

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts (Tartu)

Artikel vom 30. März 2009

© 2009 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0903palma.htm>

ISSN 1860-5605

Eric Eduardo Palma González (Universidad de Chile):

Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile

Sumario:

1. Evolución de la historiografía jurídica chilena
2. La pedagogía crítica y la enseñanza de la historia del derecho
3. Metodología y estudio del Derecho vigente
 - 3.1. Historia jurídico-social, integral o polifacética

La nueva economía y el orden social que prometía la sociedad globalizada y de la información¹ están siendo cuestionados. Los interesados en no dar cobertura a los efectos negativos del sistema neoliberal no han podido, ante las manifestaciones concretas de las diferentes crisis, impedir la socialización de la idea que algo no viene funcionando bien. 1

Al parecer seremos testigos privilegiados de la crisis del imperialismo americano y de la emergencia de una sociedad multipolar. Esta nueva sociedad puede engendrar factores de retroceso y frustrar expectativas sobre los cambios socioculturales pregonados en las dos últimas décadas. China, el principal elemento vitalizador de la actual economía mundial², puede caracterizarse por su escasa contribución a la economía del conocimiento (de la que 2

1 Véase la Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Túnez, 2005, documento ONU WSIS-03/GENEVA/4-S (<http://www.itu.int/wsis/index-es.html>).

2 De acuerdo con las informaciones proporcionadas por el Observatorio de la economía y la sociedad China. “Si China sigue creciendo, se convertirá en la primera economía del mundo hacia 2020, un estudio de prospectiva sugiere que hacia 2030 el producto bruto mundial podría duplicar con creces al de América del Norte y al de Europa occidental, y hacia el 2050, la renta per cápita del país será equivalente a la actual de Estados Unidos, en otras palabras, China será entonces un país plenamente desarrollado... después de su entrada en la Organización Mundial del Comercio (OMC) a finales de 2001, la integración de China en el comercio internacional ha sido sorprendentemente rápida y su papel ha pasado a ser preponderante, no sólo desde el punto de vista de la oferta mundial sino también desde la óptica de la demanda global” (véase <http://www.eumed.net/rev/china/05/hchi.htm>).

Albert Keidel, ex economista del Banco Mundial y del Tesoro estadounidense, ha sostenido que la crisis actual tendrá menor impacto en China que en otras economías (“It is almost certain that China's GDP will be greater than that of the United States by 2038. With this crisis, this catching up could occur even sooner. Maybe just before 2030, if the Chinese recover fairly quickly as I expect and if the United States experiences very slow growth for several years”, en <http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=22575&prog=zch>).

tanto esperaban, y esperan, los países más desarrollados) y destacarse por su nula contribución a la cultura humanitaria (el avance chino hacia un modelo socioeconómico cultural de capitalismo de Estado sin democracia es claramente de matriz patriarcal).³

La configuración de la sociedad globalizada y de la información tal como ocurrió con el expansionismo romano, musulmán, germano, español, etc., etc., se hizo recurriendo al Derecho. Hemos sido espectadores de la emergencia de nuevas disciplinas jurídicas, como el derecho informático y de las telecomunicaciones, el derecho del medio ambiente. También del afianzamiento de un nuevo Derecho Internacional Privado y un nuevo Derecho económico.⁴

Paralelo a este desarrollo se han verificado avances significativos en la protección de los derechos humanos a nivel planetario: lo que no significa que se hayan dejado de violar por particulares y estados.⁵ A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido posible encaminar esfuerzos individuales y colectivos, para avanzar hacia un nuevo tipo de mentalidad que sustituya a la patriarcal que nos ha acompañado en los últimos tres mil años. Esta nueva forma de conducta, inspirada en la experiencia también nueva de un mayor respeto a los derechos humanos, viene generando una cultura y una mentalidad, la mentalidad humanitaria, cuyo asentamiento es el sueño colectivo de mayor alcance

3 El Estado chino ha sido criticado por Amnistía Internacional y por Human Rights Watch debido a la persecución de la disidencia y por la censura de páginas web.

El Observatorio de la economía y la sociedad China califica al sistema socioeconómico como “sistema de economía de mercado socialista”.

Véase el importante texto Documento sobre la política de China hacia América Latina y el Caribe, en <<http://www.eumed.net/rev/china/09/documento.pdf>>.

De acuerdo con información proporcionada por el Banco Mundial en enero de 2009, China se convirtió en la tercera economía mundial desplazando a Alemania.

4 Véase de Francesco Galcano, *La Globalización en el espejo del Derecho*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

5 Para un balance de los efectos de la declaración puede verse la obra colectiva *Derecho Humanos Hoy. Balance Internacional*, Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile, editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2008.

Mientras escribíamos este artículo el Estado de Israel inició una operación militar en territorio palestino que dejó centenares de víctimas muchas de las cuales son niños y civiles. La reacción de la ONU, expresada en las declaraciones del presidente de la Asamblea General, el nicaragüense Miguel d'Escoto, fue de cuestionamiento de este accionar militar por atentar contra el derecho internacional. “En sesión solicitada por 118 países d'Escoto destacó que la Asamblea, el ‘órgano más representativo y democrático de la ONU’ no podía permanecer de brazos cruzados cuando la resolución 1860 aprobada el 8 de enero seguía siendo letra muerta. Las violaciones del derecho internacional cometidas durante el ataque a Gaza fueron debidamente señaladas: castigo colectivo, uso desproporcionado de la fuerza y ataque a blancos civiles, entre ellos casas, mezquitas, universidades y escuelas”, dijo d'Escoto durante la sesión (<http://es.noticias.yahoo.com/12/20090115/twl-israel-viola-el-derecho-internaciona-3d6e619.html>).

Según Mauricio Abu-Ghosh, presidente de la Federación Palestina de Chile, la comunidad palestina chilena asciende a 300.000 personas y es la más grande fuera del mundo árabe.

mundial en los tiempos presentes.

Configurar posibilidades para el desarrollo de nuestra disciplina en el siglo XXI, si la queremos entender en el seno de las humanidades y las ciencias sociales, nos exigirá poner atención a nuestra actual situación socioeconómica, política, jurídica y cultural, así como a los discursos que pretenden hoy por hoy hacerse cargo de su descripción e interpretación.⁶ Debe haber espacio en la historiografía jurídica para estos fenómenos porque conforman parte importante de nuestra propia realidad: Hemos sido actores u observadores del papel del Derecho (nuestro principal objeto de estudio) en su construcción. 5

No perdemos de vista que la noción historia del derecho es polisémica, es decir, que designa un acontecer, un tipo de investigación y una cátedra.⁷ Dado que nos interesa el tiempo histórico que se abre a partir de la década de 1940, y los fenómenos jurídicos que en él se verifican, corresponde que la investigación se ocupe de ellos; que se entiendan por lo mismo como parte del pasado jurídico y; que como tal, sean objeto de enseñanza-aprendizaje en la cátedra de historia del Derecho. Para cumplir con esta tarea debemos construir el utillaje teórico de una historia del Derecho del tiempo presente⁸. 6

La pervivencia de nuestra disciplina no tiene que ver solamente con nuestra capacidad para dar noticia del derecho más pretérito. Es necesario acompañar a nuestros jóvenes estudiantes en sus actuales preocupaciones que para el caso de Chile tienen que ver con la debilidad del sistema democrático, la pobreza, la concentración excesiva de la riqueza, el 7

6 La pregonada crisis del conocimiento científico y de las ideologías han implicado un cierto debilitamiento de la construcción de explicaciones sobre esta realidad múltiple que hemos venido construyendo como humanidad (véase el artículo de Atilio Borón, “¿Una teoría social para el siglo XXI?”, *Estudios Sociológicos* 2000 (en Internet en http://revistas.colmex.mx/revistas/8/art_8_723_4398.pdf).

7 Decimos que existe una clase llamada Historia del Derecho que se nutre de la investigación desarrollada por la disciplina de la Historia del Derecho al analizar la historia del derecho de una sociedad determinada. Hay, por lo tanto, un programa de curso que se nutre de una investigación referida a un pasado jurídico determinado: hay investigadores y docentes, prácticas metodológicas y prácticas pedagógicas referidas a determinados sucesos del pasado jurídico.

En la cátedra se hace una exposición sistemática del resultado de las investigaciones históricas e histórico-jurídicas referidas a una época y sociedad determinada. Tal investigación es posible porque el Derecho es un producto histórico, tiene pasado, existe un acontecer jurídico pretérito, una historia del Derecho.

8 Para un acercamiento al tema de la historia del tiempo presente puede visitarse, con provecho, la página Web de Carlos Barros (<http://www.cbarros.com/>) y la página de Historia a Debate (<http://www.h-debate.com/>)

9 Chile exhibe, en atención a los numerosos tratados de libre comercio que ha suscrito, un alto grado de internacionalización y dependencia de su economía: no hay suceso relevante de carácter socioeconómico a nivel mundial que no termine generando consecuencias para nuestras vidas cotidianas. La crisis

cambio climático e igualmente con el globalismo⁹, la sociedad de la información y el conocimiento (un nuevo modelo de producción económico tecnológico al que Castells llama informacionalismo)¹⁰ que está en este momento en tela de juicio por el desastre climático y económico.

Para evaluar las posibilidades de una nueva historia del Derecho que se ocupe también del tiempo presente e introduzca en los estudios de Derecho los actuales desafíos personales y colectivos que nos esperan, así como para establecer las posibilidades de apertura de nuestra disciplina a estas nuevas realidades históricas, parece útil realizar un balance de lo que hemos venido haciendo en la investigación, la determinación de nuestro objeto de estudio y la cátedra.¹¹ 8

1. Evolución de la historiografía jurídica chilena¹²

En nuestro país la historiografía jurídica y la cátedra se han desarrollado en el seno de las Escuelas de Derecho desde principios del siglo XX y ha sido tarea fundamentalmente de abogados (pocos historiadores han incursionado en investigación histórico-jurídica y menos han impartido la cátedra). Se han manifestado básicamente cuatro concepciones histórico-jurídicas: la histórico-jurídica sociológica; la visión bifronte de Aníbal Bascañán; la concepción de la Escuela Chilena de Historia del Derecho y la concepción polifacética. 9

americana ha implicado para millones de trabajadores chilenos pérdidas muy cuantiosas (alrededor del 40%) en nuestros ahorros previsionales.

10 Véase para una reflexión sobre la participación de Chile en la sociedad de la información y el conocimiento y la noción de informacionalismo Manuel Castells, *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, editorial Fondo de Cultura Económica, 2005; y para una reflexión de carácter general sobre este fenómeno su trabajo *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura*, Editorial Siglo XXI.

11 El interés legítimo del historiador por el tiempo presente está justificado en la obra del fundador Francisco Martínez Marina.

Para una reflexión sobre la responsabilidad del historiador del derecho constitucional en esta materia, véase Marta Lorente, “Cultura constitucional e historiografía del constitucionalismo en España”, en (http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier5.pdf).

12 Para la elaboración de este apartado he seguido de cerca mi texto *Historia del Derecho. Apuntes para clases activas. Capítulo I*, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1993; *Historia del Derecho en Chile: investigación, método, cátedra*, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1995; y mi artículo “Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX”, *Ius et Praxis*, Escuela de Derecho Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997.

Reitero en este artículo varias de las ideas que he venido sosteniendo en los últimos 15 años y rectifico otras. Hoy día comparten esta visión los ayudantes de mi cátedra Javiera Álvarez Ainzúa, Esteban Bravo Botta, Nicolás Carrasco, Young Park y Karen Tapia.

El primer período de la historiografía jurídica chilena se desarrolla entre los años de 1902 y 1954. Para los historiadores sociólogos (Valentín Letelier, Juan Antonio Iribarren, Arturo San Cristóbal) la Historia del Derecho era el resultado de la sumatoria de la sociología jurídica más la historia de la legislación. **10**

Iribarren señalaba en 1938: Existen leyes que regulan el devenir histórico-jurídico: **11**

“El Derecho es un producto social, por cuanto en su génesis, desarrollo y evolución actúan las causas sociales, a título de factores y de circunstancias determinantes de todo el proceso jurídico...El Derecho es, también, proporcional a las circunstancias que constituyen toda la vida del pueblo que lo engendra y principalmente, al grado de su cultura y a las formas de su organización económica”.¹³

Paralelamente a la perspectiva histórica jurídica sociológica se desarrolló la concepción bifronte de Aníbal Bascuñán. En la década de 1930 realizó en España su doctorado en Derecho. Fue dirigido por Rafael Altamira y versó su disertación doctoral sobre la organización política y jurídica de los Incas. No obstante las ideas de su maestro chileno, Juan Antonio Iribarren y de su profesor español, Altamira, se alejó de la perspectiva sociológica y asignó al estudio de la Historia del Derecho la tarea de conocer, reconstruir, valorar y exponer el Derecho en cuanto proceso. La novedad de su pensamiento radica en su perspectiva de análisis: planteó una nueva línea de investigación que lo alejaba de la denominada perspectiva sociológica. Separó los estudios sociológicos de los histórico-jurídicos elevando a la historia del Derecho al carácter de ciencia autónoma de la sociología y vinculada a la ciencia histórica y a la ciencia jurídica¹⁴. **12**

Propuso estudiar nuevas temáticas, como por ejemplo la historia de la enseñanza de la Historia del Derecho; la historia de la cátedra de Historia del Derecho; el análisis y proposición de métodos y técnicas de la investigación histórico-jurídica; el Derecho indioamericano, aborígen precolombino; culturas precolombinas; el tahuantinsuyo; Chile **13**

13 “La defensa de los intereses morales y materiales que crean la cultura y la economía, respectivamente, dan lugar al nacimiento y desarrollo de las correspondientes instituciones jurídicas, a medida que aquellas van apareciendo y perfeccionándose...La Historia del Derecho es una ciencia que investiga con la mira de conocer y exponer de forma correlacionada y metódica, los hechos histórico-jurídicos y los fenómenos sociales que le sirven de motivo causal” - Juan Antonio Iribarren, *Historia General del Derecho*, editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1938.

14 Esta concepción dual o bifronte de la historiográfica jurídica antecede en varios años al planteamiento del español Jesús Lalinde Abadía y es coetánea con la visión de García de Valdeavellano.

15 Afirmó “La Historia del Derecho es una ciencia filial de la Ciencia Histórica y de la Ciencia Jurídica, y también, un Arte, que tiene por fines el conocimiento, la reconstrucción, la valoración y exposición del

aborigen, los araucanos; el imperio de Anahuac o Azteca.¹⁵

Bascuñán no fue el primero en cuestionar el problema del carácter científico del conocimiento histórico-jurídico, ya lo había hecho antes Juan Antonio Iribarren, sin embargo, consideró nuevos temas y abandonó el estudio de otros, rechazando la formulación de caracterizaciones genéricas no referidas a sociedades y épocas específicas, aspecto característico del enfoque de Arturo San Cristóbal, y en menor grado de Iribarren. 14

Numerosos tópicos de su obra jurídica relativos a los aspectos generales de la Historia del Derecho ya figuraban en la obra de Iribarren del año 1938, así por ejemplo la definición de la Historia del Derecho como ciencia; las reflexiones sobre la utilidad de la disciplina; las escuelas de Historia del Derecho; la problemática relativa al objeto de la Historia del Derecho y su contenido; el sujeto de la Historia del Derecho. 15

Desde la perspectiva de la evolución de la historiografía jurídica en Chile su propuesta de nuevo plan de estudios, que aprobó en 1950, se diferencia y destaca por lo que dejó de lado¹⁶. Dichos temas eran tratados por Iribarren, que era también profesor de Derecho Administrativo, sin referencia a una sociedad específica y haciendo mención en diversos casos a los orígenes sociológicos de las instituciones estudiadas. La historia del Derecho Constitucional de Chile, del Derecho Civil, Penal, Comercial, de Minas, del Trabajo y Procesal, que eran estudiadas por los historiadores sociólogos, no fue considerada de modo particular en el programa de 1950. 16

Estas dos primeras visiones historiográficas en la medida que atendían a los vínculos entre el Derecho y la sociedad se encontraban abiertas a una comprensión del Derecho como producto social, es decir, como fenómeno dotado de una relativa y no absoluta autonomía. Desde el punto de vista de la conducta y sus valores políticos, Bascuñán y Letelier fueron grandes innovadores en materia jurídica, pedagógica y de gestión universitaria. 17

Luego de la reforma del programa oficial de Historia del Derecho en 1950, año en que Bascuñán dejó de impartir clases para asumir nuevas responsabilidades, su visión de la 18

Derecho en cuanto proceso. En cuanto proceso entendemos: a) Los fenómenos mesológicos (naturales, sociales, económicos, culturales, ideológicos, psicológicos, afectivos, etc.) determinantes o condicionadores de los fenómenos o hechos jurídicos” (Aníbal Bascuñán Valdés, *Elementos de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1954, pág. 77)

16 Modo de formación del Derecho, Modo de conservación del Derecho; Modos de modificación del Derecho; Historia del Derecho Público; Orígenes de las asambleas deliberantes; Génesis del Gobierno; Génesis de la justicia; Historia de la Administración Pública; Historia de los servicios de Administración Política; la fuerza pública, el servicio financiero, el servicio diplomático; Historia de los Servicios de Administración Social; de beneficencia, asistencia y previsión social; la educación pública; la salubridad; Historia de los servicios de Administración Mixta; Medios de comunicación; Medios de transporte.

cátedra y de la investigación histórico-jurídica fue paulatinamente abandonada.

La nueva perspectiva, configurada por la llamada Escuela Chilena de Historia del Derecho,¹⁷ liderada por Alamiro de Ávila y Martel, ayudante de Bascuñán, siguió muy de cerca los planteamientos del historiador español Alfonso García-Gallo de Diego.¹⁸ 19

Alfonso García-Gallo sostuvo en los años de 1952 y 1953 la necesidad de no contaminar la Historia del Derecho con la Historia General o Total¹⁹. Para defender esta separación, que fue presentada como una defensa de la autonomía cognoscitiva de la historiográfica jurídica, se propuso para ésta el estatus de ciencia jurídica. 20

Hay una discrepancia radical entre el iushistoriador español, aunque éste no llamó la 21

17 En 1975 se crea, con el apoyo principal de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso el Instituto Chileno de Historia del derecho y Derecho romano. Esta universidad publica a partir de 1976 la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Alejandro Guzmán Brito, discípulo del romanista español Álvaro d'Ors, al presentar la publicación emplea la denominación Escuela Chilena de Historia del Derecho. Sus máximos representantes son Alamiro de Ávila y Martel, Antonio Dougnac Rodríguez, Alejandro Guzmán Brito y Javier Barrientos Grandón.

18 El reconocimiento de la Escuela Chilena de Historia del Derecho a la influencia de García-Gallo se ha testimoniado en la Revista Chilena de Historia del Derecho en diferentes ocasiones, v. g. N° 15, 1989. Recordemos además que García-Gallo publica en Chile en el año 1971 su texto sobre metodología del Derecho Indiano.

19 Para una comprensión de esta noción véase Pierre Salmon, *Historia y Crítica. Introducción a la metodología histórica*, editorial Teide, Barcelona, 1972; Pierre Sorlin y Peter Laslett *El método histórico. Conversaciones internacionales sobre Historia*, Eunsa, Pamplona, 1974; Joseph Fontana, *La Historia*, Salvat, 1974; Jacques Le Goff y Pierre Nora (dir.), *Hacer la Historia*, 3 vols., Laia, Barcelona, 1978; Franco Catalano, *Metodología y enseñanza de la Historia*, Barcelona, 1980; Ciro Cardoso, F.S. y H Pérez- Brignoli, *Los métodos de la Historia. Introducción a los problemas, métodos y técnicas de la historia demográfica, económica y social*, Crítica, 4ª ed., 1989; Carlos Rama, *La historiografía como conciencia histórica*, editorial Montecinos, 3ª ed. 1989; Francisco Vásquez García, *Estudios de teoría y metodología del saber histórico*, Cádiz, 1989; Pelai Pages, *Introducción a la Historia. Epistemología, teoría y problemas de método en los estudios históricos*, Barcanova, 4ª ed., 1990, Barcelona; Jerzy Topolski, *Metodología de la Historia*, Cátedra, 3ª ed.; Francisco Alía Miranda, *Técnicas de investigación para historiadores*, Síntesis, Madrid, 2005.

20 En su trabajo de 1953, "El desarrollo de la historiografía jurídica indiana", *Revista de Estudios Políticos*, N° 70, pág. 34, resalta que la concepción sociológica en Historia del derecho ha dado paso a "...una consideración esencialmente jurídica de la Historia del derecho Indiano...", así se desprende de la obra de José Mª Ots y Capdequi, de Juan Manzano, "...y de la mía propia entre los españoles, o en la de Aníbal Bascuñán Valdés... y en la de su discípulo Alamiro de Ávila Martel". Igual reconocimiento había hecho en el año anterior en su artículo "Panorama..(cita 18), p. 49.

Este mismo artículo muestra un escaso reconocimiento a la obra histórico-jurídica de Altamira. De hecho a su afirmación de que Altamira no realizó ningún estudio de investigación personal en los primeros decenios del siglo XX, cabe replicar que Altamira escribió en 1939, *Técnica en investigación en la Historia del Derecho Indiano*, México. Además, al tratar del período posterior no menciona los importantes trabajos publicados en el exilio por Altamira, *Manual de investigación de la Historia del Derecho Indiano*, México, 1948; *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1948. la omisión de estas obras es aún más criticable si tenemos a la vista que García-Gallo en su artículo anterior "Panorama actual de los estudios de Derecho Indiano", *Revista de la Universidad de Madrid*, manifiesta conocer los trabajos de Altamira y adopta una posición altamente crítica respecto de ellos.

atención sobre sus sustanciales diferencias,²⁰ y el chileno Bascuñán: el monismo jurídico, el reduccionismo jurídico de García-Gallo en esta década de 1950, es absolutamente incompatible con la concepción dual de la Historia del Derecho y en la que se reconoce influencia de Rafael Altamira. La línea historiográfica de don Aníbal tiene poco en común con los planteamientos de García-Gallo.

Para Bascuñán, como ya hemos visto, la Historia del Derecho comprende el conocimiento, la reconstrucción, valoración y exposición del Derecho en cuanto proceso, y al decir proceso entiende la presencia de fenómenos naturales, sociales, económicos, culturales, ideológicos, psicológicos, afectivos, etc., determinantes o condicionadores de los fenómenos jurídicos. Esta concepción explica sobradamente que se considere por Bascuñán a la Historia del Derecho como ciencia filial de la Historia y del Derecho, y como un arte. 22

García-Gallo interesado en promover su visión en Iberoamérica se centra en el rechazo de Bascuñán al sociologismo. Curiosamente no adopta frente a don Aníbal una posición de reafirmación cabal de su postura científica, de haberlo hecho habría sido imposible para él abrirse un espacio en el seno de la historiografía chilena, con lo cual contrarrestaba en otro punto de América la influencia de Altamira que aunque mínima en la actividad cotidiana era significativa en la posición científica. 23

Se puede constatar en la historia de la Escuela Chilena de Historia del Derecho las mismas 24

21 Pérez-Prendes ofrece una explicación socio-política acerca de lo que él denomina “gallismo” o “escuela de García-Gallo”, sin relación alguna con Hinojosa y vinculando estrechamente a la escuela con el franquismo: a) Fomento de una investigación estrictamente jurídico-formal que prescinde de las conexiones y repercusiones socioeconómicas de lo jurídico. Con lo cual coincide con el propósito del régimen de Franco de tecnificar el uso del Derecho para evitar la formación de una conciencia social de su uso político; b) Ruptura de la investigación histórico-jurídica con sus antecedentes anteriores a la guerra civil – el franquismo procuró el desarraigo de todo lo contrario a su ideología -: “*Así el Derecho Indiano es replanteado de nuevo, ocultando o desacreditando directamente todo lo que resulte posible, la labor anterior de Altamira y acogiendo las premisas reaccionarias del argentino Ricardo Levene*”; c) Búsqueda de planteamientos de novedad para la Escuela coincidiendo con la necesidad del régimen de crear una cultura distinta v.g. afirmación del carácter territorial de la legislación visigótica; d) Aislamiento de las corrientes investigadoras que se desarrollan en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial. Coincidiendo con el planteamiento del franquismo de España como reserva espiritual; e) Presentación de un nuevo método llamado “institucional” que partía de la convicción de la existencia de instituciones jurídicas fundamentales perennes e inalteradas en el nuevo curso de la historia, muy en relación con la concepción nacionalsocialista de la existencia de instituciones prepolíticas (José Manuel Pérez-Prendes Muñoz Arraco, *Interpretación Histórica del Derecho. Notas. Esquemas. Prácticas*, Madrid, 1996, págs. 133-134).

García-Gallo tuvo una actitud de franca persecución en relación con la emergencia y consolidación de ideas divergentes con las suyas. Así por ejemplo, mantuvo una actitud hostil respecto del trabajo de Bartolomé Clavero (véase en *Forum Historiae Iuris* la entrevista que Fernando Martínez y Alejandro Agüero realizan al profesor Clavero y en que se relatan sus intentos y los de otros profesores alentados por él, de impedir el avance de una perspectiva “roja” en historia del Derecho -

etapas que Manuel Pérez-Prendes identifica para lo que llama gallismo ²¹, aunque claro está no en el mismo período. Para el caso chileno podemos hablar de una primera fase que va desde la década de 1950 al año 1999; y una segunda etapa que se inició en dicho año y se proyecta hasta hoy (2009).

En 1959 se publicó el primer número de la Revista Chilena de Historia del Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, publicación destinada a todas aquellas materias que consideran al Derecho como objeto histórico: Derecho Romano, Historia del Derecho e Historia Constitucional. Su primer director fue Alamiro de Ávila Martel. ²² La falta de continuidad de la concepción de la Historia del Derecho como ciencia histórica, de la que es responsable García-Gallo al alejarse de Eduardo de Hinojosa; la oposición entre Altamira y García-Gallo, que implica la oposición entre la Historia del Derecho y las ciencias sociales afines, que Altamira y Bascuñán no aceptan; implicará para el caso chileno el inicio de un largo período de tiempo en que las discusiones historiográficas generadas en el mundo de los historiadores no inspirarán ninguna reflexión entre los iushistoriadores. 25

En el largo periodo que va desde la década de 1960 al 2009 la profesora María Angélica Figueroa no ha integrado el círculo de la Escuela Chilena y ha cultivado una historia del Derecho que atiende a las ciencias sociales. Lo propio hizo en su momento Carlos Hamilton. ²³ 26

<http://www.forhistiur.de/zitat/0803clavero.htm->

22 En la presentación del número 1 de la revista a propósito de la caracterización de la investigación histórico-jurídica se dice: “Entendemos la historia del Derecho como el estudio de todo nuestro pasado jurídico desde sus tiempos más remotos, abarcando así la historia del derecho español, desde la prehistoria y del castellano...del derecho indígena americano; del derecho indiano, especialmente en sus peculiaridades en el reino de Chile y, finalmente la historia del derecho nacional. En Chile los estudios jurídicos han tenido un cultivo de importancia en el último cuarto de siglo, especialmente en nuestra Facultad. Su impulso se debió al trabajo y al entusiasmo del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, hoy alejado de la Historia del Derecho para atender otras altas ocupaciones universitarias. Sus discípulos continuamos la tarea. Esperamos que la fundación de esta revista especializada sea un signo de progreso en esa labor científica” (en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, número 1, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1959, página 7).

Actualmente se publican en Chile cuatro revistas de Historia del Derecho, dos por la Universidad de Chile (*Revista Chilena de Historia del Derecho*, *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*); una por la Universidad Católica de Valparaíso (*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*) y otra por la Fundación Fueyo la revista *Historia del Derecho Privado*.

23 Doctor en Derecho Canónico, sacerdote, autor de un *Manual de Historia del Derecho* (*Manual de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, revisada y actualizada. Santiago, Chile, 1970) que le significó una agria disputa con el profesor e historiador del Derecho Manuel Salvat. Dejó la Facultad y se trasladó a vivir a Estados Unidos.

Alamiro de Ávila y Martel al conciliar sus puntos de vista con los de García-Gallo se separó de la matriz creada por su maestro Aníbal Bascuñán, transformándose en el verdadero fundador de la Escuela chilena de Historia del Derecho. 27

Según la explicación del profesor Antonio Dougnac hay entre los cultivadores de la Historia del Derecho en Chile un *espíritu de cuerpo* que se fue formando, entre otros factores, gracias a la fundación en 1975 del Instituto Chileno de Historia del Derecho y Derecho Romano. Por lo demás, los chilenos eran reconocidos *como formando una escuela* en los congresos internacionales de Derecho Indiano –que empezaron en la década de 1960-.²⁴ Sostengo que es precisamente en esta etapa, en la que Bascuñán ya no ejercía como iushistoriador que empezó a formarse la *Escuela Chilena de Historiadores* 28

24 Señala el chileno Sergio Martínez Baeza en un discurso pronunciado en la Universidad de Córdoba que “en 1966, y en ocasión de celebrarse en Buenos Aires el IV Congreso Internacional de Historia de América, los historiadores del derecho que allí estábamos nos reunimos el 11 de octubre, y echamos las bases del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, cuya dirección confiamos a un triunvirato compuesto por Alamiro de Ávila Martel, Ricardo Zorraquín Becú y Alfonso García Gallo, un chileno, un argentino y un español. De los 21 miembros fundadores, cinco éramos chilenos, otros cinco españoles y siete argentinos, más un norteamericano, un peruano, un paraguayo y un mexicano. Ello era bien demostrativo de los lugares en que había un mayor número de especialistas y para los chilenos significó un gran reconocimiento, ya que ponía a los discípulos de Aníbal Bascuñán a la altura de los de Levene y Altamira. Desde ese momento, puede decirse que tomamos conciencia de la existencia de una verdadera Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, y fue tal nuestro entusiasmo que, de inmediato, ofrecimos que la segunda reunión del naciente Instituto se realizara en nuestro país.

Me correspondió integrar la Comisión Organizadora de aquel Segundo Congreso del Instituto

Internacional de Historia del Derecho Indiano, que tuvo lugar en Santiago entre el 29 de septiembre y el 3 de octubre de 1969. Creo que en esa ocasión quedó consolidada la Escuela Chilena de la especialidad, pues se invitó a importantes historiadores nacionales que habían hecho aportes al tema, como Ricardo Donoso, Néstor Meza, Sergio Villalobos, Juan de Luigi, Javier González y otros. Además, se presentaron a la palestra internacional estudiosos procedentes de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica, de la Universidad de Concepción, de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía y de la Academia Chilena de la Historia” (el discurso en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artescuelachilena>, visitado en enero de 2009).

25 Dougnac R., Antonio considera a Aníbal Bascuñán y a su maestro Ávila Martel como los fundadores de la Escuela Chilena (véase “Alamiro de Ávila Martel. Cofundador de la Escuela Chilena de Historia del Derecho”, en *Discursos académicos pronunciados en el acto en que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 31 de Octubre de 1989, recibió como profesor emérito a don Alamiro de Ávila Martel*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1989, pp. 5-32).

Esta tesis según la cual la concepción bifronte de Aníbal Bascuñán no funda dicha Escuela ha sido rebatida por el profesor Dougnac en la obra *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999. Reflexionando sobre la permanencia de los planteamientos formulados por Bascuñán sostiene: “Si con el tiempo, como es natural, los planteamientos originales de Bascuñán perdieron vigencia, o bien, fueron revisados a la luz de los nuevos acontecimientos académicos –implícitamente, por cuanto no hay constancia de una revisión consciente por nadie perteneciente al grupo–, ello no implica necesariamente su abandono total. Lo más apropiado, creemos, sería calificar el hecho como un pausado transitar de un tema histórico general, a uno particular, más propio de nuestro país, cual es el cultivo del Derecho Indiano y del Patrio. Si bien se investiga el fenómeno jurídico desde la perspectiva que les (sic) es propia, o sea la jurídica, no por esto se ha dejado de lado el análisis pormenorizado de las variantes que confluyen en él, o bien el

Los elementos que definen a dicha agrupación son, a mi juicio, de orden temático: Les interesa el Derecho Romano como elemento formador de la tradición jurídica occidental, de ahí la estrecha vinculación entre romanistas e historiadores; les interesa el Derecho Indiano por ser, a su juicio, una manifestación acabada de la ética cristiana, así como una manifestación de un Derecho estatal y de juristas –de ahí su interés en reconocer al Derecho Común en Indias–; les importa el Derecho patrio contemporáneo en tanto negación, discontinuidad o pervivencia de esta tradición; les identifica su hispanismo y su catolicismo; en lo relativo a su práctica investigadora trabajan fundamentalmente en el marco del positivismo histórico, principalmente en las tres últimas décadas del siglo XX. 29

Alamiro de Ávila en su obra *Curso de Historia del Derecho* (1955) planteó en relación con el método de investigación que podían distinguirse cuatro etapas: 30

”a) Planteamiento provisorio. Elegido el tema es conveniente hacer algunas lecturas superficiales y acumular una nómina de las fuentes bases a fin de poder redactar un esquema de cómo se piensa desarrollar la materia. Este esquema delimita el campo de la investigación, señala los diversos puntos que se pueden trabajar por separado y sirve como norma para la clasificación de los materiales. Hay que tener presente que el esquema referido es eminentemente provisorio y que podrá ser variado cuantas veces se necesite.

b) Investigación sobre las fuentes. Fuente del conocimiento histórico jurídico es todo testimonio de hechos del pasado del que podamos extraer una conclusión útil para saber cómo fue el derecho...

c) Clasificación y ordenación definitiva de los materiales. Agotada la investigación llegamos a la etapa de recuento de sus resultados. Con seguridad varios puntos del esquema han sido y aún deben ser variados: es el momento de proyectar el plan definitivo que servirá de base para la redacción del trabajo.

transfondo socio-cultural que le sirve de marco. Si el acento no ha sido suficientemente fuerte al respecto, ello obedece más bien a problemas de matices, incluso a gustos personales o inclinaciones de cada uno de los investigadores, más que a renunciaciones expresas.

Es cierto que ha estado ausente la discusión pública de aspectos historiográficos o metodológicos al interior de la Escuela, pero ello no es óbice para pensar en un quiebre o desvinculamiento entre las nuevas ramas y las raíces del árbol. Muy por el contrario, la necesidad de ser riguroso en el espurgo (sic) y crítica de las fuentes, la sana discusión académica –llevada adelante en innumerables congresos, seminarios y mesas redondas – y la no menor responsabilidad de editar tres revistas especializadas en la materia, todas de reconocido prestigio internacional, hablan por sí solos de la continuación –más aún del florecimiento – del ideal de Bascuñán” (pág. 14).

d) Exposición. Respecto a la comunicación escrita de los frutos de la investigación debe ser hecha en forma adecuada y científica, dando al lector noticia de todas las piezas de convicción”.

La historiografía jurídica desarrollada por la Escuela Chilena de Historia del Derecho a partir de la década de 1960 y hasta el año de 1999, en que se atenúan alguna de estas características, presentaba una serie de inconvenientes: La aceptación del planteamiento de García-Gallo según el cual el estudio de la Historia del Derecho debe ser independizado desde un punto de vista teórico del conocimiento histórico; la asignación de un rol pasivo al historiador que se presenta como un mero recopilador de fuentes. No cuestiona, no trabaja explícitamente con conocimientos previos, sino que está a merced de la fuente histórica (entiende su tarea como descripción de la misma); la falta de vinculación con las demás ciencias sociales; la ausencia de los colectivos humanos en las explicaciones, no hay una descripción de los conflictos de la vida social a la que el Derecho se aplica²⁶; la dependencia de la Historia del derecho de la dogmática jurídica, del positivismo jurídico. Interesa contribuir más a la ciencia del derecho que a la comprensión de la historia del fenómeno jurídico; la opción personal de la mayoría de sus cultivadores por los temas relativos al Derecho Indiano, temas que abordan con una escasa capacidad crítica respecto del impacto de la expansión de España por América.

Estas características se explican, entre otros factores, por la paralización en la década de 1960 de la importante influencia ejercida por la historiografía española en Chile; el predominio absoluto de la concepción histórico-jurídico reduccionista que asumió la Escuela Chilena de Historia del Derecho; la cohesión de sus miembros; la vitalidad de la Escuela;²⁷ la ausencia de un discípulo rebelde que pusiera por escrito sus diferencias, como fue el caso de Bascuñán respecto de Iribarren; la ausencia de historiadores del Derecho marxistas o partidarios de la línea de los Annales, que bien pudieron formarse en

26 Así se observa en la obra de Antonio Dougnac *Manual de Historia del derecho Indiano*; Universidad Autónoma de México, 1994; y en el *Manual de Historia del derecho* de su discípulo Javier Barrientos Grandón, Editorial Barroco, Santiago de Chile, 1994.

27 Representada en la formación de un nuevo cuerpo académico dentro del que destaca Javier Barrientos G. y otros discípulos de Antonio Dougnac Rodríguez, gran formador de vocaciones histórico jurídicas y cofundador de la Escuela Chilena de Historia del Derecho.

De ideario conservador y positivista el profesor Bernardino Bravo Lira, formado en la Universidad Católica, no representa la vitalidad de la historiografía jurídica sino la continuidad de la historia institucional del católico e hispanista Jaime Eyzaguirre. De hecho bajo su dirección la Revista Chilena de Historia del Derecho, estandarte de la Escuela Chilena de Historia del Derecho, sufrió un grave deterioro en términos de regularidad de la publicación. Sus trabajos de historia institucional critican negativamente la democracia y los derechos humanos y promueven formas autoritarias de ejercicio del poder.

Chile en la década de 1960 y primeros años de 1970; los estudios de doctorado de algunos miembros en España en la Universidad de Navarra o bajo la tutela de García-Gallo.

Nos parece que una comprensión de la historiografía jurídica como ciencia del Derecho en la perspectiva teórica de la primera etapa del “gallismo”, no contribuye al desarrollo de una mentalidad crítica humanitaria y tampoco facilita la preocupación por la historia del tiempo presente. 33

La ausencia de las fuerzas políticas, sociales, económicas y culturales en las explicaciones del devenir del Derecho; la ausencia de los conflictos sociales y la no presentación del uso del Derecho en la historia como mecanismo de control social, impiden que el estudiante se forme una visión real del fenómeno jurídico. 34

En todo caso, esta concepción histórica jurídica es un ideario que enriquece el pluralismo de la sociedad chilena así como las perspectivas historiográficas. Conviene decirlo con claridad: su carácter positivista y conservador interpreta a un sector de la sociedad chilena y merece el respeto al que tiene derecho toda manifestación cultural.²⁸ 35

Por no aceptar este paradigma gallista de la primera etapa, y del que la Escuela Chilena se está distanciando en los últimos años, que facilita más bien el desarrollo de una mentalidad bancaria que el de una mentalidad crítica, propuse a partir de 1993²⁹ un método diferente y al que vengo denominando desde 1997 método polifacético.³⁰ 36

2. La pedagogía crítica y la enseñanza de la historia del derecho

Es usual que se ignore en nuestra comunidad de historiadores del Derecho la dimensión pedagógica, la labor que desempeñamos como profesores en las facultades de Derecho, sin embargo, la pregunta por el para qué enseñamos lo que hemos decidido investigar pone en evidencia que no todos los historiadores del Derecho perseguimos idénticos fines. 37

28 En el último Congreso de Derecho Indiano realizado en Chile (2008) se congregó una buena parte de los seguidores de Alfonso García Gallo. Me consta que las actividades se desarrollaron en un grato ambiente de camaradería que estuvo por encima de las diferencias metodológicas e ideológicas de los participantes: hubo auténtico debate universitario.

29 *Historia del Derecho. Apuntes para clases activas. Capítulo I*, Universidad de Talca, Talca Chile, 1993.

30 Hoy día valoran algunos aspectos de esta perspectiva integral, polifacética, los profesores chilenos de historia del Derecho Jaime Bassa Mercado, Marcello Sasso, Felipe Viveros y Hugo Vilches. También los ayudantes de Historia del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Atacama, Alamiro Alfaro y Tomás Garay.

Pensar la didáctica histórica jurídica desde una pedagogía no reproductora implica preguntarse cómo la cátedra de Historia del Derecho puede contribuir al desarrollo de una mentalidad creadora y crítica.³¹ Paulo Freire, educador brasileño, licenciado en Derecho y doctor en filosofía, propuso en 1969 a propósito de la educación popular de adultos, avanzar hacia una educación “libertadora o problematizadora” –crítica– que implica un acto permanente de desvelamiento de la realidad...busca la emersión de las conciencias, de la que resulta su inserción crítica en la realidad. Cuanto más se problematizan los educandos, como seres en el mundo y con el mundo, se sentirán mayormente desafiados...La educación como práctica de la libertad, al contrario de aquella que es práctica de la dominación, implica la negación del hombre abstracto, suelto, aislado, desligado del mundo, así como la negación del mundo como una realidad ausente de los hombres”.³² 38

La educación para la libertad persigue que el individuo se haga cargo de sí mismo, de su historia personal y social. En este sentido es esencial la contribución del pedagogo para que los individuos reconozcan en sí mismos la capacidad de ser críticos.³³ 39

Sostengo que la cátedra de Historia del Derecho debe contribuir a la creación de una actitud individual y colectiva problematizadora. La formación histórico-jurídica no puede ser neutral frente a la sociedad de injusticias en la que vivimos. El saber que genera la investigación del pasado jurídico debe contribuir a formar lo que he venido llamando sujeto histórico, esto es, un ciudadano activo, un individuo consciente de sí mismo, de su valor intrínseco en tanto que individuo único; enterado de las peculiaridades del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato; capaz de entender cómo las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales determinan las características de la sociedad en la que vive y, por lo tanto, del Derecho que la rige. 40

En el estado actual de desarrollo de la sociedad chilena, iberoamericana, mundial, este estado de conciencia crítica puede resultar decisivo para contribuir a que el Derecho sea utilizado para alcanzar un planeta sustentable, un Estado de Derecho, una sociedad democrática y humanitaria. 41

Proponerse como objetivo didáctico contribuir a la emergencia de un sujeto histórico tiene implicancias en los contenidos a enseñar. Tradicionalmente se ha puesto énfasis en 42

31 Tratándose de la Universidad de Chile el cuerpo normativo que regula su actividad, y que es ley de la República, establece expresamente en su visión y misión el desarrollo de esta educación crítica.

32 Paulo Freire, *Pedagogía del Oprimido*, 20ª ed., Siglo XXI, México 1986, págs. 34-35.

33 Véase para una reflexión actualizada sobre esta temática, de Adriana Aubert, Elena Duque, Monserrat Fisas, Rosa Valls, *Dialogar y Transformar. Pedagogía Crítica del siglo XXI*, Grao, Barcelona, 2004

nuestro país en la enseñanza de la historia del Derecho español y del Derecho Indiano. Se desarrolla en el aula una visión de un pasado histórico que difícilmente permite al estudiante comprender su propio tiempo vital y el de sus ascendientes más inmediatos. Esta educación es alienante en la medida que el ciudadano-estudiante no concibe que el saber histórico le permita entender su propia experiencia histórica. Es necesario entonces que enseñemos con mayor énfasis la historia del derecho local, nacional y mundial de los siglos XIX-XXI. Debemos dar noticia de la formación del estado nacional y de su relación conflictiva con las identidades indígenas; de la lucha por la democratización de la sociedad; por el término de la organización patriarcal; así como de la pugna por la transformación del estado nación en aras de los intereses de las transnacionales y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

La historia del Derecho debe identificar las limitaciones históricas que existen en nuestras sociedades para alcanzar el modelo social humanitario, cuyos fundamentos se encuentran en el desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los avances culturales en materia de convivencia humana. 43

Dentro de estas limitantes históricas goza de gran vitalidad y tiene un rol sustancial la mentalidad patriarcal. Los historiadores apoyados en la antropología jurídica, en la psicología, en la sociología, en la historia de las mentalidades y en la pedagogía crítica, deben dar noticia de este fenómeno sociocultural, describirlo, caracterizarlo e identificar las instituciones, discursos y prácticas jurídicas que permiten su recreación desde tiempos remotos. De esta mentalidad son responsables una parte importante de los europeos que colonizaron América y un sector de la población indígena, principalmente de las civilizaciones más complejas (Imperios Maya, Azteca, Inca). 44

Corresponde a la investigación y a la cátedra identificar las potencialidades existentes en el tiempo presente para alcanzar una sociedad democrática sustentable que cuenta para ello, entre otros instrumentos, con el Derecho. El estudio del pasado jurídico no puede desligarse del medio social en el cual dicho Derecho se manifestó. Toda investigación cabal debe proponerse establecer los intereses que amparan las fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales en la vida social y determinar cómo se recurre al Derecho para obtener el amparo y manifestación social de los mismos. 45

De este modo la cátedra que da noticia de la investigación histórico-jurídica permite al estudiante de Derecho conocer el rol que un determinado ordenamiento jurídico está llamado a jugar en una sociedad dada y, por ende, las expectativas que existen acerca del papel de los operadores (abogados, profesores de Derecho, jueces, receptores, notarios, 46

fuerza pública, etc.) en dicha sociedad por parte de quienes controlan el poder creador de Derecho.

Un sujeto histórico comprende su situación personal en el presente pues es capaz de entender su individualidad como producto del devenir social y para ello no requiere memorizar palabras (fechas, nombres) sino comprender cómo las fuerzas sociales, a través del Derecho, han venido moldeando la sociedad en la que él se desenvuelve. 47

La educación reproductora o bancaria aísla al derecho de la realidad social en que se gestó lo jurídico y, en consecuencia, entorpece la formación de conciencia crítica: no puede hacerse cargo de la construcción de su historia personal y social el que ignora cómo se ha venido construyendo la historia, sus actores e intereses. 48

No podemos aspirar a tener abogados creativos en el siglo XXI si no hemos entregado al alumnado de Derecho las herramientas para que comprendan que son hombres concretos, representando a ciertos intereses colectivos, los que han construido la historia del Derecho: no es la fuerza de las palabras, el carácter científico del discurso jurídico lo que ha hecho del Derecho Romano un elemento estructural de la historia de Occidente, sino el reconocimiento por fuerzas sociales que el diseño romano de instituciones para el amparo de ciertos intereses resultaba más o menos útil. 49

3. Metodología y estudio del Derecho vigente

Teniendo a la vista esta realidad es pertinente resaltar que en la medida que abandonemos ciertas concepciones acerca de nuestra investigación, nuestro objeto de estudio y el papel de nuestra enseñanza en la formación de abogados, las posibilidades de desarrollo de la historiografía jurídica chilena y mundial son enormes y claramente favorables. 50

En nuestro país no está agotada aún la investigación del período hispanoamericano y la historia nacional está en vías de desarrollo. Pensemos por ejemplo en la crisis de 1973 y la instauración de la dictadura militar. El tema de la emergencia e institucionalización de gobiernos dictatoriales en América es a mi juicio un asunto tan urgente, e incluso más, que el problema indígena, y carece desde el punto de vista de la historia del Derecho de una literatura básica que lo aborde: no podemos olvidar que hubo profesores de Derecho, jueces, abogados, que participaron activamente en la instauración y defensa de estas dictaduras iberoamericanas ¿Qué responsabilidad tuvo para la aparición de esta conducta la enseñanza del Derecho recibida, más precisamente, las perspectivas historiográficas, las ideas de los historiadores del Derecho? ¿Se ha contribuido al educar, desde la cátedra, al desprestigio del sistema de derechos humanos y del sistema democrático acentuando de 51

esta manera el descrédito de nuestros febles regímenes democráticos?

Se hace necesaria la labor de los historiadores del Derecho para presentar un cuadro completo del largo período que se extiende a lo menos desde mediados del siglo XVIII hasta el presente, ocupando un lugar central en esta reflexión el tema de la promoción de la dignidad humana y de la participación política. 52

Estimo que en esta materia no hay lugar para las neutralidades, es más, para el caso de la universidad pública, Universidad de Chile, existe toda una normativa legal que nos obliga a ser activos en la promoción de la cultura democrática y de derechos humanos. A partir de este deber legal resulta absolutamente legítimo que los historiadores del Derecho nos preguntemos por las causas históricas de la debilidad de nuestros sistemas democráticos, así como por la contribución del Derecho (en su fase de creación, recreación, aplicación, enseñanza) a esta debilidad histórica.³⁴ 53

Podemos señalar a modo de orientación acerca de líneas de investigación, y sin que la propuesta sea excluyente ni menos completa, los siguientes aspectos: 54

34 Véase al respecto la ley 20129, artículo, 15 que establece el deber de las instituciones de educación superior “de reconocer y respetar siempre los principios de pluralismo, tolerancia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de asociación y participación de sus miembros en la vida institucional, dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República y las leyes”; así como el DFL 153 DE 1981 y sus modificaciones, Estatuto de la Universidad de Chile, que dispone a este respecto: **Artículo 3º.** Asimismo, corresponde a la Universidad contribuir con el desarrollo del patrimonio cultural y la identidad nacionales y con el perfeccionamiento del sistema educacional del país. En cumplimiento de su labor, la Universidad responde a los requerimientos de la Nación constituyéndose como reserva intelectual caracterizada por una conciencia social, crítica y éticamente responsable y reconociendo como parte de su misión la atención de los problemas y necesidades del país. Con ese fin, se obliga al más completo conocimiento de la realidad nacional y a su desarrollo por medio de la investigación y la creación; postula el desarrollo integral, equilibrado y sostenible del país, aportando a la solución de sus problemas desde la perspectiva universitaria, y propende al bien común y a la formación de una ciudadanía inspirada en valores democráticos, procurando el resguardo y enriquecimiento del acervo cultural nacional y universal. **Artículo 4º.** Los principios orientadores que guían a la Universidad en el cumplimiento de su misión, inspiran la actividad académica y fundamentan la pertenencia de sus miembros a la vida universitaria, son: la libertad de pensamiento y de expresión; el pluralismo; y la participación de sus miembros en la vida institucional, con resguardo de las jerarquías inherentes al quehacer universitario. Forman parte también de estos principios orientadores: la actitud reflexiva, dialogante y crítica en el ejercicio de las tareas intelectuales; la equidad y la valoración del mérito en el ingreso a la Institución, en su promoción y egreso; la formación de personas con sentido ético, cívico y de solidaridad social; el respeto a personas y bienes; el compromiso con la institución; la integración y desarrollo equilibrado de sus funciones universitarias, y el fomento del diálogo y la interacción entre las disciplinas que cultiva.

35 El Derecho Indiano, derecho colonial, estableció para el indio un estado permanente de incapaz relativo sujetándolo por razón de su naturaleza a tutela perpetua: el indio pasó de bárbaro y bestia a incapaz relativo y mantuvo esta condición, no obstante su civilización y evangelización, durante toda la dominación colonial. Ningún indio podía llegar a ser lo que no era naturalmente, esto es, varón español benemérito.

Los indios tenían medianamente resueltos sus problemas de subsistencia (comida, vestido, viviendas) antes de la invasión luso hispana por lo que la normativa real protectora lo fue respecto de una situación

- a) Los nuevos intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que aspiran a partir de fines del siglo XVIII a contar con el Derecho como factor de protección y reproducción de estos intereses y valores;
- b) Los intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que resultan lesionados ante esta protección;
- c) La emergencia de la marginalidad como efecto de esta protección;
- d) Los nuevos intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que aspiran a partir de fines del siglo XIX, a contar con el Derecho como factor de protección y reproducción de estos intereses y valores;
- e) Las continuidades normativas y las modificaciones de los contenidos normativos que transforman estos intereses en Derecho;
- f) El panorama de las fuentes formales del Derecho que se expresan en el período;
- g) El análisis del impacto de estos fenómenos en el estado nacional y los códigos decimonónicos;
- h) El estudio de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos y el poder Político del Estado, así como entre los individuos, es decir los derechos humanos (visión tradicional para los siglos XVIII, XIX y XX, e idea de la eficacia horizontal para fines del siglo XX y principios del XXI);
- i) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a perpetuar las prescripciones de conducta que reciben amparo jurídico;
- j) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a justificar la modificación o derogación de esas prescripciones;
- k) El estudio del orden jurídico en tanto mecanismo o técnica de control social en un sistema democrático, es decir, del derecho como elemento para la mantención de las estructuras sociales, para su reforma o para la revolución de las mismas;
- l) La crisis del Estado de Derecho;

creada por el mismo proceso de expansión (que se presenta ante el indio sojuzgado como protector).

No puede caer la historiografía jurídica en la trampa del discurso del dominador por el sólo hecho de cuestionar la solución liberal del problema indígena.

36 Véase para este tema las ideas expresadas por Paolo Grossi en entrevista concedida a Meccarelli, Massimo y Solimano, Stefano, en www.forhistiur.de/zizat/0703meccarelli-solimano.grossi.htm (consultado en diciembre de 2008)

37 Véase para un ejemplo de análisis de la actividad del profesorado universitario, Pierre Bordieu, *Homo Academicus*, editorial Siglo XXI, Argentina, 2008

- m) El problema indígena y de las minorías: que obliga a analizar con mayor profundidad las ideas al uso de ser la normativa indiana protectora del indígena³⁵
- n) La construcción de un nuevo orden internacional fundado en la Declaración Universal de Derecho Humanos y los Tratados de Derechos Humanos;
- o) la construcción de un nuevo orden jurídico internacional económico que ha permitido la protección de los intereses de las transnacionales en un contexto de predominio de la ideología económica neoliberal;³⁶
- p) la emergencia de nuevos órdenes jurídicos como consecuencia de impacto de las nuevas tecnologías de la información y su impacto social;
- q) Los factores sociales, culturales y jurídicos que hacen posible la recreación de la mentalidad patriarcal, obstáculo significativo para la emergencia de la cultura humanitaria;
- r) Los intentos verificados a partir de la segunda mitad del siglo XX por configurar a nivel mundial una cultura humanitaria a partir de la eficacia del sistema democrático y el Derecho Internacional de los derechos humanos;
- s) El cambio que ha experimentado la cultura jurídica chilena a partir de 1973 y hasta hoy día como consecuencia de la irrupción del neoliberalismo, la sujeción de las elites chilenas al modelo cultural americano, el impacto de la economía globalizada, la fundación de escuelas de Derecho en las cuales se verifican procesos de vulgarización del mismo (pérdida de nivel técnico y tratamiento superficial de las materias);
- t) El impacto del crecimiento explosivo de escuelas de Derecho en la disciplina, en términos del profesorado y sus prácticas de investigación y docencia.³⁷

Creo, en este sentido, que la interpretación histórico-jurídica de la actual Constitución del Ecuador expresa a cabalidad los desafíos actuales de la historiografía jurídica: me parece que carecemos como comunidad iberoamericana de los marcos teóricos para responder a la pregunta de cómo se llegó a este estado del derecho en que varias categorías dogmáticas típicas de los siglos XIX y XX resultan superadas.³⁸ 55

38 A vía de ejemplo baste señalar la disposición del artículo 13 y 14:

Art. 13.- Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales.

El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria.

La normativa constitucional ecuatoriana intenta hacerse cargo de los problemas del siglo XXI incorporando una mirada histórica. En esta misma medida plantea un formidable reto a la historia del derecho interesada en el Derecho vigente. **56**

Dos son, a mi juicio, los problemas básicos que presenta asumir la tarea de investigar y exponer la historia del Derecho del periodo que nos ocupa. El primero, relativo al método de investigación: el segundo, a la posibilidad de hacer investigación histórico-jurídica respecto de un Derecho mayoritariamente vigente. **57**

Cuál sea el método más apropiado para llevar adelante la tarea historiográfica no es una cuestión unánime en la actualidad en el mundo de la Historia, ello por el debate generado a partir de la decisiva influencia de la escuela francesa de los Annales³⁹ y de la historiografía marxista. **58**

No hubo tal disputa en el seno de la Historia del Derecho hispanoamericana. La influencia fundamental de Alfonso García-Gallo significó un mayor consenso y más prolongado predominio en las cuestiones teóricas y metodológicas hasta la década de 1970. A partir de éstos años y sucesivamente Bartolomé Clavero, Salustiano de Dios, Antonio Álvarez de Morales, Francisco Tomás y Valiente, David Torres, dieron nuevo vigor a la meditación en torno a estas cuestiones. Así, en un sentido estricto, sólo a partir de las cuatro últimas décadas las reflexiones de los historiadores del Derecho constituyen en España un capítulo más del conjunto de la discusión que ha vivificado a la historiografía en el siglo que vivimos. **59**

No obstante la importante influencia ejercida por la historiografía jurídica española en América Hispana y específicamente en Chile, y debido al indiscutido predominio de la corriente historiográfica de la Escuela Chilena de Historia del Derecho, los modelos de trabajo desarrollados por Lalinde Abadía, Pérez-Prendes, Tomás y Valiente, Clavero, no han provocado, salvo en mis trabajos, el menor asomo de inquietud en el seno de la historiografía jurídica local. **60**

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

39 Para una comprensión de la evolución de la escuela francesa de los Annales puede consultarse la obra de Peter Burke, *La revolución historiográfica francesa de los Annales: 1929-1989*, editorial Gedisa, 2ª edic., 1996.

Creemos que este desinterés dice relación con su principal opción temática: los estudios de Derecho Común e Indiano. En este ámbito el predominio de Alfonso García-Gallo sigue indiscutido por lo que la relación de la intelectualidad chilena con sus pares hispanoamericanos abocados a la misma materia, ha sido pacífica en el terreno teórico y metodológico. 61

3.1. Historia jurídico-social, integral o polifacética

En distintos momentos de la historia nacional y extranjera⁴⁰ la historiografía jurídica ha defendido la posibilidad de entender el Derecho como producto social. Esta idea nos parece totalmente admisible, por ende desde el año 1993 estamos abiertos a la construcción de una historia jurídico social, una historia realista del Derecho, integral, polifacética, en definitiva, una historiografía que asuma el deber de dar noticia explicativa de la realidad social que se vincula con lo jurídico. 62

No todos los aspectos que consideramos como característicos de la norma jurídica constituyen Derecho, es decir, presentan el grado de obligatoriedad propio de la norma jurídica, sin embargo, son fenómenos que están íntimamente vinculados a la relación jurídica: La manifestación de la ideología en la vida jurídica se mueve en el ámbito de la política o de la cultura; el conocimiento del Derecho conoce etapas en que sólo es un hecho de índole cultural o de conocimiento meramente educacional. 63

El Derecho se nos presenta como un fenómeno polifacético y, en consecuencia, la investigación histórica que se ocupe de él debe ser integral, polifacética, en una doble perspectiva: 1°. Atender tanto a la realidad social como a la jurídica; 2°. Ocuparse de los diferentes aspectos que presenta el Derecho en su acontecer en el tiempo. 64

Entender lo jurídico a partir de las fuentes formales; de un Derecho objetivo, que nos lleva a obligaciones y facultades jurídicas; de estudios jurídicos; de una ideología que inspira lo jurídico; del empleo del Derecho como técnica de control y represión social; nos permite una aproximación teórica y metódica a la historia jurídica de los siglos XVIII al XXI. 65

En una perspectiva integral, polifacética, la historiografía jurídica se nos presenta como la disciplina que se ocupa de conocer el nacimiento, aplicación, mantención, modificación y desaparición en su caso, de la norma jurídica en el tiempo, considerada en sus aspectos propiamente jurídicos, así como en los no dotados necesariamente de obligatoriedad, 66

40 Puede verse los interesantes trabajos del colombiano Andrés Botero y en esta misma revista electrónica el valioso artículo del historiador del Derecho mexicano, Ramón Narváez: "Historia del derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia".

analizándola ya sea aisladamente, o con el propósito del conocimiento cabal de un ordenamiento jurídico, o de la totalidad de la estructura jurídica.

En el análisis de cualquiera de estos aspectos de las normas jurídicas no se puede prescindir del estudio de la sociedad en que tales conductas se imponen, no con el objeto de destacar la historicidad del Derecho,⁴¹ sino, para comprender el Derecho como producto social. 67

Consideremos por ejemplo, los estudios jurídicos, la formación de conceptos jurídicos, cuestión que observada superficialmente podría dar pie a sostener que el Derecho tiene un carácter autónomo respecto del medio social. Sostengo que ni aún en este caso parece posible entender esta actividad sin atender a la realidad social. Así, en una primera aproximación al problema, sea que observemos una época de estudios de Derecho no regulares, como en la Alta Edad Media, o una de estudios regulares, como ocurre en la universidad bajo-medieval, los estudios sirven a determinados fines sociales.⁴² 68

Desde la perspectiva polifacética el planteamiento de las relaciones entre conocimiento histórico y ciencia jurídica como vínculos problemáticos se presenta como ficticio. Hay aspectos históricos del Derecho que en la medida que carecen de obligatoriedad no pueden ser comprendidos desde la ciencia del Derecho. 69

La historiografía jurídica requiere del conocimiento de la historia de la sociedad, a la que rige un determinado Derecho, si pretende una comprensión de su pasado jurídico. Pasado 70

41 Alfonso García-Gallo y sus discípulos han atendido a la realidad social, a pesar de que, teóricamente, prescindan del medio social. En la práctica, la perspectiva jurídica reduccionista, por razones obvias, ha debido atender a la sociedad, pero, el recurso al medio social no persigue la comprensión del derecho, sino, simplemente, determinar la historicidad propia del fenómeno jurídico: el derecho es histórico porque las sociedades son históricas.

42 Lo que no significa considerar inadmisibles la idea de que los análisis jurídicos tienen una cierta autonomía producto de su lógica interna. Pero esta autonomía dice relación con el perfeccionamiento de la figura jurídica una vez que ésta empieza a ser utilizada en el medio social, o con su empeoramiento. Lo que el jurista ofrece a los poderes sociales son formulas que permiten un mejor aprovechamiento de las relaciones jurídicas, a veces incluso con fines distintos para los que surgieron dichas normas. Así se observa claramente, por ejemplo, en el empleo de la figura de la sociedad mercantil para las sociedades de mutualidad surgidas a mediados del siglo XIX. Mabel Thwaites Rey, "La noción gramsciana de hegemonía en el convulsionado fin de siglo. acerca de las bases materiales del consenso", en *Gramsci mirando al sur. sobre la hegemonía en los 90*, L.Ferreyra, E.Logiudice, M.Thwaites Rey. K&ai Editor, Colección Teoría Crítica, Buenos Aires, 1994, señala que el derecho opera como factor de consenso en la sociedad civil. Porque si bien las leyes tienen como función coaccionar al cumplimiento de lo que no se obtiene por el consentimiento, también imponen ciertos modos de comportamiento como "valores" de la sociedad. De este modo, el derecho cumple una función integrativo / educadora, además de la eminentemente represiva. Este carácter educativo, creador, formativo del derecho, no fue suficientemente puesto de relieve por ciertas corrientes intelectuales.

Coincidiendo con esta doble dimensión represivo/educadora, discrepamos respecto de que siempre el derecho sea resultado de la imposición de lo que Gramsci llama la clase dominante: la historia del Derecho nos enseña que también estos grupos, deben, en ocasiones, negociar.

que no se limita a lo normativo jurídico sino se extiende a todas las facetas que manifiesta dicha normatividad.

El Derecho surge en un medio social dado para resolver conflictos de interés. Las normas jurídicas están al servicio de dicha solución. Son instrumentales y como tal objeto de disposición por los poderes que se expresan en la sociedad: se emplean o se desechan según que las soluciones en ellas contenidas se ajusten en mejor o peor forma a la realidad política, social, económica, cultural, de la sociedad que se trate. 71

La Historia del Derecho tiende en una perspectiva polifacética a expresarse fundamentalmente como ciencia histórica. Se ocupa de una historicidad determinada, la del Derecho, caracterizada por presentar elementos no estrictamente jurídicos, aunque vinculados estrechamente a lo jurídico; y por su falta de autonomía respecto de la realidad social en que se inserta. 72

Sostenemos que se debe entender el análisis de la norma jurídica cuando se estudia desde el punto de vista del Derecho objetivo, como una tarea de reflexión jurídica. Pero dado que la tarea del iushistoriador no tiene por finalidad facilitar la aplicación del Derecho a un caso concreto, sino identificar el interés históricamente protegido para exhibirlo ante el dogmático, es que la suya no constituye ciencia jurídica en sentido estricto. 73

El trabajo integral, polifacético, busca comprender al Derecho en sus relaciones con la sociedad en la que se aplica. Al entenderlo como producto social debe consecuentemente abandonar la órbita estrictamente jurídica en la tarea cognoscitiva para conectar Derecho y sociedad. 74

La comprensión de la historicidad de lo jurídico como producto social da a la investigación histórico-jurídica una nota definitoria, la de atribuir un rol activo al historiador. Tal papel es asumido a cabalidad por el investigador de las manifestaciones del Derecho en el pasado si al investigar opera con el cuatrinomio: problemas – respuestas probables – verificación – conclusión crítica. 75

El historiador del Derecho abandona su rol pasivo –expresado en la ilusión de que su tarea principal consiste en la ubicación y lectura de las fuentes históricas-, cuando en su investigación persigue alcanzar objetivos de conocimiento y resolver un conjunto de problemas que él se ha planteado explícitamente. 76

La formulación de problemas de investigación supone la intervención del presente en la tarea investigadora, se trata de cuestiones planteadas por un ser que es al mismo tiempo “histórico” e “investigador de lo histórico”. 77

Asumido que su papel principal consiste en resolver y no en ser un mero lector que lee en voz alta, no le resultará extraño aceptar a los hechos históricos como fenómenos dependientes del historiador; que las fuentes del tipo documento no son santuarios a los cuales rendir culto; que la historia es individualidad aislada y además, regularidad, repetición; que en su tarea debe recurrir a las demás ciencias sociales; que no sólo debe conocer lo jurídico sino, también, lo político, económico, la organización social, lo cultural, en relación recíproca, en una suerte de causa-efecto con la historicidad de lo jurídico. 78

Dado que la finalidad del Derecho es regular algunas conductas personales –optando entre diversas alternativas de regulación–, en una sociedad determinada, caracterizada precisamente por su actividad política, económica, cultural, y su organización social, es una exigencia explicar el fenómeno jurídico en estrecha relación con estas realidades⁴³. 79

En la medida que la investigación tiene por objetivo dar cuenta de uno, varios, o de todos los aspectos propios de la norma jurídica, la tarea investigadora persigue la comprensión de una problemática de carácter histórico-jurídico. 80

A los historiadores del Derecho nos interesa la comprensión de un fenómeno jurídico del pasado, no de hacer historia social, económica, política o de la cultura a propósito de un tema jurídico: sin perjuicio de reconocer que al estudiar algunos aspectos habrá que poner especial cuidado con los límites, que se tornarán problemáticos. 81

El conocimiento de la sociedad es para el historiador del Derecho un medio, aunque irrenunciable, para desarrollar con afán comprensivo su tarea. La historiografía jurídica se interesa por el Derecho en perspectiva histórica para aportar a la comprensión del uso del Derecho en el medio social de que se trate. 82

Propongo el siguiente método general de investigación:⁴⁴ 83

43 Esta mirada le permitirá cuestionar la interpretación lineal, progresiva, que se hace de la formación de la tradición jurídica occidental y del derecho en general.

44 A pesar de la discusión historiográfica actual, sobre el valor del modelo de análisis racional en que se inscribe el empleo de un método, no renunciamos a su empleo por cuanto en el estado actual de debate, y de nuestra propia experiencia investigadora, no nos parece atendible otra opción. Por lo demás, no es la razón lo que está en juego sino una determinada concepción racionalista, la ilustrada.

Los trabajos de Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI de España editores, 15ª edic.; *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza, 2ª edic., 1984; que han cuestionado la independencia de las ciencias sociales respecto de las estructuras de poder y afectado con ello su pretensión de objetividad. Las obras de Feyerabend, Paul Karl, *Discurso contra el método*, Ariel, 1975; *Adiós a la razón*, Tecnos, 1984; que han cuestionado a las ciencias físicas su recurso a una unicidad de método; a un método que opera por inducción y acepta la conrainducción; así como la racionalidad y objetividad de dichas ciencias; nos obligan a tener cautela sobre el papel y las características que debemos asignar al método. Sin embargo, puesto en la disyuntiva de elegir entre narrativa y ciencia

1º. Determinación de un tema de interés de carácter jurídico directo (o indirecto, según hemos visto) en una época y sociedad determinada. La investigación polifacética persigue como objetivo general conocer y explicar la relación Derecho-sociedad y como objetivos específicos dar noticia de todas, algunas o una de las facetas que interesa estudiar.

2º. Planteamiento de un problema histórico-jurídico en relación con esta temática.

No todas las cuestiones que nos surgen acerca de la historicidad del Derecho conducen a una investigación, pero mejor o peor planteadas, son básicas para desencadenar el proceso de la búsqueda del conocimiento.

3º. Aproximación a un conjunto de afirmaciones consideradas como válidas y que constituyen el *corpus* de ideas referenciales de la investigación –permitiéndole incorporarse a un conjunto de conocimientos ya sentados, aunque no invariables-, es decir una suerte de marco teórico.

La problemática que hemos calificado como básica está vinculada a un conjunto de comportamientos previos del investigador. Las preguntas no surgen por generación espontánea sino a propósito de un conocimiento determinado, en un medio ideal dado, ya sea que el historiador comparta o tenga un juicio crítico negativo sobre el mismo.

4º Especificación del problema y del *corpus* de ideas referencial: ubicación espacio-temporal y temática.

La formulación específica del problema permite la identificación del objetivo circunstancial del trabajo. El objetivo circunstancial dice relación con la solución del problema histórico-jurídico concreto que motiva la investigación.

Puesto que se trata de una investigación que se desenvuelve aceptando las premisas de la concepción polifacética, integral, su objetivo permanente es la comprensión del Derecho en sus relaciones sociales. El objetivo de la investigación sólo estará agotado si las conclusiones determinan las relaciones entre el medio social y los aspectos propios del Derecho.

5º. Formulación de respuestas probables.

En esta fase el investigador debe procurar exponer las respuestas posibles que vinculan la temática a las fuerzas y los poderes sociales que actúan en relación con

social, no estoy convencido de la inutilidad del empleo de un método, ni menos aún del rechazo al recurso a la racionalidad para obtener conocimientos históricos y no un mero conjunto de opiniones.

el tema objeto de estudio. La relación del Derecho con la sociedad es una relación generalmente mediatizada por entes configurados con el propósito de la defensa de los intereses que el Derecho protege.

La investigación debe atender a los intereses políticos, sociales, económicos o culturales de los actores sociales que actúan en la época en estudio. Las respuestas factibles deben considerarlos necesariamente.

6°. Tipología de las fuentes que serán empleadas y elecciones técnico-metodológicas específicas.

7°. Determinación de la bibliografía.

8°. Ubicación y crítica de las fuentes históricas que aportarán los datos.

9°. Elaboración de las conclusiones a partir de la evaluación y resolución de los problemas, lo que supone la calificación de su pertinencia y la demostración del carácter correcto o erróneo de las respuestas empleadas en la investigación.

Habrá que reflexionar al momento de la redacción y presentación de los resultados si resulta conveniente desde el punto de vista estético-literario sujetarse al desarrollo de las fases, o, por el contrario, abandonarlo y dar cuenta simplemente de los resultados obtenidos en la investigación dándoles una presentación independiente del método. Habrá temas que admitan esta sujeción y otros que demanden su abandono para una mejor comprensión.

Hay que establecer una relación crítica entre las soluciones y el *corpus* de ideas referencial, es decir, revisar el mismo a la luz de las conclusiones aportadas por la investigación.

10°. Además, nos parece altamente conveniente sujetarse a un cronograma con el único propósito de ir marcando el ritmo de la investigación, es decir, dotado de una flexibilidad suficiente para admitir mayor o menor inversión de tiempo en ciertas etapas.