Eduardo Martiré. Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho.
Ed. Perrot, Buenos Aires 1977.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Hsitoria Jurídica IV

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA
IV

EDUARDO MARTIRÉ

CONSIDERACIONES METODOLOGICAS
SOBRE LA
HISTORIA DEL DERECHO

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

1977

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

(09)

Eduardo Martiré. Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho.

Ed. Perrot, Buenos Aires 1977.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Hsitoria Jurídica IV

CONSIDERACIONES METODOLOGICAS

SOBRE LA

HISTORIA DEL DERECHO

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

34(09)
MAR
aj:2

Eduardo Martiré. Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho.
Ed. Perrot, Buenos Aires 1977.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Hsitoria Jurídica IV

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma; por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor con relación a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. — — — — —

Los infractores serán reprimidos con las penas del art. 172 y concdts. del C. Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72 ley 11723).

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS
SOBRE LA
HISTORIA DEL DERECHO

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

DR. LUIS CARLOS CABRAL

—
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

DR. LUCAS JAIME LENNON

© by EDITORIAL EMILIO PERROT
AZCUENAGA 1846 - BUENOS AIRES - ARGENTINA
Adherida a la Cámara Argentina de Editores de Libros

828

INSTITUTO DE HISTORIA
DEL DERECHO RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

VICEDIRECTOR

Dr. José M. Mariluz Urquijo

SECRETARIO

Dr. Eduardo Martiré

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA
DEL DERECHO RICARDO LEVENE

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsimilar). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Indice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial (1834)*, reedición facsimilar. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.
- IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837)*, reedición facsimilar. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.
- X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.
- XI. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, *Escritos jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, 1971.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.
- V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, 1954.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

- VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª edición, Editorial Perrot, 1962.
- VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.
- VIII y IX. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, dos tomos, Editorial Perrot, 1966 y 1970.
- X. ABELARDO LEVAGGI, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Derecho Eclesiástico*, Editorial Perrot, 1969.
- XI. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas (1977)*.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL
DERECHO PATRIO EN LAS PROVINCIAS

- I. ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica*. Advertencia de Ricardo Levene, 1947.
- II. MANUEL LIZONDO BORDA, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870*, Editorial Perrot, 1956.
- III. TEÓFILO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, 1958.
- IV. ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 1962.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, 1941.
- II. JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un juriconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.

- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.
- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
- XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.
- XIV. SIGFRIDO RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
- XV. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.
- XVI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.
- XVII. SIGFRIDO RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
- XVIII. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
- XIX. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
- XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.
- XXI. VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.
- XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
- XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.
- XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.
- XXV. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina*, 1949.
- XXVI. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, 1949.
- XXVII. ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.
- XXVIII. RICARDO LEVENE, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios*, 1952.
- XXIX. AQUILES H. GUAGLIANONE, *La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista*, 1971.
- XXX. ABELARDO LEVAGGI, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Ed. Perrot, 1977.

LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

- I. EDUARDO MARTIRÉ, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Ed. Perrot, 1968.

- II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Ed. Perrot, 1968.
- III. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Ed. Perrot, 1977.
- IV. EDUARDO MARTIRÉ, *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Ed. Perrot, 1977.

REVISTA DEL INSTITUTO

- Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado.*
Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado.*
Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado.*
Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado.*
Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado.*
Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado.*
Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). *Agotado.*
Número 8, Año 1957 (316 páginas). *Agotado.*
Número 9, Año 1958 (172 páginas). *Agotado.*
Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado.*
Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238 páginas). *Agotado.*
Número 12, Año 1961 (224 páginas). *Agotado.*
Número 13, Año 1962 (226 páginas). *Agotado.*
Número 14, Año 1963 (206 páginas). *Agotado.*
Número 15, Año 1964 (243 páginas). *Agotado.*
Número 16, Año 1965 (259 páginas). *Agotado.*
Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas). *Agotado.*
Número 18, Año 1967 (276 páginas). *Agotado.*
Número 19, Año 1968 (328 páginas). *Agotado.*
Número 20, Año 1969 (380 páginas). *Agotado.*
Número 21, Año 1970 (380 páginas). *Agotado.*
Número 22, Año 1971 (400 páginas). *Agotado.*
Número 23, Año 1972. Homenaje al doctor Samuel W. Medrano (421 páginas).

1. — LA HISTORIA Y SU MÉTODO

Cualquiera fuese la posición que se adopte frente al problema de la naturaleza de la historia del Derecho, ninguna duda cabe que es preciso, a fin de lograr un concepto claro de nuestra disciplina, comenzar por señalar aunque sea con trazos bien gruesos, qué entendemos por Historia y cuál es su método.

Desde Heródoto se han venido ensayando innumerables definiciones sobre esta ciencia, todas ellas fórmulas convencionales por medio de las cuales el estudioso busca mostrar, en breves palabras, las características salientes y la naturaleza del objeto definido. Este afán —bien justificado por cierto— de encerrar en una breve proposición la compleja ciencia de la historia me ha llevado a elegir, entre tantas, la muy breve que ofrece el prestigioso historiador de la Universidad de París, Henri Irénée Marrou¹. Para él *la historia es el conocimiento del pasado humano*. Siguiéndolo en esta temática señala que ese *conocimiento* habrá de ser de características tales que signifique un conocimiento serio, vá-

¹ H. I. MARROU, *El conocimiento histórico*, Editorial Labor S. A. Barcelona, 1968, pp. 27 y siguientes.

lido, objetivo, en fin: verdadero; que por serlo se oponga a la novela, al mito, a las leyendas e incluso a las aleluyas "que el orgullo de los grandes Estados modernos inculca... en las almas inocentes de sus futuros ciudadanos".

Cuando mencionamos el *pasado humano* que-remos referirnos al comportamiento susceptible de comprensión directa, de captación interior; todas las acciones, los pensamientos, los sentimientos, las obras realizadas por el hombre, ya sean materiales o espirituales. Es decir, en definitiva, conocimiento de la *vida del hombre* en el pasado. Adviértase también que el conocimiento de ese pasado *concreto* ha querido verse muchas veces como conocimiento de lo singular; ello es exacto si entendemos que el hecho concreto singular puede, él mismo, estar conformado por una vasta serie de hechos rutinarios, es decir que el hecho singular puede consistir a la vez en un hecho global: un sistema jurídico, una crisis económica, una civilización determinada.

Por otra parte quedan fuera del campo de la historia los fenómenos de la naturaleza, salvo que éstos vengan a tener influencia, de alguna manera, en el accionar del hombre.

A fin de alcanzar ese conocimiento histórico, el investigador debe valerse del método que le brinda la ciencia histórica. Sólo a través de él podrá conocer el pasado, históricamente hablando. El método histórico propio de esta disciplina, se desarrolla a través de varias etapas, heurís-

tica, crítica, síntesis, ordenamiento y exposición de los resultados obtenidos, que importan otras tantas tareas en la búsqueda de la verdad: El conocimiento general de cuanto se ha escrito sobre el tema que le preocupa, la búsqueda de testimonios, su selección y ordenamiento y por fin la exposición de los resultados obtenidos a través de libros, artículos, opúsculos o inclusive notas bibliográficas².

² Para una síntesis del tema puede verse VÍCTOR TAU ANZOATEGUI y EDUARDO MARTIRÉ, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1975, pp. 1-9.

2. — LAS HISTORIAS ESPECIALES Y LA HISTORIA DEL DERECHO

Dentro del marco de la Historia han surgido desde hace tiempo un buen número de *historias especiales*, destinadas cada una de ellas a estudiar los aspectos económicos, sociales, jurídicos, religiosos, lingüísticos, etc. de la vida del hombre en el pasado. El historiador, convencido de que además de los actos guerreros o políticos, en cuyo estudio y explicación agotaban sus esfuerzos la mayoría de los historiadores del siglo pasado, existían otros, de distinta naturaleza pero de pareja o superior importancia, paralizó los estudios históricos para poder comprender cabalmente la vida del hombre en el pasado. De tal manera, alejado definitivamente de la mera reconstrucción de guerras y vicisitudes políticas, el historiador moderno ha descubierto un amplio y desconocido campo de acción, hallando respuesta adecuada en él a múltiples interrogantes que una estrecha visión de la historia, sujeta al individuo, al hecho aislado —generalmente guerrero o político— venía ofreciéndole. Es que, como ha dicho Marrou “para el historiador mo-

derno el hombre no es sólo un animal político”³; por ello, porque es preciso atender a toda su inmensa complejidad, el historiador se ha visto enfrentado al apasionante y acuciante problema de analizarlo en sus ideas, en sus obras, en su vida social, política, económica, religiosa, jurídica, etc. La respuesta adecuada consistió en la aparición de las historias especiales, que sin desentenderse de todos y cada uno de aquellos aspectos, vinieron a profundizar el estudio de uno o de algunos de ellos, pero concurrir luego con su resultado al enriquecimiento de la historia de la civilización, de la historia del hombre en sociedad⁴.

Para poder dedicarse al cultivo de una historia especial el historiador deberá poseer además de su formación histórica los conocimientos especiales imprescindibles para hacerlo, cuidando que en el tratamiento de su materia impere “aquella compensación de fuerzas que ni particularice demasiado el objeto ni le atribuya un espacio excesivamente amplio en el suceder total”⁵. Así, por ejemplo, para hacer Historia Económica es necesario un historiador, en todo el sentido de la palabra, el que además de la consabida

³ H. I. MARROU, *Comment comprendre le métier d'historien*, en *Encyclopédie de la Pléiade, L'Histoire et ses méthodes*, Bruges, 1961, pp. 1473-1474.

⁴ El tema lo hemos desarrollado con mayor amplitud en *Las Historias Especiales y la Historia del Derecho*, en *Trabajos y Comunicaciones*, vol. 21, La Plata, 1970, pp. 115-127.

⁵ GUILLERMO BAUER, *Introducción al estudio de la Historia*, Barcelona, 1952, p. 164.

preparación y capacidad en esa disciplina, deberá tener una cultura y una particular sensibilidad económica⁶, y para hacer Historia del Derecho será preciso, además de las condiciones de historiador, tener "mentalidad jurídica", a fin de poder interpretar con mayor acierto el pasado jurídico que nos preocupa⁷. Es que en realidad, resulta imprescindible tener conocimientos jurídicos para poder comprender el Derecho pretérito y, por descontado, conocer la técnica y el método jurídico de la época en estudio. "Nada hay tan difícil de hacer comprender —decía Marrou— como los términos técnicos de una lengua especial (*un argot de métier*) a quien ignora el oficio o la técnica en cuestión." Nosotros no comprendemos al otro más que por su parecido a nosotros mismos, a nuestra experiencia adquirida, a nuestro propio clima o universo mental⁸. Tan sólo un historiador, que sin dejar de serlo tenga también formación jurídica puede hacer historia del Derecho.

En consecuencia, la Historia del Derecho, concebida como historia especial, tiene por objeto el estudio del origen y evolución del Derecho a través del tiempo. Su método es el histórico, que ya hemos caracterizado, auxiliado con los conocimientos jurídicos necesarios y con el método

⁶ AMINTORE FANFANI, *Introduzione allo Studio della Storia Economica*, Milano, 1960, p. 84.

⁷ BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, pp. 16-17.

⁸ H. I. MARROU, *El conocimiento histórico*, cit., p. 67.

jurídico utilizado durante la época que estudiamos. Porque como bien ha dicho Tau Anzoátegui "también la metodología jurídica ha experimentado cambios profundos y así si pretendemos estudiar el derecho antiguo con el método jurídico del presente no alcanzaremos a explicarnos nada y terminaremos asombrados, preguntándonos cómo pudieron vivir nuestros predecesores sin conocer y practicar nuestro actual sistema jurídico", por ello es necesario "rastrear la evolución del método" para poder interpretar el Derecho pretérito a la luz de la metodología adoptada por los juristas de su tiempo⁹.

Las fuentes utilizadas por esta historia especial son, sin duda alguna, históricas, entendiendo por tales a los restos y las tradiciones, es decir los testimonios en general, que ha dejado el hombre a su paso por la tierra. Entran dentro de esta concepción de fuentes de la Historia del Derecho, utilizando palabras de Basadre, "todo fenómeno apreciable físicamente que pueda dar noticias sobre el contenido, la esencia o la causa de un hecho, de un principio, o de un conjunto de principios o hechos jurídicos"¹⁰.

⁹ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, vol. 19, Buenos Aires, 1968, p. 221. Es que, citando una vez más a MARROU (*Qu'est-ce que l'Histoire?*, en *Encyclopédie de la Pléiade*, cit., p. 32), "es propio de la ciencia adaptar su método a la diversidad de su objeto, de donde surge un nuevo enriquecimiento de la técnica histórica".

¹⁰ JORGE BASADRE, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, 1956, p. 22.

La Historia del Derecho procurará conocer no sólo las normas a que ajustaban sus relaciones los hombres en determinada época (y para conocerlas no sólo buscará en la legislación sancionada —derecho positivo—, sino en los repetidos actos que de manera similar demuestran su vigencia y acatamiento) sino también en aquellos otros hechos que por violar la norma establecida, primero esporádicamente y luego en forma cada vez más insistente, vayan demostrando su inadecuación a los tiempos que se viven y por último su caída o abandono, su derogación. Por que quede bien claro que en tanto la historia es conocimiento del pasado, hacemos historia no sólo cuando consideramos al Derecho en movimiento, sino también cuando lo observamos quieto en un determinado momento por comodidad de exposición ¹¹.

¹¹ B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, cit., p. 11.

3. — LA HISTORIA DEL DERECHO Y LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES

Para evitar que la Historia del Derecho equivoque su objeto y se detenga más en el hecho social o político que en el Derecho, o que —por el contrario— la purificación de lo jurídico la lleve a eliminar de su estudio “toda consideración sobre las situaciones que el derecho regula”, es necesario vincularla con la Historia de las Instituciones ¹².

La Historia de las Instituciones procura el conocimiento general de las instituciones, sin profundizar en sus elementos constitutivos, que son el uso social, la moral y el Derecho, para Tau Anzoátegui, o bien, las situaciones de hecho que se toman en consideración, la valoración dada por el hombre de esas situaciones y la regulación, es decir lo único propiamente jurídico de las instituciones, usando palabras de García Gallo.

Tau Anzoátegui ha hecho una clara caracterización de las instituciones. Para este distin-

¹² ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo I, Madrid, 1964, pp. 18-21.

guido estudioso de nuestro pasado jurídico, la institución es una ordenación parcial de la vida del hombre en sociedad, que ha alcanzado un desarrollo sólido y autónomo a través de la actividad desplegada y la renovada adhesión de muchas generaciones¹³. García Gallo por su parte sostiene que las instituciones son situaciones o relaciones básicas y fundamentales en la vida de la sociedad. Estas *instituciones* —de índole política, social, económica, religiosa moral, etc. —dice García Gallo—, están compuestas por elementos diversos, que en ocasiones se mantienen en equilibrio y otras veces provocan fuertes tensiones dando a cada una de esas instituciones una *estructura* peculiar. "Instituciones y estructuras son situaciones de hecho a las que la sociedad da una determinada ordenación conforme a la valoración que de las mismas hace según su mentalidad o interés. Esta ordenación es a la que llamamos *Derecho*, o referida a una de aquellas, *institución jurídica*"¹⁴.

El Derecho es uno de los elementos integrantes de la institución, no es la institución misma "ni tampoco algo superficial que se superpone a ella para regularla", es sí en cambio lo "jurídico" de la institución y por ello constituye el

¹³ V. TAU ANZOATEGUI, *El concepto histórico de las instituciones*, en *Revista de Historia Americana y Argentina*, vol. 7 y 8, Facultad de Filosofía y Letras de la Univ. Nac. de Cuyo, Mendoza, 1962-1963. Una síntesis del tema puede verse en V. TAU ANZOATEGUI y E. MARTIRÉ, *Manual cit.*, pp. 8-12.

¹⁴ A. GARCÍA-GALLO *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, 1970, p. 17.

principal objetivo de la Historia del Derecho.

Porque, sigue diciendo el maestro español, el Derecho constituye un aspecto de la cultura global de la sociedad "pero con la suficiente entidad para poder ser objeto de estudio en sí mismo".

Ahora bien a fin de eliminar los peligros de una excesiva especialización, de una "purificación" que lleve a una concepción crudamente dogmática de la Historia del Derecho, García Gallo propone el estudio de la historia jurídica, desde la Historia de las Instituciones. Es decir que el objeto de la Historia del Derecho es tan sólo uno de los elementos de la institución: el jurídico, lo que no significa desentenderse de la institución de que forma parte, sino todo lo contrario. El historiador del Derecho debe estudiar el Derecho en la institución, es decir que conociendo la institución, "como parte integrante de la misma... estudia las regulaciones jurídicas de que ha sido objeto"¹⁵.

De esta manera el estudio de la Historia de las Instituciones viene a constituir el pasaje inicial imprescindible para abordar con éxito la Historia del Derecho. En este sentido las Primeras Jornadas de Historia del Derecho Argen-

¹⁵ A. GARCÍA-GALLO, *Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, vol. 18, Buenos Aires, 1967, pp. 17-18. Véase también V. TAU ANZOATEGUI, *Instituciones indianas y Derecho indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, vol. 6, Santiago de Chile, 1970, pp. 51-52.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

tino (Buenos Aires, 13/14. oct. 1967) señalaron "que resulta imprescindible la existencia de cátedras de Historia del Derecho Argentino en el último año de la carrera de Abogacía, orientadas hacia el conocimiento de los institutos jurídicos del pasado, para completar la formación de los egresados de esas casas de estudios. Asimismo debe haber en el inicio de la carrera una materia dedicada a la enseñanza de la Historia de las Instituciones Argentinas, que sirva como base esencial para que luego pueda enseñarse la historia jurídica con la orientación señalada anteriormente".¹⁶

Para lograr una acertada Historia Jurídica, vista desde la Historia de las Instituciones, resulta imprescindible poseer una sólida base conceptual sobre Derecho e Instituciones, pues de lo contrario se correrá el peligro de cubrir con ropajes equivocados un contenido que no alcance a ser ni institucional, ni jurídico. Esta precisión en los conceptos se hace más necesaria en una disciplina, que, como la nuestra, se encuentra en plena etapa de expansión, cruzada por planteamientos ideológicos y de método de diversa índole.

En efecto, a la cuestión de si nuestra disciplina es historia o derecho, se han agregado las preocupaciones que provienen de la necesidad

¹⁶ V. TAU ANZOATEGUI, ha expuesto el estado de la enseñanza de la Historia del Derecho Argentino, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, vol. 19, pp. 217-227.

de concebir una "historia integral", o bien de lograr una mayor "socialización" de la Historia del Derecho, cuando no de salvar una lamentada ausencia de insólito peso para algún estudioso.

En cuanto a la primera cuestión (sobre si la Historia del Derecho es una disciplina histórica o jurídica) adelanto mi posición, bien conocida por cierto, afirmando que la Historia del Derecho es una historia especial, integrando por tanto el campo de la ciencia histórica¹⁷.

El maestro Ricardo Levene había caracterizado a nuestra disciplina como histórica, recogiendo una corriente que podríamos llamar tradicional.

"La Historia del Derecho —decía Levene—, como ciencia del espíritu, indaga las fuentes del Derecho y todo lo concerniente al desarrollo y transformación de las instituciones jurídicas, formando parte integrante —como la Historia económica, social, ideológica, literaria, artística, etc. del dilatado dominio de la Historia Universal y del campo más circunscripto de la Historia de la Civilización y de la Cultura"¹⁸.

¹⁷ Véase mi trabajo sobre el tema: *La Historia del Derecho, disciplina histórica*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, vol. 20, Buenos Aires, 1969, pp. 88-103.

¹⁸ RICARDO LEVENE, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1952, p. 13. En igual sentido ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Curso de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, 1955. sostiene que nuestra disciplina es "una historia especial cuya materia es la vida del Derecho en el pasado... ciencia filial de la historia que tiene como materia el Derecho" (pp. 33 y 35).

Esta concepción de la historia jurídica encontró objeciones en nuestro eminente historiador del Derecho, Ricardo Zorraquín Becú, quien ha dicho que "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 ciencias", corriendo el peligro de detenerse en los cambios y la evolución del Derecho, sin penetrar "en el contenido y en la estructura del sistema". Sostiene Zorraquín que "esta ciencia, por lo tanto, es a la vez histórica y jurídica", ya que si bien deberá conocerse el Derecho pretérito "que por cierto no se limita a las normas sancionadas sino que debe comprender también todo lo referente a la vida real de esas normas, a su acción sobre la sociedad y a las reacciones que eventualmente provocaron", lo cual implica una labor histórica, el historiador del Derecho deberá ocuparse asimismo "de exhibirlo (al Derecho) como una estructura, señalando las conexiones de sus diversos elementos, los vínculos que ligan a varias instituciones, su dependencia recíproca y la articulación de sus diferentes partes", y ésta es labor del jurista "porque todo ello requiere la utilización de métodos y conocimientos propios de la ciencia del derecho"¹⁹.

¹⁹ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1966, pp. 22-23.

En verdad, esta posición trata de conciliar la postura de quienes acentúan sus aspectos históricos, y la de aquellos que quieren convertirla en una disciplina jurídica, procurando reconocer en la Historia del Derecho "la parte que corresponde a cada una de las disciplinas que necesariamente contribuyen al estudio del derecho pretérito"²⁰.

El profesor García Gallo ha desarrollado brillantemente su tesis de concebir a la Historia del Derecho como disciplina jurídica. Dice el maestro español que "fundamentalmente jurídica es la orientación que centra su atención en él (se refiere al Derecho) y trata de conocer a éste no sólo en su estado actual sino en el pasado, para saber cómo ha nacido y se ha desarrollado hasta llegar a ser el que hoy es. No se trata aquí de completar el panorama cultural de cada época sino de profundizar en el conocimiento del Derecho examinándolo en su dimensión histórica. Concebida de esta manera —concluye García Gallo— la Historia del Derecho es por su finalidad y contenido una ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico²¹ y coincidentemente con esta orientación ha afirmado en la Primera Reunión de historiadores del Derecho Indiano (Buenos Aires, octubre de 1966) que "la Historia del Derecho debe ser ante todo una ciencia jurídica y no histórica, aunque opere en

²⁰ *Ibidem.*, p. 22.

²¹ A. GARCÍA-GALLO, *Manual cit.*, tomo I, p. 16.

parte con un método histórico" ²². Por supuesto que no desconoce García Gallo los peligros de una concepción tal de la Historia del Derecho, que podría conducir a que el Derecho pasado "se estudie como un sistema dogmático desconectado de la realidad que regula", aconsejando que para evitar este inconveniente, se utilice la moderna orientación institucional, preocupándose del "aspecto jurídico de las instituciones y estudiar éste con método jurídico". En su manual, que según García Gallo "responde a esta orientación institucional" señala que "en fechas recientes se ha abierto paso entre los juristas una concepción realista del Derecho que centra su atención en las instituciones de la vida social y con referencia a ellas, como parte integrante de las mismas . . . estudia las regulaciones jurídicas de que han sido objeto. No se centra el estudio en los conceptos o el sistema —siempre cambiantes y relativos, y con frecuencia sólo aceptados por un sector de la ciencia jurídica—, sino en las instituciones, que constituyen precisamente las bases de la vida social" ²³.

Hemos adherido con entusiasmo a la concepción "institucional" de la Historia del Derecho, magistralmente planteada por García Gallo, pero ello no nos lleva a concebir a nuestra disciplina como formando parte del Derecho y no de la Historia. El error pudiera partir de entender que,

²² A. GARCÍA-GALLO, *Problemas metodológicos* cit., p. 21.

²³ *Ibidem.*, p. 18; *Manual* cit., tomo I, pp. 17-18.

en el caso de la Historia del Derecho, ella se ocupe del estudio del Derecho "no sólo en su estado actual sino en el pasado, para saber cómo ha sido y se ha desarrollado hasta llegar a ser el que hoy es". No es el objeto de la Historia del Derecho, como no lo es el de la Historia de las Instituciones, ni el de la Historia Económica, o Política, o Religiosa, etc., el estudio del Derecho actual, de las instituciones actuales, de la economía actual, de la sociedad actual, o de la religión de hoy. El estudio de la actualidad está excluido de estas disciplinas, que participan —por sus características históricas— del estudio del pasado, no del presente ni del porvenir.

No desconocemos que la linde que separa el pasado del presente se encuentra en permanente desplazamiento, es ese el motivo del también constante enriquecimiento del dominio de la historia, pero tal circunstancia no puede llevarnos a desconocer la naturaleza histórica de las historias especiales, como la del Derecho, o la del Arte, o la de la Economía. Tampoco podrá argumentarse que por estar casi siempre presente en nosotros mismos el pasado, éste deje de existir como objeto de nuestro conocimiento histórico.

El estudio del Derecho vigente sólo podría caber dentro del campo de la Historia del Derecho, si hiciésemos historia jurídica partiendo del Derecho actual y proyectándolo hacia el pasado. De esta manera es evidente que nece-

sitaríamos comenzar los estudios de historia jurídica con un estudio previo del sistema jurídico presente. Pero eso no es Historia del Derecho, pues lo que de tal manera hacemos es, tan sólo, el estudio del sistema que rige en la actualidad, del cual el Derecho pasado es un mero antecedente, y al cual es necesario recurrir, ya que el Derecho presente tiene sus raíces, las más de las veces, en el Derecho pasado. Pero si entendemos que lo que debe hacer la Historia del Derecho es conocer cómo han sido resueltas por el Derecho las distintas situaciones del pasado, es decir cuál ha sido la solución buscada en un tiempo determinado, es evidente que ese tiempo no puede ser el presente, sino el pretérito. El hecho de que, en ocasiones, ese Derecho pasado llegue a persistir en la actualidad, no altera lo expuesto, pues el historiador del Derecho procurará conocer de qué manera se lo aplicó a situaciones del pasado y no a las del presente.

La Ciencia del Derecho se ocupa de nuestro tiempo, su función es atender al Derecho actual, a su mejoramiento y a su aplicación a los casos de hoy. La Historia del Derecho, para mejor comprender, mejorar y aplicar ese Derecho, le acercará al jurista la experiencia del pasado.

Tal vez sea el doctor Zorraquín Becú quien haya dado la más clara diferenciación entre Historia del Derecho y Derecho, en función de sus fines: "La ciencia del derecho tiene como finalidad perfeccionar el sistema jurídico en su con-

tenido y en su aplicación. La historia, que no mira al futuro sino al pasado, prescinde totalmente de esos problemas, pero brinda a la ciencia las experiencias que reconoce".

No creemos que, como dice García Gallo, sea "la naturaleza de las cosas, y no que éstas sean viejas o nuevas... lo que ha de determinar su estudio por una u otra ciencia"²⁴. Pues de tal manera vendríamos a negar todo el contenido de la Historia, ya que lo pasado caería bajo la lente de la política, la economía, la guerra, el arte, etc. Es que el objeto de toda ciencia, es decir la cosa objeto de conocimiento científico, se integra sobre la base de dos elementos: el material y el formal. El objeto material puede determinar una sola formalidad, pero puede también fundar varias²⁵.

Como también señala Avila Martel existe "una relación directa entre Historia Jurídica y las demás ciencias del Derecho, dogmática y filosofía jurídica, ya que, en teoría, el contenido de ellas es el mismo y la diferencia radica en el punto de vista del tratamiento"²⁶.

Tampoco podría argumentarse que por cuanto nuestra disciplina forma parte de los estudios

²⁴ A. GARCÍA-GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXIII, Madrid, 1953, p. 23.

²⁵ ANGEL GONZÁLEZ ALVAREZ, *Introducción a la Filosofía*, tomo I, EPESA, Madrid, MCMLIII, p. 285.

²⁶ A. AVILA MARTEL, *Curso cit.*, p. 41.

de Derecho, integra la ciencia jurídica. Por el contrario, nuestra disciplina se estudia y se incluye en las carreras de Derecho porque inmediatamente tiende a la formación del jurista, como la Historia Económica se estudia en la Facultad de Ciencias Económicas, para formar al economista, aportando los conocimientos necesarios sobre la economía pretérita. Así como el conocimiento de los institutos jurídicos de épocas pasadas es imprescindible para el estudioso del Derecho, así también el conocimiento de los institutos económicos pretéritos lo es para quien se interesa por la economía actual, o pretende elaborar nuevas fórmulas económicas. Pero ni la Historia del Derecho es una disciplina jurídica, ni la Historia de la Economía es una disciplina económica. De entenderlo así podríamos caer en el dogmatismo jurídico o en el materialismo histórico. Reduciríamos todo nuestro estudio a la recreación de un sistema jurídico aislado y entenderíamos la historia económica como una exclusiva sucesión de hechos económicos, que marchan solos, sin ligazón con los demás, lo que —peligrosamente— nos conduciría a reducir, en tanto hacemos Historia Económica, toda la vida a la vida económica del hombre.

Lo cierto es que la Historia del Derecho, disciplina histórica, ha andado ya lo suficiente como para evitar las deformaciones o exageraciones del pasado y constreñirse al estudio de su objetivo: origen y evolución del Derecho. Su estudio, a través de las instituciones, la alejará del dog-

matismo jurídico denunciado por García Gallo y la circunscripción a su campo evitará incluir en él a toda la historia de la humanidad, como pareció entenderse en otros tiempos.

Una concepción de la Historia del Derecho como la que caracterizamos, ni aleja el interés práctico en cultivarla, ni la desliga del Derecho vigente, ni la convierte en mera especulación erudita. Si entendemos que no hay ciencias aplicadas "sino aplicaciones de las ciencias y que todos los descubrimientos importantes derivan de las investigaciones desinteresadas"²⁷, habremos de olvidar la división de ciencias puras y aplicadas, que ha venido sosteniéndose y no nos preocupará que la Historia del Derecho, por ser disciplina histórica, se encuentre entre las puras "sin aplicaciones utilitarias".

No podemos resignarnos a creer que por ubicar a nuestra disciplina dentro de la Historia de la Cultura, o la Historia General, y como rama particulizada de ella, pueda entenderse que se la estudia por mera curiosidad. El mismo Marrou ha denunciado esta concepción como absolutamente superficial o elemental. No queremos saber a través de la Historia del Derecho que en otro tiempo hubo hombres que se ajustaron a tales normas, tenían tales costumbres, o tal organización social. Creemos con Marrou que "el conocimiento histórico dilata, dentro de

²⁷ BERNARDO HOUSSAY, *Recuerdos de un profesor y consideraciones sobre la investigación*, Buenos Aires, 1929, p. 22.

proporciones prácticamente ilimitadas, mi conocimiento del hombre, de su realidad multiforme, de sus virtualidades infinitas... bien lejos de los límites siempre estrechos en donde se detendrá necesariamente mi experiencia vivida. Y quede bien entendido que cuando hablamos del hombre, nos referimos a todo aquello de que es susceptible la naturaleza humana: aspectos personales como manifestaciones colectivas"²⁸.

La función de la Historia del Derecho, como la de toda la Historia, no será la de "asumir dentro de la cultura humana, dentro de la vida, las características de un principio animador; su verdadera función, infinitamente más humilde, pero dentro de su nivel, real y muy preciosa, es la de suministrar a la conciencia del hombre que siente, que piensa, que obra, una abundancia de materiales sobre los cuales ejercer su juicio y su voluntad; su fecundidad reside en esta extensión prácticamente indefinida que ella realiza de nuestra experiencia, de nuestro conocimiento del hombre. Es ésta su grandeza, su utilidad"²⁹.

Creo necesario, antes de finalizar esta lección, puntualizar la importancia de la concepción "institucional" que ha estructurado el profesor Alfonso García Gallo, importancia que se destaca con mayor claridad frente a novedosas concepciones de la historia jurídica que buscan, en ocasiones sin proponérselo y en otras con espe-

²⁸ H. I. MARROU, *El conocimiento histórico* cit., p. 182.

²⁹ *Ibidem.*, p. 271.

cial empeño, destruir la Historia del Derecho para erigir en su lugar una pseudo Historia Social de base marxista y —es de sospechar— con finalidades extracientíficas³⁰.

Si entendiésemos correctamente la posición "institucional" no podríamos afirmar, como se lo ha hecho, que ha habido por parte de los historiadores del Derecho "un voluntario abandono... de los aspectos económicos y sociales y un exceso de especialización en el elemento técnico-normativo del Derecho"³¹. Nada más alejado de la realidad.

Un enfoque de la Historia del Derecho desde la Historia de las Instituciones tendrá necesariamente presente la *institución* y por ser ella misma una estructura social, elaborada por los hombres en su diario vivir y dirigida a atender la satisfacción de sus necesidades, espirituales y materiales, no podrá desentenderse de factores sociales, económicos, políticos, religiosos, etc., ya que son esos mismos elementos los que estructuran la institución, que luego regulará el Derecho. Pues el Derecho es, precisamente eso, una regulación institucional, o si se quiere con otros términos: las soluciones jurídicas dadas a problemas que plantea la vida del hombre en sociedad.

³⁰ Puede verse una síntesis de las nuevas corrientes en SALUSTIANO DE DIOS, *El Derecho y la realidad social: Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, vol. 3, Sevilla, 1976, pp. 187-222.

³¹ *Ibidem.*, p. 201.

I N D I C E

	Pág.
I. La Historia y su método	13
II. Las Historias Especiales y la Historia del Derecho	16
III. La Historia del Derecho y la Historia de las Instituciones	21

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Eduardo Martiré. Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho.

Ed. Perrot, Buenos Aires 1977.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Hsitoria Jurídica IV

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

La impresión de este libro fue terminada el día 25 de agosto de 1977 en los talleres gráficos A. Baiocco y Cia. s.r.l., Centenera 461, Buenos Aires.