

# DOS TEMAS QUE DEBEN TENER PRESENTES LOS HISTORIADORES DEL DERECHO

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO<sup>1</sup>

## Introducción.

Agradezco a los organizadores de este IV Encuentro del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho la invitación a pronunciar esta conferencia<sup>2</sup>, como cierre de las actividades académicas de este segundo día de su programación. En ella voy a considerar dos temas, uno relacionado con el objeto de la ciencia que cultivamos y el otro con la utilización del método comparativo en nuestros estudios, que estimo son relevantes en la tarea del investigador del pasado jurídico.

Al encarar en cualquier ámbito del saber “*esa magnífica aventura que se llama investigar*”, como señaló Aftalión, con carácter previo deben determinarse los límites de la tarea a desarrollar, pues de esa precisión metodológica depende el éxito de la labor a emprender y ello es aplicable a la Historia del Derecho. Oigámoslo cuando señala que quizá

*la etapa más delicada radica en la definición de los límites y confines de la tarea a desarrollar. Si este deslinde y amojonamiento no se efectúa con rigor, a modo de requisito previo, los resultados de la indagación se resentirán, forzosamente, por la imprecisión del objeto investigado. Lo dicho adquiere particular validez si lo aplicamos a las investigaciones versantes sobre la Historia del Derecho argentino. Del análisis de las que, en general, se encuentran comprendidas bajo el referido epígrafe, resulta que, hasta hoy al menos, no hay un acuerdo total en cuanto al temario de la disciplina<sup>3</sup>.*

A pesar del tiempo transcurrido podemos señalar que nos hallamos ante la misma situación.

## Las ideas jurídicas.

En cuanto a la cuestión señalada por Aftalión a la que hicimos referencia en el párrafo transcrito, desde hace más de dos décadas nosotros adoptamos el criterio expuesto por José Antonio Escudero, según el cual para determinar el objeto de nuestra disciplina hay que establecer su delimitación material, temporal y espacial, es decir que debe precisarse ese triple enfoque que debemos tener presente en todas nuestras investigaciones.

1. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor consulto titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad.

2. Conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador el 13 de junio de 2013.

3. AFTALION, Enrique R. (1963). “El juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la creación judicial de Derecho”, *Temas Jurídicos*, 8, Buenos Aires, Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho, p. 6.

Con relación a la delimitación material se debe distinguir lo jurídico de lo que no lo es, o sea de lo extrajurídico y determinar los temas a considerar por el historiador. Ello fue materia de un estudio efectuado con anterioridad, al cual nos remitimos, pero que queremos ampliar haciendo una referencia en esta exposición al papel que desempeñan en el conocimiento del Derecho pretérito las ideas jurídicas. En aquella oportunidad, luego de analizar distintas posiciones sobre la cuestión, hemos concluido que en nuestra opinión le corresponde al historiador del Derecho el estudio de las fuentes formales y materiales, y de las instituciones jurídicas públicas y privadas, categorías todas ellas variables a través del tiempo<sup>4</sup>.

Resolver la primera cuestión consiste en determinar qué se consideró jurídico en cada época, pero para hacerlo se debe partir de una noción previa sobre ello, pues de lo contrario no se sabría lo que buscamos en el pasado; por lo cual para romper este círculo, habría que partir de un concepto provisorio instrumental de lo jurídico. Ante ello Tomás y Valiente destaca que

*es necesario formarse un concepto provisional e incompleto de Derecho, susceptible de ser revisado, abandonado o simplemente completado después de la investigación histórica pero que al mismo tiempo nos sirva de orientación en la investigación y de catálogo o repertorio de problemas a investigar*<sup>5</sup>.

De acuerdo con esta idea presente en la mayoría de los historiadores y a modo de ejemplo, señalamos que a efectos de adentrarse en su estudio García Gallo conceptualiza al Derecho como una “ordenación de la vida social con fuerza vinculante”<sup>6</sup> y Hermann Kantorowicz como “un cuerpo de normas que ordenan el comportamiento externo y son consideradas justiciables”<sup>7</sup>. Nociones que por su amplitud pueden aplicarse a todo tiempo, sin perjuicio de las precisiones que se hagan cuando se lo estudia en una geografía particular y en un periodo determinado.

Si bien afirmamos que debe hacerse esa distinción entre lo jurídico y extrajurídico, no queremos significar que nuestra mirada debe enfocar solo a la ley como hacen algunos historiadores, que consideran a la legislación como única fuente formal del Derecho, ni como hacen otros que con una mayor o menor amplitud extienden su visión a las otras fuentes formales como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los juristas; todas de dispar importancia de acuerdo al desarrollo que presente el ordenamiento jurídico que se estudie, dentro del marco temporal en el cual se lo considere.

Pero entendemos que, además de esto último, cuando el historiador encara el estudio del pasado del Derecho no debe dejar de lado aquellos factores que, si bien no son jurídicos, influyen en la creación normativa y a los que nosotros como hemos expresado denominamos fuentes materiales. A ellas hemos dedicado un estudio en el año 1994, aparecido en una revista editada en Portugal de escasa difusión en la Ar-

4. DIAZ COUSELO, José María (1988). “Algunos problemas de la historiografía jurídica actual”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (8), Buenos Aires, pp. 144-157.

5. TOMAS Y VALIENTE, Francisco (1978). “Historia del Derecho y Derecho”, *Obras Completas*, t. IV, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 3374 y s.

6. GARCIA GALLO, Alfonso (1971). *Manual de Historia del derecho Español*, 4ª edición revisada, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S. A., t. I, p. 1.

7. KANTOROWICZ, Hermann (1964). “La definición del Derecho”, Madrid, *Revista de Occidente*, p. 43 y ss.

gentina<sup>8</sup> y en una ponencia que permanece inédita, presentada en el Tercer Encuentro de la Asociación Nacional de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho Argentino, celebrado en Buenos Aires en 2011. En él sostuvimos la necesidad de incluir su estudio en los cursos de Historia del Derecho que se imparten en las escuelas de Derecho.

Pero lo que ahora pretendemos es insistir en la necesidad de incluir dentro del objeto de la Historia del Derecho el análisis del estudio de las ideas jurídicas, que no es un tema de la Filosofía del Derecho sino de la Historia Jurídica. A la Historia jurídica no le corresponde valorar las conclusiones a las que arriban las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho ni de la Filosofía General, como tampoco de la Ciencia del Derecho. Pero con independencia de que el historiador participe o no de ellas, o las considere verdaderas o falsas, las debe estudiar para determinar el grado de influencia que ejercieron en la creación y transformación del orden jurídico. Pues *“las ideas que han precedido y orientado la formación del derecho acompañan a éste, lo explican, son su fundamento teórico, y en consecuencia, merecen ser estudiadas como parte de la historia jurídica”*<sup>9</sup>, nos dice Zorraquín Becú.

En efecto, las ideas jurídicas manifiestan los rasgos de la cultura jurídica de una comunidad y deben ser detectadas y explicadas por la Historia Jurídica, pues desempeñan un papel decisivo en el desenvolvimiento del Derecho en tanto están presentes en los tres momentos fundamentales de su existencia: su creación, su interpretación y su aplicación. Pero no actúan solas, pues junto a ellas intervienen otras fuerzas, que emanan y son propias de la realidad histórica vigente en el ámbito en que un ordenamiento jurídico está destinado a regir. A través de esa permanente dialéctica entre teoría y praxis, presente en la formación de todo Derecho, comienza a constituirse la cultura jurídica argentina, como hemos manifestado en otra oportunidad<sup>10</sup>.

Coincide lo que señalamos con lo expuesto por el profesor Víctor Tau Anzoátegui cuando advierte que ellas *“presiden la formación de la mentalidad de los juristas, fijan el concepto del Derecho, establecen sus fuentes, precisan la interpretación jurídica y gravitan, por lo tanto sobre una parte considerable de la acción del hombre en sociedad”*. También concordamos con su afirmación de que existe la

*dificultad de estudiarlas por separado, ya que a menudo marchan unidas con el pensamiento filosófico, las creencias religiosas, los valores morales, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las ideas y los hechos políticos y económicos, y las expresiones de la cultura y del arte*<sup>11</sup>

Es decir, con lo que hemos denominado fuentes materiales. Pero entendemos que ello no ocurre a menudo sino siempre, pues en todo supuesto que analicemos hay re-

8. DIAZ COUSELO, José María (1994). “Consideraciones sobre las Fuentes Materiales del Derecho como tema de la Historia Jurídica”, *Fides, Direito e Humanidades*, III, Porto, Portugal, 1994, pp. 65-81.

9. ZORRAQUIN BECU, Ricardo (1978), “Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 24, Buenos Aires, 1979, p. 332 y s. Reproducido en ZORRAQUIN BECU, *Estudios de Historia del Derecho*, III, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho-Abeledo Perrot, 1992 p. 473 y ss.

10. DIAZ COUSELO, José María (2000), “Pensamiento Jurídico y Renovación Legislativa”, *Nueva Historia de la nación Argentina*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia-Planeta, 2000, tomo V, p. 363.

11. TAU ANZOTEGUI, Víctor (1977). *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Editorial Perrot, p. 13. Este prólogo de la primera edición se inserta en las ediciones posteriores.

lación, en mayor o menor grado, entre el pensamiento jurídico con una, generalmente con más de una, de las otras fuentes materiales.

Las Escuela clásica y la Escuela positiva dentro del campo del Derecho penal parten de postulados básicos distintos en cuanto a su carácter filosófico, metodológico, antropológico y de política criminal, lo que se manifiesta en las ideas que cada una de esas corrientes sostiene. El extraordinario desarrollo económico e industrial del siglo XIX había provocado notorios abusos en las relaciones laborales, reguladas por un Derecho liberal individualista, que provocaron agitaciones sociales en distintas latitudes. Se trató de encauzar jurídicamente estas situaciones, surgiendo una legislación nueva que a principios del siglo pasado había alcanzado, según señala Joaquín V. González en toda Europa, Australia, Nueva Zelandia y Estados Unidos, los altos desarrollos de una ciencia, y que entonces (1910) había comenzado a crecer también entre nosotros, inspirada en principios humanitarios, a la que se la denominó Legislación obrera y luego Derecho del trabajo<sup>12</sup>. Los ejemplos pueden multiplicarse pues los vamos a encontrar en todos los ámbitos del Derecho.

Para comprender en profundidad nuestra Constitución de 1853 y su reforma de 1860, es necesario conocer sus fuentes materiales, pues de lo contrario para quien las ignora son incomprensibles muchas de sus disposiciones. Para poseer una noción acabada de su artículo octavo<sup>13</sup>, hay que tener presente el desarrollo de la ciudadanía después de 1820; cada provincia la otorgaba con efectos dentro de su jurisdicción concediendo facultades y obligaciones determinados por su Derecho local. Tampoco podría entenderse su artículo veintinueve,<sup>14</sup> que tiene como fuente la experiencia histórica anterior a 1853 y la doctrina que de ella se desprende, si no se analiza la actuación del gobernador Juan Manuel de Rosas y de otros caudillos que detentaron el poder durante el doloroso período de nuestras guerras civiles.

Pero otra dificultad que presenta el tema de las ideas jurídicas es determinar el concepto que se tiene de ellas, pues sobre el tema hay distintas posiciones. Aftalión les da un sentido restringido pues utiliza la locución ideas jurídicas haciendo referencia al pensamiento que tienen o han tenido los hombres en la esfera del Derecho en los diversos tiempos. Ellos son tanto los juristas prácticos, los jueces y abogados, como los juristas teóricos, sean tratadistas o profesores de una rama del Derecho positivo<sup>15</sup>.

12. GONZALEZ, Joaquín V. (1910). *El juicio del siglo*, edición comentada por Alberto R. Dalla Vía y Jorge R. Vanossi, pp. 111 y s., que utilizamos para la cita. La obra apareció por entregas en el diario La Nación y se encuentra fechada el 25 de mayo de 1910 día en que redactó el último capítulo. Luego apareció en volumen, con el título *El juicio del siglo o cien años de Historia argentina*, Buenos Aires, Librería la Facultad de Juan Roldán, 1913. Existen numerosas ediciones posteriores.

13. “*Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherente al título de ciudadano de las demás*”.

14. “*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los Gobernadores de Provincia, las facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de Gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a quienes los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los traidores a la Patria*”.

15. AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José (1960). *Introducción al Derecho*, 6ª edición, Buenos Aires, El Ateneo, ver capítulos XXI y XXII. AFTALION, Enrique R. (1971), “Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 143, Sección Doctrina, 1025 y ss. Ver DIAZ COUSELO, José María (2006). *Revista de Historia del Derecho*, n° 34, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 60 y ss.

En cambio, Zorraquín Becú otorga un sentido más amplio al concepto ideas jurídicas, pues comprende la de los juristas como la de los profanos, para quienes en todos los tiempos la realidad del Derecho es al par un conjunto de normas o reglas exteriores que imponen deberes y otorgan facultades, producto de una serie de factores sociales, con la finalidad de realizar unos valores. Para este maestro las ideas constituyen la fuente material directa y las restantes fuentes materiales son indirectas.

Por su parte García Gallo señala que existen diversos niveles del conocimiento, más acusados cuanto mayor es la cultura de un pueblo. En el Derecho, según él, existe un nivel básico normativo, establecido por las fuentes formales; próximo a él hay otro vulgar que se manifiesta en su interpretación y aplicación por los funcionarios, jueces, notarios y abogados. Por encima del normativo existe a veces otro nivel culto, el de los juristas y los filósofos que lo elaboran racional y técnicamente. Por debajo del normativo, destaca otro popular que se refleja en la mentalidad de la masa social, en parte reflejo de aquel (normativo) y en parte en concepciones o reacciones intuitivas<sup>16</sup>.

### **Historia comparada del derecho**

Otra cuestión que deseo tratar es la determinación del ámbito espacial de la Historia del Derecho, que reviste gran importancia a la hora de realizar un análisis científico de la misma, como lo declaraba Escudero por el año 1969<sup>17</sup>. La realidad nos muestra que la tendencia que predomina es reducir el objeto de nuestra disciplina al estudio del Derecho nacional.

Lalinde Abadía entiende que esa delimitación espacial, que él denomina nacionalismo histórico, se funda en una triple fundamentación: el nacionalismo político, especialmente el del siglo XIX que en el que se desarrolla la Historia del Derecho, que en nuestra opinión tuvo asimismo manifestaciones muy importantes en la pasada centuria y las tiene aun en nuestros días; la división y especialización del trabajo, cuyo fundamento es que si el hombre quiere profundizar y recrear el análisis del detalle se ve obligado a renunciar a visiones demasiado amplias, y necesita de un “todo” que sea abarcable, y ese todo lo ha constituido la Nación. Por último señala que ello se funda también en que en las Facultades de Derecho se estudia, como preparación profesional, el Derecho nacional<sup>18</sup>.

Además de ello se presenta otra cuestión que dificulta esas construcciones, que es un obstáculo difícil de superar, constituido por la diferencia entre las diversas culturas, lo que impediría la constitución de una disciplina unitaria como la Historia universal del Derecho, o que sin ser universal excediera los límites nacionales, pues

16. GARCIA GALLO, Alfonso (1986). “Notas sobre la dinámica del Derecho”, *Liber amicorum Profesor Ignacio de la Concha*, Universidad de Oviedo, p. 248.

17. ESCUDERO, José Antonio (1969). “En torno al objeto de la Historia del Derecho”, *Revista de la Universidad de Madrid*, números 34-35-36, Madrid, 1969, pp. 15-65. Reimpresa en ESCUDERO, José Antonio (1973). *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio, pp. 15-65. Las futuras citas la haremos por este libro.

18. LALINDE ABADIA, Jesús (1982). “La superación del nacionalismo histórico”, *I Seminario de Historia del derecho y Derecho Privado: nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, pp. 178 y ss.

para su elaboración debería fijar su atención en ordenamientos jurídicos con marcadas diferencias ideológicas.

No obstante, se han desarrollado tareas tendientes a elaborar una Historia que rebasara los límites nacionales, ampliando los contenidos de las historias nacionales mediante la realización de estudios supranacionales. En esos intentos se distinguen distintos enfoques, entre los que se han señalado la elaboración de una Historia General del Derecho; las investigaciones etnológicas que se basan en considerar que los pueblos, con el correr del tiempo, atraviesan diversos grados sucesivos de su evolución y de su desarrollo jurídico; o bien los estudios del llamado Derecho comparado que intentan encontrar similitudes o diferencias normativas en el tratamiento de problemas esencialmente básicos<sup>19</sup>.

Ante esos intentos se hizo necesario delimitar o distinguir entre la Historia del Derecho y el Derecho comparado, lo que recién se estableció en el siglo pasado, quedando este último circunscripto a los Derechos vigentes<sup>20</sup>.

El destacado comparatista Solá de Cañizares señala que se ha distinguido el Derecho comparado de la Historia del Derecho y expresa que

*la distinción es neta, por cuanto entendemos –aunque esto se discute todavía– que el Derecho comparado se limita a los derechos vigentes. Pero la utilidad en del método comparativo en los estudios de la historia del Derecho no puede ofrecer duda. Esta utilidad es tal que se ha querido, mediante una historia universal comparada del derecho, encontrar los fundamentos de la evolución jurídica y descubrir las leyes de la ordenación jurídica del mundo. En este aspecto el Derecho comparado y la historia del Derecho son los elementos de la llamada etnología jurídica, y la comparación en la historia intenta descubrir con el estudio de las evoluciones y transformaciones pasadas los principios que habrán de regir las transformaciones jurídicas futuras<sup>21</sup>.*

Delimitación con la cual concuerdan numerosos autores<sup>22</sup>. También Escudero cree en la propia autonomía de una Historia del Derecho sobre supuestos más amplios que los estrictamente nacionales<sup>23</sup>.

El Derecho comprado “*estudia sistemas jurídicos o instituciones vigentes de distintos ordenamientos jurídicos*”, es un aspecto de la ciencia del Derecho ubicado en cada una de las ramas en que se lo divide para su estudio. Este modo de encarar el estudio del Derecho lo lleva a determinar similitudes y diferencias que existen entre los diversos países, a los efectos de obtener un mejor y más amplio conocimiento entre los diversos ordenamientos, así como a servir de auxiliar con relación a la interpretación jurídica y a las posibles reformas legislativas posibles en un Estado, y

19. GÓMEZ ROJO, María Encarnación (2009). *Historia del Derecho e Historiografía Jurídica contemporánea en Francia, Italia y Alemania*, Málaga, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, p. 84 y ss. Publicado on line en <http://eumed.net/libros/2009b/553>

20. ESCUDERO, *Historia del Derecho...* (17), p. 58 y s.

21. SOLA Y CAÑIZARES, Felipe de (1954). *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, p. 116.

22. Ver FIX ZAMUDIO, Héctor (2001). *Docencia e Investigación Jurídicas*, México, Editorial Porrúa, p. 274. TOSCANO PANIAGUA, Ma. de Lourdes, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Facultad de Ciencias Sociales, Morelia, p. 5.

23. ESCUDERO, *Historia del Derecho...* (17), p. 59.

a la progresiva unificación del Derecho en instituciones que tienen influencia en las relaciones internacionales públicas o privadas<sup>24</sup>.

Lo que entendemos como objeto de la Historia del Derecho lo señalamos al referirnos a las ideas jurídicas en la primera parte de esta disertación, y nos remitimos a un estudio anterior<sup>25</sup>. En cuanto a qué es el Derecho comparado, es una pregunta reiterada en numerosas oportunidades, y que ha tenido respuestas sorprendentes.

En cuanto a la naturaleza jurídica del denominado Derecho comparado, existen distintas posiciones, entre las cuales destacamos la de quienes afirman que es una ciencia (Lambert<sup>26</sup>, que siempre lo señaló, incluso en los rótulos de sus obras)<sup>27</sup>; la de quienes sostienen que es un método de estudio que nos permite el conocimiento y profundización de las ciencias jurídicas (Rene David<sup>28</sup> y Messineo, entre otros) y la de los que sustentan que no es una disciplina autónoma sino auxiliar de otras ciencias jurídicas, como por ejemplo de la Historia del Derecho, la Sociología Jurídica, la Filosofía del Derecho y la Dogmática o Ciencia del Derecho<sup>29</sup>.

El jurista mexicano Fix-Zamudio, que ha dedicado importantes trabajos a la cuestión que consideramos, señala que

*si bien ha impuesto, al menos en los idiomas latinos el nombre 'derecho comparado' (diritto comparato, droit comparé, direito comparato), así como en inglés (comparative law), para designar al sector del conocimiento que estudia la comparación de los ordenamientos jurídicos, debemos estar conscientes de que esta denominación no es estrictamente correcta sino que más se acerca a la realidad la que utilizan los tratadistas alemanes: Rechtsvergleichung (literalmente, comparación jurídica)<sup>30</sup>.*

A continuación señala cómo la doctrina puso de manifiesto que en nuestra época debe considerarse superada la disputa que en otros tiempos

*provocó agudos debates, sobre si el derecho comparado debía considerarse como una disciplina científica o como un simple método de carácter jurídico, ya que ha predominado el criterio de los que se afilian a una concepción metodológica, al ponerse de relieve, que, en estricto sentido, debe hablarse de un "método jurídico comparativo", de "comparación jurídica"*

24. Conf. ROJAS PELLERANO, Héctor F. y KIPER, Jorge (1977). "Diferenciación de las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico", *Introducción al Derecho cátedra del Dr. Héctor Rojas Pellerano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 101.

25. DIAZ COUSELO, "Algunos problemas..." (4), pp. 144-157.

26. Ver LAMBERT, Edouard (1921). *L'Institut de Droit Comparé son programme ses méthodes d'enseignement*, Lyon, Faculté de Droit de Lyon, A. Rey Imprimeur-éditeur de l'Université. Sobre la cuestión ver SARFATTI, Mario (1933). *Introducción al Derecho Comparado* (edición castellana), Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, número 2 de la Serie Monografías, 1945, capítulo II, número 1, p. 50, nota 67. Disponible en pdf <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/632/6>.

27. Ver SILVA PEREIRA, Caio Mario da (1953). "Derecho comparado, ciencia autónoma", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año VI, n° 17, Universidad Autónoma de México, mayo-agosto 1953, pp. 9-25.

28. Ver DAVID, René (1950). *Traté élémentaire de droit civil comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 4-6.

29. Sobre la cuestión puede verse, SARFATTI, *Introducción...* (26), pp. 49-56 y sus importantes notas.

30. FIX-ZAMUDIO, Héctor (1989). "La modernización de los estudios jurídicos comparativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 64, p. 65.

O bien de “*estudio comparativo del derecho*”<sup>31</sup>.

En la Argentina el destacado jurista Enrique R. Aftalión señaló que es una disciplina de “*carácter auxiliar*”, pues

*mientras la Ciencia Jurídica, la Historia del Derecho y la Sociología jurídica tienen cada una un objeto y un método propio que las tipifican, el Derecho comparado, en cambio, se caracteriza exclusivamente por el método comparativo, en cuanto a que el objeto de su indagación ha de ser, forzosamente, el propio de algunas de aquellas disciplinas premencionadas*<sup>32</sup>.

También el acreditado jurista argentino Ignacio Winizky señala que mucho se ha escrito y alegado sobre el problema de si estamos ante un método o una rama del Derecho y que para él “*es una técnica, es una herramienta de trabajo basada en principios científicos, sí, pero no ciencia*”<sup>33</sup>.

Nosotros compartimos en general la posición sostenida por estos tres juristas latinoamericanos, y nos alejamos de aquellas que consideran al “Derecho comparado”, una disciplina jurídica científica autónoma.

Sin perjuicio de ello, puede señalarse que este sector del conocimiento al que se le asigna como finalidad teórica la búsqueda de las notas comunes de los distintos ordenamientos positivos, y como finalidad práctica un mejor y más amplio conocimiento entre los diversos pueblos, tiene una importancia destacada en el perfeccionamiento del conocimiento jurídico. Ponemos como ejemplo el papel que juega en cuanto a la interpretación jurídica, a las reformas del sistema jurídico de un país y a la progresiva unificación del derecho en el mundo. Además, advertimos que aunque se la señale como una disciplina auxiliar de otras eso no implica una descalificación, pues no significa negar el valor que tiene para el desarrollo de los estudios jurídicos.

El distinguido investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Rolando Tamayo y Salmorán, con relación a la existencia del denominado Derecho comparado, nos dice:

*Una respuesta de carácter extremo, pero no insólita, es: ‘no existe’. En el otro hemisferio de respuestas se viven enconados combates (sin enemigos). Dentro de la rapsodia de posturas y opiniones que están presentes en estas contiendas, dos puntos son unánimemente admitidos: (1) La expresión ‘derecho comparado’ es vaga, ambigua y equívoca y, por tanto, fuente inagotable de perplejidades. (2) No obstante el tenor de la expresión, se admite que no existe ninguna rama del derecho positivo nacional o internacional (en el sentido en que los juristas hablan de ‘derecho civil’, ‘derecho administrativo’, ‘derecho penal’, et sic cetera) que se denomine ‘derecho comparado’. La equivocidad de la expresión fue rápidamente advertida. Probablemente por esta misma razón los juristas de habla alemana la evitaron. Ellos usan el término (die) Rechtsvergleichung. Con esta expresión no solo se evitaron algunas de las perplejidades sino, además, directamente se alude a la*

31. *Idem.*

32. AFTALION, GARCIA OLANO Y VILANOVA, *Introducción...* (15), p. 95.

33. WINIZKY, Ignacio. “De la técnica comparativa en el Derecho” (1960), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Universidad Nacional Autónoma, v. 13, n° 38, mayo-agosto, 1960, p. 45.



*confrontación de órdenes o instituciones jurídicas”. Por esta razón y otras no explicitadas prefiere la expresión “comparación jurídica” a la de “derecho comparado”<sup>34</sup>.*

Luego de señalar la necesidad de diferenciar la Historia comparada del denominado Derecho comparado, volvamos a la primera de esas disciplinas. En primer lugar no debemos dejar de indicar, observando objetivamente la situación, que los intentos de una Historia universal del Derecho que se han proyectado no han superado, en nuestra opinión, un estado embrionario, al igual que los intentos sobre sectores geográficos más reducidos no han dado resultados convincentes<sup>35</sup>.

Alamiro de Ávila Martel, hace varias décadas y con respecto a los proyectos de desarrollar una Historia general de todo el Derecho, señaló agudamente que hay que rechazarla por estar destituida de base científica la idea de una Historia universal, acariciada por quienes parten de la premisa de la unidad del género humano o del concepto de evolución sociológica similar. Para este distinguido estudioso chileno “*existe la imposibilidad de reducir a unidad lo que es múltiple y ha variado por sendas distintas*” y por consiguiente “*al emprender cualquier trabajo histórico es preciso situarnos en el espacio y limitar la materia que nos interesa*”<sup>36</sup>.

La construcción de esa Historia general del Derecho presenta diversas dificultades. Una de ellas es establecer una única periodificación universal, cuando ya tiene sus dificultades hacerlo con relación a un ámbito territorial más reducido, incluso al nacional. “*La periodificación a escala universal es sencillamente dramática*”<sup>37</sup>.

Pero además del problema de la periodificación, se carece de fuentes que permitan en profundidad conocer científicamente todo el Derecho de la antigüedad, observación que alcanza también a quienes pretenden edificar la Historia general en base a una investigación etnológica, que se sustenta en la convicción de que todos los pueblos siguen con el tiempo idénticos grados de evolución y de desarrollo jurídico. Así, podría conocerse la evolución histórica de una sociedad de alto desarrollo mediante el análisis de sociedades que lo han alcanzado en un grado menor; pero esta investigación para hallar analogías entre distintos derechos antiguos tropieza con el inconveniente de no poder comprender con una profundidad aceptable y científica válida todos los derechos del pasado, y los intentos efectuados en ese sentido han quedado reducidos prácticamente a los derechos griego y romano.

Pero entendemos que a pesar de las dificultades que presenta, es posible una Historia del Derecho sobre un ámbito más amplio que el estrictamente nacional, más aún, que deben efectuarse estudios supranacionales, sin pretender ser universales, reducidos a un ámbito espacial que tenga las mismas influencias. Una excelente muestra es

34. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando (2007). “Teoría Jurídica y Derecho Comparado”, *Isonomía: revista de teoría y filosofía del Derecho*, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento del Derecho, 27, p. 34 y s. Ver TAMAYO Y SALMORAN (1988), “El ‘Derecho Comparado’, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada”, *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador en las Ciencias Jurídicas*, tomo II, Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, núm. 42, 1988, México, Unam. Versión on line disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/642/25.pdf>.

35. Cfr. ESCUDERO, *Historia del Derecho...* (17), p. 61 y ss.

36. AVILA MARTEL, Alamiro de (1955). *Curso de Historia del Derecho*, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 5.

37. ESCUDERO, *Historia del Derecho...* (17), p. 62.

la obra de Wieacker en cuanto al Derecho privado europeo, o bien en base a ciertas instituciones. Entendemos que si bien no deben forzarse generalizaciones utópicas, de contenido discutible, no corresponde cerrar el ámbito espacial de la Historia del Derecho a los límites de un Estado.

La aspiración a un análisis supranacional se ve hoy favorecida por la existencia de prestigiosas instituciones dedicadas a estudios comparativos de Historia del Derecho, como el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo, el Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno de la Universidad de Florencia y el Centro de Historia y Etnología Jurídica de la Universidad Libre de Bruselas.

En América Latina cabe construir una Historia del Derecho sobre supuestos más amplios que los nacionales, pues existen instituciones supranacionales comunes a varios países que tienen las mismas raíces y presentan una semejanza institucional muy significativa, como por ejemplo el estatuto del comerciante. El ámbito geográfico sobre el que se extiende un sistema jurídico constituye un área jurídica que generalmente lo es también de una cultura que excede los límites de un Estado. Además, como señala García Gallo, varios sistemas o áreas pueden coincidir plenamente, formando tipos o círculos jurídicos o culturales<sup>38</sup>.

Sobre esta cuestión es muy claro Agustín Parise cuando dice que América Latina enfrentaría con ventajas una aplicación del método comparativo en la Historia del Derecho. Lo funda en el “*tronco común que tienen las jurisdicciones latinoamericanas, donde se comparte en gran medida una historia del derecho que se bifurca al concluir el periodo indiano*” y “*existe una mayor uniformidad lingüística*”, pues prima en la región el castellano seguido del portugués. Además, considera que debería invitarse al discurso académico norteamericano, sobre todo con relación a regiones que integraron el dominio español y en aspectos del Derecho público, “*con el inglés como lengua franca*”<sup>39</sup>.

Lo sostenido recientemente por Parise concuerda con lo señalado por García Gallo hace décadas:

*el Derecho heredado de los mayores pesa siempre de manera decisiva y nunca llega a ser desechado de un golpe ni por entero. Por el carácter tradicional y conservador del Derecho, los pueblos que descienden desde un mismo tronco conservan en buena parte, incluso al cabo de centenares y miles de años, unas mismas normas que fueron propias de sus antepasados. Esto hace que si se comparan los derechos de los pueblos que descienden de un tronco común –indoeuropeos, germanos, etc.– puedan apreciarse ciertas analogías que encuentran su explicación en su común origen<sup>40</sup>.*

Con relación a los territorios americanos de las monarquías española y portuguesa se produce un trasplante de la cultura del Derecho común<sup>41</sup>, hay una misma base en

38. Ver GARCÍA GALLO, *Manual...* (6), p. 5.

39. PARISE, Agustín (2011). “Sobre el estudio comparado de la Historia del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* [on line]. 2011, n. 42 [citado 2015-05-02], pp. 212-218. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso). ISSN 1853-1784

40. GARCÍA GALLO, *Manual...* (6), p. 5.

41. Ver TAU ANZOATEGUI, Víctor (2000), “El Derecho indiano y el trasplante de la cultura del Derecho Común

la formación del Derecho que regía o debía regir en los territorios americanos bajo su dominio, lo cual no significa la existencia de uniformidad, pues se daban peculiaridades, que configuraban el Derecho indiano provincial y local<sup>42</sup>.

El laureado historiador chileno Bernardino Bravo Lira destacó que el estudio del Derecho indiano nos ha acostumbrado a considerar en conjunto a los pueblos de habla castellana. No podía ser otro modo porque sus diferencias y contrastes en el campo jurídico se entienden a partir de lo que es común a todos ellos. Algo semejante sucede entre España y Portugal, cuya Historia tanto en el plano general como en el jurídico apenas puede separarse. Y lo mismo puede decirse, en fin, de los pueblos nacidos de la expansión de España y Portugal en ultramar, entre los que se encuentra en primer término la América española y la América Portuguesa<sup>43</sup>. A ello agrega:

*no hay ninguna razón para abandonar esta visión de conjunto en el estudio del Derecho más reciente, incluso contemporáneo. También sus diferencias y contrastes en los distintos pueblos de habla castellana y portuguesa solo pueden explicarse cabalmente a partir de lo que es común a todos ellos. Fenómenos como el constitucionalismo y la codificación son generales en la Península Ibérica y en Iberoamérica y se producen dentro de una misma época y de un mismo contexto histórico<sup>44</sup>.*

Trabajos de esa naturaleza existen y tenemos como ejemplo la excelente labor del profesor Alejandro Guzmán Brito, con relación a la codificación civil en Iberoamérica<sup>45</sup>.

Puede señalarse también, como ejemplo, el encarar la Historia de distintas instituciones comerciales (alejadas de planteamientos nacionales desde el inicio de este ámbito) como un Derecho profesional basado en la costumbre derivada de las prácticas comerciales; si bien en su desarrollo desde la Edad Media fue paulatinamente aumentando la intervención estatal en su redacción, hasta constituirse en una creación del Estado con la codificación, nunca perdió su carácter de universalidad.

El Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, que hoy congrega en Bue-

(siglos XVI y XVII), *Cultura Jurídica Europea: una herencia persistente*, Seminario Permanente de Cultura Jurídica, I, Sevilla, 2001, pp. 23-38. Ver MARTIRE, Eduardo (2001), "El Derecho Indiano un Derecho propio particular", *Revista de Historia del Derecho*, 29, Buenos Aires, 2002, pp. 331-361. MARTIRE, Eduardo (2003), "Algo más sobre el Derecho Indiano (entre ius commune medieval y la modernidad)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 73, Madrid, 2003, pp. 179-200. MARILUZ URQUIJO, José M. (2004), "Ius commune y Nuevo Mundo", *Panta rei, Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Orazio Condorelli (ed. Lit.), Roma, Il Cigno Edizioni, vol. III, (2004), pp. 513-522.

42. Ver TAU ANZOATEGUI, Víctor (1997), *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Cap. IV, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 85-95. Del mismo autor, "Una visión historiográfica del Derecho Indiano provincial y local" (2003), en *Derecho, instituciones y procesos históricos*, José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil (editores), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, t. II, pp. 309-336 y "La configuración del Derecho Indiano provincial y local. Problemas terminológicos e históricos", *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Manuel Torres Aguilar (coord.) Córdoba (España), tomo I, 2005, pp. 231-253.

43. BRAVO LIRA, Bernardino (1980). "El Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980). Sus grandes etapas históricas", *Memorias del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C: Estudios Históricos, n° 10, 1981, p. 565.

44. *Ibidem*, p. 566

45. GUZMAN BRITO, Alejandro (2000), *La Codificación Civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. GUZMAN BRITO, Alejandro (2006), *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Pamplona (Navarra), Editorial Aranzadi.

nos Aires a tan destacados investigadores del pasado jurídico con relación al ámbito que indica su denominación, debería encarar la realización de una Historia del Derecho de América Latina, utilizando el método comparativo; obra que ya proponía, aunque con relación a un ámbito geográfico limitado a Hispanoamérica, Abel Chanutón en 1939<sup>46</sup>.

## Referencias bibliográficas

- AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José (1960). *Introducción al Derecho*, 6ª edición, Buenos Aires, El Ateneo.
- AFTALION, Enrique R. (1963). “El juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la creación judicial de Derecho”, *Temas Jurídicos*, 8, Buenos Aires, Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho.
- AFTALION, Enrique R. (1971), “Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino”, *Revista Jurídica La Ley*, tomo 143, Sección Doctrina.
- AVILA MARTEL, Alamiro de (1955). *Curso de Historia del Derecho*, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1980). “El Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980). Sus grandes etapas históricas”, *Memorias del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C: Estudios Históricos, n° 10, 1981.
- DAVID, René (1950). *Traté élémentaire de droit civil comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- DIAZ COUSELO, José María (1988). “Algunos problemas de la historiografía jurídica actual”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (8), Buenos Aires.
- DIAZ COUSELO, José María (1994). “Consideraciones sobre las Fuentes Materiales del Derecho como tema de la Historia Jurídica”, *Fides, Direito e Humanidades*, III, Porto, Portugal.
- DIAZ COUSELO, José María (2006). *Revista de Historia del Derecho*, n° 34, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- ESCUADERO, José Antonio (1973). *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1989). “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 64.
- GARCIA GALLO, Alfonso (1971). *Manual de Historia del derecho Español*, 4ª edición revisada, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S. A.
- GARCIA GALLO, Alfonso (1986). “Notas sobre la dinámica del Derecho”, *Liber amicorum Profesor Ignacio de la Concha*, Universidad de Oviedo.

46. CHANETÓN, Abel (1939). “Temas de Historia Jurídica, una disciplina olvidada”, Buenos Aires, *Diario La Nación*, 29 de noviembre de 1939.

- GÓMEZ ROJO, María Encarnación (2009). *Historia del Derecho e Historiografía Jurídica contemporánea en Francia, Italia y Alemania*, Málaga, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.
- GONZALEZ, Joaquín V. (1910). *El juicio del siglo*, edición comentada por Alberto R. Dalla Vía y Jorge R. Vanossi.
- KANTOROWICZ, Hermann (1964). “La definición del Derecho”, Madrid, *Revista de Occidente*.
- LALINDE ABADIA, Jesús (1982). “La superación del nacionalismo histórico”, *I Seminario de Historia del derecho y Derecho Privado: nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra.
- LAMBERT, Edouard (1921). *L’Institut de Droit Comparé son programme ses méthodes d’enseignement*, Lyon, Faculté de Droit de Lyon, A. Rey Imprimeur-éditeur de l’Université.
- PARISE, Agustín (2011). “Sobre el estudio comparado de la Historia del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* [on line]. 2011, n. 42 [citado 2015-05-02], pp. 212-218. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso). ISSN 1853-1784
- ROJAS PELLERANO, Héctor F. y KIPER, Jorge (1977). “Diferenciación de las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico”, *Introducción al Derecho cátedra del Dr. Héctor Rojas Pellerano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- SILVA PEREIRA, Caio Mario da (1953). “Derecho comparado, ciencia autónoma”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año VI, n° 17, Universidad Autónoma de México, mayo-agosto 1953.
- SOLA Y CAÑIZARES, Felipe de (1954). *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando (2007). “Teoría Jurídica y Derecho Comparado”, *Isonomía: revista de teoría y filosofía del Derecho*, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento del Derecho.
- TAU ANZOTEGUI, Víctor (1977). *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Editorial Perrot.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco (1978). “Historia del Derecho y Derecho”, *Obras Completas*, t. IV, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- WINIZKY, Ignacio. “De la técnica comparativa en el Derecho” (1960), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Universidad Nacional Autónoma, v. 13, n° 38, mayo-agosto, 1960.
- ZAMUDIO, Héctor (2001). *Docencia e Investigación Jurídicas*, México, Editorial Porrúa