

LA ESCUELA HISTÓRICA Y LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Por: **Dr. Carlos Cornejo Guerrero (*)**

SUMARIO INTRODUCCIÓN. 1. LA ESCUELA HISTÓRICA, LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y SU INTERRELACIÓN DENTRO DE UN SISTEMA, RESULTADO DEL DEVENIR DE LA HISTORIA. 2. LA ESCUELA HISTÓRICA, EL TIEMPO Y LOS CONCEPTOS. 3. LA ESCUELA HISTÓRICA Y LA INTEGRACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DENTRO DE UN SISTEMA. 4. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL ÉNFASIS QUE SE DA A LA COSTUMBRE, A LA TRADICIÓN, A LO QUE YA ESTÁ APROBADO POR LA EXPERIENCIA. 5. LA IMPORTANCIA QUE DA LA ESCUELA HISTÓRICA AL DERECHO ROMANO. 6. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL ESTUDIO DIRECTO DE LAS FUENTES. 7. LA ESCUELA HISTÓRICA, EL USO DE LA JURISPRUDENCIA Y SU CONTRASTE CON LA LEY. 8. LA CONSIDERACIÓN QUE TIENE LA ESCUELA HISTÓRICA SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA. CONCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La Escuela Histórica se inicia en Alemania a comienzos del siglo XIX con Hugo, Savigny, su principal exponente, y considerado por muchos el verdadero fundador de la Escuela. Un lugar destacado ocuparon también Puchta y Eichhorn, entre otros juristas. Antes que ellos, se puede mencionar a Herder, Moser, Reitmeier, y Biener.¹

La Escuela Histórica, postula que el derecho es el producto de la cultura de un pueblo; no niega el valor al elemento racional, pero subordina su rol e importancia a lo histórico. El Derecho vi-

gente sólo puede entenderse como resultado de su evolución histórica, en función de un pueblo en concreto; no es producto de un esfuerzo racional individual, sino más bien de una creación colectiva en la que los diversos aportes se inscriben en un todo más amplio.

En cuanto al método aplicado por la Escuela Histórica, puede decirse –según Antonio Hernández Gil²– que éste puede reducirse a 3 postulados generales:

a) Empirismo.- El derecho se presenta como

(*) Professor a Auxiliar de Derecho Industrial de la a Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM.



algo externo, real, dado y objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos a priori; independientes de la experiencia, que tengan valor axiomático.

b) Causalidad y determinismo. - Todo fenómeno tiene una causa. Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. El derecho no se produce de una manera libre, sino en virtud de una necesidad. El derecho no puede contemplarse en un determinado momento, sino integrado en el pasado y orientado hacia el devenir.

c) Irracionalismo y relativismo.- El derecho es un cuerpo orgánico, natural; sometido a constantes cambios.

1. LA ESCUELA HISTÓRICA, LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y SU INTERRELACIÓN DENTRO DE UN SISTEMA, RESULTADO DEL DEVENIR DE LA HISTORIA

Uno de los aspectos fundamentales que presenta la Escuela Histórica es la importancia que se da a la evolución de las instituciones. Las instituciones jurídicas se inician en el pasado de un pueblo y devienen en un contenido y forma específicos en el presente como resultado de su evolución.

Antonio Hernández Gil señala que para la Escuela Histórica, "cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas. Cada edad no se crea arbitrariamente ni tiene vida propia, tiene indisoluble comunidad con el pasado; y ha de reconocer en sí algo dado ya, lo cual es necesario (en cuanto no depende del arbitrio especial del presente) y libre (en cuanto que no es tampoco impuesto por una voluntad ajena)."³

Tal como señala el mismo Savigny, es "completamente imposible rechazar lo existente, que nos domina de una manera fatal, de suerte que, aunque podamos hacernos ilusiones sobre ello, no podemos variarlo."⁴

Es indispensable caer en cuenta que para mejor conocer el Derecho vigente, hay que conocer el

Derecho del pasado; sólo podemos tener una comprensión cabal y completa del Derecho vigente, si hemos estudiado el Derecho del pasado y cómo se han desarrollado sus cambios.

Lo histórico- jurídico no es útil sólo para comprender el pasado, sino principalmente para comprender el presente. No es posible comprender el Derecho presente, si no se considera al Derecho como resultado concreto de la evolución de la vida de un pueblo.

2. LA ESCUELA HISTÓRICA, EL TIEMPO Y LOS CONCEPTOS.

La Escuela Histórica, enfatiza el hecho que los conceptos varían a lo largo del tiempo. Así, por ejemplo, podríamos estar refiriéndonos con un término determinado a una institución jurídica de la Edad Antigua, Edad Media, en la Modernidad y también actualmente, a inicios de la Postmodernidad; pero los conceptos detrás de los términos utilizados no necesariamente se corresponden. Se puede seguir utilizando el mismo término jurídico, pero el concepto puede ser totalmente distinto. Este es un punto en el que se debe tener especial cuidado en la investigación y en la enseñanza del Derecho.

3. LA ESCUELA HISTÓRICA Y LA INTEGRACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DENTRO DE UN SISTEMA.

La Escuela Histórica no desconoce la importancia de las otras metodologías; valora el trabajo y los resultados del método sistemático, gramatical y lógico. Lo que ocurre es que el énfasis se pone en el método histórico, los demás métodos se aplican en función de éste.

Esto plantea un problema en cuanto a cómo se aplicarían los distintos métodos, dentro de un trabajo de investigación integrado. En realidad, si bien es cierto que, según esta escuela, los demás métodos están de cierta manera subordinados al método histórico, esto debe entenderse en el sentido que la correcta comprensión de una norma necesariamente deberá estar vinculada a



su contexto social y normativo, pero no quiere decir que no pueda aplicarse -por ejemplo- el método de la exégesis, como primer paso dentro de una estrategia de investigación, para que luego, en un segundo paso y reconociendo sus límites, se pase a la escuela dogmática o Histórica. En realidad, en lo que respecta a las metodologías tradicionales que examinamos, me parece que un buen camino es el de iniciar el trabajo con la exégesis, luego pasar al método dogmático, para después proseguir con la Escuela Histórica y luego con el Sincretismo de Carnelutti.

4. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL ÉNFASIS QUE SE DA A LA COSTUMBRE, A LA TRADICIÓN, A LO QUE YA ESTÁ PROBADADO POR LA EXPERIENCIA.

La escuela Histórica da mucho énfasis a la costumbre, a la tradición, a lo que ya está probado por la experiencia. Considero que esta característica de la Escuela Histórica, tiene su aspecto positivo y negativo.

El aspecto positivo se da en el hecho de que al valorizar la costumbre, lo que ya está probado por la experiencia, necesariamente se parte de la realidad, y no de principios a priori independientes de la verdad empírica. Esto da una riqueza extraordinaria al derecho y le permite una aproximación a problemas concretos.

El aspecto negativo, es que la evolución del derecho -en tanto tiene que darse de una forma orgánica, debe mantener una tendencia a mantener la tradición, lo cual le proporciona un cierto tinte estático y conservador.

La Escuela Histórica reconoce los cambios, e inclusive considera que el estudio y formación del derecho, debe privilegiar la evolución de las instituciones. Pero por otro lado, también reconoce las instituciones probadas por la sociedad; si existen fuerzas sociales renovadoras en ésta, se tenderá al cambio lento, sin contrastes ni luchas enconadas, se evitará las revoluciones.

5. LA IMPORTANCIA QUE DA LA ESCUELA HISTÓRICA AL DERECHO ROMANO.

La Escuela Histórica da importancia al estudio del Derecho Romano, pues en donde se desarrolla esta escuela. Alemania a comienzos del siglo XIX- el Derecho Romano formaba parte de las instituciones vivas de la sociedad. Puede decirse, entonces, que el estudio del derecho de esta época en Alemania, representaba el estudio del Derecho Romano.

Con relación al Perú, no podemos negar que el estudio del Derecho Romano es importante, y que muchas de las instituciones jurídicas actuales conservan los ingredientes propios de Roma. El estudio del Derecho Romano, entonces, aparece importante en nuestro medio, siempre que no se exagere su utilización en forma tal que queramos aplicar fórmulas anacrónicas para resolver los problemas del presente. En cualquier caso, pensamos que el estudio del Derecho Romano es útil, pero hay que utilizarlo de forma creativa, que no impida el avance el Derecho.

6. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL ESTUDIO DIRECTO DE LAS FUENTES.

El estudio directo de las fuentes es otro aspecto rescatable de la Escuela Histórica, que es necesario tener en cuenta tanto para la investigación como para la enseñanza del derecho.

La Escuela Histórica recurre al estudio directo de las fuentes, no se fía de informaciones y elaboraciones de segunda mano. Es frecuente en los trabajos jurídicos que tienen cierto perfil histórico, encontrar afirmaciones que están sustentadas por lo que dijeron otros autores, sean de la época o de época pretérita. Con ello, se generan dos peligros:

a) Si el autor en el que nos basamos, es un autor antiguo o de otra época, es muy probable que esté analizando el problema jurídico con los ojos de su tiempo, que tiene sus propias concepciones filosóficas, sociales, etc., las cuales trasladarán al fenómeno estudiado. Por ejemplo, se



sabe hoy día, que muchos de los romanistas del siglo XIX, explicaron las instituciones romanas viéndolas con las «gafas» de su propia época, pero que distaban mucho de corresponderse con el verdadero espíritu del Derecho Romano Justiniano.

b) Si nos basamos en un autor de nuestra propia época o de época cercana a la nuestra, corremos el mismo riesgo anterior, con el adicional de que al no recurrir nosotros al estudio directo de las fuentes, se crean distorsiones muchas veces difíciles de creer (a veces, los mismos autores que citamos, tampoco han hecho un estudio directo de las fuentes).

Para evitar caer en este peligro, es necesario estudiar directamente las fuentes tratando de no quedar atrapados en nuestras propias concepciones, para luego ubicar el fenómeno jurídico que estemos analizando, tanto dentro de la sistemática del propio ordenamiento jurídico de la época, como del contexto social e histórico, en el que se ha desarrollado.

7. LA ESCUELA HISTÓRICA, EL USO DE JURISPRUDENCIA Y SU CONTRASTE CON LA LEY.

Es necesario, hacer el contraste entre la jurisprudencia, la ley e inclusive la doctrina, las cuales a veces no son coincidentes, lo que se da en muchas ocasiones en el quehacer jurídico.

Para la Escuela Histórica, es fundamental el uso de la jurisprudencia y su contraste con la ley. Como sabemos, para esta Escuela, el derecho es algo objetivo propio del espíritu del pueblo.

En este sentido, busca desentrañar cómo es que funcionan efectivamente las instituciones jurídicas dentro del entramado social. Es por ello, indispensable recurrir a la jurisprudencia que es -en última instancia- el derecho vivo, el reino de lo concreto y real.

Además, es necesario contrastar el desarrollo jurisprudencial con la ley e inclusive la doctri-

na, para apreciar si hay correlato entre ellos, o en todo caso, si cada uno va por su propio camino como si fuera un derecho independiente. Es necesario hacer este contraste contando con una muestra significativa de la época que queremos estudiar, para evitar caer en el error de hacer generalizaciones falsas.

8. CONSIDERACIÓN QUE TIENE LA ESCUELA HISTÓRICA, SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA.

La Escuela Histórica considera que en el derecho puede hacerse válidamente la distinción entre la teoría y la práctica como realidades separadas, es decir, que por un lado, se cuenta con un conjunto de reglas que conforman el conocimiento científico, y por otro, tenemos a la aplicación de las reglas a los acontecimientos de la vida diaria.

La Escuela Histórica, no promueve la unidad de la teoría y la práctica; aunque sí considera esta unión como un ideal deseable. Se considera que no habría un teórico tan perfecto como aquél que tuviese una experiencia completa de la práctica; pero es suficiente con que la separación entre teoría y práctica no sea absoluta. El teórico puede tener conciencia de la praxis, y el práctico, aún cuando no se consagre a un profundo estudio científico, puede tener conciencia de la teoría.⁵

CONCLUSIONES

1. Los postulados que enarbó la Escuela Histórica, han constituido un gran avance para el Derecho y tienen hasta ahora una influencia esencial en la conformación de su contenido actual.
2. Específicamente en cuanto a la investigación jurídica, nos precave de una serie de prejuicios y nos guía para realizar el estudio de las instituciones jurídicas en forma sistemática, aunque siempre situadas en su contexto histórico-social.



3. Existe el error frecuente de estudiar como una misma cosa, instituciones que llevan el mismo nombre, pero cuyo contenido se ha diferenciado en el tiempo; también el de incluir en las investigaciones un primer capítulo introductorio sobre la historia de la institución jurídica a tratarse, que no tiene ninguna conexión con el estudio de la misma institución en los capítulos siguientes.
4. La Escuela Histórica revaloriza el Derecho Romano, considerando la importancia que tuvo este Derecho en la formación de nuestra tradición jurídica. También nos previene que su revisión no se haga con material de segunda mano, sino más bien a través de un estudio directo de las fuentes.
5. Esta Escuela es importante, no sólo porque nos proporciona herramientas para conocer el pasado, sino también y principalmente para comprender mejor el presente y tratar de mejorarlo.

NOTAS

- ¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op. Cit., p. 91
- ² HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op. Cit., p. 95
- ³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op. Cit., p. 94
- ⁴ SAVIGNY *Escuela Histórica*, p. 13; citado por HERNÁNDEZ GIL, Op. Cit., p. 94
- ⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op. Cit., p. 107.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMAN, Harold. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1996, 679 pp.
- BUNGE, Mario. *La Ciencia, su Método y su Filosofía*. Edición Siglo XX. Buenos Aires, 156 pp.
- CORNEJO GUERRERO, Carlos Alejandro. *Aprender haciendo en la Facultad de Derecho, de la guía aprender haciendo de la Universidad Privada del Norte, Trujillo, 2002.*