

## REFLEXIONES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA HISTORIA DEL DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ \*

SUMARIO: I. *Concepto de la historia del derecho.* II. *Contenido de la historia del derecho.* III. *Importancia de la historia del derecho.* IV. *Concepto de derecho comparado.* V. *Finalidades del derecho comparado y la historia del derecho.* VI. *Conclusiones.*

### I. CONCEPTO DE HISTORIA DEL DERECHO

El primer problema que debemos resolver es el determinar si el derecho es susceptible de ser historiado, lo cual implica el precisar si el derecho es sujeto de la historia y si el fenómeno jurídico es relevante para la misma disciplina, es decir, objeto de la historia. Para ello, analizaremos previamente algunas ideas en torno a lo jurídico, que necesariamente tenemos que tener presentes antes de abordar la cuestión antes apuntada.

Tratándose de la materia que ahora nos ocupa, considero que resulta más adecuado hablar de “sistema jurídico” que de “derecho”, ya que este último es un término equívoco, pues lo mismo se refiere a la totalidad de las normas jurídicas como únicamente a las relacionadas con un grupo social en un momento determinado; lo mismo que, en otra dimensión, podemos utilizar dicho término referido a un conjunto de normas, como a la facultad o potestad particular que tiene una persona para realizar una conducta diferenciada (o sea derecho objetivo y derecho subjetivo). Por ello, para estudiar el derecho como sujeto y objeto de la historia, pienso que es más apropiado utilizar el concepto “sistema jurídico”.

Entendemos por tal sistema al conjunto de normas que regulan armónicamente la vida gregaria de una comunidad determinada, por lo cual inferimos que no solamente existe uno, sino varios, muchos, sistemas jurídicos.

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

No vamos a entrar a estudiar aquello que de común y perenne tienen todos los sistemas jurídicos, como lo serían sus valores propios (justicia, seguridad, etcétera), sino precisamente lo contrario, es decir, lo mutable, lo cambiante, lo que diferencia a un sistema jurídico de otro.

Téngase presente que el derecho es más que una manifestación cultural de una sociedad (que también lo es), ya que supera a la sociedad misma, pues es quien le da forma, a veces adelantándose (en lo que recientemente ha sido denominado como instrumento del cambio social) o yendo a la zaga del fenómeno social para reglamentarlo.

Por tal motivo, cualquier comunidad humana, fundándose en eso que hemos llamado común denominador de todos los sistemas jurídicos, va construyendo su propio y específico sistema, el cual siempre estará referido a una comunidad determinada, bien concreta, y a un tiempo igualmente bien determinado y concreto.

Habiendo apuntado los conceptos preliminares que en los párrafos de arriba hemos consignado, ahora, aunque resulte una perogrullada, es bueno apuntar que las sociedades viven una constante evolución, son esencialmente cambiantes, el inmovilismo social no se puede dar, la sociedad se encuentra en movimiento con mayor o menor celeridad. Ahora bien, el derecho es la forma de lo social, como señalara acertadamente Preciado Hernández, o dicho en otras palabras: existe una profunda relación entre una sociedad y el sistema jurídico que la reglamenta, ya que este último es su conductor; consecuentemente, podemos afirmar que en la medida que una comunidad cambia o evoluciona, el sistema jurídico que la regula cambiará o evolucionará, de tal suerte que el derecho es esencialmente cambiante y por consiguiente digno de ser estudiado por la historia.

Pero no nos podemos quedar únicamente con esta afirmación, ya que, como decíamos antes, el derecho es la forma de lo social y, por lo tanto, la vinculación entre la sociedad y su sistema jurídico es de tal profundidad y trascendencia que no podemos cambiar una sin el otro.

Pasando a otra idea, ahora nos corresponde preguntarnos: ¿qué es la historia?, a lo cual tendremos que responder diciendo que es el estudio sistemático, crítico e interpretativo de hechos del pasado que han tenido relevancia y trascendencia social; de esta forma, el estudio de la historia no puede, ni debe, ignorar el fenómeno jurídico, bajo pena de construir una disciplina histórica mutilada, y muy seriamente mutilada, vamos, incompleta. Por ello, el fenómeno jurídico del pasado

no sólo es sujeto, sino también objeto del quehacer histórico, desde cualquier postura historiográfica que se adopte, en unos casos con mayor entidad y en otros menor, pero siempre objeto de la disciplina.

Por todo lo anterior, podemos decir que la ciencia de la historia del derecho es la disciplina que estudia de manera sistemática, crítica e interpretativa los fenómenos jurídicos del pasado que han tenido verdadera importancia y trascendencia en la sociedad.

De ese concepto de historia del derecho queremos destacar un elemento que para nosotros es particularmente valioso, nos referimos al carácter interpretativo que tiene esa disciplina, lo cual le da la enjundia de ciencia, pues de la misma manera que la sociedad actual es el producto o resultado de su propia historia (no podemos negar que somos hijos de nuestros padres), un sistema jurídico es el producto o resultado de su propia evolución; de ésta suerte, el desentrañar y explicar dicha evolución —es decir interpretar—, corresponderá precisamente a la historia del derecho, siendo tal interpretación su objetivo más importante.

## II. CONTENIDO DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Antes de seguir adelante creemos oportuno hacer una aclaración: No se trata de trasplantar instituciones jurídicas del pasado a nuestros días y casi mediante “calzador” tratarlas de embonar en el sistema vigente. En efecto, la historia no se repite, lo que se dan son líneas de continuidad entre el ayer y el mañana, las cuales son puestas al descubierto por la historia y nunca se dan calcas o repeticiones de lo que fue y, por supuesto, nunca volverá a ser.

Existen dos grandes formas de interpretación histórico-jurídica: la particular, de una o varias instituciones en un lapso determinado, junto con la global o general de todo un gran sistema jurídico, la cual, además, nos permite adoptar una postura filosófica y tomar conciencia del momento histórico (eslabón) que nos tocó vivir.

Por otro lado, la historiografía jurídica (o sea la historia de la ciencia de la historia del derecho) nos enseña que son dos las maneras principales como hasta ahora se ha realizado dicha ciencia: investigando la evolución de las fuentes externas de un sistema jurídico, lo que comúnmente se llama historia de las fuentes, o investigando particularmente una institución jurídica, lo que también comúnmente se denomina historia de las instituciones. No se piense que ambos métodos son incompatibles entre sí, sino todo lo contrario, ya que se complementan mutuamente.

Más recientemente, la historia de las instituciones se ha visto enriquecida con las aportaciones fundamentales de la historia económica y social, así como de la historia de las ideas, que nos están ayudando enormemente a comprender los fenómenos jurídicos del pasado.

### III. IMPORTANCIA DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Si nos preguntamos acerca de la utilidad práctica de la historia del derecho, podemos dar varias respuestas válidas; pero desde nuestro personal punto de vista, creemos que todas se reducen a destacar el carácter interpretativo de esa disciplina.

Como resultado del positivismo jurídico del siglo pasado y principios del presente, se pensó que el estudioso del derecho era algo así como una computadora que almacenaba en su memoria el contenido de todas las leyes en vigor para después aplicarlas al caso concreto, en un increíble ejercicio hermenéutico; de ahí que hasta hace poco tiempo se destacara el carácter memorístico de la carrera de derecho; parecía como si se hubiera olvidado que el derecho no está formado únicamente por leyes vigentes, sino por otras muchas cosas más. Frente a esa manera de ver el derecho, vemos cómo recientemente el legislador nos ha llenado y rellenado de una tan ingente producción legislativa, que es absolutamente imposible registrar en la memoria tal cúmulo de disposiciones, de ahí que nuevamente se esté cayendo en cuenta que el verdadero jurista no es el que "sabe" leyes sino el capacitado para interpretar el derecho, es decir, el que tiene criterio jurídico; por ello, la función de las facultades y escuelas de derecho se contempla, ya no tanto en "dar información", sino en "dar formación" a los que pretenden ser juristas.

Dentro de este orden de ideas, veremos que resulta de gran importancia la historia del derecho dentro de la formación del jurista contemporáneo.

En efecto, como decíamos antes, la sociedad, al ser una realidad en constante evolución, hace que el sistema jurídico que la rige viva en permanente cambio; por otro lado, observamos que el derecho no es más que un eslabón de la interminable cadena de ese interminable evolucionar del derecho, pues el mismo se construye sobre los sistemas jurídicos del pasado a la vez que sirve de asiento a los del porvenir. Así pues, para entender una institución jurídica vigente, habrá que estudiar sus antecedentes históricos, ya que la misma, como hemos venido repitiendo, no es el resultado de la casualidad o de una genera-

ción espontánea, sino precisamente de su herencia histórica. Por todo ello, podemos concluir que el método de interpretación histórico-jurídica es de gran relevancia en el quehacer de los juristas.

Ahora bien, la disciplina de la historia del derecho no concluye su labor con el desentrañar los antecedentes históricos de una institución determinada; sus afanes van mucho más allá al exponer el devenir histórico de todo el sistema jurídico, para comprenderlo en su totalidad, es decir, finca los cimientos de una interpretación global del derecho, afirmando la naturaleza unitaria del mismo y permitiendo a los juristas tomar conciencia del momento histórico del cual son protagonistas, dando los elementos para fundamentar su propia postura filosófica. No en balde a la historia del derecho se le da el carácter de disciplina jurídica auxiliar. Como se verá, también en este caso se resalta la finalidad eminentemente interpretativa de nuestra ciencia.

En otra dimensión, la historia del derecho presta servicios inestimables a la historia en general, sea desde el punto de vista político, económico, social ideológico, o el que se quiera, si finalmente lo que se persigue es buscar la "historia total", pues el profesional de la historia, sea cual fuere su postura historiográfica, debe recurrir a nuestra materia si no quiere quedar condenado a hacer una historia mutilada, como señalamos páginas atrás.

Cuando a los estudiantes que se inician en esta disciplina los interrogamos sobre la función de la misma, suelen apuntar que la historia del derecho ayuda a descubrir el futuro; esta respuesta no deja de causarnos cierto temor, pues nos imaginamos a nosotros mismos como agoreros, adivinos, o, en el mejor de los casos, profetas; lo cual, afortunadamente, no somos. Sin embargo, no podemos dejar de pensar que los planificadores del derecho deben de tener sólidos conocimientos históricos, pues, aunque el hombre es el único animal que comete el mismo error dos veces, no olvidemos la famosa frase de que el pueblo que desconoce su propia historia está condenado a volverla a vivir; con lo cual queremos decir que para darle el verdadero sentido cicero-niano a nuestra materia, es el considerarla como un instrumento utilísimo al planificador legislativo.

No queremos dejar estas breves reflexiones sobre la función de la historia del derecho sin mencionar también el papel cultural de la misma, al ser ella un elemento indispensable y delicado de la cultura jurídica de todos los tiempos, considerando ésta en su significado y trascendencia más amplios.

Finalmente, diremos que la ciencia histórico-jurídica es un valor es-

piritual en sí, independientemente del servicio práctico que a historiadores y juristas puede prestar, y en consecuencia digna de ser estudiada por ella misma.

Hasta aquí hemos pergeñado algunas ideas sobre el concepto, contenido e importancia de la ciencia de la historia del derecho, pasemos ahora a considerar la vinculación, que a nuestro modo de ver es estrechísima, con otra disciplina jurídica auxiliar, o sea el derecho comparado.

#### IV. CONCEPTO DE DERECHO COMPARADO

Las disciplinas jurídicas se pueden clasificar en informativas o formativas, las primeras serían aquellas que de manera sistemática nos describen una rama específica del derecho, para lo cual se cuenta con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, mientras que las segundas, es decir, las formativas, son las que le dan carácter científico al derecho, dentro de las cuales destacan en primerísimo plano la filosofía del derecho, la historia del derecho y el derecho comparado. No nos equivocáramos si decimos que estas tres últimas vienen a ser como las tres dimensiones del derecho: anchura, largura y profundidad del mismo, por lo cual son disciplinas que siguen cursos estrechamente vinculados.

No deja de llamar la atención el hecho de que así como la historia del derecho adquiriera entidad intelectual y autonomía académica a raíz de la Escuela Histórica del Derecho Alemán en el siglo XIX, de igual manera el derecho comparado surge con tales características en el último año de ese mismo siglo, precisamente en 1900, cuando se celebró el *Congrès International de Droit Comparé*, en la ciudad de París, ya que es unánime la opinión doctrinal en el sentido de que ese hito marca el nacimiento de esa disciplina.

Al término "derecho comparado" le sucede lo mismo que al de "derecho social", que si bien ha sido y son muy criticados por no expresar debidamente su contenido, han tomado carta de naturaleza en la jerga jurídica contemporánea, pues el común de los especialistas están de acuerdo con lo que los mismos términos quieren indicar; por ello resultaría un tanto cuanto absurdo a los comparativistas que hablan romance, a estas alturas, el querer cambiar la frase "derecho comparado" por alguna otra con pretensiones de mayor precisión.

El derecho comparado, como la historia del derecho y la filosofía del derecho, no son "derechos" en el sentido de ramas de un sistema

jurídico, como lo son el derecho civil o el constitucional, sino más bien son disciplinas jurídicas, que finalmente lo que pretenden es que se conozca bien el derecho y lo utilicemos mejor.

## V. FINALIDADES DEL DERECHO COMPARADO Y LA HISTORIA DEL DERECHO

El distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio —a quien dedicamos este modesto trabajo y nos sumamos de manera entusiasta a su homenaje— señala, con la claridad que le es característica, en seis puntos los fines que persigue el derecho comparado.

- a) Obtención del verdadero nivel científico de los estudios jurídicos.
- b) Mejor conocimiento del derecho nacional.
- c) Perfeccionamiento del lenguaje jurídico.
- d) Comprensión internacional del derecho.
- e) Unificación de los ordenamientos jurídicos.
- f) Conocimiento dinámico de los ordenamientos jurídicos.

La lectura y análisis de esas seis finalidades del derecho comparado nos han inspirado la redacción del presente ensayo, pues no nos cabe ninguna duda que esos mismos objetivos se pueden atribuir a la historia del derecho.

Así como Fix-Zamudio, citando a René David, señala que el carácter universal de toda ciencia es alcanzado por el derecho gracias al derecho comparado, nosotros agregaríamos que el mismo carácter siempre lo ha tenido gracias a la filosofía del derecho; además apuntaríamos que ambas ideas vienen a ser demostradas de manera irrefutable precisamente gracias a la historia del derecho, de ahí que esas tres disciplinas se engargen perfectamente constituyendo una unidad, para dar, como apuntábamos antes, el nivel científico a los estudios jurídicos.

En segundo lugar, el maestro Fix-Zamudio nos dice que el derecho comparado ayuda a un mejor conocimiento del derecho nacional, pues sin el auxilio del método comparativo el jurista se acostumbra a considerar a las soluciones de su propio derecho nacional como las únicas posibles, estrechando su criterio; lo mismo, pero en otra dimensión, se puede decir de la historia del derecho, en abono de lo cual remitimos al lector a la primera parte de este trabajo cuando hablamos de la función interpretativa de esa disciplina.

Lo propio lo podemos decir del perfeccionamiento del lenguaje ju-

rido, la comprensión internacional del derecho, el logro de la unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos y su conocimiento dinámico, pues cuando líneas atrás veíamos la función interpretativa de la historia del derecho, dentro de una evolución social, quedó eso mismo demostrado, no tenemos más que traer esas ideas nuevamente a esta oportunidad.

## VI. CONCLUSIÓN

Como se ve, la vinculación entre ambas disciplinas es estrechísima, lo cual resulta lógico debido a que se trata de dos perspectivas de un mismo objeto: el derecho; pues mientras la historia del derecho nos da una visión vertical, el derecho comparado lo hace de manera horizontal, partiendo de un mismo punto de referencia que es el sistema jurídico.

En el fondo, lo que vienen a hacer los comparativistas, como dice Tamayo, es a confrontar dos sistemas jurídicos. Ahora bien, por sistema jurídico no podemos restringirnos únicamente a las normas del derecho positivo, como apuntamos al principio de este trabajo, ya que se merecerá alguna explicación, misma que será proporcionada, entre otras, por la historia del derecho. Así pues, el comparativista, si quiere que su trabajo tenga alguna trascendencia, lo que tendrá que hacer es no solamente confrontar dos o más ordenamientos jurídicos, sino dos o más historias de esos derechos.