

## EL ROL DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN DE LOS GRADUADOS EN DERECHO

*THE ROLE OF THE HISTORY OF LAW IN THE TRAINING OF LAW GRADUATES*

VIVIANA KLUGER<sup>1</sup>

### RESUMEN

En una perspectiva metodológica, la autora se refiere al rol de la Historia del Derecho en la formación de graduados, a la que atribuye “efectuar los planteamientos críticos del universo jurídico, a diferencia de las disciplinas dogmáticas que tratan de generar certezas acerca del ordenamiento jurídico vigente”. A través de ella el estudiante toma conocimiento del origen de las instituciones jurídicas, de su carácter holístico y de la comparación entre los desarrollos de distintos ámbitos del Derecho, lo que propenderá a su formación como juristas y no como meros “operadores del Derecho”.

Palabras clave: *Historia del Derecho - Metodología - Pénsum académico - Derecho comparado - Latinoamérica.*

### ABSTRACT

The author refers, from a methodological perspective, to the role of the History of Law in the training of graduates. She attributes to this discipline the virtue of “making critical approaches to the legal universe, unlike dogmatic disciplines that try to generate certainties about the legal system valid”. Through it, the student becomes aware of the origin of the legal institutions, of their holistic nature and of the comparison between the developments in different legal fields, which will lead to their training as jurists and not as mere “operators of the Law”.

Keywords: *History of Law - Methodology - Academic Pensum - Comparative Law - Latin America.*

### 1. ¿QUÉ ES LA HISTORIA DEL DERECHO?

Quienes cultivamos una disciplina no podemos dejar de plantearnos cada tanto la pertinencia de su estudio, cuestionar su existencia, y “salir de la zona de confort”, de esa inercia que nos da la seguridad de lo ya conocido, de lo sabido, de lo incorporado.

Es que los tiempos cambian, las necesidades se transforman, los puntos de vista se van alterando, aparecen nuevas fuentes de investigación, y todo ello nos obliga a “revisitar” antiguas concepciones, cambiar enfoques, poner el acento de otros aspectos, etc.

---

<sup>1</sup> Profesora titular de la Universidad de Buenos Aires.

En función de ello, el objeto de este trabajo será volver a reflexionar acerca del rol de la Historia del Derecho en la formación de los graduados en Derecho. A tal efecto, repasaremos el concepto de Historia del Derecho, trataremos de responder a las preguntas de para qué sirve la disciplina y por qué hay que incluirla en los planes de estudio de las Escuelas de Derecho, para hacer luego una referencia a las nuevas perspectivas que se abren para quienes tenemos a la Historia del Derecho como objeto de estudio. El punto de partida de las reflexiones que siguen es la definición de nuestra disciplina.

En 1957 Franz Wieacker afirmaba que la Historia del Derecho es “la historia del pensamiento jurídico y su incidencia sobre la realidad”<sup>2</sup>, mientras que en 1994 la profesora mexicana María del Refugio González se refería a ella como “una disciplina que se ocupa de estudiar el fenómeno jurídico en su perspectiva histórica”<sup>3</sup>. De ambas definiciones surge que ambos autores entienden que la disciplina se centra en el desarrollo del Derecho a través del tiempo.

La Historia del Derecho se ocupa de estudiar la cambiante relación entre el Derecho y la sociedad, y apunta a responder a la pregunta de cómo cambian las normas y sobre todo, por qué.

Así, Eduardo Martiré afirma que la Historia del Derecho procura conocer las normas jurídicas a que ajustaban sus relaciones los hombres en el pasado, aclarando que no se limita a la legislación en sentido estricto, sino que también abarca el Derecho consuetudinario y toda otra manifestación de regulación jurídica. Para Martiré, ello se logra mediante el conocimiento del sistema jurídico vigente, de los repetidos actos que demuestran su existencia y de “aquellos otros que por violarlo, en un comienzo tímidamente, en forma esporádica, pero luego de manera cada vez más permanente, vayan demostrando su inadecuación a los momentos que se viven y por fin su caída o abandono, o su reforma o sustitución”<sup>4</sup>.

## 2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA HISTORIA DEL DERECHO?

A fin de dar respuesta a esta pregunta, es necesario comprender lo que los ius historiadores llamamos la “Historicidad del Derecho”, es decir, la idea de que el Derecho es un producto histórico, 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<sup>5</sup>. En este sentido, Víctor Tau Anzoátegui señala que “El

---

<sup>2</sup> WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. Fernández Jardón, Francisco, Madrid, Editorial Aguilar, 1957, p. 4.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, “La historia del Derecho”, Biblioteca J. Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/15/mej/mej12.pdf>, consultada el 4/6/2021.

<sup>4</sup> MARTIRÉ, Eduardo, “Las historias especiales y la historia del Derecho”, Trabajos y comunicaciones, 21, 115-128, en *Memoria Académica*, disponible en [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.1089/pr.1089.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1089/pr.1089.pdf), consultada el 11/6/2021.

<sup>5</sup> KLUGER, Viviana, “Historia del Derecho: ¿Para qué?”, *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires, Año 78. N° 1 En-Febr./Mar-Abril 2003.

Derecho no puede comprenderse sin la historia y la historia no puede comprenderse sin el Derecho”<sup>6</sup>.

El Derecho es un producto histórico, porque la perspectiva histórica resulta imprescindible para la comprensión y reflexión del fenómeno jurídico. En esta línea, Eric Palma sostiene que es necesario entender cómo las fuerzas sociales, a través del Derecho, han venido moldeando la sociedad en la que él se desenvuelve<sup>7</sup>.

La evolución de las sociedades reclama soluciones nuevas. Es por ello que la Historia del Derecho juega un papel esencial para demostrar la relatividad del Derecho como consecuencia de su evolución, y de los cambios que se operan en relación con los conceptos y las interpretaciones.

La mirada histórico-jurídica contribuye al análisis dinámico del orden jurídico, al permitir reflexionar sobre las instituciones jurídicas como productos históricos o resultados de permanentes cambios<sup>8</sup>.

Nuestra disciplina nos permite entender que el Derecho es mutable, y a partir de esta comprensión, poder apartarnos de concepciones dogmáticas y relativizar el fenómeno jurídico. De esta forma, la Historia del Derecho se convierte en la conciencia crítica del estudioso del Derecho positivo<sup>9</sup>, el instrumento que lo ayuda a descubrir su complejidad, el que le insinúa dudas sobre lugares comunes –aceptados sin una adecuada verificación cultural–, el que lo lleva a desterrar la creencia de que la ley de hoy es la ley de siempre.

La Historia del Derecho sirve para “correrse a un costado” y efectuar los planteamientos críticos del universo jurídico, a diferencia de las disciplinas dogmáticas que tratan de generar certezas acerca del ordenamiento jurídico vigente<sup>10</sup>.

Uno de los propósitos de la historia del Derecho es ayudar a entender un sistema jurídico en un espacio determinado y en un tiempo pretérito. De esta manera, permite comprender las claves de interpretación y de comprensión del desarrollo jurídico, desde sus antecedentes más remotos hasta nuestros días. Al mismo tiempo, 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<sup>11</sup>.

De lo señalado precedentemente se deduce que es imposible entender por qué existe una institución o los motivos por los que quiere reformarse, si no se tienen conocimientos histórico-jurídicos. Ello porque la Historia del Derecho provee al Derecho actual de los fundamentos sociales, políticos, económicos y culturales que subyacen en las sociedades que adoptan determinados sistemas jurídicos.

Helmut Coing ha señalado que no se puede entender el Derecho privado del Código civil alemán o el código napoleónico si no se conoce la historia ideológica del liberalismo, por lo que es imprescindible que en la enseñanza, la historia del Derecho se lleve hasta el Derecho vigente. Para Coing, cada solución concreta a un problema

<sup>6</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor “El historiador ante el Derecho”, *Anales*, año XLVII, segunda época, N° 40, marzo de 2003.

<sup>7</sup> PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, “Pasado, presente y futuro de la historia del Derecho en Chile”, *Forum Historiae Iuris*, 2009, disponible en <https://forhistiur.net/2009-03-palma-gonzalez/>, consultada el 4/6/2021.

<sup>8</sup> KLUGER, *ob. cit.*

<sup>9</sup> GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pág. 15.

<sup>10</sup> KLUGER, *ob. cit.*

<sup>11</sup> KLUGER, *ob. cit.*

concreto se relaciona con las ideas jurídicas vigentes en ese momento<sup>12</sup>. Entre nosotros José María Díaz Couselo ejemplifica que no se puede entender cómo reguló nuestro codificador la familia, así como la ley de matrimonio civil y demás modificaciones al Derecho de familia, si no entendemos el pensamiento jurídico de la época<sup>13</sup>.

El historiador se mueve del presente al pasado y viceversa, “para comprender ese pasado, y especialmente el presente, pero más aún, para iluminar el futuro”<sup>14</sup>.

Agustín Parise advierte acerca de las consecuencias de la omisión del estudio de nuestra materia, cuando afirma que “el descuido de la historia resulta en un conocimiento fragmentario e incompleto del derecho, el cual alcanza solamente un conocimiento superficial y externo”<sup>15</sup>.

Ricardo Marcelo Fonseca ha sostenido la importancia de explicar y plantear los problemas críticamente y no solo enunciar de datos inútiles, “hacer que ese saber sirva de algún modo”<sup>16</sup>.

De esa proyección de la historia del Derecho hacia el futuro da cuenta García Ramírez, cuando, parafraseando a Carlos Petit aconseja “cultivar el pasado del Derecho, volverlo memoria del presente, aprehenderlo en su contexto con el fin de ajustarlo a las condiciones que rodearon y moldearon la formación del mismo”<sup>17</sup>.

### 3. ¿POR QUÉ HAY QUE INCLUIR LA HISTORIA DEL DERECHO EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE LAS ESCUELAS DE DERECHO?

En el imaginario de muchos alumnos, profesores y aun de los egresados, la Historia del Derecho es considerada como una disciplina formativa, que “alarga” el horizonte cultural de los alumnos, una materia de “relleno”. En el mejor de los casos, tal como señala Ana Brisa Oropeza, un contenido “deseable”<sup>18</sup>, pero no imprescindible.

Ezequiel Abásolo ha señalado su preocupación acerca del desinterés en la disciplina por parte de las universidades y ha advertido acerca de la indiferencia –cuando

<sup>12</sup> COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1961, p. 285.

<sup>13</sup> DÍAZ COUSELO, José María, “Reflexiones sobre relaciones entre la Historia del Derecho y la ciencia jurídica” en *Perspectivas y desafíos de la historia del Derecho argentino*. I Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Córdoba (8 y 9 de noviembre de 2007), Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010, p. 263.

<sup>14</sup> UNZUETA OVIEDO, Carolina, “Para una teoría de la Historia del Derecho”, *Atenea*, núm. 513, enero-junio, 2016, Universidad de Concepción, Chile, pp. 183-198.

<sup>15</sup> PARISE, Agustín, “Derecho Comparado e historia del Derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, *Estudios de Derecho Comparado*, Pedro Aberastury (compilador), Editorial Universitaria de Buenos Aires - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México, 2012, p. 179.

<sup>16</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, *Introducción Teórica a la Historia del Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 18.

<sup>17</sup> GARCÍA RAMÍREZ, J., “Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del Derecho: un discurso sobre el discurso”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), (2008). pp. 73-96, disponible en <https://revistas.upb.edu.co/index.php/Derecho/article/view/3931>, consultada el 7/6/2021.

<sup>18</sup> OROPEZA CHÁVEZ, Ana Brisa, “Enseñar Historia del Derecho en tiempos del COVID-19”. Inédito. Agradezco a la Dra. Oropeza Chávez la generosidad de haberme hecho llegar este trabajo.

no la abierta hostilidad— de las autoridades universitarias hacia las actividades histórico-jurídicas<sup>19</sup>.

En función de estos criterios y del foco puesto en lo que se considera su nulo aporte para el ejercicio profesional, ha sido “corrida” de los planes de estudios, a través de su oferta como materia “optativa”, o por medio del “reparto” de sus contenidos entre otras asignaturas —Historia Constitucional, Historia de las instituciones, Derecho político, etc.— o directamente a través de su eliminación total. En el caso de la inclusión de sus contenidos entre distintas disciplinas, el problema que se presenta es que quienes dictan esas asignaturas no son historiadores del Derecho y por lo tanto son incapaces de enseñar esos temas desde una perspectiva histórico-jurídica.

Tengo para mí que la Historia del Derecho debe formar parte de los planes de estudio de las Escuelas de Derecho.

Las razones en las que fundo mi opinión son varias, y muchas de ellas son el resultado de las reflexiones efectuadas en los párrafos precedentes.

La Historia del Derecho sienta las bases que permiten trazar con precisión las coordenadas en las que han tenido origen las instituciones que irán estudiando en las distintas materias de su plan de estudios.

Quienes cursen la disciplina tendrán muchas más posibilidades de convertirse en futuros juristas, y no simplemente en “operadores” del Derecho. Evitarán transformarse en especialistas en compartimientos estancos, fragmentados, porque contarán con herramientas para poder entender el mundo en el que viven y en el que en futuro van a desarrollar su profesión. Contarán con herramientas metodológicas que les van a servir en el ejercicio profesional, o en las tareas de asesoramiento, un bagaje cultural que irá al rescate de ellos cuando tengan que darle una respuesta al cliente, al asesorado, al que acuda a la justicia para buscar una respuesta y una solución a su problema.

El estudiante de hoy será el futuro político, juez o legislador. En un país como Argentina, en el que históricamente el graduado en Derecho se inserta en todos los ámbitos —la mayoría de los presidentes, legisladores y por supuesto, los jueces, son abogados—, los graduados en Leyes son quienes diseñan el orden jurídico<sup>20</sup>.

Por las razones apuntadas, quienes enseñamos Historia del Derecho tenemos que enfrentar el desafío de que nuestra materia se presente como atractiva, y sobre todo útil, para nuestros alumnos.

En razón de lo apuntado, entre las claves para enseñar la materia debiera estar, en primer lugar, demostrarles a nuestros estudiantes que no pretendemos que memoricen fechas y nombres, sino que aspiramos a que aprendan a interpretar los procesos, a construir alternativas, a habilitarles la curiosidad, a fundamentar sus ideas mediante la búsqueda de las fuentes. En palabras de José María Díaz Couselo, construir una Historia del Derecho útil y no solo teórica, para que los alumnos tomen conciencia de que la Historia del Derecho sirve para algo; “acercar la historia a la vida cotidiana de los alumnos”<sup>21</sup>, demostrarles que la Historia del Derecho es enseñanza para el futuro.

---

<sup>19</sup> ABÁSULO, Ezequiel, “Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX”, *Forum Historiae Iuris*, 7, mai 2009, disponible en <https://forhistiur.net2009-05-abasolo>, consultada 14/6/2021.

<sup>20</sup> KLUGER, *ob. cit.*

<sup>21</sup> DÍAZ COUSELO, *ob. cit.*

#### 4. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS

En función de lo expuesto precedentemente, entiendo que los historiadores del Derecho tenemos que dar nuevas batallas y encarar su estudio desde nuevas perspectivas.

En este sentido, debemos superar visiones “recortadas” que limitan el estudio del fenómeno jurídico, y avanzar hacia nuevos enfoques, como por ejemplo, el del estudio comparado de la Historia del Derecho.

Agustín Parise señala que el Derecho no consiste en compartimentos estancos, “donde cada jurisdicción experimenta sus propios eventos” en relación directa con sucesos pretéritos y foráneos. Muy por el contrario, sostiene que los sistemas jurídicos actuales son el resultado de la vinculación de soluciones anteriores, y citando a Gordley señala el Derecho en un tiempo y un espacio determinados no debe considerarse como un objeto aislado de estudio<sup>22</sup>.

En la misma dirección, Ezequiel Abásolo sostiene la necesidad de poner el énfasis en lo eventualmente compartido y lo que pueda ser comparado recíprocamente, y con especial referencia al ámbito latinoamericano, ha afirmado que “la *latinoamericanidad* reclama del historiador del Derecho asumir una actitud tendiente a superar los antiguos enfoques circunscriptos al examen de las trayectorias estatales, y aún más a las de carácter meramente comarcal”<sup>23</sup>.

Los estudios histórico-jurídicos debieran poner el foco en la circulación de ideas, mentalidades jurídicas, doctrina, modelos normativos y sobre todo, estar atentos a los trasplantes legales, definidos por Alan Watson como el movimiento de una regla o un sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro<sup>24</sup>.

Todo ello porque conforme Parise, los escenarios legales no son exclusivos de determinadas regiones, sino compartidos o repetidos en las diversas jurisdicciones y por lo tanto, las comparaciones en el tiempo y en espacio ayudan a mejorar las disposiciones locales ya existentes o las que se creen en el futuro<sup>25</sup>.

También aporta a las investigaciones ius históricas, el diálogo interdisciplinario con historiadores generales y con los expertos del Derecho positivo, para evitar que caigan en un dogmatismo jurídico o como expresa Abásolo para “corregir el rumbo y finalidad de sus indagaciones”<sup>26</sup>.

#### 5. CONSIDERACIONES FINALES

Las reflexiones precedentes apuntaron a demostrar la importancia de la inclusión de la Historia del Derecho en los planes de estudio de las Escuelas de Leyes.

A lo largo de estas páginas, he tratado de demostrar que la Historia del Derecho debe estudiarse para entender las claves de interpretación y de comprensión del desarrollo jurídico, desde sus antecedentes más remotos hasta nuestros días, con el objeto

---

<sup>22</sup> PARISE, *ob. cit.*

<sup>23</sup> ABÁSULO, *ob. cit.*

<sup>24</sup> WATSON, Alan, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Athens (Georgia) y Londres, The University of Georgia Press, Segunda Edición, 1993, p. 21.

<sup>25</sup> PARISE, *ob. cit.*

<sup>26</sup> ABÁSULO, *ob. cit.*

de ampliar el horizonte del conocimiento científico, entender el marco cultural en el que está inserto el Derecho y comprender las líneas que llevan a transformación de nuestro ordenamiento jurídico. Waldemar Martins Ferreira lo ha graficado magníficamente, al señalar que nadie es capaz de dar un paso de vanguardia sin dejar otro pie en la retaguardia<sup>27</sup>.

La Historia del Derecho no es un saber teórico para unos pocos investigadores que la cultivan desde su “torre de marfil”, sino que es necesaria para los estudiantes, los abogados, los legisladores, los jueces y los políticos. La disciplina nos ayuda a despegar del suelo, nos provee de alas, nos eleva hacia la búsqueda de las raíces de nuestro sistema jurídico, para poder entenderlo mejor, para poder interpretarlo, para modificarlo cuando la evolución de la sociedad determine que ésta ya no pueda abastecerse de las soluciones vigentes.

En definitiva, creo que todos los que de una manera u otra tienen relación con el Derecho, porque lo estudian, porque lo utilizan en su ejercicio profesional, porque proponen reformas legislativas, porque lo interpelan o aplican, no pueden prescindir del estudio de nuestro pasado jurídico, para poder entender el Derecho presente.

---

<sup>27</sup> MARTINS FERREIRA, Waldemar, *História do direito brasileiro*, Rio de Janeiro - São Paulo, Librería Freitas Bastos, 1951, p. 11.