

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## **LA HISTORIA Y EL DERECHO. SU PROBLEMÁTICA**

**LIC. BERNY ARIAS HIDALGO**

### **A. EL DERECHO COMO MANIFESTACIÓN CULTURAL**

El derecho es consubstancial al hombre, como ser gregario y político (en el sentido aristotélico) que es. Este ha creado Derecho desde los albores del paleolítico, pues siendo un animal estructurado psíquicamente para hacer vida en sociedad, su alternativa desde un principio fue la de aprender a regir toda su vida en relación con los demás; esto es, creando un sistema de reglas de las cuales no tuvo necesariamente conciencia y que le permitieran la viabilidad de una vida en comunidad.

Podríamos por ello afirmar, parangoneando a Newton que, el Derecho ha existido en todos los estadios de la evolución humana, a pesar de la ignorancia del hombre acerca de su incuestionable presencia, pues no importa que éste tenga o no conciencia de su existencia; lo cierto es que se le impone desde fuera, le subyuga y le sujeta en todos los órdenes de la vida, sin necesidad de que esté escrito, promulgado o más aún, sin necesidad siquiera de que haya la intención de su instrumentalización. Ciertamente a través de la prehistoria, por ejemplo el hombre precategórico no tuvo conciencia de la norma jurídica, pues su adaptación al ambiente se dio en una forma "cuasi-animal", sin cuestionarse el mundo circundante, sin someter a juicios valorativos ninguna de sus actua-

ciones. Sin embargo, no por ello hubo ausencia de la "res" jurídica en aquellos lejanos días.

En todo caso lo que realmente importa, es que, independientemente del grado de civilización alcanzado, más aún, sin que importe su nivel cultural, cada pueblo en cada época y en todas las latitudes del globo, ha tenido un especial y peculiar sistema de normas —indispensables por lo demás—; por medio de las cuales ha regulado la caza, la propiedad mueble e inmueble, el apareamiento y hasta la muerte y el más allá.

Cabe preguntarse aquí, ¿cuál es la fuente primigenia de este concepto que no por intangible dejará de ser tan real y que ahora nos preocupe tan señaladamente?

La respuesta tentativa es que posiblemente tan singular acontecimiento debió de brotar espontáneamente, desde el propio instante en que dos hombres en su sentido genérico, se encontraron uno frente al otro, allí en ese momento hubo necesidad de definir su vida de relación, esto es, la sujeción o la contienda, lo mío y lo tuyo, la obediencia y el mando. Por ello se afirmó al inicio, que en su más lleno y prosaico sentido, el Derecho es consubstancial al ser humano, y que sin importar lo rudimentario de sus concepciones, ha estado acompañándolo

desde aquel instante en que se separó en su cadena evolutiva del simio, y lo va a seguir regulando en su ignoto viaje a las estrellas. Es

en resumen un producto exclusivamente humano, a la vez manifestación cultural de espontánea e indispensable presencia.

## B. ALGUNAS CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO

Nos dice el gran filósofo del Derecho Carl Joachim Friedrich en su obra *La Filosofía del Derecho*, que este es "historia congelada" y agrega que "en un sentido elemental todo lo que estudiamos, cuando estudiamos derecho es la narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia consiste en relatos o testimonios de esta clase".<sup>1</sup>

La anterior afirmación del ilustre iusfilósofo alemán, nos pone de relieve en todo su esplendor, la íntima y esencial relación que entrelaza la historia y el Derecho. Ambos conceptos son las dos caras de una misma realidad, la historia engloba al Derecho y esta a su vez, no es concebible sin aquél. Por ello es ciertamente innecesario discurrir sobre la importancia de los textos históricos en lo que a la comprensión de la ley se refiere; el nexo es tan íntimo y tan obvio, que no requiere mayor esfuerzo para aceptarlo. Sin embargo es necesario decir que un buen abogado es inconcebible sin la perspectiva histórica tanto de una historia general del Derecho, como de una visión conceptual y retrospectiva de su propio Derecho nacional.

La Historia del Derecho no es la letra muerta como el lego conceptúa un problema que no entiende por el contrario, es la fuente indispensable de donde emergen las presentes instituciones que no comprenderíamos en su praxis actual, si desconocemos su génesis evolutiva. No sin cierta razón, por lo menos en lo que al Derecho Privado respecta, se ha afirmado que el Derecho Romano lo contiene

todo, y que la producción posterior medieval, renacentista y moderna, en este campo no es más que notas al margen. Tal vez ello sea exagerado, pero lo cierto es que gran parte de la obra de los grandes juristas contemporáneos —a partir de la Revolución Francesa—; se basa precisamente en lo que dijeron u omitieron los jurisconsultos romanos. Y que decir de la tutela e influencia que el citado derecho ha ejercido en buena parte de Europa, y por extensión en nuestra América de habla hispana sobre todo en el período colonial o a través del Derecho Español.

Por lo anterior es que se considera indispensable para el jurista de cualquier época, el abocarse si quiere presumir de tal a una auscultación sincera y sostenida del pasado jurídico, de su realidad presente, o de lo contrario correrá el riesgo de ser superado por el peso innegable de unas normas jurídicas y de un sistema, del cual ignora su más vital esencia. Pero no solo es el jurista quien debe abordar en el devenir del presente jurídico para comprender la realidad en que se desenvuelve sino que además, el historiador está sometido y obligado a idéntica perspectiva, pues tal y como quedó dicho, la historia es inconcebible sin el Derecho y es por lo demás evidente que: "Ni la historia medieval ni la moderna se hubieran podido escribir sin prestar cuidadosa atención a las instituciones legales. Desde el feudalismo hasta el capitalismo, desde la Carta Magna hasta las instituciones de la Europa contempo-

1. FRIEDRICH, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, Revista del Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1964, pág. 331.

ránea, el historiador en cada vuelta da con el Derecho como un factor decisivo".<sup>2</sup>

En resumen, debe quedar claro que, la importancia del estudio de la historia del Derecho, no requiere de presentación, es evidente por sí mismo y constituye uno de los pilares fundamentales en que se asienta toda la estructura jurídica de una nación en una determinada época. De allí que para el futuro abogado o para todo aquel que por una u otra razón incursione en el campo de la juridicidad le es indispensable comenzar por tratar de formarse una sólida base historiográfica del derecho, tanto del nacional como general, para de allí partir hacia el manejo y comprensión de todo el andamiaje jurídico que constituye la realidad de los modernos Estados.

No resta más que concluir este acápite, con las sabias palabras de Oliver Wendel Holmes, las cuales tienen la virtud de la elocuencia, sin que precisen de inútiles explicaciones "Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas dominantes, instituciones de política pública, declaradas o inconscientes, incluso los perjuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, tiene mucho más que ver que el silogismo, en la determinación de las reglas por las cuales deberían gobernarse los hombres. El Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación en el transcurso de muchos siglos y no puede recibir el mismo trato que si no contuviere más que los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, hemos de saber lo que ha sido, y lo que tiende a ser de nuevo".<sup>3</sup>

### C. LA HISTORIA: SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL Y REALIDAD PRESENTE

Todavía en los primeros lustros del presente siglo, el panorama historiográfico estaba dominado por una serie de concepciones heredadas del siglo diecinueve. Estas concepciones o esta categorización de la historia, que dominó a través de toda la centuria pasada y que desgraciadamente aún perdura como lastre decimonónico en la enseñanza universitaria y sobre todo en la secundaria, se denomina hoy en día, bajo las categorías indistintas de: historia historizante, historia singular, historia lineal de los hechos singulares, también llamada historia episódica.

Es decir, estas conceptualizaciones historiográficas conciben el estudio de la historia, como simple relato de hechos lineales episódicos, con una explicación de los mismos a nivel superficial, pero sin profundizar en la última

esencia y estructura de cada uno de ellos, mirando únicamente la cúspide, pero ignorando toda la concepción estructural de su base.

Así encuadrados dentro de estas categorías encontramos definiciones de la historia tales como: "Relatos de los hechos ocurridos en la vida del hombre desde el pasado hasta el presente", o "ciencias que se interesen por el porqué de los acontecimientos importantes ocurridos en relación al hombre", o aquella otra de "ciencias de interpretación de hechos históricos importantes que trata de encontrar su significado en el presente", etc.

La misión del historiador en esa concepción, consistiría entonces en establecer a partir de documentos los "hechos históricos", individualizados estos, coordinarlos y finalmente exponerlos en forma coherente. Profundizando

2. FRIEDRICH, Carl Joachim, *op. cit.*, pág. 332.

3. HOLMES, Oliver Wendel, *The Common Law*, TEA, Buenos Aires, 1881, pág. 1.

un poco más, hay que decir que en esta tradición, "hechos históricos" serían aquellos "singulares e individuales que no se repiten, los cuales deberían ser recogidos por el historiador en forma total, objetiva sin escoger entre ellos; viéndolos como la materia de la historia que existiría ya latente en los documentos antes de que el historiador se ocupase de ellos. Su ordenación en una cadena lineal de causas y consecuencias constituiría la síntesis, la interpretación de los hechos estudiados. Estos hechos históricos serían siempre de carácter político, diplomático o militar".<sup>4</sup>

Esta idea o aprehensión del hecho histórico, como algo único e irrepetible está hoy día superada, y superada también la concepción de encuadrar únicamente dentro del marco histórico susceptible de estudio, hechos de carácter militar o político. Ciertamente aún en nuestros días las "historias" de cualquier época están constituidas únicamente por "relatos" de batallas, rebeliones, guerras, revoluciones, etc.

Dejando fuera del ojo auscultador del historiador todo el universo de la macrohistoria, sus ciclos de mediana y larga duración, estructuras, coyunturas, recurrencias, etc.

## CH. DIRECCIONES ACTUALES DE LA HISTORIA. DE LA HISTORIA EPISÓDICA A LA HISTORIA ESTRUCTURAL

La historia moderna se orienta hacia el estudio de campos muy específicos que antes estuvieron fuera del foco del estudioso de esta ciencia especial. Hoy día ya no se hace historia lineal sino transversal, ya no interesa el hecho "histórico", "único" e "irreproducible", sino la recurrencia cíclica de éstos. Ya no interesa la concepción estática, sino dinámica en el campo de la historiografía.

En este orden de cosas el objeto del historiador en nuestro tiempo, está centrado en el estudio de las "estructuras" y los "ciclos coyunturales"; hoy día su atención está puesta en los "hechos recurrentes", así como por aquellos singulares, por las realidades conscientes, así como por aquellos de las cuales los contemporáneos no tienen conciencia necesariamente. Ejemplo los ciclos coyunturales de larga duración. Estructura y coyuntura son conceptos ligados, se contraponen en relación dialéctica, la existencia de uno presupone e implica la

presencia del otro. De su observación, de su ligazón debe salir la explicación histórica".<sup>5</sup>

La estructura alude fundamentalmente a lo que podríamos denominar permanencias o sea, precisando más el término aquello que cambie lentamente. Son los datos relativamente estables de una economía; su concepto privilegia la idea de estabilidad relativa. Es pues en síntesis el marco dentro del cual se mueve su otro correspondiente dialéctico, sea la coyuntura. Así tenemos que, a un marco estructural determinado, corresponde un tipo de coyuntura igualmente específico.

La coyuntura privilegia las ideas del movimiento, es el aspecto dinámico del marco estructural, es el conjunto de fuerzas que mueven como si dijéramos subterráneamente la historia como un todo. Conjunto de alzas y bajas, flujos y reflejos, hechos cíclicos, recurrencias, crisis, expansión, recesión e inflación, etc.

4. CARDOSO, I.S. Ciro, *Metodología y técnicas de la historia demográfica, económica y social*, U. de C.R., Departamento de Historia y Geografía, 173.

5. CARDOSO, I.S. Ciro, *op. cit.*, pág. 30.

La coyuntura se compone esencialmente de tres ritmos:

**A) Corta duración:** Son aquellos movimientos de tipo estacional o cualquier movimiento regular de duración inferior a un año.

**B) Ciclo económico decenal e intradecenal:** Este posee a su vez dos fases, expansión y depresión. Así el momento en que se interrumpe la expansión se llama crisis.

**C) La larga duración:** Oscila entre diez y veinte años, ciclo de difícil observación para el no "iniciado" realidad inconsciente la mayoría de las veces, solo detectable gracias a procedimientos tales como la estadística, la computación, cuantificación, etc.

Este punto de la cuantificación reviste extraordinaria importancia para la investigación histórica hoy en día, es uno de los medios más eficaces con que cuenta el científico para rastrear y determinar secuencias de hechos históricos, que de otro modo pasarían inadvertidos.

Al respecto nos dice el historiador Cardoso lo siguiente: "Con la cuantificación la concepción histórica tradicional se derrumba, pues su objeto el hecho histórico singular deja de dominar el horizonte del historiador. Este se interesa ahora en captar las pulsaciones, los ciclos de larga y corta duración de la vida económica,

sus efectos sociales u otros. Hoy día la historia se mueve no sólo en el nivel de los acontecimientos de la historia episódica que se mueven en el tiempo corto, sino que estudia el nivel intermedio de la historia coyuntural cuyo ritmo es más lento y el nivel profundo de la historia estructural de larga duración".<sup>6</sup>

Hechas las anteriores disgregaciones sobre el panorama que domina hoy día el horizonte historiográfico, pasaremos al tema del Derecho en la prehistoria; pero con la convicción de que esa visión retrospectiva y un tanto esquemática que se acaba de hacer es absolutamente indispensable para poder entrar de lleno al estudio de una época dada. Ciertamente en nuestra opinión no es posible entrar directamente al examen de la génesis evolutiva del derecho sin antes tener un panorama más o menos actual, de los problemas de la ciencia histórica moderna, su metodología, logros y aspiraciones.

Por lo anterior se ha insertado la explicación somera de la materia que constituye hoy día el objetivo de la historiografía para que el estudiante adquiriera una más cabal comprensión de su realidad actual en la esperanza de que ella le permitirá una mejor comprensión de lo que es por ahora nuestro objetivo primordial: la historia del Derecho.

6. CARDOSO, I.S. *Ciro, op. cit.*, pág. 3.