

UN PROGRAMA DE HISTORIA DEL DERECHO (1)

Dos interrogantes estrechamente enlazados, nos detienen en los dinteles mismos de esta asignatura, destinada a completar el estudio de la ciencia jurídica: su denominación y su contenido.

DENOMINACIÓN

No vacilo un momento en afirmar que la denominación de "Historia del Derecho" es la que científicamente le corresponde. Tal denominación, no excluye los estudios históricos especiales a cada una de las ramas en que se divide el derecho, como se hace en nuestra Facultad con el Derecho Constitucional, Penal, e Instituciones Representativas; así como la Historia en general, no excluye la de las artes o ciencias en particular.

Los historiadores del Derecho no hacen distinciones de las diferentes esferas jurídicas, sino cuando con ellas se han particularizado, pues toman su concepto amplio, genérico, cuyo eje lo constituye el Derecho individual y a cuyo afianzamiento y efectividad concurre el Derecho público en armónica concatenación.

"El Derecho como una modalidad de la vida humana, dice

(1) Precedida de breves palabras dirigidas á los alumnos; esta exposición fué leída por su autor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, en su carácter de miembro de la Delegación que fuera en nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta Universidad á retribuir la visita hecha por Profesores de aquel Instituto.

el profesor Altamira, hállese en estrecha relación con todos los órdenes de la actividad de los individuos y de las colectividades". Es en este concepto amplio, que la historia lo analiza y estudia, y lo presenta viviendo en toda su plenitud dentro de la sociedad, con sus peculiaridades distintivas de pueblo a pueblo, las doctrinas que lo informan y sus fecundas consecuencias — constata así la existencia histórica del Derecho, su desenvolvimiento y desarrollo progresivo a través del tiempo, tal cual como se presenta en el drama de la vida humana, señalando los múltiples factores que concurren a formarlo, darle modalidades y orientaciones, estudia el movimiento de la ciencia, la teoría y la práctica jurídica, y nos presenta, en síntesis, la experiencia del tiempo y de los pueblos. Es así, como la historia jurídica viene a constituir una ciencia, que concurre con la Filosofía, el dogma y la exegesis, al estudio completo del Derecho. La Escuela Histórica Alemana que iniciara Savigny comprende el concepto que vengo enunciando.

Lerminier, exaltado por las teorías avanzadas de aquel célebre jurisconsulto, con su fundamental distinción entre el "Derecho y la ley escrita, echa las bases definitivas de una nueva ciencia jurídica": la Historia del Derecho, de trascendencia tal, que la proclama como un concurso indispensable para el estudio del Derecho, con su cuádruple división. "Si el Derecho", dice, tiene una base filosófica, hay necesidad de una "Filosofía del Derecho". "Si el Derecho tiene una existencia histórica hay necesidad de una "Historia del Derecho". "Si el Derecho existe por sí mismo, independientemente de la legislación y de los textos, hay necesidad de "Teorías Dogmáticas". Finalmente: "Si el derecho se manifiesta por legislación y textos, hay necesidad de una "Interpretación Científica". "Filosofía del Derecho", "Historia del Derecho", "Dogmática" y Exegesis. *Son las cuatro grandes divisiones de la ciencia*".

Substituir la ciencia "Historia del Derecho" por la particu-

lar de sus fases, importa, desde luego, desvirtuar en su esencia el concurso de aquella ciencia al estudio jurídico integral.

La íntima relación, la influencia directa e inmediata entre el Derecho Público y el Derecho Privado, exige, en el orden histórico, el estudio de conjunto, para que esta ciencia concorra con su enseñanza al estudio completo del Derecho. Es una ciencia nueva de fecundos resultados. Arranca de la renovación científica de Europa en el Siglo XII.

Aquellas sociedades que salían recién de la vida feudal, se vieron agitadas de improviso por los movimientos del comercio, la industria y la política, con trascendentales problemas a resolver, gravitando en sus entrañas infinitos factores sociales, políticos y económicos, que empujaban en direcciones contrarias, amenazando con hondas conmociones; el espíritu jurídico medioeval y su legislación bárbara vacilaban impotentes para llenar las nuevas exigencias; fué necesario volver los ojos al pasado y buscar en el Derecho Romano, tan rico y flexible, normas que llenaran las exigencias del nuevo orden de cosas.

Iniciáronse entonces los estudios históricos del Derecho Romano, viniendo ellos a satisfacer un pedido apremiante de la ciencia. Fué la novedad del Siglo XII, el origen de los glosadores y de las escuelas que difundieron los conocimientos del Derecho Romano por la Europa moderna, los precursores de la nueva ciencia, a la que Savigny y Lerminier, por vez primera, dieron formas y orientaciones: "La Historia del Derecho".

SU CONTENIDO

El espíritu dominante, la tendencia manifiesta de los estudios histórico-jurídicos en todos los países, es circunscribirlos principalmente a los antecedentes patrios. La mayor parte de los publicistas que de esta materia se han ocupado así lo han hecho, tomando como punto de partida, el génesis mismo de la nacionalidad, y siguiendo paso a paso con más o menos detención

el desenvolvimiento del organismo social y sus manifestaciones jurídicas, como si el sentimiento de la nacionalidad fuera el rumbo invariable que se marca a los estudios históricos, aún mismo en Francia, donde el concepto del Derecho es y ha sido siempre expuesto con mayor amplitud y universalidad que en los demás países civilizados, con sus declaraciones de los derechos del hombre, "iguales para todo el género humano", aún allí, encontramos la historia del Derecho Francés, expuesta por sus más caracterizados pensadores.

Esta orientación de los estudios histórico-jurídicos responde a razones científicas fundamentales; no es ni puede ser el resultado de un sentimiento patriótico, la ciencia no es el movimiento sensible de un núcleo orgánico, es patrimonio de la razón, y por ello de la humanidad.

El Derecho, virtualmente, debería ser igual para el hombre en todas las latitudes de la tierra, cuando menos en grados análogos de civilización, mas la realidad, y con ella la historia, que nos la muestra en sus grandes síntesis, a través del tiempo y del espacio, nos enseña que, así como la humanidad presenta modalidades específicas definidas en sus grupos étnicos, el Derecho toma formas diferenciales en cada pueblo de la tierra, y si es verdad que su unidad esencial puede constituir un concepto absoluto, ello es solo como un ideal superior, mas no lo es real, efectivo. Los pueblos una vez consolidados, con sus modalidades específicas, crean un derecho propio, nacional, que refleja en todos sus matices, la individualidad creadora.

Factores múltiples y complejos concurren a su definición. "La índole económica del suelo que se habita, dice el Doctor Magnasco, las necesidades que ella genera, la estructura moral que impone, la inevitable y siempre creciente singularidad de usos y costumbres, la calidad y grado de educación de la que emergen los sentimientos e ideas generales, y de ahí las creencias sean supersticiosas, prejuicios dogmáticos o conceptos de razón, todo propende a imprimir un carácter al Derecho, ya sea este

una adaptación del universal a las aludidas particularidades, ya uno nuevo largamente gestado, a virtud o de acuerdo con ellas mismas”.

La conclusión viene a ser necesaria, precisa; la “Historia del Derecho” circunscribe al derecho nacional de cada país, y tal concepto va implícitamente comprendido en su rótulo genérico, sin necesidad de adjetivarlo, ya que tanto valdría la expresión general como la específica.

Redundancia que ni estorba ni aclara el concepto, me resulta la “Historia del Derecho Argentino”, por “Historia del Derecho” pura y simple, pues tanto la una como la otra, en nuestras Universidades Nacionales expresan la misma e idéntica cosa, tanto más cuanto queda demostrado que el derecho, aún en teoría, no admite el concepto de unidad, sino como un ideal superior, que adopta las modalidades del pueblo que lo crea y desarrolla.

Menester es, entonces, filiar el Derecho Nacional, analizando los factores que concurren a formarlo, y sobre todo, comparar el derecho con la legislación que no siempre es su fiel trasunto, para fundar la teoría dogmática y realizar su exegesis.

CONCEPCION HISTORICA DEL DERECHO ARGENTINO

En la República Argentina, presentan estos estudios una originalidad curiosa e interesante, sobre la que debo hacer algunas observaciones. La Nación, como su Derecho, atraviesan el período genésico; por eso, hoy más que nunca, necesitan de la ilustrada colaboración de sus clases dirigentes.

Si es verdad que la Nación tiene su constitución política, códigos y leyes liberales y cultas, como que son, en su mayor parte, la expresión de las últimas conquistas de la ciencia jurídica moder-

na, no es menos cierto que nuestro organismo social y político, ni fué creador de su Derecho, ni menos su propulsor, más, ni siquiera concurrió a su afianzamiento. En una palabra, la legislación Argentina no fué, ni es, el resultado espontáneo del Derecho Nacional, de cuyas primitivas modalidades quedan aun vestigios ciertos

A partir de 1810 hasta 1863, es decir, en los primeros 53 años de vida propia, lo llenan con nuevas formas, las proyecciones de las sombras coloniales, que se mueven en otro escenario, activo, inquieto, viváz, sacudido a diario por sangrientas convulsiones. Se ha dicho la "Edad Media Argentina", sin que, realmente, tenga con la de Europa, identidades de causas, ni de efectos, menos aun la vida jurídica que, ajena al germanismo y sin las costumbres y usos de aquellas sociedades feudales, románticas y místicas, preséntase la nuestra; informe, confusa, sin rumbos, destruyendo el pasado en luchas cruentas, sin más tabla en el naufragio, que la visión soñada de sus clases dirigentes, fija en la civilización europea.

Es la conocida Historia Argentina en su período genésico, bautizada bien con el nombre "Período de Anarquía" aplicable por igual, al derecho, a la política, al comercio, a todas y cada una de las manifestaciones colectivas del nuevo ser en formación, por más paradójico que resulte con el Congreso del año diez y seis y su solemne declaración política, de universal repercusión.

El pueblo argentino allí, en esa hora de procreación, como todos los pueblos de la tierra, reproduce el fenómeno fisiológico que conmueve, por igual, al ser que concibe como al ser creado. ¿Cual fué el Derecho Argentino en el período de anarquía?

El Derecho, como la nacionalidad, no existía; se formaba y las tradiciones coloniales, como factor propulsor, he dicho, eran sombras que se esfumaban, pues que la reacción de Mayo fué obra grande, sobre todo porque demolía el pasado y demolía con violencia, como huracán, arrancando de cuajo cuanto podía haber arraigado en el nuevo orden de cosas, que creaba. Tal con-

clusión, necesaria consecuencia, de que nos testifica el hecho histórico, afirmase más con las categóricas, expresas y terminantes declaraciones de Mayo y Julio, y sus procedimientos revolucionarios, tan a la francesa, que ahogaría toda réplica o duda, la figura genial de Moreno.

Nuestros Señores Feudales, cuyo solo recuerdo se nos estremece hasta la última fibra, eran entonces los Rosas, Quiroga, Lopez, y etc. etc. más bárbaros que aquellos de Europa por lo sanguinario, aunque no menos cristianos, y el derecho por igual en ambos, estaba cimentado en realidad por el coraje y la audacia, por la fuerza o la violencia, por el árbitro del más fuerte, sin noticias siquiera del severo pensar de Pablo o Ulpiano, ni de la rígida y sabia armazón coleccionada por Justiniano, a pesar de las Partidas, los Fueros y las copilaciones Españolas, que ardieron con la primera chispa del gran incendio de Mayo.

Pero, con todo, apesar de la acción excepcionalmente demolidora, cuando menos la sangre en circulación, tenía inoculado el germen colonial, y sus vestigios deruidos quedaron no más así, como los rastros que en los valles calchaquies, en monumentos de piedra o alfarería dejaron sus desgraciados autotonos.

Tal la vida jurídica argentina se formó y se forma, y toma a medida del tiempo y la acción étnica, cada día creciente, formas y modalidades propias, aunque el proceso de asimilación europea resulte contraste, o viva en pugna con la vieja colonia, ya aniquilada, cuyos rastros, como líneas fosforescentes y fugaces se pierden en el pasado.

La Sociología y el Derecho Argentino son campos poco explorados aún; el pensamiento supeditado por la espada, sumergido en un mar de tinieblas, vivía en el caos, que produjo el espasmo de razas que chocan con fuerza brutal y luchan pujantes por dar formas y orden, a los encontrados elementos, que preludian el nuevo organismo.

Respondiendo al conjuro de Alberdi, cuando levantándose

por encima del torbellino de su época, decía: "El reinado de la espada ha terminado ya, toca ahora el del pensamiento, la Patria pide su Bolívar, su San Martín de la ciencia", produjo una rica literatura jurídica, en su abundante legislación, ilustrada por comentarios y glosas, pero legislación que tomada íntegramente de la ciencia europea, debía moldear el organismo social que se formaba y se forma aún con aquel mismo concurso, mientras tanto se inician los primeros ensayos de Sociología y Derecho Nacional.

El Derecho Argentino, decía el Doctor Magnasco, parodiando al clásico latino, como las letras romanas *Abest literis nostris*, no tienen historia; su legislación es el fruto del empuje europeo traducido a nuestra lengua, como el resultado inmediato de su influencia Económica, Social, Política y Étnica, sobre todo la última, jalón tan bien plantado y tan hondo, que vive inmovible a la rebelde acción de nuestro pasado colonial, del que, enorgullecidos o no, la verdad inconcusa es que no nos pertenece a todos los Argentinos por igual, si la estadística habla, con sus cuadros de Italianos, Ingleses, Alemanes, Franceses, Rusos, etc. en abigarrada conjunción - *Et vitam impendere vero*.

Es necesario para nuestra cuestión jurídica propia, penetrar nomás al tenebroso período, despojados de prejuicios, y buscar imperturbables los nervios más firmes de la armazón social, buscar en las grandes síntesis el principio que de ellas fluye espontáneo, con ojo avisor y especial cuidado sobre todo del desvío o descamino, que un detalle, con aparente importancia, pudiera ocasionarnos; sendas sino trilladas, a lo menos presentidas por los geniales Sarmiento, Alberdi, Avellaneda, etc., que entregaron toda entera sus vidas y energías al servicio del orden y reconstrucción, abriendo surcos tan completos y hondos, que sirven cuando menos de faros luminosos, para el investigador contemporáneo.

¿Cuales fueron, entonces, los principios reguladores de la

— 196 —

familia, propiedad, contratos, sucesiones, que construían el hogar y amparaban el derecho del hombre?

¿Qué leyes diseñaban las formas políticas superiores?

¿Qué principios jurídicos ciertos regían en el orden penal?

Bajo ¿qué bases planteóse la actividad económica, mercantil?

El caudillaje sombrío, no sospechó siquiera en problemas tan hondos que apremiaban por entero la vida colectiva, y su voluntad erigida en árbitro y ley, hacía sentir formidable, cruel.

Ni el pobre ni el débil, hallaron amparo a su derecho, ni la sociedad encontró apoyo en el poder público y el comercio y la industria, si tal cabe al procedimiento artero y la demasía vivieron la accidentada existencia de aquella época, ni siquiera el concurso siempre fuerte del Derecho consuetudinario, puso coto al desorden y desquicio.

Podría decirse absurdo pensar en el Derecho, si ha de concebirse cuando menos, como *normas de orden* en la vida colectiva. La impulsión dada por la rebelde acción de Mayo cumplía su misión, desquiciando hasta en sus detalles, el engranaje colonial. La obra de derrumbe y demolición consumábase así, a despecho de los esfuerzos titánicos de sus mismos propulsores. "También las Provincias se vengaron mandándole a Rosas, todo porque Buenos Aires les negaba un poco de luces y civilización que recibía en sus puertos de Europa", decía Sarmiento, en un arranque de sarcástica ironía.

No hay formas jurídicas que vivan en el período de anarquía por que la obra revolucionaria sofocó al viejo armazón jurídico de la colonia, y la tesis que ha de hacer corolario a esta breve exposición, no puede ser otra, que *se preparara un nuevo orden de cosas*, surgiendo del caos, merced al concurso de la economía, la ciencia y la sangre europea, que invirtiendo el proceso de la conquista anterior monopolita y violenta, volvíase poligética y pacífica, por la difusión de ideas y el concurso étnico

de todos sus pueblos. Esta renovación preparada por la obra anárquica del caudillaje, destruyendo siempre con inaudito tezón, tan condenada por la declamación patrioterá de nuestra literatura épica, ocurreseme obra providencial, que preparaba un porvenir no lejano, fecundo como la borrasca, predecesora de la quietud y calma que trae consigo el fruto.

No habrían podido arraigar sin duda alguna en el ambiente de la colonia, las ideas liberales, que con la filosofía europea y el movimiento jurídico moderno orientaban la civilización humana; tanto es así, que con toda la obra destructora del pasado colonial, los vestigios resisten aún y no será difícil señalar, muy especialmente en el orden jurídico que investigamos, el fenómeno.

Pero la originalidad jurídica argentina, está allí, precisamente donde su derecho y su legislación conviven, invertido si se quiere, el proceso histórico de los pueblos, o bien genial, puesto que es obra exclusiva, para más fácil confusión de juristas, por ser única en la historia humana.

Mientras que Grecia y Roma consolidaban sus costumbres ancestrales, volviéndolas leyes escritas, y estas, merced a la excepcional expansión y asimilación del extranjero, tomaban un molde propio y original, después por cierto de siglos en fusión de razas y pueblos; nos legan sus grandes monumentos jurídicos, tantas veces admirados; mientras que las nacionalidades europeas gestan sus formas definitivas a través de una Edad Media, *Le moyen age enorme et délicat*, que con tan picantes coloridos cantó Velairne, en el cual tres grandes factores, fruto del esfuerzo humano en toda su existencia: la idea cristiana elaborada desde Judea, la cultura científica y jurídica romana y el torrente de sangre bárbara en toda su pureza selvática, se fusionan también en siglos, el edificio jurídico va formándose, en Francia, Inglaterra, Alemania, Italia, España, con tan complejo concurso, desde la disciplina más o menos severa de las costumbres arraigadas, hasta las formas jurídicas ciertas y definidas, que consignan sus códigos, como la expresión, el estilo, del derecho nacional; la Re-

pública Argentina en su período genésico, demole con raro tezón su pasado y abriendo de par en par las puertas, recibe en su seno el concurso de los pueblos europeos, para edificar sobre las ruinas coloniales.

Vano empeño será el nuestro, buscar el derecho consuetudinario exclusivamente a través del pasado, para fundar en él un derecho nacional argentino, amontonando ruinas, nos encontraremos, primero el caos, luego la colonia más o menos enigmática, indescifrable, y perdidos al fin en las tradiciones pre-coloniales, hallaremos un mundo lleno si se quiere de cuanta acción heroica y noble concibe la fantasía, pero tan distinto del actual, tan en oposición a las modalidades de esta individualidad específica argentina, anticipando la definición que aun se gesta, que nos veremos sin duda perdidos en un dédalo sin salida, donde todo es interrogante sin respuesta, si no hemos de imitar a los pueblos orientales que en medio de su infantil ignorancia daban solución a cuanto fenómeno impresionaba su espíritu, llenando deliciosas páginas de candor y fantasía, con la explicación de todos los infinitos problemas, que la ciencia contemporánea, hoy apenas temerosa balbucéa.

¿Es que debemos rechazar acaso la tradición histórica de la Colonia?

¿No hemos de encontrar allí la raíz biológica del organismo social y jurídico presente?

Sin duda alguna el factor colonial es uno de los muchos que concurren a su formación actual, muy importante, pero, en la proporción estadística a que lo reduce el cuadro de la población étnica, uno como factor social, uno como factor político, uno como factor jurídico y religioso, entre tantos otros que gravitan con derecho propio, con la fuerza de gravitación que le marca la ley suprema, que preside la organización y vida de los pueblos.

Si lo tomamos como elemento único y absoluto, caeríamos necesariamente en error, tanto más inexcusable, cuanto que queda

demostrada la acción reaccionaria, demoleadora, de la revolución de Mayo y la incorporación étnica de Europa al nervio nacional.

Estréllanse allí todas las teorías dirigidas a explicar y fundar en la vida colonial, el sistema jurídico y político argentino. Así por ejemplo, cuando se trata de explicar un principio doctrinario federalista tomando al pie de la letra, si me es permitida la expresión en homenaje a la verdad, de la carta política Norte Americana, la obsesora visión colonial nos encamina a fundarlo ora en Cabildos hispano-americanos, ora en Consejos o Fueros Castellanos, sin reparar la inconsecuencia monstruosa en que incurrimos traduciendo textos del idioma inglés, que contienen las prácticas parlamentarias de América del Norte, para interpretar el contenido o alcance del sistema federal argentino; que se dice arraiga en Cabildos, Consejos o Fueros Hispanos! Y en este caso, como en tantos otros, la experiencia, tribunal infalible, nos enseña la práctica del sistema, en varias décadas de vida política rigurosamente unitaria, apesar de la doctrina federal consagrada en la ley.

En la familia policroma argentina, de tantos y tan variados tipos y caracteres, encontraremos hoy, en el presente más que nunca, flameando las banderas europeas, hasta en el colorido de la expresión, en la conseja castellana, en la dulce y melodiosa expresión itálica, en la cuadrada y precisa dicción germana, cuando no en la fantástica y goscona elocución francesa, hasta el modesto y malicioso estilo criollo, nervio del pasado, que se recoge como el último pliegue de una breve existencia, sofocada al nacer y de improviso, por Europa toda en conjunto.

Imprímenle grandes relieves a este bosquejo, que se debilita hasta esfumarse en el interior y hacia el Ande, la gran Urbe, que exhibe en frenético hervidero, los contornos más que perfilados de la variedad en definidos matices, que viven y se agitan crepitantes en acción recíproca de lucha por la unidad.

Las manifestaciones jurídicas viven también, como las modalidades de tan variados caracteres, buscando abrirse paso por el conjunto, cualquiera que resulte en definitiva el exponente,

ya con el triunfo de un tipo étnico y su cortejo de hábitos y costumbres, ya con un producto nuevo resultado de la fusión, aunque mordido de herrumbre colonial, si hemos de estar a las nuevas y curiosas conclusiones dogmáticas de Le Bon o a las presuntuosas tesis de proyecciones cuadradamente castellanas, de algunos pensadores argentinos.

Mucha y buena obra tenemos con aquilatar en sus justos términos el presente ya que temeridad fuera embarcarse en tan aventuradas doctrinas sociológicas modernas para dar el futuro modalismo argentino, ni aun con el auxilio de los interesantes y curiosos estudios de Ingenieros, García, Bunge, Ramos Mejía, etc., en sus ensayos sociológicos; y en el orden jurídico, el cuadro de nuestra legislación, que si bien puede ser un punto de referencia de no escasa importancia, tiene con el derecho nacional que vive en formación todavía, el punto de contacto que puede haber entre el sueño dorado de un romántico y la realidad que lo circunda.

Nuestra rica literatura jurídica, como antecedente, es también valiosa, sobre todo la obra de los jurisconsultos que han inspirado y glosado esa legislación; ella alumbró sin duda alguna el monumento legislativo, pero ninguno nos perfila el principio vital del Derecho argentino que vive latente, como no sea uno que otro relampagueo, como *Nuestro derecho en la centuria*, del doctor Magnasco, que abrió el capítulo más importante de Derecho nacional que se haya planteado, y quedó único hasta hoy en nuestros fastos jurídicos, sólo, como una bandera tremolando en el promontorio, sin un legionario que la sustente por falta de orientación.

La originalidad jurídica argentina se revela aquí, con marcados relieves propios, invertida de polo a polo la progresión histórica, en cuanto resulta de ella su legislación, el molde que imprimirá formas y estimulará el desarrollo del Derecho nacional, a la inversa del cuadro histórico de los demás pueblos, en los que

su legislación no es otra cosa que el estilo, las formas fijas, escritas, que toma en su espontánea exteriorización el Derecho nacional.

En la Argentina, se moldea la familia y todas las relaciones individuales de orden privado, por su legislación, que capitula cuanto la experiencia y la ciencia ha reunido en su economía y estas leyes modelan el incipiente organismo social, el que se va formando con los aluviones étnicos que la Europa vacía año a año en el territorio argentino.

De este concurso vital se forma el Derecho patrio como su tipo étnico en gestación, y nuestra obra será precisamente el análisis sociológico y jurídico del concurso, tomando en su justo valor, merced a la estadística y a las manifestaciones espontáneas de la colectividad, los principios que se imponen como normas necesarias en las relaciones individuales y colectivas. Especialmente, en las reformas de la legislación están marcados los relieves propios del Derecho nacional, que surge con la espontaneidad y el imperio de una ley superior.

La nueva ley del matrimonio civil, en las relaciones jurídicas de familia, la reforma del Código Penal, la de la ley social, de la ley electoral etc. en el orden público, en fin, son otras tantas manifestaciones del Derecho argentino, que se exterioriza con la fuerza incontrastable de su vigoroso organismo en formación, y, cada una de estas manifestaciones jurídicas, tiene, sin duda alguna, sus fuentes de inspiración definidas en los tipos étnicos que viven y gravitan en la entraña misma del organismo, cuyas modalidades más o menos perfiladas revisten.

Si a estas observaciones, agregamos los nuevos y trascendentales proyectos de reformas industriales, agrarias, penales, civiles, políticas, que se intensifican día a día, en plena discusión, por los partidos políticos que se forman, y los órganos de publicidad que repiten su eco, podremos apreciar en conjunto las fecundas manifestaciones del Derecho Nacional.

EL PROGRAMA

Enunciado en grandes síntesis, el pensamiento que preside el estudio histórico del Derecho Argentino, las cuestiones en él comprendidas, van metódicamente distribuidas en el programa.

He dicho allí, que el Derecho Argentino está en formación, que su tipo étnico no se ha definido aún, que el organismo social presenta la variedad policroma, que ofrece el cosmopolitismo de los factores que forman su población, cuyo más vivo exponente, lo condensa su gran Urbe y que este concurso étnico trae consigo tradiciones, lenguas, usos, costumbres, todo lo cual, importa una sensible influencia en el núcleo específico que se forma; la vida jurídica nacional por consecuencia, no puede ser extraña a tan vigoroso concurso, y la historia tiene necesariamente que incorporarlos al número de los factores que darán formas y orientaciones al Derecho; son proyecciones luminosas, que disipan la densa obscuridad formada por prejuicios y tradiciones étnicas exclusivas, que envuelven el fenómeno jurídico presente y ocultan su orientación futura.

Ninguna fuente histórica más amplia que la nuestra, por eso, hasta definir las primeras manifestaciones del Derecho Nacional, que aún se gesta, y comprendo en las 14 primeras bolillas, las corrientes jurídicas más sustanciales que concurren a formarlo.

Por vía de prolegómeno, condenso en la bolilla primera, las teorías científicas del Derecho en general, tomando como relieves salientes las doctrinas extremas y el tipo ecléctico, para recordaros los conceptos generales del Derecho, indispensables a mi juicio, al estudio histórico.

La bolilla segunda, toma en grandes síntesis, las primeras formas históricas de manifestación del Derecho, cuyos tipos salientes lo constituyen, el Oriente, Grecia y Roma, síntesis de no escasa importancia, pues nos han de dar un juicio exacto de

los factores que concurren a la formación del Derecho, fáciles de precisar en los pueblos primitivos. por la simplicidad de sus organismos, lo que nos servirá también, para ir formando un concepto claro y preciso del Derecho, “como un fenómeno vivo, que es menester estudiar en la economía orgánica del Estado”, al decir de Alberdi.

Así podreis ir formando una concepción clara de la objetividad del Derecho, constatada experimentalmente por el análisis de aquellas primitivas civilizaciones, en sus tres relieves más salientes.

Las bolillas III, IV y V, contienen un estudio histórico del Derecho Romano, por más que la III comprenda el Derecho Griego, cuya influencia en Roma, sobre todo en el Derecho Público, es innegable, y sus estrechas vinculaciones en la filosofía y literatura muy especialmente.

En cuanto al Derecho Romano, por su universal influencia en todos los pueblos civilizados, paréceme ocioso encarecer su estudio histórico, tanto más cuanto que Roma constituye la arteria principal que fecunda la cultura jurídica europea en todas sus manifestaciones y de la cual América es un nuevo e inmenso laboratorio en conjunción de razas, de modo que el Derecho Romano constituye una fuente de importancia tal, que nos nutre por todos los conductos de los núcleos étnicos que se nos asocian con la inmigración europea, fuera, por cierto, del tronco secular español, más que ninguno romanizado y saturado de filosofía griega en su más grande monumento jurídico, *Las Partidas*, y aunque resulte paradójal, con su médula sustancialmente religiosa y cristiana, al extremo, de poner en vigor con fuerza positiva todo el mundo moral del más religioso y místico cristianismo.

Las bolillas VI a IX están consagradas al estudio histórico del Derecho Español, que nutrió a la Colonia Americana del Río de la Plata, un factor más o menos ponderable, cuya importancia, por otra parte, no puede desconocerse, en las proporciones que la realidad histórica. justamente la señala.

Las bolillas IX a XIV están consagradas al Derecho Americano, buscando, con especial interés, los factores que se definían con relieve propio en el suelo virgen de América y diseñando las costumbres y usos que aquí nacían, como las diferencias con la Metrópoli, apesar de su exclusivo concurso étnico, modificado sensiblemente en el nuevo medio, y aquí podríamos constatar, en verdad, cómo el derecho que se originó en América no fué el factor de la Legislación de Indias, ni menos armonizaba con las leyes de la Metrópoli.

El Derecho Colonial, sofocado al nacer por las leyes Españolas, tiene su fisonomía propia, y marca un nuevo orden de cosas que bien pronto se hizo sentir. No tuvo, en verdad, su legislación, porque vivió a duras penas, estrangulado por la Metrópoli; por eso reclama un prolijo análisis de factores y medio, que nos lo revele con sus relieves propios.

La bolilla XIV es un preámbulo al estudio de la Revolución de Mayo. Muy sintética, es verdad, como revista del Derecho Europeo, que tanta influencia tuvo en el Río de la Plata, pero muy importante, si se tiene en cuenta, que todas esas formas jurídicas, con sus modalidades específicas, concurren en la inmigración europea, a formar el nuevo organismo nacional.

A partir de la bolilla XV, los estudios van consagrados exclusivamente, al Derecho Nacional, tratando de perfilar los factores concurrentes, analizándolos uno a uno, para señalar las consecuencias jurídicas de su acción constante.

Tomo como punto de arranque la Revolución de Mayo bajo todas sus fases y consecuencias sociales y jurídicas, no descuidando un solo momento de señalar la influencia directa y decisiva de las ideas y formas jurídicas europeas en las clases dirigentes de la Revolución. En todas estas bolillas, tanto en el rubro genérico que las precede como en su contenido, van claramente especificadas las cuestiones referentes al *Derecho* y a la *Legislación* como para remarcar más uno y otro concepto, que tanta importancia científica tiene sobre todo en nuestra historia ju-

rídica. En ellas analizo con especial interés los factores que concurren a la formación de uno y otro: Derecho y Legislación, y procuro establecer bien definida, la línea separativa, como su acción recíproca y sus resultados.

Muy importantes y trascendentales cuestiones comprenden sus enunciados, que los reduzco al conocimiento de todos los elementos concurrentes, aquilatando su valor real, a fin de formar un concepto exacto de lo que es el Derecho Argentino y su estado actual, que dejo breve y someramente esbozado en el concepto histórico precedente.

En tres grandes períodos divido la historia jurídica, caracterizados por la Revolución, La Anarquía, y la Reconstrucción Orgánica, dedicando a cada uno los estudios necesarios para comprender y apreciar la formación del Derecho Argentino y su legislación, separando las cuestiones relacionadas con uno y otro. Para ello nos es indispensable estudiar con la mayor detención posible el organismo social en todas sus manifestaciones; de lo contrario, tanto el Derecho como la Legislación serán un enigma incomprensible, o cuando menos esta última un armazón inanimado, sin vida ni colorido.

Estimo, además, de un interés especial para comprender nuestro Derecho, el pleno conocimiento estadístico de los pueblos europeos incorporados al organismo nacional, en sus respectivas proporciones, sobre todo en la influencia que ellos tienen en nuestras modalidades, y como pienso sinceramente que el territorio aun despoblado estimula la inmigración cada día creciente, con el andar del tiempo llegará a la forma específica por la consolidación del concurso, cuya definición está aun velada por los inescrutables secretos de un porvenir más o menos lejano.

Como veis, reduzco los límites del programa a la constatación del estado jurídico actual, concluyendo con una revista sociológica y jurídica, con el análisis de los factores más ponderables que concurren a formar el cuerpo orgánico social y el Derecho argentino, señalando los fenómenos económicos, sociales, agrí-

colas, etc. y las grandes cuestiones que sobre ellos se agitan en el Urbe del Plata y como último término, la posible orientación del Derecho argentino, tomando como puntos de referencia aquellos factores y la civilización europea que los nutre y pone en movimiento.

Os dejo someramente esbozado el programa de Historia del Derecho de la Facultad de Córdoba y señaladas las orientaciones científicas que le imprimo.

TOMÁS MIGUEL ARGANARÁZ

PROGRAMA DE HISTORIA DEL DERECHO

I

CONCEPCIONES DEL DERECHO EN GENERAL

Concepto metafísico y positivista del Derecho — Tesis ecléctica — Fuentes y fases capitales de su desarrollo. Teorías de Arhens, Lermnier y D'Aguano.

Las transformaciones del Derecho de Tarde — Conclusiones. — La Historia del Derecho. — Su concepto científico y contenido. — Importancia y utilidad de su estudio.

II

CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS PUEBLOS PRIMITIVOS

Formas de manifestación del Derecho en los Pueblos Orientales.

Factores concurrentes. — El medio ambiente. — La lucha por la vida. — La idea religiosa. — Consecuencias sociales, políticas y jurídicas

III

PUEBLOS GRIEGOS Y ROMANOS Y SU CONCEPCIÓN JURÍDICA

Factores concurrentes a la formación de la cultura Griega. — Desarrollo del Derecho Público y Privado. — Influencia de la filosofía en el Derecho.

Instrucciones públicas y privadas más importantes en Esparta y Atenas.

Concepción jurídica del Pueblo Romano. — Antecedentes y elementos que concurren a la formación del Derecho.

Síntesis jurídicas del Oriente, Grecia y Roma. — Examen comparativo.

IV

DERECHO ROMANO

Pueblos que concurrieron a la formación de Roma. — Costumbres y usos. — Patricios y plebeyos. — Las XII Tablas. — Consecuencias jurídicas y políticas de la sanción de esta ley. Desenvolvimiento del Derecho Romano a partir de las XII Tablas.

Igualdad de Patricios y plebeyos. — Consecuencias jurídicas y políticas.

V

DERECHO ROMANO

Leyes Romanas. — Formación y sanción. — Edicto de los Magistrados.

El pretor y Derecho honorario. — Su importancia en el desarrollo del Derecho privado.

Jurisconsultos. — Jurisprudencia. — Constituciones Imperiales.

Las grandes recopilaciones del Derecho Romano.
Factores que concurren y explican el excepcional desarrollo del Derecho privado Romano.

VI

DERECHO ROMANO EN ESPAÑA

Organización de las ciudades Hispano Romanas.

Administración de la Ciudad. — Municipios. — Su condición jurídica y política. — Ciudadanía Romana. — Duo Viris. — Decuriones. — Ediles Curules. — Jurisdicción, deberes y atribuciones de estos funcionarios.

Sociedad Hispano Romana. — Ciudadanos nobles, esclavos. — Colonos. — Influencia social y económica de la esclavitud. — Condición jurídica del esclavo.

El cristianismo, su influencia en la Sociedad Hispano Romana.

VII

DERECHO ROMANO, BÁRBARO Y CANÓNICO EN ESPAÑA

Invasión Visigótica. — Nueva organización política y social. — Influencia de la propiedad alodial. — Sus características y peculiaridades. — Diferencias con la Romana.

La familia Goda, Contratos, Patronos, Clientes, Siervos y Esclavos.

La Ciudad de Roma y la Sociedad Gótica.

Fusión de razas. — Consecuencias políticas y jurídicas.

Influencia del cristianismo. — La familia. — Condición de la mujer e hijos. — El clero y la nobleza.

Legislación. — Código de Eurico. — Breviario de Aniano. — Fuero Juzgo.

VIII

DERECHO ROMANO, BÁRBARO Y CANÓNICO EN ESPAÑA

La invasión árabe y el proceso de la reconquista. — Sus consecuencias sociales y jurídicas.

La Monarquía. — Reparto de tierras conquistadas. — Su condición jurídica. — Fueros Behetrias. — Devisas. — Solares. — Encomiendas. — Clases sociales. — Nobleza. — Siervos.

IX

DERECHO ROMANO, BÁRBARO Y CANÓNICO EN ESPAÑA

Legislación Foral. — Consejos. — Caracteres de los fueros. — Las Cortes, elementos componentes y sus resultados jurídicos. — Influencia religiosa.

El clero y su importancia social y política.

Códigos. — Fuero Viejo. — Fuero Real.

X

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Las Siete Partidas. — Análisis sintético.

Elemento científico y religioso que la forman. — La filosofía Griega. — Derecho Romano. — Derecho Canónico.

Las leyes del Estilo.

Ordenamiento de Alcalá.

Ordenanzas Reales de Castilla.

La nueva Recopilación.

Derecho Mercantil.

XI

DERECHO AMERICANO

Descubrimiento y Conquista de América. — El contrato de Colón con los Reyes Católicos.

Actitud de los Pínsón después del Descubrimiento. — Acontecimientos más importantes. — Espíritu de la conquista. — La ambición y famelismo de oro. — El valor personal y el derecho del más fuerte.

Colonización del Río de La Plata y fundación de Buenos Aires. — Las corrientes colonizadoras del norte. — Espíritu que animaba a los conquistadores.

Repartición de tierras en la ciudad. — Egidos. — Dehezas. Propios y Comunes.

Distribución en la campaña. — Sistema de explotación. — Condición de los indios. — Reducciones. — Encomiendas.

El Comercio Colonial.

Familia Americana colonial. — Elementos que la componen. — Condición del hombre. — Españoles. — Criollos. — Indios. — Esclavos. — Vida, usos y costumbres.

El comercio de negros esclavos.

Rivalidad entre Criollos y Españoles. — Teoría de Paw.

XII

EL DERECHO AMERICANO Y LA LEGISLACIÓN COLONIAL

Las leyes de Indias. — Principios religiosos y políticos que la informan. — Su objeto.

Condición política del territorio Americano con relación al territorio Español.

La administración colonial. — Su carácter económico y religioso.

Cabildos. — Oficios concejiles. — Atribuciones ejecutivas, legislativas y judiciales de los Cabildos. — Las leyes que lo rigen y su vida práctica.

Gobernadores. — Sus deberes y atribuciones.

Facultades omnímodas que ejercitaron.

Correjidores.

Juicios de residencias.

Vida precaria de los Cabildos. — El funcionario público colonial.

Espíritu democrático Americano. — Factores que concurren a formarlo. — Protestas. — Sublevaciones.

La exclusión de Extranjeros y su comercio en las colonias.

XIII

EL DERECHO AMERICANO Y LA LEGISLACIÓN COLONIAL

Los Virreyes. — Honores. — Facultades y atribuciones.

Virreynato del Río de La Plata. — Su acción social y política.

Audiencias Reales. — Jurisdicción.

Oidores.

Funcionarios especiales. — Jueces pesquisadores. — Sus funciones.

Consejo de Indias. — Su composición. — Facultades y atribuciones. — Juntas de Guerra.

Ejercicios de los Poderes Públicos en la colonia. — Violación de las leyes. — Venalidad y corrupción de los funcionarios. — Ambición de riquezas. — Condición del Indio. — Impuestos por cabeza. — Corregimientos de Indios. — La Mita.

Denuncia de los abusos.

Las noticias secretas de Ulloa. — Cargos graves. — Resultados.

XIV

EL DERECHO AMERICANO Y LA LEGISLACIÓN COLONIAL

La Iglesia y el Clero Colonial Americano. — Relaciones con el Poder Civil.

Funciones políticas y religiosas atribuídas al Clero. — Sus privilegios.

Jurisdicción de los Obispos.

Acción social y política de la Iglesia. — Vigilancia en la vida privada. — Excomuniones. — Censuras. — Abusos.

La conversión de los Indios. — Acción combinada del Poder civil y religioso.

El Santo Oficio de Lima. — Su acción en el Perú, Chile y Río de la Plata.

XV

RENOVACIÓN CIENTÍFICA DE EUROPA

Breve síntesis del movimiento jurídico en Europa a partir del siglo XII.

Los glosadores en Italia y Francia.

Estudios Históricos del Derecho en Alemania. — Teoría individualista de Kant y su influencia en el Derecho.

La Escuela Histórica de Savigny.

Espíritu Inglés y su concepción del Derecho.

Escuela Francesa. — La revolución y su declaración de los derechos del hombre. — Orientación jurídica Francesa. — Su influencia en América.

La doctrina política en Norte América.

XVI

GENESIS DEL DERECHO ARGENTINO

Período revolucionario.

Invasiones Inglesas en el Río de la Plata, y sus consecuencias políticas.

Manifestaciones de la opinión pública.

Intervención de los nativos en la organización del Gobierno Provincial de Liniers.

Rivalidad de Españoles y Nativos. — Causas y consecuencias. — El Cabildo abierto. — Manifestaciones revolucionarias. — Los derechos de ciudadanos.

Tentativa de Berresford y Pak por la independencia.

Propagación de ideas. — The Souther Stord. — Libros Franceses introducidos. — Traducción del Contrato Social. — Influencia extraordinaria en el espíritu público.

La revolución de Mayo y el Derecho Argentino.

Reacción social, política y económica contra el sistema colonial. — Factores que la impulsan.

Principales leyes y decretos de los Gobiernos provisorios. — Declaración de la Independencia. — Principios Jurídicos y Políticos que enuncia.

XVII

GENESIS DEL DERECHO ARGENTINO

Período de Anarquía.

Familia Argentina. — Usos y costumbres. — La propiedad. — Contratos. — Condición de la mujer e hijos.

Clases sociales.

Vida colectiva en la Ciudad y Campaña.

El culto al coraje. — El derecho del más fuerte.

— 214 —

Gestación del caudillismo. — Antecedentes coloniales. — El ejercicio de la autoridad. — Caudillos de la Ciudad y Campaña. — Las Montoneras.

La lucha política de clases sociales. — Influencia del espíritu Europeo, en las clases cultas, y el sentimiento bárbaro colonial en la campaña. — Teorías de Sarmiento y Alberdi.

XVIII

PERIODO DE RECONSTITUCIÓN ORGÁNICA

Fuentes de Derecho público y privado.

Transformación de la Sociedad Argentina a partir de su vida orgánica normal. — Composición Demótica. — La lucha de razas. — Concurrencia de los extranjeros. — Su influencia en los usos y costumbres. — La familia. — Propiedad. — Los latifundios. — Contratos.

Las Provincias. — Su condición social, política y económica. — Influencia de Buenos Aires.

La Nacionalidad Argentina. — Teorías sociológicas.

XIX

LEGISLACIÓN ARGENTINA

El derecho Argentino y la Legislación Argentina. — Antecedentes del Código Civil Argentino. — Vida orgánica social argentina y el Código. — Reformas. — Matrimonio Civil. — Causas de la reforma. — Influencia del espíritu cosmopolita.

XX

LEGISLACIÓN ARGENTINA

Derecho Comercial Argentino y la Legislación. — Antecedentes Coloniales. — Lucha económica a la época de la Revo-

lución de Mayo. — El comercio durante la Anarquía y el período de organización institucional. — Concurrencia del Comercio y las grandes Empresas Europeas. — Su influencia. — Legislación y antecedentes del Código Penal Argentino. — Reformas. — Causas que la motivan.

Antecedentes históricos de Derecho Procesal.

Conclusiones :

Síntesis de los factores concurrentes a la formación de la Sociabilidad y Derecho Argentino.

TOMÁS MIGUEL ARCAÑARÁZ
