

Historicidad del derecho

Abelardo Levaggi

Universidad de Buenos Aires, Argentina

No siempre los juristas se detienen a pensar en el origen de las instituciones, o de las normas que analizan. Parecería que el trabajo mismo del jurista dogmático, de interpretación e integración del ordenamiento, lo hiciera perder la noción, el sentido del tiempo, lo envolviera en una extraña atmósfera de eternidad. Según esto, el Derecho carecería de la dimensión temporal, histórica, no estaría traspasado por “la flecha del tiempo” de cual nos habla el Premio Nobel en física Ilya Prigogine. Entre Derecho e historia no existiría ninguna relación íntima.

Sólo una relación externa, superficial.

Quien crea en este espejismo, quien se deje dominar por este fantasma, no considerará que la historia pueda ser fuente para el científico del Derecho. No participará del axioma romano *Caeca sine historia jurisprudentia* (“la doctrina jurídica es ciega sin la historia”), expresión ésta de una idea latina del Derecho como realidad esencialmente mutable sometida a las “tempestuosas variaciones de las cosas y de los acontecimientos”, como dice Aulo Gelio en sus “Noches áticas”. Ese jurista

dogmático creará que es suficiente conocer el texto de las normas, la jurisprudencia y la doctrina – propias y extranjeras – para desempeñar su misión, asistido sólo por su razonamiento lógico y su capacidad de análisis. El dato histórico no será para él relevante. Su único valor será, a lo sumo erudito.

Ignoro si esta clase de jurista es mayoritaria o minoritaria, pero son muchas las pruebas de que existe. La ausencia de cursos de Historia del Derecho en varias Facultades de Derecho ha debido tener esa consecuencia: producir esa clase de juristas.

La historia, sin embargo, no es indiferente al Derecho, como no es indiferente a ningún producto cultural. Cualquiera sea éste el tiempo es uno de sus elementos constitutivos. Prescindir de este dato equivale a renunciar al conocimiento pleno del objeto respectivo. Es verdad que en la historia de las ideas jurídicas de Occidente hubo y hay escuelas negadoras de la historicidad del Derecho. Sobre todo, el racionalismo y sus variaciones, con su creencia en la posibilidad de formular de una vez y para siempre, con la sola fuerza de la razón y abstracción absoluta de todo dato empírico (tanto del pasado como del presente, o sea, no sólo proporcionado por la historia, sino también por la sociología), un Derecho esencialmente justo. Válido para todos los tiempos y lugares, expulsó a la historia de las fuentes de saber jurídico, si bien lo hizo de una manera más teórica que práctica. En efecto, los intentos del iusnaturalismo racionalista por construir un sistema jurídico ideal, a partir, única y exclusivamente, de la razón, fueron posibles en cuanto a la formulación de los principios, pero, para establecer soluciones concretas ante problemas concretos, no pudo evitar el recurso a la experiencia, representada

entonces de modo más eminente por el *Ius Commune*.

Antes y después de la irrupción de la doctrina racionalista, el humanismo y la escuela histórica del Derecho, respectivamente, llamaron la atención de los juristas con sus apelaciones a la historia. El humanismo jurídico, *mos gallicus*, desde la obra de Jacques Cujas, instaló a la historia en la biblioteca del jurista, al emprender el estudio del Derecho romano como la manifestación que había sido de una sociedad y de una época determinadas, aun cuando muchas de esas reglas tuvieran un valor universal. Así, pudieron interpretarlas correctamente y desvanecer fantasías ideadas a su respecto por glosadores y comentaristas.

Pero, fue, principalmente, la escuela histórica del Derecho, la escuela del gran Friedrich Karl von Savigny, la que predicó la naturaleza histórica del Derecho, como obra de la nación – de cada nación – en su devenir histórico, que sólo se detiene con la muerte misma de ella. Lo mismo que para el lenguaje – escribió v. Savigny – “para el Derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el Derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo [...] El

Derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere, al perder el pueblo su peculiaridad”.¹ El prestigio de la escuela histórica hizo que, superadas sus exageraciones historicistas iniciales, el pensamiento jurídico mayoritario reconociera el papel fundamental cumplido por la historia en la formación del Derecho, y, también, que hay un modo histórico de conocer el Derecho.

Las instituciones jurídicas – es evidente – varían con el paso del tiempo, en el corto, mediano o largo plazo. Unas constituciones son sustituidas por otras, unos códigos por otros, unas leyes ordinarias por otras. Además, varía la jurisprudencia, los criterios de interpretación de las leyes. Nuevas necesidades sociales demandan nuevas soluciones jurídicas. El dinamismo social impulsa el dinamismo jurídico. E; Derecho, para conservar su eficacia, debe acompañar a la sociedad en su desarrollo. De lo contrario, se convertiría en “letra muerta”, perdería vigencia. Esos cambios producidos en los ordenamientos positivos son la manifestación obvia de la historicidad del Derecho, y – como escribe el notable jurista brasileiro Nelson Saldanha – esto nos autoriza a llamar “histórico” incluso

el estudio de las novedades jurídicas más recientes.²

El jurista que no concibe el Derecho como un ordenamiento abstracto, puramente racional, sino que reconoce en él su relación íntima con las condiciones de vida de la sociedad a la que pertenece, que lo concibe como un fenómeno social, siente la necesidad de conocer la génesis de sus reglas, cuáles fueron las condiciones sociales que estimularon su formulación, para comprender su verdadero significado. Además, saber cómo el cambio social influye en el cambio jurídico: unas veces, obligando al ordenamiento a modificar sus normas: otras veces, manteniéndolas, pero, al haber variado el contexto, dando origen a una nueva jurisprudencia. Es que las instituciones jurídicas nacen y se desarrollan en estrecha vinculación con las necesidades y aspiraciones de sociedades concretas, entendidas como una suma de relaciones sociales de toda índole.

Es verdad que la aspiración de justicia que anida en el corazón del ser humano es universal y eterna, y que el Derecho tiende naturalmente a la estabilidad de sus normas, pero tales aspiraciones, y la forma como se concretan, se han expresado y se expresan a través del tiempo de acuerdo a las cir-

cunstancias propias de cada época, y no de modo uniforme. Lo que para una época es lo justo, no lo es, necesariamente, para todas. Los cambios que experimentaron las instituciones se fundaron, por lo común, en el deseo de establecer un Derecho "más justo". Cada época nos da su propia versión de cuál es la "ley justa".

El jurista que no se satisface con el conocimiento superficial, descriptivo, de las normas, sino que intenta captar su espíritu. Penetrar en su intimidad, no puede – por lo tanto – prescindir del estudio histórico, único capaz de responder a los interrogantes de esa índole que se nos plantean cada vez que reflexionamos sobre su significado. Cualquiera sea el siglo en que esas normas hayan nacido, antiguo o moderno, problemas de interpretación histórica, en mayor o menor número, se presentan siempre, y no deben ser evitados.

Instituciones como el testamento o la sucesión *ab-intestato*, que tienen tras de sí un desarrollo histórico de tantos siglos, no pueden ser comprendidas en su regulación actual, en la que emana de la ley hoy vigente, si el intérprete no es capaz de relacionar el presente con aquel pasado. Y es así, porque el sentido de la normativi-

dad actual sólo se descubre reconstruyendo la trayectoria histórica; por lo menos, partiendo del sistema que regía antes de la codificación moderna, contrastándolo con el posterior. Lo mismo debe decirse de la propiedad, de la capacidad de las personas, de las sociedades comerciales, del régimen de las penas, de los derechos políticos, en suma, de todas las instituciones jurídicas. Sea que el Derecho se haya mantenido constante en el tiempo, sea que haya experimentado cambios profundos, la perspectiva histórica existe siempre y es fundamental para adquirir un conocimiento pleno, causal, verdadero, de las instituciones.

Como he dicho otras veces, la ley hoy vigente es sólo un capítulo, un capítulo más, de la historia o la novela de la institución respectiva. Mal podríamos entender ese capítulo si no hubiéramos leído los anteriores, si no supiéramos lo que sucedió antes. Mucho de lo que leyéramos ese capítulo carecería de sentido para nosotros, no tendría explicación, por faltamos los elementos de juicio, los datos o las claves para interpretarlo. La función de la disciplina historia del Derecho es, precisamente, ésa: revelarnos el pasado para permitirnos comprender el presente.

Además de auxiliamos en la labor hermenéutica, la historia jurídica, bien entendida, es capaz de estimular nuestro espíritu crítico, de impedir que la dogmática degenera en nosotros en un rígido dogmatismo, con su pernicioso efecto paralizante de la inteligencia. Ella nos impulsa a relacionar las normas jurídicas, concebidas como


enunciados lógicos y éticos, con los fenómenos sociales: los principios con los hechos. También, nos hace tomar conciencia de la necesidad de situar la ciencia jurídica en la intersección de las coordenadas tiempo y espacio, y de cultivarla en función de ellas. Al ser tan importantes los beneficios que brinda, su presencia en los planes

de estudio universitarios ha de ser considerada indispensable.



NOTAS

(1) Von Berufunserer Zeit, item 2.
 (2) Diritto contemporâneo, storia e sociologia, *Sociologia del Diritto*, n. 3, 1996. p 143.

	<h2>Núcleo de Recursos Humanos</h2>
	<p>Com o trabalho sério e reconhecido, o Núcleo de Recursos Humanos do IMES busca a integração entre o conhecimento teórico e a prática no campo da Administração de Recursos Humanos.</p>
<p>Entre os serviços oferecidos, destacam-se:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Realização de pesquisas em Recursos Humanos (cargos, salários, benefícios, acordos/convenções coletivas, remuneração variável, indicadores da performance de área e clima organizacional); ● Encontros de reciclagem para profissionais da área de RH; ● Publicação do boletim Notícias de Recursos Humanos, que traz uma sinopse da imprensa paulista com informações sobre RH; ● Desenvolvimento de projetos personalizados para empresas (consultoria, auditoria, e treinamento); ● Publicação de artigos que abordam o comportamento do mercado de trabalho e suas tendências. 	
<p>Informações e consultas podem ser feitas na Av. Goiás, 3.400, em São Caetano do Sul, pelo telefone (011) 4239-3201, ou pelo e-mail: nucleorh@imes.edu.br</p>	