

## **HISTORIA DEL DERECHO, HISTORIA DIFERENCIAL**

*Jaime del Arenal Fenochio*

*Sumario: I. Introducción; II. Punto de Partida; III. Posibilidad de historias diferenciales; IV. Marx y la Historia del Derecho; V. Doble tradición; VI. El ritmo de la Historia del Derecho.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Las presentes reflexiones pretenden solamente —dentro del marco del ensayo del diálogo propuesto hace algunos años por el historiador francés Pierre Vilar, el filósofo Louis Althusser sobre las posibilidades de existencia de *historias diferenciales*— analizar la viabilidad y la necesidad de una disciplina que desde hace algunos años me ha interesado y que desgraciadamente poco se ha desarrollado en México: la Historia del Derecho. Las ideas de Fernand Braudel sobre la posible contribución que el concepto de «larga duración» por él desarrollado puede ofrecer al desarrollo de las ciencias sociales serán tomadas en cuenta para la verificación de la hipótesis que se plantea.

Ésta consiste en la afirmación —contraria a la opinión de Vilar— de que el desarrollo mismo de las ciencias sociales permite y aun exige la existencia de las llamadas «historias diferenciales», y que es precisamente el cultivo de cada una de éstas, con la debida utilización de métodos y conceptos propios, lo que puede redundar, si no en la construcción de una Historia Total, sí en una aproximación al concepto de «unidad de la Historia» o unidad histórica que englobe y sintetice lo mejor de las aportaciones de cada tarea historiográfica. Es éste, pues, un tímido intento de acercamiento a los debatidos temas del cambio

y del tiempo históricos desde la particular perspectiva de la Historia del Derecho.

Dicho intento se basa en la lectura de los siguientes escritos: Historia del Derecho, historia total; Historia social y filosofía de la historia e Historia marxista, historia en construcción. Ensayo de un diálogo con Althusser, todos del historiador francés Pierre Vilar, reunidos no hace mucho en su libro *Economía, Derecho, Historia*<sup>1</sup>; La larga duración de Braudel<sup>2</sup> y El cambio histórico de Carlos Pereyra<sup>3</sup> que motivó y orientó los puntos centrales del estudio, mientras que la Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna<sup>4</sup> de Franz Wieacker, hoy por hoy ya uno de los «clásicos» historiadores del Derecho, aportó los conocimientos básicos sobre la Historia del Derecho y la consideración de ésta como un fenómeno que desborda la mera historia de la legislación.

## II. PUNTO DE PARTIDA

En el **Ensayo de diálogo con Althusser**, Vilar, en forma tajante reprocha al filósofo su falta de vocación histórica, ausencia que, en opinión del historiador, lo llevó a dividir la Historia. Parapetado en las enseñanzas de Lucien Febvre, Vilar confiesa a Louis Althusser su «Desengañada estupefacción cuando he visto que sus proposiciones acerca de la “concepción marxista de la totalidad social” concluían postulando no sólo la “posibilidad” sino la “necesidad” de regresar a la división de la historia en diversas “historias”»<sup>5</sup>. Febvre, en su momento, había denunciado que «el mayor vicio de la práctica histórica de su época... fue el muy universitario respeto a los “comportamientos estancos”: para ti la economía, para ti la política, para ti las ideas»<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Barcelona, Ariel, 1983.

<sup>2</sup> En **La historia y las ciencias sociales**. Madrid, Alianza Editorial, 1980, pp.60-106.

<sup>3</sup> Se encuentra en **Configuraciones: Teoría e Historia**. México, Editorial Edicol, 1979, pp.103-117. Madrid, Aguilar, 1957.

<sup>5</sup> Vilar, «Historia Marxista», en **Economía...**, p.191.

<sup>6</sup> Citado por Vilar, *Ibidem*.

Lo que primero habría que preguntarle a Vilar sería si la división de la Historia en «diversas historias» estaría lo suficientemente superada como para poder regresar a ella. Creo, por el contrario, que lo que ha existido en la labor histográfica contemporánea es la proliferación de historias particulares o dicho de otra forma: si antes la Historia se reducía a la Historia política, desde la irrupción de las ciencias sociales a mediados del pasado siglo se ha posibilitado la existencia (sistematización y conceptualización) de historias dirigidas al objeto de cada una de esas ciencias. Estas historias han tenido un auge extraordinario en el presente siglo. Recordemos tan sólo la importancia que para la Escuela de los Annales ha tenido el desarrollo de los conocimientos económicos y sociales. Pero no sólo las ciencias sociales provocaron la variedad de «historias particulares»; mucho antes, la división espiritual y religiosa sufrida desde el siglo XVI en Europa provocaron apoloéticas historias eclesiásticas tanto por parte de católicos como de protestantes, y los excesos del racionalismo jurídico dieron pretexto para el surgimiento de la Escuela Histórica del Derecho, con Hugo y Savigny a la cabeza. ¿Y qué decir del extraordinario auge de las ciencias físico-matemáticas, o de las químico-biológicas que casi han monopolizado el concepto mismo de «Historia de la Ciencia»? ¿Y de la biografía de santos o de héroes, tan grata y pedagógica en todas las épocas?

En el rubro contrario, el marxismo ha tenido y se ha esforzado por encontrar un modelo que, en palabras de Pereyra, sea «el más eficaz para pensar la estructura propia de la totalidad social»<sup>7</sup> o, según Vilar, para indicar «aquello de lo que depende el todo, y aquello que depende de todo»<sup>8</sup>. Es incuestionable el esfuerzo que en este sentido hicieron los historiadores marxistas, pero no creo que hayan aniquilado la tradicional separación –teórica y práctica– habida entre las diversas

---

<sup>7</sup> Pereyra, *op.cit.*, p.109.

<sup>8</sup> Vilar, *op.cit.*, p.226: «Bien mirado, de lo que se trata tan sólo es de indicar aquello de lo que depende el todo, y aquello que depende de todo. Es mucho. Es menos que las inutilidades antaño amontonadas por los historiadores tradicionales, o, en nuestros días por los capítulos yuxtapuestos que, precisamente, abandonados a los “especialistas” pretenden tratar de todo».

historias ni encontrado «aquéllos». Por lo tanto, el esfuerzo intelectual de Vilar por negar la división de la Historia en diversas historias se estrella ante una práctica reiterada y útil para comprender mejor el devenir humano. Este choque, sin embargo, no invalida los propósitos del hispanista francés. Su lucha en pro de una «Historia total» (diferente desde luego de la «Historia Universal»), es compartida por todos los que de una manera u otra, con idénticos o diversos presupuestos ideológicos, nos esforzamos por encontrar la explicación y el sentido del acontecer histórico. El punto de partida y la metodología empleada podrán ser discutidos o confrontados con otros diametralmente opuestos (por ejemplo con **Teología de la Historia**, de Marrou)<sup>9</sup>, pero no podrá negarse que Vilar está en el camino de los historiadores que buscan un sentido a la Historia<sup>10</sup> y que lo hacen precisamente por la vía del trabajo interdisciplinario.

### III. POSIBILIDAD DE HISTORIAS DIFERENCIALES

En un segundo momento será necesario cuestionarle a Vilar su reproche y aversión a la existencia y «necesidad» misma de las historias diferenciales o particulares. Es obvio que no se trata al defenderlas de encasillarse en historias-compartimientos, sin nexos entre sí, aisladas. «Historias» elaboradas de esta forma estarían renunciando a su propio enriquecimiento conceptual y metodológico. Serían, ciertamente, historias microscópicas, muy cercanas a la labor de los eruditos de café que no hacen más cosa que sumar datos sin mayor articulación posible entre éstos y sin ninguna conexión con otras disciplinas.

Precisamente la existencia misma de la Historia del Derecho sirve magníficamente para ejemplificar las posibilidades inmensas de una

---

<sup>9</sup> Henry-Iréné Marrou. **Teología de la Historia**, Madrid, Rialp, 1978.

<sup>10</sup> Vilar, «Historia social y Filosofía de la Historia» en **Economía...**, p.143. Cfr. Carlos Pereyra, *et al.* **Historia, ¿Para qué?** 5a. ed., México, Siglo XXI, 1984.

Historia no aparta para este tipo de «especialistas». En efecto, aunque el fenómeno jurídico ha de ser tratado principalmente por los juristas <sup>11</sup>, esto no quiere decir que el jurista esté exento de los conocimientos indispensables para abordar dicho fenómeno desde perspectivas más amplias que la del mero exégeta de códigos y disposiciones legales, como quiere el positivismo legalista, o de dogmas y conceptos abstractos desconectados de una particular realidad social como propuso el pandectismo <sup>12</sup>. Si los fenómenos relativos a la justicia, a la normatividad, o a la coacción son y deben ser tratados desde el marco conceptual de la ciencia jurídica y por especialistas en ésta, no deben quedar reducidas a un mero y simple análisis exegético basado en la lectura y el conocimiento de leyes y decretos promulgados por el legislador; por el contrario, su análisis tiene que abrirse a las aportaciones que la historia, la economía, la sociología y, con mucha mayor razón, la ética pueden ofrecerle, aun contra lo que a este respecto pueda haber sostenido la Escuela de Viena de Hans Kelsen <sup>13</sup>. De esta forma el historiador del Derecho no será el científico aislado que no ve sino un aspecto de la realidad humana y de la social; por el contrario, estará capacitado para adentrarse en el estudio del fenómeno jurídico, desde la variedad y riqueza de ángulos y en comunicación estrecha con otros científicos sociales y podrá, a su vez, extraer de su disciplina aportaciones valiosas para las demás ciencias humanas y sociales.

Así, y con estas limitaciones, ha de entenderse la Historia (particular) del Derecho, y quizás lo mismo podría decirse de las demás historias. Lo que molestó a Febvre fue algo que se hallaba muy difundido

---

<sup>11</sup> Sobre el ya tradicional y, creo yo, superado debate sobre quién ha de hacer Historia del Derecho –el jurista o el historiador–, *vid* Francisco Tomás y Valiente. «La historiografía jurídica en la Europa Continental (1900-1975)» y Helmut Coing. «Las tareas de historiador del Derecho», ambas reunidas por María del Refugio González en **Historia del Derecho**. México, Instituto Mora-Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, y Alfonso García Gallo. «Historia, Derecho e Historia del Derecho». **Anuario de Historia del Derecho Español**. Tomo XXIII 1953, pp.1-36 y «Cuestiones de historiografía jurídica», mismo **Anuario**, 1974, pp.714-764.

<sup>12</sup> Cfr. Antonio Hernández Gil. **Metodología de la Ciencia del Derecho en Obras Completas**. Tomo y Madrid, Espasa-Calpe, 1988, Cap. III. «Métodos dogmáticos y constructivos (positivistas, formalistas)», pp. 79-130.

<sup>13</sup> H. Kelsen. **¿Qué es la teoría para del Derecho?**, México, Distribuidora Fontamara, 1991.

en su tiempo: el considerar a los fenómenos históricos, sea histórico artístico, histórico-médico, histórico-jurídico, etcétera, como meramente artísticos, médicos o jurídicos, respectivamente, olvidándose sus cultivadores del elemento común representado precisamente por lo histórico.

Creo que la crítica de Vilar a Althusser en este sentido es infundada. ¿Le molesta admitir que existan «tiempos», «niveles» o «ritmos» diferentes? ¿Le enfada que el empirismo «rezuma» la existencia misma de diversas historias? ¿Cree encontrar meros juegos verbales en la idea que proclama la «dependencia específica» de los niveles entre sí y, al mismo tiempo, «la relativa independencia» de las historias particulares? ¿Niega la utilidad de buscar un «tiempo específico» para cada «nivel»?<sup>14</sup>. Entonces podemos confesar no haber entendido a Althusser o, lo que es peor, reprochar al historiador francés incurrir en lo que se afana en negar: un excesivo apego a un determinado estanco historiográfico. La Historia del Derecho —no entendida simplemente como la historia de la legislación— podría sacar de dudas a Vilar.

La falta en que ha incurrido este autor es aceptar a pie juntillas el error en que cayó el propio Marx en su momento y que evidentemente han estado repitiendo muchos juristas, incluso no marxistas. Error por otro lado explicable por partir no sólo de la experiencia particular sobre el *funcionamiento* de una concepción del Derecho, sino de la aceptación generalizada de esa misma concepción. Y es que a Marx más allá de las críticas que pudieran hacersele como economista y como historiador sí podemos imputarle su falta de comprensión y de análisis tanto del fenómeno jurídico como de la historia del mismo, no obstante haber sido discípulo de Savigny y haberse formado jurídicamente en un ambiente dominado por la Escuela Histórica.

Decididamente la vocación de Marx no lo inclinó hacia el Derecho: «Para no contrariar el deseo de su padre estudió leyes, aunque

---

<sup>14</sup> Vilar, «Historia marxista», en *Economía...*, p.191.

nunca se sintió atraído por ejercer la abogacía... Pese a que Marx consideraba la jurisprudencia como su carrera, esos estudios profesionales pasarían pronto a un segundo plano, subordinados a la filosofía y a la historia; de hecho, las clases jurídicas disminuyeron paulatinamente su importancia»<sup>15</sup>. Habiendo estudiado Derecho, Marx sencillamente nunca fue un jurista ni, mucho menos, un historiador del Derecho. Esta carencia explica la que a mi modo de ver constituye una de las partes más débiles del pensamiento marxista, origen a su vez de las concepciones que los seguidores de Marx se han formado acerca del Derecho. La escasez de escritos del filósofo de Tréveris sobre esta ciencia han obligado a que la doctrina marxista sobre el Derecho se descubra y estructure «examinando los escritos tanto de Marx como de Engels»<sup>16</sup>, «escritos de naturaleza y de tiempos diversos»<sup>17</sup>.

Vilar, como otros, ha partido de los artículos que Marx publicó en el **Rheinische Zeitung** hacia los primeros meses de 1843. En éstos, su autor contradujo a Gustavo Hugo, fundador de la Escuela Histórica alemana, desde una posición que a primera vista podría parecer favorable a la concepción racionalista del Derecho, pero que en realidad no se cobija en el racionalismo imperante entonces en Francia y en casi todo el mundo occidental. Marx, como lo ha hecho observar Vilar, «únicamente se niega a convertir la *constatación* histórica en una *justificación*»<sup>18</sup>. No habría razón histórica suficiente que pudiera privar de su libertad al hombre: «La defensa de la razón se vuelve defensa de la historia. Marx... olfatea sin embargo los posibles peligros del historicismo cuando éste es sólo una mirada pasiva hacia un pasado parcial. Él busca otra historia, que no sea sólo “historia del Derecho”»<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Werner Blumenberg, **Marx**. Barcelona, Salvat, 1984, p.36.

<sup>16</sup> Renato Treves, **Introducción a la Sociología del Derecho**, Madrid, Taurus, 1978, p.101.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Vilar, «Historia del Derecho» en **Economía...**, p.109.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Este reproche es clave para comprender la crítica de Marx a la concepción del Derecho propuesta por la Escuela Histórica así como para entender el ulterior concepto del Derecho elaborado por el economista alemán. Si la Escuela de Savigny se reducía simplemente a constatar o justificar un orden dado era obvio que para el inquieto y joven Marx no ofreciese ninguna atracción teórica, ni menos política, y por lo mismo resultase lógico abandonar las enseñanzas de su maestro, perdiendo la oportunidad de aprovechar los ricos resultados de la misma Escuela. Es decir, desde muy temprano Marx renunció a convertirse en historiador del Derecho; en consecuencia, su concepción acerca del mismo no estaría fundada en una labor historiográfica sobre la evolución de aquél sino, paradójicamente, se fundaría finalmente en los principios teóricos de la Escuela *Ius* Naturalista racionalista, los cuales aceptó en principio y no sometió a su fino examen crítico. Estoy convencido de que aunque en apariencia las tesis marxistas acerca del Derecho se hayan elaborado sobre supuestas bases históricas, deben más a la aceptación casi absoluta de las ideas racionalistas sobre el mismo elaboradas durante los siglos XVII y XVIII y en plenitud durante todo el XIX. Veamos cómo se dio esta tácita aceptación.

#### **IV. MARX Y LA HISTORIA DEL DERECHO**

Cuando Marx expuso en el mencionado periódico el asunto sobre el «robo» de la leña, efectivamente constató un hecho histórico: la transformación de una vieja costumbre (de un Derecho consuetudinario) —es decir de una práctica legítima— en un delito. Al destacar cómo se desvirtuaba esa práctica centenaria por el surgimiento de una norma «general y abstracta» (ley) que asimilaba al robo, Marx estaba evidenciando un hecho dramático para el Derecho ocurrido en el siglo XIX: la Ley se erigía en la única expresión *formal* del Derecho y, por ende, de lo justo. «A través de los debates de la Dieta renana y las decisiones que los liquidaron, Marx descubre de pronto que el derecho que sustituye aquella vieja costumbre no tiene más valor racional que ella, sino que sólo tiene un valor cristalizador para unas nuevas relaciones sociales alrededor de los bienes naturales, relaciones

marcadas también por el egoísmo de clases y, tal vez, a fin de cuentas, más duras para los pobres»<sup>20</sup>.

El hecho era claramente observable. Los burgueses de la Dieta estaban «creando» su Derecho imponiéndolo como lo justo por excelencia. Marx y sus contemporáneos no podían negar que de esta forma se creaba el Derecho como tampoco se les escaparon los móviles que se tenían para crearlo de esa manera (transformar la propia noción de propiedad en favor de sus intereses). El móvil, la creación y las consecuencias eran innegables. El «Derecho» estaba *funcionando* de manera distinta a como había funcionado anteriormente.

Pero la pregunta que habría que hacerse y que Marx –escéptico de los principios de la Escuela Histórica y falto de vocación jurídica– no se hizo es ¿lo que la Dieta renana aprobó en 1842 fue Derecho? Marx aceptó que sí, confirmando nuestra hipótesis sobre la enorme deuda contraída por Marx con los principios iusnaturalistas racionalistas. Él no se plateó ni partió de diversas concepciones posibles del Derecho. Aceptando los segundos absoluta y totalmente y negando las ideas de la Escuela Histórica adoptó el reduccionismo simplista al que había llegado el racionalismo jurídico. Como éste, hizo de la Ley el Derecho, por lo cual le fue tan fácil (y evidente) concluir que la Ley (el Derecho) se elaboraba para proteger los intereses de una determinada clase.

¿No pudo ver Marx que el Derecho no se reducía sólo a la Ley? No; simplemente porque *no hizo* Historia del Derecho. Para él, como para todo buen racionalista liberal, exégeta, burgués o positivista legalista, el Derecho se reducía exclusivamente al producto de la actividad de un órgano capacitado para expedir normas generales y abstractas, llámese Dieta, Congreso, Cortes o Parlamento. Pero como la totalidad de los integrantes de este órgano pertenecían a una clase determinada con intereses muy particulares, resultaba lógico concluir

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.110.

que aquellas normas generales y abstractas (leyes) contuvieran y sirviesen para la protección de los intereses de la clase que las sancionó. El razonamiento es impecable y certero, siempre y cuando admitamos que Marx hizo suyos los presupuestos teóricos del *ius* racionalismo y desechó las posibilidades y los conocimientos que le brindaba el historicismo jurídico.

Con observaciones y experiencias similares, Marx lo único que hizo fue *descubrir y describir un modo moderno* de funcionamiento de *una* fuente del Derecho; no el complejo nacer y operar de éste. A él le tocaría erigir ese *modo* en el modo no sólo de *funcionar* del Derecho, sino de *ser* del mismo. Su descubrimiento es inobjetable: así aparecía y funcionaba en Derecho a mediados del siglo XIX, (y así parece ser y funcionar desgraciadamente todavía en nuestros días). Pero su conclusión puede ponerse en entredicho si cuestionamos la concepción racionalista que se encuentra en la base de la teoría de Marx: nuevamente nos preguntamos ¿fue Derecho lo que aprobó la Dieta renana?, ¿toda ley es Derecho por el sólo hecho de ser formalmente aprobada por un Congreso, Cámara o Dieta? o, ¿es que acaso todo lo que funciona como o tiene forma de Derecho lo es? De la respuesta afirmativa que dio Marx a estas preguntas nace su concepción sobre la naturaleza de lo jurídico; éste no es sino parte de la superestructura que guarda y garantiza los intereses de la clase dominante <sup>21</sup>.

Con todo esto podemos ver que aunque las tesis marxistas sobre el Derecho se erigirán eficaz, lógica y críticamente contra la concepción racionalista del Derecho, ésta paradójicamente explica y fundamenta las primeras lo que obliga a un replanteamiento total del análisis marxista acerca del fenómeno jurídico. Sus errores se deben a su carente labor y demostración históricas; el estudio fue referido a un momento determinado: la aparición de una especial y particular idea acerca del Derecho, no compartida por el pensamiento jurídico occidental ni por el de otras sociedades, antes ni después de Marx. El análisis marxista

---

<sup>21</sup> Treves, *op.cit.*, p.104.

adolece del reduccionismo llevado a cabo por la Escuela Racionalista del Derecho Natural, y del error por conformarse con los aspectos meramente funcionales de la apariencia jurídica, sin plantearse los problemas en torno a la esencia y a las fuentes del Derecho.

Efectivamente, para Marx dicha esencia se encuentra en la función de un tipo de normatividad que se impuso históricamente a partir del siglo XVIII y que no había predominado durante los siglos anteriores. Que la ley fuese igual al Derecho y que el Derecho se hubiese reducido a la sola expresión legal durante el siglo XIX no quería decir que siempre hubiese sido así. Por el contrario, la Escuela Histórica había ya dedicado sus esfuerzos teóricos y prácticos a desentrañar el rico Derecho alemán, en su doble raíz romana y germánica, y descubierto que, en ambas, la ley tenía y había tenido un lugar secundario respecto a las costumbres y al llamado Derecho de juristas <sup>22</sup>.

## V. DOBLE TRADICIÓN

El elemento romano (a la par que el canónico), compartido por la mayoría de los países europeos, había dado origen a partir del siglo XII a la formación de un *ius comune* cuya vigencia y positividad se sustentaban antes y en contra de la voluntad del rey legislador, y que encontraba la fuente de su obligatoriedad en la autoridad y en la eficacia de los pareceres contenidos en los viejos textos jurídicos justinianos (en particular en el **Digesto**), de sus glosadores y de sus comentaristas del siglo XIV, dándose un ejemplo extraordinario de lo que Pereyra ha calificado de «recuperación de sistemas jurídicos nacidos en otras condiciones sociales» <sup>23</sup>. En contra, la consideración legislativa del derecho impulsada por la filosofía racionalista y consolidada gracias a la obra de la exégesis francesa se cimentó en la idea de la soberanía del Estado y en conceptos tales como la división de

---

<sup>22</sup> Wieacker, *op.cit.*, pp.89-194.

<sup>23</sup> Pereyra, **Configuraciones**, p.108.

poderes, la representación popular y el monopolio estatal de la creación del Derecho. Y es que la Ley perfectamente pudo, en mayor o menor medida, responder a los intereses de la clase burguesa en ascenso, jugando el papel, como quería Marx, de auténtica superestructura. Pero esto ocurrió –hay que volverlo a decir– en un lapso determinado de la Historia europea: tuvo su génesis en el siglo XVII, se continuó en los siguientes y ha podido conservarse todavía en el presente. Si Marx, al amparo de las enseñanzas de Savigny, hubiera realizado investigaciones «empíricas» sobre el pasado del derecho europeo se hubiese percatado que el viejo *ius comune* no habría funcionado de la misma manera que funcionó la ley en el caso del robo de la leña que él observó.

Lo mismo puede decirse en el caso del elemento germánico, fundamentalmente basado en las viejas costumbres de los pueblos germánicos o en las originadas durante toda la Edad Media. Esta espontánea fuente del Derecho –de la cual era expresión concreta la facultad de recoger la leña en feudos ajenos– poco tenía que ver con la autoridad y el trabajo intelectual de los juristas europeos y menos con la ley del gobernante decimonónico.

No cabe duda que el «nuevo» derecho fue eficazmente utilizado por el monarca –y poco después por el nuevo soberano: el pueblo– para fortalecer al Estado sobre los señores feudales (en el caso del rey) y (en el del pueblo) contra la monarquía. Pero también es cierto que desde muy temprano el *ius comune* se levantó como alternativa e incluso como un obstáculo frente al derecho estatal que tendría en la ley su única expresión formal.

Marx, partiendo de un hecho meramente coyuntural, no tomó en cuenta la vieja y complejísima estructura jurídica europea ni supo distinguir los elementos diversos que la componían, los cuales debió analizar detenidamente –historiográficamente– antes de pretender elaborar una teoría sobre el «cambio histórico».

## VI. EL RITMO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Al estudiar la Historia del Derecho –como historia diferencial– encontramos un ritmo y una estructura diversas a las demás historias particulares así como un especial modo de articularse las instituciones y las ideas jurídicas en la totalidad del proceso histórico.

El ritmo es diferente, por lo que también su periodización no coincide con la de la historia política ni tampoco con las «épocas» aceptadas por la historia de la cultura. Tomemos como ejemplo el caso más notable de supervivencia jurídica en el mundo occidental: el Derecho Romano. Su historia se ha dividido atendiendo a criterio no políticos ni económicos, sino a estrictamente jurídicos, atendiendo al menor o mayor desarrollo de la ciencia jurídica –lo mejor y más trascendental de las aportaciones jurídicas romanas<sup>24</sup>– de forma tal que las épocas preclásica, clásica y posclásica poco tiene que ver con las divisiones sustentadas en criterios políticos como son la monarquía, la república, el principado o el imperio. Es más, el auge de aquella ciencia se dio en un momento en el cual lo «romano» entró en profunda decadencia envuelto en medio de múltiples y ajenas influencias. La elaboración de *Corpus Iuris Civile* –la magna obra de recopilación del Derecho Romano mandada hacer por Justiniano en el siglo VI– se realizó en un período de cierta tranquilidad política pero de indudable decadencia de la cultura latina, a tal grado que poco pudo hacer para impulsar el nacimiento de una cultura jurídica bizantina. Por el contrario, seis siglos después, ante condiciones económicas, sociales, políticas y culturales muy diferentes, dio origen al renacimiento de la ciencia jurídica occidental que anticipó por casi trescientos años al renacimiento de las artes plásticas y literarias. Cuando este último brinde sus mejores frutos, la ciencia jurídica europea estará ya en una etapa de franco estancamiento, aun cuando todavía tardará trescientos años más para perder su positividad y vigencia.

---

<sup>24</sup> Álvaro D'Ors. *Derecho Privado Romano*, 2a. ed. Pamplona, Universidad de Navarra, 1973, pp.10-17.

La «larga duración» del Derecho Romano resulta sorprendente. Todavía a finales del siglo XIX la Escuela Pandectista en Alemania, y de aquí todo el mundo, tomó de aquél los presupuestos dogmáticos indispensables para elaborar los códigos civiles alemán y suizo y una serie de conceptos jurídicos fundamentales para la moderna ciencia jurídica.

Pero no sólo el Derecho romano nos puede servir de ejemplo. Si comparamos el despegue de las ciencias sociales desde el siglo pasado y su auge extraordinario en nuestros días con el correlativo desarrollo del Derecho de occidente, podemos darnos cuenta que aquel auge contrasta con una de las peores épocas de la historia de la ciencia que nos ocupa. Hoy día nuestros conocimientos «científicos» acerca del Derecho se reducen a memorizar, interpretar y aplicar normas legales cuya elaboración ya ni siquiera se confía a los juristas ni a los legisladores como en el siglo XIX o en la primera mitad del siglo XX sino a un poder ejecutivo rodeado de particulares intereses que proteger o satisfacer. Muy atrás quedan los días de una ciencia autónoma, fundada en la autoridad, origen de un sistema normativo que se esforzó por encontrar y aplicar soluciones justas a los problemas humanos.

Si bien todavía hace falta una teorización más profunda sobre la Historia del Derecho <sup>25</sup> se puede, con los ejemplos anteriores a la vista, anticipar la conclusión de que aquélla deberá elaborarse tomando en cuenta la «larga duración» de fenómenos tales como la influencia del Derecho Romano en la cultura jurídica occidental, desde la Roma del siglo I a.C. a la Roma del siglo VI d.C.; en la cultura bizantina y en la bajo medioeval; desde el renacimiento artístico a la sociedad capitalista contemporánea; y en países tan diversos como los europeos –orientales y occidentales– latinoamericanos <sup>26</sup>, y en los no occidentales. También habrá que determinar la vigencia de prácticas y costumbres jurídicas no reconocidas y sí contrapuestas al Derecho legal creado por el Estado moderno <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. Coing, Tomás y Valiente, García Gallo, *supra nota* 11.

<sup>26</sup> Para el caso de Latinoamérica vid. Bernardino Bravo Lira. **Derecho Común y Derecho propio en el Nuevo Mundo**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

Por último, una vez reconocido el ritmo y la periodización propios de esa Historia, profundizado y teorizado acerca de su objeto particular de estudio, su campo de acción, su problemática y sus fines, habrá que proceder a determinar las conexiones entre ella y las demás historias diferenciales para, finalmente, proceder a la elaboración de una «teoría de su articulación en la totalidad»<sup>28</sup>.

Coincido plenamente con Pcreyra cuando afirma que: «No es posible concebir el proceso de la totalidad histórica como un proceso homogéneo, con un solo tiempo, un solo ritmo y un solo principio de cambio», y cuando asegura que «el estudio de cualquiera de las historias diferenciales impone la necesidad de ubicar su dinámica específica»<sup>29</sup>. Esto supone: primero, reconocer la existencia de las historias diferenciales; segundo: que éstas no formen estancos o compartimentos desarticulados entre sí, sino en estrecha relación unas con otras o, como diría Althusser, con «independencia en la interdependencia»<sup>30</sup>; tercero: que el ritmo, el tiempo, la teoría del nivel correspondiente, el principio del cambio, la captación de su estructura, o la dinámica de cada una de ellas han de encontrarse después (o correlativamente) de detenidas y medidas investigaciones empíricas, sin olvidar la propia y específica teoría acerca del modo como se articulen con las demás historias diferenciales y con la totalidad del proceso histórico. Finalmente, el reconocimiento de la posibilidad parafraseando a Braudel: de «aprehender el conjunto, la totalidad de lo humano»<sup>31</sup>.

Estoy convencido de que las posibilidades de la Historia del Derecho de contribuir en esta tarea son inmensas. Sólo falta comenzar a trabajar en ello.

© Índice General

© Índice ARS 10

---

<sup>27</sup> El reconocimiento a los derechos de los indígenas se ha hecho en la reforma al artículo 4º de la Constitución mexicana en 1992 de la siguiente manera: «En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley». Sorprende la terca y soberbia resistencia de la ley para perder su preeminencia aun cuando ceda en algo su monopolio.

<sup>28</sup> Pereira, **Configuraciones**, p.109.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.106.

<sup>30</sup> Citado por Vilar, «Historia Marxista», en **Economía...**, p.191.

<sup>31</sup> Braudel, **op.cit.**, p.125.