

## LA HISTORIA DEL DERECHO: ¿HISTORIA DE QUÉ DERECHO?\*

### *LEGAL HISTORY: A HISTORY OF WHICH LAW?*

† HUGO TAGLE MARTÍNEZ<sup>1</sup>  
(Santiago, 1931- Santiago, 2002)

#### RESUMEN

Destaca el autor la relevancia que el estudio del pasado jurídico tiene para todo aquel que cultive el Derecho. Dadas las distintas modalidades que este presenta, los currículos deben optar por la enseñanza de algunas de ellas, dada la imposibilidad temporal de abarcarlas todas. En esta disyuntiva, se plantea la docencia del Derecho positivo, civil (como contrapuesto al canónico) y público. Dentro de este último, sugiere se dé preferencia al Derecho Constitucional dadas las repercusiones que tiene en la vivencia y obtención del bien común.

Palabras clave: *Metodología - Docencia - Pénsun universitario - Derecho Privado - Derecho Público - Derecho Constitucional - Bien común.*

#### ABSTRACT

The author highlights the relevance that the study of the legal past has for anyone who cultivates the Law. Given the different modalities that this presents, the curricula must choose to teach some of them, given the temporary impossibility of covering them all. In this dilemma, the teaching of positive, civil (as opposed to canonical) and public law is proposed. Within the latter, it suggests that preference be given to Constitutional Law given the repercussions it has on the experience and achievement of the common good.

Keywords: *Methodology - Teaching of Law - Curricula - Private Law - Public Law - Constitutional Law - Common good.*

Todos los saberes tienen su historia, en especial aquellos que se refieren a actividades que tienen larga existencia. El derecho es una de las actividades que el hombre, desde el inicio de su vida sobre la faz de la tierra, ha realizado y por consiguiente tiene una larga historia, así, en el plan de estudios de nuestra Facultad –como en el de todas–, existe una asignatura que se denomina *Historia del Derecho*, en el primer año, la que

---

\* El artículo que hoy se publica estaba inédito; yo lo conservaba de entre unos pocos papeles que don Víctor Sergio Mena Vergara, antiguo y recordado decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, me entregara al finalizar 2004, para su edición en *La Revista de Derecho* de esa casa de estudios superiores, lo que no alcanzó a concretarse (F.V.E.).

<sup>1</sup> Catedrático de Historia del Derecho y Filosofía del Derecho en varias universidades chilenas: Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Central de Chile, etc.

en la nuestra es continuada en segundo año con otra que se denomina *Historia constitucional e institucional de Chile*, que, con distinto nombre es igualmente Historia del Derecho, aunque expresa y exclusivamente del constitucional y de instituciones que no estén incluidas en la constitución, porque pensar lo contrario equivaldría a atribuir al autor de esta asignatura haber incurrido en una repetición injustificada, por lo que las instituciones a que el título de la misma se refiere, pueden ser tanto del derecho público –pero no constitucional–, como del derecho privado, pues nada indica que deban ser de uno u otro ámbito, excluyentemente.

La historia, que se predica exclusivamente del hombre y de sus actividades, tiene como objetivo su vida, la que es un continuo en el que distinguimos pasado, presente y –eventualmente–, futuro; estos tres tiempos están unidos por el presente, que puede ser un instante, una hora, un día, una semana, un mes, un año, cien años, que es el periodo en el que conviven tres o cuatro generaciones; varios siglos si tomamos como regla de medir el tiempo del hombre la cultura, varía decenas de miles de años si consideramos la posible historia genética del hombre –pudiendo considerarse a cada uno de estos periodos como presenta, ya que hay en cada uno de ellos una cierta unidad que cubre todos los hombres que viven en él, que los hace experimentar, con alguna mayor o menor diferencia de grado, una misma vivencia gloriosa, gozosa y dolorosa.

Ahora bien, el hombre vive su presente en parte del pasado, que es el legado de los hombres del ayer, que le sirve de fundamento o realidad que puede aceptar, modificar o eliminar para proyectar su futuro, futuro que es el proyecto de vida que se propone realizar, que es la otra parte que constituye su presente, como mañana que quiere vivir.

De lo dicho se concluye que la importancia del pasado, que es lo único cierto e inmodificable para el hombre –como también, aun cuando no me atrevo a afirmarlo con seguridad, para Dios –si prescindimos de la certeza que tenemos de morir– por lo cual conocer el pasado, tanto el próximo como el remoto, en la parte que influye en el presente, es fundamental para conocer este último y proyectar el futuro, que hace al hombre culto, diferencia del bárbaro o salvaje, que es aquel que vive inmerso en la naturaleza, en el mundo de lo irracional o instintivo, como un animal y este no tiene historia, esto es, cambio, pues teniendo historia no la conoce de verdad, sino que la ve como un conjunto de mitos y leyendas que no tienen mucho que ver con la realidad del pasado, su pasado, que lo aprisiona en el presente, del modo que vive sin futuro moral o espiritual, que lo pueda mejorar, sino que con un futuro posible biológico o físico, pero no cultural, pues vive en un presente que no cambia, que no se atreve o no quiere cambiar o modificar.

De lo dicho se desprende la importancia del conocimiento de la historia para quien quiera ser un sujeto activo en la sociedad y no ser un hombre masa, en la terminología de Ortega y Gasset, que es llevado de un lado a otro, como hoja en el viento, sin conciencia de lo que le sucede, ya sea por movimientos autónomos pero irracionales, o por la influencia de hombres bárbaros de nuestro tiempo, que son aquellos que viven al día, sin conocer su raíces, esto es, la historia de la sociedad a la que pertenecen, en la que no ven ni conocen sino que la inmediata realidad en la que viven, los acontecimientos del momento, pero sin comprenderlos, ya que estos tienen su origen en el pasado, no solo reciente sino que también remoto, que no conocen por despreciar la historia, pero que forma parte de él.

Así entonces, para el abogado, para el jurista, para el legislador, para el juez, para el político es fundamental conocer el pasado del derecho, en especial de aquel que llega

hasta el presente, conocer por que se lo dicto y conocer que efectos produjo, pues así logrará una visión más clara y completa del presente, lo que le permitirá proyectar el futuro prescindiendo de aquellas normas que han producido efectos perniciosos, lo que lo habilita para proyectar el futuro con mayor seguridad de no equivocarse.

Ahora bien, ocurre que el derecho es un término genérico o universal que cubre o contiene muchos distintos derechos, particularizaciones del mismo que han ido surgiendo a lo largo de la historia, según el desarrollo cultural y las necesidades sociales, originadas por la creatividad del hombre que hace necesario que se dicten nuevas normas de conducta social, que antes no existían por no existir la conducta social misma, como por ejemplo, ejemplo novísimo, derecho aéreo, que surge a partir del momento en que la posibilidad de volar se convierte en un hecho, que crea la necesidad de regular la actividad de quienes vuelan.

Hoy día, y a mi juicio, desde hace mucho tiempo, dada la multiplicidad de derechos, cada uno de los cuales tiene su propia historia, unos mas larga, otros mas corta, surge el problema de resolver la cuestión de que historia del derecho enseñar, ya que no es posible, por razón de tiempo y de vocación de los alumnos, como también, porque no decirlo, del saber de los profesores, pretender enseñar toda la historia del derecho, tanto en su amplitud que comprende distintos derechos, restringido solo al derecho de nuestro pasado como nación, como en su profundidad, por lo que pienso que el profesor, y la facultad por su atribución normativa, puede y debe seleccionar el derecho prevalente por enseñar, por razón de su importancia social, y por consiguiente exigir de los alumnos que lo conozcan, pues no todo lo que sabe el profesor, que es trasmisor de conocimientos, fundamentalmente, y no investigador que da a conocer lo descubierto por el, es o debe ser enseñado y exigido al alumno, sino solo aquello que sea lo más importante, que es lo influyente en la vida social, y que, idealmente, debe recordar en toda su vida, que siempre es lo más general y fundamental del derecho.

En efecto, el derecho se divide en natural y positivo y ambos tienen su propia historia, el primero en el sentido del conocimiento que los hombres hemos ido adquiriendo de él, ya que en sí mismo considerado el derecho natural no tiene historia, puesto que se confunde con la naturaleza humana y esta no cambia en lo esencial de ella, esto es, no tiene historia, a su vez, el derecho positivo es, siempre que sea verdadero derecho, o para serlo, como la sombra, mejor dicho, la luz, que proyecta aquel sobre la conciencia del hombre, específicamente de la autoridad que elabora y promulga el derecho, que lo establece como obligatorio, no solo moral sino que civilmente, por considerarlo necesario para el bien común, por la naturaleza cambiante del hombre en lo accidental de ella, como también por la distinta percepción que del bien común y de los medios para lograrlo tiene la autoridad.

También se lo divide en derecho canónico y derecho civil, división que no deja de tener relevancia en una Facultad de Derecho que pertenece a la sociedad civil y que por consiguiente es natural que estudie y enseñe principalmente el derecho de esa sociedad civil, pero dado que ha habido influencias recíprocas entre ambos, para conocer bien la historia del derecho civil es necesario conocer el derecho canónico, pues ambas sociedades, la Iglesia y su derecho canónico y el Estado y su derecho civil, son dos sociedades que desde la fundación de la primera han tenido una historia entrelazada, ya que sus integrantes han sido y son, parcialmente al menos, los mismos para ambas.

Pero la división más importante del derecho para su enseñanza en una Facultad de Derecho es la división entre derecho público y derecho privado.

El derecho público es aquel que dispone cual debe ser la estructura del estado en sus instituciones necesarias para el bien común, como también los derechos y deberes recíprocos entre la autoridad y los súbditos, con otras palabras, es el derecho que tiene como objetivo principal el bien común. A su vez, el derecho público es divisible en derecho constitucional, derecho administrativo, derecho judicial u orgánico de tribunales, derecho penal, derecho procesal penal, derecho tributario, derecho económico y tal vez algún otro que se me escape.

El derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares; con otras palabras, es aquel que tiene como objetivo principal el bien privado o de los particulares de la sociedad y de los derechos y deberes recíprocos. A su vez, el derecho privado es divisible en derecho civil, derecho comercial, derecho de minería, derecho procesal civil, derecho aéreo y algún otro que no tenga presente al momento de escribir estas líneas.

Como a mi juicio no es posible enseñar la historia de ambos derechos, el público y el privado, por la riqueza temática en amplitud y profundidad, por la prolongada existencia de uno y de otro y, por último, porque no es prudente dedicarle a este saber un tiempo excesivo o desproporcionado al que se le da a otros saberes jurídicos de carácter actual, que de hacerlo perjudica el aprecio que los alumnos pudiesen tener a esta asignatura, pienso que en el plan de estudios de nuestra Facultad debería establecerse que la Historia del Derecho que se enseña bajo este título se refiera a la Historia del Derecho Público y que la Historia del Derecho Privado, en el cual ciertamente el Derecho Romano ocupa un lugar preponderante, casi exclusivo, formulado o establecido no solo por los juristas de estirpe romana o del estado romano, sino que también por autores posteriores, que pertenecen a la cultura jurídica romana en cuanto al derecho privado.

Además, como el contenido de la asignatura de Historia del Derecho Público es muy rico de amplitud temporal, pues comprende desde el siglo VIII A.C. hasta el término de la vigencia de nuestra constitución de 1925, esto es, 1973, por consiguiente 2.700 años, pienso que de las distintas ramas del derecho que lo integran, debe dársele preferencia, si no exclusividad, a la Historia del Derecho Constitucional, por ser este derecho el más importante, por ser el fundante de todos los demás derechos y que nos muestra la historia de las distintas sociedades civiles de nuestro pasado.

Con respecto al contenido de esta asignatura, pienso que debiera incluir, por ser ella la historia de las diferentes sociedades civiles de nuestro pasado, la ubicación geográfica y la naturaleza del territorio que ocupan los sujetos de derechos y de deberes; las características de sus habitantes, con sus orígenes territorial y racial; su distribución geográfica y asentamiento en el territorio que ocupan; sus características físicas y psicológicas o morales; sus creencias religiosas, que tanto influyen en el derecho; sus ideales sobre el hombre y la sociedad, que están en el fundamento histórico del derecho, ya que este es el efecto de aquellos, las relaciones entre la autoridad civil con la autoridad religiosa y sus influencias recíprocas; por último y como partes centrales de este curso, está el estudio de las doctrinas generales del derecho, de sus fuentes, autores y obras y de las doctrinas e instituciones jurídicas, como también y de manera especial porque es lo medular de esta asignatura, el estudio de la historia del derecho constitucional de las distintas sociedades de nuestro pasado, de sus fuentes, autores y obras de doctrina política e instituciones políticas, que son la autoridad y la comunidad o súbditos, en los niveles principales que son el central o superior, el provincial y el local o municipal.

De las instituciones jurídicas, entendiéndose por tales leyes, recopilaciones de leyes y códigos y otras normas de derecho incluíbles en las señaladas, tales como edictos, senado-consultas, constituciones imperiales, rescriptos, cartas de población, fueros, pragmáticas y otros, solo deben estudiarse en tanto cuanto contengan normas de derecho constitucional, dejando para la cátedra de Historia del Derecho Privado el estudio de las normas de este derecho.

Para terminar con el contenido del programa de esta asignatura, según mi parecer, debe incorporarse dos capítulos fundamentales, que son, el primero, el legado de cada período histórico y el segundo, las causas que producen el cambio de un período histórico a otro, que son los dos últimos capítulos de cada período histórico, con cuyo conocimiento es posible comprender todo el proceso histórico.