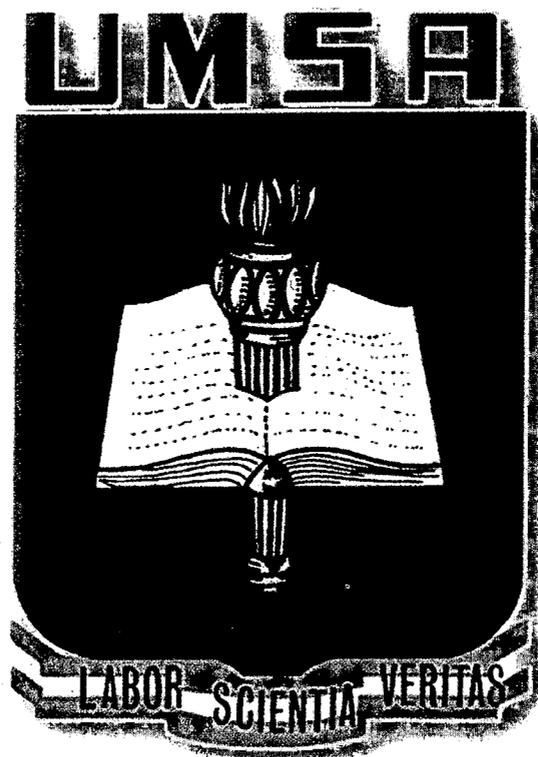


AÑO 78 - N° 1 - Enero- Febrero / Marzo- Abril 2003

# CONCEPTOS

BOLETÍN DE LA UNIVERSIDAD DEL  
MUSEO SOCIAL ARGENTINO



FUNDADA POR EL DR. GUILLERMO GARBARINI ISLAS  
EL 5 DE NOVIEMBRE DE 1956

# HISTORIA DEL DERECHO: ¿PARA QUÉ?

Abogacía  
Abogacía

Por Viviana Kluger\*

Nunca faltan oportunidades para plantearnos y replantearnos la utilidad, oportunidad y perspectivas de las disciplinas a las que estamos abocados. Quizá sea en estos nuevos tiempos marcados por una impronta utilitarista cuando con mayor intensidad habría que reiterar la importancia de esta pregunta.

El tiempo que transcurre, las realidades que cambian, cada curso que comienza y las obras y artículos que se escriben, nos enfrentan al desafío de reflexionar o tal vez encontrar nuevas respuestas acerca de la necesidad del estudio del pasado jurídico.

## EL DERECHO COMO PRODUCTO HISTÓRICO

"El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho" dijo Víctor Tau Anzoátegui al incorporarse recientemente como miembro de número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.<sup>1</sup>

Tal afirmación se fundamenta en que el Derecho es una realidad histórica porque las sociedades en las que nace, se desarrolla y aplica son realidades vivas que se transforman, con mayor o menor rapidez e intensidad, con el paso del tiempo.

En esta historicidad del Derecho se encuentran presentes simultáneamente continuidad y evolución. Mientras por una parte, los sistemas jurídicos bajo los

que se organiza la vida en sociedad tienden a mantenerse vigentes como garantía de continuidad en los planteamientos básicos, por la otra, la propia dinámica de los hechos provoca que la evolución de las sociedades reclame soluciones nuevas, como consecuencia de los igualmente nuevos condicionamientos sociales, políticos o culturales que van surgiendo.

Al mismo tiempo, lo que define al Derecho es su carácter social, es decir, el ser una manifestación cultural emanada de una determinada sociedad sobre la cual se aplica y de la cual recibe los reflejos e impulsos que determinan su carácter y los signos de su evolución.

Por lo tanto, siendo el Derecho un producto histórico, la perspectiva histórica es imprescindible para la comprensión y reflexión del fenómeno jurídico; en otras palabras, para el avance del conocimiento científico y para el enriquecimiento del universo jurídico en general. Desde esta perspectiva, entendemos que los contenidos histórico jurídicos deben integrar la curricula de la carrera de Abogacía; ser incorporados a los estudios de posgrado y doctorado y deben completar la formación de abogados, magistrados y legisladores.

## LA HISTORIA DEL DERECHO, ASIGNATURA FORMATIVA

Tradicionalmente la historia del derecho ha sido considerada una asignatura sobre todo forma-

dora, que "alarga" el horizonte cultural de los juristas, al proporcionar la visión del derecho vivido en las diversas épocas. De esta manera, contribuye a marcar la evolución seguida y permite conocer y comprender los procesos por los que se ha pasado hasta llegar a nuestro derecho actual.

Para los alumnos de la carrera de grado, pretende sentar las bases que permitan trazar con precisión las coordenadas en las que han tenido origen cada una de las distintas instituciones que irán estudiando en las diferentes materias de su plan de estudios.

Mientras las disciplinas dogmáticas tratan de generar certezas acerca del derecho positivo vigente, la Historia del Derecho busca los planteamientos críticos. De hecho, esta disciplina encuentra su campo de actuación en el ámbito de la crítica a los postulados implícitos sobre los que se construye el Derecho actual, sobre todo frente a aquellos que tratan de presentar el Derecho de nuestros días como un producto racional, necesario y definitivo.

Hoy en día está fuera de discusión que si en las universidades queremos formar juristas y no simples "operadores del derecho", asignaturas formativas como la Historia del Derecho, la Sociología, la Filosofía o la Economía Política no pueden estar ausentes de los planes de estudio. Se trata de materias que, impartidas durante los años de estudios universitarios, contribuyen a la formación integral de los alumnos y les proporcionan

un bagaje cultural indispensable para comprender el mundo en el que viven y en el que un día desarrollarán su actividad profesional.

Si se encara el estudio de la historia del derecho a nivel de posgrado y doctorado, la disciplina servirá para completar la formación jurídica de los alumnos, desde una perspectiva que combine interdisciplinaria y especialización. Así lo ha expuesto, con la lucidez que lo caracterizó, el malogrado Tomás y Valiente, al afirmar que *"si se quiere ser un jurista y no un simple conocedor de las normas vigentes para su aplicación mecánica ausente de toda crítica, se debe pensar con una conciencia histórica del derecho y de su evolución"*.<sup>2</sup> De ahí la función indispensable que tiene la Historia del Derecho en la formación del letrado en general y del jurista en particular.

Quien se conforme exclusivamente con reunir información y no tenga por objetivo discernir acerca de las líneas vitales del fenómeno jurídico podría prescindir de la historia, en cuyo caso tendrá un conocimiento aparente de la realidad jurídica. Sin embargo, aquel que pretenda convertirse en un jurista integral capaz de penetrar en la raíz de los problemas descubriendo sus causas últimas, necesita disponer de todas las herramientas de análisis de los problemas jurídicos.

Visto de esta forma, la perspectiva histórica lo sitúa en unas condiciones netamente superiores para adentrarse con éxito a desentrañar las bases de las cuestiones de carácter jurídico.

Al graduado en Derecho debe exigírsele algo más que una mera destreza práctica en la resolución de problemas concretos: la sociedad lo considera como escalón necesario desde el que se puede avanzar en el progreso de la sociedad a la que pertenece.

Es que una vez finalizados los estudios de grado y convertidos en abogados, funcionarios públicos, magistrados e inclusive legisladores, tendrán frente a sí clientes, administrados, judiciales e

inclusive habitantes y ciudadanos que esperan del graduado en Leyes una respuesta para todo. Y en esa capacidad de respuesta, en ese bagaje cultural del abogado, estarán presentes la Historia del Derecho, la Sociología, la Filosofía o la Economía Política aprendidas y "aprehendidas" en la universidad.

El estudio de la Historia del Derecho proporciona las claves necesarias para la comprensión de cómo se ha llegado a la creación del Derecho actual, a la vez que permite conocer determinados mecanismos de análisis que, debidamente adaptados, se pueden aplicar no sólo a otras asignaturas de los estudios de Derecho, sino también al ejercicio profesional.

A diferencia de otras disciplinas jurídicas que comparten con la Historia del Derecho ese carácter "eminente formador", nuestra asignatura permite acceder a las claves de interpretación y de comprensión del desarrollo jurídico desde sus antecedentes más remotos hasta nuestros días, a partir del estudio de las fuentes e instituciones del derecho público y privado.

Tal como lo ha sostenido Helmut Coing, al historiador del derecho le corresponde en primer lugar la tarea de llevar a cabo "la aprehensión del ordenamiento jurídico" propiamente dicho de cada período histórico. A este fin, el eslabón inicial de su cadena intelectual pasará por realizar el acopio y posterior estudio de las fuentes en las que se contiene el material de la experiencia jurídica del pasado. De esta forma, trata de buscar las vías que permitan hacer factible el conocimiento de la experiencia jurídica de cada época.

La siguiente tarea del historiador del derecho consiste en exponer el pensamiento jurídico de la época, lo que al mismo tiempo le permite determinar el grado cultural del derecho investigado. Así, partiendo del análisis del lenguaje y los conceptos jurídicos junto con el conocimiento de la realidad histórica bajo la que aquellas

soluciones se presentaban, llegará a tener una idea adecuada de la sociedad estudiada y ello, para que a su luz aparezca el conjunto de normas e instituciones sobre las que se articulaba la vida en cada época.

En ese "recrear" el pasado se analizan las cuestiones jurídicas planteadas en distintas épocas, así como los textos jurídicos de cada uno de los períodos históricos más relevantes en el camino que conduce a la estructura jurídica actual. De esta manera, se accede a la lectura e interpretación de fuentes legales, doctrinarias y judiciales a las que tal vez los alumnos nunca hayan tenido oportunidad de acceder.

#### LA HISTORIA DEL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE RELATIVIZACIÓN Y DE MADURACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO

Tanto para los estudiantes como para todos los que tienen al derecho como objeto de estudio, la Historia del Derecho proporciona el sentido histórico al presentar el Derecho como realidad cambiante, al tiempo que demuestra la dependencia del Derecho de otros órdenes de la sociedad. En palabras de Tomás y Valiente: *"La tendencia a divinizar la norma y la dogmática actuales debe ser conjurada desde la Historia del Derecho, que actúa así como saludable escuela de relativización"*. De ese modo, los conocimientos histórico-jurídicos proporcionan elementos para poder efectuar este proceso en cada sociedad, para poder adaptarlo a las cambiantes necesidades que el paso del tiempo impone.

De esta forma, el conocimiento del pasado jurídico sirve como instrumento de maduración crítica sobre el presente, al tiempo que permite "tomar distancia" de un enfoque exclusivamente dogmático. Entendemos que este enfoque permite "correrse a un costado" para, a la luz de la experiencia vivida, analizar los problemas que plantea el derecho presente, desde una perspectiva general.

En este sentido, la formación histórico-jurídica contribuye al

estudio y reforma del derecho, con miras a ayudar a los legisladores y a los jueces a no equivocarse en la interpretación de las normas jurídicas, a no adoptar modelos extraños a nuestra cultura jurídica, sin el juicio crítico adecuado.

De esta forma, la historia del derecho permite identificar los valores permanentes que residen en el derecho y adquirir la necesaria sensibilidad jurídica.

Creemos que el derecho no es simplemente una realidad unidimensional y que no se limita a las normas jurídicas y las sentencias de los jueces, sino que, para alcanzar una concepción completa del mismo se hace necesaria su exploración desde diversos ángulos. Esta perspectiva, además del esencial conocimiento del derecho positivo, hace imprescindible la reflexión acerca del derecho en clave filosófica y por supuesto, desde la perspectiva histórica. De esta manera, y sólo de esta manera, puede obtenerse una visión completa del fenómeno jurídico.

Este "pensar" históricamente suministra a la conciencia del estudiante u hombre de derecho, materiales sobre los cuales ejercer su juicio y su voluntad a la hora de aplicar la ley o plantear su eventual reforma, al tiempo que permite relacionar el derecho y otros elementos presentes en la realidad a la que el derecho no es ajeno, como la conformación del mismo, los factores que lo condicionan, los cambios que ha experimentado, los valores o en su caso las utopías que pretende im-

plementar. La mirada histórico-jurídica contribuye al análisis dinámico del orden jurídico, porque permite reflexionar acerca de las instituciones jurídicas como productos históricos o resultado de permanentes cambios.

No podría finalizar estas reflexiones sin traer a colación nuevamente el pensamiento de Víctor Tau Anzoátegui, cuando afirma que: "el progreso científico en las humanidades consiste en anudar lo más profundo de la tradición con la innovación de buena calidad" y que "el historiador, desde su observatorio en movimiento, ayuda modestamente en esa renovada labor de conocimiento a la cual nos sentimos impulsados quienes aspiramos a penetrar en el profundo entramado de la vida jurídica".<sup>3</sup>

En síntesis, el cultivo de la Historia del Derecho amplía el horizonte del conocimiento científico y aporta a una comprensión madura de nuestro ordenamiento jurídico, de su marco cultural y de las líneas que llevan a su transformación. Así lo han entendido las universidades más importantes del mundo, al incluir la Historia del Derecho no sólo como materia de grado sino también entre las áreas correspondientes a sus doctorados.

#### NOTAS

<sup>1</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires: *El historiador ante el derecho*,

12-9-02. La Ley, marzo de 2003. Anticipo de Anales, año XLVII. 2ª época, N° 40.

<sup>2</sup> TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª edición. Tecnos. Madrid, 1987, págs. 34-35.

<sup>3</sup> Ob.cit.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COING, HELMUT. *Las tareas del historiador del Derecho. (Reflexiones metodológicas)*. Sevilla, 1977.

LEVAGGI, ABELARDO. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Depalma. Buenos Aires, 1996 y 1991.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR. Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *El historiador ante el derecho*, 12-9-02. La Ley, marzo 2003. Anticipo de Anales. Año XLVII, 2ª época, N° 40.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª edición. Tecnos. Madrid, 1987.

CRUZ BARNEY, OSCÁR. *Historia del derecho en México*. Oxford University Press, 2000.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D.: *Un viaje por la historia del derecho*. Editorial Quórum. Buenos Aires, 2002.

\* Doctora en Derecho y Abogada especializada en Derecho de Familia, (UBA). Profesora en la carrera de Abogacía, posgrado y doctorado, en UBA y UMSA.