

# LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO

## SUMARIO:

I. *Historia del derecho: aspectos que abarca.* II. *Causas de la exclusión de la historia del derecho mexicano en algunos planes de estudio.* III. *Propuestas para la enseñanza de la historia del derecho mexicano.* IV. *Experiencias en otros países.* V. *Importancia del estudio de la historia del derecho.* VI. *Métodos de investigación.* VII. *Fuentes para su estudio.* VIII. *Utilidad de su estudio.*

### I. *Historia del derecho: aspectos que abarca*

Este trabajo tiene por objeto analizar algunos temas que considero importantes en torno a la enseñanza e investigación de la historia del derecho mexicano. No pretendo inmiscuirme en la de la historia general del derecho o la del derecho romano. El objetivo de las siguientes páginas es llamar la atención de profesores e investigadores de la historia del derecho mexicano sobre algunas cuestiones que considero básicas para su mejor planteamiento y en consecuencia, enseñanza. Se harán algunas referencias a la investigación de esta materia, pero el objetivo central es su enseñanza.

La historia del derecho en su sentido más amplio abarca tres aspectos: a) la historia del derecho romano; b) la historia universal del derecho, y, c) la historia de los derechos nacionales o patrios.

a) La historia del derecho romano se incluye en casi todos los planes de estudio de las facultades de derecho de nuestras universidades, en las que tradicionalmente se han impartido dos cursos de derecho romano, los cuales abarcan, con ligeras variantes: la historia del derecho romano desde la fundación de Roma hasta la época justinianea y la recepción del derecho romano en Europa. Las fuentes formales del derecho romano. Personas y familia. El derecho procesal civil romano. Los derechos reales. Los contratos. Las obligaciones y el derecho sucesorio romano.

De esta manera, presentamos a los alumnos, por un lado, la evolución del derecho romano, y por el otro, la parte dogmática —o sea las instituciones— que tan grande influencia han tenido en nuestro derecho civil. Algunas universidades han incorporado la parte histórica de estos estudios a sus cursos de historia universal de derecho. No pretendo referirme a este tema, ni juzgar sobre las ventajas o desventajas de tal procedimiento.

b) La historia universal del derecho también se incluye en los planes de estudio de diversas universidades públicas, pero sobre todo privadas del país. Para impartirla el abtáculo fundamental había sido la ausencia de un texto básico, conciso y claro para los alumnos. La aparición en poca reciente de la *Historia Universal del Derecho* de Guillermo Floris Margadant<sup>1</sup> ha venido a resolver esta cuestión. En esta obra se presenta un panorama breve y claro de la evolución del derecho en el mundo, desde sus orígenes hasta el siglo XIX. No pretendo tampoco abordar esta cuestión.

c) La historia del derecho mexicano que es el tema a que se dedicarán las siguientes páginas, tiene en el aspecto de su enseñanza algunas características que merecen nuestra atención. Se incluye en varios planes de estudio de las facultades de derecho de diversas universidades, fundamentalmente, privadas. En cuanto a las universidades de los estados, algunas han establecido su enseñanza en sus planes de estudio. Respecto al Distrito Federal, se imparte en la Universidad Iberoamericana, la Universidad Anáhuac, el Instituto Panamericano de Humanidades y la Escuela Libre de Derecho. Curiosamente sólo en las universidades privadas tiene esta materia carácter de obligatoria. La Universidad Autónoma Metropolitana la incluyó en sus planes de estudio al tiempo de su creación, pero últimamente la ha desechado. La U.N.A.M. merece atención aparte no sólo porque la que esto expone a ella pertenece, sino porque por alguna razón, que intento desentrañar, la historia del derecho patrio ha sido sistemáticamente excluida de sus planes de estudio, aunque es cierto que la tiene entre sus materias optativas.

Antes de analizar las posibles causas de que esto así ocurra, es preciso advertir que esta disciplina es materia obligatoria en Francia y España, y en varios países iberoamericanos: México —en los términos señalados—, Santo Domingo, Colombia, Venezuela, Perú, Chile y Argentina.<sup>2</sup> Respecto a la enseñanza de la historia del derecho en los

<sup>1</sup> *Introducción a la historia universal del derecho. De los orígenes a 1900*, tomo I, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1974, 501 p.

<sup>2</sup> Víctor Tau Anzoátegui, "Importancia y estado actual de la enseñanza de la historia del Derecho", en *La Ley*, Buenos Aires, 6 de mayo de 1968, pp. 2 y 3.

Estados Unidos de América puede señalarse que “con pocas excepciones, la historia del derecho no se enseña por separado. Para los estudiantes de licenciatura de derecho es muy difícil, para los de historia es muy especializada. También para los que estudian otros cursos es demasiado esotérica. Así pues, no hay espacio para ella.”<sup>3</sup> A este mismo respecto se puede agregar que “el sistema americano es muy concreto para estar en contacto con los antecedentes remotos. Otto Kahn-Freund dijo alguna vez que le sorprendía la ingenuidad de sus estudiantes porque parecieran creer que la historia del mundo comenzaba el día en que ellos nacieron y la del derecho, el día que entraron a la facultad.”<sup>4</sup> No obstante esto, en los Estados Unidos de América hay varias revistas especializadas en la materia y un buen número de trabajos sobre historia del derecho al año.<sup>5</sup>

## II. *Historia del derecho mexicano. Posibles causas de su exclusión en algunos planes de estudio.*

Solamente en épocas recientes se ha comenzado a impartir la disciplina en México. En efecto, salvo algunas excepciones, estuvo excluida de los planes de estudio de las diversas Escuelas de Jurisprudencia del país durante todo el siglo XIX. Tampoco formó parte de los *curricula* de los estudiantes de la época porfirista o la del México postrevolucionario.<sup>6</sup>

En 1938 el hecho de que no fuera materia obligatoria en la Escuela de Jurisprudencia llamaba la atención de Toribio Esquivel Obregón, profesor de la Libre de Derecho y precursor de los estudios de historia del derecho en México. Este autor señaló que este hecho era grave, ya que se incluían en los planes de estudio otras materias, que aunque ligadas a la jurisprudencia, no contribuían a otorgar a los estudiantes criterio jurídico.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Earl Finbar Murphy, “Legal history as a course”, en *Journal of legal education*, vol. 10, No. 1, 1957, pp. 79-80.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> A más de los artículos que sobre la materia pueden ser consultados en las distintas revistas jurídicas, existe el *American Journal of legal history* que publica la Universidad de Temple.

<sup>6</sup> Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, U.N.A.M., 1956, pp. 95-175. Deben verse sobre todo los cuadros que siguen a la p. 164.

<sup>7</sup> Toribio Esquivel Obregón, “La enseñanza de la historia del Derecho en México”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo VIII, No. 29, México, enero-marzo de 1946, p. 85.

A su juicio más importante que aprender en la escuela leyes que podían ser sustituidas por otras, era aprender el “método jurídico de interpretación y aplicación de las leyes, buscando sus antecedentes y el fin que se propuso el legislador”.<sup>8</sup>

A más de este juicio el autor remite otro que quiero citar con amplitud porque pienso que puede dar la pauta para entender las causas de la exclusión de esta disciplina en algunas universidades del país.

Expresó que constituía un error craso, el que en general, para el historiador de su época (cardenismo), y de épocas anteriores, la historia de México empezaba el 16 de septiembre de 1810 y, citando un discurso que en ocasión de la celebración de la independencia pronunciara Ignacio Ramírez, comentó:

[Se refiere al discurso de Ramírez]: México, salió del caos, es decir, de la nada, el 16 de septiembre de 1810. Y así como Hidalgo, a semejanza de Dios lo sacó de la noche, nosotros no tendremos que buscar ni en la prehistoria, ni en la arqueología, ni en la historia de tres siglos de dominación española ninguna inspiración, ninguna enseñanza para nuestras leyes; éstas deben salir libremente de la mente de los legisladores. Aquí cabe todo lo nuevo, la Constitución Política de los Estados Unidos, el Código Civil de Francia, el Código de Procedimientos Civiles de la cabeza de algún italiano, y, milagro que a nuestros eruditos legisladores no se les ha ocurrido promulgar la “Ciudad del Sol” de Campanella.<sup>9</sup>

Esquivel Obregón abunda sobre este tema y previene sobre los problemas graves que se derivan de esta actitud ya que se está a flote, sin arraigo en materia jurídica.

No obstante que para comprender el significado de estas palabras debemos ubicar al propio Esquivel Obregón en su contexto histórico, cabe advertir que por aquí podemos encontrar una de las claves que nos permitirán dar con la razón del olvido en que se encuentra la materia.

Hasta la fecha, no hemos determinado claramente qué debemos entender cuando hacemos referencia a la historia del derecho mexicano. Por otra parte, los estudios que se habían realizado hasta épocas muy recientes —porque esto ha comenzado a cambiar— estaban encaminados a los siguientes fines, determinados por la posición política e ideológica de sus autores:

<sup>8</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 88.

a) rechazar nuestro pasado jurídico prehispánico, aduciendo que no merece estudiarse por el estado de ignorancia en que esos pueblos vivían, o bien ensalzar indiscriminadamente este pasado, en ocasiones poco demostrado en los estudios;

b) resaltar nuestro pasado jurídico colonial, como es el caso de Esquivel Obregón, o considerar que sólo hubo caos, oscuridad y errores en esa época;

c) sobreestimar la producción jurídica liberal llegando en ocasiones a ignorar los textos constitucionales de los gobiernos centralistas, o por el contrario ponderar la obra de los gobiernos conservadores desconociendo los logros de los regímenes opositores;

d) finalmente, calificar de malo todo —o casi todo— lo que en materia jurídica se realizó durante el porfiriato y de bueno, todo lo que surgió de la revolución, o al contrario.

En pocas palabras, nos ha faltado objetividad para juzgarnos a nosotros mismos, y esta falta de objetividad nos ha llevado a no realizar un plan coherente de investigación y enseñanza sobre la historia del derecho en México, y en consecuencia, a que nos limitemos a explicar bajo este rubro, en el mejor de los casos, la historia constitucional del país.

En el campo de la investigación hay trabajos muy importantes sobre algunas instituciones jurídicas, sobre todo en materia de derecho colonial y constitucional, pero son muchos los aspectos que requerirían mayor atención.

### III. *Propuestas para la enseñanza de la Historia del Derecho Mexicano.*

Señalé anteriormente que hasta la fecha no nos hemos puesto de acuerdo en qué debemos entender al hablar de historia del derecho mexicano. Algunos planes de estudio comprenden desde las instituciones de la España pre-romana hasta la legislación emanada de la Revolución Mexicana. Por supuesto que como el tiempo apremia, la exposición no llega sino a los finales de la época colonial. Otros, centran su atención en las épocas prehispánica y colonial —sobre todo esta última—, y otorgan poca atención al derecho de los siglos XIX y XX.

A mi juicio, si revisamos esta cuestión, y omitimos en el temario del curso aspectos que corresponden más a la historia universal del derecho o a la del derecho español, que a la del mexicano, estaríamos en posibilidad de enseñar a los alumnos realmente esta última.

Por otra parte, incluyendo en los temarios el derecho español, en sus diversas épocas, el prehispánico, el colonial, el de la independencia y luego el surgido a raíz de la Revolución Mexicana, no estudiamos, ni unos ni otros, y dispersamos esfuerzos con pocos resultados prácticos.

Estamos confundiendo los términos de qué ha de entenderse por derecho mexicano. Para aclarar esta cuestión, nos son útiles las palabras de un destacado historiador mexicano: Edmundo O'Gorman, quien refiriéndose a la historia de México, expresa que ésta abarca "tres entidades perfectamente distintas, bien que estrechamente vinculadas; la primera conocida con el nombre de imperio mexicana; la segunda el virreinato de la Nueva España, y tercera, la nación mexicana, nuestra patria.<sup>10</sup> Para O'Gorman se ha confundido "el ser del México actual, ya con el de su antiguo homónimo, ya con el de la Nueva España.<sup>11</sup>

Este historiador sostiene, y creo que con razón, que "el actual pueblo mexicano, sea cual fuere su composición étnica y espiritual, está tan lejos de ser el de Moctezuma como el de don Antonio de Mendoza o cualquiera otro de los virreyes. Ciertamente, ambas antiguas entidades no le son ajenas, y todo el problema está en poder comprender cómo, pese a ello, le resultan extrañas en cuanto dotadas de un ser distinto".<sup>12</sup>

Si el México actual "salió de las entrañas de la Nueva España" (frase de O'Gorman) pero no es esta misma, pienso que al derecho mexicano se le puede aplicar esta reflexión.

El objeto central de la enseñanza en una cátedra de historia del derecho mexicano, es precisamente este derecho.

Ahora bien, como estos vocablos significan distintas cosas, conforme a los diferentes planes de estudio, debemos proceder a otorgarles la connotación que parece adecuada.

Creo que lo anterior puede explicarse mejor si pensamos que debemos fijarle al objeto de nuestro estudio coordenadas espacio temporales, y después ver cuáles fueron los sujetos, o mejor dicho la comunidad sobre la cual rigió el derecho que nos proponemos estudiar.

Las normas jurídicas, cuyo conjunto constituye el derecho, regulan la conducta humana, y ésta tiene lugar en el tiempo y en el espacio. Las normas son válidas por cierto tiempo y en un espacio determinado, esto representa la esfera temporal y la esfera de validez de la norma.<sup>13</sup> En

<sup>10</sup> Edmundo O'Gorman, *La supervivencia política novohispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, Fundación Cultural de Condamex, 1969, p. 7.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, México, U.N.A.M., 1969, p. 49-51.

consecuencia si lo que nosotros nos proponemos estudiar es la historia del derecho mexicano, necesariamente tendremos que limitarnos a analizar el derecho de la entidad llamada México en el momento en que ésta surge.

Por lo tanto, el estudio del derecho mexicano debe circunscribirse al derecho que rigió dentro del territorio de México desde el momento que surge como unidad independiente y así sucesivamente hasta el momento en que esta unidad desaparezca y se convierta en otra entidad histórica distinta, por ejemplo: el Reino Unido de la parte central de Norteamérica o lo que fuera.

No debe entenderse que pretendo que sólo se estudie y enseñe el derecho del siglo XIX. Por el contrario, propongo que se expliquen aquellos temas del derecho prehispánico y colonial, francés, español, norteamericano, etcétera, que nos permiten entender al mexicano. De otra forma no llegaríamos a entender jamás fenómenos como la centralización administrativa; las diferencias tan marcadas, aún en la actualidad, entre los distintos estamentos de la sociedad; la existencia de instituciones que no aparecen en otros derechos como el Juzgado de Indios, y que influyen en la centralización en materia agraria; la recepción del derecho francés, español o norteamericano después de la independencia, y la forma en que se adoptan las instituciones recibidas a las condiciones locales, o la forma en que aquéllas se desvirtúan al operar sobre la realidad nacional. A mi juicio, la historia del derecho mexicano debía ser estudiada del modo siguiente:

Tema I. La Historia del Derecho mexicano. Importancia. Utilidad de su estudio. Ubicación de la materia dentro de la historia general del derecho. Fuentes. Historia externa e historia interna.

Tema II. El derecho de los distintos pueblos en la época anterior a la conquista y colonización (de manera especial aztecas y mayas). El derecho español al tiempo de la conquista.

Tema III. La conquista de México. Bases jurídicas para la colonización. La incorporación de las Indias a la corona de Castilla. Choque de los distintos ordenamientos jurídicos: castellano e indígenas. Concesión y recepción del derecho castellano. Supervivencia de los derechos indígenas.

Tema IV. Época Colonial. Distintos ámbitos de validez personal del derecho. El intento por adaptar el derecho castellano a la nueva situación política, social y económica. Las fuentes formales del derecho novohispano. La recopilación del derecho. Instituciones características de la Nueva España.

Tema V. La organización política de la Nueva España: el rey, el virrey, la audiencia, el consejo de Indias, etcétera. Organización territorial. Las relaciones Iglesia-Estado. La administración de justicia. El derecho privado. El régimen del comercio. La minería.

Tema VI. Etapa de la formación del derecho patrio o nacional (1808-1854). Marco histórico: lucha entre las distintas tendencias políticas de la época, las ideas nacionalistas criollas que condujeron a la independencia, el liberalismo, el constitucionalismo español, inglés, español y norteamericano, la cultura jurídica nacional. El constitucionalismo mexicano. El derecho administrativo, laboral y mercantil. La supervivencia del derecho colonial en materia penal, civil y procesal. Los primeros intentos de codificación en estas materias. Las relaciones Iglesia-Estado.

Tema VII. Etapa de la formación del Estado moderno mexicano (1854-1910) Marco histórico: la Revolución de Ayutla, la Constitución de 1857 y la Guerra de Reforma, la intervención francesa, la restauración de la república, el porfiriismo. El constitucionalismo. Derecho administrativo, laboral y mercantil. La codificación. Relaciones Iglesia-Estado. El juicio de amparo.

Tema VIII. El derecho emanado de la Revolución Mexicana. Marco histórico: las corrientes políticas de la revolución, las causas de la lucha, los resultados. El constitucionalismo, con especial referencia a los artículos 27 y 123. La legislación posrevolucionaria en materia administrativa, civil, penal, mercantil etcétera.

Tema IX. El Derecho del México Contemporáneo. 1940. En este apartado podría analizarse el derecho posterior al cardenismo, terminando, quizá, en el régimen anterior al que corresponda de acuerdo a la fecha en que se imparte la disciplina.<sup>14</sup>

#### IV. *Experiencia en otros países.*

He señalado que la materia es obligatoria en varios países europeos. En ellos existe una historiografía jurídica muy amplia que permite la enseñanza de todos los temas que comprenden los planes de estudio, pero dejaremos de lado en esta exposición las experiencias europeas al respecto, ya que en estos países el estudio de la historia de los derechos

<sup>14</sup> Por supuesto que este temario no es sino tentativo; lo que interesa sobre todo es señalar que los aspectos prehispánicos y colonial, sólo deben servir de marco al propiamente mexicano.



nacionales se inició hace más de un siglo,<sup>15</sup> y durante este tiempo ha contado con múltiples cultivadores que han hecho posible la existencia de tendencias y escuelas para su estudio,<sup>16</sup> y vamos a hacer referencia a dos países americanos, ya que por nuestra historia y ubicación geográfica, tenemos más semejanzas con ellos. Se ha elegido un país de tradición romano-canónica: Argentina, y otro de *common law*: Estados Unidos. Ambos, en su época, fueron colonia de un país europeo del que recibieron su derecho, y ambos han enfocado el estudio de sus derechos patrios de manera semejante, aunque sólo el primero incluye la disciplina con carácter de obligatoria en los *curricula* de sus escuelas de derecho.

En el caso de Argentina interesa destacar la importancia que tiene en los planes de estudio de las universidades tanto públicas como privadas. Y en el caso de los Estados Unidos el interés se centra en el enfoque que se da a los estudios sobre esta disciplina.

En Argentina se imparte de la siguiente manera: (salvo las modificaciones que haya habido derivadas de los últimos acontecimientos políticos): historia de las instituciones argentinas, e historia del derecho argentino, a más de otras asignaturas de contenido histórico como el derecho romano, el derecho constitucional y el derecho político. Estas materias se cursan en diversos estadios de la carrera, pero de manera semejante, en casi todas las universidades públicas y privadas del país.<sup>17</sup>

“La historia de las Instituciones Argentinas se ocupa de estudiar la evolución de esos ordenamientos sociales, que constituyen las instituciones, en forma general sin analizar específicamente la regulación jurídica de cada situación”. Esto es parte de la llamada historia externa, y su utilidad radica en que abre al estudiante los ojos sobre la realidad pretérita de sus instituciones. Por otro lado, la historia del derecho argentino supone el conocimiento previo de la evolución institucional<sup>18</sup> y se ocupa de la historia interna de las instituciones. La primera se imparte al principio de la carrera y la segunda al final, y el punto

<sup>15</sup> Francisco Tomás y Valiente, “Historiografía Jurídica”, ponencia presentada al *Coloquio Internacional sobre 75 años de evolución jurídica en el mundo*, celebrado en México, D.F., del 20 a 25 de septiembre de 1976. Utilizó el texto de la ponencia que próximamente será publicada.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 5-13.

<sup>17</sup> Victor Tau Anzoátegui, “La enseñanza de la historia del derecho argentino”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 19, Buenos Aires, 1968, p. 217.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 220.

de partida es, después de una breve visión de la península ibérica a fines del siglo xv, la conquista de América.<sup>19</sup>

Como se puede observar no dedican atención al derecho de las culturas autóctonas, pero esto se explica por la escasa importancia que éstas tenían en aquel territorio a la llegada de los españoles.

Por otra parte, Murphy ha sugerido, para los Estados Unidos, que el estudiante de licenciatura debe dejar a un lado a los romanos y a Hammurabi, y estudiar la historia del derecho angloamericano. Tal curso podría empezar con una introducción de la historia de Inglaterra y sus colonias en Norteamérica, nociones sobre el *common law*, su lugar en el mundo contemporáneo, tanto en sí mismo como frente a otros sistemas. El tránsito hacia las instituciones podría hacerse a través del derecho constitucional (en general), el sistema judicial inglés y norteamericano y de ahí se podría pasar al derecho penal y al privado. Hace hincapié este autor en que es importante el conocimiento del sistema inglés para que el estudiante comprenda sus propias instituciones. Pero se debe centrar la atención en el americano, explicando al estudiante lo que ha sido creado en los E.U.A.<sup>20</sup>

Para cursos más avanzados este autor propone una visión distinta; a saber, la elección de un área determinada y su estudio intensivo. Por ejemplo: los *yearbooks*, la lectura de la obra completa de un historiador del derecho inglés de la talla de Holdsworth o Maitland. En este caso debe estudiarse a fondo el tema elegido, no darse por bueno nada, sino inducir al estudiante a investigar en fuentes primarias y secundarias. Este método de trabajo está encaminado a producir historiadores del derecho, hábiles al escribir su materia. No es útil para grupos numerosos ni es recomendable para estudiantes que no estén interesados en llegar a dedicarse a la investigación de la disciplina.<sup>21</sup>

Por dos caminos distintos hemos llegado a una conclusión que parece acertada. En los cursos de licenciatura no es conveniente, al enseñar la historia del derecho nacional o patrio, remontarse hasta los más remotos orígenes de la historia del derecho, sino tomar de las historias del derecho ajenas, pero vinculadas a su derecho nacional, sólo aquellos puntos que se relacionan directamente con éste. En el caso del derecho mexicano no es necesario saber toda la historia del romano, el español, el inglés o el francés sino sólo aquellos temas que han influido de manera directa en la creación de nuestras propias instituciones.

<sup>19</sup> Victor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1975, 808 p.

<sup>20</sup> Murphy, *op. cit.*, p. 83.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 81-82.

Propongo que mientras fomentamos la investigación de los temas que nos falta estudiar, presentemos a los alumnos por lo menos las grandes líneas de la evolución jurídica del derecho mexicano. Estas pueden ser estudiadas en dos textos: *Los Apuntes para la historia del Derecho Mexicano* de Toribio Esquivel Obregón<sup>22</sup> y la *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano* de Guillermo Floris Margadant.<sup>23</sup> El primero se editó en 1937, está agotado y es una obra parcial, terriblemente hispanófila y que, no obstante contener muchísimos datos todavía aprovechables, no proporciona a los alumnos ni una visión general completa, ni un punto de vista objetivo. El segundo fue publicado en 1971 y ha sido recientemente reeditado. Es una obra panorámica interesante y bastante objetiva. Tiene las desventajas propias de este tipo de visiones panorámicas como son la superficialidad, y la necesidad de basarse, por fuerza en fuentes secundarias; pero, sin duda, es una buena guía para la enseñanza de la historia del derecho mexicano.<sup>24</sup>

#### V. *Importancia del estudio de la historia del derecho*

En los últimos años hemos visto en las facultades de derecho latinoamericanas un cambio de orientación en los planes de estudio. Se ha rechazado la forma en que se venían preparando los abogados, la cual había consistido fundamentalmente en el aprendizaje de códigos y textos jurídicos que, en ocasiones, dada la actividad del legislador, resultan rebasados a corto plazo.<sup>25</sup>

Esta corriente propugna por la formación de los abogados más que por la información de éstos. Esto redundaría en beneficio no sólo de los que pretenden dedicarse a la docencia, sino de los abogados litigantes que, de esta manera, estarán mejor preparados para enfrentar con éxito las dificultades del ejercicio de su profesión. En este orden de ideas se encuentra la inclusión de la historia del derecho en los planes de estudio.

Tau Anzoátegui, en Argentina, ha señalado correctamente este fenómeno. Para él la misión formativa en las escuelas de derecho es

<sup>22</sup> 4 vol., México, Editorial Polis, 1937.

<sup>23</sup> México, U.N.A.M., 1971, 268 p.

<sup>24</sup> Personalmente no coincido con algunos de los planteamientos ahí contenidos, pero eso no obsta para que reconozca que es buena y la recomiendo.

<sup>25</sup> Por citar sólo un ejemplo podemos aludir a un fenómeno mexicano: la materia de sociedades mercantiles y de contratos hace tiempo que no está sólo contenida en los códigos respectivos. Existe una gran cantidad de disposiciones complementarias; no obstante, no se han modificado los códigos.

mucho más importante que la mera expedición de títulos para abogados postulantes. Materias como la historia del derecho, la economía política, la sociología del derecho, el derecho político, (recientemente el económico) contribuyen a la formación de juristas, profesores, investigadores, legisladores y estadistas; asimismo el abogado litigante estará mejor preparado.<sup>26</sup>

Así pues, vemos que existe una corriente de pensamiento que propugna por la inclusión de materias formativas junto a las informativas que también debe estudiar el futuro abogado. Entre las primeras, además de la historia del derecho, se encuentra entre nosotros el derecho comparado, el derecho político, la sociología, la filosofía del derecho, etcétera.

Puede argumentarse en contra de esta posición, y de hecho se ha argumentado que no todos los estudiantes se especializarán en historia jurídica, y que cada materia tiene, en los temarios, sus fichas relativas a los antecedentes históricos. El primer argumento es irrelevante, porque lo que se pretende con su inclusión es contribuir a la formación jurídica del estudiante. El segundo da pie al argumento que invalida esta opinión; el derecho vigente de una sociedad en un momento dado no se presenta o existe en forma parcelada sino como un todo que regula la conducta de los hombres en esa sociedad y momento dados. Si en primer año se estudian los antecedentes del derecho civil, en segundo del mercantil y del procesal, en tercero del penal, en cuarto del administrativo y constitucional o como quiera que sea el orden que lleven las materias en el plan de estudios respectivo, el estudiante no adquiere una visión de conjunto del derecho o las instituciones pretéritas de su patria. Reducir, o de plano omitir, esta parte de antecedentes, que por otra parte suele ocupar mucho tiempo del dedicado al estudio de la materia, permitiría al profesor entrar de lleno en los temas relativos a la rama del derecho que explica, y por otro lado explicando la historia del derecho patrio o mexicano, el estudiante adquiriría una visión de conjunto del desarrollo jurídico de su país con las ventajas que esto acarrea en su formación.

## VI. *Métodos de investigación*

No debemos confundir la historia del derecho con los antecedentes jurídicos de una institución o rama del derecho en particular. La historia

<sup>26</sup> Víctor Tau Anzóategui, "Importancia y estado...", p. 1.

del derecho es una disciplina con características y métodos de estudio propios y requiere la “conformación de una mentalidad adecuada y una perseverante dedicación por parte de quienes la cultivan”. Es preciso la comprensión de la realidad histórica en que se presenta una institución, así como la comprensión cabal del fenómeno jurídico en la historia.<sup>27</sup> “Esta disciplina constituye un auxiliar indispensable en el conocimiento del derecho, tiende a explicar los antecedentes de éste, y su evolución a través del tiempo”.<sup>28</sup>

Para Alf Ross “la historia del derecho describe un derecho que tuvo vigencia en el pasado y se ocupa de su desarrollo histórico”; ésta es su principal diferencia con la ciencia del derecho o dogmática jurídica, la cual, si bien se ocupa del orden jurídico de una sociedad determinada, este orden jurídico ha de ser vigente en el tiempo que el estudioso se ocupa de él. Por ejemplo, el derecho vigente en la actualidad en el estado de Illinois.<sup>29</sup> El derecho vigente no es jamás un hecho histórico, sino un cálculo en contemplación del futuro. “La historia del derecho no presenta características semejantes. Aquellos problemas que, vistos con los ojos del pasado, estaban abiertos, se hallan hoy cerrados. La historia del derecho, por ende, se ocupa únicamente de hechos”.<sup>30</sup>

Derecho vigente para Ross significa “el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias”. (Son vividas así por el juez y otras autoridades jurídicas, al aplicar el derecho).<sup>31</sup> Y agrega que “si bien la historia del derecho carece de contacto con la política jurídica, tiene por otra parte un contacto más cercano con la sociología jurídica. No solo expone el derecho en un momento determinado, sino también describe y explica su desarrollo. Estudia la evolución del derecho en relación con la de otros fenómenos sociales”.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>28</sup> Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú, *Introducción al derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1959, p. 80.

<sup>29</sup> Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 21.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 22.

Algunos autores han propugnado por la inclusión de la historia del derecho dentro de la ciencia jurídica.<sup>33</sup> Por mi parte me inclino por la postura de los que contemplan esta disciplina como una rama especializada de la historia en general,<sup>34</sup> de la que toma sus métodos y sus fines, investigando exclusivamente el ordenamiento del derecho en el pasado. Su objetivo puede restringirse o ampliarse en función de lo que se quiera historiar.

La fórmula ideal para la enseñanza de la historia del derecho sería la vinculación del fenómeno jurídico con las causas políticas, económicas y sociales que lo hicieron posible, o que dieron lugar a su evolución, modificación o extensión. Sin embargo, dado el corto tiempo de los cursos algunos de estos aspectos tienen que darse por sabidos.<sup>35</sup>

Por otra parte, las funciones del investigador y el profesor de historia jurídica son distintas, aunque es conveniente que una misma persona realice ambas funciones.

El primero debe ahondar en aspectos poco explorados de la disciplina. Su misión es estudiar a fondo las diversas instituciones jurídicas en determinada época. Toca el segundo, es decir al profesor "volcar sobre los estudiantes los conocimientos y los conceptos esenciales que ayudan a su formación jurídica". Debe "señalar y enmarcar" las instituciones dentro de su contenido histórico y del sistema jurídico vigente en la época en cuestión para explicar su evolución hasta el presente. Con esto mostrará el dinamismo del derecho<sup>36</sup> y su relatividad.

Una vez que hemos destacado la importancia de la historia del derecho como disciplina informativa y hemos aclarado que, a nuestro juicio, no es ciencia jurídica, estamos frente a la necesidad de delimitar más particularizadamente cómo hemos de abordar, ya sea para su enseñanza o estudio, tan amplia materia. En términos generales el tratamiento que se dé a ambas actividades dependerá de nuestros intereses, la tradicional distinción entre historia externa e historia interna del derecho, que por lo demás no siempre es entendida de manera igual, nos proporciona una pauta para la investigación o la enseñanza de esta disciplina.

<sup>33</sup> Tal es la posición de Alfonso García-Gallo. Ésta puede ser consultada en varios de sus trabajos. *Cfr.*, "Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano", en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, p. 72.

<sup>34</sup> Las distintas posiciones europeas pueden ser confrontadas en Tomás y Valiente, *Historiografía...*, *passim*. De entre los americanos, *cfr.*, Mouchet y Zorraquín, *op. cit.*, p. 80-81.

<sup>35</sup> *Vid.* Tau Anzoátegui, *La enseñanza...*, p. 222.

<sup>36</sup> *Vid.* Tau Anzoátegui, *Importancia y estado...*, p. 1.

Esta distinción fue hecha por primera vez por Leibnitz, precursor en los estudios de una rudimentaria historia universal del derecho. Este autor, en su obra *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, al tratar el tema de la "Jurisprudencia histórica" distinguía entre historia interna e historia externa. La primera abarcaría el estudio de los hechos pretéritos de contenido o de interés jurídico, en tanto que a la segunda tocaría el estudio de los factores no jurídicos indispensables para explicar la evolución de las instituciones.<sup>37</sup>

Esta división ha sido objeto de reinterpretaciones a lo largo del tiempo. En términos generales me afilio a la acepción siguiente: La historia externa del derecho comprende el estudio de las fuentes, y los sucesos políticos y sociales que explican el derecho, en tanto que la interna sólo se ocupa del conocimiento de las instituciones jurídicas y principios del derecho.<sup>38</sup> En la actualidad ambas se combinan para obtener los resultados deseados.

A esta división hemos de agregar que podemos proceder para el estudio de la historia del derecho con el llamado método histórico o cronológico, o con el método sistemático. El primero consiste en la división en periodos a fin de estudiar en cada uno de ellos las diversas fuentes e instituciones, el segundo opera en sentido inverso, parcelando los diversos sectores del Derecho para enfocarlos según la perspectiva histórica. Últimamente se ha recomendado, aplicar el método o plan cronológico a la historia externa y el sistemático a la de las instituciones. O bien el cronológico a la historia general del derecho a instituciones sociales, políticas y económicas y el sistemático a las instituciones de derecho privado, penal y procesal.<sup>39</sup>

Recientemente se ha señalado que es erróneo adoptar uno de los dos caminos exclusivamente. Es preciso combinarlos para lograr la comprensión de la continuidad de la evolución jurídica. Es decir, conviene dividir el pasado en periodos más o menos amplios y estudiar dentro de ellos las diversas instituciones fundamentales; organización política, régimen de la familia, propiedad, sucesiones, etcétera.<sup>40</sup>

Si bien esta forma de proceder parece conveniente, sobre todo para la enseñanza de la historia del derecho, en el terreno de la investigación sigue siendo viable optar por uno o por otro, de acuerdo con lo que nos propongamos conocer. Es decir, si lo que deseamos es estudiar el mu-

<sup>37</sup> Mouchet y Zorraquín, *op. cit.* p. 84.

<sup>38</sup> Levene, citado por Mouchet y Zorraquín, *op. cit.*, p. 83-84.

<sup>39</sup> José Antonio Escudero, *Historia del Derecho: Historiografía y problemas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1973, p. 43.

<sup>40</sup> Mouchet y Zorraquín, *op. cit.*, p. 83-84.

tuo con interés, o el régimen de la legítima o la dote, hemos de analizar su evolución a través de los textos jurídicos, promulgados o no, que arrojen luz sobre el tema, haremos un inventario de lo que nos interesa sobre estos temas y procederemos a ver su evolución a través del tiempo. Si por el contrario, lo que pretendemos estudiar es la administración de justicia en tal o cual época, la codificación, la formación del Estado federal, etcétera, hemos de utilizar el método histórico aunque haciendo hincapié en los aspectos jurídicos del tema que nos interesa.

Pero no se agotan aquí las posibilidades. Autores hay que propugnan por el estudio de las fuentes, otros de los conceptos, otros exclusivamente las instituciones, las decisiones judiciales, etcétera. A mi juicio, cualquiera de los caminos señalados es válido en materia de investigación. Sólo de esta manera iremos completando la visión total de la evolución del derecho, en nuestro caso mexicano.

## VII. *Fuentes para su estudio*

Si el historiador del derecho pretende el conocimiento de esta materia en su aspecto más amplio, debe atender "al concepto y caracteres del Derecho, sus fuentes, la manera de interpretarse éstas; las instituciones, y los sistemas, o sea las formas típicas de la organización jurídica", la doctrina y todos los diversos aspectos de la ciencia jurídica en general incluyendo las violaciones,<sup>41</sup> ha de atender pues a todo tipo de fuentes para lograr este conocimiento.

Algunos autores han clasificado estas fuentes de la manera siguiente:

I.—Fuentes: textos legales, obras doctrinarias, etcétera.

Aplicación de las normas: Causas judiciales

Actos notariales o administrativos<sup>42</sup>

II.—*Fuentes jurídicas*. Leyes, derecho consuetudinario, obras doctrinarias, expedientes judiciales y administrativos, actos jurídicos particulares, etcétera.

*Fuentes no jurídicas*. Todas las obras escritas que si bien no tuvieron por finalidad exponer el derecho, muestran su vida, sus vicisitudes, las causas de su evolución o las costumbres.

Las primeras son las más importantes, pero se complementan con las segundas que nos informan del incumplimiento de las normas, la aparición de una costumbre contraria a ellas, etcétera.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Jorge Basadre, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, Perú, Editorial Universitaria, 1967, p. 15.

<sup>42</sup> Tau Anzoátegui, "La enseñanza...", p. 220.

<sup>43</sup> Mouchet y Zorrauqín, *op. cit.*, p. 82.



III.—*Fuentes histórico-jurídicas*: Directas  
Indirectas.

*Directas*: códigos y demás textos que de manera inmediata y concreta permiten conocer las ideas, normas, instituciones, ordenamientos o sistemas vigentes (o presumiblemente vigentes) en una época.

*Indirectas*: documentos de aplicación del derecho (éstos son los que nos permitirían conocer el derecho vigente), literatura jurídica, redacciones privadas del derecho consuetudinario, y documentos literarios y monumentos no jurídicos de diversa especie que permiten obtener datos y noticias para complementar o ilustrar el testimonio de las fuentes directas.<sup>44</sup>

VIII. *Utilidad de su estudio.*

No nos queda sino agregar unas ideas en torno a la utilidad de la historia del derecho. Primero atenderé a la utilidad que le reporta al estudiante, y después haré referencia al investigador el legislador o el abogado.

La enseñanza de la historia del derecho permite al estudiante familiarizarse con las instituciones y los conceptos jurídicos de su nación. Lo ayuda a desarrollar un criterio analítico que le permite encontrar soluciones jurídicas conformes al estado de la sociedad en que el derecho se va a aplicar.<sup>45</sup>

“Hace posible comprobar la razón del ser, la raíz del derecho actual, que no se ha formado caprichosamente por imperio del legislador, explicando así el porqué de sus normas y ayudando a una mejor interpretación del ordenamiento vigente, desarrollando y agudizando el sentido crítico-jurídico del estudiante.”<sup>46</sup>

En una palabra, la historia del derecho representa un conocimiento indispensable para que el estudiante aprenda a ubicarse en la realidad cultural, alcanzando la comprensión cabal del fenómeno jurídico.<sup>47</sup>

En cuanto a su utilidad en general podemos decir, siguiendo a Tomás y Valiente, lo siguiente:<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Basadre, *op. cit.*, p. 22 y ss.

<sup>45</sup> Tau Anzoátegui, “Importancia y estado...”, p. 2.

<sup>46</sup> *Ibidem.*

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 34-40.

1. *Exigencia práctica.* Cuando necesitamos estudiar un texto para aclarar algún tema que estamos trabajando recurrimos al historiador o emprendemos su estudio nosotros mismos (esto es aplicable al profesor, al legislador, al juez etc.)

2. *Necesidad especulativa.* "El derecho en su conjunto necesita ser explicado y comprendido históricamente. Sólo conociendo cómo ha sido podemos saber cómo es".

3.) *Experiencia jurídica.* A través del estudio de la historia del derecho podemos conocer soluciones jurídicas que, en un momento dado, pueden proporcionar opciones técnicas para legislar.

4. *Formación del jurista.* Para los estudiantes y graduados, así como para los abogados, es un elemento de continua revitalización, a más de que contribuye a alejar al estudioso del dogmatismo ya que puede percibir la relatividad del derecho.

5. *Conocimiento profundo de la realidad.* Siendo el derecho un producto social delimitado claramente por coordenadas espacio-temporales e influido por otros sectores de la realidad social, el estudio de su historia nos permite no sólo conocer esa realidad, sino comprender los factores que la condicionaron y que se plasmaron en las normas jurídicas.

Maria del Refugio GONZÁLEZ

*Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM.*