



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Vilches Fuentes, Hugo

LA TEORÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXVII, 2005, pp. 353-363

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173816612017>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos  
[Sección Historia del Pensamiento Jurídico]  
XXVII (Valparaíso, Chile, 2005)  
[pp. 353 - 363]

LA TEORÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN  
RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

HUGO VILCHES FUENTES\*  
Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile)

RESUMEN

El artículo estudia las ideas del profesor Ricardo Zorraquín Becú, historiador del derecho indiano y del derecho argentino, que desde ambas especialidades salta a la historia del derecho como ciencia en sus relaciones con la historia y con el derecho.

PALABRAS CLAVE: Ricardo Zorraquín Becú - Teoría de la historia del derecho.

ABSTRACT

This article explores the ideas of Professor Ricardo Zorraquín Becú, historian of Colonial law and Argentinean law, who, from these two specialties, starts devoting himself to the history of law as a science in its relations to history and law.

KEY WORDS: Ricardo Zorraquín Becú - Theory of the history of law.

---

\* Profesor de Historia del derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Arturo Prat. Dirección postal: Avenida Arturo Prat N° 2120, Iquique, Chile. Correo electrónico: c.e.: hvilches@unap.cl

## I. INTRODUCCIÓN

En medio de la laudable irrupción de estudios de historia del derecho en nuestro país, echamos de menos una reflexión más amplia acerca de los métodos y fines de esta disciplina, en suma, una teoría. Pero, en abono de una razonable exculpación por esta falta, pensamos que dicha reflexión se encuentra implícita en los trabajos de esta disciplina, y que sólo queda una tarea interna de hacerla más explícita, ora directamente por sus mismos autores, osa por medio de la exégesis para extraerla y hacerla más evidente.

Nosotros pensamos que todo trabajo de investigación científica precisa, para su adecuado desarrollo, de un aparato conceptual, de un método y de la declaración de unos fines. Todos constituyen una exigencia procedural-intelectual mínima para obtener conocimiento nuevo. La formación de sistemas de conocimientos, resultados de esa investigación, conforma una disciplina de carácter científico. Sin embargo, nuestra creatividad nos lleva aún más allá de los límites de los descubrimientos científicos, formulando sistemas filosóficos que intentan explicar el sentido de los eventos y los fines últimos o, según como se mire, los principios, sirviéndose, desde luego, del producto científico.

La historia y el derecho no escapan a estas constantes, como tampoco la historia del derecho; esta última con algunas variantes, dada su singularidad, tanto porque está compuesta de la reunión de dos disciplinas y, en relación con esta última, cuanto por la especial visión que se debe tener del derecho pretérito en su necesaria distinción del derecho vigente y su relación con él.

Ambas disciplinas, separadamente consideradas, han contado y cuentan con notables y numerosos teóricos que las proveen de sustento y justificación; sin embargo, y a pesar de ello, no se ha logrado conformar a cabalidad su respectiva matriz disciplinar<sup>1</sup>. Y en cuanto a la historia del derecho, parece ser que la reunión de ambas disciplinas integrantes supone la existencia de una teoría propia debido a su legítima aspiración de conseguir su autonomía en el concierto de las demás ciencias, y particularmente frente a la propia historia y al derecho, individualmente considerados. Pero nada impide, pensamos, que la historia del derecho pueda obtener para sí parte del método propiamente histórico, así de la sistemática o dogmática jurídica, para una formulación propia, como lo puede hacer respecto de la terminología y conceptualización, y de los fines a los que tiende.

Además, apreciamos que existen diversas etapas en el íter humano en su pretensión de conocer y aprehender la realidad. Primero, la investigación, actividad consciente y deliberada, ejecutada con la ayuda de unos conceptos, termi-

---

<sup>1</sup> Esta idea está formulada en el sentido de Kuhn. Conforme a su postulado, planteado para las ciencias de la naturaleza y, aparentemente, con pretensiones generales, el Derecho y la Historia, entonces, no contaría con un "paradigma" universalmente aceptado, lo que, al parecer, afectaría a casi todas las ciencias humanas, razón por la cual no habrían adquirido aún plena madurez. La idea de "paradigma", este autor, la denomina posteriormente "matriz disciplinar". Vid. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* (Santiago de Chile, 2000), pp. 35 ss. y 268 ss.

nología y método; segundo, que la suma de esa actividad lleva a formular criterios coherentes que conforman una teoría, que responde a la pregunta de cómo debe hacerse o conducirse esa ciencia; y finalmente, en el plano filosófico, tratamos de explicar el sentido y significación de lo andado, el por qué y el para qué de esta actividad.

Mi inquietud por estos aspectos me ha llevado a hacer un comentario crítico a las ideas del historiador del derecho argentino Ricardo Zorraquín Becú, en torno a su teoría de la historia del derecho, para lo cual me sirvo de una monografía suya<sup>2</sup>, en la que aporta una visión de resulta de interés en torno a la comprensión de la investigación histórico-jurídica y sus orientaciones metodológico-críticas<sup>3</sup>.

## II. NATURALEZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO: IDEAS PARA UNA TEORÍA

Nuestro autor cree que es conveniente analizar periódicamente las bases, métodos, objetivos y naturaleza de las disciplinas o ciencias que cultivamos, porque de ese análisis ha de surgir con mayor precisión lo que hay que hacer. El renovado estudio de los principios fundamentales de una labor intelectual cualquiera puede servir para encauzarla adecuadamente, esto es, definir mejor lo que es y lo que ha de proponerse.

Lo primero que hay que atender es el título de esta materia. En él se incluyen dos disciplinas perfectamente diferenciadas, autónomas, que tienen métodos, objetos y finalidades muy diversos. La historia se ocupa del pasado; el derecho contempla un ordenamiento actual. Aquella se funda en la investigación de los hechos ocurridos; éste trabaja con ideas, conceptos o realidades que requieren más reflexión y análisis que búsqueda de datos. La primera aspira a mostrar un panorama social caduco; el segundo nos exhibe un sistema normativo que rige a una comunidad humana en el presente. Parecen entonces disciplinas antitéticas, que no pueden llegar a formar una nueva individualidad.

Para resolver este problema hay que definir historia y derecho. Ambos tienen doble significado: i) historia son los hechos y la relación de esos hechos. ii) derecho es un ordenamiento que regula ciertos aspectos de la vida social y también designa la ciencia que estudia ese ordenamiento.

¿Cuál debe ser, entonces, el objeto de la disciplina histórico-jurídica? El derecho pretérito fue siempre un sistema, es decir, un conjunto de reglas y princi-

<sup>2</sup> Para la elaboración de este trabajo, ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Apuntes para una teoría de la historia del derecho*. Originalmente publicado en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 24 (Buenos Aires, 1978). Nosotros hemos usado la versión publicada de EL MISMO, *Estudios de Historia del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992), III, pp. 461-484.

<sup>3</sup> En nuestro medio he encontrado sobre el tema un planteamiento de interés y digno de discutir en torno a una concepción de la Historia del Derecho de los últimos siglos, en PALMA GONZÁLEZ, Eric, *Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del derecho de los siglos XIX y XX*, en *Jus et Praxis* (Talca, 1997), pp. 325-350.

pios entrelazados destinados a ordenar la vida humana en sociedad; entonces parece más adecuado a esa naturaleza, aunque no en forma idéntica, a la que utiliza la ciencia del derecho vigente. Pero que hay que tener presente la distinción de presente y pasado, y reconocer que no tienen iguales métodos y objetivos.

Entonces, en historia del derecho, la palabra "derecho" debe interpretarse y utilizarse como ciencia que analiza y reconstruye un régimen jurídico del pasado. El que debe entenderse como un régimen en conexión con otros y con la evolución de los mismos, hacia dentro, y con el contacto con los demás regímenes o sistemas jurídicos, hacia fuera.

Si se unen ambos tipos de conocimientos el derecho es un producto histórico. Las normas aparecen y cambian a lo largo del tiempo, evolucionan y se transforman al compás de los acontecimientos, las ideologías o las circunstancias sociales. Entonces es correcto afirmar que podemos estudiar el derecho en su desarrollo histórico.

Pero surge una dificultad. Cuando aparece una norma, por los canales debidos, es un acontecimiento histórico, y también pasa a formar parte del sistema jurídico. Ese sistema o régimen jurídico va a ser actual en cada época del pasado. Así ese sistema debería ser objeto de estudio de la misma manera como lo es el derecho contemporáneo, analizándolo como sistema y conforme a los conceptos que hoy predominan, cumpliendo una función más exegética que histórica.

Esto es precisamente lo que no debe ser nuestra disciplina, puesto que sería una obra histórica pero sin el elemento evolutivo y no podría estudiarse de acuerdo con las doctrinas de su época.

También hay un problema inverso. El derecho del pasado, por lo tanto no vigente, al perder su carácter obligatorio deja de ser normativo, por lo que no podríamos considerarlo derecho, ya que ha perdido su pretensión de regular la conducta humana actual, por lo que no puede existir una historia del derecho, de algo que ha dejado de serlo. El derecho derogado ha desaparecido en cuanto derecho, que no cumple el objetivo tenido en vista al sancionarlo.

Entonces, debemos decir "historia de lo que fue derecho" o "historia de los sistemas jurídicos pasados". No estudiamos el derecho, sino hechos, que fueron derecho en su oportunidad, pero debemos contemplar esos hechos como integrantes de un sistema, aunque ese sistema haya dejado de serlo. Porque si lo contempláramos sólo como una sucesión de acontecimientos el conjunto perdería toda coherencia.

Estas realidades parecen paradojas, pero son importantes para definir la verdadera naturaleza de nuestra materia, teniendo presente los dos elementos que la componen. La historia debe ser concebida como una ciencia que analiza los hechos pasados. Y el derecho, aunque haya perdido su vigencia, debe ser estudiado como un sistema. Lo correcto es: la historia nos proporciona los datos que debemos estudiar jurídicamente. Nuestra tarea será así inicialmente descriptiva y luego teórica.

Lo primero en cuanto es necesario reunir los antecedentes de la investigación; y lo segundo, porque es necesario reconstruir, sobre la base de esos datos, el

sistema que existió en determinada época, agregándole, a veces, la organicidad que los contemporáneos no supieron darle.

Otro elemento que debe tenerse presente es que el derecho derogado ha dejado de ser un deber ser. Parece que nuestro autor, con esto, quiere decir que ha pasado a ser “un lo que debió ser”. Aquí introduce una noción kelseniana de lo que es el derecho vigente y el derogado.

Piensa de la historia, en cambio, que es la ciencia de lo que fue, de los hechos pasados. El derecho, al perder obligatoriedad normativa pasa de un “deber ser” a “un ser”, aunque nosotros pensamos que también la historia del derecho puede ser el recuento de lo que debió ser, normativamente hablando, no haciendo ficción, sino conforme lo que disponía el derecho.

Sin embargo, Zorraquín Becú cree que esos hechos, que fueron derecho, conservan un contenido jurídico, no desde el punto de vista de su primitiva esencia que ha desaparecido, sino en cuanto forman parte de un proceso histórico dentro del cual fueron derecho. Y entonces es preciso estudiarlos como tales, en tanto constituyen el sistema u ordenamiento que imperó en cada época del pasado. Dice que seguiremos hablando en lo sucesivo de un derecho pretérito, en el entendido que ya no tiene todas las características del vigente.

Ha de ser necesario vincular al régimen jurídico pretérito que se investiga con las ideas imperantes de su época, no con las actuales. Se podrá, como ejercicio confrontar lo anterior con las realidades políticas, sociales o económicas contemporáneas y analizar las consecuencias que tuvieron esas normas o las resistencias que provocaron, e incluso elaborar teorías que interpreten o perfeccionen las doctrinas y soluciones de la época.

Luego de esto señala: es una conclusión fundamental que la historia del derecho es historia por su método (de investigación) y es derecho por su objeto<sup>4</sup> (en cuanto versa sobre un sistema que tuvo carácter normativo, es decir, derecho que existió en el pasado). Ambas partes de la materia son indispensables y deben integrarse recíprocamente.

Este avance en los conocimientos y sistematización del pasado jurídico no puede ser sino obra de un historiador especializado en la ciencia del derecho, o de un jurista consagrado al estudio de épocas anteriores, porque es indispensable utilizar ambos tipos de conocimientos para componer una obra que necesariamente debe reunirlos y ensamblarlos. ¿Serían dos ciencias que se conjugan?

Cuando nuestro autor se pregunta si esta materia tiene autonomía científica, distinta de la historia y del derecho, piensa que la respuesta es ardua, pero parece que es positiva, ya que tiene una especialización que le permite distinguirse claramente la historia del derecho de las demás historias (ej., Historia Universal, de

<sup>4</sup> El profesor Merello, sobre este punto, dice algo similar: “la Historia del Derecho es una ciencia jurídica por su contenido e histórica por su método. No se trata en consecuencia de concebir la asignatura-disciplina como una materia puramente histórica, en que la evolución jurídica se estudia sin más importancia ni de modo diverso que el conjunto de los otros elementos culturales que integran el complejo social”: MERELLO ARECCO, Ítalo, *Historia del Derecho* (Valparaíso, 1989), p. 18.

América o de Chile) las que se ocupan de hechos puramente históricos, sin otro agregado, mientras que aquella analiza lo que en su momento integraba un sistema jurídico, es decir, reúne la doble característica de ser histórico y de haber sido un ordenamiento obligatorio.

Existen diferencias fundamentales entre la ciencia del derecho y la historia. Sus métodos y finalidades son distintos. El jurista analiza las normas e instituciones desde un punto de vista lógico, el historiador las percibe evolutivamente, investigando sus orígenes y sus cambios. La ciencia jurídica realiza la exégesis y la comparación de las normas, formulando conceptos generales para llegar a su encadenamiento racional y a las construcciones que las reúnen. La historia del derecho, en cambio, trata de conocer cómo ha sido un sistema en tiempos anteriores, pero no para hacer su exégesis. En esto nuestro autor cae en contradicción cuando señala que ello es pertinente hacerlo acerca de una norma derogada. A nuestro parecer, la historia del derecho no hace ficción, en tanto no debe decir hoy cómo debió de interpretarse la norma, sino cómo se interpretó efectivamente dicha norma.

La historia se ocupa de un pasado jurídico inmutable, le interesa investigar las razones de los cambios ocurridos en el derecho y las ideas que los inspiraron, cómo era el sistema jurídico en vigor en dicha época, sus normas, las consecuencias de su aplicación y las circunstancias políticas, sociales y económicas que explican el contenido de dichas normas o las resistencias que provocaron.

Por consiguiente, la historia del derecho no puede confundirse con ninguna de las dos ciencias que aparecen en su título, en tanto enfoca el derecho pretérito de un modo completamente distinto que el actual, y se separa de la historia porque tiene un objeto especial que es eminentemente jurídico.

Piensa nuestro autor que sus riesgos son los siguientes: si hacemos de ella una disciplina histórica, corremos el riesgo de no penetrar en el análisis profundizado del derecho. Si la incorporamos en la ciencia jurídica, existe el peligro de aplicar al pasado los criterios actuales y de considerarla como una prolongación hacia tiempos anteriores al contemporáneo.

Por todas estas razones es que nuestra disciplina puede ser considerada una ciencia autónoma, distinta de las que la componen y con individualidad científica propia.

### III. POSICIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO FRENTE A LA IDEA DEL DERECHO

Zorraquín Becú piensa que para completar el panorama de estas ideas hay que preguntarse qué es el derecho, o bien qué derecho estudiamos, y señala que es extraño que muchos cultores de nuestra disciplina no se detienen en un tema tan importante. Se da por supuesta o se adopta una definición adecuada al concepto actual o a determinada postura filosófica, sin indagar más a fondo.

Desde la Antigüedad hasta el presente se han dado numerosas definiciones del derecho. En todo caso, nuestro autor se referirá al que hoy llamamos derecho objetivo. Pero, aún así, ha sido contemplado el derecho de muy distintas mane-

ras, aunque él las reduce a tres<sup>5</sup> que, desde cierto punto de vista, puede ser considerado también como uno solo: i) normas sancionadas por la autoridad competente; ii) las que son reconocidas o aplicadas efectivamente en la realidad humana, y iii) la que se adecua a un ideal de justicia y a otros valores que le dan un fundamento ético.

El primero es derecho positivo, el segundo derecho vigente en cuanto es aplicado y observado, y el tercero el derecho justo, que respectivamente corresponden a los enfoques ya clásicos: del positivista, el sociológico y el iusnaturalista.

¿Qué posición debe adoptar la historia del derecho frente a estos distintos modos de concebir su objeto? Piensa que las tres, sin descartar ninguna y sin ceñirse a ninguna teoría en particular. Para la historia del derecho, derecho es todo lo que ha existido como tal, ya norma, práctica o idea jurídica. Esto da una amplitud y variedad que hemos de poner en evidencia al analizar los grandes temas que debe considerar la historia del derecho.

### 1. *Las ideas jurídicas*

El derecho formulado en normas es siempre un producto de la inteligencia humana. El legislador, teóricamente, debe proceder guiándose por la virtud de la prudencia, y con la finalidad de alcanzar la justicia y el bien común. Por consiguiente, las ideas que han precedido y orientado la formación del derecho, lo explican y son su fundamento teórico, por lo que merecen ser estudiadas como parte de la historia jurídica.

Dentro de este campo de las ideas incluye las llamadas fuentes materiales, esto es, los factores religiosos, morales, políticos, sociales, económicos que influyen en la producción y dan contenido a las normas. Esos sistemas o circunstancias externas no actúan en forma mecánica, sino que gravitan sobre las autoridades u órganos creadores de derecho<sup>6</sup>. Así las ideas son las verdaderas promotoras del contenido que ha de tener el derecho.

Con frecuencia aparecen también ideologías de tendencias filosóficas, políticas, sociales o económicas que aspiran también a cambiar el derecho. Si lo consiguen, estas ideologías se convierten en una parte fundamental del sistema jurídico en la medida que le dan sus bases intelectuales y su orientación dogmática.

La doctrina de los juristas (antecedentes metajurídicos de la norma al igual que las demás fuentes materiales) también es fuente importante de derecho. Puede eventualmente inspirar a legisladores, y con frecuencia influye sobre los magistrados. En Roma los *responsa prudentium* llegaron a ser obligatorias para los jueces<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Esta percepción de nuestro autor se ajusta a lo que concibe más actualmente en el concepto de derecho, como una "tridimensionalidad", en el sentido usado por FALCÓN Y TELLA, María José. *Concepto y fundamento de la validez del derecho* (Madrid, 1994), pp. 29 ss.

<sup>6</sup> La expresión "autoridades" está usada en sentido amplio considerando a todos los grupos sociales, incluyendo el Estado y a la Iglesia, fundadores todos de instituciones de derecho.

<sup>7</sup> La labor en un derecho de juristas es diversa de aquella que se realiza en un derecho legal. Son los "modos de proceder jurídico"; véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, 1977), pp. 35 ss.

Este aspecto de las fuentes materiales se relaciona estrechamente con la conocida división entre historia externa e interna del derecho. Ya había sostenido nuestro autor que carece de importancia científica y sólo puede tenerla para fines didácticos o de método pedagógico. Pero aún en esos casos la separación entre fuentes e instituciones ha sido ya abandonada, para realizar un análisis integral de cada tema o aspecto estudiando sus antecedentes y su contenido, características y transformaciones.

## *2. La formación y los cambios del derecho*

Después de conocer las razones que dieron origen a un determinado ordenamiento o regulación institucional, deben estudiarse las formas jurídicas que éstos adoptaron y su evolución ulterior. El derecho no es un sistema estático. Precisamente en esto radica la esencia de su historicidad. El derecho se transforma lenta y parcialmente a lo largo del tiempo. Nunca ocurre un cambio total inmediatamente.

Estos cambios se ponen en evidencia a través de las fuentes formales, que son la manifestación exteriorizada de la voluntad creadora del derecho. La fuente es el medio de producción y la norma su contenido. En todo derecho lo que importa es la disposición obligatoria inserta en la norma.

Además del conocimiento de las fuentes materiales y formales, es preciso conocer los motivos que les dieron origen. Este es el problema de las causas. La historiografía clásica enseñaba que el pasado era una sucesión cronológica de hechos encadenados por su vinculación causal, aplicándose a la historia el criterio de las ciencias naturales, llegándose a un determinismo casi absoluto, pues dada una causa indefectiblemente se producía un efecto. Esta concepción ha sido abandonada<sup>8</sup>.

Nuestro autor piensa que en la historia no hay que buscar causas, sino motivos y finalidades que el hombre tiene en mente cuando actúa, aunque no debe desconocerse que, a veces, el acto humano está condicionado por circunstancias exteriores. Pero lo relevante es que la historia debe investigar las razones del obrar humano; por consiguiente, el estudio de la evolución del derecho no comprende sólo el de las fuentes formales, sino también el proceso psicológico e intelectual que le ha dado origen.

Cree finalmente que el rechazo del determinismo histórico implica el rechazo de la filosofía marxista, según la cual el derecho sería la consecuencia, no del desarrollo del espíritu humano, sino de las condiciones materiales de la vida, de los modos de producción y de distribución de la riqueza. La estructura económica de una sociedad haría surgir las ideas jurídicas, morales, religiosas, convertidas así en una superestructura o epifenómeno de aquel factor fundamental cuyos cambios determinarian la evolución del derecho y de los demás sistemas normativos.

---

<sup>8</sup> La investigación de las causas tiende a conocer el "por qué" de los acontecimientos. Pero como el derecho se dicta para el futuro, en nuestra materia debemos preguntarnos sobre todo el "para qué" de una reforma del sistema, es decir, su finalidad; véase MARAVALL, Juan Antonio, *Teoría del saber histórico* (Madrid, 1958), pp. 118 ss.

### 3. *El derecho positivo*

Conocidas las ideas jurídicas que han influido en la producción de normas, y las razones de su establecimiento, hay que estudiar su contenido jurídico. Se refiere aquí sólo al derecho positivo, es decir, al que ha sido sancionado por la autoridad competente siguiendo las formas establecidas y con carácter obligatorio. Hay si una diferencia fundamental entre la ciencia del derecho y la historia. El método será entonces distinto. La historia del derecho debe estudiar a éste de modo más descriptivo que exegético, y si se ha de realizar interpretación debe hacerse con los criterios utilizados en la época que se estudia.

Otra tarea que a veces es indispensable acometer es la reconstrucción del sistema jurídico. Es frecuente que las normas que se conocen no son suficientes para hacernos comprender una institución o realidad jurídica. En estos casos el historiador del derecho debe investigar con detenimiento la cuestión que le preocupa, para construir una teoría que la permita resolver esas interrogantes, realizando una doble examen, histórico y jurídico, buscando en las demás fuentes de la historia, que no son de naturaleza jurídica y examinarlos desde el punto de vista del derecho.

### 4. *El derecho vigente*

Nuestra materia no debe limitarse al conocimiento de las normas expedidas por la autoridad competente, sin penetrar en el derecho que realmente se aplicó. Referimos aquí a todas las formas de alteración colectiva del derecho positivo imperante.

En primer lugar, aparece la ignorancia de la ley, situación que se produjo con frecuencia en la Antigüedad y hasta en épocas modernas, dando origen a un derecho vulgar o a la falta de aplicación de las normas vigentes. En segundo lugar, ocurrieron movimientos colectivos de resistencia a la ley o actitudes de oposición deliberada, como las que se produjeron en los siglos XVI y XVII respecto de las normas que prohibían el comercio o de las que reglamentaban la condición y el trabajo de los indios en América. Aquí resulta interesante estudiar las razones de esta aceptación social de una postura antijurídica. Un tercer aspecto reside en la aparición de costumbres *contra legem*, que establecieron un derecho distinto al legislado. Las Partidas admitían la fuerza derogatoria de la costumbre, pero la Recopilación de Castilla la negaba, y la doctrina no dio una respuesta uniforme a este problema. Un cuarto caso fue el de la costumbre *praeter legem*, que completaba las lagunas de la ley, y cuya existencia debe también investigarse, puesto que integraba el derecho imperante.

Así, además de conocer el derecho, resulta indispensable observar cómo funcionó, de qué manera fue interpretado y aplicado, en qué medida tuvo vigencia y si surgieron costumbres contrarias o supletorias. Esto implica estudiar la vida real del derecho, que no debe confundirse con la historia social o económica. Se trata de la historia jurídica, pero enfocada con visión realista. Diríamos que es la historia del impacto y consecuencia sociológica de la aplicación judicial del derecho.

### 5. *La valoración del derecho*

Con excepción de algunas teorías que aparecen en el siglo XIX, la doctrina jurídica de todos los tiempos ha sostenido que el derecho debe ajustarse a criterios o ideales superiores, los que le dan fundamento y legitimidad, y su carácter obligatorio deriva de esa correspondencia.

El primero de esos requisitos o ideales es la justicia, según una concepción que, esbozada por Aristóteles, fue expuesta con mayor exactitud por los juristas clásicos de Roma, especialmente Ulpiano y perfeccionada por Santo Tomás. Desde entonces esta teoría no fue superada. En términos simples, ella consiste en dar a cada uno lo que le corresponde de acuerdo a la relación jurídica de que se trate: el impuesto al Estado, la pena merecida al delincuente, el pago de lo que se debe al acreedor, o el salario a quién trabaja. A veces, la determinación de lo justo no es fácil de realizar, puesto que lo merecido debe graduarse en virtud de varios factores; pero en todo caso debe finalmente determinarse.

Esta justicia debe aplicarse a las relaciones entre particulares y a las de éstos con el Estado o los grupos comunitarios. Pero en otros aspectos del derecho no se percibe con claridad el vínculo entre los sujetos activo y pasivo, y entonces ya no será la justicia, sino la noción amplia de bien común la que debe tomarse como principio ordenador del derecho. El historiador del derecho puede y debe analizar si un sistema, una institución o una norma cumplieron estos requisitos superiores que esas nociones establecen. La función más elevada de toda actividad científica consiste en formular juicios de valor, y en nuestro caso determinar en qué medida se lograron aquellos fines del derecho.

Podrá sostenerse que esta tarea no corresponde al historiador sino el filósofo. Tal opinión sería errónea. El historiador puede juzgar una época pretérita y el jurista hacer la crítica del derecho que analiza. Siendo el juicio la función más importante que corresponde a quien cultiva estas disciplinas, no hay inconveniente en adjudicar a los historiadores del derecho esta valiosa y necesaria posibilidad, puesto que es el coronamiento de su obra.

De este modo, la tarea del historiador del derecho es muy amplia, y va desde la búsqueda minuciosa de los datos hasta la formulación de juicios de valor de la vida del derecho, y la eleva a alturas superiores en este campo de la ciencia. Esta valoración por el historiador del derecho también influirá en la aparición de otras perspectivas para revalorizar posteriormente

Finalmente, en esto reside la utilidad de la historia del derecho, no sólo profundizar la cultura jurídica, sino dar la indispensable perspectiva para poder discernir lo bueno y lo malo, las consecuencias benéficas o desfavorables de una regulación institucional y la adecuación de las normas a los principios de justicia y de bien común que constituyen su última finalidad.

### IV. CONCLUSIONES

Nuestro autor hace importantes contribuciones con su teoría al aclarar aspectos que podríamos usar como instrumental para realizar la tarea de la investigación histórico-jurídica. En primer lugar, es necesario atender a la adecuada comprensión de la materia, debido a que está compuesta de dos disciplinas di-

versas, que, a pesar de contener muchos presupuestos distintos, conforme con las exigencias de sus fines, pueden conciliar sus postulados de manera de transformarse la historia del derecho en una disciplina autónoma.

En la búsqueda de la naturaleza y el objeto de la historia del derecho, se concluye que ella es historia por su método de investigación, y es derecho por su objeto, concebido como aquel sistema normativo que existió en el pasado. Ambas materias deben integrarse recíprocamente. El especialista debe saber trabajar indistintamente ambas disciplinas para que pueda realizar satisfactoriamente su adecuada compenetración, sin hacer de ella una disciplina histórica o jurídica, sino fundiéndolas para alcanzar así una individualidad científica propia.

El historiador del derecho debe tener, a juicio de nuestro autor, una certera mirada acerca de cuál es la exacta idea de derecho y la más apropiada. Ello porque la historia del derecho debe adoptar una posición frente a los distintos modos de concebir su objeto, por lo que habiendo hoy tres grandes ángulos para entender el derecho, conforme con la postura iusnaturalista, positivista y realista o sociológica, nuestra disciplina debe entender que las tres son de importancia, sin desechar anticipadamente ninguna, porque ellas están presentes en el debate perenne acerca de qué es el derecho.

Derecho histórico es todo lo que ha existido en relación con cualquier tiempo y lugar del pasado: normas, práctica e ideas, que ponen en evidencia la amplitud y variedad de los temas por considerar en la historia del derecho en relación con los grandes temas como son las ideas que produjeron derecho, la formación del mismo y los elementos que concurrieron a ella y los motivos de la adopción de determinadas formas jurídicas.

Es vital comprender que el derecho cambia a través del tiempo, no de modo radical, sino lenta y parcialmente. Hay una dialéctica de continuidad *versus* cambio en el acontecer histórico-jurídico, lo que podemos observar al estudiar las fuentes formales en las que el derecho se expresa. Y en este juego no hay que buscar causas, sino finalidades, tratando de entender más los "para qué" que los "por qué" de los cambios del derecho, rechazando todo determinismo histórico en su interpretación.

El material básico y punto de partida es el derecho positivo y la forma de su sistema en la época que se estudia. Sin embargo, no debe dejar de estudiarse qué se aplicó de ese derecho, cuánto del mismo recibió aceptación, como así también su inobservancia y sus razones; en suma, la realidad del derecho.

Por último, siendo el derecho un instrumento de materialización de una aspiración humana ideal-valórica, individual y colectiva: la justicia y el bien común, como últimos fines, a la historia del derecho cabe indagar, dado un derecho histórico concreto, el grado de realización práctica de esas aspiraciones y fines.

[Recibido el 3 de marzo y aceptado el 1 de junio de 2005].