

## Resumen

El artículo es una reflexión sobre las posibilidades de una historia del Derecho que de noticia del Derecho vigente a partir de una propuesta metodológica denominada concepción polifacética, la que se vincula con la propuesta historiográfica desarrollada en Colombia y México sobre una historia del Derecho del espacio tiempo vital.

### **Palabras clave**

Historia del Derecho, concepción polifacética, espacio tiempo vital, metodología de la investigación histórico-jurídica.

## Abstract

The article presents the polifacetic conception of law, a methodological proposal for the history of law. This proposal relates to proposals about a history of law in a "live spatio-temporal" context, developed in Colombia and Mexico. The polifacetic conception aims to show that studies in the history of law can also cover aspects of current legislation.

### **Key words**

History of law, polifacetic conception of law, live spatio-temporal, methodological history of law.

# Historia del derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México

(Recibido: Octubre 15 de 2009. Aprobado: Octubre 29 de 2009)

ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ\*

## La cátedra de Historia del Derecho como curso obligatorio y de formación básica

Desde el año de 1902 existe en Chile la asignatura de Historia del Derecho como curso obligatorio de la carrera que conduce al título profesional de abogado. A partir de entonces se ha entendido que la tarea fundamental de la cátedra es alertar a los estudiantes ante el dogmatismo y la omnipotencia del derecho codificado. En los países en que se viene enseñando la historia del Derecho con entidad propia se la califica como asignatura esencial para una adecuada formación integral: Contribuye a la recreación de la cultura jurídica.

Una malla curricular en que la historia del derecho no existe como cátedra autónoma priva al estudiante de la posibilidad de entender al Derecho como fenómeno cultural, es decir, producto de la sociedad que lo aplica. Su ausencia favorece la acentuación de una mirada técnico profesional del Derecho e implica para el abogado recién titulado dificultades en la inserción en redes laborales que operan desde la transversalidad<sup>1</sup>. La aproximación a la idea de Derecho como producto social, y a la idea de sociedad como resultado de cierta influencia del Derecho, implica incorporar la contingencia histórica para comprender lo jurídico. Implica también incorporar a las explicaciones sobre lo jurídico el elemento del poder y de la selección, defensa y promoción de intereses y valores desde esta instancia usando para ello, como uno de sus medios principales, a los mandatos jurídicos. Una formación profesional que no contemple la dimensión histórica del fenómeno jurídico presenta ciertas limitantes ante el actual escenario mundial. Enfrentan

\* Abogado. Magíster en Historia. Doctor en Derecho. Doctor © en Historia. Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Coordinador académico Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Dirección electrónica: ericepalma@yahoo.es, cpudd1@derecho.uchile.cl

1 Véase para este tema el interesante artículo de Ernesto Grun, *La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho*, revista *Panóptica*, año 1, num. 7. marzo-abril, (2007);

nuestras sociedades grandes desafíos colectivos. Ellos se comprenden y se asumen mejor cuando los abogados, en tanto que actores sociales, tienen conciencia del pasado y perciben que existe entre la realidad social y el fenómeno jurídico una clara relación de reciprocidad. Los retos mundiales de hoy día demandan del Derecho una contribución decisiva para asegurar la viabilidad del planeta, la estabilidad del Estado de Derecho y la consolidación de una sociedad democrática y humanitaria. Así como es una deficiencia formativa la ausencia de estudios histórico jurídicos, también presenta limitaciones un enfoque histórico centrado en el conocimiento y validación no problematizada de la tradición jurídica occidental. En los tiempos que nos toca vivir parece relevante una mirada más abierta respecto que la principal misión de la cátedra sea la de recreación de la cultura jurídica tradicional (la occidental). Una actitud acrítica frente a la misma podría implicar contribuir a la formación de un abogado que hace resistencia al pluralismo jurídico que viene instalándose en nuestra sociedad iberoamericana.

La historia es continuidad y variación y a veces para reconocer, comprender y favorecer el cambio es necesaria una mirada reflexiva a la tradición. Dado que hoy día la normativa constitucional reconoce que hay más de una cultura e identidad nacional y que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>2</sup> contribuye a la emergencia de una cultura jurídica humanitaria (continuadora y también superadora de ciertos elementos de la tradicional cultura jurídica occidental), la cátedra de historia del Derecho debe estar en sintonía con estos planteamientos. ¿Estamos preparando en las Escuelas de Derecho a los operadores para que sean coagentes de una Administración de Justicia que tiene como norte el respeto del pluralismo, la diversidad, los derechos humanos? ¿Se puede avanzar desde la dogmática, desde el adiestramiento en un pensar dogmático, a la apertura profesional hacia la promoción de estos nuevos valores jurídicos? ¿Qué puede aportar en este sentido la cátedra de Historia del Derecho? ¿La didáctica histórica jurídica puede contribuir a una reflexión sobre las virtudes y límites de la tradición jurídica occidental? La cátedra de Historia del Derecho puede y debe contribuir a la creación de una actitud individual y colectiva problematizadora, al desarrollo de una mentalidad creadora y crítica.<sup>3</sup> El saber que genera la investigación del pasado jurídico debe contribuir a formar lo que he venido llamando sujeto histórico, esto es, un ciudadano activo, un individuo consciente de sí mismo, de su valor intrínseco en tanto que individuo único; enterado de las peculiaridades

2 Véase a este respecto de Ricardo Méndez, coord., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008)

3 FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*. 20ª ed. México: Editorial Siglo XXI, 1986, págs. 34-35.

del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato; capaz de entender cómo las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales determinan las características de la sociedad en la que vive y, por lo tanto, del Derecho que la rige.

Proponerse como objetivo didáctico contribuir a la emergencia de un sujeto histórico tiene implicancias no sólo en el punto de vista que se adopta para enseñar, sino también, en los contenidos a enseñar. La historia del Derecho debe dar a conocer la formación de la tradición jurídica occidental, y al mismo tiempo, identificar las limitaciones históricas que existen en nuestras sociedades para dar el salto cualitativo que necesitamos para alcanzar el modelo social humanitario, cuyos fundamentos vienen dados por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los avances en materia de mejoramiento de la convivencia humana<sup>4</sup>.

Dentro de estas limitantes históricas goza de gran vitalidad y tiene un rol sustancial la mentalidad patriarcal<sup>5</sup>. A lo largo de la historia de la formación de la llamada cultura jurídica occidental el Derecho ha sido empleado para la recreación de estos hábitos. Normas y autores han amparado y justificado a propósito de las relaciones entre individuos, comunidades, pueblos y estados el uso de la violencia, la dominación y la discriminación, de todo lo cual resulta una jerarquía social. El Derecho ha sido usado para reglar procesos de expansión fundados en la fuerza militar (pensemos en la Lex Provinciae romana) destinados a conquistar culturas que se consideran como inferiores y respecto de las cuales se ejerce dominación, de lo cual deriva una jerarquía a favor del vencedor que se refuerza con la discriminación (se obliga a las poblaciones dominadas a la civilización –pensemos en el caso luso hispano en América- y se considera bárbaro al vencido que es diferente. Su barbarie le impide acceder a las ventajas jurídicas del civilizado).

Superando los estrechos márgenes de la ciencia del Derecho y de la concepción de la disciplina histórico jurídica como ciencia del Derecho, apoyados en la antropología jurídica, en la psicología, en la sociología, en la historia de las mentalidades y en la pedagogía crítica, los historiadores del Derecho debemos dar noticia de la mentalidad patriarcal con el afán de describirla, caracterizarla e identificar las instituciones, discursos y prácticas jurídicas que permiten su recreación desde tiempos remotos.

---

4 La Corte Penal Internacional ordenó el 4 de marzo del año de 2009 la detención del Presidente de Sudán Omar Al Bashir. Se considera que existen antecedentes para perseguir su responsabilidad por asesinatos, exterminaciones, torturas, traslados forzosos, violaciones, ataques a civiles y saqueos: La guerra civil tiene ya un costo de 300 mil muertos. Han planteado sus reparos a la orden de arresto los gobiernos de Rusia y de China.

5 Son responsables de la misma la mayor parte de los europeos que colonizaron América así como sectores de las civilizaciones más complejas -Imperios Maya, Azteca e Inca-.

La educación reproductora o bancaria aísla al derecho de la realidad social en que se gestó lo jurídico y, en consecuencia, entorpece la formación de conciencia crítica: no puede hacerse cargo de la construcción de su historia personal y social el que ignora cómo se ha venido construyendo el devenir histórico, quiénes han sido los protagonistas, quiénes han sido vencidos, qué valores e intereses han estado en juego.

El conocimiento histórico puede transformarse en alienante si pone al alcance de los estudiantes una perspectiva de análisis que impide comprender el tiempo presente, las experiencias del propio estudiante y de sus ascendientes más inmediatos, y exhibe un pasado histórico mitificado, caracterizado por el progreso constante, y donde se identifica la victoria de los que obran violentamente como señal de avance.

No podemos aspirar a tener abogados creativos en el siglo XXI si no hemos entregado al alumnado de Derecho las herramientas para que comprendan que son hombres concretos, representando a ciertos intereses colectivos y ejerciendo el poder, los que han construido la historia del Derecho. Un sujeto histórico comprende su situación personal en el presente pues es capaz de entender su individualidad como producto del devenir social y para ello requiere no sólo memorizar palabras (fechas, nombres) sino comprender cómo las fuerzas sociales, a través del Derecho, han venido moldeando la sociedad en la que él se desenvuelve. De este modo la cátedra que da noticia de la investigación histórico-jurídica permite al estudiante de Derecho conocer el rol que un determinado ordenamiento jurídico está llamado a jugar en una sociedad dada y, por ende, las expectativas que existen acerca del papel de los operadores (abogados, profesores de Derecho, jueces, receptores, notarios, fuerza pública, etc.) en dicha sociedad por parte de quienes controlan el poder creador de Derecho<sup>6</sup>.

Resulta absolutamente legítimo que los historiadores del Derecho nos preguntemos por las causas históricas de la debilidad de nuestros sistemas democráticos, así como por la contribución del Derecho (en su fase de creación, recreación, aplicación, enseñanza) a esta debilidad histórica.<sup>7</sup>

6 Una perspectiva semejante es también admisible para la comprensión del Derecho estadounidense según se aprecia en la obra de Lawrence M. Friedman, *Breve Historia del Derecho Estadounidense*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. Véase también su artículo *American Law in the Twentieth Century: some Remarks*, en *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 325-340* (José Antonio Caballero Juárez, Oscar Cruz Barney, editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005). Véase asimismo el artículo de Emilio Lecuona, *Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, volumen XXVIII, 589 – 611, Valparaíso, Chile (2006).

7 Véase al respecto la ley chilena 20.129, artículo, 15 que establece el deber de las instituciones de educación superior “de reconocer y respetar siempre los principios de

## 2. Metodología y estudio del Derecho vigente

¿Qué método de investigación resulta más coherente con la visión de la cátedra que venimos proponiendo? ¿Qué temáticas cabe investigar respecto de un Derecho mayoritariamente vigente?

### 2.1. Historia jurídico-social, integral o polifacética<sup>8</sup>

En distintos momentos de la historia nacional y extranjera<sup>9</sup> la historiográfica jurídica ha defendido la posibilidad de entender el Derecho como producto social. Esta idea nos parece totalmente admisible, por ende desde el año 1993 estamos abiertos a la construcción de una historia jurídico social, una historia realista del Derecho, integral, polifacética, en definitiva, una historiografía que asuma el deber de dar noticia explicativa de la realidad social que se vincula con lo jurídico.

---

pluralismo, tolerancia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de asociación y participación de sus miembros en la vida institucional, dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República y las leyes"; así como el DFL 153 DE 1981 y sus modificaciones, Estatuto de la Universidad de Chile, que dispone a este respecto: Artículo 3º. Asimismo, corresponde a la Universidad contribuir con el desarrollo del patrimonio cultural y la identidad nacionales y con el perfeccionamiento del sistema educacional del país. En cumplimiento de su labor, la Universidad responde a los requerimientos de la Nación constituyéndose como reserva intelectual caracterizada por una conciencia social, crítica y éticamente responsable y reconociendo como parte de su misión la atención de los problemas y necesidades del país. Con ese fin, se obliga al más completo conocimiento de la realidad nacional y a su desarrollo por medio de la investigación y la creación; postula el desarrollo integral, equilibrado y sostenible del país, aportando a la solución de sus problemas desde la perspectiva universitaria, y propende al bien común y a la formación de una ciudadanía inspirada en valores democráticos, procurando el resguardo y enriquecimiento del acervo cultural nacional y universal. Artículo 4º. Los principios orientadores que guían a la Universidad en el cumplimiento de su misión, inspiran la actividad académica y fundamentan la pertenencia de sus miembros a la vida universitaria, son: la libertad de pensamiento y de expresión; el pluralismo; y la participación de sus miembros en la vida institucional, con resguardo de las jerarquías inherentes al quehacer universitario. Forman parte también de estos principios orientadores: la actitud reflexiva, dialogante y crítica en el ejercicio de las tareas intelectuales; la equidad y la valoración del mérito en el ingreso a la Institución, en su promoción y egreso; la formación de personas con sentido ético, cívico y de solidaridad social; el respeto a personas y bienes; el compromiso con la institución; la integración y desarrollo equilibrado de sus funciones universitarias, y el fomento del diálogo y la interacción entre las disciplinas que cultiva.

- 8 Reiteramos en este apartado lo expresado en nuestro artículo "Pasado, Presente y Futuro de la Historia del Derecho en Chile", revista electrónica Forum Historiae Iuris, -<http://www.forhisiur.de/zitat/0903palma.htm>-.  
 9 Puede verse en dicha revista electrónica el valioso artículo del historiador del Derecho mexicano, Ramón Narváez: "Historia del derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia" - <http://www.forhisiur.de/zitat/0807narvaez.htm>-.

No todos los aspectos que consideramos como característicos de la norma jurídica constituyen Derecho, es decir, presentan el grado de obligatoriedad propio de la norma jurídica, sin embargo, son fenómenos que están íntimamente vinculados a la relación jurídica: La manifestación de la ideología en la vida jurídica se mueve en el ámbito de la política o de la cultura; el conocimiento del Derecho conoce etapas en que sólo es un hecho de índole cultural o de conocimiento meramente educacional.

El Derecho se nos presenta como un fenómeno polifacético y, en consecuencia, la investigación histórica que se ocupe de él debe ser integral, polifacética, en una doble perspectiva: 1º. Atender tanto a la realidad social como a la jurídica; 2º. Ocuparse de los diferentes aspectos que presenta el Derecho en su acontecer en el tiempo.

Entender lo jurídico a partir de las fuentes formales; de un Derecho objetivo, que nos lleva a obligaciones y facultades jurídicas; de estudios jurídicos; de una ideología que inspira lo jurídico; del empleo del Derecho como técnica de control y represión social; nos permite una aproximación teórica y metódica a la historia jurídica de los siglos XVIII al XXI. En una perspectiva integral, polifacética, la historiografía jurídica se nos presenta como la disciplina que se ocupa de conocer el nacimiento, aplicación, mantención, modificación y desaparición en su caso, de la norma jurídica en el tiempo, considerada en sus aspectos propiamente jurídicos, así como en los no dotados necesariamente de obligatoriedad, analizándola ya sea aisladamente, o con el propósito del conocimiento cabal de un ordenamiento jurídico, o de la totalidad de la estructura jurídica. En el análisis de cualquiera de estos aspectos de las normas jurídicas no se puede prescindir del estudio de la sociedad en que tales conductas se imponen, no con el objeto de destacar la historicidad del Derecho, sino, para comprender el Derecho como producto social. Lo que no significa considerar inadmisibles la idea de que los análisis jurídicos tienen una cierta autonomía producto de su lógica interna. Pero esta autonomía dice relación con el perfeccionamiento de la figura jurídica una vez que ésta empieza a ser utilizada en el medio social, o con su empeoramiento. Lo que el jurista ofrece a los poderes sociales son formulas que permiten un mejor aprovechamiento de las relaciones jurídicas, a veces incluso con fines distintos para los que surgieron dichas normas. Así se observa claramente, por ejemplo, en el empleo de la figura de la sociedad mercantil para las sociedades de mutualidad surgidas a mediados del siglo XIX.<sup>10</sup>

---

10 THWAITES REY, Mabel. "La noción gramsciana de hegemonía en el convulsionado fin de siglo. acerca de las bases materiales del consenso". En: *Gramsci mirando al sur. sobre la hegemonía en los 90*, L.Ferreyra, E. Logiudice, M.Thwaites Rey (K&ai Editor, Colección Teoría Crítica, Buenos Aires, 1994), señala que el derecho opera como factor de consenso en la sociedad civil. Porque si bien las leyes tienen como función coaccionar al cumplimiento de lo que no se obtiene por el consentimiento, también imponen ciertos modos de comportamiento como "valores" de la sociedad. De este modo, el derecho cumple una función integrativo / educadora, además de la emi-

Desde la perspectiva polifacética el planteamiento de las relaciones entre conocimiento histórico y ciencia jurídica como vínculos problemáticos se presenta como ficticio. Hay aspectos históricos del Derecho que en la medida que carecen de obligatoriedad no pueden ser comprendidos desde la ciencia del Derecho. La historiografía jurídica requiere del conocimiento de la historia de la sociedad, a la que rige un determinado Derecho, si pretende una comprensión de su pasado jurídico. Pasado que no se limita a lo normativo jurídico sino se extiende a todas las facetas que manifiesta dicha normatividad.

El Derecho surge en un medio social dado para resolver conflictos de interés. Las normas jurídicas están al servicio de dicha solución. Son instrumentales y como tal objeto de disposición por los poderes que se expresan en la sociedad: se emplean o se desechan según que las soluciones en ellas contenidas se ajusten en mejor o peor forma a la realidad política, social, económica, cultural, de la sociedad que se trate.

La Historia del Derecho tiende en una perspectiva polifacética a expresarse fundamentalmente como ciencia histórica. Se ocupa de una historicidad determinada, la del Derecho, caracterizada por presentar elementos no estrictamente jurídicos, aunque vinculados estrechamente a lo jurídico; y por su falta de autonomía respecto de la realidad social en que se inserta. Sostenemos que se debe entender el análisis de la norma jurídica cuando se estudia desde el punto de vista del Derecho objetivo, como una tarea de reflexión jurídica. Pero dado que la tarea del iushistoriador no tiene por finalidad facilitar la aplicación del Derecho a un caso concreto, sino identificar el interés históricamente protegido para exhibirlo ante el dogmático, su actividad no constituye ciencia jurídica en sentido estricto.

El trabajo integral, polifacético, busca comprender al Derecho en sus relaciones con la sociedad en la que se aplica. Al entenderlo como producto social debe consecuentemente abandonar la órbita estrictamente jurídica en la tarea cognoscitiva para conectar Derecho y sociedad.

La comprensión de la historicidad de lo jurídico como producto social da a la investigación histórico-jurídica una nota definitoria, la de atribuir un rol activo al historiador. Tal papel es asumido a cabalidad por el investigador de las manifestaciones del Derecho en el pasado si al investigar opera con el cuatrinomio: problemas – respuestas

---

nementemente represiva. Este carácter educativo, creador, formativo del derecho, no fue suficientemente puesto de relieve por ciertas corrientes intelectuales.

Coincidiendo con esta doble dimensión represivo/educadora, discrepamos respecto de que siempre el derecho sea resultado de la imposición de lo que Gramsci llama la clase dominante: la historia del Derecho nos enseña que también estos grupos, deben, en ocasiones, negociar.



probables – verificación – conclusión crítica. El historiador del Derecho abandona su rol pasivo –expresado en la ilusión de que su tarea principal consiste en la ubicación y lectura de las fuentes históricas-, cuando en su investigación persigue alcanzar objetivos de conocimiento y resolver un conjunto de problemas que él se ha planteado explícitamente.

La formulación de problemas de investigación supone la intervención del presente en la tarea investigadora, se trata de cuestiones planteadas por un ser que es al mismo tiempo “histórico” e “investigador de lo histórico”. Asumido que su papel principal consiste en resolver y no en ser un mero lector que lee en voz alta, no le resultará extraño aceptar a los hechos históricos como fenómenos dependientes del historiador; admitir que las fuentes del tipo documento no son santuarios a los cuales rendir culto; asentir que la historia es individualidad aislada y además, regularidad, repetición; asumir que en su tarea debe recurrir a las demás ciencias sociales; conceder que no sólo debe conocer lo jurídico sino, también, lo político, económico, la organización social, lo cultural, en relación recíproca, en una suerte de causa-efecto con la historicidad de lo jurídico.

Dado que la finalidad del Derecho es regular algunas conductas personales –optando entre diversas alternativas de regulación-, en una sociedad determinada, caracterizada precisamente por su actividad política, económica, cultural, y su organización social, es una exigencia explicar el fenómeno jurídico en estrecha relación con estas realidades<sup>11</sup>. En la medida que la investigación tiene por objetivo dar cuenta de uno, varios, o de todos los aspectos propios de la norma jurídica, la tarea investigadora persigue la comprensión de una problemática de carácter histórico-jurídico. A los historiadores del Derecho nos interesa la comprensión de un fenómeno jurídico del pasado, no de hacer historia social, económica, política o de la cultura a propósito de un tema jurídico: sin perjuicio de reconocer que al estudiar algunos aspectos habrá que poner especial cuidado con los límites, que se tornarán problemáticos.

El conocimiento de la sociedad es para el historiador del Derecho un medio, aunque irrenunciable, para desarrollar con afán comprensivo su tarea. La historiografía jurídica se interesa por el Derecho en perspectiva histórica para aportar a la comprensión del uso del Derecho en el medio social de que se trate.

Propongo el siguiente método general de investigación:

---

11 Esta mirada le permitirá cuestionar la interpretación lineal, progresiva, que se hace de la formación de la tradición jurídica occidental y del derecho en general.

1º. Determinación de un tema de interés de carácter jurídico directo (o indirecto, según hemos visto) en una época y sociedad determinada. La investigación polifacética persigue como objetivo general conocer y explicar la relación Derecho-sociedad y como objetivos específicos dar noticia de todas, algunas o una de las facetas que interesa estudiar.

2º. Planteamiento de un problema histórico-jurídico en relación con esta temática.

No todas las cuestiones que nos surgen acerca de la historicidad del Derecho conducen a una investigación, pero mejor o peor planteadas, son básicas para desencadenar el proceso de la búsqueda del conocimiento.

3º. Aproximación a un conjunto de afirmaciones consideradas como válidas y que constituyen el *corpus* de ideas referenciales de la investigación –permitiéndole incorporarse a un conjunto de conocimientos ya sentados, aunque no invariables-, es decir una suerte de marco teórico.

La problemática que hemos calificado como básica está vinculada a un conjunto de comportamientos previos del investigador. Las preguntas no surgen por generación espontánea sino a propósito de un conocimiento determinado, en un medio ideal dado, ya sea que el historiador comparta o tenga un juicio crítico negativo sobre el mismo.

4º. Especificación del problema y del *corpus* de ideas referencial: ubicación espacio-temporal y temática.

La formulación específica del problema permite la identificación del objetivo circunstancial del trabajo. El objetivo circunstancial dice relación con la solución del problema histórico-jurídico concreto que motiva la investigación.

Puesto que se trata de una investigación que se desenvuelve aceptando las premisas de la concepción polifacética, integral, su objetivo permanente es la comprensión del Derecho en sus relaciones sociales. El objetivo de la investigación sólo estará agotado si las conclusiones determinan las relaciones entre el medio social y los aspectos propios del Derecho.

5º. Formulación de respuestas probables.

En esta fase el investigador debe procurar exponer las respuestas posibles que vinculan la temática a las fuerzas y los poderes sociales que actúan en relación con el tema objeto de estudio. La relación del Derecho con la sociedad es una relación generalmente mediatizada por entes configurados con el propósito de la defensa de los intereses que el Derecho protege.

La investigación debe atender a los intereses políticos, sociales, económicos o culturales de los actores sociales que actúan en la época en estudio. Las respuestas factibles deben considerarlos necesariamente.

- 6º. Tipología de las fuentes que serán empleadas y elecciones técnico-metodológicas específicas.
- 7º. Determinación de la bibliografía.
- 8º. Ubicación y crítica de las fuentes históricas que aportarán los datos.
- 9º. Elaboración de las conclusiones a partir de la evaluación y resolución de los problemas, lo que supone la calificación de su pertinencia y la demostración del carácter correcto o erróneo de las respuestas formuladas al inicio de la investigación.  
Habrá que reflexionar al momento de la redacción y presentación de los resultados si resulta conveniente desde el punto de vista estético-literario sujetarse al desarrollo de las fases, o, por el contrario, dar cuenta simplemente de los resultados obtenidos en la investigación dándoles una presentación independiente del método. Habrá temas que admitan esta sujeción y otros que demanden su abandono para una mejor comprensión.  
Hay que establecer una relación crítica entre las soluciones y el *corpus* de ideas referencial, es decir, revisar el mismo a la luz de las conclusiones aportadas por la investigación.
- 10º. Además, nos parece altamente conveniente sujetarse a un cronograma con el único propósito de ir marcando el ritmo de la investigación, es decir, dotado de una flexibilidad suficiente para admitir mayor o menor inversión de tiempo en ciertas etapas.

Podemos señalar a modo de orientación acerca de líneas de investigación, y sin que la propuesta sea excluyente ni menos completa, los siguientes aspectos:

- a) Los nuevos intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que aspiran a partir de fines del siglo XVIII a contar con el Derecho como factor de protección y reproducción de estos intereses y valores;
- b) Los intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que resultan lesionados ante esta protección;
- c) La emergencia de la marginalidad como efecto de esta protección;
- d) El estudio de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos y el poder Político del Estado, así como entre los individuos, es decir los derechos humanos (visión tradicional para los siglos XVIII, XIX y XX, e idea de la eficacia horizontal para fines del siglo XX y principios del XXI);
- e) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a perpetuar las prescripciones de conducta que reciben amparo jurídico;
- f) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a justificar la modificación o derogación de esas prescripciones;

- g) El estudio del orden jurídico en tanto mecanismo o técnica de control social en un sistema democrático, es decir, del derecho como elemento para la mantención de las estructuras sociales, para su reforma o para la revolución de las mismas;
- h) La crisis del Estado de Derecho;
- i) El problema indígena y de las minorías: que obliga a analizar con mayor profundidad las ideas al uso de ser la normativa indiana protectora del indígena<sup>12</sup>
- j) La construcción de un nuevo orden internacional fundado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados de Derechos Humanos;
- k) la construcción de un nuevo orden jurídico internacional económico que ha permitido la protección de los intereses de las transnacionales en un contexto de predominio de la ideología económica neoliberal;<sup>13</sup>
- l) la emergencia de nuevos órdenes jurídicos como consecuencia de impacto de las nuevas tecnologías de la información y su impacto social;
- m) Los factores sociales, culturales y jurídicos que hacen posible la recreación de la mentalidad patriarcal, obstáculo significativo para la emergencia de la cultura humanitaria;
- n) Los intentos verificados a partir de la segunda mitad del siglo XX por configurar a nivel mundial una cultura humanitaria a partir de la eficacia del sistema democrático y el Derecho Internacional de los derechos humanos;
- o) El impacto del crecimiento explosivo de escuelas de Derecho en la disciplina, en términos del profesorado y sus prácticas de investigación y docencia<sup>14</sup>.

---

12 El Derecho Indiano, derecho colonial, estableció para el indio un estado permanente de incapaz relativo sujetándolo por razón de su naturaleza a tutela perpetua: el indio pasó de bárbaro y bestia a incapaz relativo y mantuvo esta condición, no obstante su civilización y evangelización, durante toda la dominación colonial. Ningún indio podía llegar a ser lo que no era naturalmente, esto es, varón español benemérito.

Los indios tenían medianamente resueltos sus problemas de subsistencia (comida, vestido, viviendas) antes de la invasión luso hispana por lo que la normativa real protectora lo fue respecto de una situación creada por el mismo proceso de expansión (que se presenta ante el indio sojuzgado como protector).

No puede caer la historiografía jurídica en la trampa del discurso del dominador por el sólo hecho de cuestionar la solución liberal del problema indígena.

13 Véase para este tema las ideas expresadas por Paolo Grossi en entrevista concedida a Massimo Meccarelli y Stefano Solimano, en [www.forhistiur.de/zizat/0703meccarelli-solimano.grossi.htm](http://www.forhistiur.de/zizat/0703meccarelli-solimano.grossi.htm) (consultado en diciembre de 2008)

14 El historiador del derecho mexicano PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo En *Historia General del Derecho*, (editorial Oxford University Press, México, 2008) desarrolla una perspectiva de análisis que iniciándose en Grecia concluye en el siglo XX, sin

### 3. Caracterización de la investigación histórico-jurídica polifacética en relación con la concepción histórico jurídica del espacio tiempo vital

La tarea del historiador es de reconstrucción de fenómenos, siendo dicha reconstrucción de carácter ideal: persigue el conocimiento y la comprensión del pasado sin requerir hacer aprensible materialmente dicha realidad. El historiador del Derecho reconstruye en el plano de las ideas el Derecho del pasado, pero con ello no persigue resolver un conflicto de relevancia jurídica. No se propone aplicar el Derecho ni enfrentarse con la realidad para dar respuesta a un problema jurídico. Resulta de suma relevancia para la investigación histórico-jurídica que lo estudiado tenga proyección en el tiempo, porque es el estudio de la proyección temporal lo que transforma dicha investigación en histórica. Sostener que la naturaleza de las cosas es lo que permite calificar a la Historia del Derecho como ciencia jurídica, nos conduce al otro problema: la relación entre Historia del Derecho y vigencia del Derecho ¿La Historia del Derecho sería tal en la medida que se ocupa del Derecho derogado? Al parecer sí. El cientista del Derecho se ocupa del derecho vigente, en tanto el historiador del Derecho del derogado, y por ello su tarea no es la del dogmático, no obstante que participa de las características de la ciencia jurídica. Compartir esta conclusión significaría cerrar toda posibilidad para una Historia del Derecho del tiempo presente.

En la perspectiva polifacética la disciplina histórico-jurídica es histórica, por lo mismo se ocupa de la dimensión temporal del Derecho. Lo que le interesa es su historicidad no su derogabilidad. No es un factor de carácter estrictamente jurídico lo que determina su objeto de estudio, sino su calificación como fenómeno histórico. Sostengo que el estudio desde una perspectiva integral de un derecho vigente con proyección temporal no constituye ciencia del Derecho sino Historia. Así como para la filosofía y la sociología del Derecho el estudio de la normativa vigente no está vedado, tampoco debe estarlo para el historiador del derecho. El cientista del Derecho no tiene el monopolio del estudio del Derecho vigente si la normativa jurídica ha cobrado una dimensión temporal <sup>15</sup> -aunque si tiene el monopolio de su estudio para su aplicación-.

---

embargo, centrado en la tradición jurídica occidental aborda muy poca de las temáticas aquí señaladas.

- 15 Cuál sea el número de años que requiere de vigencia una norma para ser objeto de análisis histórico sólo puede ser determinado a partir de la percepción social acerca de la mutabilidad. La conciencia de fin de siglo transforma a los fenómenos de la

No sería difícil diferenciar a un dogmático que observa sus problemas desde una perspectiva histórica, de un historiador del Derecho ocupado de un Derecho vigente con proyección temporal. Aquél se ocuparía de la comprensión del Derecho: el historiador de la comprensión de su historicidad, lo que sólo se logra vinculándolo con la sociedad de la que es producto.<sup>16</sup>

Ramón Narváez, describe un punto de encuentro entre historiadores y juristas y defiende para el caso mexicano una historia social del Derecho. Plantea la posibilidad de una historia cultural del Derecho o de una historia antropológico-jurídica.<sup>17</sup> En Colombia Andrés Botero viene sosteniendo la idea de una historia del derecho como disciplina autónoma, es decir, relacionada, pero distinta, de la historia general. La historia del derecho no sería disciplina histórica sino sería historia del derecho, sin embargo, debe tender lazos con la historia. Procura, desde el paradigma de la complejidad, resolver el problema de sus relaciones.<sup>18</sup> Afirma que la autonomía del derecho justifica esta especificidad disciplinar, que existiría una suerte de "ser jurídico" que va al encuentro del "ser histórico" y viceversa. "De esta forma, el objeto de la iushistoria lo constituye el "ser jurídico" -que no es exclusivamente normativo- a través del tiempo; es decir, aquello que fue memoria del jurista y de lo jurídico (lo que no significa que sólo se estudie lo derogado) en contextos temporal

---

vida social en fugaces. En mi caso preparo un libro que se hará cargo de la historia del derecho chileno en el período 1925-2008.

- 16 El recurso al elemento histórico como factor de interpretación de la ley puede significar para ciertas especialidades, como el Derecho Civil o el Constitucional, obtener gran provecho de los estudios histórico-jurídicos en la perspectiva que proponemos.
- 17 NARVÁEZ, Ramón. En *Historia Social del Derecho y de la Justicia* (editorial Porrúa, México 2007): "Definida como la *otra* historia, o contrahistoria, la historia social, en este caso de aquello que llamamos derecho y aquello que llamamos justicia, en sus manifestaciones institucionales, conceptuales, científicas; resulta redimensionadora, en la medida en que permite observar aquella dimensión oculta o menos clara que es, no sólo la construcción positiva sino la repercusión social y la posible discrepancia con una imagen social diferente. Todo con la finalidad no de continuar 'marcando la diferencia' sino de establecer cuáles podrían ser las causas de la disociación de lenguajes y cuáles los puntos aún en común." (pág. VIII). Véase también su interesante artículo *Historia Conceptual del Derecho y Cultura Jurídica*, en *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, 77-102 (editores José Ramón Narváez, Emilio Rabasa, Editorial Porrúa, México, Tecnológico de Monterrey, México, 2007) y *Protoconstitucionalismo nacional:1808*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, número XXI, 103-114, Universidad Nacional Autónoma de México (2009)
- 18 Idea presente en dos de sus trabajos, "*Filosofía del derecho e historia del derecho: espacios para el encuentro*" y "*Algunas consideraciones básicas sobre la historia del derecho latinoamericana*", inéditos todavía (9 de enero de 2009). Agradezco al autor la remisión de sus artículos que van a ser editados en Chile y México respectivamente.

y espacialmente definidos”.<sup>19</sup> Señala que “para que pueda establecerse una relación entre la historia del derecho y la historia profesional, una y otra deben reconocerse como disciplinas autónomas con objeto y métodos más o menos propios; es decir, con formas de actuar diferenciables que permitan vislumbrar el encuentro entre el “ser histórico” y el “ser jurídico” en el desarrollo de estudios historiográficos o de condición iushistoriográfica”.<sup>20</sup> Procura entonces defender su tesis identificando “las preocupaciones (objeto), los compromisos (funciones), el horizonte de proyección (finalidad) y los escenarios concretos de trabajo (estructura) de la disciplina histórica jurídica”.<sup>21</sup> Me parece un desafío interesante justificar plenamente esta idea de la autonomía disciplinar.<sup>22</sup> La historia de nuestra disciplina a nivel iberoamericano nos indica que los historiadores del Derecho hemos defendido una visión estrechamente ligada a la historia, posición que arranca en el fundador de la disciplina (Martínez Marina) y que ha sido defendida desde entonces hasta nuestros días por distintos historiadores. Resulta del todo científica una actitud de apertura a evaluar esta nueva mirada y porque no, si hay argumentos suficientes, enriquecer la idea de la historia del derecho como ciencia histórica con la defensa de su autonomía cognoscitiva respecto de una historia general.

Entiende Botero que la historia del derecho debe contribuir a la crítica del Derecho así como a la configuración de la memoria de las disciplinas jurídicas (lo que supone un diálogo fluido entre el dogmático y el

19 *Ibíd.*, pág., 12.

20 *Ibíd.*, págs., 7-8. Agrega: “Ahora bien, una y otra se escinden cuando desarrollan su labor en torno a un objeto especial, cualificado, específico: lo histórico o lo jurídico. Por tanto, si la historia se ocupa del derecho lo hará dentro un sistema complejo, modelador de relaciones. Por su parte, la iushistoria lo abstraerá de esa esfera macro para analizarlo en sí, de conformidad con el con-texto (jurídico), y siempre en función suya. Es así como el derecho, por su condición pretérita, puede ser estudiado tanto por la historia profesional como por la historia del derecho; la diferencia radica en el lugar que éste ocupa en el desarrollo de los mismos y, a su vez, en la especificidad y el lenguaje de los resultados que una y otra presentan cuando se aproximan a lo jurídico. Esto hace que el historiador, de frente al problema que lo ocupa, tienda a un empleo poco estricto de los términos jurídicos, pero a un uso más preciso de los términos sociales; asimismo, el historiador centra su estudio en las relaciones contextuales de una forma general (en donde el derecho funge como otra esfera de acción social que debe implicarse en ciertos fenómenos que explora), mientras que el iushistoriador, puesto en ese marco de relaciones contextuales, fijará su atención en el estudio de aquello que atañe al derecho o que, al menos, suponga una invocación de lo jurídico, es decir, con trascendencia a él. En otros términos, mientras el historiador es contextual, el iushistoriador es más textual, si se le compara con aquél”. *Ibíd.*, pág., 12.

21 *Ibíd.*, pág., 14.

22 Convendría precisar a quién interesa y por qué esta visión autonómica; qué efectos prácticos se derivarán de la adopción de este punto de vista ya sea para el método de investigación, el objeto de investigación, la enseñanza de la historia del Derecho.

iushistoriador<sup>23</sup>). Todo ello en una perspectiva de interés por la cultura jurídica siguiendo los derroteros de la antropología y la etnografía<sup>24</sup>.

"Sin embargo, se considera que una historia del derecho crítica debe ser, al mismo tiempo, una historia del derecho descriptiva; en otras palabras, podría afirmarse que el presupuesto de la crítica es partir de una correcta descripción del fenómeno histórico jurídico que se piensa analizar. Por tanto, se prefiere el enfoque que acaba de explicarse, antes que el esquema simplemente descriptivo (que conlleva una exaltación del documento más allá de lo razonable y una falta de análisis en las lecturas realizadas), en el que, a veces, se pretende sumir la historia del derecho. En síntesis, la aproximación al objeto de estudio podrá efectuarse desde dos enfoques: uno descriptivo, centrado en la simple enunciación del texto jurídico a partir de las fuentes primarias, y otro crítico, interesado, además, en efectuar una valoración jurídica del objeto analizado, para lo que se requiere una previa descripción. Nosotros optamos por el segundo enfoque".<sup>25</sup>

Comparto estas ideas en la medida que no signifiquen reducir el espacio para una comprensión del Derecho vigente como tarea diferenciada de historiadores del Derecho y dogmáticos, lo que puede generar inconvenientes para una comprensión cabal de la historicidad de lo jurídico. El uso social del Derecho debe motivar al historiador del Derecho para responder a la pregunta de si la comprensión de lo jurídico propuesta desde la dogmática agota la visión del derecho vivido. Paso a explicarme:

La dogmática chilena ha desarrollado a lo largo de la mitad del siglo XX y principios del XXI un conjunto de argumentaciones para demostrar que los derechos sociales, económicos y culturales (desc) no son derechos. A pesar del texto constitucional, del tenor de los Tratados Internacionales, afirma majaderamente que no son derechos. En el año 2008 el Tribunal Constitucional, en un fallo histórico, reconoció a los desc el carácter de derechos ¿A quién corresponde responder a la

23 Véase para el tema de la relación entre memoria e historia del Derecho el artículo de Julián García Ramírez, *Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho: un discurso sobre el discurso*, revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, núm. 108, págs. 73-96 (enero-junio 2008).

24 Dice en este sentido Botero, Andrés "La historia del derecho se perfila así como un ejercicio dialógico entre el iushistoriador con el dogmático, en la construcción de la memoria de su propia disciplina, a partir de un discurso jurídico, profundamente jurídico" (Andrés Botero Bernal, "El derecho de los jueces antioqueños en la primera mitad del siglo XIX". Trabajo inédito). Véase también del mismo autor *Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. Diritto e questioni pubbliche* (2004). Versión digital disponible en: [www.dirittoequestionipubbliche.org/D\\_Q-4/studi.htm](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm) (2007).

25 BOTERO, Andrés. *Algunas consideraciones...*, ob. cit., pág. 18.



pregunta por los intereses de la dogmática chilena en negar este carácter? ¿Quién debe dar noticia del conflicto entre ciencia del Derecho y actividad forense, es decir, del conflicto entre el teórico que niega el carácter de derecho y el abogado litigante que defiende el derecho a la salud de su cliente? ¿Cuál es la memoria histórica a construir como derecho vivido, la del dogmático o la del práctico? ¿Debemos dar noticia los historiadores del derecho de la organización de ciertos sectores sociales, fundamentalmente sectores empresariales que lucran con la salud, la vivienda, la educación, para generar discursos contrarios a la visión de los desc como derechos? ¿Debemos preguntarnos si existe conexión entre dogmáticos y empresarios en la defensa de esta idea jurídica de no ser los desc auténticos derechos? ¿Debemos dar noticia de la organización y discursos de las Organizaciones no Gubernamentales (ONG) cuyo propósito es sostener la idea de los desc como derechos? Esta pugna política, económica, social, jurídica (dogmáticos, abogados, jueces), tiene para el caso de Chile a lo menos 38 años, es decir, tiene historicidad jurídica. Si se concibe la iushistoria como perspectiva de análisis histórico-jurídico que se agota en la comprensión estrictamente dogmática de lo jurídico, quedaría fuera de la historia la experiencia de operadores del Derecho y de sectores sociales: el derecho se vive como fenómeno de amparo de intereses y valores; y también como fenómeno de desprotección de intereses y valores.

Compartiendo este diálogo entre iushistoriador y dogmático estimo que no debe perderse de vista que la vivencia del derecho no se agota, ni puede definirse exclusivamente, con la reflexión y a partir de la reflexión del cientista del Derecho. La historicidad del derecho se vive en las escuelas de Derecho, pero también, en el espacio social donde lo jurídico aparece como oportunidad o factor de resistencia.<sup>26</sup> ¿Existe posibilidad de desarrollar esta perspectiva de análisis en una concepción metodológica de la historia del derecho como ciencia autónoma, pero relacionada, con la historia general? ¿Es posible en esta perspectiva un análisis histórico polifacético del derecho vigente como hemos venido proponiendo desde el año de 1993?

Pensamos que en la medida que su propuesta recoge las aportaciones de Paolo Grossi,<sup>27</sup> y otros, en torno a la contribución de la historia del

26 La antropología jurídica se ha interesado de manera especial en los conflictos jurídicos y el ejercicio de jurisdicción como situaciones sociales que dan cuenta cabal del Derecho vivido. En esta misma medida está abierta al estudio de casos, es decir, fenómenos particulares a partir de los cuales establecer cómo viven efectivamente las personas el Derecho, fenómeno de cultura.

27 Señala Botero: "En términos de Paolo Grossi, se hablaría de una historia del derecho dispuesta a ser la "conciencia crítica" del mismo derecho. En palabras de Antonio Manuel Hespanha, se aludiría a una historia del derecho capaz de "*problematizar o pressuposto implícito e acrítrico das disciplinas dogmáticas*". Finalmente, en

Derecho a una crítica del Derecho, no habría mayor inconveniente en enriquecer esta propuesta con la visión polifacética que proponemos. Su propuesta de atender a la localización cultural, la ruptura con la idea de continuidad jurídica y comprensión lineal de la historia, en la perspectiva sostenida en los trabajos de Grossi y Clavero, puede entenderse compatible con la concepción polifacética en la medida que podría permitir identificar mejor los intereses y valores concretos que están en juego en el uso social del Derecho, sus continuidades y discontinuidades.

Por nuestra parte, sumamos como recurso instrumental la propuesta de la llamada microhistoria: El estudio de casos particulares resultaría indicativo de los intereses y valores sociales que pueden identificarse operando en el proceso de generación y aplicación de las normas. La atención al caso concreto permite asimismo identificar mejor los sentimientos de los sectores que experimentan el derecho como opresión. Así como los casos en que, no obstante la desigualdad de poder, sectores minoritarios logran que el derecho los proteja en atención precisamente a su carácter de minoritarios (pensemos por ejemplo en los escasos núcleos de población de la península ibérica que obtienen en el proceso de romanización un otorgamiento temprano de ciudadanía, o los casos de indios rebeldes en América que obtienen de España, a cambio de lealtad, el carácter de indios libres no sometidos a encomienda y protegidos directamente por la Corona), es decir, casos de excepción que no debilitan las formas generales de dominación.<sup>28</sup>

No cabe duda que en distintos fenómenos de expansionismo el derecho ha facilitado los procesos de coaptación que dan pie para investigar acerca del aspecto consensual de la dominación: el ejemplo de Roma y España respecto del recurso a la propia elite indígena para facilitar la expansión nos lleva a reflexionar sobre la capacidad del Derecho para contribuir a un proceso de sujeción en que coerción y consenso, adoc-trinamiento intelectual, moral, y dominación pura y dura, hegemonía y pluralismo ideológico están presentes,<sup>29</sup> y cuyo desvelamiento para

---

concepto de Tomás y Valiente –seguidor de la hermosa frase de Kohler-, la historia del derecho debe fundarse en la iusfilosofía como presupuesto inescindible de su reflexión. En consecuencia, la función de la iushistoria es la de ser una disciplina crítica, interesada en fortalecer la memoria del derecho y preocupada por ser la memoria misma, fundada en el análisis del (con)texto, reconociendo la contingencia de las situaciones jurídicas y ocupada en devolver al derecho la identidad que hubo de sepultar en mitos de continuidad o de progreso lineal". *Ibíd.*, págs., 17-18.

28 Estos casos pueden tener el efecto no deseado de convertirse en faros que muestra las posibilidades de los demás sectores de la población.

29 Véase Mabel Thwaites *La noción gramsciana...*, ob. cit.

la historia del Derecho sólo puede hacerse llamando la atención sobre ciertos casos particulares.<sup>30</sup>

El proceso de romanización jurídica, el asentamiento de la organización hispano-visigoda, el proceso civilizatorio-evangelizador colonial español originó relaciones de poder que no recurren únicamente a la coerción sino que entretienen en diversos estratos de la sociedad un entramado de pautas culturales que facilitan y refuerzan la construcción de hegemonía: así llega a ocurrir en una población sometida a dominación que lo que una generación combatió otra posterior lo defiende (los mapuches combatieron a los conquistadores españoles en el siglo XVI y una parte de ellos se puso del lado de la Corona en el siglo XIX).

Desarrollan también la idea de investigar lo histórico-jurídico atendiendo al espacio-tiempo-vital<sup>31</sup>, cuestión que está en estrecha relación con la preocupación polifacética (e histórico jurídico sociológica) de dar noticia del derecho como producto social: el derecho ocurre en un medio dado y cabe procurar entenderlo en relación con ese medio. El derecho se hace concreto por individuos y grupos expuestos a ciertas contingencias históricas por lo que cabe atender a esta experiencia vital en la propuesta de comprensión de lo jurídico.

En la concepción polifacética consideramos que dada la experiencia vital de los últimos siglos, caracterizada por la violencia de unos seres humanos respecto de otros, y la consiguiente privación de libertad e integridad personal, la reflexión sobre la dignidad humana y la participación de los individuos en las decisiones que los afectan como colectivos (y por ende como individuos integrantes de dicho colectivo) debe ser un tema de análisis respecto de todas las sociedades históricas que nos proponemos analizar. En nuestro lenguaje actual estas cuestio-

30 Poner atención a este fenómeno nos permitió para el caso de la historia del derecho indiano distinguir entre indígena pacificado y no pacificado (dentro de éstos entre los rebeldes propiamente tal y los sometidos a protectorado mediando o no mediando tratados), así como cuestionar la tesis de la organización exclusivamente racial de la sociedad indiana colonial.

31 Señala Botero: "la justificación de la disciplina iushistórica radica en su preocupación por aprehender realidades jurídicamente relevantes, temporalmente determinadas, espacialmente definidas (o en su caso, definibles) e históricamente apreciables. Por esto, la historia del derecho centra su estudio en espacio-tiempos vitales, en porciones de realidad en la que interactúa un conjunto de elementos que se condicionan recíprocamente y cuyas características definen la formulación de la historia del derecho; es decir, coadyuvan, de alguna manera, en su perfectibilidad como disciplina jurídica que mira al pasado desde el presente sin desprenderse del futuro". *Ibíd.*, pág., 22.

Más adelante agrega: "El espacio-tiempo vital es aquella porción donde el hombre subsiste y existe, donde puede establecer parámetros de relación con el otro; de ahí la necesidad de otorgarle sentido al espacio-tiempo y la importancia de la arquitectura y la cronología del saber". *Ibíd.*, pág., 24.

nes se abordan bajo las nociones de derechos humanos y democracia, sin embargo, siempre ha existido en las organizaciones humanas posiciones sociales e individuales (manifestadas como hábitos, prácticas, costumbres, mentalidades, doctrinas, teorías) respecto de cómo se debe tratar a otro ser humano y cómo deben decidirse los asuntos que nos afectan a todos.

En este sentido sostengo que el esfuerzo por situarnos en el tiempo-espacio-vital romano antiguo, español moderno, inca, maya, por mencionar algunos, no puede significar que perdamos de vista que en dichas sociedades hubo situaciones institucionalizadas de atropello a la dignidad humana y a la participación: En la medida que estamos interesados en contribuir a consolidar una cultura humanitaria no podemos omitir una crítica abierta a estas formas de organización,<sup>32</sup> que por instalar y recrear una mentalidad patriarcal son obstáculos ideales para la construcción de la nueva cultura sociopolítica jurídica que llamamos cultura humanitaria.

---

32 Algunos aspectos del discurso sobre la tradición jurídica occidental y el indigenismo contribuyen a generar una mirada excesivamente laudatoria de estas experiencias históricas.

## Bibliografía

- BORDIEU, Pierre. *Homo Academicus*. Argentina: editorial Siglo XXI, 2008.
- BOTERO, Andrés. Algunas consideraciones básicas sobre la historia del derecho latinoamericana, trabajo inédito.
- \_\_\_\_\_. "El derecho de los jueces antioqueños en la primera mitad del siglo XIX". Trabajo inédito.
- \_\_\_\_\_. "Filosofía del derecho e historia del derecho: espacios para el encuentro", trabajo inédito.
- \_\_\_\_\_. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. *Diritto e questioni pubbliche*. 2004. Versión digital disponible en: [www.dirittoequestionipubbliche.org/D\\_Q-4/studi.htm](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm) (septiembre de 2007).
- BOTERO BERNAL, Andrés; NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón; GARCÍA RAMÍREZ, Julián; ARROYAVE LÓPEZ, Erika Natassia; ARBOLEDA RAMÍREZ, Paulo Bernardo; ZAPATA RUEDA, Daniel y PALACIOS DÍAZ, Leyla Viviana. *Algunas consideraciones preliminares sobre la historia del derecho latinoamericana*, artículo inédito (marzo 2009).
- FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*. 20ª ed. México: Editorial Siglo XXI, 1986.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Breve Historia del Derecho Estadounidense*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- \_\_\_\_\_. *American Law in the Twentieth Century: some Remarks, en Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 325-340 (José Antonio Caballero Juárez, Oscar Cruz Barney, editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005)*.
- GARCÍA RAMÍREZ, Julián. *Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho: un discurso sobre el discurso*, revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, núm. 108, págs. 73-96 (enero-junio 2008).
- GRUN, Ernesto. *La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho*, revista *Panóptica*, año 1, núm. 7. marzo-abril, (2007).
- LECUONA, Emilio. *Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, volumen XXVIII, 589 - 611, Valparaíso, Chile (2006).
- MÉNDEZ, Ricardo. coord., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008).

NARVÁEZ, Ramón. "Historia del derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia" - <http://www.forhisiur.de/zitat/0807narvaez.htm>

\_\_\_\_\_. *Historia Social del Derecho y de la Justicia*. México: editorial Porrúa, 2007.

\_\_\_\_\_. *Historia Conceptual del Derecho y Cultura Jurídica*, en *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, 77-102 (editores José Ramón Narváez, Emilio Rabas. México: Editorial Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2007

\_\_\_\_\_. *Protoconstitucionalismo nacional: 1808*. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, número XXI, 103-114, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

PALMA, Eric Eduardo. "Pasado, Presente y Futuro de la Historia del Derecho en Chile", revista electrónica Forum Historiae Iuris, <http://www.forhisiur.de/zitat/0903palma.htm>.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Historia General del Derecho*. México: editorial Oxford University Press, 2008.

THWAITES REY, Mabel. "La noción gramsciana de hegemonía en el convulsionado fin de siglo, acerca de las bases materiales del consenso", en *Gramsci mirando al sur sobre la hegemonía en los 90*, L. Ferreyra, E. Logiudice, M.Thwaites Rey. Buenos Aires: K&ai Editor, Colección Teoría Crítica, 1994.

# AMBIENTE JURÍDICO

---

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

---



*Descanso*

*El derecho y el deber son como las palmeras: no dan frutos si no crecen uno al lado del otro.*

*Félicité de Lamennais*