

FILOSOFÍA DEL DERECHO E HISTORIA DEL DERECHO: ESPACIOS PARA EL ENCUENTRO*

ANDRÉS BOTERO BERNAL
Universidad de Medellín

RESUMEN

Este artículo expone diversos modelos de relación entre la historia del derecho y la filosofía del derecho. Empieza indagando si pueden encontrarse relaciones entre estas disciplinas jurídicas a partir de la conexión entre la filosofía y la historia generales. El texto continúa con la enunciación de varios modelos o enfoques, a la vez que deja en claro las particularidades de ambas disciplinas, especialmente en lo relativo al texto y al contexto jurídicos. Luego llama la atención sobre la interdisciplinariedad como una forma –más que contingente– de relación entre ambas disciplinas, sin desdibujar las particularidades disciplinarias de la iushistoria y la iusfilosofía. Afirmar, además, que, por motivos exógenos, los juristas latinoamericanos tienen mayor facilidad para asumir un modelo relacional interdisciplinario, que produciría, indefectiblemente, resultados diversos a los producidos en las investigaciones jurídicas regidas por los paradigmas disciplinarios.

Palabras clave: *Historia del derecho - filosofía del derecho - interdisciplinariedad - iushistoriosofía*

ABSTRACTS

This article describes various models of the relationship between the history of law and the philosophy of law. It begins exploring whether can be found relations between these legal disciplines from the connection between philosophy and history in general. The text continues with the enunciation of several models or approaches, and at the same time it makes clear the particularities of both disciplines, especially in regard to the legal text and context. Then it draws attention to the interdisciplinarity as a way, more than contingent- of relationship

* Resultado del proyecto de investigación *El Espacio Tiempo Vital de la Historia del Derecho en la América Latina Contemporánea*, realizado entre la Universidad de Medellín y el Instituto Tecnológico de Monterrey. El equipo de investigación estuvo integrado por el prof. Dr. Andrés Botero Bernal (Director del proyecto de investigación, Universidad de Medellín), el prof. Dr. José Ramón Narvaez Hernández (Instituto Tecnológico de Monterrey y Suprema Corte de Justicia, México), el abogado Daniel Zapata Rueda (Universidad de Medellín), la abogada Leyla Viviana Palacios Díaz (Universidad de Medellín), el abogado Julián García Ramírez (Universidad de Medellín), la estudiante de Derecho Érika Natassia Arroyave López (Universidad de Medellín), y el estudiante de Derecho Paulo Bernardo Arboleda Ramírez (Universidad de Medellín). Este trabajo se realizó gracias a las contribuciones de todos los miembros de este equipo. Así, en caso de encontrarse algún mérito a este escrito, debe considerarse que es un fruto colectivo.

between the two disciplines, without blurring the disciplinary particularities of the history of law and the philosophy of law. Furthermore, the author claims that, for exogenous reasons, the Latin American jurists are more willing to assume an interdisciplinary relational model, which would produce, inevitably, different results to those produced in the legal research governed by the disciplinary paradigms.

Key Words: *Legal history - philosophy of law - interdisciplinarity*

1. INTRODUCCIÓN

En su texto *Los puntos de vista: historia política e historia social*, Romero escribió:

“En *Juvenilia*, publicada en 1882, cuenta el novelista argentino Miguel Cané que un viejo condiscípulo fracasado justificaba su oscuro destino sosteniendo que, aunque tenía disposición para las matemáticas, su ignorancia de la historia le había impedido progresar. “Desengáñate, el que no sabe historia no hace camino”¹.

Con similar intención, pero referida a los complejos debates del derecho, este texto espera incursionar en las discusiones que se han tejido en torno a la epistemología de la historia del derecho, haciendo especial énfasis –por constituir ése su objetivo central– en la promoción de la memoria del derecho y, a su vez, la de la del jurista, a partir de la asunción de enfoques interdisciplinarios; todo ello en beneficio de la integridad y la coherencia tanto intra como extrasistemática de lo jurídico.

Para el desarrollo temático del texto, fue necesario, primeramente, elaborar un estado del arte de la historia del derecho, en especial de la hecha en Latinoamérica, en relación con su conexión con la filosofía del derecho, en tanto que este asunto -el de la conexión- es una fuerte inquietud disciplinaria y epistemológica frente a los estudios científicos que cada una desarrolla. Del mismo modo, en este escrito se tienen como referente las respuestas que algunos profesores de Derecho de Europa y América Latina proporcionaron a una encuesta que les fue formulada el 9 de febrero de 2006 con fundamento en dos enfoques (descriptivo y propositivo), respuestas que permitirán una conclusión más completa del eje temático consultado. Tanto el estado del arte como los resultados de la encuesta están recogidos en el informe final del proyecto de investigación *El espacio tiempo vital de la historia del derecho en la América Latina contemporánea*. Por brevedad, no serán incluidos en este trabajo.

La estructura del artículo inicia con una breve referencia a algunos paradigmas científicos de investigación (preliminares); continúa con una aproximación a la naturaleza epistémica de la historia y la filosofía desde una visión conjunta (historia y filosofía: una aproximación epistemológica); posteriormente, se hace una mención separada de algunos aspectos sustanciales que cualifican la filosofía del derecho y la historia del derecho, con el fin de relacionarlos, más adelante, a partir de un enfoque implicante que dará alguna solución al interrogante de las posibilidades de su “conexión disciplinaria” (filosofía del derecho e historia del derecho: una propuesta); finalmente, se elabora una conclusión que concentra la idea central desarrollada en el texto, expuesta, en este aparte, en forma más ordenada y, por tanto, sistemática.

Para terminar este acápite, no se puede dejar de agradecer los comentarios, las sugerencias, las correcciones y los esfuerzos a favor del presente texto del profesor Alfonso Ruiz Miguel

¹ ROMERO, Jose Luis, *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2001, p. 8.

(Universidad Autónoma de Madrid), de la profesora Andrea Macía Morillo (Universidad Autónoma de Madrid), del profesor Julián García (Universidad de Medellín) y de la estudiante en Derecho Érika Arroyave (Universidad de Medellín). Sin la ayuda de estas personas habría sido imposible la conclusión de esta empresa.

2. PRELIMINARES CONCEPTUALES

La confrontación disciplinaria entre la historia del derecho y la filosofía del derecho ha cruzado períodos de incertidumbre. La relación entre ambas, por tanto, debe inferirse a partir del análisis crítico de sus estructuras, de la reflexión en torno a su naturaleza y del análisis comparativo de sus características. Más aún, el interrogante por una forma de interacción conjunta (interdisciplinaria) puede a su vez asumirse desde muchos enfoques, que podrían resumirse en tres:

- i) el que señala que la conexión es necesaria, incluso sospecha de la diferenciación entre ambas;
- ii) el que establece que son disciplinas paralelas, esto es, que pueden observarse recíprocamente e, incluso, imitarse en ciertos aspectos, pero que no se cruzan;
- iii) el que considera que son disciplinas diferentes pero con posibilidades de conexión contingentes.

En este último caso, la unión entre la filosofía y la historia del derecho estaría marcada especialmente por “conexiones” epistemológicas que, sin desconocer la autonomía que identifica a ambos sectores dentro del saber jurídico, acepta formas de encuentro que se orientan por la premisa de la mayor plenitud temática; es decir, por el interés sistemático que subyace a completar algunos estudios de condición compleja (implicante), en cuya función se conjura el encuentro.

La asunción de alguno de los enfoques descritos como posibilidades que asisten el debate acerca de las relaciones entre iushistoria y filosofía del derecho, conlleva como necesidad antecedente la referencia a algunos modelos científicos² (paradigmas de investigación) que discuten no sólo la interacción disciplinaria, sino también los efectos y las consecuencias que subsiguen a la misma en el plano epistemológico. De esta forma, la fundamentación científica de alguna de las “tesis historiosóficas del derecho”³, prestará atención, según desde donde se mira, a un modelo fragmentario (disciplinario), interdisciplinario, multidisciplinario o transdisciplinario.

De conformidad con el primer modelo epistémico, cuya estructura aparece dirigida por pretensiones aislacionistas, las disciplinas fragmentadas⁴ representan esferas diferenciables

² Tal como lo advirtiera Kuhn (KUHN, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad. Agustín Contin. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000), la ciencia presenta paradigmas que terminan siendo criterios con los cuales se señala que una afirmación es cierta o errada. Estos paradigmas, pese a su capacidad de permanencia, están sometidos a la posibilidad de mutaciones, las cuales son denominadas como revoluciones científicas. Un análisis al respecto, aplicado al campo jurídico, en: BOTERO, Andres. “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, en: *Revista de Derecho*, N° 21, pp. 163-199. Facultad de Derecho, Universidad del Norte Barranquilla 2004.

³ Mediante este concepto se alude especialmente a los enfoques que parten de una relación necesaria entre la historia del derecho y la iusfilosofía.

⁴ Con Descartes se empiezan a vislumbrar las consecuencias de la fragmentación de la realidad. Esta fragmentación “llevó incluso a considerar como verídica la fragmentación del sujeto, siendo tanto la una como la otra estrategias de supervivencia dentro de un mundo complejo. Y esto no fue ajeno al derecho (...). Entonces la fragmentación, como cosmovisión, inunda no sólo los objetos de estudio sino también

unas de otras con caracteres y condiciones definidas. Por tanto, entre ellas median y deben seguir mediando algunos límites precisos que garanticen “puridad” e “individualidad” al desarrollo de la investigación científica. Se trata de un paradigma que afirma la totalidad desde la parcialidad, es decir,

“[I]mplica una concepción del mundo que considera que éste puede ser dividido en grupos selectos no sólo para ser estudiado sino para estudiar. Entonces la fragmentación, como cosmovisión, inunda no solo los objetos de estudio sino también a los estudiosos de los objetos. Se crean y cimientan los saberes como parcelas aisladas aunque en tenue comunicación”⁵.

Por otro lado, el enfoque interdisciplinario⁶ puede considerarse, en esencia, como una propuesta alternativa a los modelos tradicionales de investigación científica. En este caso, las disciplinas no sólo actúan, sino que, más aún, interactúan en continua correspondencia, en inquietante comunicación, en una profunda reciprocidad que admite cierta complejidad del objeto en estudio y del estudio del objeto mismo. De esta forma, la

“[I]nterdisciplinaria, bajo el esquema de la complejidad, se verifica finalmente en la transdisciplinaria, la cual supone, tal como se ha dicho, que las disciplinas interactúan entre sí, se interpenetran (término de Luhmann para quien un sistema en interpenetración es un sistema compuesto por partes de otros sistemas que influyen desde dentro y fuera), se complementan y así se logra una mirada compleja (de la que es capaz nuestro hipercomplejo sistema cerebral), de una realidad hipercompleja como lo es lo humana”⁷.

En correspondencia con el modelo precitado, la multidisciplinaria y la transdisciplinaria, de igual manera, fungen como paradigmas que integran la visión compleja de la investigación en su intento por superar la fragmentación del conocimiento moderna mediante la comunicación entre las disciplinas.

Sin embargo, es importante precisar que la transdisciplinaria, como escala superior en los contornos epistémicos, no sólo se expresa en los nexos disciplinarios, sino que, al mismo tiempo, lo hace en las relaciones intra y extradisciplinarias.

En este caso, frente a los desarrollos conjuntos entre historia del derecho y filosofía del derecho, se asumirá la complejidad de sus relaciones como razón explicativa de las mismas, al margen del modelo fragmentario o tradicional, muy criticado por la epistemología contemporánea. Por esto, se acudirán en este trabajo a los enfoques que parten de la comunicación (para algunos, necesaria, y, para otros, contingente) entre ambas disciplinas (historia del derecho – filosofía del derecho) desde la pluralidad epistemológica. En consecuencia, ni la historia ni la filosofía del derecho serán tenidas como referentes de llegada, sino como puntos de partida; es decir, se asumirá, en primer lugar, que son disciplinas con reconocimiento como

a los estudiosos de los objetos. Se crean y se cimientan los saberes como parcelas aisladas aunque con tenue comunicación. Se constituyen los saberes como sistemas expertos autónomos unos de otros, que defienden celosamente un objeto de estudio y cuyos científicos y académicos se constituyen en los guardianes fronterizos encargados de evitar las invasiones conceptuales”. BOTERO, *op. cit.* (n. 4), p. 167.

⁵ *Ibid.*

⁶ “La complejidad se funda en dos situaciones: un anhelo y un hecho. El anhelo es interpretar el mundo a partir de modelos disciplinarios en proceso de Inter-multi-transdisciplinaria, y el hecho consiste en que el mundo no está dividido ni fragmentado, y que el aleteo de una mariposa en Pekín puede originar un huracán en Florida”. *Ibid.*, p. 172.

⁷ *Ibid.*, pp. 176-177.

tal (pues no puede plantearse inter, multi o transdisciplinariedad si no existen, previamente, disciplinas), y, en segundo lugar, que una relación entre ambas disciplinas es viable a partir de problemas y no por territorios⁸.

En consecuencia, precisar la distancia que debe mediar entre la historia del derecho y la filosofía del derecho impone previamente la asunción de algunos interrogantes, de cuya solución será posible inferir el carácter de su relación: ¿La historia del derecho es un apéndice de la historia, y la filosofía del derecho lo es de la filosofía? Si se responde que sí, surgiría esta otra duda: ¿Inferir una conexión entre historia y filosofía implica, a su vez, confirmar esta misma conexión entre historia del derecho y filosofía del derecho?

Otras preguntas, igualmente orientadoras, son: ¿Cómo se definirían las “conexiones disciplinarias” entre historia del derecho y filosofía del derecho? ¿La acción del historiador jurídico comporta siempre una actitud filosófica? ¿En caso de existir una conexión o relación entre la iushistoria y la iusfilosofía, ésta sería necesaria o contingente? En fin, éstas son algunas de las inquietudes que deben abordarse para lograr una consideración holística de ambas disciplinas con algunos matices que las definan e identifiquen (aunque no pueda esperarse en este escrito, por la dimensión de las preguntas, dar respuesta a todas). Finalmente, la intención aquí presente de asumir y justificar un enfoque relacional entre la iusfilosofía y la historia del derecho no implica la formulación de conclusiones últimas -con funcionalidad dogmática- que absorban la compleja discusión que hasta ahora circunda la periferia del problema.

3. HISTORIA Y FILOSOFÍA: UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA

La necesidad de precisar la conexión disciplinaria entre la historia del derecho y la filosofía del derecho conduce, a su vez, a la formulación de la inquietud por la relación de éstas con la filosofía y la historia general. Por lo tanto, interesa determinar si las diferencias y las similitudes que subyacen al complejo historia-filosofía se corresponden con las que pudiesen encontrarse entre la iushistoria y la filosofía del derecho. De esta forma, si se considera a la historia del derecho como un apéndice de la historia y a la iusfilosofía como un agregado de la disciplina filosófica, es muy posible que las notas características, tanto afines como diferenciadoras, sean igualmente extensibles al examen crítico de las relaciones entre la iushistoria y la filosofía del derecho. Por el contrario, si se asume el criterio de la autonomía como factor interviniente en los esquemas filosofía-iusfilosofía, historia-historia del derecho, no será posible recrear un conducto transversal diseñado con el mismo material; es decir, aquello que cualifica la relación entre la historia del derecho y la filosofía del derecho no podrá ser un facsímil obtenido del análisis arquetípico de las relaciones entre la filosofía y la historia generales.

Esa complejidad de relaciones que cualifican el margen de interacción entre las diferentes disciplinas ha hecho pensar en la existencia de una historia del derecho con dos dimensiones: una de connotación más histórica (calificación que evitaría incidir en pleonasmos), y otra, de condición jurídica centrada en el análisis de la “memoria del jurista y de lo jurídico”⁹. Esto

⁸ La investigación por problemas se construye a partir de la formulación de uno o varios interrogantes, en cuyo desarrollo se precisa una visión implicante, holística, determinada por el encuentro interdisciplinario como “*conditio*” necesaria de un estudio complejo y, por tanto, integral. En esencia, una investigación por problemas y no por territorios supone la confluencia de “todas las disciplinas posibles para el manejo investigativo de una pregunta planteada”. *Ibid.*, pp. 189-191.

⁹ Señaló Petit: “[L]a razón que hoy mejor justifica la presencia de la historia jurídica en los estudios universitarios se encuentra en el cultivo y desarrollo de la llamada memoria del jurista, expresión compro-

mismo parece que ocurre con la filosofía y el derecho, es decir, habría una iusfilosofía filosófica, en donde el análisis del derecho se conduciría por directrices fundamentalmente filosóficas (como, por ejemplo, cuando la iusfilosofía se conjuga con la filosofía política o la ética), y una iusfilosofía jurídica que centra su interés en la aprehensión del derecho según los métodos jurídicos y con un objeto más cercano al jurista (como lo es la teoría general del derecho).

Consideradas en su esencia, la filosofía y la historia general estarían unidas, desde un enfoque epistemológico, por algo más que una desierta intención interdisciplinaria entre ambos órdenes del conocimiento. De esta forma, si la historia es producto de la ilación progresiva de juicios científicos, y la filosofía, el resultado de un examen histórico en torno a las ideas, parece factible comprender, por un lado, la historia como el discurrir por el contexto (pretérito) y, por otro, la filosofía como el discurrir por la ideas sin necesidad de asirlas en un tiempo o contexto determinados. Con esto, el estudio histórico de la filosofía permitiría a ésta última una ubicación espacial y temporal tanto de su objeto como de los resultados obtenidos en su análisis: una consecuencia que sólo se proyecta como efecto inmediato de la conjunción disciplinaria historia – filosofía. Lo contrario –es decir, la asunción de un enfoque fragmentario en el estudio de ambos órdenes– conduciría a la formulación de la premisa que encuentra en la historia y la filosofía dos saberes no sólo autónomos, sino también con muy pocas posibilidades de comunicación. En palabras de Rabinovich-Berkman, profesor de historia del derecho de la Universidad de Buenos Aires: “como historiador, no me interesa si el pensamiento de Kant era o no “correcto”, sino cómo era, qué fuentes tuvo, y qué efectos generó”¹⁰; lo demás, pudiera pensarse es función de la filosofía.

Esta aproximación, sin embargo, obstruiría aún más el margen de conexión entre la historia del derecho y la filosofía del derecho. De hecho, si el iushistoriador no debe hacer iusfilosofía y, por tanto, el resultado de su examen es más contextual y descriptivo si se compara con el proceder del iusfilósofo, es claro que el iushistórico, generalizando, no procura establecer una relación necesaria con la iusfilosofía. Así mismo, cuando el filósofo del derecho se interesa en estudiar las ideas de Hume –por citar un ejemplo–, sin acudir al contexto jurídico-político en el que pudieron tener lugar, pone de manifiesto la ausencia de la iushistoria en el examen iusfilosófico que hubo de aprehender el objeto (en este caso, lo dicho por el filósofo escocés). Pero, a su vez, ¿hasta qué punto es válido un estudio iusfilosófico que, al eludir el contexto histórico jurídico al que debe remitirse, resulta impreciso y, por demás, anacrónico?¹¹ En términos simples: si la historia del derecho, a la vez que da identidad al

metida que entiendo, provisionalmente, como la tradición “disciplinar” del Derecho –presente o pasado– el principal objeto de observación, sino todo aquello que, a propósito del derecho, han podido decir y escribir personas insertas en ciertas instituciones (tribunales, universidades, parlamentos) encargadas de la producción de textos reputados jurídicos: en otros términos habría que averiguar qué hace que tengamos por especializados (escritos, discursos, personas) a los que, cumplidos ciertos requisitos, así se consideran”. PETIT, Carlos, “De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria”, en: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, N° 8, pp. 237-279, 2005.

Siguiendo lo dicho por Petit, puede consultarse igualmente el siguiente texto, en el que se considera a la historia del derecho como memoria y como una disciplina jurídica autónoma frente a la historia, ver: GARCÍA, Julián. “ ‘Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho’ un discurso sobre el discurso”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 38, N° 108, pp. 73-96, 2008.

¹⁰ Respuesta a la encuesta realizada a algunos profesores –de Europa y América Latina– de Historia del Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho, el día 9 de febrero de 2006, por vía electrónica. El texto completo se encuentra anexo al informe final de la investigación sobre la que se basa este trabajo.

¹¹ No todos los anacronismos son mal vistos por la historia del derecho; sólo lo serán aquellos que trasplantan realidades de un contexto a otro, o bien, que asumen el análisis de estructuras jurídicas con

derecho, permite un tratamiento que aproxima más el objeto de estudio a las especificidades del espacio-tiempo desde el cual se aborda, deberá descalificar los análisis jurídicos que se enuncian sin consideración al con-texto, tanto más cuanto aspiren a legitimarse como estudios iushistóricos que nada aportan al fortalecimiento de la memoria del derecho y del jurista. Cosa distinta sucedería si el iusfilósofo reconoce la historicidad no sólo de la idea que estudia sino del aparato conceptual con el que estudia esa idea, y si el iushistoriador reconoce el peso de la idea en sí misma y las posibilidades de construcción que ella trae, proyectándose entonces una relación entre ambas disciplinas.

Se alude, pues, a una posibilidad más en las relaciones entre la iushistoria y la iusfilosofía, especialmente si la primera se concibe como una historia de las ideas jurídicas y la segunda como el análisis de las mismas¹², que a su vez supone una relación entre la historia de las ideas jurídicas con la de las ideas políticas. No obstante, la función de la historia del derecho no se agota en ser una historia de las ideas jurídicas, sin negar la importancia de esta última para la construcción de la memoria del derecho y del jurista.

Ahora bien, esa aproximación al objeto de estudio podrá efectuarse desde dos enfoques: uno descriptivo, centrado en la simple aprehensión del contexto jurídico, y otro crítico, interesado, además, en efectuar una valoración jurídica del objeto analizado. De ambas propuestas histórico-jurídicas, se hará especial énfasis en aquella que asume un enfoque crítico en el examen del contexto (jurídico) pretérito, en tanto que facilita las conexiones disciplinarias entre historia del derecho y iusfilosofía, referente en torno al cual gravita el interés académico del presente texto.

Para una mejor ilustración de lo hasta ahora enunciado, es ahora el momento para explicitar la necesidad de la historia del derecho como instrumento de reflexión crítica¹³ en función del objeto consultado. Con tal fin, hay que mencionar a continuación un texto que escribí anterior-

categorías actuales que no se corresponden con las condiciones del momento en que fueron formuladas –se hace referencia a los anacronismos de realidades–. Por tanto, los anacronismos permitidos –como es el caso de los nominales– en nada modifican la veracidad del fenómeno. “Por *anacronismo nominal* entiendo el uso de palabras del presente para actualizar y hacer más comprensibles términos del pasado sin afectar su significado, como por ejemplo hablar de indígenas en vez de “indios”; también concibo por *anacronismo nominal* el uso de conceptos contemporáneos para visualizar algunas situaciones del pasado que existieron con independencia del prisma con que son observadas, como sería el caso de preguntarse por el imaginario social –concepto reciente– de los criollos letrados de la Bogotá de principios del siglo XIX. Por *anacronismo de realidades* entiendo toda implantación de un fenómeno actual al pasado que no lo tuvo, como creer que Hume, en el siglo XVIII, ya tenía en mente el concepto de “gobierno de los jueces” que tanto defiende el neoconstitucionalismo contemporáneo”. BOTERO, Andrés, “La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos?”, en: DOMÍNGUEZ GÓMEZ, Eduardo (ed.), *Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora*. Medellín: Canal U y Universidad EAFIT, 2008, p. 608.

¹² Al respecto: RUIZ ALFONSO, Miguel, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*. Madrid: Trotta, 2002.

¹³ Sobre la necesidad de una historia crítica del derecho, precisa Ramón Narváez: “(...) la historia del derecho no puede quedarse callada ante esta situación, porque la historia del derecho tiene como principal función la de ser la “conciencia crítica del derecho” como suele avisarlo en innumerables ocasiones Paolo Grossi”. NARVÁEZ, José Ramón. “Recibir y concebir el derecho en la historia”: una propuesta a la base de la función de la historia del derecho”, en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (revista en línea), Nº 7, p. 6-7, 2003-2004 (acceso 12 junio de 2007) Disponible en: www.filosofiayderecho.com/rtd/index.htm. Una versión actualizada y mejorada de este texto está próxima a publicarse en la revista Ambiente Jurídico (Universidad de Manizales).

Esta reflexión de Narváez está de la mano con lo dicho por Grossi: “*Lo storico –e tanto meno lo storico del diritto– non è né contabile dei granelli di polvere depositati sugli scafalli del passato né un imbalsamatore di cadaveri*”.

mente¹⁴, en la medida que representa una pauta importante tanto para inferir la naturaleza de la historia del derecho, como su especial relación con la iusfilosofía. Refiriéndose a los debates en torno al pensamiento humeano, este texto procura destacar la imprecisión con la que comúnmente se desarrollan y analizan en la iusfilosofía las ideas de Hume sobre la justicia, la propiedad y lo judicial. Esto se debe, fundamentalmente, al estudio parcializado que se ha hecho de sus aportes a la filosofía general, mediante la integración de elementos jurídicos que cualifican el análisis filosófico. Esto le ha permitido concluir a algunos que Hume es un filósofo del derecho y no un filósofo que tocó tangencialmente temas jurídicos en sus estudios, consecuencia natural de la aplicación fragmentaria de las disciplinas en asuntos en los que es necesario su encuentro¹⁵. Este texto permite colegir, desde las primeras líneas, la necesidad de desarrollar estudios de filosofía del derecho e historia del derecho a partir de una visión conjunta; es decir, mediante la asunción de un enfoque implicante que permita vislumbrar la correspondencia entre ambas disciplinas en torno de un problema previamente delimitado. En este caso, cuyo epicentro lo integran las ideas humeanas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial, se logra que la figura de un filósofo que remite a algunos asuntos jurídicos en el desarrollo de su labor, se armonice con la tradición jurídico-política propia del contexto desde el que el autor escribe.

De esta forma, es posible advertir las conexiones disciplinarias que pueden derivarse al tratar a David Hume: el estudio de sus ideas interesa a la filosofía, mientras que el tiempo en que fueron propuestas le importa a la historia en general. Igualmente, los aportes filosóficos del escocés acerca del derecho, interesan a la filosofía del derecho; mas la relación de aquéllas con la tradición jurídica del contexto concierne a la historia del derecho.

En este último supuesto, lo argumentado aquí, junto al texto citado, permite una primera conclusión: los juicios y los argumentos humeanos

“[N]o pueden ser interpretados fuera del contexto jurídico-político del autor, lo cual daría a sostener que su pensamiento referido a lo jurídico correspondía al modelo en cual puede inscribirse al *common law* del siglo XVIII, lo que permitiría afirmar que Hume no es un filósofo del derecho, que no propone una modificación sustancial de lo jurídico, y que además, sus reflexiones son consecuencia de una visión institucional arraigada de tiempo atrás en Inglaterra”¹⁶.

En segundo lugar, la teleología en que se inscribe el artículo permite confirmar, sin intención de inferir tipologías concluyentes, la sugestiva frase de Kohler¹⁷: “Toda Filosofía

¹⁴ BOTERO, Andrés, “Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial”, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen XVII, pp. 53-82, 2005. En este artículo se analizan las ideas humeanas (justicia, propiedad y el derecho) a partir de un enfoque interdisciplinario que une a la historia del derecho con la iusfilosofía. Empero, debe advertirse al lector que en este trabajo aparecieron algunos errores ortográficos en la grafía de los apellidos de algunos autores, que no son responsabilidad del autor.

¹⁵ “Al respecto pueden encontrarse dos posturas en torno al aporte de Hume en relación con la filosofía del derecho, que en términos expositivos (en ningún momento se pretende reificar esta dualidad) son: la que observa al escocés como un filósofo del derecho y la que lo ve como un filósofo que toca temas jurídicos. Las diferencias entre uno y otro modelo saltan a la vista. Para el primero, Hume es un iusfilósofo, sin perjuicio de que reciba otras etiquetas (filósofo, empirista, etcétera). Para el segundo, Hume es un filósofo que en la estructuración de sus temas favoritos (historia, filosofía de la moral, teoría del conocimiento) recurre de vez en cuando a argumentos jurídicos”. *Ibid*, p. 54.

¹⁶ *Ibid*, p. 53.

¹⁷ Citado por: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La historiografía jurídica en la Europa continental, 1900-1975”, en: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo: Historia del derecho y derecho comparado*, Volumen II. México: UNAM, 1979, p. 29.

del Derecho que no se apoye en la Historia del Derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”.

Ahora bien, debe aclararse que del hecho de establecer un vínculo de carácter epistemológico entre la filosofía y la historia general, no implica la reducción de la primera a la segunda o la postración de la última hacia la filosofía, máxime que la confianza en ambas disciplinas y en su posible unión ha decaído. Por tanto, es válido afirmar, junto a Ruiz Miguel¹⁸, que:

“Muy poco parece quedar ya del exceso de confianza en la filosofía y en la historia que transparentó –a pesar de sus excepciones y diferencias internas- una parte fundamental del pensamiento del siglo XIX, de Hegel a Marx, pasando y continuando por las distintas suertes de historicismo (...) Se mire por donde se mire, la visión las relaciones entre filosofía e historia se encuentra hoy bien alejada de Hegel, que intentó no sólo convertir a la filosofía en historia –en especial en historia de la propia filosofía como autoconciencia de la humanidad–, sino también a la historia en filosofía como autodesenvolvimiento de la razón”.

Súmese a la pregunta por las relaciones entre la filosofía y la historia, lo siguiente: la inquietud por la forma (método) de la historia, su espectro de proyección, la importancia de sus estudios y la teleología subyacente a ellos, supone, en alguna medida, la proximidad de la filosofía (especialmente de la filosofía de las ciencias y de la epistemología) con la historia; es decir, la pregunta por la epistemología de la disciplina histórica es, por sí, un encuentro dialógico entre la filosofía y la historia generales.

Esto está en asociación con otro frente de la pregunta planteada en el párrafo anterior: que otro punto de relación, incluso más allá de lo contingente, es la existencia de un cuerpo de conocimiento que es denominado “filosofía de la historia”, de un lado, e “historia de la filosofía”, del otro¹⁹.

En síntesis, como señala Ruiz Miguel:

“La metodología de la historiografía, por su parte, tiene su raíz filosófica en la pregunta por el significado del conocimiento histórico, alrededor del cual se van hilado diversos problemas y soluciones; desde la relación de las ciencias históricas con otros tipos de ciencia hasta la cuestión de la utilidad del conocimiento histórico, pasando por aspectos más concretos como el problema de la introducción de juicios de valor en las interpretaciones históricas o el papel de la individualización y la totalización en ese tipo de investigaciones”²⁰.

Conforme a esto, si la inquietud por la relación entre las ciencia supone ya la invocación de la filosofía, ¿no será este artículo, acaso, un trabajo de iushistoriosofía, es decir, de profundas relaciones entre la historia del derecho y la filosofía del derecho?

4. FILOSOFÍA DEL DERECHO

¿La afirmación de la autonomía disciplinaria de la filosofía del derecho con relación a otros discursos científicos puede obstaculizar, en alguna forma, la relación entre ésta y la filosofía en general? De ser cierto, intentar relacionar distintos ámbitos del saber bajo un fundamento

¹⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*. México: Fontamara, 1994, pp. 110-111.

¹⁹ Asunto que ocupa a: *Ibid.*, pp. 110-118.

²⁰ *Ibid.*, pp. 113-114.

epistemológico más determinable que determinado, supondría, como efecto necesario, inferir un encuentro de sujeciones antes que de diálogo y comunicación recíproca. En tal caso, habría que enumerar las posibilidades de ver este problema. Una primera, interesada en considerar la filosofía de lo jurídico como una extensión del pensamiento filosófico general (relación de sujeción); y una segunda, por el contrario, preocupada por conservar la autonomía que debe mediar entre ambas, sin negación de las posibles aproximaciones que puedan presentarse entre una y otra en términos de comunicación entre disciplinas.

Bien vale aquí entrar al problema con las palabras de Naranjo²¹:

“Es obvio que la filosofía del derecho tiene unas profundas relaciones con la filosofía general y que recurre a ella, en el terreno de la lógica, para ordenar los juicios que la constituyen como ciencia, a la metafísica para precisar su objeto; a la psicología en multitud de ocasiones en que es preciso demostrar fenómenos de intencionalidad de la conciencia. Ahora bien, si se recurre a la filosofía general en demanda de un auxilio necesario para lograr sus objetivos, tiene con ella dimensiones distintas, maneras de postular y contenidos diferentes. La filosofía del derecho entra en el campo de la filosofía general a reclamar los principios sustanciales de toda filosofía, pero se diferencia de ella como la especie del género, por cuanto no es una total filosofía del ser sino una filosofía de lo jurídico”.

Sin embargo, en el segundo de los enfoques acabados de señalar –el de la autonomía, con su variante de la comunicación interdisciplinaria–, la filosofía del derecho no entra en el campo de la filosofía general para “reclamar los principios sustanciales de toda filosofía” –como afirmó Abel Naranjo en la cita anterior–. Por el contrario, la iusfilosofía ingresa con el ánimo de confrontar, discutir, en fin, comunicar, enfoques disciplinarios con respecto de las diferencias que a una y otra identifican, y en mérito de las cuales se hace posible su interacción. De esta manera, el campo adscrito a la iusfilosofía lo delimita aquello que tiene relación directa con el derecho, entendido

“[N]o en cuanto particularidad, es decir, como derecho especificado en civil, penal, comercial internacional, sino en cuanto noción universal del derecho. Por ser universal precisamente es por lo que es filosófica esta disciplina”²².

Tal vez ésa sea la intención de Kaufmann²³, cuando parte de la tesis de la sujeción (la iusfilosofía es filosofía), pero llega a una postura mucho más moderada de la comunicación:

“Como ya se ha dicho, la filosofía del derecho es una rama de la filosofía, no una rama de la ciencia del derecho. En verdad, tampoco es la filosofía del derecho una clase especial del género filosofía general (...) La filosofía del derecho no se dife-

²¹ NARANJO VILLEGAS, Abel, *Filosofía del Derecho*.–5ª ed.– Bogotá: Temis, 1992, pp. 64-65.

²² *Ibid.*, p. 65.

Sobre la filosofía como totalización, ha escrito Xacobe Bastida: “La función de la filosofía, y en el caso que nos ocupa, de la filosofía del derecho, es precisamente la de enfrentarse a las creencias, la de sembrar el germen que da lugar a la duda y nos libera de la tiranía de la costumbre” BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los asuntos de la Filosofía del Derecho”, en: *Doxa*, N° 22, p. 452, 1999. Su labor “es cuestionar la creencia, abrirle un escotillón a través del cual poder entrever su origen y los elementos ideales que lo conforman”. p. 452. Su objeto “no es el estudio de una parte o aspecto del saber jurídico –de ello tratarían precisamente las diversas ramas de la ciencia del derecho–, sino el conjunto de esos saberes jurídicos como totalización”. p. 434.

²³ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 39-40.

rencia, pues, de otras ramas de la filosofía en razón de ser más especial, sino en que son principios jurídicos básicos, problemas jurídicos fundamentales los que refleja, discute y, en la medida de lo posible, responde de modo filosófico. En consecuencia, un futuro filósofo del derecho tiene también que ser versado en ambas disciplinas –un ideal, que naturalmente sólo puede alcanzarse en forma aproximada”.

En ese sentido, la filosofía del derecho representa la disciplina que sirve de reflexión en la amplitud del entorno jurídico, compartiendo en esto los matices reflexivo – críticos de la filosofía en general, lo que queda claro en palabras de Corts Grau²⁴, cuando dice que la filosofía del derecho:

“(…) no es una asignatura más ni un nuevo sector de conocimiento que se aprenden, sino una actitud que se adopta. No es lícito ni posible aprender filosofía como se aprende una ciencia concreta o una legislación, ni mucho menos viene a ser las gotas doctrinales con que suavizamos a veces la aridez legal o disimulamos el desconocimiento del Derecho positivo. La Filosofía, o se apodera de nosotros para siempre, o es un aditamento perfectamente incómodo y vano”.

Por tanto, la filosofía del derecho se perfila como una forma de pensar el derecho. Es la conciencia crítica que subyace al complejo arquitectónico conformado por el prolífico material jurídico; en últimas, citando la expresión de Alexy, la filosofía del derecho es la dimensión reflexiva de lo jurídico²⁵.

5. HISTORIA DEL DERECHO

Al igual que el historiador puede encontrar en su disciplina una función académica de singular interés, el historiador del derecho también descubrirá en su análisis una razón tanto interna (desde el objeto) como externa (hacia el objeto) que justifique la necesidad de desarrollar estudios diferenciados respecto de los que universalmente afronta el historiador. Pudiera decirse que la razón interna está determinada por la necesidad de orientar el estudio iushistórico con fundamento en el margen de limitaciones y posibilidades que suscite el análisis del objeto consultado. La razón externa, por su lado, centrará su interés en la forma en que debe el analista (iushistoriador) acercarse al objeto, es decir, bajo qué inquietud, a partir de qué premisas o con ayuda de qué método. Ambas razones permitirían una ubicación tanto del objeto como de la labor misma; en consecuencia, una y otra (razón interna-razón externa) confluirían de manera armónica para responder, respectivamente, a la pregunta sobre la sustancia (qué debe o puede estudiarse) y sobre la forma de llegar a ella (cómo y bajo qué parámetros).

Esta disimilitud en la forma de emprender el análisis del objeto, es decir, desde lo general para el historiador o desde lo específico para el iushistoriador (esto es, con énfasis en el complejo jurídico), ha hecho que los resultados del primero sean tenidos por superficiales (con tenue profundidad), mientras que los del segundo se califican de reduccionistas (con poco valor relacional). Sin intención de fortalecer esa discusión, a la que parece preocuparle más el interés por resaltar supuestos equívocos desde un enfoque despectivo, debe indicarse que el esfuerzo de la iushistoria se representa en la preocupación por permitirle al derecho una identidad que se corresponda con las circunstancias específicas que circundan, condicionan y definen la orientación de los exámenes iushistóricos.

²⁴ CORTS GRAU, José, *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editora Nacional, 1948, p. 23.

²⁵ ALEXY, Robert, “La Naturaleza de la Filosofía del Derecho”, en: *Doxa*, N° 26, pp. 147-159, 2003.

Por lo demás, sobre la identidad que aporta la historia del derecho manifesté en otra parte²⁶:

“La memoria concede identidad. El conocer el pasado del fenómeno jurídico logra que éste adquiera identidad frente a otros hechos culturales, a la vez que permite entender su interrelación con los mismos”.

Y la función de dar identidad se constituiría como el enfoque enriquecedor que la historia del derecho le debe a la disciplina jurídica en general, utilizando las palabras de Tomás y Valiente²⁷:

“La Historia del Derecho, si estudia a éste como realidad técnica, peculiar, irreducible a cualquier a cualquier otra, pero influida por los sectores de la sociedad más cercanos (lo político, lo cultural, lo económico...) prestará un enfoque enriquecedor al entendimiento intelectual y profundo del Derecho”.

Precisamente, y debido a la orientación que confiere a sus estudios, la historia del derecho se presenta como una tercera vía entre la historia general y la iusfilosofía cuando acude al pasado; es decir, mientras la historia desarrolla sus análisis con estricta sujeción al contexto, y la iusfilosofía con denodado seguimiento de los textos, la historia del derecho, por el contrario, lo hará mediante la integración de uno y otro como *conditio sine qua non* para alcanzar una mayor certeza y una mejor aproximación al objeto consultado. Dicho con otras palabras, la historia del derecho sería textual y jurídica bajo la visión del historiador general, pero contextual e histórica según la del iusfilósofo, así como la del dogmático. Esto, en vez de ser un defecto, es justo la potencialidad de la iushistoria.

De igual manera, el asunto aparece más complejo cuando hace hincapié en subrayar las lejanías que median entre la función del iushistoriador y la del historiador general, como otro aspecto de profunda relevancia en el proceder científico de cada disciplina en el momento de constituir la dialéctica sujeto-objeto. De esta forma, el historiador, frente al problema que lo ocupa, tiende a un empleo poco estricto de los términos jurídicos, pero a un uso más preciso de los términos sociales; asimismo, el historiador centrará su estudio en las relaciones contextuales de una forma general (en donde el derecho funge como otra esfera de acción social que debe implicarse en ciertos fenómenos que explora), mientras que el iushistoriador, puesto en ese marco de relaciones contextuales, fijará su atención en el estudio de aquello que comporta al derecho o que, al menos, suponga una invocación de lo jurídico, es decir, con trascendencia a él.

Por tanto, el historiador parte de una visión macro que acostumbra imprimir en sus estudios, contrapuesta, como queda sentado, con el enfoque micro (cuidadoso y detallado) que asume el iushistoriador en el examen de situaciones históricas con evidente trascendencia para el derecho. Esta confrontación, de igual manera, habilita para resaltar la atracción manifiesta entre la historia general y el contexto macro como razón fundamental en la presentación de sus resultados. Por el contrario, en la historia del derecho es posible afirmar la conexión manifiesta entre ésta y el texto jurídico, pero, a su vez, entre ésta y el contexto del texto jurídico (es decir, el contexto micro), pero sin desprenderse totalmente del contexto macro. La historia del derecho, así descrita, es una historia que, sin desconocer el espacio-tiempo, proyecta el entorno jurídico desde el texto jurídico; es una historia de límites, o bien, de posibilidades. Una

²⁶ BOTERO, Andrés, “Presentación del libro”, en: BOTERO, Andres (Editor), *Origen del Constitucionalismo Colombiano*, Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2006, p. 16.

²⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 19), p. 42.

historia del derecho, al fin, que circunscribe los esfuerzos del iushistoriador en la aprehensión del contexto más jurídico posible del texto jurídico, para hacerlos (tanto al contexto como al texto) parte de la memoria del jurista y de lo jurídico, mediante la narración.

De conformidad con lo anterior, sí es posible una conjunción, por lo menos pedagógica, de la historia (jurídica) con el derecho, para permitir una comprensión más coherente del fenómeno jurídico que, como tal, es un fenómeno histórico. A esto apunta, por ejemplo, Hoyos²⁸:

“La relación de la historia con el derecho ha sido objeto de discusiones y muchas tesis encontradas. Para Giorgio Del Vecchio, el gran jurista italiano, la historia forma parte esencial del estudio de la filosofía de derecho, llamada por él fenomenología, al lado de la lógica y la deontología o estudio de los valores. Para muchos otros autores más modernos aún, la historia debe ser excluida de plano dentro del estudio del derecho, al afirmar que éste no resiste análisis históricos desde el punto de vista lógico. Nuestra opinión es que si bien no podemos considerar hay en día la historia como parte integrante de la filosofía del derecho, como lo sostiene la doctrina moderna, si se encuentran interrelacionadas una y otra, sirviendo la primera de complementación a la segunda y permitiendo además, una apreciación más nítida de la naturaleza de los fenómenos jurídicos”.

Sin embargo, en este escrito se apunta, además, a otro tipo de relación, aún más implicante, e incluso, necesaria, entre historia del derecho y derecho, una cuya función sea dar identidad al mundo jurídico en tanto se construye su memoria. Esto, no obstante, no sólo se logra con asumir una mirada aislada del derecho presente; de igual manera, es necesaria una revisión (análisis) crítica del derecho pasado (que no necesariamente es el derecho derogado). En términos inversos:

“(…) la poca comunicabilidad de los resultados investigativos entre la historia del derecho con el derecho mismo, –ha hecho que– este último se aleje más del cometido que debiera tener: conocer su pasado, para comprender el presente y proyectarse el futuro, dentro de un escenario científico-crítico”²⁹.

La asunción de este enfoque implicante o conjuntivo de los estudios histórico jurídicos le devolvería al derecho la identidad que aún se muestra difusa en los estudios de algunos historiadores y, por demás, en los de otros historiadores del derecho que sacrifican el perfeccionamiento de la disciplina en los altares del mito de la continuidad y de la ruptura (esto es, querer ver continuidades en todo fenómeno jurídico o, por el contrario, rupturas).

En función de esto, la inquietud por la historia del derecho, como se ha resaltado con antelación, es la inquietud por la identidad del derecho. La preocupación por abordar el derecho desde la historia es la misma preocupación por visualizar (memorizar, o mejor: recordar) un conjunto de expresiones culturales con notable proyección jurídica. En consecuencia, sólo a través de la historia (como memoria del jurista y del derecho) será posible develar la fisonomía del derecho en los oscuros pliegues de un texto que al iushistoriador corresponde iluminar. Por lo tanto, el derecho, en su conjunto, necesita ser aplicado y comprendido históricamente. Sólo sabiendo cómo ha llegado a ser lo que es será posible conocerlo mejor.

Sin embargo, esa conciencia por la necesidad de emprender estudios iushistóricos no ha sido común en el tiempo. El escepticismo empieza a conjurarse con los aportes de

²⁸ HOYOS, Carlos Augusto, *Panorama de la filosofía en el derecho*. Colombia: Editorial Jurídica de Colombia, 2000, p. 65.

²⁹ BOTERO, *op. cit.* (n. 28), pp. 13-14.

“[L]os historiadores del siglo XVI –quienes– apenas mostraron interés por las cuestiones de índole jurídica o institucional. (...) Durante el siglo XVII en Europa se produjo una profunda renovación metodológica en el campo de los estudios históricos como consecuencia de la utilización del denominado método histórico-crítico”³⁰.

Finalmente, durante la primera mitad del siglo XIX, los estudios iushistóricos alcanzaron inusitada acogida, esencialmente, en Alemania y Francia³¹:

“Otra cautela que es prudente exponer desde el principio consiste en reconocer que, al menos en Historia del Derecho, no hubo en estos setenta y cinco años un compás de cambio idéntico en todos los países europeos, ni siquiera en aquellos sobre los que proyectó mi atención (Alemania, Italia, Francia, Gran Bretaña, España...). Hubo, sí, fenómenos comunes, pautas de general influencia que nos permitirían obtener algunas conclusiones válidas en términos aproximativos para todos ellos; pero cada uno de estos países partía al comenzar el siglo de una cota propia, y no todas ellas estaban situadas en el mismo plano. Lo peculiar subsiste también ahora”.

En esencia, la pregunta por la iushistoria, por su naturaleza y sus características remite a la inquietud por su objeto en torno del cual discurren los estudios en esta esfera. Según lo escrito por Zorraquín Becú³²:

“En rigor, deberíamos decir ‘historia de lo que fue derecho’, o ‘historia de los sistemas jurídicos del pasado’; porque como nos ocupamos de normas que ya no son obligatorias, solo estudiamos hechos que en su momento fueron jurídicos, pero que en la actualidad han perdido totalmente esa cualidad o característica. Sin embargo, como ya dijimos, debemos contemplar a esos hechos como integrantes de un sistema, aunque este sistema haya dejado de serlo. Porque si lo contempláramos solamente como una sucesión de acontecimientos, el conjunto de normas perdería toda coherencia y hasta dejaría de ser ese ordenamiento que necesariamente es el objeto de la ciencia”.

6. FILOSOFÍA DEL DERECHO E HISTORIA DEL DERECHO: UNA PROPUESTA

El tema de las relaciones entre la filosofía, la historia, la iusfilosofía y la iushistoria no es nuevo. Ihering, por ejemplo, señaló la importancia que tienen para la historia del derecho, la historia, la filosofía y el derecho³³.

³⁰ SÁNCHEZ - ARCILLA BERNAL, José, *Historia del Derecho I: Instituciones Político-Administrativas*. Madrid: Dykinson, 1995, p. 1.

³¹ TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 19), p. 7.

³² ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho”, en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 24, p. 326, 1978. Obsérvese como Zorraquín considera que el objeto de estudio de la historia del derecho es la norma que dejó de ser obligatoria –es decir, que dejó de ser vigente–, aspecto que se criticó anteriormente. ¿Las normas vigentes no tienen un pasado que pueda ser objeto de estudio del iushistoriador?

Sobre Zorraquín y sus ideas en torno a la epistemología de la historia del derecho, véase: VILCHES FUENTES, Hugo, “La teoría de la historia del derecho en Ricardo Zorraquín Becú”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 27, pp. 353-363, 2005.

³³ VON IHERING, Rudolf. *¿Es el derecho una ciencia?*, Trad. Federico Fernández-Crehuet López. Granada: Comares, 2002, pp. 76-77.

“El camino que la historiografía jurídica ha tomado, para llegar al verdadero conocimiento de su desarrollo, exige la unificación de las tareas del historiador, de filósofo y de jurista. Quien se encamina a esta tarea sin información jurídica, puede caer en el peligro de pasar por alto la influencia de los argumentos de la práctica jurídica (...) Si se comprende de esta suerte la Historia del Derecho, y se potencia en este sentido, y se unen, en igual proporción, lo histórico, lo práctico – jurídico y las ocupaciones filosóficas, ¿quién puede dudar, de que ésta será una materia que funcione como un buen acicate científico?”.

Ahora bien, aunque esta afirmación de Ihering se explica en la medida en que la historia jurídica está en la base misma del movimiento científico alemán decimonónico, introduce sin duda en la cuestión de las relaciones entre el campo filosófico (en especial el iusfilosófico) y el histórico (para este caso, el iushistórico).

Como sucedió con Ihering, han sido frecuentes las discusiones sobre los posibles nexos que pudieren establecerse entre la historia del derecho y la filosofía del derecho. Algunos consideran que se trata de disciplinas distantes³⁴; otros defienden la necesidad de evitar, entre sí, las confusiones disciplinarias³⁵; los más, por el contrario, insisten en diseñar formas de encuentro que permitan el diálogo y la comunicación entre ambas, destacando en este contingente la anotación hecha por el profesor Thomas Simon, de la Universidad de Viena:

“La Historia del Derecho sólo empieza a ser interesante cuando se examinan los hechos históricos desde una perspectiva teórica, unas interpretaciones teóricas incluidas. En esto la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho deben colaborar íntimamente porque las dos son materias de base, ‘materias puras’ ”³⁶.

Contextualmente, las relaciones entre iushistoria y filosofía del derecho han afrontado conclusiones disímiles que socavan el margen de interacción o que, en su caso, fortifican la posibilidades de su encuentro: en América Latina, en términos generales, y por una condición propia de los docentes más que de las propias disciplinas³⁷, la historia del derecho y la iusfilosofía han compartido espacios comunes (ver el caso colombiano en el capítulo segundo del informe final del proyecto de investigación que dio lugar a este escrito). Con esto, se hace referencia a aquel dato encontrado en la investigación relativo a cómo los profesores de historia del derecho de muchos de los programas de derecho latinoamericanos consultados

³⁴ Es el caso de Ricardo Rabinovich-Berkman, Juan Antonio García Amado y Carlos Petit (cuestionario hecho, por medio electrónico, el 9 de febrero de 2006; el texto completo se encuentra anexo al informe final de la investigación sobre la que se basa este trabajo). Esta opinión puede explicarse por el hecho que en Argentina (sede de Rabinovich) y España (sede de García y Petit), existe la tradición universitaria de la separación departamental y asignatural entre ambas disciplinas, además de que en esos países hay un mayor desarrollo disciplinario en dichos tópicos, si se compara con otros países. Sobre este asunto nos referiremos más adelante.

³⁵ En ese sentido, las respuestas de Ricardo Guibourg (Universidad de Buenos Aires) al citado cuestionario. El texto completo se encuentra anexo al informe final de la investigación sobre la que se basa este trabajo.

³⁶ Encuesta realizada a algunos profesores de Europa y América Latina de Historia del Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho, el día 9 de febrero de 2006, vía electrónica. El texto completo de estas encuestas se encuentra anexo al informe final de la investigación sobre la que se basa este trabajo.

³⁷ La relación entre la historia del derecho y la filosofía del derecho desde la dimensión docente, constituye tan sólo uno de los vértices implicados en el análisis de la misma, pero no por ello puede pasarse por alto.

son, igualmente, profesores de otras áreas, en especial de teoría del derecho (o introducción al derecho, según la terminología propia de cada país) y de iusfilosofía. En Europa, por el contrario, la tendencia es que la historia del derecho y la filosofía del derecho se traten como dos continentes epistémicos con poca o ninguna relación interdisciplinaria, tendencia auspiciada por el hecho de la especialidad docente y departamental que impide que un mismo docente imparta estas dos asignaturas, que fácilmente se ubican en departamentos diferentes.

Si bien entre ambas disciplinas puede establecerse una conexión epistemológica directa, es en igual forma cierto que el resultado de su armonía en nada supone la anulación de la razón metódica que las diferencia. De esta forma, la iusfilosofía trabaja fundamentalmente con el método analítico, (intra)texto y propositivo. La historia del derecho, por el contrario, según el enfoque al que se acuda, podrá acoger el método analítico o descriptivo -fundamentalmente, mas no restrictivamente-, de condición (extra e inter)texto.

Esto merece una aclaración: la historia del derecho puede ser entendida como una historia de textos en comunicación entre sí, en espacios y tiempos pasados compartidos (por ejemplo, estudiar las influencias, la recepción y la divulgación de las obras de Kelsen). En cambio, el iusfilósofo parte de un estudio más intra-textual (por ejemplo, qué opinó Kelsen en una obra determinada sobre un problema jurídico concreto) o, en ciertos casos, de textos en comunicación con otros, pero no necesariamente en espacios y tiempos que comparten unos mismos contextos (como sería poner a dialogar una obra de Kelsen con otra de Santo Tomás de Aquino, como si estuviesen en el mismo contexto). Otra particularidad es que el iusfilósofo conduce su reflexión y no lo oculta; es un actor y creador de aquello que investiga. En cambio, el iushistoriador intenta, hasta donde sus prejuicios y fuerzas se lo permitan, pasar lo más desapercibido posible en sus inferencias al momento de reconstruir una memoria de lo jurídico y del jurista; esto es, que espera lograr una exposición del pasado (y aquí opera mucho su capacidad recreativa y narrativa) con base en documentos que limitan, en alguna medida, su imaginación e interpretación. Esto último no quiere decir que el iusfilósofo sea anárquico en el momento de acercarse a un texto, y que el historiador sea neutral en el momento de narrar; simplemente significa que el iusfilósofo no intenta comprender la obra a partir de los contextos históricos de la misma, sino a partir del texto, lo que le da mayor libertad; en cambio, el iushistoriador, cuando re-crea el pasado jurídico, está limitado por lo que dice el texto mismo y por lo que él considera que es el contexto, especialmente jurídico, de ese texto, lo que reduce su libertad de qué puede narrar, aunque sin llegar a ser un esclavo de los hechos.

Así, toda iusfilosofía, que quiera ser consecuente con su academia, estudia con preferencia el pasado; los clásicos, por ejemplo. Si se quiere estudiar los clásicos del derecho respecto a lo que ellos querían decir en su contexto, especialmente el jurídico, debe hacerse más iushistoria que iusfilosofía; por ejemplo, ¿qué significaba en la Escocia jurídica del siglo XVIII la palabra "gobierno", término que tanto usó Hume en su obra? Sin embargo, si el iusfilósofo cree que su estudio es disciplinario -no interdisciplinario- sólo debe responder a los paradigmas de su campo, y entre ellos no está el rastreo del contexto tal como lo hace el iushistoriador. Otra cosa es si el iusfilósofo cree en la interdisciplinaria, lo que lo llevaría a entablar un diálogo con el iushistoriador, o asumir él mismo la pesquisa iushistórica, para cubrir mejor aquel frente que se le habría escapado en una investigación estrictamente disciplinaria. Este sería el caso de quien se propone analizar un concepto desde el texto mismo y a la luz de los clásicos de la filosofía del derecho, sin traspasar (o en caso de hacerlo, dejándose en claro al lector) los límites de sentido que impone el contexto en que dicho concepto jurídico fue formulado.

Las "conexiones disciplinarias" entre la historia del derecho y la filosofía del derecho, siguiendo la terminología del profesor Thomas Simon en la encuesta ya citada, podrían abordarse desde frentes disímiles que examinan intencionalmente esas formas de interacción, y los integran enunciativamente: el enfoque departamental, el enfoque docente y el enfoque

epistemológico³⁸. Este último, por ser el más preciso para emprender intentos interdisciplinarios duraderos, es el que más ha sido analizado en este artículo. Por todo ello, la relación que se infiera entre la iushistoria y la iusfilosofía no debe responder sólo a criterios exógenos (como los criterios propios de la organización universitaria o la forma de desenvolverse de los profesores en el campo académico), que suponen decisiones aislacionistas del eje central de la discusión. Dicho con mayor claridad: si se quieren respuestas con mayor estabilidad, la inquietud por la interacción disciplinaria debe resolverse fundamental desde adentro; esto es, desde los saberes que están comprometidos en su formulación.

Esta propuesta por una relación epistemológica y necesaria entre la iushistoria y la iusfilosofía, en el marco de la interdisciplinariedad, puede explicarse, en esencia, a partir de las siguientes líneas:

“La filosofía del derecho ha de servirse, pues, de los frutos de la investigación histórica, tanto como se sirve de ella, y más aún, aunque de muy diverso modo, la dogmática jurídica; se podría configurar un aspecto, ciertamente no secundario, de la filosofía del derecho, declarándola una filosofía de la historia del derecho

Frente a la historia jurídica, y como parte de ella, algún notable filósofo del derecho, como Kohler, quiso concebir una historia jurídica universal como síntesis abarcadora de los cometidos no solamente de la historia jurídica, sino también de la ciencia del derecho comparado; pero, aun después de concebida tal ciencia, vióse que también a ella le faltaba (...) la capacidad y la necesidad de la valoración, a la que no puede renunciar la filosofía del derecho so pena de renunciar a sí misma”³⁹.

Con fundamento en esto, es posible develar, por el momento, tres notas esenciales que deben cualificar la relación entre la iushistoria y la iusfilosofía:

- a) La conexión disciplinaria que subyace a su encuentro en nada obsta para afirmar la autonomía que permite diferenciarlas y aprehenderlas como saberes diferenciados, aunque, epistémicamente, puedan estar en profunda relación - comunicación. Es decir, el encuentro entre ambas disciplinas jurídicas no está determinado por relaciones de sujeción o interdependencia (sería absurdo defender su autonomía epistémica y luego, en el momento de su comunicación, perfilar tipologías que condicionen su encuentro a prelaciones y jerarquías previas)⁴⁰. Incluso, repitiendo algo ya dicho, para lograr una inter -multi- transdisciplinariedad es preciso contar con disciplinas diferenciadas entre sí. Para toda comunicación se requiere previamente cierta autonomía entre los agentes que se comunican.
- b) Si la relación entre la historia del derecho y la filosofía del derecho discurre en forma coordinada, esto supone que una y otra se nutren recíprocamente de los aspectos disciplinarios que identifican a cada una. De esta forma, la iushistoria se muestra a la iusfilosofía como el tiempo (época y espacio) del texto. En términos simples, la

³⁸ Esta clasificación se corresponde con los criterios fijados para la realización de la encuesta hecha a algunos profesores de Europa y América Latina, que tenían como especialidad la historia del derecho y/o la filosofía del derecho.

³⁹ LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, *Filosofía del Derecho*, Trad. Alberto S. Bianchi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 104-105.

⁴⁰ Por otra parte, Sergio Castaño, profesor de la Universidad de Buenos Aires, dijo: “En algún sentido, y sin desconocer en absoluto la importancia que en sí mismo reviste el conocimiento de la historia y de las doctrinas jurídicas, la Historia del Derecho fungiría como una suerte de *saber auxiliar* respecto del ápice fundamentador del conocimiento jurídico, constituido por la Filosofía del Derecho”. Encuesta realizada a diversos profesores de historia y filosofía del derecho.

filosofía del derecho interdisciplinaria debe servirse de la iushistoria para permitirse una ubicación (un ser-ahí) y permitírsela al fenómeno que analiza. Por su lado, la iusfilosofía permite a la historia del derecho una orientación crítica y analítica de sus estudios, sin buscar con esto la proscripción de su inicial interés descriptivo, en la medida en que una buena iushistoria -antes de iniciar la reconstrucción de la memoria por medio de la crítica y el análisis- debe estar en condiciones de dar cuenta -incluso descriptivamente- del fenómeno investigado. Por tanto, una dimensión analítica y valorativa de la historia del derecho no excluye la posibilidad de su integración con la dimensión tradicional de la misma (incluso la descriptiva). No obstante, esta función descriptiva inicial de un buen trabajo iushistórico no supone la neutralidad del investigador, ni mucho menos creer que los hechos históricos son independientes al historiador, tal como lo señaló Hespánha⁴¹:

“É que, de facto, os acontecimentos históricos não estão aí, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, eles são criados pelo trabalho do historiador, o qual seleciona a perspectiva, constrói objectos que não tem uma existência empírica (como curvas de natalidade, tradições literárias, sensibilidades ou mentalidades) ou cria esquemas mentais para organizar os eventos (...). A única coisa que o historiador pode verificar são seqüências meramente cronológicas entre acontecimentos; tudo o resto são inferência suas”.

- c) Finalmente, la relación entre ambos órdenes disciplinarios en una fase epistemológica interdisciplinaria no debe, ni puede, ser absoluta⁴², pero tampoco relativizable. En cuanto a lo primero, en lugar de conexiones disciplinarias, se estaría proponiendo una forma de imposición epistemológica cuya consecuencia se expresaría en la intención de una disciplina de eliminar la otra, o en la intención de una unión entre ambas. En cuanto a lo segundo, por el contrario, supone puntualizar que aquí se está proponiendo un supuesto de relación que no se apoya únicamente sobre la base del querer de quien estudia, sino también a partir de las condiciones dadas desde lo que se estudia; es decir, el encuentro entre iushistoria y filosofía del derecho tendría como uno de sus fundamentos “epistemológicos” (si es que se pudiera calificar en tal forma) un elemento subjetivo, pero que por sí sólo no explica la necesidad de interdisciplinaria desde el objeto consultado (si se cree que el elemento subjetivo es suficiente, se tendría que afirmar que una investigación es interdisciplinaria -o disciplinaria- si y sólo si el investigador así lo quiere, pero la cosa no es así de sencilla).

Tomando como referente estos dos enfoques que explican la interacción entre ambas disciplinas, se plantea uno adicional, más adecuado a los intereses del modelo de la complejidad, interesado en considerar las relaciones entre iushistoria y filosofía del derecho a partir del objeto problemático al que se aproxima el investigador. En esencia, se trata de establecer conexiones disciplinarias a partir de la precitada “razón interna” de todo análisis; en conse-

⁴¹ HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 34.

⁴² Sobre el particular, escribe Giorgio Federico Siboni: “Non di meno, per quanto ne so, la correlazione tra le due discipline di Filosofia del Diritto e di Storia del Diritto dovrebbe essere piuttosto stretta anche da noi e a mio modo di vedere (per cercare di rispondere anche al tuo secondo quesito) è altamente auspicabile e raccomandabile che sia così; affinché l’una illumini l’altra con l’apporto di un’analisi corretta sia epistemologicamente che nelle metodologie di trattazione delle questioni tecniche, storiche e filosofiche in merito al Diritto”. Encuesta citada.

cuencia, esta propuesta se fundamenta en un estudio conjunto determinado por el problema que, finalmente, será el que conjure el encuentro⁴³.

7. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior, la propuesta de una historia –especialmente crítica– del derecho lleva implícita la necesidad de un examen riguroso, lo que se traduce en una muy posible valoración; es decir, conlleva a la formulación de juicios dentro de un marco científico que permita una mejor integridad, coherencia y fundamentación de la reflexión jurídica.

En síntesis, la relación entre la historia del derecho y la filosofía del derecho puede lograrse desde diversos enfoques, varios de ellos explorados en este trabajo, siendo el más interesante aquel epistémico-comunicacional que preserva la identidad disciplinaria, a la vez que posibilita una relación interdisciplinaria. Este enfoque, como ya se dijo, constituye la expresión de un vínculo flexible, pero continuo, condicionado por el objeto de análisis, por el progreso epistemológico de las disciplinas en cuestión y por el interés del investigador. Incluso, hay que afirmar que quien sólo asuma un interés descriptivo frente a la historia del derecho, sin interesarle para nada su enfoque crítico, de alguna forma ya habrá reflexionado sobre la conveniencia de este modelo frente al enunciado con precedencia: ¿no es esto, acaso, una forma de filosofía del derecho *ex ante* a un estudio histórico circunscrito en la misma esfera?

Por tanto, la consideración de la iushistoria como una disciplina jurídica, consideración que da identidad en la medida en que aporta la memoria requerida al jurista y al derecho, no impide –pero no obliga tampoco– pensar en una comunicación con la iusfilosofía, entendida ésta como una disciplina, igualmente, jurídica. Y esta comunicación puede lograrse desde el investigador mismo –lo que supondría que fuera competente para ambas disciplinas– o desde el objeto problemático –esto es, una investigación basada en problemas y no en territorios del saber, que acepta todos los conocimientos jurídicos pertinentes para la atención del problema de investigación, conocimientos que no siempre tiene el investigador desde un principio–. Ahora bien, para el desarrollo de este enfoque, el profesor latinoamericano se encuentra en una posición aventajada con respecto a su colega europeo o norteamericano, por las condiciones universitarias y de sociología de las ciencias que antes se señalaron. Esto es un punto de conexión entre el enfoque departamental, docente y epistemológico que redundará a favor de la propuesta aquí enunciada.

Pero este enfoque relacional conllevaría revoluciones importantes en el interior de cada disciplina jurídica. Piénsese sólo en los efectos disciplinarios de una investigación iusfilosófica que integre la forma de preguntar de un iushistoriador en su pesquisa para responder un problema. Sería como preguntarse qué dijo Kelsen frente a cierto tópico jurídico, al mismo tiempo que se narran sus influencias, la recepción que tuvo esa obra y los contextos jurídicos que la rodearon. Se trataría de una iushistoriosofía, no como una nueva disciplina jurídica, sino como el fruto de la comunicación interdisciplinaria que pone en evidencia una posibilidad de relación más allá de lo meramente contingente.

⁴³ Hay que reiterar que esa relación a partir del objeto no se modifica aunque el investigador, debiendo desarrollarla, no lo hubiera hecho. En este caso, la relación fue latente y, por demás, implícita. De esta forma, si el investigador, pudiendo efectuar análisis interdisciplinarios (por permitírsele el objeto de estudio y el actual desarrollo epistémico de la disciplina), no los hace, este acto de asilamiento no puede ni debe entenderse como una negación de los vínculos que internamente podrían existir entre ambas disciplinas jurídicas.

En fin, de esta forma el derecho investigado sería, nuevamente, tomado como un producto o proyecto socio-cultural, con historia y susceptible de ser filosofado. Este derecho sería, pues, el objeto de una especie de filosofía de la historia del derecho que, a su vez, podría comportarse como una historia de la filosofía del derecho, punto de encuentro –aunque no siempre pacífico– de tres disciplinas generales (filosofía, historia y derecho) y otras especiales (iusfilosofía, iushistoria y derechos dogmáticos, etc.).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, en: *Doxa*, N° 26, pp. 147-159 2003.
- BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. *Los asuntos de la Filosofía del Derecho*, en: *Doxa*, N° 22, 1999.
- BOTERO, Andrés. “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, en: *Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Norte* N° 21, pp. 163-199, Barranquilla 2004.
- BOTERO, Andrés. *Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial*, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen XVII, pp. 53-82, 2005.
- BOTERO Andrés. *Presentación del libro*, en: BOTERO Andrés (Editor), *Origen del Constitucionalismo Colombiano*, Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho, Medellín: Universidad de Medellín, 2006.
- BOTERO, Andrés. *La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos?*, en: Eduardo Domínguez Gómez (ed.), *Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora*. Medellín: Canal U y Universidad EAFIT, 2008, pp. 595-613.
- CORTS GRAU, José. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editora Nacional, 1948.
- GARCÍA, Julián. “Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho”: un discurso sobre el discurso, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 38, N° 108, pp. 73-96, 2008.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOYOS, Carlos Augusto. *Panorama de la filosofía en el derecho*. Colombia: Editorial Jurídica de Colombia, 2000.
- VON IHERING, Rudolf. *¿Es el derecho una ciencia?*, Trad. Federico Fernández-Crehuet Granada: López, Comares, 2002.
- KAUFMANN Arthur. *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KUHN T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad. Agustín Contin, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LÓPEZ DE OÑATE, FLAVIO. *Filosofía del Derecho*. Trad. Alberto S. Bianchi, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- NARANJO VILLEGAS, Abel. *Filosofía del Derecho*. –5ª ed.– Bogotá: Temis, 1992.
- NARVÁEZ, José Ramón. “Recibir y concebir el derecho en la historia”: una propuesta a la base de la función de la historia del derecho, en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho (Revista en línea)*, N° 7, p. 6-7 (2003-2004) (acceso 12 junio de 2007) Disponible en: www.filosofiyderecho.com/rtfd/index.htm.

- PETIT, Carlos. *De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria*, en: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, N° 8, pp. 237-279, 2005.
- ROMERO JOSÉ LUIS. *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2001.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*, México: Fontamara, 1994.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*. Madrid: Trotta, 2002.
- SÁNCHEZ - ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho (I: Instituciones Político-Administrativas)*. Madrid: Dykinson, 1995.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)*, en: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo: Historia del derecho y derecho comparado*, Volumen II. México: UNAM, 1979.
- VILCHES FUENTES, Hugo. "La teoría de la historia del derecho en Ricardo Zorraquín Becú", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 27, pp. 353-363, 2005.
- ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo, "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho", en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 24, 1978.