

Aportes de la didáctica de la Historia del Derecho a la cultura jurídica: formación de un sujeto histórico amoroso

Contributions of the didactics of the History of the Right to the legal culture: formation of a loving and historical subject

Eric Eduardo Palma G**

María Francisca Elgueta R***

Abstract

The article presents a didactic model for the teaching of History of Law courses which seeks to train lawyers interested in the promotion of democracy, human rights and with an interest in multiculturalism, thus helping to shape a new legal culture. This orientation, based on the sociocritical didactic model, moves beyond the model based on competences seeking instead to put the emphasis on lawyers as loving and historical subjects.

Keywords

Didactics of the history of Law, teaching-learning Law, loving and historical subject, legal culture

Resumen

El artículo postula una didáctica de la Historia del Derecho que centrada en la enseñanza-aprendizaje, se propone formar profesionales del Derecho que promuevan la democracia, los derechos humanos y la interculturalidad, dando así soporte a una nueva cultura jurídica. Con esta orientación formativa inspirada en el modelo pedagógico sociocrítico, la cátedra se aleja del modelo de competencias para contribuir a la formación de un abogado como sujeto histórico amoroso.

Palabras claves

Didáctica de la Historia del Derecho, enseñanza-aprendizaje del Derecho, sujeto histórico, sujeto amoroso, cultura jurídica.

Sumario

1. Introducción
2. El desafío de Fernando de Arvizu y Galarraga, o del lugar de la enseñanza en las revistas de historia del Derecho
3. Formación de la conciencia crítica o del sujeto histórico y amoroso
4. La zona oscura de la Tradición Jurídica Occidental
5. Enseñanza del Derecho Precolombino, pluralismo jurídico e interculturalidad
6. Conclusiones

1. Introducción

La expresión historia del Derecho es polisémica. No tiene un solo significado sino varios que remiten a distintos planos de análisis del quehacer histórico jurídico: la historia del Derecho puede ser analizada en tanto que cátedra (enseñanza-aprendizaje); investigación (método historiográfico) y en relación con su objeto de estudio (acontecer histórico jurídico). Tan útil es esta distinción que permite describir y distinguir las concepciones histórico-jurídicas que se han manifestado a lo largo del tiempo, ya que pueden ser caracterizadas a partir de la posición que adopten respecto de estas tres dimensiones fundamentales¹.

Estudiar la cátedra implica ocuparse; a) de la historia de la misma y su posición en la malla curricular de la carrera; b) de los programas de estudio; c) de quiénes enseñaron; d) de quiénes estudiaron; e) de los textos de estudio; f) de la organización de la Facultad o Escuela en que se imparte; y e) del método de enseñanza o de la didáctica, y de la evaluación.

Considerando la actualidad y relevancia de las cuestiones relativas a la enseñanza del Derecho², temática de la que uno de nosotros se viene ocupando desde hace décadas (Palma, 1995), pretendemos en este artículo seguir avanzando en una de las dimensiones

**Profesor titular (catedrático) Facultad de Derecho, Universidad de Chile, cátedra Historia del Derecho, mail de contacto epalmag@derecho.uchile.cl

***Doctora en Educación, Directora Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, profesora de metodología de la investigación jurídica, mail de contacto cpudd2@derecho.uchile.cl

¹ PALMA G, Eric, "Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile", en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*, 2009.

² Desde el año 2005 se celebra en España el Congreso Nacional de docencia en Ciencias Jurídicas, publicándose sus ponencias como Actas.

que comprende el estudio de la historia de la cátedra de Historia del Derecho, como es la comprensión del modelo pedagógico y la didáctica que la inspira y caracteriza. Nuestro propósito es identificar la tendencia que existe al respecto en la reflexión sobre la enseñanza de la historia del Derecho, y seguidamente proponer una didáctica que sea un soporte eficiente para la difusión y valoración de la cultura jurídica de los derechos humanos, del sistema democrático y la interculturalidad.

Recurriendo al método histórico y bibliográfico, y a los marcos teóricos que aporta la perspectiva pedagógica socio-crítica (Paulo Freire), pretendemos alcanzar los siguientes objetivos: 1. Revisar la reflexión de la disciplina histórico jurídica sobre la enseñanza de la historia del Derecho en las últimas tres décadas. 2. Caracterizar someramente dicha reflexión e identificar el modelo pedagógico predominante en el tiempo presente. 3. Proponer una didáctica del derecho centrada en el aprendizaje del estudiante y cuyo objeto sea la formación de “conciencia crítica”, para lo cual introduciremos las nociones “sujeto histórico”, “sujeto amoroso” y “sujeto histórico amoroso” 4. Relacionar dicha conciencia crítica y el proceso de formación del sujeto histórico amoroso, con la denuncia de lo que llamamos “zona oscura de la tradición jurídica occidental”. 5. Formular, a partir de dicha visión crítica, una propuesta didáctica que aporte elementos para una enseñanza de la historia del Derecho al servicio de los desafíos de la construcción de una sociedad de pluralismo jurídico e interculturalidad.

La hipótesis con la que trabajamos, es que en la cátedra de historia del Derecho se puede realizar una práctica docente centrada en el aprendizaje del estudiante y que ayude al surgimiento de su “conciencia crítica”.

Nuestras fuentes históricas son artículos sobre enseñanza de la historia del Derecho y educación jurídica, que fueron publicados entre la década de 1980 y 2010 en las revistas de historia del Derecho de España, México, Argentina y Chile, países en los que la disciplina de historia del Derecho goza de mayor robustez. Analizamos también los trabajos publicados en la misma época en las revistas de pedagogía jurídica de habla hispana.

Revisamos la reflexión sobre formación jurídica sin ningún ánimo de exhaustividad, pues sólo nos interesó establecer una tendencia, encontrando que domina hoy por hoy en los trabajos sobre enseñanza del Derecho, la formación basada en competencias. Paralelamente analizamos la presencia de temas de enseñanza en las revistas especializadas de historia del Derecho entre los años 1988-2016. Utilizamos como hito de

partida un artículo del profesor español Fernando de Arvizu, publicado en 1988 en el *Anuario de Historia del Derecho Español*³, porque en dicho trabajo el autor desafió a los iushistoriadores a ocuparse de este tema con sentido de urgencia.

Teniendo presente el poco eco de aquel desafío, asumimos responder al reto considerando las peculiaridades del siglo XXI. Fundados en un modelo pedagógico y una didáctica sociocrítica, lo que implica no recurrir al enfoque pedagógico dominante de la formación basada en competencias, proponemos un proceso formativo en la cátedra de Historia del Derecho que denuncia lo que llamamos “zona oscura de la tradición jurídica occidental” y anuncia la nueva cultura jurídica de los derechos humanos, la democracia y la sociedad intercultural⁴.

El artículo, innova al proponer que la enseñanza-aprendizaje de la historia del Derecho debe enfocarse en la formación de un “sujeto histórico amoroso”. Para ello se centra en el aprendizaje del estudiante, en aras de la superación de la zona oscura de la tradición jurídica occidental, tarea ineludible para la cátedra si pretende ser una contribución a la formación del jurista iberoamericano del siglo XXI, cuyo desafío más importante es contribuir a la construcción de una sociedad democrática, de derechos humanos y pluralismo jurídico.

Dada la vinculación actual entre formación basada en competencias y aprendizaje, según se establece en numerosos trabajos publicados en la última década en las revistas especializadas⁵, nuestro planteamiento configura una perspectiva distinta al relacionar aprendizaje y formación sociocrítica según como se entiende por Palma y Elgueta⁶.

2. El desafío de Fernando de Arvizu y Galarraga o del lugar de la enseñanza en las revistas de historia del Derecho

Fernando de Arvizu y Galarraga junto con llamar la atención sobre la urgencia de satisfacer la necesidad de ocuparse de la enseñanza de la historia del Derecho, propuso

³ FERNANDO DE ARVIZU Y GALARRAGA, “La enseñanza de historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), 1988, pp. 491-498.

⁴ Para este fenómeno véase por todos, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, editores, *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009.

⁵ Véase las revistas de pedagogía jurídica *Academia*, *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *Educación y Derecho*, *Docencia y Derecho*, *Revista para la docencia jurídica universitaria* y *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*.

⁶ PALMA G, Eric y ELGUETA R, María Francisca, “Enseñanza de la historia del derecho centrada en el aprendizaje de los estudiantes a lo largo de 115 años de la fundación de la cátedra (Chile, 1902)”. Precedente. *Revista Jurídica*, 12, 29-62, 2018.

en 1988, a propósito de su experiencia en España evaluando las oposiciones presentadas para acceder a una plaza de profesor funcionario en la cátedra de historia del Derecho, una explicación sobre el desinterés que constataba en la importante cuestión de los métodos de enseñanza de la disciplina: “Antes bien, lo que importaba y sigue importando, es la investigación que había realizado el candidato. Y esto pone sobre el tapete algo que es unánimemente sentido en todas las Universidades de nuestra civilización occidental: es mucho más fácil evaluar la investigación que la docencia, y, por ello, se renuncia a la segunda menospreciándola injustamente”⁷. Desafió entonces a la disciplina y a los autores a superar tal deficiencia, y por ello nos ha servido como hito para el punto de partida de este trabajo.

¿Qué ocurrió con la temática a partir de 1988? La revisión de las principales revistas de historia del Derecho a la luz del diagnóstico y propuesta referidos, configura un panorama desolador. La *Revista Chilena de Historia del Derecho* no tiene, en la etapa 1989-2014 (último número publicado), ningún artículo cuyo tema central sea la enseñanza y didáctica de la historia del Derecho.

La *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, también chilena, presenta un panorama semejante, sin embargo, hay algunas noticias sobre la evolución de la historiografía y la cátedra. Han publicado en la revista las autoras españolas Patricia Zambrana y María Encarnación Gómez Rojo, que, según veremos, pueden ser identificadas como las que vienen trabajando en España con mayor regularidad sobre historia de la cátedra, historiografía comparada y enseñanza de la historia del Derecho⁸.

La revista argentina, *Revista de Historia del Derecho*, publicada por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, para la misma etapa en estudio tuvo entre los años de 1994 y 1999 una sección titulada, Enseñanza de la Historia del Derecho, en que se publicó en 1997, de María Rosa Pugliese Lavallo, “El contenido de la Historia del Derecho según el nivel en que se enseña” y “La enseñanza de la Historia Jurídica en el

⁷ FERNANDO DE ARVIZU Y GALARRAGA, “La enseñanza de historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica” 1988, p. 494.

⁸ María Encarnación Gómez Rojo, “Las asignaturas histórico-jurídicas en la reciente reforma ministerial universitaria francesa”, 2002; “La Historia de las Universidades como objeto de la Historia del Derecho en su orientación institucional”, 2006. La misma autora comentó el 2008 el libro de Patricia Zambrana, *Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo*; el 2003 J. Mauel Pélaez se refirió a la “La historia del derecho y la historia de las instituciones en las nuevas licenciaturas italianas adaptadas a Europa: (el decreto m. de 4 de agosto de 2000 del ministerio de universidades y de la investigación científica y tecnológica)”. El 2004 Patricia Zambrana Moral, escribió sobre, “Las enseñanzas histórico-jurídicas y romanísticas en las principales facultades de derecho de los Estados Unidos de América”.

ámbito de los historiadores (reflexiones y propuesta)”, de María Cristina Seghesso de López Aragón; en 1998 el trabajo de Ezequiel Abásolo, “La enseñanza de la Historia del Derecho y una polémica entre Ricardo Levene y Jorge Cabral Texo”; en 1999 el trabajo de María Isabel Seoane, “Los recursos didácticos a utilizar en la enseñanza de la Historia del Derecho Argentino”; y en el 2011 una reseña de la obra de Pio Caroni sobre la enseñanza histórico-jurídica por Rosa María Pugliese.

La *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, en el periodo 1989-1998 publicó el importante trabajo de Abelardo Levaggi, “Consideraciones sobre la enseñanza de la Historia del Derecho” (vol 27, 1990), que bien puede ser considerado, según veremos más adelante, el aporte más significativo, hecho en todo el periodo analizado.

El *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* fundado en 1989, y denominado a partir de 2011, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, no contiene ningún trabajo entre los años de 1989 y 2016.

Para el caso español, la revista española *Ius fugit*: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, desde el año 1992 (fecha de su fundación) hasta el año 2016, no contiene trabajos específicos, sin embargo, hay relevantes artículos sobre universidades y universitarios⁹.

En la revista española *Cuadernos de Historia del Derecho* entre los años de 1994 (fecha de su primer número) y el año 2016, se publicó en el año 2009, vol. 16, por Antonio Pedro Barbas Homem y por Amelia Gascón Cervantes, “Dos reflexiones sobre la actual enseñanza del Derecho”, referidos a la situación de Portugal y México.

En el *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE) encontramos en 1988, el artículo referido de Fernando de Arvizu y Galarraga sobre la enseñanza de la disciplina y sus defectos; en 1996 Max Turrull dio noticia de la manualística y programas de Historia del Derecho en Francia (bajo el apartado historiografía, no el de enseñanza del derecho); el año 2000 se realizó por Patricia Zambrana un breve vistazo a la enseñanza histórico

⁹ Los números 13 y 14 correspondientes a los años 2004-2006, publicados como un solo texto en este último año, contiene los artículos de Emma MONTANOS FERRÍN, “La planificación de los estudios jurisprudenciales en el marco de la soberanía estatal: soporte jurídico-doctrinal y control soberano”; de Eduardo CEBREIROS, «Grados mayores y acceso a las cátedras universitarias durante el siglo XVIII»; y de Joaquín PRATS CUEVAS y José Luis LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, “La experiencia ceriverina y las fluctuaciones reformistas en las facultades jurídicas de la Universidad de Cervera”. En el volumen 16 (2009-2010) se publicó de Manuel MARTÍNEZ NEIRA, “Una muñeca rusa. Aproximación histórico-jurídica a la autonomía universitaria” y el de Manuel BERMEJO, “La autonomía universitaria desde la ley Moyano de 1857 a su plasmación constitucional: La insólita trayectoria de una vieja aspiración tratando de definir su contenido” y el de Josep M.ª LLOBET I PORTELLA, “El Regiment de la Universitat de Cervera”.

jurídica en algunas universidades de Estados Unidos de América y Canadá; lo mismo hizo en el 2002 a propósito del caso italiano y en el 2006 respecto de Brasil¹⁰; este mismo año María Gómez y Belén Malavé escribieron sobre el estado de la enseñanza en Austria (publicado en la sección Varia)¹¹.

En síntesis, dentro de las revistas del área destacan por su interés en la materia, aunque las publicaciones son escasas, el caso argentino y español. Y por su desinterés, el mexicano y el chileno¹². Desde 1988 (momento del desafío y crítica de Arvizu) al 2016, la enseñanza y la didáctica de la historia del Derecho tienen un lugar muy menor en las principales revistas de la especialidad publicadas en Chile, Argentina, México y España. Los artículos inciden en alguno de los temas que ya identificamos como propios de una historia de la cátedra, sin agotarlos y sin mayor profundidad, siendo muy escasa la atención a la didáctica propiamente tal.

Sin embargo, en España el impacto del Plan Bolonia de formación del espacio europeo de educación superior, ha provocado que algunos historiadores del Derecho se ocupen de introducir en la enseñanza de la Historia del Derecho, bajo el modelo de formación por competencias, las nuevas ideas sobre el aprendizaje y también el uso de

¹⁰ El año 2009 publicó, "Metodología de la enseñanza de la Historia del Derecho ante el Espacio Europeo de Educación Superior. Técnicas docentes", en *Actas del II Congreso de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas*, coord. por Juan Manuel Ayllón Díaz-González, 2009; el 2010, "La adquisición de competencias en el marco de la enseñanza de la historia del derecho: la preparación y exposición de temas por los alumnos como técnica docente", en REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, número 1 (Enero), 2010, págs. 77-94.

¹¹ Cabe destacar el trabajo de María Paz Alonso Romero (1991), que da noticia, en la sección documentos, de algunos esfuerzos realizados en el siglo XVI para abarcar teoría y práctica en la enseñanza. Y el de Martínez Neira de 1998, también en sección documentos, sobre la enseñanza del Derecho bajo Carlos IV.

En el año 2000, ALONSO ROMERO publicó, "A propósito de <<lecturae>>, <<quaestiones>> y <<repetitiones>>: Más sobre la enseñanza del Derecho en Salamanca durante los siglos XVI y XVII", en *Las universidades hispánicas: de la monarquía de los Austrias al centralismo liberal: V Congreso Internacional sobre Historia de las Universidades Hispánicas*, Salamanca, 1998, Universidad de Salamanca, 2000. Y en 2012, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen* (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Editorial Dykinson, 2012), 722 págs.

¹² El propósito de este trabajo no es dar cuenta de toda lo publicado, por lo tanto, no sería correcto concluir que el desinterés mostrado en las revistas implique una falta total de reflexión. De hecho, por mero ejemplo, en 1954 el chileno Aníbal Bascañán publicó su libro *Pedagogía Jurídica* en que aborda algunas cuestiones relativas a la enseñanza histórico-jurídicas. Eric Eduardo Palma viene publicando desde 1995 trabajos que abordan la temática.

las TICs¹³. Sus perspectivas se vinculan a un modelo técnico al servicio de la profesionalización¹⁴, que poca relación tiene con la propuesta sostenida en este artículo.

La voz cátedra presenta un mayor alcance que la expresión enseñanza o didáctica, empleada por Birocchi y Caroni a propósito de sus reflexiones acerca de la posición y el valor de la Historia del Derecho en la malla curricular de Derecho¹⁵. Las ideas aquí expuestas, desarrolladas con autonomía de las ideas de Caroni, aunque en tiempos más o menos semejantes¹⁶, relacionan las tres dimensiones de la historia del Derecho ya referidas para dar a la expresión didáctica, enseñanza y formación crítica un sentido distinto.

En efecto, vamos a ocuparnos del aprendizaje desde una perspectiva distinta a la usual, que está centrada en la competencias¹⁷, proponiéndonos orientar la formación hacia la emergencia de una conciencia crítica.

3. Formación de la conciencia crítica o del sujeto histórico y amoroso

A propósito de la historia del Derecho es factible desarrollar un programa, es decir, contenidos, así como un tipo de investigación y una práctica docente que ayude no sólo a la formación de una “actitud crítica”, sino al surgimiento de una conciencia crítica tanto en

¹³ Hay trabajos relativos a la Historia del Derecho y el uso de TICs, así por ejemplo, en la VII Jornada sobre docencia del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (España), JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN y SARA MORENO TEJADA, presentaron el trabajo, “Cursos MOOC en Historia del derecho una nueva forma de entender la enseñanza universitaria”, en *Docencia del Derecho y TIC: innovación y experiencias metodológicas* / coord. por Ana María Delgado García, Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, 2016, págs. 201-218.

¹⁴ Véase, entre otros, de MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA, “Historia del Derecho. Una reflexión sobre el concepto y el método ante la implementación del Espacio Europeo de Educación Superior”, en <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22917/6/HISTORIA%20DEL%20DERECHO%2013%20junio%202012.pdf> [consulta abril de 2017]; VICTORIA RODRÍGUEZ ORTIZ, “Una nueva metodología para la adaptación de la enseñanza de la historia del derecho español al EEES”, en *Actas del II Congreso de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas [Recurso electrónico]* / coord. por Juan Manuel Ayllón Díaz-González, 2009; IGNACIO RUIZ RODRÍGUEZ, *Historia del Derecho y de las Instituciones Españolas, Versión corregida y ajustada al Plan Bolonia*, editorial Dykinson, Madrid, 2011 y REMEDIOS MORAN MARTÍN, *Materiales para un curso de Historia del Derecho*, UNED, Madrid, 2010.

¹⁵ PIO CARONI, *La Soledad del Historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, 225 págs. Traducción del italiano de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira

¹⁶ Véase para esta cuestión: ERIC PALMA GONZÁLEZ, *Historia del Derecho. Tomo I. Primera Parte. La Historia del Derecho en Chile: investigación, método y cátedra*, 1995, Talca, 187 pp., versión separata, Universidad de Talca, 1995; ERIC PALMA GONZÁLEZ, “Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del derecho de los siglos XIX y XX”, revista *Ius et Praxis*, año 3, número 2, 1997, Universidad de Talca, Talca; ERIC PALMA GONZÁLEZ, *Historia del Derecho I. Introducción, Historia del Derecho Español, Los Pueblos Prerromanos*, Universidad Central de Chile. Colección Guías de Clase, 2001; ERIC PALMA GONZÁLEZ, “Historia del Derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México”, revista *Ambiente Jurídico*, nº. 11, 2009, págs. 45-68, Colombia, Universidad de Manizales; ERIC PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile”, en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*, <http://www.forhisiur.de/es/2009-03-palma-gonzalez/?l=es>, 2009

¹⁷ Véase por todos la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE) (2010-2017). Facultad de Derecho Universidad de Málaga, en la que destacan los trabajos sobre enseñanza de la historia del Derecho y del Derecho Romano.

el profesor como en el alumno. El profesor de historia del Derecho interesado en hacer del acto educativo una instancia de formación de la conciencia crítica, ayuda a la transformación del estudiante en sujeto histórico. Esto es: 1. En un individuo consciente de sí mismo y de su valor intrínseco en tanto que individuo único. 2. Consciente de su condición de ser social y por ende conocedor de las peculiaridades del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato. 3. 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. 4. Interesado en denunciar el modelo tradicional de organización y en anunciar un nuevo modelo. 5. Interesado en actuar para la transformación¹⁸.

Este sujeto histórico debe ser al mismo tiempo, según nuestra propuesta, un sujeto amoroso, es decir, convencido del valor de la vida en comunidad; comprometido con el anuncio y promoción activa de la cultura de derechos humanos (cultura humanitaria); comprometido con la promoción de relaciones humanas en que el “otro”, el distinto, el ajeno, se vivencie como legítimo otro; y una persona consciente de sus hábitos (normalmente patriarcales), y en su caso, de la necesidad de su transformación¹⁹.

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 es suficiente con memorizar palabras (fechas, nombres) sino comprender cómo distintos factores (económicos, políticos, relativos a la organización social y vinculados a ciertos intereses y valores) presentes en la sociedad en la que él vive, la han venido moldeando, entre otros instrumentos de control social, a través del Derecho.

Las voces actitud crítica y conciencia crítica tienen un sentido distinto. Mientras la formación de la actitud se traduce en el desarrollo de la capacidad de análisis, síntesis y evaluación, la segunda implica una comprensión y apropiación de la realidad para su transformación en miras a la construcción de una sociedad que respete la libertad y la dignidad humana. Mientras la primera forma un profesional crítico, la segunda un sujeto

¹⁸ ERIC PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile”, en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*.

¹⁹ La noción sujeto amoroso se construye no sólo a partir de las ideas de la educación libertadora y la pedagogía crítica, también recurre a los planteamientos de HUMBERTO MATURANA y FRANCISCO VARELA, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, Editorial Universitaria, 1996, acerca de la evolución y en contradicción con el darwinismo y el darwinismo social.

Estudios del campo conocido como neurociencia afectiva, contribuyen a reforzar la idea según la cual las actitudes bondadosas pueden desarrollarse e implican cambios cerebrales, véase por todos JAIME SILVA C., “Biología de la regulación emocional su impacto en la Psicología del afecto y la psicoterapia”, en *Terapia psicológica*, Vol. 21, Nº. 2, 2003, págs. 163-172.

histórico amoroso. Mientras la primera atiende a la eficacia profesional y la productividad, la segunda a la justicia y el compromiso social con la democracia y los derechos humanos en el ejercicio de la profesión²⁰.

¿Qué práctica docente contribuye a nuestro juicio y según nuestra propuesta a la formación de un “sujeto histórico-amoroso”? La que abandona la narración de hechos históricos como meros datos y procura una apropiación de la historia como sucesos vividos por gente de carne y hueso, cuyas vidas fueron objeto de regulación de determinadas fuerzas sociales en función de ciertos valores e intereses.

Una cátedra así enfocada debe procurar que los estudiantes alcancen progresivamente los siguientes objetivos de aprendizaje: conocer, describir, generar, analizar, relacionar y aplicar la información histórica jurídica. Cada uno de estos objetivos se puede relacionar con tres dimensiones y sus respectivas habilidades: dimensión cognitiva, dimensión procedimental y dimensión político-normativa.

En el plano cognitivo, la didáctica busca el desarrollo de la capacidad de:

- a) dar noticia de la información histórica- jurídica;
- c) reconocer conceptos histórico- jurídicos;
- d) identificar relaciones entre conceptos histórico- jurídicos;
- e) identificar teorías histórico- jurídicas;
- f) explicar fenómenos de la realidad histórica-jurídica utilizando conceptos y teorías histórico-jurídicas;
- g) utilizar conceptos y teorías histórico- jurídicas para dar noticia de la realidad local, provincial, nacional y mundial del siglo XXI;
- h) identificar a lo largo de la historia relaciones entre el medio social y el fenómeno normativo jurídico;
- i) explicar el Derecho como producto social y;
- j) explicar la influencia del Derecho en la configuración de ciertas características del medio social.

En la dimensión procedimental, se busca:

- a) generar la habilidad para buscar, procesar y analizar información;

²⁰ La noción pensamiento crítico suele emplearse en la docencia universitaria sin un alcance claro, incluso, señala Gustavo Hawes B (2003). “suele confundirse <<pensamiento crítico>> con acepciones que están más o menos lejanas de su concepto: aprendizaje activo, taxonomía de Bloom, aprendizaje colaborativo, inteligencias múltiples, herramientas como mapas conceptuales”. El autor distingue pensamiento crítico como producto, como práctica y siguiendo a Habermas, como praxis (siendo este último el vinculado a la noción de sujeto histórico amoroso construida a partir de Freire y Matura-Varela).

- b) desarrollar la capacidad de redactar artículos científicos;
- c) desarrollar la capacidad de exponer oralmente síntesis de ideas ajenas y propias;
- d) desarrollo de la habilidad para formar y hacer funcionar equipos de trabajo.

Finalmente, en el plano político-normativo, el profesor iushistoriador debe inspirar en sus estudiantes un compromiso abierto con la honestidad; la responsabilidad en el trabajo académico; el respeto a la diversidad de toda índole; el desarrollo del “pensamiento sociocrítico”; un alejamiento consciente de los hábitos patriarcales de organización; una mirada también crítica de la tradición jurídica occidental; y la valoración de la democracia y la cultura humanitaria o de los derechos humanos (construida a partir de las declaraciones de Derechos que se inician con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948).

Esta propuesta educativa, según la cual el educando es un agente de transformación que se comporta como sujeto histórico amoroso, tiene claro fundamento normativo jurídico: el Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales (PIDESC 1976), artículos 13 y 15 que disponen, entre otras cosas, la libertad para la investigación científica y “que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”.

La Ley 20.370 (Ley general de enseñanza, 2009) que en su artículo 2º señala que en Chile (país desde el que generamos esta reflexión): “La educación... Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país”.

Por su parte el D.F.L. 1 Ministerio de Educación (10 de marzo de 2006) que establece el Estatuto de la Universidad de Chile, dispone en su Art. 1º quáter: “Los principios inspiradores 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”.

Cabe considerar también la posición de la UNESCO en lo tocante a la libertad académica en el contexto de una sociedad democrática: “VI. Derechos y libertades del personal docente de la enseñanza superior. 26. Al igual que todos los demás grupos e individuos, el personal docente de la enseñanza superior debe gozar de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales reconocidos internacionalmente y aplicables a todos los ciudadanos. En consecuencia, todo el personal docente de la enseñanza superior debe disfrutar de la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión y asociación, así como del derecho a la libertad y seguridad de la persona y la libertad de movimiento”²¹.

Para alcanzar su objetivo formativo, la investigación y la cátedra deben asumir una tarea de denuncia de los obstáculos que han impedido configurar sociedades plenamente respetuosas del ser humano y orientadas a la promoción de la participación política y el respeto a la integridad física y psíquica de los mismos. Uno de esos obstáculos es el peso, en el devenir de las sociedades, de hábitos contrarios que han tenido protección jurídica y por ende se les ha dado un lugar legítimo en el mundo del Derecho.

¿Qué didáctica se requiere para contribuir a dicho objetivo formativo? Un ejemplo concreto permite observar el tipo de didáctica que puede colaborar al desarrollo de las tres dimensiones de aprendizaje ya descritas. A propósito de historia del Derecho Indiano (Derecho colonial español) realizamos con los estudiantes una evaluación que se extiende a lo largo del semestre relativa a la Polémica de Indias o la Querrela de los Justos Títulos. Antes de iniciar el trabajo realizamos un taller de alfabetización informacional para que conozcan las técnicas de búsqueda de información especializada

²¹ UNESCO, Recopilación de recomendaciones relativas a la situación del personal docente de los años 1966 y 1997 <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495s.pdf> pp. 62 y ss

en la web (fuentes históricas y bibliográficas) y un taller de presentación formal de informes. El trabajo respecto de la Polémica comprende distintas fases²²:

1. Motivación para con el tema: el profesor realiza una exposición acerca del debate jurídico teológico que generó la cuestión del tratamiento del indio americano, y la relevancia del mismo para los debates del tiempo presente en que la interculturalidad y la plurinacionalidad buscan un espacio en el Derecho interno de los países iberoamericanos. Para situar a los alumnos en algunos elementos centrales de la materia, y reforzar la motivación, se les exhibe la película *La Controversia de Valladolid*²³.

2. Presentación del tema: se inicia con la lectura por parte de los alumnos, fuera del salón de clases, de un artículo científico relativo a la Polémica de Indias. Dicho material les permite identificar las aristas de la temática.

3. Representación: a partir de la motivación y la presentación, los estudiantes deben verificar por si mismos el grado de entendimiento del tema. El artículo usado en la presentación, debe permitirles identificar las posturas contrapuestas que permiten hablar de una polémica o controversia.

Seguidamente, realizan una búsqueda autónoma e individual de fuentes históricas y bibliografía especializada que avale las posturas identificadas, debiendo entregar un informe al respecto.

4. Cuestionamiento: luego de la entrega de los informes se forman equipos de trabajo y se realiza un sorteo en que se debe determinar a través del azar a que grupos les corresponde la defensa de las ideas y planteamientos de Juan Ginés de Sepúlveda o de fray Bartolomé de las Casas. Puede ocurrir, y de hecho ocurre, que a los estudiantes les toque defender una posición que no comparten (v.g. simpatizando con Sepúlveda deberán defender las ideas de Las Casas).

Hecha la elección cada grupo debe preparar un nuevo informe, esta vez, sosteniendo la postura que han sorteado. Ello exige identificar con claridad las ideas y posturas a defender y contar con un adecuado apoyo de fuentes históricas y estudios especializados. Dicho informe se entrega para ser puesto en conocimiento de la otra parte.

5. Desempeño: finalmente se cita a un día y hora determinado a dos grupos con posturas contrapuestas para que confronten de manera oral, y sin poder leer un texto escrito de

²² Esta propuesta de planificación se desarrolla en el Programa de Diplomado en Docencia Universitaria de la Universidad Metropolitana de Ciencia de la Educación, donde la conocimos en el año 2004.

²³ Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1SukXDBBx8A>

respaldo, sus respectivas alegaciones. Todos los integrantes del grupo deben intervenir en los alegatos ya sea como orador principal o secundario. Escuchadas las partes y sus alegaciones principales, el profesor identifica los temas controvertidos y las colisiones de los argumentos. Corresponde a los oradores que hacen uso de la palabra en el segundo momento, hacerse cargo de los argumentos que cuestionan las bases de sus alegaciones y que les son presentados por el profesor como colisiones de argumentos.

Cada fase de este proceso, que se extiende a lo largo del semestre, implica el desarrollo de uno o más de las habilidades identificadas como dimensiones cognitivas, procedimentales y político normativas. Ocurre que en el transcurso del tiempo van desarrollando la lectura y escritura situada, dado que se familiarizan con textos jurídicos y redactan géneros propios del Derecho. Aprenden a trabajar en equipo. Puesto que se trata de un ejercicio de primer año de la carrera, los alegatos pueden transformarse en su primera práctica de oralidad y oratoria a propósito de una cuestión eminentemente jurídica. Junto con tener una primera experiencia en investigación, entrando en contacto con fuentes históricas y bibliografía especializada, los estudiantes se ven inmersos en un problema jurídico, moral y político de enorme trascendencia histórica con proyección al tiempo presente. Con el fin de comprender el alcance del debate deben pasar de los textos legales al conocimiento de la realidad social, política y económica, es decir, comprender el contexto de producción social del Derecho identificando las motivaciones (valores e intereses) de la Corona, de la Iglesia, de los vecinos y de las propias comunidades indígenas. Comprenderán que la reflexión sobre la “naturaleza” del indígena americano y el lugar que se le adjudicó como incapaz relativo, tuvo como base una mirada europea que se construyó determinada por múltiples factores, varios de los cuales siguen operando en la sociedad actual, en que nuevamente se debate sobre el lugar de las comunidades indígenas en nuestras sociedades.

Este ejercicio implica también la superación de un cierto tipo de clase magistral, que viene siendo criticada desde hace muchas décadas, la meramente expositiva²⁴. Al respecto el maestro Abelardo Levaggi sostuvo en 1990 en un trabajo cuyo objeto principal fue el tema pedagógico, la necesidad de superar los defectos de la misma:

²⁴ Para una propuesta sobre tipos y utilidad de la clase magistral, véase de MARÍA FRANCISCA ELGUETA ROSAS y ERIC EDUARDO PALMA G., “Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, número 2014,

“Atendiendo sólo a las ventajas que tiene la clase magistral no se suele reparar en sus inconvenientes para los estudiantes, quienes se convierten en objeto, pasivo, de la clase, sin la posibilidad de participar en ella, de ejercitar su inteligencia, y de beneficiarse con una enseñanza más integral y creativa. Cuanto mayor sea el interés que se suscite en el estudiante, cuanto más agradable le sea la clase, cuanto mayor sea su participación en ella, mejor será el resultado...

Para eso, además de tener idoneidad científica, [el profesor] debe estar convencido de la importancia que tiene el grupo dinámico como motivador de voluntades; ser capaz de estructurar su trabajo, y de crear un clima distendido de confianza y respeto mutuos; de mantener el equilibrio entre todos los miembros, estimular la participación de los renuentes y moderar los excesos; de escuchar a los demás y de reservar para el momento oportuno la manifestación de sus ideales. Las técnicas que puede emplear son varias. Considero que se adaptan bien a la enseñanza de esta materia el análisis grupal de textos, la representación combinada con el "forum", y el simposio también combinado con el "forum"²⁵.

El programa de estudios de la cátedra se nutre con la investigación histórica–jurídica, por lo tanto la determinación del objeto de estudio, la metodología de investigación, el proceso investigador así como los fines que se asignan a la investigación, contribuyen al desarrollo de una docencia reproductora o libertadora²⁶. Esta última: "...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

²⁵ ABELARDO LEVAGGI, "Consideraciones sobre la enseñanza de la Historia del Derecho", *Revista de Historia del Derecho* Ricardo Levene, número 27, pp. 162-163.

ARVIZU Y GALARRAGA (1988, 496-497) sostuvo a este respecto: "Si bien es cierto que el profesor no debe buscar el halago del auditorio, no lo es menos que no puede encerrarse en una torre de marfil, y dedicarse a explicar lo que le plazca, menospreciando no solo lo que pueda tener interés para el alumnado dentro de la asignatura, sino el propio momento histórico en el que desarrolla su curso. ..Pero si mantengo que una actitud docente desconectada de intereses del alumnado, además de no ser científicamente aceptable, conduce -ya se ve- al menosprecio y al aislamiento de la disciplina y de quienes la cultivan".

²⁶ PAULO FREIRE, *Pedagogía del Oprimido*, Editorial Siglo XXI, 18ª. reimpresión, 2007, pág. 75.

En América Latina se ha venido desarrollando en las últimas décadas por Enrique Dussel, la llamada Filosofía de la Liberación. Para un análisis del pensamiento de Dussel puede verse de PEDRO ENRIQUE GARCÍA RUIZ, "La filosofía de la liberación de Enrique Dussel: un humanismo del otro hombre", en <http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/mexico/dussel.htm> -visita enero de 2013-. Y para una panorámica general de esta corriente de pensamiento liberador puede verse de ENRIQUE YEPES, "La filosofía de la liberación latinoamericana", en <http://www.bowdoin.edu/~eyepes/latam/liberac.htm>.

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”²⁷.

4. La zona oscura de la Tradición Jurídica Occidental

La creación de conocimiento histórico, es decir la actividad historiográfica, se ha hecho, como viene afirmando uno de nosotros (Palma, 2009), sin atender a la memoria de los sujetos que han sufrido la violencia, la dominación y la discriminación, y a propósito de cuya vida cotidiana se configuró una jerarquía social. La vida social de Occidente puede caracterizarse como la recreación milenaria de un conjunto de hábitos a los que englobamos bajo la denominación de “mentalidad patriarcal, y que implican la legitimación de conductas sociales que aceptan y promueven como normales en las relaciones entre las personas: 1. La violencia. 2. La discriminación 3. La dominación, y como resultado. 4. Una jerarquía social”²⁸.

La narración histórica, de los textos y del aula, no realiza una operación de ocultamiento de dicho fenómeno, sino, de justificación y de legitimación en determinados casos de la violencia y sus derivados, o bien, bajo argumento de neutralidad y objetividad, guarda silencio sobre sus causas y formas de manifestación como si la única tarea admisible fuera limitarse a darla a conocer.

La violencia se ejerce normalmente respecto de marginales, es decir, perdedores o inferiores; o sobre enemigos; o sobre seres cuyo valor es tan insignificante que no amerita dejar testimonio del fenómeno. El problema de la descripción o de la narración, no es la falta de visibilidad de la violencia, muy por el contrario, ella se presenta en ciertas historias acompañada de una estigmatización del vencido.

Los griegos tuvieron una imagen de su propia cultura como una de carácter superior, de manera tal que dieron pie para la distinción entre civilización y barbarie, entre

²⁷ PAULO FREIRE, *Pedagogía del Oprimido*, pág. 76

²⁸ ERIC PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile”, en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*.

civilizado y bárbaro, entre griego y extranjero. Lo propio aconteció con los romanos²⁹. Las relaciones con los extranjeros o bárbaros no siempre fueron pacíficas por lo que el extraño pasó a constituirse, en algunos momentos de la historia, en enemigo. No contentos con esta distinción sostuvieron que al interior de la propia sociedad griega, o romana, era posible diferenciar a los individuos del cuerpo social: algunos degradaban su condición cayendo en la esclavitud. Entre los propios griegos había criaturas superiores e inferiores.

A partir de esta diferenciación se aceptó que algunos estaban llamados por su condición de superioridad a organizar la sociedad, y otros, por su naturaleza inferior, a implementar dicho modelo de organización que se les presentó como ideal por quienes ostentaban el poder.

Clarificadora es, en este sentido, la institución de la patria potestad. Según Guillermo Suarez:

“La patria potestad romana es un poder jurídico viril... fue un poder jurídico (ex iure Quiritium) y polivalente, que cumplía diversas finalidades: i) Personal, de naturaleza jurídica privada, pues se ejerce, sobre los hijos, en el estricto ámbito de la familia y de la domus; ii) Personal, de naturaleza jurídica pública, porque produce efectos jurídicos relacionados con la adquisición de la ciudadanía romana (vale decir nacionalidad) que repercuten en la vida y en la ordenación de colectividad; iii) Personal, de naturaleza jurisdiccional, porque el paterfamilias puede enjuiciar actos ilícitos penales y crímenes cometidos por los hijos; iv) Personal, de naturaleza coercitiva, porque el paterfamilias puede imponer penas a todos los sometidos; v) Personal, de naturaleza jurídica religiosa, porque habilita a la dirección de los cultos religiosos y de los dioses domésticos; vi) Personal, de naturaleza económica, absorbente, calificada de inhumana por Justiniano (“quod nobis inhumanum visum est), pues todas las adquisiciones de los sometidos sub potestate pasan ipso iure al patrimonio

²⁹ Véase por todos, IVÁN GONZÁLEZ BALLESTEROS, “El estereotipo del bárbaro y la imagen de la civilización en el occidente romano en la Geografía de Estrabón”, en Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, t. 22, 2009, págs. 249-260, UNED.

del paterfamilias.... el paterfamilias dirige y gobierna la domus de la misma forma que los magistrados y el emperador gobiernan la República”³⁰.

La historia de la Tradición Jurídica Occidental a partir del siglo III a de C, época de inicio del expansionismo romano, puede ser vista también como la historia de la legitimación, justificación, promoción y defensa de este conjunto de hábitos que se presentó incluso como modelo de organización en todos los ámbitos: familiar, social, económico y político.

El Derecho fue empleado para garantizar la proyección de estas conductas constitutivas de lo que llamamos hábitos o mentalidad patriarcal. Su expresión más significativa está en la regulación jurídica de la esclavitud. Las relaciones sociales en una sociedad que admite la esclavitud, aunque la condene moralmente o la presente como institución contraria al Derecho Natural, configuran como actos legítimos la violencia, la dominación, la discriminación sobre individuos con los que se convive cotidianamente, más todavía si ello permite justificar una jerarquía social: cabe recordar que el primer atributo del ateniense civilizado y del ciudadano romano era la libertad.

Estos hábitos patriarcales fueron justificados mediante doctrinas, por ejemplo las de Aristóteles, que configuraron un entramado de relaciones sociales caracterizadas porque uno o más grupos sociales son objeto de dominación y discriminación, generándose como consecuencia una jerarquía social.

Como estos fenómenos de atropello vienen legitimados por los hábitos y la doctrina, así como por el Derecho, no hay espacio ni en la narración histórica ni en el aula para la configuración de una visión crítica de ellos. La mayor parte de la manualística histórico-jurídica española, mexicana, argentina y chilena, da noticia, sin reflexión crítica asociada, de los conceptos de bárbaro, vagabundo, ciudadano, esclavitud, guerra justa, patria potestad, potestad marital, incapacidad absoluta, súbdito, hereje, indígena, etc. Se omite una reflexión sobre los procesos de estigmatización que implican estas categorías sociales, por ende, no se denuncia el sufrimiento de ciertos grupos por parte del poder que se alza como superior, sólo se constata su presencia. Para la historia oficial pareciera que sólo existen como parias.

Dicho relato, que se presenta como neutralidad objetiva, tiene en el plano de la didáctica el inconveniente de trasladar la “aparente legitimidad” del pasado, al presente. Al

³⁰ GUILLERMO SUÁREZ BLÁZQUEZ, “La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, número 36, 2014, pp.159-187.

hacerlo se impide que aflore la conciencia crítica, porque se da por válidos ciertos hábitos patriarcales con fuerte raigambre histórica que algunos consideran todavía hoy como legítimos.

De un tiempo a esta parte, como se refleja en la propuesta de Thomas Duve sobre una historia del derecho trasnacional, los historiadores del derecho europeo también han empezado a llamar la atención sobre esta dimensión:

“volviendo a la remisión a Europa como el continente que produjo todos los logros culturales y jurídicos, tendríamos que preguntarnos si es realmente justo hacer un balance positivo, como solemos hacer habitualmente. ¿No proclamábamos la libertad y la igualdad en nuestros reinos, y practicábamos el racismo y la discriminación en otras partes de nuestros imperios? ¿No pagábamos nuestros éxitos culturales con lo que nos llevábamos de aquellos a quienes veíamos como «no civilizados»? ¿No ha sido la misma Europa de la libertad también el continente de los genocidios, las guerras mundiales y el colonialismo? ¿Podemos separar una cosa de la otra, las hazañas culturales de las crueldades increíbles?»³¹

Cabe preguntarse, como hizo uno de nosotros (Palma, 2009) ¿Cómo afecta a la vigencia del Estado de Derecho que la educación de los abogados no incorpore también una mirada crítica de la Tradición Jurídica Occidental? ¿Qué relevancia tiene este fenómeno para comprender la debilidad en la América luso hispana de la cultura humanitaria, es decir, la que promueve una convivencia fundada en la democracia y los derechos humanos? Necesitamos una historiografía jurídica y una enseñanza del Derecho que se ponga al servicio de los marginados de la historia: en alguna manera una historia de denuncia que dé cuenta de las operaciones de estigmatización realizadas desde la elite con el propósito de justificar la violencia que domina (y de paso destruye la dignidad humana).

Para el caso de Chile, el Programa de la cátedra de historia del Derecho ha tenido a la historia del Derecho Español como contenido a enseñar a lo largo del tiempo (con mayor énfasis a partir de la década de 1930). El conocimiento (estudio y enseñanza) del pasado jurídico español se justificó entonces, y se justifica mayoritariamente hoy día, por

³¹ THOMAS DUVE, “Los desafíos de la Historia Jurídica Europea”, revista Anuario de Historia del Derecho Español, tomo LXXXVI, 2016, pp. 810-845.

la necesidad de comprender la historia del Derecho chileno en el marco del Derecho europeo³².

Debido a la conquista española de América, se propone comprender el Derecho nacional como una manifestación más de la denominada tradición jurídica occidental o derecho occidental (entendido como una familia jurídica). Al momento del inicio de la expansión española, ya se habían manifestado en la historia europea una parte significativa de los ordenamientos jurídicos que conforman el llamado Derecho occidental. Y es precisamente a través de España que participamos de esta experiencia: el propósito del estudio del Derecho español sería comprender cómo se configuró la tradición jurídica de la que formamos parte. Interesa conocer las raíces del Derecho nacional que lo entroncan con el Derecho occidental y la civilización católica occidental que lo creó.

Para el estudio de la tradición jurídica se ha empleado la perspectiva, a estas alturas ya clásica, de John Henry Merryman. La tradición jurídica es: “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del Derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”³³.

Merryman explica lo que denomina tradición del Derecho civil, que llama también “del derecho civil o escrito”. Tiene su punto de inicio, según la explicación del autor, en la puesta en vigencia en Roma de las denominadas Doce Tablas (450 a. de C.). Distingue en esta tradición, subtradiciones: “... derecho civil romano, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica”³⁴.

La adscripción del derecho patrio a la tradición del derecho civil escrito se ha estudiado como un caso de proyección del Derecho Español en América, así como de la cultura que lo sustenta, que se caracteriza como civilización católica occidental. La perspectiva de las últimas décadas, ha significado que se destaque la vinculación del

³² Por todos, véase MANUEL SALVAT MONGUILLOT, *Breve historia del estudio del derecho*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile, 2001.

³³ JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradición Jurídica romano-canónica*, Primera edición en español, 1971, FCE, México, pág. 15.

³⁴ JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradición Jurídica romano-canónica*, pág. 22

mismo con el Derecho Romano y el Derecho Canónico según como se manifestó en el Derecho Común.

Respecto de esta tradición jurídica occidental españolizada (variante de la tradición del derecho civil escrito) se despliega una visión positiva, incluso laudatoria, en la que se destaca el nivel científico del Derecho y su componente moral (manifestación de la religión católica apostólica romana). Cuya máxima expresión se encuentra por lo mismo en el Derecho Común (actualización de la obra de Justiniano). Duve señala al respecto: “El resultado es un panorama desproporcionado de «recepción del derecho europeo» por todo el mundo, que en ocasiones ha sido reafirmado por historiadores del derecho no europeos entusiasmados por descubrir y quizá incluso enfatizar los elementos europeos en sus propias tradiciones jurídicas, debido a la connotación positiva que esto daba a su propia historia en un tiempo en el que ser parte de la «cultura jurídica europea» se presentaba como formar parte de las «naciones civilizadas»”³⁵.

La tradición jurídica occidental presenta el valor altamente positivo del desarrollo de los estudios de Derecho, pero, tiene también responsabilidad en la proyección de la mentalidad patriarcal en el tiempo. A este respecto ha dicho Villacañas.: “...ciertos sistemas intelectuales ponen el mayor énfasis, las mejores energías, las mejores ideas y creencias, el mejor espíritu sistemático en la construcción del enemigo. Reconocen al diferente, pero, elaboran su representación e interpretan su existencia hasta hacer de él un enemigo al que se le ofrece la disyuntiva del sometimiento o la desaparición”³⁶.

Una mirada laudatoria del fenómeno de la tradición jurídica española, implica trasladar al tiempo presente criterios de legitimidad relativos al orden social y jurídico, que pugnan con los grandes desafíos que abordamos como humanidad. Necesitamos estudiar el Derecho español y el precolombino no sólo por el interés que suscitan sus instituciones y Derecho (cabe hacer notar que en el mundo indígena prehispánico también encontramos que hubo estratificación social y jerarquías fundadas en la violencia), sino, también, porque aspiramos a conocer cómo se han ido formando las limitaciones históricas para el desarrollo de una cultura democrática y de derechos humanos en los tiempos actuales. La debilidad que presenta la sociedad iberoamericana en esta materia

³⁵ THOMAS DUVE, “Los desafíos de la Historia Jurídica Europea”, p. 831

³⁶ JOSÉ VILLACAÑAS BERLANGA, *La formación de los reinos hispánicos*, Espasa, 2006, p. 25.

puede tener como una de sus causas, la cultura jurídica. El Derecho ha contribuido a recrear la mentalidad patriarcal³⁷.

Una didáctica que se proponga el surgimiento del estudiante como sujeto histórico amoroso, no puede agotarse en la visión positiva de la expansión del derecho romano-católico, debe dar a conocer cómo estos fenómenos contribuyeron a formar una determinada cultura jurídica, en la que el orden político, social, económico y cultural admite la violencia, la dominación, la discriminación y la consecuente jerarquía social. Todo lo cual genera “hábitos patriarcales”.

5. Enseñanza del Derecho Precolombino, pluralismo jurídico e interculturalidad

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, plantea un enorme desafío a la historia del Derecho en sus tres dimensiones: cátedra, metodología de investigación y objeto de estudio. Es un hecho que los programas tradicionales están al servicio de una visión eurocentrista, lo que implica no preparar a los futuros abogados para administrar el pluralismo jurídico y la interculturalidad.

La emergencia de lo indígena como fenómeno intrascendente en el contexto de la tradición jurídica occidental, ha tenido como consecuencia que sea más relevante el reconocimiento del derecho indígena y su caducidad en vez de la historia de las comunidades indígenas y su enfrentamiento con el Derecho del colonizador. En vez de caracterizar la diversidad precolombina, se ocupan los indianistas de hablar de la regulación europea de esta diversidad. Las comunidades emergen ante los estudiantes carentes de historia. Y lo hacen sin identidad propia, en un conjunto genérico englobado bajo la denominación de derecho indígena precolombino.

La aceptación del Derecho consuetudinario indígena por la Monarquía española se hizo en un contexto de civilización y evangelización, es decir, de transformación cultural de lo autóctono. Es un típico caso de multiculturalismo y no de interculturalidad³⁸.

Una adecuada comprensión de este fenómeno requiere que se conozca la historia de lo que se transformó. Historia que da noticia de la convivencia a lo largo de varios siglos, por un lado, de ordenamientos jurídicos no respaldados en un andamiaje estatal y

³⁷ Valga precisar que, sin embargo, ello no ha impedido la formación de propuestas teóricas o doctrinales que promuevan la dignidad humana y los derechos humanos.

³⁸ Véase por todos CARLOS GIMÉNEZ ROMERO, “Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad”, en *Educación y futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, núm.. 8, 2003, págs. 11-20

basados en la fuente formal del Derecho costumbre jurídica, y por el otro, de ordenamientos emanados del poder político estatal y fundados en la fuente formal ley³⁹.

El reconocimiento de la interculturalidad, implica darle a la diversidad un sentido transformador y liberador respecto de instituciones tradicionales de dominación de lo diverso⁴⁰.

En síntesis, para la historia del Derecho el desafío del pluralismo jurídico y de la interculturalidad implica en lo metodológico, un reforzamiento de los lazos con la antropología y la arqueología; en lo tocante al objeto de estudio, una ampliación del pasado jurídico que resulta de interés para la formación de los estudiantes; y respecto de la cátedra, una ampliación de sus contenidos (estudio de las sociedades precolombinas) y un reforzamiento de una didáctica destinada a promover la conciencia crítica.

La protección actual de la concurrencia legítima de diversidad de identidades en un mismo medio social, pugna con la mentalidad patriarcal tradicional que organiza dicha concurrencia en términos de superioridad-inferioridad. Por ende, le cabe a la historia del Derecho (considerada como cátedra e investigación) la tarea de denunciar las raíces de dicha mentalidad y su protección y promoción por la normativa jurídica.

Conclusiones

Una didáctica de la historia del derecho centrada en el aprendizaje, puede contribuir a la identificación de la zona oscura de la tradición jurídica occidental y en esa medida a superar los hábitos patriarcales amparados por el Derecho a lo largo de la historia de occidente en los últimos 2500 años. Ello implica adoptar un modelo pedagógico socio-crítico y exponer a los estudiantes a un proceso formativo que los observe como abogados promotores de una nueva cultura jurídica fundada en la democracia, los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la interculturalidad. Se trata de formar abogados que actúen como sujetos históricos amorosos y que en esa medida denuncien los hábitos patriarcales.

Las nuevas concepciones sobre el aprendizaje y la contribución de la universidad a la formación profesional, deben abordar el problema más relevante al que se enfrenta el

³⁹ Por todos véase de FRANCISCO PALACIOS ROMERO “De objeto colectivo a sujeto colectivo: paradigmas históricos de cultura constitucional y premisas de legitimación del derecho indígena”, *Ius Fugit*, 19, 2016, pp. 265-300

⁴⁰ Para una aproximación al tema, véase de CARLOS ANTONIO WOLKMER, “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, FLACSO, Documento de trabajo, editor CENEJUS, 2003, en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/uploads/FTP-test/clacso/otros/uploads/20111021100627/wolk.pdf> [visita diciembre de 2013]. El autor distingue un pluralismo conservador, progresista-democrático y liberal.

profesional del Derecho del siglo XXI, como es la consolidación de la sociedad de la interculturalidad, del pluralismo jurídico, de la democracia y los derechos humanos. Este nuevo modelo de organización social implica una valoración de quienes han sido objeto, a lo largo de la historia, de una violencia que se presenta como legítima, o respecto de la cual, en la cátedra, se adopta una posición de aparente neutralidad.

La tradición jurídica occidental y su cultura más antigua, rescató en la narración y el objeto de estudio un conjunto de hábitos que ampararon relaciones personales fundadas en la violencia, de lo cual derivó dominación, discriminación y como consecuencia una jerarquía social que favorece a los varones. Valores del pasado vienen siendo transmitidos hasta el presente como meros objetos contenidos en una narración, sin reparar en que la aparente neutralidad de la enseñanza ante la explicación binaria libre/esclavo, capaz/incapaz, contiene un modelo social que todavía perdura en muchos espacios sociales y que se erige como obstáculo para la consolidación de la nueva cultura jurídica de la democracia y los derechos humanos (“cultura humanitaria”).

La historia del Derecho, vista como cátedra, investigación y acontecer, puede hacer una contribución decisiva a la formación de los abogados que requerirá la nueva sociedad que se viene consolidando en nuestro suelo iberoamericano.

Desde el terreno de la didáctica de la historia del Derecho, el diseño de un plan de formación de la conciencia crítica recurriendo a un fenómeno histórico como es la denominada Polémica de Indias, permite, conectando pasado y presente de manera fluida, desarrollar habilidades cognitivas y procedimentales, así como actitudes en el plano político normativo, que son una contribución decisiva en la formación del jurista llamado a cumplir un rol activo en la consolidación de la nueva cultura jurídica del siglo XXI.