

GUSTAVO SIQUEIRA
CHRISTIAN LYNCH

ORGANIZADORES

HISTÓRIA DO DIREITO

PROCESSOS, MÉTODOS E DADOS



 ENGENHO
DAS LETRAS

ORGANIZADORES

Gustavo Silveira Siqueira

Christian Lynch

HISTÓRIA DO DIREITO

PROCESSOS, MÉTODOS E DADOS



2024

SUMÁRIO

- 1 Radiografando António Manuel Hespanha..... 15**
Sobre algumas de suas dicotomias teóricas e metodológicas
Ricardo Marcelo Fonseca
- 2 Um impasse na historiografia jurídica nacional..... 31**
A consolidação da área enquanto disciplina curricular
ou campo heurístico desde o final do século XX
Alfredo de J. Flores
- 3 El aporte de la historia del derecho 71**
A los programas de las facultades de derecho
Viviana Kluger
- 4 “Como saber se estou fazendo uma pesquisa?” 91**
A introdução do triângulo metodológico
nas Faculdades de Direito
Gustavo Silveira Siqueira; Mayara de Carvalho Siqueira
- 5 La historia del derecho como disciplina científica109**
Reflexiones sobre su estatuto epistemológico
y su objeto de conocimiento
Ezequiel Abásolo
- 6 Ad fontes! 121**
Para uma história da cultura jurídica liberal
Carlos Petit
- 7 A riqueza historiográfica dos processos judiciais.....143**
Fontes polifônicas do Direito
como saber local (Curitiba, século XVIII)
Luís Fernando Lopes Pereira
- 8 Hacer memoria para hacer justicia..... 179**
Las aportaciones del Poder Judicial del Estado de
México en materia de política de archivos judiciales
Juan Carlos Abreu y Abreu

9 Paolo Grossi y la Tierra 205

José Ramón Narváez Hernández

10 Criar a cidadania..... 217

Os Direitos do Homem nos projetos constitucionais da independência: a definição dos direitos subjetivos do cidadão no primeiro constitucionalismo brasileiro

Arno Wehling

11 Cultura políticas do constitucionalismo 245

Da(s) Independência(s) do Brasil

Lucia Maria Bastos Pereira das Neves

12 A Constituinte de 1823 267

Ideologia e historiografia

Christian Edward Cyril Lynch

13 Do sistema menorista ao sistema de proteção integral..... 289

Alguns apontamentos sobre a evolução dos direitos da criança e do adolescente (1830-1990)

Alan Wruck Garcia Rangel

14 CORPORATIVISMO E DIVERSIDADE 325

Na experiência brasileira (1923-1934)

Rafael Lamera Giesta Cabral

15 La Corte Suprema de Justicia como “electora” 351

Y las “luchas” por las mayorías: historia y actualidad

Mario Alberto Cajas Sarria

16 La tragedia Antígona vista desde la iusfilosofía 371

Andrés Botero

3

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

A LOS PROGRAMAS DE LAS
FACULTADES DE DERECHO

Viviana Kluger¹

¹ Universidad de Buenos Aires-Universidad Abierta Interamericana.



El lugar de la Historia del derecho en los planes de estudio se ha convertido, en los últimos años, en un campo de batalla en las universidades. Una lucha que se está librando con mayor o menor éxito en cada uno de estos ámbitos, de los que ha resultado su eliminación absoluta, la distribución de sus contenidos entre varias asignaturas o incluso la supresión completa de los planes de estudio en muchas universidades.²

Definitivamente no son buenas nuevas, pero a veces este tipo de cambios son útiles para “sacudirnos” un poco, fomentar la reflexión, salir de la “zona de confort” que necesitan todas las disciplinas que cultivamos. Correrse de esa inercia que nos da la seguridad de lo que ya sabemos, de lo que ya está incorporado, cuestionar lo repetido, “revisitar” conceptos tradicionales, cambiar planteamientos.

2 Una versión previa acerca de los temas abordados en este trabajo fue publicada bajo el título “El rol de la Historia del derecho en la formación de los graduados en Derecho”, en Revista Chilena de Historia del derecho, N° 26 - Vol. 1 / 2020, Estudios en honor del académico Prof. Sergio Martínez Baeza, Centro de Investigaciones de Historia del derecho del Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 171-177.

En 1922, Willard Barbour, profesor de la Facultad de Derecho de Columbia, señaló a sus alumnos que “The present time is critical-intense and restless activity-reexamination of old concepts-the insistent suggestion that they cannot continue without recasting”. (Vinogradoff, 1922, Vol. XXII No. 8).

Ello porque el transcurso del tiempo trae aparejados cambios, nuevos problemas a resolver y nuevas fuentes para la investigación, nuevos enfoques, a los que hay que enfrentarse revisitando viejas concepciones, profundizando en nuestros conocimientos, poniendo el acento desde otros puntos de vista, etc.

En este sentido, el propósito de este trabajo es reflexionar acerca del aporte de la Historia del derecho a los programas de las Facultades de Derecho. A tal efecto, pasaré revista al concepto de Historia del derecho, intentaré responder a la pregunta de para qué sirve la disciplina y por qué debería incluirse en la currícula de las Facultades de Derecho, exploraré la situación en Argentina, para luego referirme a las nuevas perspectivas que se abren para quienes tenemos a la Historia del derecho como objeto de estudio.

1 HISTORIA DEL DERECHO. CONCEPTO Y CONTENIDO

En 1957 por ejemplo, Franz Wieacker afirmaba que la Historia del derecho es la historia del pensamiento jurídico y su incidencia en la realidad (Wiecker, 1957), mientras que en 1994 la profesora María del Refugio González (González, 1994), la definía como una disciplina que se ocupa del estudio del fenómeno jurídico en su perspectiva histórica. Ambos autores ponen el foco en el desarrollo del derecho a lo largo del tiempo y la relación cambiante entre derecho y sociedad, que nos lleva a buscar respuestas a la pregunta de cómo cambian las normas y sobre todo, por qué.

Más recientemente, Thomas Duve ha sugerido que debemos entender la Historia del derecho como una historia de la producción de conocimiento normativo a través de los procesos de traducción cultural (Duve, 2022).

Quienes cultivamos la Historia del derecho creemos que ésta abarca no sólo el estudio de las normas, sino también, de las costumbres, la doctrina y los acontecimientos que, por vulnerar sistemáticamente un ordenamiento jurídico, demuestran la inadecuación de determinadas normas y finalmente, conducen a su caída o abandono, o a su reforma o sustitución (Martiré, 1972). Ello porque el estudio del derecho debe incluir no sólo las normas, sino también la doctrina y la jurisprudencia, porque si estudiáramos sólo la evolución de las normas o de las instituciones, sin tener en cuenta el marco social, las ideas jurídicas, las transformaciones operadas en un contexto determinado, estaríamos haciendo una Historia del derecho meramente externa, debate que ya hace rato ha sido superado por la historiografía jurídica.

2 ¿PARA QUÉ SIRVE LA HISTORIA DEL DERECHO?

Para responder a esta pregunta, debemos comprender qué es “la historicidad del derecho”, que es la idea de que el derecho es un producto histórico porque las sociedades en las que nace, se desarrolla y se aplica, están en constante cambio. Un concepto que indica que el derecho es mutable, que debe desprenderse de visones dogmáticas que lo limitan y que consideran que el derecho es siempre el mismo, no varía, en definitiva, que el derecho de hoy es el derecho de siempre. En palabras de Víctor Tau Anzoátegui, “el derecho no puede entenderse sin la historia, y la historia no puede entenderse sin el derecho” (Tau Anzoátegui, 2003).

Eric Eduardo Palma González sostiene que es necesario comprender cómo las fuerzas sociales, a través del derecho, han ido configurando la sociedad en la que éste se desarrolla (Palma González, 2009).

Aniceto Masferrer explica que la ley en cada período de la historia es el resultado de siglos de desarrollo, a la vez que la ley de cada período contiene la semilla de futuros cambios (Masferrer A., 2009).

Las sociedades van evolucionando, y en ese recorrido, exigen nuevas soluciones. Ello porque el transcurso del tiempo demuestra la relatividad del derecho, la necesidad de éste de adaptarse a

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

los nuevos conceptos y las interpretaciones, la imperiosidad del análisis dinámico del ordenamiento jurídico, la conciencia de la mutabilidad del derecho, factores que son imprescindibles a la hora de entender cómo funciona un sistema jurídico.

La Historia del derecho aporta al derecho actual los antecedentes sociales, políticos, económicos y culturales que subyacen en las sociedades que adoptan determinados sistemas jurídicos.

A partir de esta comprensión, podremos alejarnos de concepciones dogmáticas que impiden relativizar el fenómeno jurídico. De este modo, tal como señala Grossi, la Historia del derecho se convierte en la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, un instrumento que lo ayuda a descubrir su complejidad, el que insinúa dudas sobre los lugares comunes-aceptados sin una adecuada verificación cultural – (Grossi, 2003, pág. 5).

El descuido de la Historia del derecho, como señala Agustín Parise, conduce a un conocimiento fragmentario, incompleto, superficial y externo (Parise, “Derecho Comparado e historia del Derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, 2012). Por el otro lado, su cultivo sirve para “hacerse a un lado” y realizar aproximaciones críticas al universo jurídico, cosa que no sucede con quienes se dedican a las disciplinas dogmáticas, que apuntan a generar certezas sobre el sistema jurídico vigente (Kluger, 2003).

Quienes defienden la eliminación de la Historia del derecho de los planes de estudios pierden de vista su papel fundamental en el estudio de la relación entre el derecho y la sociedad y su función de apoyo cuando se trata de entender cómo y por qué cambian las normas.

Ello porque la disciplina ayuda a comprender un sistema jurídico en un espacio determinado y en un tiempo pasado y de esta forma contribuye a interpretar la evolución que este sistema ha sufrido, desde sus antecedentes más remotos hasta nuestros días.

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Resulta imposible entender por qué existe una institución o las razones por las que debe ser reformada, si no se tienen conocimientos histórico-jurídicos. En este sentido, la Historia del derecho permite desentrañar las raíces, los motivos, los fundamentos de un ordenamiento jurídico y de su marco cultural y social y de esta forma proponer las transformaciones que sean necesarias, en el momento indicado.

Por ejemplo, es improbable poder comprender cómo se establecieron las normas de inmigración en el texto de la Constitución argentina de 1853 sin analizar el contexto doctrinario; o entender por qué Dalmacio Vélez Sársfield – autor del Código Civil argentino de 1869 – reguló el derecho de sucesiones, sin estudiar las ideas jurídicas de la época.

Para ello, quienes enseñamos Historia del derecho tenemos la obligación de transmitir estas justificaciones a nuestros alumnos, y correlacionar los contextos, debates y dilemas con que se enfrenta a diario el derecho, con los que se le plantearon a otros actores en épocas, contextos y ámbitos geográficos del pasado jurídico.

Ricardo Marcelo Fonseca ha argumentado a favor de la importancia de enseñar las cuestiones jurídicas desde un punto de vista crítico, sin limitarse a colocar datos inútiles a los alumnos, a fin de que los estudiantes internalicen que conocimientos sirven de alguna manera para algo (Fonseca, 2012, pág. 18).

Así, los profesores deben enseñar una Historia del derecho útil y no sólo teórica, acercar la historia a la vida cotidiana de los alumnos, mostrarles que la Historia del derecho es educación para el futuro y no sólo para el pasado (Díaz Couselo, 2010).

3 ¿POR QUÉ DEBE INCLUIRSE LA HISTORIA DEL DERECHO EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE LAS FACULTADES DE DERECHO?

Existen algunos mitos sobre la inclusión de la Historia del derecho en los planes de estudio de las Facultades de Derecho. En la mente de la mayoría de los estudiantes, la Historia del derecho aparece sólo como una disciplina formativa que “alarga” sus hori-

zontes culturales, o incluso como una asignatura de “relleno”, como ellos conceptúan a otras, como la Sociología jurídica, la Filosofía del derecho, etc. Por el lado de quienes dirigen las facultades de Derecho, la Historia del derecho es un contenido “deseable”, una asignatura que no puede impartirse en las escuelas de derecho porque en éstas deben incluirse materias que centren la atención en las necesidades del ejercicio profesional de la abogacía³.

En consecuencia, existe una tendencia-que entiendo se ha extendido en varios países del mundo – a eliminar la Historia del derecho de los planes de estudio, o a dejarla de lado, o a incluirla sólo como asignatura optativa, o lo que es peor, a repartir sus contenidos entre otras asignaturas (Historia constitucional, Historia de las instituciones, Derecho político, etc.). En este último caso, con la consecuencia de que los temas histórico-jurídicos que se pretenden enseñar sin ningún tipo de sistematización distribuidos en otras asignaturas, no son impartidos por historiadores del derecho, con la consiguiente falta de desarrollo desde una perspectiva histórico jurídica.

4 LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

4.1.1 Los graduados en derecho en Argentina

Históricamente, en Argentina el título de abogado es una suerte de carta blanca para alcanzar posiciones en lugares influentes en el proceso de constitucionalización del orden social: la educación, la empresa, la acción política y la función pública (Sandler, 2016).

Ser profesor de derecho sigue siendo una fuente de prestigio profesional en Argentina. Los graduados en derecho son quienes redactan las leyes, quienes definen los presupuestos nacionales y provinciales, las leyes que otorgan derechos y establecen obligaciones, así como las formas en que esos derechos y obligaciones se garantizan y se hacen cumplir. Como jueces, deciden el modo en que se interpretan y aplican las leyes. Las aulas de las escuelas de derecho son el útero donde se

³ Agradezco la generosidad de la historiadora del derecho Ana Brisa Oropeza Chávez por haberme hecho llegar su trabajo “Enseñar Historia del derecho en tiempos del COVID-19”, inédito.

gesta la cultura que luego fructificará en normas, interpretaciones, soluciones de conflictos y acuerdos (Böhmer, 2003).

Ello ha llevado a que quienes salen de las aulas de las facultades de derecho, se inserten en todos los ámbitos de la sociedad: la mayoría de los presidentes y la mayoría de los legisladores han sido graduados en derecho. Ellos serán los futuros jueces que decidirán cómo se interpretan y aplican las leyes y, en definitiva, los que diseñan el orden jurídico. Es por ello que las universidades tienen una mayor responsabilidad en la formación que reciben sus alumnos porque serán colocados en puestos de gran responsabilidad para el país.

Sin embargo, la Historia del derecho se encuentra en una situación crítica en Argentina, como veremos.

4.1.2 La Historia del derecho en los planes de estudio de las facultades de derecho

En Argentina, la situación varía de una universidad a otra, de las universidades públicas a las privadas, de las más tradicionales a las más recientes.

Lamentablemente, en la universidad pública más importante de Argentina – la Universidad de Buenos Aires⁴, cuya Facultad de Derecho contaba en 2021 con aproximadamente 24.300 alumnos (2021)⁵ la Historia del derecho fue eliminada del plan de estudios como asignatura obligatoria en la década de 1980. Sólo ha quedado

4 La que ha sido coronada por QS World University Ranking como la mejor universidad de América Latina, conforme [https://www.lanacion.com.ar/sociedad/escalo-24-posiciones-la-uba-recupero-el-primer-lugar-como-la-mejor-universidad-de-america-latina-nid04062024/#:~:text=%E2%80%9CEI%20QS%20World%20University%20Ranking,\)%E2%80%9D%2C%20se%C3%B1ala%20el%20documento](https://www.lanacion.com.ar/sociedad/escalo-24-posiciones-la-uba-recupero-el-primer-lugar-como-la-mejor-universidad-de-america-latina-nid04062024/#:~:text=%E2%80%9CEI%20QS%20World%20University%20Ranking,)%E2%80%9D%2C%20se%C3%B1ala%20el%20documento).

5 Conforme información del Centro de Cómputos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la cantidad de alumnos inscriptos en la cursada del primer cuatrimestre de 2024 es de 24.051 estudiantes, conforme <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2021/estadisticas-generales-del-primer-periodo-de-inscripcion-2-2aa#:~:text=Sobre%20este%20incremento%2C%20no%20es,as%20inscriptos%2Fas%3A%2024.300>.

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

como una materia optativa, que los alumnos deben elegir entre todas las que pertenecen al Departamento de Ciencias Sociales, tales como por ejemplo Sociología jurídica y Economía política.

En consecuencia, los temas de Historia del derecho se imparten en asignaturas optativas de veinticuatro o cuarenta y ocho horas, muy específicas, que giran por ejemplo en torno a los elementos formativos del derecho argentino, la codificación, la evolución de los derechos de la mujer, derechos humanos, derecho sucesorio, derecho altomedieval, derecho penal, derecho mercantil, cultura jurídica, formación del Estado argentino, administración de justicia, etc. En ocasiones, no se incluyen los conceptos básicos de la Historia del derecho y su metodología, lo que conduce a una enseñanza fragmentaria de la disciplina.

Así, los cursos de historia jurídica sólo se realizan si los estudiantes deciden completar los créditos que deben cursar en el Departamento de Ciencias Sociales. Asisten a este tipo de cursos fragmentados sobre sólo aspectos seleccionados de la Historia del derecho. Si no se matriculan en estos cursos, se graduarán sin ningún conocimiento sobre esta materia.

En otras universidades públicas y tradicionales de las provincias, tales como Córdoba, Santa Fe y Mendoza, la asignatura Historia del derecho subsiste con su nombre original y se dicta durante un cuatrimestre, en primero, cuarto o quinto año.

En cuanto a las universidades privadas, se conserva con el título de *Historia del derecho* en las universidades más tradicionales, como la Universidad Católica Argentina y la Universidad del Salvador – donde en su momento los programas se diseñaron como un espejo de los que existían en las universidades públicas entre 1960 y 1980, cuando la materia se dictaba durante un cuatrimestre y era obligatoria – y se dicta en primero, segundo o quinto año.

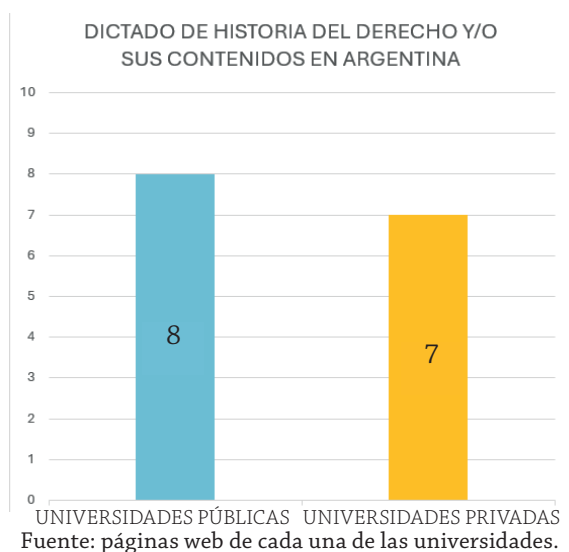
En relación con el resto de las universidades públicas, hay algunas en las que se imparten contenidos de Historia del derecho, repartidos entre otras materias como Historia de las instituciones, Historia del pensamiento político y jurídico, Historia constitucional, etc.

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Durante la década de los noventa, se crearon un gran número de instituciones universitarias privadas, como resultado de las políticas públicas destinadas a fomentar la competencia entre las instituciones de enseñanza superior. En este contexto, en las universidades de fundación más reciente, gran parte de los contenidos de Historia del derecho se imparten en otras asignaturas como Historia constitucional, Sistemas jurídicos comparados y su historia, o Historia argentina contemporánea, las que se dictan durante los tres primeros años de estudio. Es el caso de universidades que tienen un perfil más profesional como la Universidad Di Tella o San Andrés. Lamentablemente, en otras universidades privadas los contenidos de histórico-jurídicos no se enseñan en absoluto.

De cualquier manera, resulta difícil determinar con precisión qué contenidos histórico-jurídicos se dictan efectivamente en aquellas universidades donde la materia no tiene la denominación tradicional, ya que no siempre se tiene acceso a los programas o a los profesores que los dictan.

Los siguientes gráficos muestran el dictado o no de la materia, tanto en universidades públicas como privadas:



EL APOORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

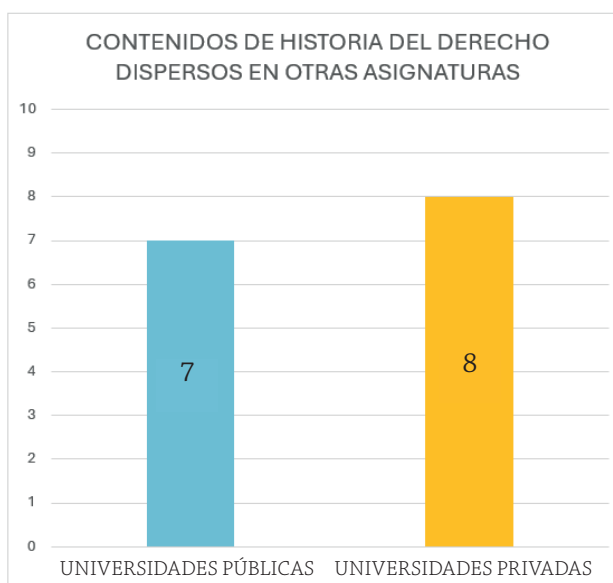
UNIVERSIDADES PÚBLICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS
UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO NEGRO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN JUAN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (optativa)

UNIVERSIDADES PRIVADAS

UNIVERSIDAD ARGENTINA DE LA EMPRESA
UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
UNIVERSIDAD SIGLO XXI
UNIVERSIDAD DE LA MARINA MERCANTE
UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

Como se observa en este cuadro, la asignatura Historia del derecho se dicta en partes iguales en las principales universidades públicas y privadas de la Argentina, con excepción de la situación de la Universidad de Buenos Aires, ya explicada anteriormente. En el resto de las universidades públicas no se dicta la materia. El relevamiento sobre las universidades privadas se ha realizado sólo sobre las más importantes de la Argentina.



EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

UNIVERSIDADES PÚBLICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CATAMARCA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

UNIVERSIDADES PRIVADAS

UNIVERSIDAD AUSTRAL
UNIVERSIDAD DE BELGRANO
UNIVERSIDAD DEL CENTRO
EDUCATIVO LATINOAMERICANO
UNIVERSIDAD DE PALERMO
UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS
UNIVERSIDAD DI TELLA
UNIVERSIDAD DEL NORTE SANTO TOMÁS
DE AQUINO
UNIVERSIDAD DE MENDOZA

Fuente: páginas web de cada una de las universidades.

Como puede observarse en este gráfico, los contenidos de Historia del derecho dispersos en otras asignaturas se encuentran en igual proporción tanto en las universidades públicas como en las privadas.

5 LA HISTORIA DEL DERECHO DEBE FORMAR PARTE DEL PLAN DE ESTUDIOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO

Por las razones expuestas, la Historia del derecho debe formar parte de los planes de estudio de las facultades de Derecho, porque es fundamental para la formación de los alumnos, para sentar las bases de comprensión de las instituciones que estudiarán en sus planes de estudio, porque los actuales alumnos serán futuros jueces, futuros diseñadores del ordenamiento jurídico y porque las facultades de Derecho deben formar juristas y no simples operadores del derecho.

Quienes abogan por su eliminación pierden de vista el papel fundamental de la disciplina en el estudio de la relación entre derecho y sociedad, un aspecto fundamental para entender cómo cambian las normas y por qué, y para encontrar las respuestas necesarias.

Por ello, la Historia del derecho debe formar parte de los planes de estudio de las facultades de Derecho. A través del análisis de la evolución del derecho, los futuros juristas podrán comprender

su relatividad como consecuencia de su evolución, y los cambios que es necesario implementar.

Si nuestros estudiantes no son conscientes de la mutabilidad del derecho, permanecerán siempre apegados a concepciones dogmáticas y absolutistas. Carecerán de la flexibilidad necesaria para ser verdaderos juristas y no simples operadores jurídicos que se limitan a aplicar la ley.

Para entender un sistema jurídico actual es necesario comprender su contexto y las líneas que llevaron a su transformación. Transmitiendo esta idea, estamos ayudando a nuestros alumnos a comprender las coordenadas de las instituciones que estudiarán en las distintas asignaturas de su plan de estudios. Al mismo tiempo, el reto de los profesores de Historia del derecho es acercar la asignatura a la vida cotidiana de los alumnos.

Si enseñamos Historia del derecho evitamos que los alumnos se conviertan en especialistas en compartimentos estancos. Les proporcionamos el bagaje cultural que necesitan para poder entender el mundo en el que viven y en el que desarrollarán su profesión en el futuro. Les damos herramientas metodológicas que los ayudarán en su profesión.

6 NUEVOS ENFOQUES. EL ESTUDIO COMPARADO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Con base en lo anterior, considero que los historiadores del derecho deben abordar el estudio histórico desde nuevas perspectivas, a fin de superar visiones “recortadas” que limitan el estudio del histórico – jurídico, y avanzar hacia nuevos enfoques, como por ejemplo, el estudio comparado de la Historia del derecho.

El estudio comparado de la Historia del derecho se ha definido como lo opuesto al estudio puro de la Historia del derecho nacional. Heikki Pihlajamäki ha afirmado que la Historia del derecho y el estudio comparado de la Historia del derecho son las caras opuestas de la moneda (Pihlajamäki, 2009).

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

En Europa, el estudio comparado de la Historia del derecho está actualmente en auge y ganó peso cuando se propusieron las directrices para su enseñanza. En opinión de Agustín Parise, se podría encontrar un antecedente, entre otros, en la obra de Paul Koschaker *Europa und das Römische Recht*. En cuanto a Argentina, Parise señala al profesor argentino Abelardo Levaggi como uno de los pioneros en el desarrollo de estos estudios en América Latina. También se refiere a los intentos académicos emprendidos desde la perspectiva del derecho indiano, citando como ejemplos los congresos organizados por el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Parise, «El estudio comparado de la historia del derecho: Aproximación a las ventajas y desafíos de su desarrollo en América Latina», 2016).

Parise señala que el derecho no consiste en compartimentos estancos, en los que cada jurisdicción experimenta sus propios acontecimientos en relación directa con hechos pasados y ajenos. Por el contrario, sostiene que los ordenamientos jurídicos actuales son el resultado de la vinculación de soluciones anteriores, y citando a Gordley, opina que el derecho en un tiempo y espacio determinados no debe considerarse como un objeto de estudio aislado (Parise, *Estudios de Derecho comparado*, 2012).

En la misma dirección, Ezequiel Abásolo sostiene la necesidad de enfatizar lo que eventualmente puede ser compartido y lo que puede ser comparado recíprocamente, y con especial referencia al ámbito latinoamericano, ha afirmado que la latinoamericanidad requiere que los historiadores del derecho asuman una actitud tendiente a superar los viejos enfoques limitados al examen de las trayectorias estatales, y más aún a las de carácter meramente regional (Abásolo, 2009).

El estudio comparativo permitirá poner el foco en cuestiones fundamentales para el análisis de los sistemas jurídicos tales como la circulación de las ideas, las mentalidades jurídicas, la doctrina, los modelos normativos y en definitiva, los trasplantes jurídicos,

definidos por Alan Watson como el traslado de una norma o de un sistema de derecho de un país a otro (Watson, 1993, pág. 2).

Masferrer ha explicado que el derecho pertenece al pasado, ya que se desarrolló en el pasado y en un contexto histórico, social, económico y cultural específico. Precisamente porque este contexto histórico, social, económico y cultural va más allá de las fronteras nacionales, el enfoque comparativo de la Historia del derecho es ineludible (Masferrer, pág. 22).

Por considerar que los escenarios jurídicos no son exclusivos de determinadas regiones sino que son compartidos o repetidos en las distintas jurisdicciones, Parise ha opinado que las comparaciones en el tiempo y en el espacio ayudan a mejorar las disposiciones locales ya existentes o las que se creen en el futuro (Parise, “Derecho Comparado e historia del Derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, 2012).

CONSIDERACIONES FINALES

Las reflexiones precedentes han pretendido demostrar la importancia de la inclusión de la Historia del derecho en el currículo de las escuelas de Derecho. A lo largo de estas páginas he tratado de explicar que la Historia del derecho debe estudiarse para conocer las claves de interpretación y comprensión del devenir jurídico, desde sus antecedentes más remotos hasta nuestros días, con el fin de ampliar el horizonte del conocimiento científico, comprender el marco cultural en el que se inserta el derecho y entender las líneas que conducen a la transformación de nuestro ordenamiento jurídico. La Historia del derecho no es un conocimiento teórico para unos pocos investigadores que la cultivan desde su torre de marfil, sino que es necesaria para estudiantes, abogados, legisladores, jueces y políticos.

Esta disciplina contribuye a tomar distancia, a comprender mejor los sistemas jurídicos, para poder interpretarlos y proponer los cambios que la evolución de la sociedad requiere-cuando el derecho vigente se ha quedado sin respuestas ante las nuevas circunstancias-

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Quienes debieran cultivarla, o por lo menos, abreviar en ella, son los estudiantes, los abogados que litigan, los que dictaminan, los que asesoran, los que interpretan las normas y los que diseñan las leyes y el ordenamiento jurídico, para así poder hacer cumplir los principios jurídicos, tomar las mejores decisiones a la hora de administrar justicia y velar por el bienestar de la sociedad.

En función de lo señalado, la Historia del derecho debe formar parte de los planes de estudio de las escuelas de derecho. Sin embargo, no debemos perder de vista el papel que en la enseñanza de la disciplina les cabe a los profesores e investigadores.

Como ha afirmado María Rosario Lezama Fraga, el discurso de la historia jurídica en las sociedades del siglo XXI debe actualizarse con las nuevas sensibilidades y formas de entender al ser humano propias del siglo (Lezama Fraga, 2017).

De este modo, la enseñanza de la Historia del derecho debe centrarse en el estudio del derecho en su evolución histórica y no simplemente como un régimen jurídico del pasado (Unzueta Oviedo, 2016).

Así, el producto de este enfoque será una Historia del derecho centrada en resaltar la correspondencia del derecho con la política, la cultura, la geografía, la economía o la realidad social de otras épocas, haciendo evidente el carácter mutable del derecho y proporcionando al alumno una visión más completa y crítica de la realidad jurídica, desde una perspectiva histórica (Gómez Rojo, 2003).

Cada vez que reflexiono y efectúo la defensa de la necesidad del estudio de la Historia del derecho, no puedo dejar de citar al historiador del derecho brasileño Waldemar Martins Ferreira cuando ha afirmado que nadie es capaz de dar un paso adelante sin dejar otro pie en la retaguardia (Martins Ferreira, 1951).

REFERENCIAS

Abásolo, E. (2009). «Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX». *Forum Historiae Juris*, <https://forhistiur.net/media/zeitschrift/0905abasolo.pdf>.

Böhmer, M. F. (2003). «Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula». *Academia, Revista sobre la enseñanza del derecho en Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N° 1*, 13-34.

Díaz Couselo, J. M. (2010). «Reflexiones sobre relaciones entre la Historia del Derecho y la ciencia jurídica». En A. A. Derecho, *Perspectivas y desafíos de la historia del Derecho argentino*. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

Duve, T. (2022). «*Historia del derecho como historia del saber normativo*». Obtenido de Revista de historia del Derecho, n.63.: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1853-17842022000100001&script=s-ci_abstract

Fonseca, R. M. (2012). *Introducción Teórica a la Historia del Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III.

Gómez Rojo, M. E. (2003). *Historia del derecho y de las instituciones. Un ensayo conceptual y de fundamentación científica a la luz de la doctrina hispánica y del derecho español y comparado francés, alemán y suizo*. Málaga: Universidad de Málaga.

González, M. d. (1994). *La Historia del Derecho*. Obtenido de Biblioteca J. Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/>

Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta.

Kluger, V. (2003). «Historia del Derecho: ¿Para qué?». *Conceptos, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino*. , Año 78. N° 1 , 13-15.

Lezama Fraga, M. R. (2017). «El nuevo rostro de la historia del derecho». *Argumenta Journal Law*, (25), 243-254.

Martins Ferreira, W. (1951). *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro – São Paulo: Libreria Freitas Bastos.

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

- Martiré, E. (1972). «*Las historias especiales y la historia del Derecho*». Obtenido de Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata,; http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1089/pr.1089.pdf
- Masferrer. (2009). «Spanish Legal History: a need for its comparative approach». En K. Å. Modéer, *How to Teach European Comparative Legal History*. Lund: Workshop Faculty of Law Lund University.
- Masferrer, A. (2009). “Spanish Legal History: A Need for its Comparative Approach”. En P. N. Kjell Å. Modéer, *How to Teach European Comparative Legal History* (págs. 107-142). Lund: Faculty of Law, Lund University.
- Palma González, E. E. (2009). «Pasado, presente y futuro de la historia del Derecho en Chile». *Forum Historiae Iuris*, <https://forhistiur.net/2009-03-palma-gonzalez>.
- Parise, A. (s.f.). «El estudio comparado de la historia del derecho: Aproximación a las ventajas y desafíos de su desarrollo en América Latina». En R. R. (eds).
- Parise, A. (2012). “Derecho Comparado e historia del Derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”. En P. (Aberastury, *Estudios de Derecho Comparado* (pág. 179). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires – Fundación Konrad Adenauer.
- Parise, A. (2012). “Derecho Comparado e historia del Derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”. En P. Aberastury, *Estudios de Derecho Comparado* (págs. 181-220). Buenos Aires-México: Editorial Universitaria de Buenos Aires – Fundación Konrad Adenauer .
- Parise, A. (2012). Estudios de Derecho comparado. En P. Aberastury, *Estudios de Derecho Comparado* (pág. 179). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires – Fundación Konrad Adenauer.
- Parise, A. (2016). «El estudio comparado de la historia del derecho: Aproximación a las ventajas y desafíos de su desarrollo en América Latina». En R. R. Parise, *Historia del Derecho: décadas de investigación y de docencia. Homenaje a Abelardo Levaggi* (págs. 353-355). Buenos Aires: Eudeba.
- Pihlajamäki, H. (2009). «When small is beautiful: Teaching Comparative Legal History in the periphery». En K. Å. Modéer, *How to Teach*

EL APORTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO

European Comparative Legal History (págs. 39-45). Lund: Workshop Faculty of Law Lund University.

Sandler, H. R. (2016). «La educación superior y nuestros problemas sociales». *Congreso Enseñanza del Derecho, Universidad Nacional de La Plata*. La Plata: <https://ensenanzaderecho.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/economiapolitica/sandler-hector-raul.pdf>.

Tau Anzoátegui, V. (2003). “El historiador ante el Derecho” . *Anales de la Academia Nacional de la Historia, año XLVII, segunda época, n. 40*.

Unzueta Oviedo, C. (2016). «Para una teoría de la Historia del Derecho”. *Atenea 513 183 I Sem. 201*, 183-198.

Vinogradoff, P. (1922, Vol. XXII No. 8). The meaning of Legal History. *Columbia Law Review*, 693-705.

Watson, A. (1993). *Legal transplants: an approach to comparative law*. Athens, Georgia and London: The University of Georgia Press, Second edition.

Wiecker, F. (1957). *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*. Madrid: Editorial Aguilar.