

UNA NOTA SOBRE LA CONCIENCIA HISTÓRICA DE LOS HOMBRES DE DERECHO

WALTER BIRCHMEYER *

Intentamos en esta nota señalar de manera tridimensional la importancia de la Historia del Derecho en la formación de la conciencia histórica de los profesionales del Derecho en el tiempo del Bicentenario. La noción de Historia del Derecho que aquí consideraremos se extiende en general a las experiencias, académicas o no, que signifiquen una consideración del dato histórico en la toma de decisiones de los operadores jurídicos.

1. Dimensión normológica

La actividad *docente* plantea desde el punto de vista formal un fuerte interés por las disciplinas históricas. Durante todo el siglo pasado la disciplina Historia del Derecho ha recibido una atención creciente, siendo incorporada, al plan de estudios de un gran número de carreras de Abogacía. Desde principios del siglo formó parte de un movimiento orientado a investigar las bases hispanas del Derecho argentino. Hitos fundamentales en este proceso constituyen las publicaciones de Ricardo Levene y su escuela.

A pesar de que los estudios jushistóricos han progresado a lo largo de todo el siglo, en el momento actual no puede afirmarse que su inclusión sea general en los planes de estudio. Tampoco se discierne claramente una tendencia que divida las aguas entre universidades públicas y privadas, y entre estas últimas entre confesionales y no confesionales.

Conviven en los planes de estudio argentinos cátedras de Historia del Derecho e Historia del Derecho Argentino con las de Derecho Romano¹, Historia de las Ideas

* Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

1 En general como Derecho Romano e Historia del Derecho Romano. Con énfasis en esa integración con la Historia puede v. en el plan de estudios de la Universidad Austral, la materia: Derecho Romano e Instituciones Jurídicas Contemporáneas.

Políticas, Historia Institucional Argentina, Historia Constitucional (a veces con el agregado de “Argentina”, p.e. UNR); la mayoría de las veces el Derecho Romano aparece abierto a la Historia,

Si bien sostienen una robusta presencia del Derecho Romano, las universidades confesionales ofrecen cursos obligatorios de Historia del Derecho e Historia de la Cultura.

En el ámbito de la *investigación científica* destacamos, sólo como ejemplos, las actividades del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani” Investigaciones, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, ambas en el marco de la Universidad de Buenos Aires, el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (institución independiente, con sede en Buenos Aires), y las tareas del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Roberto I. Peña.

La *Corte Suprema de Justicia de la Nación* tiene una “Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación” y que por acordada CSJN nro. 36 del 9 de setiembre de 2009, se creó la “Unidad de Análisis Económico”, con la especial finalidad de realizar “los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal”. Más allá de la obvia carencia de una iniciativa semejante respecto de la Historia del Derecho, señalamos la posible función vicaria que estas oficinas pueden cumplir sobre problemáticas históricas². La “evaluación de los efectos” contiene una apertura a la lógica histórica, con posibilidades de equilibrio entre el derecho y la economía, o de peligro de dominio de aquél por ésta.

Un dato muy revelador del estado de la cuestión tal vez sea que la Institución que más ha hecho por la inclusión de la disciplina en la currícula, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que desde principios del siglo XX ofrecía un curso de Historia del Derecho, no la tiene como materia en el plan de estudios vigente (2004).

2 Excede nuestro marco entrar a analizar si la adopción del *análisis económico* por parte de un tribunal estatal sea positivo o no para la realización de la justicia.

2. *Dimensión sociológica*

Creemos que el quid del problema desde el punto de vista sociológico está en el contenido real de lo que se entiende y atribuye como Historia. Algo muy distinto será si se entiende historia como mera acumulación de antecedentes, valiosos como conocimiento, a que se entienda por educación histórica la habilidad del futuro abogado de intuir y hasta prever los acontecimientos históricos.³

Mucha es la *actividad científica* sobre la temática, incluso en las universidades que no enseñan de manera obligatoria Historia del Derecho. Se realizan periódicamente los Encuentros de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, los Seminarios sobre Historia del Derecho Argentino (Academia Nacional de Derecho de Córdoba), y las Jornadas de Historia del Derecho Argentino del Instituto de Investigaciones homónimo

No obstante es difícil saber, sin una investigación de campo, si hay una convicción profunda de la importancia de la historia en los hombres de derecho.

Hay actualmente un movimiento promovido desde convenios entre romanistas italianos (Universidad Tor Vergata) y civilistas latinoamericanos, tendiente a encontrar puentes comunes entre el derecho de los países del área con miras a una futura armonización, utilizando como lenguaje común las bases romanitas de nuestra cultura jurídica. El tiempo dirá si se trata de una empresa respetuosa de las diversidades históricas, o sólo de un proyecto orientado a obtener un modelo controlado de “Historia del Derecho” con fines específicos.

En la *jurisprudencia*, descuella la Corte Suprema de Justicia de la Nación como intérprete último del ordenamiento normativo. En esta función es que los jueces han demostrado tener una conciencia del significado histórico de los fallos muy superior al que las normas prevén. se ha visto esto en la recepción de nuevas garantías (fallos Siri –1957–, Kot –1958–), en la promoción de reformas legislativas (caso Sejean c. Zacks de Sejean –1986–), en la protección del orden público económico (puede v. la reciente saga “Bustos”, “Galli” y “Massa”, etc., sin entrar nosotros en el estudio del acierto o no de los fallos), hasta los fallos actuales que adoptan un activismo judicial muy en boga (casos de saneamiento del Riachuelo, etc.). Hay casos

3 Esta capacidad de previsión suena invariablemente como ilusoria a los oídos de muchos. No obstante, las mismas personas reconocen de inmediato la necesidad de que el abogado *comprenda* la Historia, y sepa aconsejarle a su cliente si debe o no sacar la inversión de un país (Argentina 2001), si es posible que un tribunal reconozca su derecho, o si da lo mismo litigar contra un sindicato o la Iglesia Católica, o ante un particular desconocido. Que el diagnóstico no asegure certeza no significa que no tenga bases científicas.

en los que la Corte realmente queda corta de miras al leer “los signos de los tiempos”, y el mejor ejemplo está en la famosa acordada del año 1930, en la que legitima por razones de mera conveniencia al nuevo gobierno de facto.

3. *Dimensión axiológica*

Hay un consenso generalizado sobre la importancia de los estudios históricos en la formación del hombre de Derecho. La consideración de las *causas* de los fenómenos jurídicos es un requisito indispensable para que la *contribución* de la verdad en aras de la justicia se realice.

El progreso del valor (en nuestro campo de interés la justicia) se produce a través de *fraccionamientos* de sus alcances, realizando justicia el hombre allí donde puede; y en las continuas *revoluciones* argentinas esto sería acertado. No obstante, la necesidad de los operadores jurídicos más importantes, por ejemplo la clase política, de *reescribir la historia*, obliga a la sociedad a vivir en continuos *desfraccionamientos*, en los que siempre hay un problema antiguo que resolver, dejando para mejor momento los problemas actuales. Esa alternancia entre fraccionamientos y desfraccionamientos lleva a una esquizofrenia jurídica difícilmente vista en otras latitudes.⁴

Es razonable el temor que a veces se tiene a la historia, sobre todo porque en la historia del derecho muchas veces se han querido violentar las formas invocando las “necesidades de la hora”, o un supuesto “llamado de la historia”, y así se han legitimado dictaduras, ingresos en guerras, etc. Debe precisarse que esto no hay una vinculación directa entre la conciencia histórica y las emergencias institucionales o económicas: en el mantenimiento de las formas también suele arraigar dicha conciencia. Sin un estudio profundo de la historia se problematizan las *legitimidades* para repartir, fundando *falsas aristocracias*, que encubren a *repartidores poderosos*, a veces en verdad completamente *antiautónomos*.

La falta de una *ethos* común dificulta la elaboración consensuada de un régimen de justicia, así las diversas fórmulas que se proponen para la configuración del régimen rechazan la exigencia principal de toda comprensión cabal de la historia: la existencia del otro como dato real.

El conocer el curso de los acontecimientos lo protege *contra lo demás*, lo que paradójicamente también es la historia. La Historia protege contra la historia.

4 V. sobre el tema, y en general sobre la historicidad del Derecho Argentino, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Estudios de Historia del Derecho, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, *passim*.

4. La conciencia histórica en el sistema jurídico

El *Derecho privado* es la rama más racionalista del sistema jurídico, pero la apertura a consideraciones de justicia material acompaña el sentido histórico de sus cultores: así, instituciones como la lesión subjetiva, el abuso de derecho, las teorías de las bases y el fin del contrato, la teoría del imprevisión, la flexibilización de ciertas exigencias formales *ad probationem* y *ad solemnitatem*, etc. de allí que a veces se confunda tener conciencia histórica con sensibilidad social. Sentidos similares pero no iguales, particularidades de la conciencia jurídica argentina.

No siempre la consideración del dato histórico vendrá acompañado con preocupaciones de justicia general, como suele creerse. Por ejemplo, uno de los datos históricos más relevantes del tiempo actual consiste en considerar en absoluto pie de igualdad con el derecho estatal el derecho originado por colaboradores empresariales globales: la *nueva lex mercatoria*.

En el *derecho público* es el derecho constitucional el que tiene mayor significación histórica, con las pesadas tareas de integrar y dar solidez al régimen, integrando a los ciudadanos como libres e iguales, incorporando al extranjero, a las culturas originarias, etc. Lamentablemente, la necesidad del derecho público de transmitir sus valores hace que rara vez ponga en duda algunos de sus postulados, así tienden a dogmatizarse el derecho de los derechos humanos, el derecho constitucional, el derecho internacional público entendido a veces como casi monopolio del régimen de la ONU.