**PONENCIA**

**“LA HISTORIA COMPLEMENTO CULTURAL DEL DERECHO”**

Dr. Maximo Carvajal Contreras

XV Congreso Latinoamericano

Lima, Perú

Septiembre 2014

**INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende ahondar en el conocimiento, ya antiguo, de la interacción que debe tener el Derecho y la Historia.

Vieja de siglos es la estrecha relación que existe entre estas dos ciencias: La histórica y la jurídica. No obstante esta antigüedad en los últimos lustros, han surgido “tendencias” a eliminar de nuestras currículas o pensum las materias de corte histórico como son: El Derecho Romano, la Historia del Derecho Patrio y la Historia Universal del Derecho.

En mi opinión, sería aberrante dar entrada a dichas ideas, que carecen completamente de validez teórica, científica y práctica. La historia y el derecho, el derecho y la historia son un binomio perfecto, dos eslabones de una misma cadena.

Pensando y actuando conforme a mi convicción es que he decidió escribir este trabajo en ocasión al XV Congreso de la AFEIDAL, ha celebrarse en Lima, Perú y cuyo tema central es la *“Formación Interdisciplinaria en la Educación Jurídica”* con un subtema de *“Derecho, Antropología e Historia”.*

Aprovecho este espacio para felicitar al grupo de Decanos y ex Decanos peruanos que tuvieron la brillante idea de que dicho Congreso aborde esta temática, importantísima para el estudio del Derecho.

El abogado, el Licenciado en Derecho, el Jurista debe y tiene que ser una persona culta, preparada, con conocimientos multidisciplinario. Mujeres y hombres que dominen el lenguaje, la historia, la economía, la ciencia política, los aspectos internacionales, la sociología, los medios masivos de comunicación, la psicología. En fin el profesional del derecho debe ser – como decían en el México antiguo – el letrado, es decir, un ser de letras, instruido, preparado y cultivado en varias ramas del saber y alguna de las manifestaciones más exquisitas del pensamiento humano.

Los que profesamos la ciencia jurídica sabemos de su importancia, somos adoradores de Diosas y Dioses, Maat en la Mitología Egipcia, Themis y Astrea en la griega; en Roma Fas y Iustitia, en la nórdica. Forseti, Dios de la justicia y la verdad.

Pero también tenemos abogados que han alcanzado la santidad: Son Ivo de Kermantin, San Tomás Moro, San Raymundo de Peñaflort, San Alfonso María de Ligorio y San Tomás de Canterbury.

Por eso el ilustre jurista Mexica Dr. Diego Valadés nos dice “el abogado es el notario de la historia, un tanto que recoge en leyes e instituciones el progreso de la humanidad y de su marcha ascendente hacia formas más elevadas de justicia y libertad” cita tomada del Libro Prolegómenos de Filosofía Moral del insigne maestro José Campillo Sáinz, página 88

Por lo anterior, hacemos en el capítulo primero un análisis de ¿qué es la historia?, para que en el capítulo segundo señalemos las más importantes aportaciones que el derecho ha realizado en beneficio de la humanidad y que conocemos gracias a la historia.

Concluyendo con algunas ideas finales; afirmando que la historia y el derecho se conectan en sí, para lograr un fin esencial, el desarrollo del ser humano.

**CAPÍTULO I**

El concepto de historia ha sufrido en el tiempo una serie de cambios de mayor o menor importancia, en la actualidad podemos precisar que la historia es el conocimiento válido y verdadero del hombre en el tiempo, no como un ente sino como integrante de una sociedad. Así lo ha entendido Marc Bloch, [[1]](#footnote-2) cuando dice “que la historia es la ciencia de los hombres en el tiempo”, es decir “el historiador piensa no solo en lo humano; sino también en la atmósfera en la que su pensamiento respira naturalmente”. Más adelante reafirma “el tiempo de la historia, realidad concreta y viva abandonada a su impulso irrevertible, es el plasma mismo en que se bañan los fenómenos y algo así como el lugar de su inteligibilidad”. Este autor para compartir su idea transcribe el proverbio árabe que dice “los hombres se parecen más a su tiempo que a sus padres”.

Sabemos que el historiador vincula el presente al pasado y el pasado al presente; que la historia es una ciencia con metodología y medios de investigación definidos. El mismo Bloch así lo entiende al afirmar que “la incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero no es, quizás, menos vano esforzándose por comprender el pasado si no se sabe nada del presente”.

Los diversos autores de la materia, particularmente Marrou, han planteado dos enfoques de la historia, la historia como realidad y la historia como conocimiento. La historia de la realidad se constituye por los hechos que objetivamente se producen en tiempo y lugar determinado. Hechos que por su importancia y trascendencia el historiador investiga, analiza, interpreta y reconstruye, esto da como resultado la historia de un conocimiento subjetivo, que está sujeto no solo a la interpretación del investigador sino también al sentimiento y pensamiento de los intermediarios. Vale la pena señalar los comentarios que Edward H. Carr [[2]](#footnote-3) realiza en su obra, al decir que la historia “será un proceso continuo de interacción entre el historiador y sus hechos, un diálogo sin fin entre el presente y el pasado. En otro pasaje de su obra, afirma: “la función del historiador no es ni amor al pasado ni emanciparse de él, sino dominarlo y comprenderlo como clave para la comprensión del presente”

Carr está criticando la función meramente subjetiva del historiador, punto defendido por Collingwood, al afirmar que el énfasis puesto en el papel del historiador como el hacedor de la historia tiende, llevado a sus lógicas consecuencias, a destacar toda historia objetiva “la historia es lo que hace al historiador”. Por otro lado, Henry Corbin sostiene que la historia con mayúsculas es el hecho real y verdadero y la historia con minúscula, es lo que los historiadores han podido y han querido interpretar, es decir la mayúscula es la imagen del pasado que se recompone mediante el trabajo del historiador.

La historia como cualquier ciencia tiene límites, uno de ellos es el tiempo, la historia siempre se referirá a hechos pasados; o como elegantemente lo dice Juan Brom[[3]](#footnote-4) “la historia es el fascinante viaje del hombre a su propio pasado”. Al pasado, según Brom, lo debemos entender como el elemento común en todas las historias, como la idea del cambio, del movimiento, de la modificación: El historiador no es testigo presencial de los hechos históricos, tiene que recurrir a la información que en alguna forma ha sido aportada por los testigos. Bloch señala que solo los hechos que resisten críticas, que sean comprensibles, que se refieran a acontecimientos de hombres como integrantes de una sociedad puedan ser parte del conocimiento histórico.

Carr nos informa que para algunos historiadores como Grandgrind, lo único que se necesita en la vida son hechos. Cuando Ranke apuntaba que la tarea del historiador era solo mostrar lo que realmente aconteció, lo único que estaba haciendo era crear el culto de los hechos, o cuando se afirma que la historia consiste en un cuerpo de los hechos verídicos y los hechos los encuentra el historiador en los documentos, en las inscripciones y lo que hace el historiador, es reunirlos y presentarlos de la manera como a él le conviene, estamos en presencia de una forma muy subjetiva de analizar la historia. Pero en realidad, es que los hechos no pueden verse bajo este cristal, deben tener el ingrediente de objetividad necesario para que en primer lugar, seleccionar los hechos que son históricos, es decir, no todos los hechos tienen el carácter de históricos. El historiador es quien decide a qué hecho se da paso y en qué orden y contexto hacerlo, como dice Carr “el historiador es necesariamente selectivo”. En segundo lugar, para hacer una valuación desprovista de todo interés personal.

Contra la corriente estructuralista, de que los hechos en forma subjetiva son el templo del conocimiento, sobre el que descansa la investigación histórica, a fines del siglo anterior con Dilthey y Croce a la cabeza, se inicia una nueva óptica de ver los hechos históricos que consiste en observar a la historia, en ver el pasado, en ver los hechos históricos esencialmente con ojos del presente y a la luz de los problemas actuales y que la tarea del historiador no consiste en recoger los hechos, darle paso a ellos y poder aceptarlos, porque se encuentran en un documento sino que la auténtica tarea del historiador es valorar los hechos. Croce ejerció una gran influencia en Collingwood[[4]](#footnote-5) quien nos da una nueva concepción de la historia al decirnos que la historia “no se ocupa del pasado en sí, ni de la opinión que de él en sí se forma el historiador, sino de ambas cosas relacionadas entre sí”, es decir que el pasado que estudia el historiador no es un pasado muerto, sino un pasado que en cierto modo vive uno en el presente, como afirma el mismo autor “toda la historia es la historia del pensamiento, y la historia es la reproducción en la mente del historiador del pensamiento cuya historia estudia”.

En consecuencia, creemos que la posición estrictamente subjetiva de ver a los hechos con la óptica y la problemática actual, son posiciones radicales e inaceptables, creemos que los hechos son los cimientos y la base de la historia, pero que el criterio de selección e investigación que hace el historiador de los hechos, es el complemento para formar las paredes y el techo de ese gran edificio que es la historia, creemos como dice Carr, que el historiador y los hechos de la historia se son mutuamente necesarios.

La historia no es solo una narración descriptiva, es un análisis crítico y racional de los hechos y para su estudio es necesario el conocimiento de las fuentes que pueden ser arqueológicas, documentales, narrativas, cronológicas, relatos, leyendas, etc., ya que el devenir históricos ha dejado huellas de su desarrollo, de la vida en el pasado, de las costumbres, lo que se traduce en mínimos detalles como utensilios, ropas, tumbas, códices, papiros, tablillas de arcilla, pintura rupestres, pirámides, etc., de todo lo anterior, podemos decir que es un conocimiento histórico, es un conocimiento científico, como lo afirma Fernand Braudel[[5]](#footnote-6) que se refiere fundamentalmente el acontecimiento de larga duración.

Braudel se percató que los fenómenos históricos tienen una duración diferente del tiempo que necesariamente requieran para desenvolverse; reuniendo estos lapsos, los clasifica en tres: fenómenos de larga duración, fenómeno de media duración y fenómenos de corta duración.

El tiempo de corta duración, es el que está determinado por otro acontecimiento relevante y transcendental, es un relato precipitado, dramático, de corto alcanc. Es el tiempo del individuo.

El fenómeno de media duración, se identifica con la historia de las oscilaciones, la de los ciclos, la de los kondrateieff; es decir, el tiempo medio se asemeja a la historia coyuntual. Es el tiempo de las sociedades, de las organizaciones.

La larga duración será lo básico para el tiempo de la historia, “factor esencial determinante”, “incidiendo en la duración media y en la duración corta”, como dice Braudel “la historia tiene mucho que aprender, más también un poco que enseñar, principalmente sobre la larga duración que vincula el pasado al presente, porque captado con mayor óptica, el pasado penetra en el presente”. Los fenómenos de larga duración son dominados por lo que llama Brudel estructura, entendiéndose por esto “un ensamblaje, una estructura, pero, más aún, una realidad que el tiempo tarda enormemente en desgastar y transportar”. Será entonces, como elegantemente ha definido este autor a la historia, diciendo que “la historia es hija de su tiempo”.

En relación a la problemática de la historia, desde su punto de vista subjetivo u objetivo, Braudel cree además de que los hombres hacen la historia, la historia también hace a los hombres y modela su destino. Que la historia tradicional, la historia – relato no nos ofrece del pasado más que imágenes frágiles, hechos pero sin humanidad, sin el sudor de los hombres. Lo que hay que abordar son las realidades sociales, es decir, las formas amplias de la vida colectiva: las economías, las instituciones y sobre todo, las civilizaciones. Todo dentro de una unidad, unidad de la vida dada en un tiempo, el tiempo de la larga duración, así lo entiende poéticamente Braudel cuando dice “el tiempo de las verdaderas revoluciones, es también el tiempo en que florecen las rosas”.

Ese tiempo que es una relación dialéctica, en donde el hoy está determinado por el pasado y el pasado determinado por el hoy. El pasado y el presente ambos inseparables.

Braudel como claro exponente de la escuela de los Annales, pretende el estudio multidisciplinario, la eliminación de fronteras entre las ciencias sociales e incluso, con las matemáticas. Afirma que todo estudio del pasado debe necesariamente comportar una minuciosa medida, de lo que, en determinada época, afecte exactamente a su vida; obstáculos geográficos, obstáculos técnicos, obstáculos sociales – administrativos. Como se observa, esta es una idea totalizadora que insiste en la urgente necesidad de hacer que las disciplinas que estudian el comportamiento humano, tengan conexión entre sí, que coadyuven a lograr el objetivo final: el estudio del hombre.

De los puntos anteriormente señalados, podemos mencionar que limitantes al conocimiento histórico: aspectos temporales, es decir el conocimiento histórico que se refiere forzosamente a hechos del pasado; en el aspecto cualitativo, son hechos que tienen una trascendencia posterior a la época y al momento en que se producen; por los sujetos que intervienen, son acontecimientos realizados por hombres integrantes de una sociedad; por la metodología que su reconocimiento requiere, son hechos científicos cuyos antecedentes lo constituyen los datos que se pueden contener en los documentos, testimonios, huellas, vestigios, de los cuales el historiador validará, seleccionará y le dará importancia histórica.

Así lo entiende Jean Chesneaux[[6]](#footnote-7) cuando afirma que “el pasado, próximo o lejano igualmente, tiene siempre un sentido para nosotros. Nos ayuda a comprender mejor la sociedad en que vivimos hoy, a saber qué defender y preservar, a saber también qué derribar y destruir. La historia es una relación activa con el pasado. El pasado está presente en todas las esferas de la vida social”. Idea que más adelante ahonda, al afirmar que “al situar la relación colectiva con el pasado como base del conocimiento histórico, se invierte radicalmente la relación presente – pasado”. Ya no es el pasado el que está en el puesto de mando, el que da lecciones, el que juzga desde lo alto de su tribunal. Es el presente el que plantea las cuestiones y haces las conminaciones. Es decir, ya no se trata como quería conseguirlo en forma mínima Lucien Febvre, de buscar y poner de relieve, en el pasado, los acontecimiento que preparan el tiempo presente y que permiten comprenderlo, que ayuden a vivirlo, sino ampliándolo, el conocimiento del pasado nos debe ayudar a cambiar o a defender el presente y el porvenir hasta como dice Chesneaux” es la trama misma de la historia”.

Mención especial merece el materialismo histórico como parte integrante de la filosofía marxista, como una teoría sociológica material. El materialismo histórico es la primera teoría que nos da respuestas científicas sobre el conocimiento histórico y el conocimiento de la sociedad. Su piedra angular consiste en haber sustraído a la concepción idealista de la historia, por una concepción científica materialista. Antes del materialismo histórico, los hombres hacían la historia, partían de un hecho observado directamente, a que están dotados de conciencia y voluntad y por lo tanto, todos los actos realizados pasan a través de su conciencia. El materialismo se piensa que los hombres antes de elaborar ideas o teorías, han de vivir y para poder vivir debe comer, vestir, tener un techo. Es producirlas y para lograrlo tuvo que entrar en relaciones recíprocas, en un proceso de producción de bienes materiales y esta producción material es la base sobre la que se erige el modo de vivir de los hombres, lo que determina la vida en la sociedad.

El desarrollo de las mismas sociedades, mostró que no existen sociedades en abstracto, en general, punto de partida de los pensadores burgueses. La sociedad actúa en cada período histórico, dado como tal, es decir como una sociedad concreta, en la que un nivel determinado en el desarrollo de las fuerzas productivas corresponden unas relaciones políticas, morales, familiares, domésticas, etc., estas formas son típica para esa sociedad concreta. Cada formación económica – social, es un mecanismo social peculiar que aparece, se desarrolla y transforma con sujeción a leyes.

El materialismo histórico puso de relieve que las leyes naturales y económicas no tienen nada que ver con fuerzas sobrenaturales que actúan al margen de los hombres, sino que son leyes que las realizan los hombres mismos dentro de un complejo laberinto de acciones humanas, pero acciones no individuales sino de grandes grupos sociales, es decir, de las clases, de las masas populares. En base a estas acciones se hallan los intereses capitales de los hombres, intereses que surgen de sus condiciones materiales de vida. Las masas son realmente las verdaderas creadoras de la historia.

Como se podrá observar, el materialismo histórico niega un papel determinante a las ideas, así como a las personalidades en la historia. El materialismo histórico no proporciona el conocimiento directo de la historia concreta, sino que establece las pautas para conocer la historia, lo cual permite orientarse con acierto, en la compleja red de los fenómenos sociales, definir el lugar del conocimiento en la lucha de las masas populares por el progreso y participar conscientemente en la edificación del comunismo.

Estamos de acuerdo con R.G. Collingwood, en que cualquier historiador que satisfaga las cuatro interrogantes que el autor se hace, podrá dar una idea cabal de qué es la historia. Las interrogantes son: la definición de la historia, el objeto de la historia, ¿cómo procede la historia? y para qué sirve la historia?. Entremos al análisis aunque sea en forma somera, en respeto a la extensión que debe tener este trabajo.

*Definición de la historia.-*  Sabemos que etimológicamente historia significa indagación, es un tipo de investigación o interrogación. Como dice Carr “la historia consiste en un cuerpo de hechos verificables. Es un proceso continuo de interacción entre el historiador y sus hechos, un diálogo sin fin entre el presente y el pasado”. O como dice Marrou “la historia siempre es la relación entre el presente y el pasado. Porque la relación es la conciencia de dos partes de la misma cosa”. Para Braudel “la historia es la hija de su tiempo. Es una investigación científicamente dirigida, una ciencia pero compleja”. Para Juan Brom, la historia “es la ciencia que estudia al hombre a través del tiempo”. Lucien Febvre[[7]](#footnote-8) ha definido a la historia “como una necesidad de la humanidad – la necesidad que experimenta cada grupo humano, en cada momento de su evolución de buscar y dar valor en el pasado a los hechos, a los acontecimientos, a las tendencias que preparan el tiempo presente, que permiten comprenderlo y que ayudan a vivirlo –”.

*El objeto de la historia.-* Todos los autores que hemos analizado, coinciden en que el objeto de la historia son los actos que seres humanos han realizado en el pasado. Lo que ha sido polémico es la forma, el modo en cómo se deben de interpretar, analizar y observar estos hechos del pasado.

La delimitación temporal es una de las características fundamentales de los hechos históricos, un dato que contenga información del pasado y que sea reconocido por un historiador, constituye un hecho histórico; vale la pena aclarar que no todos los datos del pasado son hechos históricos, sino solamente aquéllos que el historiador selecciona deliberadamente para analizarlo, observarlo y tratarlo así el presente como es conocimiento del pasado. Este hecho seleccionado debe tener la objetividad necesaria que lo convierta en una lección para el hombre del presente o para el hombre del futuro. Los datos nunca hablan por sí solos, es el historiador quien los valida y les da su dimensión.

En relación con el ámbito espacial del hecho histórico es indudable, y en esto también los autores están de acuerdo en que su ámbito es universal ya que dicho hecho histórico es científico y racional.

*¿Cómo procede la historia?.-*  Según Collingwood “la historia procede interpretando testimonios. Entiéndase por testimonio, la manera de designar colectivamente aquéllas cosas que singularmente se llaman documentos, en cuanto un documento es algo que existe ahora y aquí, y de tal índole que, al pensar el historiador acerca de él, puede obtener respuesta a las cuestiones que pregunta acerca de los sucesos pasados”, creemos que en vez de denominar testimonios como lo hace Collingwood, es más correcto la designación de fuentes. Por fuente entendemos el medio por el cual accedemos al conocimiento de un hecho. Se han dado infinidad de fuentes de la historia y aquí repetiremos algunas con un carácter enunciativo, por ejemplo: Para Childe fuente es todo dato, huella, son documentos, cacharros, libros antigüos, inscripciones, etc; lo que ha llevado a los historiadores a hacer una clasificación de fuentes directas y de fuentes indirectas.

Las fuentes directas serían las que fueran deliberadamente hechas para transmitir una información o un conocimiento a la posteridad. Las indirectas son aquéllas cuyo propósito no fue histórico. También se habla de fuentes escritas y no escritas, las primeras, serán las que transmitan el conocimiento en forma grafa y las segundas, a través de comunicaciones verbales o narrativas, aquí podríamos ejemplificar las relativas al folklore y a los mitos.

También se habla de fuentes primarias y secundarias, unas nos dan información relativa al hecho histórico, la otra, el tema secundario es el histórico. Hay otros más que creen que las fuentes pueden ser originarias y derivadas. Las primeras son las formuladas por quienes protagonizaron directamente el hecho histórico. Hay otros más que creen que las fuentes pueden ser originarias y derivadas. Las primeras son las formuladas por quienes protagonizaron directamente el hecho histórico, o quien las presenció, o quien las plasmó; las segundas son las realizadas por los intermediarios que no vivieron el hecho en sí.

Rebasaría los límites del trabajo profundizar sobre las fuentes de la historia basta decir, que existe una disciplina, la Heurística que tiene por fin dar a conocer las fuentes y las ciencias auxiliares que han de abrir al historiador el sentido y la inteligencia de esas mismas fuentes. Es el proceso que sirve para transformar el testimonio en fuente. Es el hallazgo de las fuentes.

*¿Para qué sirve la historia?.-* Collingwood piensa que la historia es para el autoconocimiento humano, consiste en que nos enseña lo que el hombre ha hecho y en ese sentido, lo que es el hombre. En cambio Carlos Pereyra, en la obra ¿Historia para qué? Piensa que esta interrogante debe enmarcarse dentro de la problemática de la función o utilidad del saber histórico y de la legitimidad de ese saber. La historia – dice – no es juzgar; es comprender y hacer comprender. “Los juicios de valor son inherentes a la función social de la historia pero ajeno a su función teórica”. Un aspecto decisivo del oficio de la historia consiste, precisamente, en vigilar que la preocupación por la utilidad (política – ideológica) del discurso histórico no resulte en detrimento de su legitimidad (teórica)”.

Luis Villoro afirma que “la historia responde al interés en conocer nuestra situación presente”. Y más adelante afirma que la historia sirve “para dar un sentido a la vida del hombre al comprenderla en función de una dotación que la abarca y de la cual forma parte”.

Chaunu diría que la historia es “para ser tenida como investigación básica de la ciencia y de las técnicas sociales”.

Por otro lado, Enrique Florescano piensa que la historia sirve para comprender el pasado y dominar el presente.

En resumen, podríamos aquí transcribir lo que la contraportada del libro Historia ¿para qué?, manifiesta “¿para qué la historia? para atender las urgencias y preguntas del presente, para afianzar, construir o investigar una identidad, para recomponer la certeza de un sentido colectivo, para fundar las legitimidades del poder, para imponer o negar la versión de los vencedores, para rescatar la de los vencidos”.

**CAPÍTULO II**

Las Instituciones Jurídicas a través la Historia del Derecho.

Parte esencial en la formación del estudioso del derecho, es el conocimiento que obtenga a través del tiempo y del espacio, de la evolución histórica que se ha realizado en las instituciones jurídicas y en las leyes que le han otorgado sustento.

Es por esa razón que el Derecho encuentra en la historia el complemento útil y necesario para tener una adecuada preparación técnica del saber jurídico, además de aumentar su conocimiento cultural, humanístico y social, al conocer el desarrollo que ha tenido el ser humano.

Deseo hacer algunas precisiones sobre este tema antes de entrar al fondo del mismo. La primera sería que la escritura fue el invento que permitió abandonar la tradición oral y plasmar en signos el pensamiento humano. Se dice que el invento de la escritura se encuentra históricamente iniciado en el área de la Mesopotamia por los sumerios en la segunda mitad del cuarto milenio A.de Cristo (Código de Hammurabi, Federico Lara Peinado, pág 9). Las primeras formas de escritura fue la cuneiforme teniendo como soporte las tablillas de barro o arcilla cocida; en los egipcios la escritura fue jeroglífica su soporte el papiro, solo por mencionar dos sistemas.

Sabemos que los fenicios, en la ciudad de Ugarit, actualmente Siria, elaboraron el primer alfabeto del mundo.

La segunda es que el Derecho ha estado presente desde los albores de la humanidad, primero en forma rudimentaria con la ley del más fuerte, después a través de la tradición oral en forma de usos y costumbres, que va adquiriendo fuerza dentro de la comunidad cuando va siendo aceptada por todos.

Cuando las “bandas” de personas van dejando la recolección, la caza y se transforman en sedentarios – gracias a la agricultura – se van formando pequeñas comunidades que adoptan formas matriarcales de vida, evolucionando a grupos más numerosos que forman aldeas y después ciudades, es en este período donde comienza una estratificación y jerarquización social, así como, una precaria división de trabajo; en esta etapa van a surgir las primeras manifestaciones escritas del derecho a través de leyes y códigos. En resumen, es afirmar que el Derecho es concomitante con la sociedad – “ubi societas ubi jus”.

La tercera precisión es el debido uso de las fuentes históricas del Derecho; Guillermo Floris Margadant, “Panomara de la Historia Universal del Derecho” dice que hay una historia externa del Derecho la que se abreva de sus fuentes históricos y sirve de instrumento a la historia interna del derecho que es la que nos enseña las instituciones jurídicas.

Esta será nuestra idea en este segundo punto del trabajo que realizamos, indagar brevemente y a salto de la cronología, por la limitante de la extensión, el origen de algunas de las formas jurídicas de diversas disciplinas.

La vida primitiva aporta algunos aspectos “jurídicos” como la convivencia sexual, el tótem, el tabú, la jerarquización del grupo. Dentro del aspecto sexual surge la poliandria y la poligamia, el sistema exogámico o endogámico. Estos son vestigios de un derecho familiar.

Gracias a la agricultura tenemos el nacimiento de varias importantes figuras jurídicas. La posesión, la propiedad, el derecho y los tribunales del agua.

La guerra entre aldeas trae varias consecuencias de derecho, nace la esclavitud, creando una nueva capa social dentro de la estratificación. También surgen las alianzas entre ellos para una mejor defensa.

Posteriormente a que la agricultura, la ganadería, la cacería y recolección de frutos como actividades humanas, surge la fabricación de objetos, o funciones religiosas, administrativas y militares. Cuando las aldeas tienen exceso de producción de bienes surge el cambio de productos, naciendo el comercio en su forma más primitiva: el trueque. La historia nos señala que las tablillas con mayor antigüedad son las que se refieren al comercio (contratos, cuentas, recibos). Más adelante además del comercio inter ciudad y lugares cercanos, se iniciara el comercio a gran distancia o lo que actualmente es el comercio exterior.

DERECHO SUMERIO

Es fundamental señalar la legislación que contó la humanidad en los albores de su desarrollo. Desde luego son del pueblo sumerio asentado en la Mesopotamia y que actualmente la mayor parte se ubica en Irak e Irán.

*Código de Urukagina. (Circa de 2350 A de C), de la ciudad de Lagash.-* Es el más antiguo que por referencias se conoce, su texto no se ha encontrado, pero por fuentes indirectas sabemos que fue un documento jurídico de avanzada para su época, al dar protección de ancianos, viudas y huérfanos; expulsión de usureros, ladrones y criminales; prohibió la extorsión y combatió el abuso de los funcionarios; reguló el divorcio, los entierros; suprimió impuestos; perdón de deudas; abolió la poliandria. El Código trata de reducir las diferencias entre las clases sociales.

*Código de Ur – Nammu – Rey de la ciudad de Ur. (Circa de 2050 A. de C).-* Lo más importante es que la reparación de los daños tienen un aspecto economicista. De los Códigos escritos es el más antiguo que se conoce hasta la fecha. Las penas por delitos se compensaban económicamente, sin embargo, los más infamantes a la sociedad tenían penas físicas; el adulterio, robo, homicidio caían dentro de esta hipótesis. Esta recopilación de leyes distinguía entre hombres libres y esclavos.

*Código de Eshnunna. (Circa de 1930 A.de C).-* Forman este Código cerca de 50 artículos escritos en Acadio. Proviene de la ciudad Eshunna. Trata temas de: relaciones familiares, propiedad, arrendamiento, salarios, esclavos, impuestos. Al principio tiene una especie de tarifa con precios de bienes como son: Cebada, aceite, sal, madera, cobre.

*Código Lipit – Ishtar de Isin. (Circa de 1870 A. de C).-* El Código contiene, por vez primera, a manera de prólogo que la redacción es obra divina, que el rey está cumpliendo la voluntad del Dios a través de los 40 temas que trata para aplicar justicia en beneficio de los habitantes.

La temática del conjunto de leyes, versa sobre: relaciones familiares, propiedad, herencia, cuidados y trabajo de las tierras para la agricultura, alquiler, esclavos y otros.

Algunos ilícitos daban lugar a compensación económica y otras con penas que podía llegar hasta la muerte. El Código se atribuye al quinto rey de Isin Lipit – Ishtar – LipMshter.

*Código de Hammurabi. (Circa del 1694 A. de C).-*  fue redactado por el rey babilónico Hammurabi. El Código llego a nuestro conocimiento a través de una estela encontrada en 1901 en el yacimiento arqueológico de Susa, actualmente en Irán y exhibida en el museo de Louvre, de París, Francia. Originalmente fue tallado en un bloque de basalto y varios ejemplares.

Contiene 282 leyes de las cuales varias están sin poderse leer debido al deterioro de la escritura. Es considerado como uno de los cuerpos legislativos más completos del mundo.

El ordenamiento, sin una adecuada sistematización se puede estructurar, a grandes rasgos y siguiendo el criterio de Federico Lara Peinado, en la obra Código de Hammurabi, página XXIX en la forma siguiente:

Infracciones, procesales, estatutos de la propiedad, beneficios y obligaciones, derivados de feudos militares, relaciones de posesión y otra especie, préstamos y otros negocios mercantiles, matrimonio y familia, sacerdotisas, adopción, lesiones corporales y aborto, médicos, arquitectos y barqueros materias agrícolas y ganaderas con sus sanciones penales, salarios y alquileres, compra venta de esclavos.

Este monumento jurídico fue una actualización de la legislación anterior y en algunos casos la modificó, por ejemplo en la aplicación de penas drásticas y la aplicación de la Ley del Talión. Tiene el gran mérito de ser el único cuerpo de leyes que ha llegado hasta nosotros en bastante buen estado.

EGIPTO

El Faraón era el legislador, el juez y el Dios en este lugar. Toda norma emanaba de su condición divina y estaba sujeta a él. No se conoce un texto legal hasta el momento pero si se sabe que existía un buen sistema judicial. En el imperio antiguo llegaron a existir 6 salas de justicia; en el imperio nuevo se tenía un tribunal superior y tribunales de excepción como el de carácter fiscal, procedimiento escrito y archivo judicial.

La primera aportación legal de Egipto es la que se refiere a una estela encontrada en el Templo de Karnak *Luxor, obra del Faraón Haremhab. (Circa del 1300 A.de C).* Compuesto de nueve capítulos donde se combaten los actos de corrupción; inspecciones periódicas a los funcionarios reales; tribunal compuesto por tres magistrados y dos instancias de justicia suprema con jurisdicción en el alto y bajo Egipto.

Interesante resulta mencionar el llamado “Código demótico de Hermópolis, descubierto entre 1937 y 1938 en el que se señalan un conjunto de prácticas jurisprudenciales y seguridad registral de documentos.

GRECIA

Este país nos permite diferenciar claramente el Derecho Público y el Derecho Privado.

El Derecho Griego es un derecho disperso, en el que cada polis (ciudad – estado) tenía sus normas jurídicas públicas y privadas.

Al principio la polis está formada por clanes (genea) que son grupos de familia que tienen a un basileus, equivalente al rey de la polis y a un consejo (los basileis de las geneas).

Lo interesante del Derecho Público Griego lo conocemos a través de dos ciudades – estado. Atenas y Esparta; y de sus más importantes constituciones, obran de Licurgo en Esparta y de Dracón y Solón en Atenas.

En Esparta hay dos reyes que solo tienen funciones religiosas y militares. El poder público residen en 5 Éforos y la Gerusia especie de senado compuesto de 28 ancianos a cuyo cargo estaba la función judicial y la de asesoramiento.

Los Eforos administraban y tenían un control ilimitado sobre todos los funcionarios incluyendo a los reyes. Esta polis tenía una forma aristocrática de gobierno.

Para Atenas, la Constitución de Solón es la que da su característica peculiar a esta ciudad. El gobierno se compone de una Asamblea Popular (ekklesia) integrada por 4 clases según la fortuna, 9 arcontes elegidos por sorteo y el consejo denominado Boulé con 400 miembros. La forma de gobierno es la democracia.

Como ejemplo de instituciones griegos que aún perviven podemos anotar: documento quirografario; hipoteca; anatocismo; anticresis; sinalagmático; enfiteusis; bienes parafernales: la ley Rhodia de lactu con la “avería gruesa”.

ROMA

Se dice que no hay estudio más necesario para el jurisconsulto que el Derecho Romano. Nada más cierto como lo veremos en las pocas líneas en que sintetizaremos su aportación. Para el mundo el mejor legado de Roma es su derecho. Por eso afirma Amado David Zogbi “Proyección de Institutos Romanos”. Página 10, no hay duda que estamos ante la fuente inagotable de donde emano el Derecho Universitario.

Algunas Instituciones de Derecho Romano Público.-

a.-) Monarquía en sus primeros años 753 a 510 A. de C.

b.-) República aristocrática del 510 al 27 A. de C.

c.-) El Imperio del 27 de A. de C. al 476 D. de C. para el occidente y para el de oriente hasta el 1453 D. de C.

a.- Monarquía como evolución histórica y Derecho Arcaico como evolución jurídica.- Con la fundación de Roma en el 753 A.de C da inicio este periodo siendo el primer monarca, el mítico Rómulo; concluyendo en el 510 A. de C. con Tarquino el antiguo.

En el Rey se unen los poderes administrativo y jurisdiccional, el senado tiene un papel de consejero; el sacerdocio participa mediante la ceremonia llamada “inauguratio” con la finalidad de demostrar que los Dioses estaban de acuerdo con el Rey. Existían los comicios que era la asamblea del pueblo quienes tenían la facultad de aceptar la ley que proponía el Rey, una vez aceptada la ratificaba el senado.

En la evolución jurídica se sabe que hubo un conjunto de leyes más bien de carácter religioso, denominados “leges regiae”, atribuidos a Sextus Papirius.

Realmente el inicio del derecho lo podemos encontrar en la existencia de la gran obra conocida como la “Ley de las 12 tablas”, primero 10 del año 451 A. de C. y luego 2 más del año 449 A. de C. Esta ley también llamada de la igualdad establece que entre patricios y plebeyos no hay distinción.

Su contenido: Las tres primeras tablas detallan el sistema procesal, las acciones y excepciones legales; la cuarta, toda la relativa al pater familia; la quinta, la herencia, tutela y curatela; en la seis, todo lo referente a la propiedad y posesión, la séptima, las servidumbres, la octava la parte penal, es decir, los delitos; la novena el derecho público y los delitos contra el pueblo romano; el derecho sacro se desarrollaba en la décima; la décima primera y décima segunda reforzaban lo señalado en las tablas una y dos y castigando el concubinato o matrimonio entre patricios y plebeyos y lo establecido por el pueblo romano en la ley.

b. República como evolución histórica y derecho clásico como evolución jurídica. La República es un sistema de gobierno democrático gobernado por una aristocracia. Sus órganos de gobierno son: el Senado, los Magistrados y los Comicios. El Senado es el órgano político con facultades de nombramientos; de administrar las finanzas públicas; declarar la guerra y la paz; vigilar las ceremonias religiosas; distribuir las tierras conquistadas.

Las magistraturas más importantes son: El Consulado formado por 2 cónsules que tenían como atribuciones de convocar y presidir los comicios y el senado; dirección de la administración pública; jefe del ejército. Otros magistrados eran, el censor, el pretor y el pretor peregrino.

La evolución jurídica es la época de la mayor producción jurídica a través de “leyes rogatae” “plebiscitos”, “senado consultos” y por supuesto la “iurisprudentia” es decir, la opinión de los jurisconsultos de mayor relieve. También surge el “ius honorarium y la figura del “pretor peregrino”. Así mismo conocemos los edictos de los pretores y el edicto perpetuo de Salvio Juliano.

c. El imperio como evolución histórica y el Derecho Posclásico y Justinianeo como evolución jurídica.

El imperio. Empieza con el principado o Diarquia, en el cual el príncipe comparte el poder con el senado; más adelante, ya con Augusto, se transforma en una monarquía que al paso del tiempo se vuelve absoluta e incluso el detentador se hace llamar César teniendo poderes dictatoriales.

Los organismos como el Senado, Comicios y Magistrados se mantienen pero solo nominalmente, como figuras decorativas.

El César era quien mandaba al ejército, hacía leyes, gobernaba las provincias, administraba justicia, elegía a los senadores y al tribuno de la plebe.

La evolución jurídica: Dos formas contemplan esta etapa: La posclásica y la justinianea. En la primera dejan de existir las “leyes rogate”, los plebiscitos” y los “senadoconsultos”. El ius honorarium ha sido incorporado al ius civile; de igual manera la “iurisprudentia” pierde su importancia, ¿a qué se debe lo anterior? el poder que el emperador tiene sobre toda la organización quedando como fuente del derecho las “constituciones imperiales”.

Además cuatro grandes acontecimientos influyen en la vida romana en esta época:

La cristianización; la socialización del derecho; la helenización y la vulgarización.

Dentro del posclásico se expiden compilaciones como el “Codex Theodosianus” recopilación de las constituciones que habían formado el “Codex Gregorianus” y el “Codex Hermogenianus” Las Legislaciones para los pueblos bárbaros, por ejemplo, la Lex Romana Visigothorum” “La Lex Burgundionum, el edicto del Rey Teodórico y el libro sirio – romano de derecho.

La segunda, que traía su nombre del emperador Justiniano, magnífico complilador del Derecho Romano a través de su magna obra jurídica el “Corpus Iuris Civile” realizada en la primera mitad del siglo VI D. de C. en Constantinopla abajo la dirección de eminente jurista Tribuniano.

Esta monumental obra jurídica se divide en 4 partes, tres de ellos basados en la producción jurídica clásica y la cuarta en las constituciones del propio Justiniano denominadas “novellae”.

Primera parte: Las instituciones: apretada síntesis de 4 libros, de preceptos y doctrina.

Segunda parte: El digesto a Pandectas: recopilación de obras de 39 grandes juristas. Forma 50 libros.

Tercera parte: El Codex, recopilación de “rescriptos” imperiales dictados por diversos emperadores.

Cuarta parte: Novellae Leyes (novela) nuevas leyes.

La producción justinianea influyó en la vida jurídica del mundo impregnado por el Derecho Romano. Las legislaciones de Francia, Alemania, Italia, España, Suiza y América Latina, están dentro de la órbita romano – justinianeo

Dada la extensión del trabajo, hasta aquí llegarnos con esta evolución histórica de Derecho.

**CONCLUSIONES**

***Primera.***- La historia y el derecho son dos eslabones de la misma cadena científica por lo tanto es indispensable que los futuros profesionales del Derecho aprendan el estudio de la historia del Derecho.

***Segunda.***- Las Instituciones de educación superior que enseñan derecho afiliadas a la AFEIDAL deberán contar en su curricula o pensum con tres materias históricas como mínimo: Derecho Romano, Historia Universal del Derecho e Historia Nacional del Derecho.

***Tercera.***- Es importante que se realicen constantemente cursos de actualización y formación de académicos que impartan las disciplinas de carácter histórico – jurídico en las Escuelas y Facultades de Derecho, para que se mantengan a la vanguardia de este conocimiento.

***Cuarta.***- Las instituciones que pertenecen a la AFEIDAL deberán de privilegiar la investigación histórico – jurídico a través líneas de conocimiento para los académicos y de estudios monográficos, tesis, tesinas para los estudiantes de pregrado o posgrado.

***Quinto.***- Es importante que se realicen actividades de educación continua y a distancia sobre temas de historia del Derecho Nacional, Universal y Derecho Romano.

***Sexta.***- Anualmente cada Universidad deberá de organizar un evento académico importante, relacionado con el tema de esta ponencia. Dicho evento en forma ejemplificativa podrá ser: coloquios, ciclos de conferencias, mesas redondas, congresos, encuentro de profesores, simposios, etc.

***Séptima.***- Las Universidades deberán programar anualmente eventos de movilidad académica y estudiantil a fin de que maestros, investigadores y estudiantes, realicen estudios y actividades sobre temas relacionados con las disciplinas histórico jurídicos en otras instituciones nacionales o internacionales.

***Octava***.- Las bibliotecas de nuestras instituciones deberán mantener un vasto acervo bibliotecario y hemográfico sobre temas históricos el cual estará debidamente actualizado.

***Novena.***- Es importante que entre las Escuelas y Facultades de Derecho de Latinoamérica, se celebren convenios de cooperación con el aval del Consejo Directivo de AFEIDAL, para conjugar esfuerzo y realizar acciones conjuntas que permitan intensificar el estudio, investigación, difusión, movilidad académica, estudiantil y bibliotecaria sobre las disciplinas histórico – jurídico.

***Décima.***- Las Instituciones afiliadas a la AFEIDAL, deberán tener en sus posgrados una especialidad o maestría o doctorado sobre la Historia del Derecho.

1. Bloch, Mar.- Introducción a la Historia.- Págs. 26, 32, 38 [↑](#footnote-ref-2)
2. Carr H, Edward.- ¿Qué es la Historia?.- Págs 30, 34, 35 y 40 [↑](#footnote-ref-3)
3. Brom, Juan.- Para comprender la Historia.- Págs. 15 y 16. [↑](#footnote-ref-4)
4. Collingwood, R.G.- La Idea de la Historia.- Págs. 18, 19, 20, 27. [↑](#footnote-ref-5)
5. Braudel, Fernand.- La Historia y las Ciencias Sociales.- Págs 14, 70 [↑](#footnote-ref-6)
6. Chesneaux, Jean.- ¿Hacemos tabla rasa del pasado?.- Págs 22, 24 [↑](#footnote-ref-7)
7. Pereyra, Carlos.- Et. Al.- ¿Historia para que?.- Pág 21. [↑](#footnote-ref-8)