

LA RELECTURA HISTÓRICA DE LA TRADICIÓN JURÍDICA

Esteban F. Llamosas

I. Rasgos de la historia jurídica clásica: desarmando el último capítulo de la novela

La historia del derecho, disciplina deudora de las concepciones románticas y positivistas decimonónicas, fue llamada a nuestras facultades para garantizar una imagen de lo jurídico construida sobre la ley y el Estado. Las primeras cátedras de fines del siglo XIX, sus primeros especialistas, hijos de un tiempo en que leyes, códigos y constituciones parecían haber remitido la tradición jurídica al pasado para diseñar una estatalidad racional y sistemática, se ocuparon de difundir una disciplina sujeta a este triunfo, a fin de avalarlo teóricamente presentando la historia como mero antecedente o simple anticipación. Pero la historia, en el derecho, nunca es pasado.

Si el derecho ya era la ley, si todo el orden político reconducía al Estado, la historia jurídica debía proteger esta concepción devaluando aquello que en el pasado fuera costumbre, doctrina o arbitrio de los jueces; sesgando la potencia de un orden político plural y compartido; y minimizando a metáfora las fuentes religiosas y domésticas que disciplinaban la vida en común. Así la historia, aparentemente condecorada por su ingreso disciplinar a las facultades jurídicas, venía en todo caso a prestar servicio al derecho vigente, mirando lo que este pretendía que mirara, y obviando aquellos datos que podían discutir la idea de la estatalidad como una lenta preparación de la racionalidad jurídica.

Evidentemente, esos primeros juristas que indagaron el pasado del derecho, no fueron culpables de mirar como miraron, retroproyectando las categorías del presente. Tampoco lo serían sus discípulos, modelados todos por una cultura jurídica normativista, compartida y dominante. Pero la consecuencia, inevitable, fue el desarrollo de una historiografía jurídica argentina (como la americana y europea) que durante muchos años explicó nuestro pasado jurídico en términos lineales, evolutivos, anticipatorios y legitimadores.

Cierta función conservadora de la disciplina ya podía rastrearse en la primera mitad del siglo XIX, por el influjo de la Escuela Histórica alemana, variante jurídica del romanticismo en boga. Savigny y sus seguidores, preocupados por alejar la tentación generalizadora y abstracta de los códigos y el racionalismo, determinaron que el verdadero derecho era una obra colectiva y popular, sedimentada en las viejas prácticas y tradiciones, y debía ser buscado por los juristas en el “espíritu del pueblo”. El derecho, anclado así en las costumbres, en la “peculiaridad local”, asumía un fuerte carácter identitario y permitía el rechazo a cualquier novedad legislativa por extraña o antinacional (Hespanha, 2002, p.17)

Por otra parte, el positivismo, ya causalista, ya legal, terminó por definir la función conservadora de la historia del derecho, fortaleciendo la idea de un orden jurídico que se venía preparando lentamente desde un pasado rústico hacia un presente civilizado. En primer lugar, las variantes causalistas entendieron que el derecho antiguo arribaba, como consecuencia inevitable, al derecho del presente. Que aquel era su causa, su antecedente. Así podía pensarse en un desarrollo lineal y evolutivo de doctrinas, leyes e instituciones,

que poco a poco se enmendaban y perfeccionaban dejando atrás sus rasgos menos racionales. El derecho tenía así un objetivo predefinido, una orientación establecida, un plan de acción que lo conducía de un pasado desordenado, plural y desigual, a la seguridad del sistema y la abstracción igualadora. Era así, todo el pasado, una anticipación del presente (Hespanha, 2002, p.19)

El problema de la historia jurídica, entonces, fue que para celebrar su legitimación disciplinar y su ingreso a las facultades de derecho, tuvo que desalojar a la historia y remitirla al pasado como dato anecdótico o preparatorio. Tuvo que “olvidar” que aún el derecho vigente, el de códigos y constituciones, está preñado de historia y que el tiempo lo constituye inevitablemente. El tiempo es inherente al derecho (Caroni, 2014, p.73), pero no sólo al antiguo, sino también al nuestro, aunque lo pretendamos fruto de la racionalidad estatal.

Muchas veces, en defensa de la especificidad de la disciplina, se ha acusado al jurista dogmático que incorpora algún capítulo histórico en sus tratados o manuales, de falta de sensibilidad hacia el pasado y de analizarlo bajo las categorías conceptuales del presente. La acusación, que suele llevar razón, en todo caso dice más de los historiadores del derecho que de los civilistas o penalistas, ya que también aquellos han recurrido a estas asociaciones, con el agravante de su especialidad. En todo caso, no han sabido transferir a sus colegas una percepción del pasado jurídico menos legalista.

Un simple recorrido por los manuales al uso en nuestras facultades puede servir de ejemplo, con dos tópicos muy extendidos: la idea de “antecedentes históricos” y la de “evolución de las instituciones jurídicas”. La primera responde a la creencia ya explicitada de un pasado que es causa del presente; la segunda cristaliza el derecho actual, erigido como última escala del desarrollo jurídico.

En la obra de G. Borda, antes de la sanción del matrimonio igualitario (Ley 26618), encontramos un ejemplo claro de la idea evolutiva del derecho, siempre funcional a la legitimación sin crítica del ordenamiento vigente. El autor traza una evolución histórica del matrimonio para explicar que este “ha ido sufriendo a través de los tiempos un largo proceso evolutivo hacia su perfeccionamiento y dignificación” (Borda, 1993, p.45). El procedimiento es explícito, el matrimonio de ese momento era la cumbre de un lento avance desde la oscuridad hacia la luz, desde unas formas bárbaras hasta las más civilizadas. Ese matrimonio se había venido preparando durante siglos, dejando atrás las formas “repugnantes” de la poliandria o la poligamia, hasta alcanzar por fin la monogamia y moralizarse y dignificarse con el cristianismo.

Esta noción evolutiva suele ser un tópico frecuente en los manuales de derecho de familia (en verdad, en casi todos los manuales de la dogmática jurídica que presentan “antecedentes históricos”), incluso en aquellos que sostienen posturas con mayores matices. Basta ver la primera página del texto de Bossert y Zannoni para encontrar este título, “*La familia: Evolución*”. Estos autores parecen tener claras las diferencias entre las etapas históricas y la existencia de “preconceptos o motivaciones ideológicas” para explicarlas, pero caen en la tentación (a veces inconsciente) de adherir a la noción evolutiva con todo lo que ella implica. Así, “la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas...”

(Bossert - Zannoni, 2005, p.3). También A. Belluscio plantea las cosas en estos términos, y escribe que “la pequeña familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial” y que su función primordial es “la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual entre sus integrantes” (Belluscio, 2004, p.16)

De todos modos, como advertimos, sería injusto caer sobre la dogmática, cuando muchos cultivadores de la propia historia jurídica, formados en el mismo modelo cultural, participan de una visión bastante similar del pasado. R. Zorraquín Becú, uno de los principales referentes de la escuela argentina, en su manual de 1969 dedicado a la formación de los estudiantes, aunque explicita la necesidad de contextualizar y observar las fuentes materiales, escribe que “ha surgido así –en tiempos relativamente modernos- una nueva disciplina destinada a investigar los sistemas jurídicos del pasado y su evolución respectiva” (Zorraquín Becú, 1992, p.21), y que la historia “permite superar la contemplación estática de las normas vigentes para ofrecer un panorama completo de las doctrinas y de las realidades que han contribuido a su elaboración y a sus transformaciones” (Zorraquín Becú, 1992, p.24)

Hallamos otra muestra de esta posición, claramente un rasgo historiográfico de época y no una falencia individual de los historiadores, en el *Manual de Historia del Derecho Argentino* de A. Levaggi, uno de los ineludibles referentes actuales de la especialidad. En la obra, publicada por primera vez en 1986, afirma que “la historia del derecho estudia el desarrollo del derecho a través del tiempo” y que “la naturaleza histórica de la disciplina (dinámica y no estática), le exige mostrar y explicar el desenvolvimiento del Derecho, por épocas sucesivas, hasta el presente, con sus constantes y sus transformaciones” (Levaggi, 1991, p.9) Para justificar la necesidad del estudio histórico del derecho, escribe que “entendiendo por saber científico el conocimiento de las cosas, no en sí mismas, sino por sus causas o antecedentes, un conocimiento causal y razonado del derecho requiere, necesariamente, el estudio de su desarrollo histórico, hasta desembocar en la situación actual” (Levaggi, 1991, p.4) Su postura teórica se ratifica con la utilización de una metáfora que da cuenta del modo en que considera al derecho actual y su historia. Relacionando el derecho vigente con el capítulo final de una novela, es decir, con una culminación, una llegada, explica que “su sola lectura puede satisfacer nuestra curiosidad acerca del desenlace, pero nos deja en la ignorancia del por qué, que resulta de la trama completa de la obra” (Levaggi, 1991, p.4) Está claro, entonces, que los capítulos precedentes han preparado el final, que inevitablemente debían desembocar en él, y que sin el desenlace, no tendrían sentido.

El objetivo de estas breves páginas es señalar que nuestro derecho no constituye ninguna meta prevista de antemano, ninguna anticipación, sino una de varias posibilidades aleatorias fruto de relecturas, tensiones e intereses en disputa, y que si alguien pretende conocer el derecho del pasado, una historia del derecho propiamente dicha, debería observar, en su propio contexto pero autónomo, cada uno de los capítulos previos de esa novela imaginaria sin esperar que conduzcan a ningún final preestablecido.

II. El uso del argumento histórico en el debate jurídico

No nos preocuparía tanto la discusión metodológica, y la crítica a esta versión evolutiva y estatalizada de la historia del derecho, si no trajera consecuencias en el debate público del presente. El modo en que la disciplina se comprende y practica, la manera en que se enseña y difunde desde las facultades, no resulta inocuo como proveedor de argumentos o críticas al derecho y las instituciones vigentes.

Además, sobre estas miradas del pasado teñidas de actualidad, suele sobrevolar otro riesgo, el uso de un recurso frecuente para justificar la resistencia al cambio: la “aparente intemporalidad de los dogmas” (Caroni, 2014, p.64) y de algunas instituciones, ya por provenir de la tradición, ya por derivar de la naturaleza. Aquí ya podemos hallar otros argumentos de autoridad, como la sabiduría del tiempo que avala por repetición, y la sabiduría de un orden natural indisponible, en el que las cosas vienen otorgadas de antemano. Generalmente, la utilización de estas “razones históricas” en el debate jurídico no tiene más pretensión que demorar o evitar el cambio legislativo, convirtiéndose así en razones conservadoras.

En julio de 2010, luego de un largo y encendido debate público, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la ley 26.618 modificando algunos artículos del Código Civil. Entre sus cambios más importantes figuraba el reemplazo del art. 172, que en su segundo párrafo quedó redactado así: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. En el debate, naturaleza, religión e historia fueron esgrimidas, con mayor o menor lucidez, para oponerse al cambio legislativo que irremediamente se produjo. Estos argumentos suelen desempolvarse cuando se ponen en juego convicciones sociales profundas, vinculadas a largas y arraigadas tradiciones culturales o religiosas, como las ideas de familia, sexualidad o filiación. Cabe preguntarse, ¿sirven como instrumentos de legitimación de nuestras instituciones actuales?, ¿pueden utilizarse sin más como argumentos de autoridad y a partir de allí fundar un discurso?

Uno de los argumentos más repetidos para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, podría resumirse en las palabras del arzobispo de Buenos Aires, leídas en la marcha de los opositores al proyecto el día previo a su debate en el Senado: “El matrimonio precede al Estado, es anterior a toda legislación y a la misma Iglesia” (Diario Clarín, 14/7/2010) En el mismo sentido, el arzobispo de Córdoba expresó: “Espero que el de mañana sea un debate adecuado a la seriedad del tema, a favor del matrimonio entre hombre y mujer. Es mi deseo más profundo, como el de la multitud que está aquí. El matrimonio y la familia son bienes inalterables” (Diario La Voz del Interior, 14/7/2010) Este tipo de expresiones podrían acompañarse por muchas otras de tono similar. Basta revisar los diarios de julio de 2010: “Creemos que la familia es una institución natural, no cultural”, o “la familia es creación de Dios” (Diario Clarín, 14/7/2010), son algunos ejemplos de lo que puede encontrarse.

¿Qué se quiere decir cuándo se dice que la familia es anterior al Estado o que el matrimonio es un bien inalterable?, ¿qué significa que sea una institución natural? ¿quiere decir que la familia está allí desde siempre, que no ha cambiado nunca, que brota de la naturaleza?, ¿significa que el matrimonio sólo cumple una función procreativa garantizada por la diversidad de sexos?

Estas afirmaciones parten de la confianza en un orden natural superior, trascendente a los hombres y permanente en el tiempo, del cual se derivan las instituciones humanas, que así se vuelven indisponibles y ajenas a la voluntad del legislador. Esta lógica argumentativa impone que cualquier disposición contraria al “orden natural” se convierta en “desviación antinatural”, “desorden”, y por lo tanto sea inadmisibles.

Este tipo de pensamiento presenta al historiador del derecho un grave conflicto metodológico, porque implica disolver los contextos culturales que determinan el derecho, para suponerlo mandato natural o traducción de un orden preexistente. ¿Así pensamos el derecho de hoy?, ¿ese es el consenso que funda nuestras instituciones jurídicas? Parece claro que lo fue durante mucho tiempo, que el derecho del llamado Antiguo Régimen se basaba en estas pautas, mediado tanto por juristas como por teólogos. ¿Nada ha cambiado?, ¿qué tipo de familia se defiende con estos argumentos?, ¿cuál es esa familia, proveniente de la naturaleza, previa al Estado, que se habría conservado inalterable y hoy no podríamos modificar?, ¿es la familia romana (para buscar alguna en las raíces de nuestra tradición jurídica) bajo la autoridad del *paterfamilias*?, ¿es esa familia que abarcaba lazos sanguíneos y civiles, que incluía también el patrimonio de una persona y sus esclavos? (Argüello, 1984, p.364), ¿es la familia del derecho castellano-indiano, derivada de la romana, con una patria potestad paterna perpetua sobre los hijos legítimos, no ejercida nunca por la madre, ni siquiera ante la muerte del padre?

¿Y el matrimonio?, ¿cuál se defiende como natural? El de varón y mujer, está claro. ¿Pero unidos de qué forma, bajo qué condiciones?, ¿el matrimonio del derecho clásico romano, probado por la *maritalis affectio* (intención de permanecer unidos) y el *honor matrimonii* (aparición conyugal honorable), con amplias posibilidades de divorcio?, ¿o el elevado a la dignidad de sacramento por la Iglesia Católica, con vínculo indisoluble, cuyas formalidades fueron definidas por el concilio contrarreformista de Trento y luego asumidas por la Monarquía española por real cédula de Felipe II?, ¿será el anterior a Trento, cuando la unión carnal de los que habían celebrado esponsales los convertía de inmediato en esposos?, ¿o será el que requería, bajo pena de desheredación, el consentimiento paterno hasta los veinticinco años, como mandaba la pragmática de 1776 de Carlos III?

Parecería que quienes sostienen estos argumentos desean regresar a unos míticos “tiempos dorados” en que un orden superior fijaba las pautas de comportamiento, la sociedad era jerárquica y corporativa, no había noción de individuo y cada cosa (y cada uno) ocupaba “naturalmente” su lugar.

Posiciones de este tipo fueron muchas veces avaladas por la historia jurídica, que asimiló la idea de la existencia de un derecho tradicional, natural o nacional y pretendió constatarlo en el pasado, obrando así como una disciplina legitimadora del derecho establecido y reactiva al cambio. Como hemos visto, el argumento fue elaborado por la Escuela Histórica del Derecho en la Alemania del siglo XIX, que con su propuesta de “revelar” el derecho tradicional, “depositado” en las tradiciones culturales de la Nación, intentaba poner un dique a los embates del racionalismo universalista. Esta postura fue recuperada después por el pensamiento conservador, para defenderse de las modificaciones jurídicas en nombre de “valores nacionales imperecederos” (Hespanha, 2002, p.17). La trampa (a veces evidente, a veces imperceptible) de este tipo de corrientes, es que el historiador, más que revelar ese “orden nacional o natural”, lo creaba en base a sus propios preconceptos culturales.

Cierto es que “familia” o “matrimonio” son palabras que existen desde hace mucho tiempo en el mundo jurídico, pero han pervivido “con rupturas decisivas en su significado semántico” (Hespanha, 2002, p.18). El valor de una misma palabra cambia según los

diferentes contextos en que se utiliza, lo que vuelve indispensable, para comprenderlo, el recurso a una historia de los conceptos.

Podemos encontrar múltiples ejemplos de estos avales “históricos” para el derecho y las instituciones. En 1996, en un ensayo destinado a demostrar que las Fuerzas Armadas chilenas eran una de las instituciones matrices del Estado de derecho y que a partir de 1924 funcionaban como garantes de la institucionalidad, B. Bravo Lira argumentó que “el Estado de derecho no se improvisa ni se importa de fuera. O se forja con el país mismo o es tan sólo una fachada sobrepuesta al país real..., el Estado de derecho es en Chile una realidad con casi medio milenio de existencia, que descansa sobre bases permanentes, como son las instituciones, y no sobre el frágil articulado de una constitución, sujeto a los vaivenes de mayorías ocasionales” (Bravo Lira, 1996, p.197) Estas razones resultan muy interesantes, ya que provienen de un especialista, de un historiador del derecho, que fundado en el historicismo que atribuye permanencia y estabilidad a las instituciones por provenir de la propia identidad nacional, devalúa así la importancia del constitucionalismo. Para resaltar el rol de las Fuerzas Armadas en el proceso político chileno, tal su intención explícita, las vincula por vía histórica a una verdadera institucionalidad forjada en las peculiaridades de la nación. Frente a la “endeble fuerza” de la voluntad general, pactada y representada en asambleas constituyentes, opone la vieja seguridad del tiempo y de las prácticas de la nación, ajenas a los caprichos de los individuos.

III. Discontinuidad, contextualización y localización para una historia jurídica diferente. Una historia que contemple los fracasos

Frente a estos posibles relatos del pasado que la Historia del Derecho ha planteado, que han brindado argumentos tanto a juristas como a historiadores en el debate público, y que todavía dominan (aunque cada vez más impugnados) la enseñanza de nuestras universidades, se deben oponer las propuestas metódicas de una historia jurídica diferente. Una Historia del Derecho crítica, que aunque más reciente, ya cuenta con cierto recorrido. Asumiendo claves de interpretación provenientes de la antropología jurídica, la sociología, la teoría crítica del derecho, la *École des Annales*, y a veces del mismo campo jurídico conservador que pretendía desmitificar el triunfo político del Estado liberal, una nueva Historia del Derecho comenzó a desligar del presente el análisis del pasado. Lo hizo, lo hace, recuperando la rica pluralidad del orden político de Antiguo Régimen frente al rastreo retrospectivo de la estatalidad (Hespanha, 1986); considerando en serio las fuentes religiosas, teológicas y morales del pasado, que al dejar de leerse como metáfora o mera literatura, dan cuenta de una sociedad con una cosmovisión trascendente, disciplinada antes por esos órdenes que por el derecho (Clavero, 1984); reconsiderando las nociones de continuidad jurídica y evolución progresiva, reemplazándolas por un análisis que contemple las rupturas, brechas y discontinuidades institucionales; recurriendo al aporte de la historia de los conceptos, para no desconocer que más allá del “valor facial” de las palabras los significados cambian, y por ende lo hacen las instituciones y figuras jurídicas que ellas nombran (Benigno, 2013); localizando el derecho en un tiempo y espacio determinados para evitar generalizaciones improcedentes; y desmontando críticamente las categorías atemporales construidas por el historicismo, develando la operación del jurista

que al intentar detectar el derecho verdadero hundido en el alma de la nación, no hacía más que atribuir a ésta su propia visión cultural del pasado.

No pretendo, ni mucho menos, someter a juicio a los historiadores del derecho que actuaron bajo este paradigma historiográfico, ya que derivaba de unas nociones sobre lo jurídico ampliamente compartidas. Por otra parte, muchos tuvieron la perspicacia y la sensibilidad, aún dentro de sus esquemas conceptuales, de alejar la mirada de la norma y extenderla hacia la sociedad, la cultura, la política y la economía, tratando de observar el pasado en sus múltiples dimensiones. Y muchos trabajaron con un rigor documental digno de elogio.

De todas maneras, en el estado actual de conocimiento de la disciplina, ya sería más difícil aceptar la vieja mirada legalista y estatal, obviando el aporte de la historia jurídica crítica. Esta nueva mirada acepta con mayor naturalidad la relación con las otras historias (social, económica, política) que revelan la conexión de lo jurídico con la sociedad; asume la discontinuidad de los procesos históricos, lo que exige estudiar los períodos con mayor autonomía, prestando especial atención a los fracasos y proyectos inconclusos. “También los errores tienen su historia” (Caroni, 2014, p. 131) y suelen resultar más instructivos sobre la cultura de una época que sus propios aciertos. Una historia jurídica de los fracasos nos aleja de la linealidad para presentarnos el derecho con sus avances y repliegues.

La nueva mirada exige además una fuerte contextualización temporal y cultural para alejar la tentación de atribuir al pasado nuestras convicciones y categorías, evitando las comparaciones entre tiempos diferentes; y comprende que la investigación jurídica debe estar preferentemente “localizada” en un espacio determinado, a fin de analizar allí las refracciones de ideas y las relecturas llevadas a cabo por los operadores del derecho.

Con estos recaudos logramos dos objetivos. Por un lado evitamos la consideración acrítica del derecho presente, despojado ya de su título de último escalón de la racionalidad. Lo suprimimos como último capítulo del libro para dejar el final siembre abierto. Por el otro, comprendemos mejor el derecho del pasado al desvincularlo del lazo que inexorablemente lo presentaba como preparación del actual.

Bajo esta luz, la riqueza y los matices del pasado jurídico emergen sin la contaminación del presente y cobran nuevo sentido. Ya muchos historiadores del derecho han comenzado a plasmar este programa en sus investigaciones, con lo que tenemos sobrados ejemplos del nuevo modelo historiográfico.

Así, al cuestionar el triunfo del paradigma legalista y estatal, podemos rever el rol de la ilustración racionalista del siglo XVIII, considerada siempre la corriente que produjo el quiebre cultural que derivó en constituciones y códigos. A ese pretendido universalismo iluminista que incorporó la idea de individuo, de sujeto de derechos, de contrato social para fundar el poder, puede oponerse la pervivencia, incluso no tan larvada, del viejo orden social colectivo y de las corporaciones. El nuevo orden liberal, construido con relecturas y reelaboraciones de tradiciones de Antiguo Régimen, pierde así su sentido inaugural y fundante.

Quienes han investigado en profundidad la codificación, no han observado sólo la ruptura que implicó la noción de sujeto jurídico único para lograr componer textos breves, claros y abstractos, sino también el revés de la trama, esto es, la ficción de la igualdad declamada en una sociedad todavía plagada de desigualdades, que el discurso jurídico escondía en las incapacidades para actuar (Tarello, 1995). Sin dejar de observar lo visible (la igualdad formal declamada en el código) debe entenderse que esto presupone lo invisible (la desigualdad material persistente) (Caroni, 2014, p.71) Por otra parte, los estudios más recientes sobre el constitucionalismo atlántico revelan, desde Cádiz a Hispanoamérica, la

fuerte carga antigua de los textos compuestos a comienzos del siglo XIX, que con habilidad y eclecticismo mixturaban principios modernos con instituciones tradicionales (Garriga - Lorente, 2007) (Lorente - Portillo Valdés, 2011)

La misma concepción del poder político ha sido revisitada, gracias a la recuperación historiográfica de la *iurisdictio* (Costa, 1969), entendida como potestad pública para “declarar el derecho y establecer la equidad”, que explica cualquier acto legítimo de ejercicio del poder como la explicitación de un orden preconcebido y dependiente de una noción de justicia trascendental (Vallejo, 1998, pp. 37-42). La idea que teníamos de las leyes de Antiguo Régimen también se ha visto alterada por esta recuperación y por los aportes de la historia conceptual. Ya no se puede pensar en términos estatales y suponer las leyes antiguas como el producto voluntario de la actividad normativa de un centro político. La ley, antes que acto creativo, para la cultura jurídica de Antiguo Régimen era manifestación, interpretación, traducción humana de un orden superior, por natural y divino. Los desplazamientos del concepto ayudan a comprender mejor los cambios culturales y políticos que permiten pasar de una noción a otra (Agüero, 2007) Y la justicia, virtud social por excelencia en ese orden jurídico, ya no podrá comprenderse como la aplicación de leyes, sino como una actividad restauradora de equilibrios, de una armonía natural afectada. El buen juez, más que un letrado conocedor de leyes escritas, más que un técnico, deberá ser un hombre prudente, piadoso y paciente, un buen cristiano temeroso de Dios, que pueda interpretar y volver visibles las reglas de ese orden natural que lo regía todo (Vallejo, 1998, p. 35)

Esta mirada al pasado requiere la precomprensión religiosa de la sociedad (europea, americana) donde se localizaba el derecho. Esto implica, necesariamente, rastrear la disciplina social en fuentes que consideramos alejadas del derecho, como un tratado teológico, un manual de confesores o una oración fúnebre. Es decir, buscar el derecho en sedes donde hoy, por el triunfo del legalismo, no se nos ocurriría buscarlo. Puede resultar incómodo, puede alejar al historiador más clásico de las fuentes que maneja con mayor solvencia, pero no hay otra manera, para entender esa sociedad que se ordenaba y disciplinaba primero por la religión católica que por las leyes humanas, que recurrir a ellas para conocer las claves culturales que regulaban la vida en común (Clavero, 1984). La posesión de esas claves, la observación del pasado en términos de cultura jurídica, evitará forzadas comparaciones con el presente y la tentación de argumentar históricamente sin matices cuando se pretenda defender o atacar instituciones actuales. Valga de ejemplo el castigo del aborto, amparado hoy en el derecho a la vida y en ocasiones justificado en una antigua tradición punitiva. Sin embargo, en la sociedad castellano-indiana que nos precedió, si el aborto se castigaba no era por tutelar la vida, que no figuraba en la primera línea de la protección jurídica, sino por proteger el alma. Si el feto no estaba animado, si no había alma, no había castigo. La determinación del momento en que Dios insuflaba el alma al cuerpo, por supuesto, era materia de la teología (Clavero, 1990, pp. 83-84). La diferencia de escalas en los bienes protegidos es muy grande, pero sólo el conocimiento de aquella cultura jurídica puede volverla visible y ahorrarnos forzadas comparaciones entre épocas.

IV. La relectura de la tradición jurídica. El archivo y la biblioteca

Este afán por contextualizar y relativizar, no supone desconocer que los juristas trabajamos con unos materiales constantemente atravesados por la tradición. Así como es

discontinuidad y brecha, el derecho también es larga tradición de instituciones, doctrinas y leyes. El desafío para el historiador del derecho que pretenda comprender el pasado y juzgar bien el presente, será justamente cómo tratarla. Si lo hace como mera reiteración acumulativa de conocimientos, o como depósito intemporal de soluciones jurídicas disponibles, devaluará su importancia y minimizará su riqueza; si lo hace comprendiendo que cada época relea y reelabora la tradición jurídica, pasado y presente emergerán con nuevo brillo. El tiempo “transcurre y cambia” el derecho, inclusive el actual, y no se debe “ocultarlo invocando continuidades imaginarias y consoladoras” (Caroni, 2014, p.208)

Los juristas de cada tiempo encontramos en la larga tradición jurídica (en nuestro caso, romana, castellana e indiana), un precioso instrumental que traducimos y contextualizamos al servicio de nuestro presente. Cada cultura jurídica, así, reactualiza la tradición y le brinda nuevos sentidos (Hespanha, 2002, p.25)

A los fines de esa relectura contribuye decisivamente el aporte teórico de la historia conceptual. A través de ella, tomamos conciencia de la contingencia del lenguaje y de la gestación histórica de los conceptos. El valor de las palabras muta, sus representaciones se desplazan. Los cambios culturales varían los significados y dejamos de nombrar lo mismo aunque utilicemos idénticos términos. Desde el denominado “giro lingüístico”, los análisis conceptuales de Pocock y Skinner, hasta la investigación histórico-conceptual de Koselleck, reconocemos que a través de los “deslizamientos de significado, el nacimiento de nuevas palabras, la transformación de términos en uso, es posible captar las transformaciones, sobre todo las epocales” (Benigno, 2013, p.35)

El historiador del derecho y el jurista deben saber que al escribir ley, familia, república, pueblos, poder, matrimonio y estado, por tomar algunas palabras de arraigada tradición jurídica, están refiriendo a un campo de significación bien diferente al de otros tiempos.

La historia que proponemos, en última instancia, será una historia de las culturas jurídicas, que nos permita asumir el complejo entramado de valores simbólicos, cosmovisiones, relecturas del pasado, doctrinas, instituciones y leyes que conforman el derecho de un período determinado. Para esa tarea, además de la fatigosa exploración de los archivos que manifiestan la reiteración de los casos particulares, habrá que recurrir a la literatura jurídica, teológica y moral del pasado, que nos brinda las claves para comprenderlos. Como expresó en forma magistral uno de los referentes de esta nueva historia, será la *bibliotheca*, antes que el archivo, la que nos permita comprender mejor el derecho del pasado (Clavero, 1993-1994, p.111)

Bibliografía:

- Agüero, Alejandro (2007), “Historia del derecho y categorías jurídicas. Un ejercicio de crítica conceptual”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.16, 2007-II, pp. 135-144.
- Belluscio, Augusto César (2004), *Manual de derecho de familia*, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires (Primera edición: Buenos Aires, 1974)
- Benigno, Francesco (2013), *Las palabras del tiempo. Un ideario para pensar históricamente*, Ediciones Cátedra, Madrid.
- Borda, Guillermo A. (1993), *Tratado de Derecho Civil – Familia*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- Bossert, Gustavo – Zannoni, Eduardo (2005), *Manual de derecho de familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires (Primera edición: Buenos Aires, 1988)
- Bravo Lira, Bernardino (1996), “Ejército y estado de derecho en Chile (siglos XVI al XX)”, *Estudios Públicos*, 61, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, pp. 197-268.
- Caroni, Pio (2014), *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Universidad Carlos III, Madrid (Primera edición: Basel-Genf-München, 2005)
- Clavero, Bartolomé (1984), “Religión y derecho. Mentalidades y paradigmas”, *Historia. Instituciones. Documentos 11*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 67-92.
- Clavero, Bartolomé (1990), “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”, en F. Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Universidad, Madrid, pp. 57-89.
- Clavero, Bartolomé (1993-1994), “Beati dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXIII-LXIV, Madrid, pp. 7-131.
- Costa, Pietro (1969), *Iurisdictio. Semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milán.
- Garriga, Carlos - Lorente, Marta (2007), *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hespanha, Antonio Manuel (1986), “A historiografía jurídico-institucional e a ‘morte do Estado’”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, Madrid, pp. 191-227.
- Hespanha, Antonio Manuel (2002), *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid (Primera edición: Lisboa, 1997)
- Levaggi, Abelardo (1991), *Manual de Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Depalma, Buenos Aires (Primera edición: Buenos Aires, 1986)
- Lorente, Marta - Portillo Valdés, José María (dirs) (2011), *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Colección “Bicentenario de las Cortes de Cádiz”, Cortes Generales, Madrid.
- Tarello, Giovanni (1995), *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de cultura económica, México (Primera edición: Bolonia, 1988)
- Vallejo, Jesús (1998), “Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, pp. 19-46.
- Zorraquín Becú, Ricardo (1992), *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires (Primera edición: Buenos Aires, 1969)

CV DEL AUTOR

Esteban F. Llamosas es Investigador Independiente de CONICET, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, y Profesor Adjunto de “Historia del Derecho Argentino” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Sus líneas de investigación se refieren a la historia de la literatura jurídica y la enseñanza universitaria en la Córdoba de los siglos XVIII y XIX.