

FRAGMENTOS

Historia del Derecho

“Se entiende por historia del derecho la descripción del cambio o desarrollo del derecho en el medio del tiempo histórico, el ‘camino del derecho desde los comienzos hasta el tiempo presente’.

La literatura sobre historia del derecho ya no describe aquel camino como un crecimiento continuo y lineal, el camino de una razón (jurídica) llegando a sí misma en la Europa occidental, tal como solía ser el caso en la historia del derecho del siglo XIX. Sin embargo, lo que permanece igual hasta hoy es el orden cronológico del material histórico según grandes épocas de la historia europea, a saber, la antigüedad, la Edad Media y la edad moderna, a veces complementadas por la prehistoria y la historia contemporánea. El tema clave sigue siendo la modificación del derecho en el espacio de experiencia ‘de’ la historia—concebido como ‘camino’, a veces también como ‘flujo’ o ‘corriente’—. Pero todo ello tal vez no sea más que una fórmula provisional para la paradoja indefinible del tiempo histórico que es la identidad de continuidad (identidad) y desarrollo (diferencia). Desde el tardío siglo XIX, la disciplina intentó desplegar esta paradoja valiéndose de un concepto que pone la historia del derecho en Europa como tal en el centro de la investigación, mientras una perspectiva que va más allá de Europa solo de forma paulatina adquiere relevancia en la historia del derecho”.

“El concepto moderno de historia solo pudo nacer cuando el mundo ya no descansaba en una transcendencia fuera de alcance (metafísica-religiosa), convirtiéndose así en el objeto de su propio

desarrollo. Lo anterior presupone la disolución de la visión fija del mundo ‘de la vieja Europa’ y por tanto, sobre todo, una reconstrucción de la semántica ontológica del tiempo. Solo desde que el tiempo fugaz del presente (*tempus*) ya no refiere a un pasado que perdura para siempre (*aeternitas*), solo desde que un concepto del tiempo como *momentos* da lugar a una temporización radical del presente, es posible emplear un concepto abstracto del tiempo histórico como una secuencia de acontecimientos entre el pasado y un futuro (desconocido). De acuerdo con el historiador Reinhart Koselleck, tal concepto del tiempo no se impuso antes del siglo XVIII, la misma era que inventó también el término ‘historia’ como singular colectivo. Giambattista Vico, Johann Gottfried Herder y otros autores de los siglos XVII y XVIII fueron los primeros en desarrollar la idea de una teoría cultural (secular) y con ello un sentido específicamente histórico (no teológico). Por ende, no es posible atribuirles la aparición de un interés intelectual en ‘la historia como historia’ a las culturas de la antigüedad. En forma de ‘cultura de memoria’, como relato o cuento (de la palabra griega *historia* ‘exploración’), la historia ciertamente es un fenómeno muy antiguo, como demuestran los edificios del antiguo Egipto, la teología del judaísmo temprano, las genealogías de la nobleza de la Atenas clásica, la historiografía antigua en Atenas y Roma (por ejemplo Heródoto, Tucídides, Livio, etc.) o —fuera de Europa— la emergencia de una analítica crítica (*Sima Qian*) en el siglo II a. C. en China. Pero ‘que el tema de la historia sea ‘la historia misma’ y no una historia de algo, es un concepto moderno, de la edad moderna”.

“Solo tras imponerse el concepto de un sentido específicamente histórico, era posible que la historia del derecho se estableciera como disciplina académica en el (tardío) siglo XIX. La escuela histórica del derecho ciertamente convirtió la dimensión histórica en un componente esencial del derecho. Pero en Gustav Hugo, Friedrich Carl von Savigny y Georg Friedrich Puchta, el interés histórico-genético en el derecho romano quedó siempre subordinado a intereses constructivos y sistemáticos; el entendimiento histórico siempre estaba al servicio del programa de una dogmática histórica del derecho; servía como apoyo para los propios proyectos sistemáticos en el molde del iuspositivismo...”.

THOMAS VESTING, *Teoría del Derecho*. Editorial: Universidad Externado de Colombia, 2018, Bogotá, págs. 251-253

Populismo legislativo

La vieja idea del ministro de Justicia para 1995, Néstor Humberto Martínez Neira, del examen de Estado como odioso requisito obligatorio para quienes puedan ejercer como abogados litigantes, por fin consiguieron convertirla en ley de la República, la 1905 del 2018. No sería extraño que detrás de esta ley estuviese la recomendación del hoy Fiscal General de la Nación, a juzgar por la procedencia del proyecto que, según los anales del Congreso, fue presentado por parlamentarios de Cambio Radical, el partido que no solo fundó Martínez Neira, sino en el que militaba antes de asumir sus funciones.

La ley no es buena, ni va a contribuir a mejorar la justicia, pues está edificada sobre varias inconsistencias. En efecto, lo primero que se extraña en esta ley es que el requisito de presentar examen de Estado no será exigible para todos los abogados, cualquiera sea el oficio a que se dediquen, sino solamente a quienes opten por litigar, representando intereses ajenos. Eso significa que para ser asesor de una empresa o funcionario de una entidad pública no se requerirá aprobar el examen de Estado, lo cual no deja de ser contradictorio.

Ciertamente, si la justificación de la ley es la de garantizar que haya abogados preparados para que estén en capacidad de representar intereses ajenos, no se ve la razón para que ese examen de Estado no haya sido exigido a todos los profesionales del Derecho, cualquiera sea su dedicación. La ley incurre en una terrible paradoja, pues mientras no le exige a un abogado haber presentado examen de Estado si decide ejercer su profesión como asesor y no como litigante, no advirtió que también desde ese



RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia

Lo que el Legislativo y el Gobierno le han entregado al país es un esperpento, que ojalá lo deroguen antes de que empiece a aplicarse a los nuevos abogados.

escenario la comunidad requiere de profesionales expertos y bien preparados. Pero hay más, si un abogado se hace juez de la República por 25 años, durante los cuales verá pasar por su despacho a miles de litigantes y expedientes y algo aprenderá del oficio de litigar, sin embargo, a su retiro como juez no le sería posible representar intereses ajenos por no haber presentado el examen de Estado, no obstante haber transitado un cuarto de siglo como gran protagonista de la actividad judicial.

La ley parte de una falacia, pues supone que las faltas y sanciones registradas contra los abogados en el Consejo Superior de la Judicatura se generan por ignorancia o impericia de los abogados, y ello no es cierto. El grueso de las sanciones impuestas a los abogados deviene por faltas a la ética profesional, como no devolver dineros recibidos a

nombre de un cliente o dejar abandonado un proceso. Es la ética lo que vigila y sanciona el Consejo de la Judicatura no la idoneidad y habilidad de los abogados. Sea que los abogados presenten o no examen de Estado, siempre habrá profesionales indelicados o indecorosos.

La ley desconfía de la educación superior controlada por el Estado mismo. De modo que una persona obtiene su título de abogado en una universidad aprobada y vigilada por el Estado, y luego un ente judicial o una universidad contratada para tal fin decide que ese sujeto no es apto para ejercer como abogado. Eso es una señal violenta, por decir lo menos, contra esa persona, su familia, el centro donde se educó y la comunidad misma. El supuesto remedio es peor que la enfermedad. Si hay quejas de la educación prodigada por las universidades a los abogados, entonces el camino es ejercer mejores controles e imponer sanciones, en vez de este mecanismo sancionatorio a posteriori que terminará convirtiéndose en una frustración para muchos profesionales jóvenes.

Además, la ley olvidó que las universidades privadas, por lo general, obedecen a una filosofía política a la que se deben, la cual podría ser objeto de persecución a propósito de cerrarle el camino a sus egresados a través de un examen de Estado malicioso.

Improvisaron el Legislativo y el Gobierno también, pues han debido promover es la creación de los colegios de abogados, como ocurre en otras latitudes, para que desde allí pudieran diseñarse pruebas para ejercer como litigante. Lo que han entregado al país es un esperpento, que ojalá lo deroguen antes de que empiece a aplicarse a los abogados que inicien sus estudios con posterioridad al 28 de junio del 2018.

LA ESPORA

Las puertas del cielo

