

“La purificación de lo jurídico”, en la Historia del Derecho (En homenaje a Alfonso García-Gallo)

“The purification of the legal” in the History of Law (In homage to Alfonso Garcia-Gallo)

Eduardo Martiré

Durante el Seminario celebrado en nuestro Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, en homenaje al querido maestro Ricardo Zorraquín Becú, en el primer centenario de su nacimiento, me ocupé del tema que hoy traigo a este encuentro de historiadores del derecho convocado por el Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho. Entiendo que los problemas metodológicos hacen a la esencia de toda disciplina y que es conveniente que en este tipo de reuniones hablemos de ellos. En suma, lo creo necesario para no equivocar el rumbo y por ende no errar en la visión histórico-jurídica del pasado, que es nuestro objetivo. También en mi colaboración en el libro homenaje a Ricardo Zorraquín Becú, cuya edición por la Academia Nacional de la Historia es inminente, insistí sobre estos problemas.

Al volver ahora sobre ello, en suma al reflexionar sobre las bases metodológicas de nuestra materia, como lo hicimos entonces, ¿volvemos a arar el campo ya rotulado? Puede ser... pero nunca será bastante volver a “pensar” la disciplina que nos convoca. Al menos así lo creo y a pesar de haber dedicado mi vida a su estudio e investigación, entiendo que siempre es necesaria esa reflexión fundamental, al menos para mí mismo, y supongo que también para todos. Es lo que quiero compartir con ustedes.

La historia del derecho tiene en Latinoamérica un futuro sin duda venturoso cuando se reúnen por cuarta vez, ahora en Buenos Aires, una pléyade de investigadores y estudiosos para ocuparse de la materia. El programa de este encuentro es sumamente rico en su diversidad de temas y en la presencia de viejos y nuevos cultores. Agradezco desde ya a los organizadores que me hayan invitado a disertar en esta ocasión.

Entremos en materia: los que integrábamos el grupo del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho, que a la muerte de Ricardo Levene llevó su nombre, debemos reconocer como un acontecimiento verdaderamente extraordinario la visita que realizó a Buenos Aires en octubre de 1966 el prestigioso historiador del derecho español Alfonso García-Gallo. No era la primera vez que llegaba a Buenos Aires, pero esa visita fue especial porque su recia personalidad, su generosa docencia y la profundidad de sus conocimientos dieron un empuje colosal a los estudios de historia del derecho y de historia del derecho indiano, que en ese momento fueron campo propicio para ello.

Podemos afirmar que, a casi medio siglo de aquel acontecimiento, se abrió con él una nueva etapa plena de proyectos y de redoblado entusiasmo. No faltaban maestros entre nosotros, la sola mención de Levene, Zorraquín Becú o Mariluz Urquijo nos convencen de lo contrario. Pero aquella visita y las enseñanzas y los propósitos que se formaron a partir de ella son dignos de ser puestos como ejemplo. Baste que recor-

demos que en esa ocasión se fundó el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que viene celebrando, cada dos o tres años, dieciocho congresos internacionales, en América y Europa; y que al año siguiente, en 1967, durante los días 13 y 14 de de octubre, se reunieron en Buenos Aires las Primeras de Jornadas de Historia del Derecho Argentino, para recordar los treinta años de fundación del Instituto Levene. Jornadas que continuaron celebrándose ininterrumpidamente en distintos centros de estudios del país; acabamos de celebrar la número veinticuatro, en Mendoza. Cuando dimos cuenta de esa primera reunión de 1967, en nuestra Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, asentamos que su objeto era reunir a los principales especialistas en la materia del país, a fin de intercambiar ideas sobre los problemas metodológicos, de enseñanza y de investigación que presenta nuestra disciplina, y puntualizamos que las celebrábamos “siguiendo los lineamientos esbozados en la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano”, efectuada el año anterior¹.

Quiero recoger, luego de este introito que sirve para ponernos en ambiente, una de las enseñanzas de García-Gallo que a muchos, desde entonces, nos sirvió de guía metodológica, cualquiera fuese la ubicación que le queramos dar a nuestra disciplina: histórica, jurídica o histórica y jurídica a la vez, como una suerte de *écuyère* montada en ambas disciplinas, usando la ocurrente afirmación de Mariluz Urquijo. Se trata en todos los casos del estudio e investigación del derecho pretérito.

Si se coincide en que el objeto de la Historia del Derecho es el Derecho, no cabe confundirse al Derecho con toda la vida social en la que está inserto. La vida social es compleja, dice el maestro español, en ella coexisten y se entrecruzan lo religioso, lo cultural, lo político, lo social, lo económico, etc. Si aceptamos su propuesta del estudio de la Historia del Derecho a través de las instituciones, lograremos un fruto bien sazonado. Es que en la vida social se dan situaciones o relaciones, que cuando son básicas o fundamentales se denominan instituciones, como por ejemplo el Estado, la familia, la propiedad. En estas instituciones concurren, coexisten en mayor o menor medida lo religioso, lo cultural, lo económico, lo político. El Derecho es un elemento integrante de la institución, sigue diciendo García-Gallo, pero no (es) la institución; por ello resulta a veces difícil distinguir en esta lo jurídico de lo que no lo es. Tal planteo lo lleva a aclarar que tampoco el Derecho es “*algo superficial que se superpone a ellas (las instituciones) para regularlas, puesto que esta regulación puede afectar a la esencia misma de la institución*”². En suma, que los historiadores del derecho deben especializarse en estudiar lo jurídico de la institución y estudiarlo con método jurídico. Su planteo metodológico, estudiar el derecho a través del estudio de las instituciones, se completa al sostener que la Historia del Derecho tiene que ser estudiada jurídicamente, o “purificada”.

Con ello, lo que ha querido decir García-Gallo y cuantos hemos seguido esa línea metodológica, es que la Historia del Derecho solo debe ocuparse del aspecto jurídico de las instituciones y estudiar este con método jurídico. Con el método jurídico utilizado por el jurista de su tiempo, no por el actual, lo que implica por ende un conocimiento histórico de ese método del jurista del pasado de que se trate.

1. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 19, Buenos Aires, 1968, p.281

2. ALFONSO GARCÍA-GALLO (1967). “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n°18, Buenos Aires, p.17

Semejante distinción entre las instituciones y el derecho está presente en el Manual que elaboramos con el doctor Tau Anzoátegui. Desde su primera edición de 1967, propiciamos el estudio de la historia jurídica a través de la historia de las instituciones, considerando al derecho como uno de los elementos fundamentales de la institución³.

La distinción entre lo jurídico y lo que no lo es ha sido advertida en general por los iushistoriadores. Ricardo Zorraquín Becú sostiene que

(...) si el análisis del derecho que ha regido en el pasado es indispensable para comprender la evolución social y la cultura de un pueblo, estas circunstancias accesorias no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental de esta disciplina, que es eminentemente jurídico. Al colocar a la historia del derecho, exclusivamente, dentro de la órbita de la historia social o de la cultura, se la ubica en una posición secundaria y de sumisión a las normas, finalidades y métodos de estas ciencias⁴.

Por lo tanto, sigue diciendo, debe acentuarse el enfoque jurídico al estudiar los derechos antiguos, con lo que se supera una notoria deficiencia de esta disciplina, tal cual ha sido enfocada por la mayor parte de los autores⁵.

La necesidad de conocimientos especiales para abordar una disciplina como la Historia del Derecho se da en todas las Historias Especiales, que como la nuestra estudian e investigan un sector del pasado del hombre, sin que por ello se intente dividirlo, que sería algo como despedazarlo y hacerlo incomprensible, sino distinguiéndolo de otros, para concurrir luego a la formación de la historia del hombre en sociedad, la “gran historia” a cuya formación todos estamos comprometidos⁶.

Pero volviendo a la necesidad de la existencia, en el historiador, de conocimientos especiales para enfrentar los estudios de historia jurídica, admitamos que nada es más difícil para comprender el derecho pretérito (tan difícil como para conocer el derecho actual) que prescindir del conocimiento de “lo” jurídico. Hablo no solo de la personalidad del jurista, de su formación, de sus estudios, de su “circunstancia” (en el decir orteguiano), pues aunque ello resulta muy importante, no es solo eso. También me refiero a temas que deberemos afrontar todos los días en el curso de nuestros estudios e investigaciones, como por ejemplo el uso de términos técnicos, de esa “lengua especial” (un argot de *métier*), difícil de entender en su justa medida para quien ignora absolutamente, o tal vez lo conozca superficialmente, que para el caso es lo mismo, el oficio o la materia de que se trata. Porque no olvidemos que tanto en el presente como en el pasado, nosotros no conocemos al otro (y sus obras) sino en cuanto se pa-

3. En cuanto a las **instituciones**, Tau Anzoátegui ha redactado un importante trabajo sobre ellas, que ha servido de fuente del párrafo del Manual citado. Allí se las define como ordenaciones parciales de la vida del hombre en sociedad, que han llegado a un desarrollo sólido y autónomo a través de la actividad desplegada y la renovada adhesión de muchas generaciones, distinguiendo como sus tres pilares fundamentales el uso social o la costumbre, la moral y el derecho. Ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo (1967). *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, p.11 y siguientes (Hay una nueva edición, la VIIIª, de la editorial Cathedra Jurídica, de Buenos Aires) y del mismo autor “El concepto histórico de las instituciones”, *Revista de Historia Americana y Argentina*, n° 7/8, Mendoza, 1962/1963

4. RICARDO ZORRAQUÍN BECU (1985). *Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, p.23

5. *Ibidem*, p.23/24

6. Me ocupé especialmente del tema en “Las Historias Especiales y la Historia del Derecho”, en *Trabajos y Comunicaciones*, n°21, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de La Plata, 1972, p.115/127

rece a nosotros mismos⁷. Esta regla es de estricta aplicación al tópico de que estamos hablando.

Porque la Historia del Derecho, repito, ya la consideremos, metodológicamente hablando, dentro del campo de la Historia como una historia especial, o dentro de la ciencia jurídica, integrando el estudio del Derecho, o bien ya en la posición de tenerla por una disciplina histórica y jurídica a la vez, no hay duda de que ella está destinada al estudio e investigación del Derecho del pasado, de los ordenamientos normativos que rigieron la vida pretérita del hombre en sociedad⁸.

Ahora bien, quien haga Historia del Derecho deberá ser un historiador que además de su sólida formación histórica, que le impida creer que una golondrina hace verano, posea también sólidos conocimientos jurídicos, que no le hagan confundir la posesión con la tenencia o a quien le sea indiferente utilizar el verbo tener que el detentar. Deberá además utilizar junto al método histórico, propio de toda la ciencia histórica, el método jurídico de la época en estudio.

En ese sentido y con gran claridad se ha expresado García-Gallo, quien afirmaba que quien carezca de esos conocimientos solo podrá realizar un estudio superficial de la Historia del Derecho, limitado a lo que del derecho trasciende a la esfera política, social, económica; en la medida de que cualquiera, sin ser jurista o carecer de conocimientos jurídicos, percibe su acción o siente sus efectos, pero no podrá captar o no comprenderá su íntima naturaleza, su fundamento, su razón de ser, sus principios, sus conceptos y matices, y sus métodos de aplicación⁹. El profesor Díaz Couselo, en un interesante trabajo de necesaria lectura, puntualiza las coincidentes opiniones en ese sentido y arroja abundante luz sobre los problemas metodológicos de la materia¹⁰.

Por su parte el profesor Víctor Tau Anzoátegui ha sostenido que el conocimiento de la Historia del Derecho [...] solo está reservado a quienes posean una cierta versación jurídica pues para los demás es, en buena parte, ininteligible e impenetrable¹¹.

La purificación de lo jurídico fue esencial para precisar los límites, o mejor dicho

7. En una página magistral el profesor Marrou sostiene que –partiendo de la base de que la historia se hace a base de documentos/ testimonios– para mejor comprender los documentos que han de examinarse, el historiador debe poseer dentro de su cultura personal, dentro de la estructura misma de su espíritu, las afinidades psicológicas que le permitan imaginar, sentir, comprender los sentimientos, las ideas, el comportamiento de los hombres del pasado que él encontrará dentro de los documentos, es por ello que la historia del arte exige una sensibilidad estética suficientemente rica y sensible; la historia del cristianismo exige que se tenga al menos el sentido de lo que puede ser el fenómeno religioso, el sentido de los valores espirituales. Ver HENRI IRÉNÉE MARROU, *De la connaissance historique*, Éditions du Seuil; 27, rue Jacob, Paris, VI^e, 1956, p. 110. Biondo Biondi, en el campo de la historia del derecho romano sostenía desde tiempo atrás que es necesario poseer “mentalidad jurídica” para poder investigar en el campo de la historia jurídica, pues de esa manera no habrá peligro de asimilar y considerar del mismo modo las XII Tablas y los preceptos del arte poética de Horacio, o confundir la patria potestad con la obligación (Ver BIONDO BIONDI (1933). *Prospettive romanistiche*, Milano, p.16/17)

8. Me ocupé del tema en (1969) “La Historia del Derecho, Disciplina Histórica”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 20, Buenos Aires

9. ALFONSO GARCÍA-GALLO (1973). “Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la el Derecho Indiano”, *Actas y Estudios del III er. Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, p.112

10. DIAZ COUSELO, José María (2010). “Reflexiones sobre relaciones entre la Historia del Derecho y la Ciencia Jurídica”, *Perspectivas y desafíos de la Historia del Derecho Argentino – Ier, Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho-*, Córdoba (noviembre de 2007), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

11. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1968). “La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n°19, Buenos Aires, p. 218

las amplias fronteras de la historia jurídica, por ello tanto nos ha preocupado a los historiadores del derecho observarlos. Los estudios de la materia ni debían efectuarse con anteojeras que buscaran recrear una estructura desprendida del mundo destinado a normar, como tampoco meter en ella, como en un barril sin fondo, toda la historia de la época en estudio. Ni tan calvo ni con tanto pelo.

Esas tendencias que considerábamos ya superadas, pareciera que en ocasiones, como la cizaña invasora, vuelven de vez en cuando a querer invadir las sementeras histórico jurídicas. Bueno, es por ello que trato de insistir en estas reglas metodológicas. Y no olvidemos la lección de García-Gallo, el Derecho no es algo superficial que se superpone a las instituciones para regularlas, puesto que esta regulación puede afectar a la esencia misma de la institución.

Lo que ocurre es que animados por esa necesidad perentoria de conocer el derecho que regula la institución, para poder conocer la institución misma, algunos estudiosos que no militan en la historia jurídica no ocurren a ella para buscar cubrir esa necesidad, sino que se animan a cubrirla ellos mismos, creyendo que están en condiciones de hacer historia del derecho, a veces sin saber realmente qué es el derecho, ni tener noticia de su compleja realidad, antaño y hogaño¹².

Vano intento del que saldrán caricaturas jurídicas en donde las precisiones del derecho, su terminología y sus creaciones están ausentes o de lo contrario están mal interpretadas por desconocimiento del derecho y su historia. ¿Podrá este historiador distinguir, vuelvo al ejemplo ya dado, entre tenencia y posesión, entre letra de cambio y pagaré, jurisdicción y competencia, entre prescripción y renuncia, entre obligaciones y contratos, sabrá que es una bancarrota o una verificación de créditos? ¿Sabrán entender ese argot de *métier* de que hablaba Marrou?

La manipulación de fuentes jurídicas, expedientes judiciales especialmente, denota la perplejidad en que se encuentra este tipo de investigador. Deslumbrado por la “carátula” o por la prolongada duración del pleito, o por el número de expedientes, controvertidos o no, no advierte que dentro de ellos hay substanciales testimonios de la vida misma, que deja pasar porque no sabe leer un expediente judicial. No entiende el expediente, ni sabe nada del proceso judicial de que se trata, ni de los recursos o apelaciones, ni aún de las “chicanas” y de tantas otras características del pleito, que solo un historiador del derecho podrá mostrarle, guiándolo por un camino que no ha transitado nunca. En una palabra, no sabe interrogar el documento. Importantísima tarea que hace a la habilidad del investigador histórico de cualquier época.

No quiero decir en esta exposición, ni mucho menos, que la Historia del Derecho no necesite, para su labor específica, del aporte de otras ramas de la historia, de la historia social, política, económica, etc., de sus investigaciones y sus resultados. Por el contrario, se ha beneficiado con su concurso como esas otras ramas, historia especiales ellas mismas, lo han hecho con sus propias aportaciones. Para reconstruir las instituciones del pasado del hombre en sociedad todas aportarán lo cosechado, nuestra disciplina lo jurídico. Ni la historia jurídica es toda la historia de la humanidad, ni la historia de la humanidad ha podido entenderse sin los aportes histórico-jurídicos. He ahí la cuestión.

12. DIAZ COUSELO, “Reflexiones sobre... (10)

Por supuesto que en todo lo expuesto estará siempre presente la tarea de formación de un jurista y no la de un simple “operador del derecho”, para los cuales no parece de mayor interés el aprendizaje de las llamadas materias formativas¹³.

Y por último, vuelvo a la preocupación de nuestros maestros. Lamentablemente es la nuestra ahora mucho mayor que la que ellos tuvieron, pues ha pasado casi medio siglo de sus precisiones, ejemplos y consejos y nos encontramos enfrentando una realidad parecida. No digo que no se haya avanzado, pues se lo ha hecho notablemente sin duda, pero advierto en estos últimos tiempos un avance de lo social sobre el derecho. Ello se debe a mi entender a que el derecho, como toda otra construcción del hombre, es un producto social, forma parte de la cultura de la sociedad. Cuando se quiere estudiar la sociedad en un momento dado de su marcha dinámica, lo jurídico debe estar presente inevitablemente en ese estudio. Pero ello no autoriza a esos estudiosos e investigadores con escasos conocimientos jurídicos (o ninguno) a estudiar el derecho vigente entonces, sin los instrumentos ni la preparación adecuada. Ni la historia del derecho es capaz de estudiar por sí sola la sociedad en toda su compleja realidad, ni los estudiosos de la sociedad podrán por sí solos estudiar e investigar una envoltura jurídica como el derecho que, como ya dije más arriba, no es extraña al contenido que envuelve, pues muchas veces lo condiciona y determina.

Terminaba mis consideraciones sobre las Historias Especiales en el trabajo en que me ocupé de ellas, recordando que desconocer lo que para la civilización tuvo y tiene la envoltura jurídica de que habla Bloch¹⁴ (refiriéndose al derecho) es tan inadmisibles como negar la existencia del derecho. Las formas, medios, métodos y sistemas, la diversidad de corrientes ideológicas en que se sustentaron, las especialísimas características del derecho, justifican hablar de que su historicidad es de una naturaleza común, de un género especial, de una morfología tal, que sirve magníficamente de objeto a la rama de la historia que se ha ocupado de él, de su origen y desarrollo.

Referencias bibliográficas

ALFONSO GARCÍA-GALLO (1967). “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n°18, Buenos Aires.

ALFONSO GARCÍA-GALLO (1973). “Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la el Derecho Indiano”, *Actas y Estudios del III er. Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid.

DIAZ COUSELO, José María (2010). “Reflexiones sobre relaciones entre la Historia del Derecho y la Ciencia Jurídica”, *Perspectivas y desafíos de la Historia del Derecho Argentino – Ier*, *Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores*

13. Ver VIVIANA KLUGER (2003). “Historia del Derecho: ¿para qué?”, en *Conceptos*, año 78, n°1, enero-febrero/marzo-abril: www.vivianakluger.com.ar/

14. MARC BLOCH (1952). *Introducción a la historia*, México-Buenos Aires, p.116. En mi trabajo sobre “Las Historias especiales y la historia del derecho” ya citado me he ocupado del concepto de Bloch acerca de la historia jurídica

e Investigadores de Historia del Derecho-, Córdoba (noviembre de 2007), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.
Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, nº 19, Buenos Aires, 1968.

RICARDO ZORRAQUÍN BECU (1985). *Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo (1967). *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1968). “La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nº19, Buenos Aires.