurso del tiempo adquirieron las características actuales, unas características que probablemente volverán a variar.

Por otro lado, aunque muchas de las leyes vigentes sean modernas, las instituciones sociales que regulan no tienen por qué serlo, y no lo es en absoluto el sistema jurídico que las contiene.

El estudio cabal de éste exige de quien lo emprenda, que además de jurista sea historiador, entendiéndose por saber científico al conocimiento de las cosas, no en sí mismas, sino por sus causas o antecedentes, un conocimiento causal y razonado del Derecho requiere, necesariamente, el estudio de su desarrollo histórico, hasta desembocar en la situación actual. Godofredo Leibniz (§ 41) incluyó entre los beneficios de la historia a “los orígenes de las cosas presentes descubiertas en las cosas pasadas; porque –decía- una realidad no se comprende nunca mejor que por sus causas”.

El momento actual de la vida del Derecho se puede comparar con el último capítulo de una novela. Su sola lectura puede satisfacer nuestra curiosidad acerca del desenlace, pero nos deja en la ignorancia del porqué, que resulta de la trama completa de la obra. La misma diferencia existe entre la sola lectura del último capítulo del libro del Derecho, correspondiente al que hoy está vigente, y la de todos sus capítulos, descubriendo en ellos su razón de ser, tal como lo permite la observación histórica.

Se ha expresado con razón, que la vida es una cadena cuyos anillos se hallan tan perfectamente engarzados y soldados uno al otro, la sustancia de cada uno de ellos tan compartida con el siguiente, que resultaría esfuerzo inútil el intentar quedarse con el último.

Ya el jurista romano Gayo, en su Comentario a la Ley de las XII Tablas, escribió: “Habiendo de interpretar las leyes anteriores, he juzgado necesario remontarme antes a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y en verdad, el principio es la parte más principal de cualquier cosa.”

La forma actual de cada institución tiene una explicación histórica, que es necesario saber para su debida interpretación.

Es ésta una exigencia práctica reclamada por el propio Derecho vigente.

Savigny fincó el éxito de la interpretación jurídica en dos condiciones esenciales: reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley, y traer a consideración los hechos históricos y el sistema entero del Derecho, para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar (§ 102). El conocimiento histórico es una de las claves del éxito del intérprete, quien, además del sentido sistemático que le brinda la dogmática, debe tener, –según Savigny- el “sentido histórico”, para captar cuánto hay de peculiar en cada época y en cada formación jurídica. Sostiene el iushistoriador alemán Helmut Coing, que el Derecho en vigor en un país y en un momento dado casi nunca tiene la misma antigüedad. Median entre sus normas diferencias de tiempo enormes; hay reglas inventadas por juristas romanos al lado de otras actuales. Dimana

de esto que la labor del jurista ha de ser doble. No sólo ha de reconstruir el pensamiento del legislador moderno, sino de quien en su origen expresó la regla, ya que aquél se limitó a recogerla de la tradición. Así, el análisis del desarrollo histórico del pensamiento jurídico tomado en un sentido muy amplio, y comprendiendo las teorías sociales y morales que influyeron en el Derecho, forma parte integrante de la interpretación de éste y, por consiguiente, de una doctrina completa del Derecho moderno.

Mediante la sola investigación dogmática no se puede descubrir el verdadero espíritu, la razón de ser de las normas jurídicas y, en consecuencia, tampoco interpretarlas correctamente. Justamente, se llama leguleyo a quien sabe las leyes, pero no las interpreta bien.

b) Para prever los cambios futuros. La historia presenta a los hechos en su encadenamiento natural (antecedente-consecuente) dentro de un proceso o estructura. Además, los relaciona con las formas del espacio y del tiempo. El historiador del Derecho, especialista en dinámica jurídica como historiador que es, tiene conciencia de la relatividad de las instituciones, lo que no acostumbra tener el jurista dogmático. Ello le permite determinar su capacidad de respuesta y grado de adaptabilidad a las nuevas circunstancias socio-económicas que tarde o temprano sobrevienen en la vida de los pueblos. El ensayo, la verificación empírica previa, está fuera de las posibilidades del jurista y del legislador. La historia del Derecho les permite suplir ese déficit con su enorme caudal de experiencia el más rico que puede haber, porque abarca todas las épocas; todos los pueblos. Aunque los hechos históricos no se repitan, se reeditan en términos análogos, de manera que la experiencia que dejan unos, puede ser aplicada a otros. Si no es de la competencia de la disciplina determinar cómo “debe ser” la solución que se adopte frente a cada problema, ninguna como ella es capaz de mostrar cómo “han sido” y, por ende, cómo “pueden ser” esas soluciones.

La historia del Derecho está en óptimas condiciones para, a partir de su experiencia, ayudar al jurista que se proponga imaginar el desarrollo futuro del Derecho. Esto, en cambio, no puede hacerlo la dogmática, con su tendencia a la cristalización del sistema.

Es inconcebible una prospectiva jurídica que haga abstracción de la dimensión temporal del fenómeno jurídico, como también todo proyecto de reforma legislativa en orden a ese futuro, que no tome en cuenta el punto de vista, de realismo dinámico, propio de la historia del Derecho, ya que si bien las circunstancias cambian, los problemas que aquejan al hombre son en esencia los mismos. Los términos de la alternativa son un orden jurídico posible o la utopía.

c) Para saber qué es el Derecho. Para establecerlo, el observador debe iluminar el objeto con la luz de la filosofía y con la luz de la historia. Al mostrar el desarrollo del concepto derecho, su relación con otros órdenes de la vida social, sus fuentes formales y materiales, su contenido, vigencia y conocimiento, la evolución de las ideas y métodos jurídicos, etc., la historia del derecho proyecta su luz, desde una perspectiva empírica que no tiene otra disciplina.

Bien dijo Jorge Guillermo F. Hegel (§ 64) (Filosofía del Derecho) que “aun siendo las disposiciones del Derecho justas y racionales, una cosa es demostrarlo –lo que sólo puede ser realizado por medio del concepto- y otra cosa es explicar la historicidad de su aparición, las circunstancias, los casos, las necesidades y los acontecimientos que han originado su institución”.

Al revelar al jurista la dimensión histórica del Derecho, lo aleja, asimismo, del peligro de la divagación; de imaginar al Derecho positivo como una estructura rígida e inmutable o, en todo caso, sólo susceptible de progresar por decisión del legislador o mediante cambios bruscos; de suponer su desarrollo uniforme en el espacio, como si el ritmo histórico fuese el mismo en todo lugar; de concebir a la dogmática como una ciencia abstracta, meramente

formal, a semejanza de las matemáticas, alejada de la realidad, en sentido histórico y sociológico, es decir, sin relación con los factores culturales, morales, políticos, económicos, etc., operantes en la sociedad; de rendir culto a la ley, y a la voluntad del legislador, como la única fuente posible de Derecho; de renunciar a la búsqueda de nuevas soluciones y métodos, ignorando el afán de perfeccionamiento que también alienta en esta ciencia. Es menester que haya una estrecha relación entre historia, ontología y deontología jurídicas, para que la óptica científica del jurista no sufra deformaciones. Sólo quien conoce las normas jurídicas, las interpreta bien y las aplica sabiamente, sin perder de vista el concepto de Derecho, merece ser llamado jurisconsulto.

#### NECESIDAD DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN LOS PLANES DE ESTUDIO.

3. Aun admitida la necesidad del estudio histórico del Derecho, se puede, no obstante, dudar de la necesidad de realizarlo en forma especial, separado del estudio del Derecho vigente. Si se tiene en cuenta que casi todos los programas de enseñanza de las distintas ramas del Derecho positivo incluyen un capítulo de antecedentes históricos, se podría pensar que satisfacen el objetivo, y que el estudio especializado de la historia del Derecho no tiene razón de ser. Considero que hay motivos científicos graves para rechazar esta solución. Aun cuando se intentara, desde la perspectiva del Derecho vigente, estudiar seriamente los antecedentes históricos, el resultado no podría ser satisfactorio. He aquí algunos argumentos que lo demuestran.

a) Como sistema que es, el Derecho requiere ser estudiado sistemáticamente. El Derecho, salvo en tiempos muy antiguos, se presenta como un cuerpo o sistema de normas; un sistema formado, según las épocas, con criterios diferentes (§ 88). Dada esta naturaleza sistemática del Derecho, su estudio histórico debe hacerse con respeto por ella, es decir, sistemáticamente.

Un estudio disperso, fragmentario, inconexo, de los ordenamientos jurídicos del pasado repugna a su constitución natural.

La mera yuxtaposición de conocimientos parciales, aun supuesta su profundidad, no bastaría para reconstruir en nuestro espíritu el sistema. Le faltaría el sentido de unidad, establecer la relación de las normas entre sí, la representación del ordenamiento tal como fue históricamente. El estudio histórico parcializado entraña un riesgo científico seguro. El resultado sería tan desacertado como el de los ciegos de la fábula de los elefantes del rey de la India.

Reunidos los ciegos, mandó el rey mostrarles sus elefantes. Un ciego palpó una pata; otro, la cola; un tercero, el comienzo de la cola; un cuarto, el vientre; un quinto, el lomo; un sexto, las orejas; un séptimo los colmillos; y un octavo, la trompa. Cuando debieron responder a la pregunta del rey: “¿A qué se parecen mis elefantes?” el primer ciego dijo: “Tus elefantes se asemejan a las columnas”, el segundo: “...a una escoba”; el tercero: “...a una rama” el cuarto: “...a un montón de tierra”; el quinto: “...a un muro”, el sexto: “...a una montaña”; el séptimo: “...a los cuernos”; el octavo: “...a una cuerda gruesa”. Y todos creyeron tener razón.

b) El comportamiento diverso de las instituciones en el tiempo recomienda que sean estudiadas respetando el curso de la historia. Retrocediendo, o sea, yendo desde el presente hacia el pasado, en vez de avanzar en la dirección del proceso histórico, se corre un segundo riesgo: el de extraviarse. Esto es así, porque cada ordenamiento jurídico tiene sus propias características –las diferencias de uno a otro llegan a ser profundas (por ejemplo, entre la Alta y la Baja Edad Media)-, A quien no hizo estudios metódicos de historia del Derecho, la

desemejanza de las instituciones actuales con las pretéritas le crea dificultades que pueden ser insalvables. Los errores a que se presta el método regresivo hacen aconsejable su abandono.

Veámoslo en un ejemplo: el análisis del orden sucesorio, en distintos sistemas jurídicos, para determinar la evolución del derecho del cónyuge, particularmente el de la mujer, si comparamos el orden sucesorio actual con el que rigió hasta la época de la codificación, comprobaremos que el cónyuge pasó de una posición inferior en la escala, posterior al de los colaterales, a compartir el primer lugar con los descendientes. De este análisis comparativo, aparentemente científico, hay quienes infieren la evolución.

Nada sin embargo, menos científico. Porque si el Derecho codificado adopta el método de proteger al cónyuge viudo por medio del orden sucesorio, otros principios guiaron al Derecho anterior para llegar a un resultado similar. A partir del principio de troncalidad que mantenía separados los patrimonios de las respectivas familias, no se aseguraba la subsistencia de la parte económicamente débil –la viuda- con una porción de la herencia del cónyuge. En su lugar, el Derecho afectaba en su beneficio una masa de bienes (dote) desde el momento mismo de la celebración del matrimonio; bienes provenientes, en principio, de su propia familia de sangre, sin perjuicio de las donaciones que le hiciera el cónyuge. Por excepción, en previsión de que se presentase una eventualidad de pobreza, la viuda recibía la cuarta marital, la cuarta parte de la herencia del marido (§ 193 y 256). Dentro de un régimen semejante, como puede notarse, la ubicación en el orden sucesorio carece de importancia fundamental. Solo con un conocimiento integral del Derecho pretérito y siguiendo el método progresivo, se llega a conocer la realidad de las instituciones del pasado; cómo cada época reguló sus relaciones sociales y qué función desempeñaron sus instituciones jurídicas.

Otra circunstancia que abona la conveniencia del método progresivo es la historicidad, el cambio de significado de las palabras. Así, la palabra testamento fue usada en la Alta Edad Media con un sentido diferente del actual (§ 236). Y como expresó Marc Bloch, “para desesperación de los historiadores, los hombres no tienen el hábito de cambiar de vocabulario cada vez que cambian de costumbres”.

c) La historia del Derecho es una especialidad con un método y una técnica peculiares. Además de las expuestas razones objetivas, puede alegarse una subjetiva en favor de la enseñanza especializada de la historia del Derecho: la necesidad precisamente, de especialización. Para enseñarla, hay que tener los conocimientos teóricos y el entrenamiento práctico u oficio que ella requiere. En pocas palabras: hay que ser especialista. Además de jurista, se debe ser historiador, siendo esta última una cualidad esencial indispensable. La historia del derecho es una disciplina histórica, que se cultiva en medios jurídicos, por tener como objeto de conocimiento al derecho: como señala. Álvaro D' Ors en “*Hemóclisis. Congruencia y tiempo histórico*”, la Historia del Derecho es Historia. Porque, a diferencia de la Filosofía, que, cuando se refiere a distintas materias, no altera el estatuto sistemático de la materia filosóficamente considerada, es decir, considerada en sus principios generales, la Historia convierte en Historia toda materia a la que se aplique.

En cuanto historia la técnica y el método que emplea son los históricos (método indirecto), al igual que lo hace todo otro saber que estudie un objeto ubicado en el pasado (históricamente debe también aplicar el método jurídico que se usaba en la época estudiada) para reconstruir el sistema). Por no ser el método histórico igual al jurídico, el jurista, “en cuanto tal”, no está capacitado para cultivar la historia del Derecho. El jurista prescinde de fuentes de conocimiento que, en cambio, son familiares al historiador. La especialización es, pues, imprescindible; no tienen alternativa válida. La pretensión de conocer el Derecho del pasado siguiendo el método jurídico conduce inexorablemente al absurdo.

## CONCEPTO y CONTENIDO.

4. La historia del Derecho estudia el desarrollo del Derecho a través del tiempo. Si, como se ha dicho, para el jurista la historia es una parte del Derecho, y para el historiador, el Derecho es una parte de la historia, el interés del historiador del Derecho está centrado en el punto en el cual la historia y el Derecho se tocan.

No se conforma sólo con reconstruir el Derecho de una época determinada. La naturaleza histórica de la disciplina (dinámica, y no estática), le exige mostrar y explicar el desenvolvimiento del Derecho, por épocas sucesivas, hasta el presente, con sus constantes y sus variaciones. Por eso, un autor la llama “lazo entre el pasado y el presente”. Cultura es el pasado de la sociedad que vive en el presente. El verdadero iushistoriador estudia el Derecho del pasado, pero un Derecho que haya sido tal en realidad, y que por haberlo sido integre nuestro presente y nos ayude a entenderlo. Esta era la idea de Benedicto Croce cuando sostuvo que “toda verdadera historia es historia contemporánea”. De allí, que para poder extraer de ese pasado toda su riqueza, y no limitar su exposición a una mera descripción superficial, quien la realice tenga que ser, a la vez, historiador y jurista. Cuanto mayor sea su conocimiento del Derecho actual estará en mejores condiciones para descubrirlo en el pasado mediante el método histórico. De conformidad con el progreso alcanzado por la historia del Derecho, desde los puntos de vista teórico y metodológico, el estudio del pasado jurídico debe comprender tres aspectos o facetas principales:

a) Reconstrucción del sistema jurídico pretérito (historia de las fuentes). Esta reconstrucción tiene que emprenderla el historiador del Derecho a partir de las fuentes materiales y formales del Derecho de la época, respetando los criterios y métodos jurídicos entonces vigentes. Los criterios, métodos y conceptos no los tomará de la dogmática actual. Esto sería incurrir en el defecto de anacronismo. Los ha de extraer del propio sistema que estudie. Por ende, no serán los mismos en un sistema predominantemente consuetudinario que en uno predominantemente legal; o en uno empírico que en otro racionalista.

En la reconstrucción, no se debe prescindir de ninguna fuente material (social, económica, religiosa, política), porque el Derecho es siempre el resultado de un conjunto de factores. Proceder de otro modo equivaldría a renunciar al conocimiento verdadero del objeto.

Centrado el estudio en los sistemas jurídicos del pasado, en la totalidad de ellos, su valor para completar la formación del jurista es notorio. Pero tanto los temas que se aborden como su tratamiento deben tener en cuenta esta finalidad. Uno de los mayores peligros que amenazan a la historia del Derecho es que se la confunda, a nivel historiográfico y docente, con la historia general o con otras historias especiales, como la historia política o la historia de las instituciones sociales, cada una de las cuales persigue objetivos distintos de los suyos y de los estudios jurídicos, en general. Esto no significa aislar a la historia del Derecho de los demás estudios sociales sino definir el objeto específico de cada uno. Esas otras disciplinas serán auxiliares valiosos para el conocimiento histórico-jurídico, pero sin perjuicio de la debida distinción (§ 5).

b) Aplicación del Derecho y consecuencias sociales (historia de los comportamientos jurídicos). Ni en el presente ni en el pasado el Derecho debe ser confundido con la letra de la ley. Una mera historia de las leyes es sólo un fragmento –más o menos vasto- de la historia del Derecho. Hay y hubo leyes que fueron letra muerta, que carecieron de fuerza normativa.

Recuerda Rodolfo von Ihering, a propósito de la historia del Derecho romano, que “la función del Derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser Derecho, y, por el contrario, todo aquello que produce esta función será Derecho aún antes de ser reconocido como tal. El Derecho, tal como ha llegado a nosotros en sus formas

legislativas, viene a ser como el diseño de una máquina; la mejor explicación y crítica, al mismo tiempo, que de ella podemos hacer la da no el dibujo, sino la máquina misma cuando funciona, porque entonces más de un resorte inadvertido al principio revela su gran importancia, y más de una rueda aparentemente principal y muy necesaria puede ser hasta inútil”.

El Derecho es un objeto real, cuyo ámbito es la sociedad. Fuera de ésta, no tiene razón de ser. Un historiador del Derecho, no puede, perder de vista esta verdad, sin traicionar su misión. Ha de estudiar al Derecho pretérito en su hábitat natural, que son las instituciones sociales, en las cuales vive, del mismo modo que lo hace el pez en el agua.

Bien dice Alfonso García-Gallo, que hay que prescindir de los conceptos y sistemas dogmáticos –que a veces no existen más que en la mente del investigador, y no en el Derecho que estudia- y tomar como base a las instituciones sociales. Pero no para estudiarlas, porque no es ésta tarea del jurista aunque sea historiador, sino para partir de ellas, por la sencilla razón de que son ellas las que determinan la existencia del Derecho y de sus normas. Puede haber situaciones y relaciones no reguladas por el Derecho. Lo que no cabe concebir es la existencia de normas jurídicas sin una situación o relación que regular. Si esto ocurre alguna vez, tales normas no tienen vida y de ellas no vale la pena ocuparse.

Para estudiar la vida del Derecho, el investigador debe reunir a los llamados documentos de aplicación (fuentes judiciales, notariales, administrativas, doctrinales), y a fuentes no jurídicas (literarias, artísticas) que den cuenta de su vigencia, haciéndolo muchas veces con mayor fuerza testimonial que las propias fuentes jurídicas.

El iushistoriador no agota su tarea con el estudio del Derecho en sí, aun comprendiendo a su interpretación y aplicación. Debe ocuparse, también, de las consecuencias sociales que provoca, de la reacción que experimenta la sociedad frente al estímulo que la aplicación del Derecho le significa. Así como antes había estudiado cómo la sociedad influía en la creación y transformaciones del Derecho, ahora tiene que investigar cómo influye el Derecho en la sociedad. De este modo, cierra el círculo de la interrelación entre Derecho y sociedad.

En estas operaciones, no hay que confundir –insisto- a la historia del Derecho con la historia de las instituciones; dos historias especiales, con objetos distintos. La historia de las instituciones estudia las instituciones sociales en todos sus aspectos (políticos, sociales, económicos, morales), y los considera en conjunto, sin pretender dominar sus técnicas particulares de investigación. La historia del Derecho estudia uno solo de ellos, en forma exhaustiva: el jurídico, y lo hace conforme a su técnica peculiar de investigación y su método. Ambas disciplinas se complementan, mas no se confunden. La relación es igual a la que se establece entre la historia de las instituciones y la historia política, la historia económica, la historia de las religiones, la historia del arte.

c) Valoración del Derecho por la doctrina (historia de las ideas jurídicas). Tanto para reconstruir el sistema jurídico como para estudiar su aplicación y resultados, se impone el conocer las ideas jurídicas de la época. En las obras de doctrina, en toda clase de escritos jurídicos y, más aún, en todo testimonio histórico de interés jurídico, se puede investigar la opinión que tuvieron los contemporáneos sobre su Derecho y qué idea o ideal sustentaron.

Además de ser ésta una parte de la realidad jurídica, que el iushistoriador busca conocer, dicho estudio le sirve para precaverlo contra el peligro, que acecha a todo historiador, de atribuirle al pasado las ideas del presente. La historia del pensamiento jurídico –de los conceptos y de los métodos- le permite operar con las instituciones y normas pretéritas munido de los recaudos teóricos necesarios para no desvirtuarlas con falsas interpretaciones.

La verdadera historia es la historia de la humanidad. La imperfección humana nos impide abarcarla en su conjunto, salvo en el plano de la filosofía. Al sacar, pues, del pasado sólo un fragmento, el historiador del Derecho debe ser conciente de la mutilación que produce en la

unidad de la historia. Aunque esta mutilación sea inevitable por razones teóricas y prácticas, tratará de atenuar sus consecuencias negativas con el auxilio de la historiografía.

## HISTORIA DEL DERECHO y CIENCIAS SOCIALES.

5. Una historia del Derecho integral, como queda expuesta, deja de ser ficticia. Tal como lo hace la sociología para el presente, pone al Derecho en contacto con la realidad social que regula. Las críticas que recibió desde algunas ideologías, no lo fueron tanto contra la disciplina en sí, como contra determinada concepción de ella, la normativa o dogmática, que reduce la función del historiador del Derecho al solo estudio de las normas o, peor aún, al solo de las leyes. Esta concepción está desprestigiada dentro del propio campo de la especialidad y ya no se la admite a nivel científico. La complejidad de la tarea moderna del historiador del Derecho, que aspira a investigar la realidad jurídica en su totalidad, y a reconocer en el Derecho un fenómeno social, lo ha acercado a las ciencias sociales. Hay en esto un paralelismo con la posición asumida por la ciencia jurídica desde fines del siglo XIX: su renuncia al monismo metodológico del solo estudio y desarrollo de las fórmulas jurídicas abstractas (propio de la llamada “jurisprudencia de conceptos”, § 67), para pasar a un pluralismo metodológico, dirigido a considerar, asimismo, el contenido de las normas y sus implicancias sociales.

Por otra parte, frente a la posición tradicional de separar en forma absoluta a la historia de la sociología, atribuyéndole a aquélla el estudio de lo singular e irreplicable, y a ésta el de lo regular y general, se ha producido un acercamiento como consecuencia de los cambios operados en ambas ciencias. La historia, a partir de la escuela francesa de los “Anales”, en la primera mitad del siglo XX, asimiló los planteos teóricos de las ciencias sociales e incorporó a su objeto de conocimiento los fenómenos sociales (procesos largos, aspectos estructurales, hechos colectivos).

A su vez, la sociología, por medio de Max Weber, recurrió al dato histórico como fuente valiosa para el análisis sociológico, considerando a la historia como uno de los bancos de prueba más ricos que hay.

El mayor acercamiento de la historia del Derecho a las ciencias sociales se da en el nivel de la historia social, a raíz del cambio de orientación ocurrido en la historiografía jurídica, una vez convencida –como escribió Marc Bloch, uno de los fundadores de la escuela de los “Anales”- de que las reglas jurídicas pueden regir las actividades más diversas, pero sin ser las únicas que las gobiernan, porque obedecemos constantemente, en nuestra conducta diaria, a códigos morales, profesionales, mundanos, muchas veces más imperiosos que el código a secas, y podrá éste cambiar, sin que cambie la naturaleza de una obligación socialmente reconocida. En los últimos tiempos, hay un intercambio fecundo entre las dos especialidades históricas, beneficioso no sólo para éstas sino para las ciencias sociales en general. La historia social se sirve, cada vez más, de las fuentes jurídicas (testamentos, expedientes judiciales) para el estudio de las sociedades pasadas. La historia del Derecho amplió –reitero- su vieja visión del objeto Derecho, haciéndolo extensivo a las ideas jurídicas y, en especial, a la aplicación de las normas, en coincidencia con los intereses de la historia social y de la sociología. Pero semejante aproximación y complementación no significa, de ningún modo, que haya desaparecido la autonomía de cada ciencia, cuyos objetos formales siguen siendo los mismos.

Hasta el pensamiento marxista crítico reconoce hoy el valor científico de la moderna historia del Derecho (otras denominaciones marxistas se lo niegan, en nombre del materialismo histórico), como consecuencia de considerar que el Derecho (que integra la capa ideológica o “superestructura”, junto con la religión, la ética, la política, etc.) ocupa en la sociedad y la historia, tomadas en conjunto, un nivel, si no de la misma significación que la

estructura económica o, con más precisión, que el sistema de producción (que es “el factor determinante”), con la misma autonomía regional y, por tanto, la misma historicidad. Considera, además, que el Derecho tiene capacidad de influencia (como “factor dominante” que es, al igual que los demás elementos superestructurales) en los otros niveles de la realidad social, incluso en la base económica. Los factores de la superestructura no se limitan, pues, a desempeñar un papel pasivo. Tienen cierto grado de autonomía y su propia dinámica dentro del proceso económico. El factor económico no es el único activo, aunque encierre el principio de toda actividad. Una concepción como ésta coincide en reconocerle valor científico a la historia jurídica.

## CONCEPTO, ANTECEDENTES Y DESARROLLO MODERNO

6. La historiografía jurídica es la historia del Derecho escrita. La historia de la historiografía jurídica es el estudio valorativo de las obras de historia del Derecho, de su método de elaboración; y de sus autores. Es la ciencia de las historias y de los historiadores del Derecho.

Ésta nos hace conocer las historias del Derecho escritas a lo largo del tiempo, las orientaciones teóricas y metodológicas predominantes en cada época, los factores que influyeron a favor o en contra de dicha producción.

Obras de historia del Derecho fueron escritas en casi todos los tiempos. Se señala a la última obra de Aristóteles, La constitución de Atenas, como la primera de ellas. En la primera parte, que se conserva incompleta, traza la historia política de la ciudad. Empero, hasta el siglo XIX, fuera de numerosas expresiones aisladas como ésa, el único movimiento intelectual significativo para la historiografía jurídica fue el humanismo, gracias a la importancia que le concedió a la historia para el conocimiento del derecho romano. Reprochó a los juristas del *mos italicus* su incomprensión del sentido de los textos e instituciones romanos, por falta de cultura histórica. Resultado de esta concepción fueron los Comentarios al Código Teodosiano de Jacobo Cujas, considerado como el más grande historiador del Derecho entre los humanistas (§ 36).

En los dos últimos siglos, la historia del Derecho se consolidó como disciplina científica, despertó el interés de los juristas y fue objeto de cultivo permanente. En las últimas décadas, se enriqueció con la búsqueda de nuevas orientaciones y métodos, y con una más amplia comprensión temática.

Entre los factores que estimulan el desarrollo historiográfico jurídico desde el siglo XIX, cabe citar los siguientes:

a) El valor atribuido a la historia por la Escuela Histórica del Derecho (§ 65). Debe aclararse que el programa de esta escuela favoreció a la historia del Derecho, pero que su obra esencial no fue historiográfica sino de dogmática jurídica.

b) La madurez científica alcanzada por la historia. También en Alemania, la historia dejó de ser la simple narración de hechos pasados, biografía de reyes y de héroes, fuente de instrucción sobre la base de las lecciones que arroja el pasado; para exponer los hechos ocurridos con rigor científico, investigándolos en las fuentes de conocimiento (testimonios) y explicándolos con criterio genético, es decir, en relación con sus antecedentes.

El primer hito lo plantó Bartoldo Niebuhr con su Historia de Roma, que comenzó a publicar en 1822. El propio Savigny contribuyó con la Historia del Derecho romano en la Edad Media. El aporte definitivo lo hizo Leopoldo Ranke, con la Historia de los pueblos romanos y germanos y el suplemento Para la crítica de los nuevos escritores de historia. Al concebirse el Derecho del pasado como un fenómeno histórico e intentarse su conocimiento

mediante el método histórico-crítico, la historia del Derecho adquirió, también, jerarquía científica.

c) La codificación. Mientras se mantuvo vigente el viejo Derecho, la actividad del historiador del Derecho se confundió con la del jurista. Tanto interés tenía el uno como el otro en, por ejemplo, las Partidas. Esta confusión redundó en perjuicio de la historia del Derecho, que no pudo perfilarse científicamente. Al renovarse la legislación, con motivo del proceso codificador (§ 61), los campos se deslindaron. El jurista puso su atención en el presente, y el historiador del Derecho en el pasado. A esta separación contribuyó el método exegético, adoptado en la mayoría de los países, que sobrevaloró a la ley positiva e hizo perder a los juristas el interés por el Derecho anterior (§ 63). Liberada de las preocupaciones propias de quien estudia y aplica el Derecho vigente, la historia del Derecho pudo concentrarse en su objeto y en su problemática científica.

d) La aparición de cátedras de historia del Derecho. La primera vez que en el plan de estudios de una Facultad de Derecho se incluyó una materia parecida a la historia del Derecho habría sido en Viena, en 1753, con “Historia del Imperio”. En Portugal, ya en 1772 se instituyó la enseñanza de la “Historia de las leyes, usos y costumbres legítimos de la Nación Portuguesa”. En Alemania, se debió al influjo de la Escuela Histórica del Derecho la creación de las primeras cátedras de la disciplina. Francia siguió el ejemplo alemán, y lo dio, a su vez, a otros países, incluidos los de habla española. Se considera que en América la primera cátedra que se estableció fue la de “Historia del Derecho Peruano”, en la Universidad de San Marcos (Lima), en 1875. Al año siguiente, empezó a dictarse en la Universidad de Buenos Aires la materia “Introducción general al estudio del Derecho”, una de cuyas partes era la “Historia de nuestro Derecho Positivo”. En España, la primera cátedra de “Historia del Derecho Español” se fundó en Madrid, en 1882, y en la Argentina, la primera de “Historia del Derecho Argentino”, en la Universidad de La Plata, en 1906. Las cátedras universitarias, tanto por razones, especulativas como prácticas, alentaron a la historiografía jurídica, que hasta nuestros días sigue en contacto con ellas.

e) La reunión de congresos de historia del Derecho y de las instituciones. Un fenómeno propio de este siglo es la organización de congresos y coloquios dedicados a estas especialidades históricas. Su efecto, en orden al incremento de la historiografía, es notorio. Cada una de estas reuniones supone la realización de investigaciones y la elaboración de decenas de estudios, que la enriquecen. Estos trabajos suelen ser, después, publicados.

Los congresos que tienen una relación más directa con la iushistoriografía iberoamericana son los que organizan la Asociación Internacional de Historia del Derecho y de las Instituciones, con sede en Francia, dentro del marco de los Congresos Internacionales de Ciencias Históricas; la Sociedad “Jean Bodin” para el Estudio Comparado del Derecho y de las Instituciones, con sede en Bélgica; y el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, con sede en Buenos Aires; para no referirme sino a los organismos internacionales. Carácter nacional tienen, entre otras, las “Jornadas de Historia del Derecho Argentino”, que se celebran cada dos años desde 1967<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Levaggi, Abelardo. Manual de Historia del Derecho, Tomo I, § 58. 3ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2005. 4ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 1-18.