

## CLASE DE HISTORIA DEL DERECHO

---

### CONFERENCIA SEGUNDA

---

**SUMARIO:** EL FENÓMENO JURÍDICO EN LA VIDA SOCIAL.—CONCEPCIONES ESPECULATIVA  
Y POSITIVISTA DEL DERECHO.—TEORIA.—CRÍTICA CIENTÍFICA MODERNA,

---

(Continuación)

En toda sociedad humana, por simple y primitiva que ella sea, existe una fuerza reguladora de la actividad individual y colectiva, fuerza o poder real, que ora garante y ampara la vida y los intereses personales del hombre, asegura su libertad, como compele y obliga a determinadas acciones o abstenciones. Nada escapa a su poder coercitivo. Preséntase algunas veces, violenta y absoluta, otras, suave y moderada, pero siempre marcando normas o rutas en la vida social; de índole esencialmente humana, aparece como un organismo vivo, se desarrolla y progresa con la misma sociedad o degenera y perece con ella. Este poder, o fuerza positiva, real, humana, es el Derecho, en su acepción mas amplia y genérica. Determina las relaciones privadas de los hombres; desde el hogar, entre esposos, padres e hijos, señalando sus deberes recíprocos asegura la propiedad y el trabajo, organiza el Gobierno, fijándole su órbita de acción, castiga o apremia, manteniendo la armonía en el conjunto y asegurando la convivencia colectiva.

El Derecho, dice Carle (1) “es en la sociedad lo que son la proporción y la medida en un edificio, y al par que estas, trata de coordinar las partes con el todo y el todo con las partes. El une a los unos con los otros en una red casi indefinidas de facultades y obligaciones, viniendo a constituir así para decirlo con Séneca y Dante Alighieri un verdadero “*Vinculum Societatis humanae*”, que mientras se desarrolla suave y humano ofreciendo su tutela a quien persuadido de su necesidad sufre de buen grado su imperio, no duda en acojerse a la coacción para quien pretenda violar sus preceptos”.

“El derecho” dice Lermínier, “es la armonía y la ciencia de las relaciones obligatorias de los hombres. Ha nacido del comercio del hombre con el hombre, del contacto del hombre con las cosas, él es hijo de la vida humana, de la sociedad, él es la Sociedad misma. Nada es mas real y mas viviente que el Derecho. Es el derecho que reúne los hombres, que forma el vínculo social dando a cada uno su parte, guardando como un tesoro la propiedad de todos y de cada uno, reglando los sacrificios necesarios, las doctrinas, las sectas, las religiones, en tanto que ellas no salen del círculo que les ha trazado, castiga los desplantes temerarios, las violaciones a la libertad”.

Bunge (2) llama derecho, a “las normas de conducta humana impuesta por las costumbres, las tradiciones, las ideas reinantes o las leyes, siempre que la violación de estas normas pueda tener una sanción por parte del Poder Público”.

Uno de los mas geniales jurisconsultos argentinos, Alberdi (3) ha expuesto a su vez, sus impresiones en presencia del fenómeno jurídico. . . . “encontré que el derecho, era, nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales, la constitución misma de la Sociedad, el orden obligatorio en que se desenvuelven la individualidades que la constituyen. Concebí el derecho como un fenómeno vivo, que era menester estudiar en la economía orgánica del Estado. De esta manera la ciencia del derecho, como la física debía volverse experi-

mental y cobrar así un interés y una animación que no tenía en los textos escritos ni en las doctrinas abstratas. El derecho tomó entonces para mí, un atractivo igual al de los fenómenos más picantes de la naturaleza”.

El derecho, como fenómeno social, lo constata la historia en todos los pueblos de la tierra. Las sociedades mas remotas, que recuerda la historia, tienen ya sus preceptos y reglas jurídicas consagradas por la costumbre y la religión. En el Oriente se ha descubierto la más rica literatura jurídica, asombrosa por su variedad y perfección, (4) y eso sin referirnos a la antigüedad clásica de Grecia y Roma, centros generadores de la ciencia jurídica de mas notoriedad.

“Las primeras agrupaciones con que tropieza la historia documentada”, dice García, (5) “los pueblos mas antiguos, los judíos, los Egipcios, las aldeas Indias, los germanos, tenían ya su legislación y su derecho, fundado en la costumbre, en la tradición, en los distintos cultos de los muertos, de los antepasados y de los héroes. Este derecho, era la expresión viva de su manera de ser, de sentir y de pensar”.

(6) “Desde que un pueblo es constituido” expresa Lermínier, “tiene conciencia de si mismo, por sus creencias y sus costumbres, y que se ha elevado de una simple agregación de hombres a la sociedad civil, al estado, a la ciudad, se puede tener por cierto que allí el derecho existe, pues es el fundamento de esta sociedad que preludia por una infancia vigorosa un gran destino. El sale del foyer de la familia, de la tienda de los patriarcas, para fundar el estado, principia por ser la expresión incierta y confusa de una práctica tímida y doméstica para entrar en la arena de la vida social y política”.

El derecho, pues, que lo observamos fatalmente, allí donde existe un núcleo humano, nace con la sociedad y abarca la vida individual y colectiva en sus múltiples y variadas manifestaciones. Los pensadores y los hombres de ciencia de todos los tiempos consagraron su atención a este fenómeno que lo sentían

y palpaban en la vida social, y estudiando su esencia íntima han ensayado infinidad de teorías científicas que explican y fundamentan su origen, naturaleza y misión en la vida humana.

Con el derecho, fenómeno social, ha ocurrido a la inteligencia humana, lo que con los fenómenos físicos. Observados por el hombre, desde las mas remotas edades, en la sucesión natural de la vida, fueron objeto de los mas variados análisis y teorías, cuanto pueda la imaginación concebir, todo ha podido decirse, de uno y otro, pero en lo único que no cupo ni cabe disentir, es en cuanto a su existencia, a su realidad histórica. Esta realidad constituye el punto de partida del pensamiento científico en las mas opuestas direcciones.

Dos son los tipos extremos, entre los cuales, formando también escuela, suman una rica variedad las teorías del derecho.

Bunge (7) ha clasificado estos tipos extremos con las denominaciones de tendencia especulativa y positivista del pensamiento filosófico, señalándolas desde las primeras manifestaciones intelectuales del hombre.

Por la concepción especulativa, dando el predominio a la razón humana, se parte de principios absolutos, generadores de reglas o normas aplicables a la vida de relación.

Por la concepción positivista, a la inversa de la observación y análisis metódico que hace de la vida fenomenal, infiere los principios o reglas que presiden el mundo social y jurídico.

Tenemos, pues, las dos concepciones extremas del derecho que dan origen a teorías diametralmente opuestas.

En presencia del fenómeno jurídico, el criterio especulativo busca su explicación dentro de la conciencia individual misma, por razonamientos absolutos, de tal modo que, prescindiendo hasta cierto punto de la realidad práctica, deduce de aquellos principios, la teoría del derecho, a la cual debe ajustarse la vida jurídico social. Consecuencia de este criterio, es que las instituciones jurídicas vivientes, no deben ser otra cosa que la ex-

teriorización de aquellos principios superiores en los cuales se fundamenta el derecho.

“Existe una razón natural, absoluta inmutable universal”, dice Carle (8) explicando la concepción jurídica especulativa, “igual para todos los pueblos y para todos los tiempos e independiente de la realización que pueda tener en los hechos. En esta razón es, no en la experiencia, ni en el consentimiento de los pueblos, donde debe buscarse el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto. Por consecuencia, también la ciencia del derecho, como cualquier otra debe ser un conjunto de conocimientos derivados todos de un principio categórico supremo, y todas las gravísimas cuestiones que se presentan en el dominio del derecho, como serían por ejemplo, pena de muerte, divorcio, formas de gobierno, etc., deben discutirse y definirse tomando por base aquellos principios de razón sobre los cuales deben edificarse la ciencia del derecho. Tampoco los derechos del hombre pueden ser una creación del consentimiento de los pueblos, ni de la ley, sino que le son atribuidos derechamente por la razón, y se derivan por decirlo así, de la naturaleza racional del hombre, de modo que la ley no puede tener otra misión que reconocerlos y garantizarlos. Estos derechos naturales del hombre son imprescriptibles e inalienables porque no se les puede despojar de ellos sin dejar de ser hombre”.

Véase ahora, sintetizando, en fórmulas simples y sencillas, como se plantea la teoría jurídica, por el sistema racional y metafísico.

El hombre es un ser, creado por Dios, inteligente y libre. Es capaz de libertad en virtud de esa facultad de querer o no querer, que se llama voluntad, esencia misma de su ser individual. Es inteligente por su razón, luz interior que le señala el camino del bien y del mal y le hace conocer el *como* y el *porqué* de las cosas.

La razón no es humana ni personal, es universal: divina.

El individuo tiene plena conciencia de su entidad, intelligen-

te y libre, atributos que a su vez reconoce en sus semejantes, en consecuencia, tiene derecho a ser respetado en todas las manifestaciones de su actividad y a su vez, el deber correlativo de respetarlas en sus semejantes. La responsabilidad es una consecuencia de ese deber. Dos seres humanos, el uno en presencia del otro, en ejercicio ambos de sus actividades, dan origen por esta circunstancia, al nacimiento de aquel derecho y aquel deber correlativo. Ahora bien, en el teatro de la vida, nos encontramos en contacto con nuestros semejantes, y la razón, nos dicta las reglas o normas que debemos observar, en el ejercicio de nuestra actividad.

“El derecho a nuestros ojos”, dice Lermínier, “es la razón humana, revistiendo sobre el teatro del mundo, las formas más sensibles”. (9).

Este criterio especulativo del pensamiento jurídico, presenta por otra parte, una variedad de tendencias, no solamente según los períodos históricos, si también en la época moderna, según se aproxime o aleje del positivista, y ha recibido a su vez diversas denominaciones, como: Teológico, Idealista, Metafísico, Abstracto, Racional.

En el Oriente, por ejemplo, presenta invariablemente la forma Teológica, como todos los conocimientos humanos. Confundido con la religión encontramos allí el derecho. Igual que los demás fenómenos de la naturaleza, el fenómeno jurídico, lo atribuían los pueblos orientales a Dios, interviniendo directamente en la vida social y moral del hombre. Todas las normas que rigen las relaciones individuales y colectivas, son dictadas por Dios y recogidas de sus labios por los sacerdotes.

En la antigüedad clásica, pierde el derecho ese encanto poético que le dá la fantasía Oriental, por el razonamiento de los filósofos que humanizaron la vida, con sus serenas y profundas reflexiones. A partir de allí, muy difícil es encontrar sistema filosóficos que no hayan sido ensayados en Grecia y Roma; tan poderosas y fecundas son aquellas fuentes del pensamiento hu-

mano. Raíces son aquellas de la especulación mental moderna, que funda en la razón, como lo hemos visto, las relaciones jurídicas. En el encadenamiento necesario de la filosofía y el derecho, son sin duda precursores y más alto exponente de los conceptos metafísicos y especulativos, Tomás de Aquino, Descartes, Spinoza y Kant, entre muchos otros, que tan sensible influencia, han tenido y tienen en las escuelas jurídicas.

El criterio especulativo del derecho culmina en la Revolución Francesa con la escuela Racional e idealista y su declaración de los derechos del hombre. Abatiendo todas las tradiciones y destruyendo el pasado, inicia un período de reconstrucción caracterizado por las innovaciones, Francia aspiraba, codificando sus leyes mejorar la sociedad, dándole bases firmes y sólidas para asegurar la libertad individual de acuerdo a los serenos dictados de la razón humana. En su hora la escuela revolucionaria Francesa dominó casi toda Europa e inspiró el movimiento liberal y revolucionario Americano. (1810).

El criterio positivista que a su vez, como el especulativo, comprende variedad de direcciones, ocupa precisamente el polo opuesto de aquél, y consiste en aplicar a los estudios sociales y humanos el mismo sistema de investigación con el cual se han formado las ciencias físico naturales.

Ninguna concepción absoluta se acepta ni pre-establece. No es posible concentrarse dentro de la conciencia individual para deducir de allí sus relaciones jurídicas, porque todavía los filósofos ni siquiera se han puesto de acuerdo en lo que es el espíritu humano, mientras para unos, el alma no es otra cosa que las facultades intelectuales y morales formando una entidad espiritual, el *yo*, revelado por la conciencia o sentido íntimo, para otros, es la síntesis de un conjunto de sensaciones, imágenes, ideas, tendencias del sujeto, que el tipo humano, agregan, difiere sensiblemente, según los tiempos, clima, cultura y civilización, y su razón, lejos de ser una, universal, es varia y distinta, según la escala de cultura que ocupan las sociedades, donde gravitan

al infinito, para orientarla, factores internos y externos, imposibles muchos de precisar. El razonamiento del hombre primitivo, aún en el período histórico social, tan lógico, como el de Platon y Sócrates, como el de Kant o Schopenhauer, no pudo llegar a más fantásticas y deleznable conclusiones. Los sistemas jurídicos atribuidos a la especulación mental del Oriente, fueron muy distintos de los de Grecia y Roma, estos de los de la Edad Media, y unos y otros de los de la Edad Moderna y Contemporánea. ¿Dónde está, pues, la razón, una invariable, universal?

Nada científico y por consiguiente exacto, agregan, se puede edificar a base de puro razonamiento. Si en el mundo físico, donde hay más facilidad de constatar con exactitud, la verdad, se engaña la razón, ¿qué podremos construir en el mundo moral y mental a base de ella solamente? Vemos el sol en el horizonte, y sin embargo está aún debajo; vemos los colores de los cuerpos y no tienen colores, sino propiedad de descomponer absorbiendo y rechazando los colores de la luz; solo la paciente observación y análisis de los fenómenos en miles de años, han ido acumulando conocimientos, fundado en los cuales, se ha podido llegar a la verdad científica. La razón pura, creó un mundo ideal y fantástico, que se derribó al primer soplo de investigación experimental.

¿Por qué entonces, si gracias al método de investigación enunciado, se ha podido recorrer aunque sea en parte el velo impenetrable que envolvía el misterio del mundo físico, absolutamente desconocido de los antiguos, por qué repite el positivismo, no hemos de aplicar el mismo criterio para los estudios sociales y morales?

Estas doctrinas han producido una verdadera revolución científica en la época moderna. No son sin embargo orientaciones nuevas. Ya la filosofía de Platon y Aristóteles señalaban las dos tendencias, y más, veladas por la oscuridad del tiempo que nos separa del Oriente aparecen diseñadas tales tendencias, comparando la filosofía Indica con la Egipcia. La revolución científica moderna, ha sido, entonces, porque se ha definido, cons-



tituyéndose un cuerpo de doctrina que funda el método viejo en las ciencias físico naturales, y nuevo en las sociales y morales.

Los positivistas modernos hacen legión. Van a su vanguardia como grandes maestros los primeros que abrieron surco. Augusto Comte, dió formas y definición al positivismo, en las ciencias sociales, Spencer imprimeles gran impulso y notoriedad; van después en larga columna, Sumer Maine, De Ardigó, Le Bon, Mac-Lennar, Lubbock, Bachofeh, Morgan, Letouneau, Laveleye, Viollet, Liliénfeld, De Greef, D'Aguanno, Fustel de Coulanges, Piepers y tantos otros, aplicando criterio y método, en las ciencias sociales al derecho.

Durien de Leyritz, en un arranque de entusiasmo ante el novedoso espectáculo que ofrecía la investigación positivista en la Ciencias Sociales y el Derecho, exclamaba: "Ningún terreno ha estado más lleno de restos del pasado que el derecho. El Derecho necesita de un Cuvier".

"Cuando cayó en desuso el sistema apriorista de razonar", dice D'Aguano, (10) "comenzaron a estudiarse los hechos históricos en relación con el ambiente social y con todas las causas intrínsecas y extrínsecas que pudieran producirlos, de lo cual partió el nuevo impulso de la crítica histórica y se comenzó a concebir la sociedad como un grande organismo regido por leyes semejante a las que rigen todo el mundo orgánico; estas leyes se reducen a dos: La Herencia y el Ambiente".

La raíz de los principios jurídicos que norman la vida humana, encuéntrala el positivismo, en un proceso de sensaciones fácilmente perceptibles en los pueblos primitivos, los cuales, ligados a factores internos, dan como exponente reglas o normas individuales en el concierto social.

Tres tipos definidos de sensaciones se destacan en toda evolución progresiva de la Sociedad humana: Sentimientos, Egoistas, Ego-altruistas y Altruistas; marcándose más y más esta gradación a medida que asciende en el progreso la vida colectiva.

Los sentimientos puramente Egoistas, caracterizados en el

sentimiento de propia conservación, observáanse bien a lo vivo en las sociedades primitivas. Consiste en las impresiones agradables o desagradables que despiertan los objetos o hechos favorables o dañosos al organismo, sentimientos inconscientes que aparecen a la sola vista del objeto cuyo contacto los produce. Todo lo que lesiona o daña el organismo produce dolor, su sola vista es desagradable, y vice versa. Más tarde el solo recuerdo despierta la sensación. Este sentimiento genera a la vez el de libertad y de propiedad.

La necesidad física que tiene el hombre, de su libre movimiento para vivir, engendra el sentimiento de libertad, no solamente por razones fisiológicas, a causa de la fuerza motriz en potencia de sus nervios, cuanto por el dolor que ocasiona la inmovilidad forzada. Una sensación de malestar, ingrata, dolorosa, es consecuencia del impedimento, como lo es de alegría, de placer, la libre acción.

El sentimiento de la propiedad es otro derivado del de propia conservación.

La vida orgánica reclama nutrirse. El malestar del hambre y la sed, conviértense en el placer de la necesidad satisfecha; la presa despierta, por asociación de ideas, una sensación agradable, como desagradable su pérdida. Estos sentimientos nacidos en la vida real del hombre, conviértense por su repetición al infinito, en ideales, después por cierto de haber llegado a traducirse en actos inconscientes, que norman su vida.

Desconociendo, el hombre, la causa real que ha creado esas normas de vida consagradas por la costumbre y vueltas al fin obligatorias, busca su origen y causas. Primero, ocurríasele que son normas dictadas por Dios mismo, mientras cree que la divinidad es fuerza oculta y superior que produce todos los fenómenos de la vida física, social y moral.

Después, reflexionando, los encuentra de la más rigurosa lógica, y entonces las concibe como dictados de su propia razón, mas

tarde, al fin, comprende que esa lógica, no es otra cosa que la evolución orgánica de la sociedad.

La convivencia social, por otra parte, despierta la sensación de un bienestar intenso, producido por el auxilio y defensa comun, lo que vuelve a aquellos sentimientos egoistas, en Ego-altruistas, vale decir, agregar a aquellos un sentimiento de simpatía hacia los demás.

En un grado superior, aunque no muy generalizados, llegan hasta perderse los sentimientos egoistas, convirtiéndose en altruistas puramente, como el fruto mas delicado de una civilización elevada.

A medida que las sensaciones evolucionan en el orden progresivo señalado, las normas de conductas impuestas, tornánse a su vez en principios generales y más perfectos, donde se encuentran por ejemplo, los de igualdad, que tienden a nivelar aquellas diferencias consagradas por la fuerza y el propio egoismo. El derecho así expuesto, sufre dos leyes invariables; la herencia y el ambiente, aquella fijando siempre una orientación precisa consagrada por las costumbres, este, gravitando a su vez sobre aquella, y determinando las variantes de su evolución.

En lucha, el positivismo extremo debió detenerse ante el principio de la racionalidad, dando origen a una nueva teoría, que sin rechazar las bases científicas de una y otra tendencia, procura la explicación y fundamento del derecho mediante un procedimiento de investigar que podríamos llamarlo positivista y racional.

No es la escuela histórica precisamente el justo término medio de la teoría moderna, como parece señalarlo Carle, (11) pero sin duda alguna fué su generadora y la que mas se le identifica.

Por eso creo necesario, para exponer el criterio moderno, hacer una breve síntesis de los estudios históricos del Derecho.

Cuando exponía a nuestra Facultad de Derecho en 1914 el concepto de la "Historia del Derecho" recordaba a la Honorable Academia el origen del movimiento científico de los estudios históricos: "Arancan ellos, decía (12) 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 múltiples factores 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, 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 remotos precursores de la nueva ciencia a la que Savigny y Lerminier por vez primera dieron formas y orientaciones: "La Historia del Derecho".

Esta renovación científica europea abarca los siglos XII al XVI para bifurcarse en este último siglo hasta el XIX en Francia, Italia, Alemania e Inglaterra tomando formas doctrinarias definidas en Escuelas del Derecho, de tal modo que los estudios históricos iniciados con el derecho romano, han constituido el movimiento más grande y trascendental de la ciencia jurídica, y la escuela histórica, de origen alemán la que más importancia e influencia ha tenido en los tiempos modernos.

La obra de los glosadores iniciada por Irnerius, (13) sacando a la superficie el Derecho Romano que vivió en la Edad Media, rigiendo las relaciones privadas de los vencidos, despertó inusitado movimiento científico. Principió por la interpretación de las palabras de los textos romanos, (glosas), siguió por las explicaciones marginales, para concluir en cuerpos de doctrina jurídica que a su vez sirvieron de bases a las escuelas. Después de Irnerius, Arcursio (14), Bartolo (15), Politien (16), imprimen gran movimiento a los estudios jurídicos romanos, difundiendo por Europa sus co-

nocimientos en textos y doctrinas, enseñando la ciencia en escuelas y liceos.

Estos pacientes obreros de la ciencia realizan los estudios históricos del Derecho Romano, olvidados en los manuscritos y las Bibliotecas del Oriente durante cinco siglos, lo difunden por Europa y en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra, se orienta el pensamiento jurídico en Escuelas gracias al movimiento filosófico extraordinario del Siglo XVIII.

La filosofía agitaba los espíritus y commovía la Sociedad. En Francia estalla el movimiento revolucionario con su ideal Jacobino, proclama los derechos del hombre, echando las bases de una escuela jurídica. Inglaterra, respetuosa de sus tradiciones, como pocos pueblos modernos, conservadora y práctica, con marcadas tendencias al positivismo encuentra en la utilidad, las bases jurídicas ciertas del Derecho positivo. Alemania, entre la idealidad Francesa y el positivismo Inglés, amante de su nacionalidad y su raza, pensamiento que gravita con fuerza extraordinaria en el espíritu colectivo, echa las bases de la Escuela Histórica del Derecho. El romanismo había invadido Alemania con todos los prestigios de su incomensurable valor científico; a su frente como una muralla se levanta el germanismo, la tradición bárbara, orgullo de su raza y el pensamiento científico agitado por el soplo huracanado de la revolución Francesa, se dividió en dos campos opuestos.

La doctrina jurídica francesa, hija de la filosofía revolucionaria funda en la razón y en la voluntad humana, el derecho. Su fuente legítima no puede ser otra que la ley. De ahí la eficacia de las codificaciones como la más completa perfección jurídica. La ley, por otra parte, no hace mas que reconocer los derechos del hombre, dándoles efectividad. El espíritu individualista se sobrepone a la colectividad, imprimiendo a la ley una sanción voluntaria que afirma los principios de la razón.

“Era el principio Jacobino de la revolución Francesa, dice Bunge (17), aplicado al derecho, destruir las tradiciones para crear, según los dictados de la razón, el mejor derecho posible y

crearlos con la eficacia de códigos completos y sistemáticos, que abroguen las leyes y costumbres del pasado y establecieran la justicia y el derecho del porvenir”.

La conquista Napoleónica de Europa afirmó por la fuerza las teorías de la revolución e impuso su código a los pueblos sometidos y entre ellos, Alemania tuvo también el Código de Napoleón.

La investigación científica, en medio de este torbellino revolucionario, trabaja en la sombra, silenciosa, paciente, acumulando observaciones que muy pronto habían de formar un cuerpo de doctrinas; así los romanistas llegaron hasta presentar el cuadro histórico completo del Derecho Romano; pudo observarse entonces como, desde las prácticas tímidas e inciertas de los usos y costumbres, el derecho se afirmaba poco a poco en fórmulas severas, luego en leyes, y a medida que avanzaban las conquistas incorporando pueblos y territorios, evolucionaban las costumbres y las leyes, para irse recopilando mas tarde estas últimas, sistemáticamente en Cuerpos de Derecho, muy parecidos a verdaderas codificaciones. Este cuadro tan vivo y agitado hizo pensar a muchos filósofos y jurisconsultos, como Bodino, Montesquiú, Vico, Maquiavelo (18) que esos sistemas jurídicos, tan sabios y perfectos, no fueron una improvisación de la mente humana ni obra de un genio impuesta al pueblo, sino, al contrario, eran el resultado de una lenta y laboriosa evolución exactamente identificada a la sociedad romana, una faz de su civilización y cultura, como la filosofía, las artes y la literatura. Gustavo Hugo (19) fué el primero que organizó en cuerpo de doctrinas estos conceptos, aplicándolos al Derecho. Compara el derecho con el lenguaje y demuestra como uno y otro tienen un análogo desenvolvimiento y evolución. Dice que un error común de los filósofos y juristas, era la creencia que el derecho como el lenguaje son una revelación divina, o invención de un genio humano. La ciencia, merced a largas investigaciones, ha demostrado lo contrario. El lenguaje tiene sus primeras manifestaciones en gritos onomatopéyicos, que expresaban sensaciones y deseos simplísimos. Más tarde fueron articulándose y ampliándose has-

ta llegar a formar las primeras rudimentarias gramáticas, en verbos, substantivos y adjetivos que abarcan ideas concretas y abstractas, hasta llegar al lenguaje perfeccionado, flexible al infinito. Otro tanto ocurrió con el derecho. Ningun paralelo mas propio, ninguna evolución con mejores analogías, como que el lenguaje es verbo del derecho, tan real, que muchos jurisconsultos insisten en la necesidad de fijar el lenguaje jurídico.

En el siglo XVIII, de todos los campos científicos hubo su abundante cosecha histórica; fué una preciosa clave de los problemas del derecho y las ciencias sociales. La filosofía misma se hizo rica en observaciones históricas y desde las Escuelas más extremas ocurrieron a sus fuentes. En la ciencia jurídica hacía su ciclo la doctrina racionalista francesa y los "derechos del hombre" invadían con asombrosa rapidez todos los pueblos de la tierra.

La reacción no se hizo esperar. Desde Inglaterra se levanta enérgica y fuerte la voz de Edmundo Burke (20) rebelándose contra el racionalismo revolucionario francés, y defendiendo las tradiciones inglesas amenazadas por las nuevas ideas. "Las instituciones jurídicas", decía en el Parlamento Inglés, "no deben ser creaciones arbitrarias de la voluntad y de la razón humana, sino un misterioso organismo que poco a poco se va manifestando en la conciencia misma de los pueblos, y adaptándose a las exigencias de los tiempos".

Pero en ningún campo científico se presenta más agitada e interesante la lucha de la escuela racionalista francesa contra las tradiciones jurídicas y el sentimiento nacionalista conservador, que en Alemania.

Thibaut, notable jurisconsulto alemán, influenciado por las teorías de la escuela racionalista en boga, propone un proyecto de codificación para Alemania (21). Un noble y elevado sentimiento patriótico lo animaba, sustentado por una convicción profunda de los principios racionalistas del derecho.

Desaparecida la dominación francesa, el problema de la unidad Alemana constituía el asunto de mayor importancia para

los confederados. Cada pueblo se regía por sus viejos estatutos anticuados y deficientes, distintos unos de otros. La idea de un código civil común para todos los estados, que unificara la legislación dispersa y contradictoria, ofrecía una solución social y política; por otra parte, el espíritu germano podría allí sacudir la influencia de la legislación romana.

Es con esta oportunidad que el joven doctor en Derecho Carlos Federico von Savigny, opone en un vigoroso alegato (22) las doctrinas de una nueva Escuela que funda: La Escuela Histórica.

Combate Savigny las ideas racionalistas y absolutas de la revolución francesa y señala su falso concepto jurídico. El derecho tiene un marcado sentido histórico. No es una idea abstracta, emanada de la razón e impuesta por la voluntad humana, sino la expresión de la conciencia jurídica de un pueblo, que nace al calor de la vida colectiva, se desenvuelve y perfecciona con ella. Improvisar un código uniforme para Alemania, donde viven con fuerza secular las tradiciones hondamente arraigadas de los distintos organismos jurídicos, resulta, no solamente inoportuno sino peligroso.

Las ideas de Savigny tienen sus raíces en las doctrinas de Hugo, y aquellas del cuadro histórico tan difundido del Derecho Romano de que antes hemos hablado.

Al lado de Savigny, verdadero fundador de la Escuela Histórica del Derecho, encontramos notables jurisconsultos colaborando en su obra, y otros más tarde que ampliaron sus doctrinas dando nuevas y trascendentales orientaciones a esta Escuela Científica. Colaboradores fueron: Eichorn, (23) Gierke, Stammles y después Putsch Yering y los Germanistas J. Grimm y Beseler.

“Lo sustancial de la nueva teoría” dice Gierke (24), “es eterno”, “se trata de aquellas verdades que, una vez descubiertas no pueden volverse a perder. Ha pasado a ser carne y sangre nuestra la idea de que el derecho es un producto histórico de la vida común humana, de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura y de que su estado actual



se condiciona y determina por la mútua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social. Pero como podría expresarse de un modo más enérgico y conciso que con las palabras de Savigny: "El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre, mirada desde un punto de vista especial", y luego agrega: "La derivación del derecho de la conciencia nacional se ha censurado muchas veces también por obscura y mística. La Escuela Histórica no ha comprendido ciertamente en toda su amplitud la cuestión que envuelve la relación de causa y efecto en la vida social, ni ha respondido a ello suficientemente con su fórmula simplificada. Bien es verdad que el problema de que aquí se trata, como toca al gran secreto de la vida, desafía irónicamente la solución que sin descanso se busca".

Gierke es uno de los más eminentes jurisconsultos que colaboraron en la obra de Savigny. La doctrina jurídica de esta escuela no fué completa, confiesánlo francamente sus fundadores, en el párrafo transcrito; mordidos por la crítica que hizo fácil presa en estos vacíos, reconociólo Savigny, dando nuevas orientaciones a la primera impulsión histórica. "Es una necesidad", dice, "reconocer por un lado que también en las investigaciones de los detalles puede manifestarse la inteligencia del todo y un sentimiento elevado de las instituciones jurídicas, y que, por otro, las investigaciones filosóficas y generales se hacen mas vivas cuando se asocian al estudio de la vida histórica de los pueblos".

Al criterio histórico ha venido a completar la crítica científica. El pensamiento jurídico contemporáneo, aquilata en su justo valer la realidad de las cosas, la fuerza positiva de los hechos, los factores materiales que gravitan en la vida histórico-social del hombre, y a la vez estima y aquilata también la influencia del pensamiento humano colaborando con actividad, haciendo sentir su poderoso influjo en la dirección de aquellas fuerzas traducidas en el campo jurídico en sistemas normativos de al vida individual y colectiva.

La dirección idealista busca la perfección y aspira a ella, por eso es siempre un futuro que contrasta con la realidad jurídica presente, pero que no la contradice, sino antes al contrario, colabora en su porvenir. Hay una lucha constante y eterna entre el factor espiritual y material, y siempre la realidad jurídica, las normas positivas abarcan esta dualidad, mostrando el misterioso enlace de los dos principios o tendencias antagónicas, en la que, sin duda, tiende a sobreponerse el pensamiento, porque la razón humana orienta y dirige.

Así la filosofía contemporánea es positivista y es racional; cada una de las dos tendencias tiene su valor y su realidad, las normas jurídicas tampoco pueden prescindir de su naturaleza dual, así como el hombre se presenta en la vida, según lo analizamos en nuestra anterior conferencia.

Las fuentes del derecho y su ulterior desarrollo ofrecen en síntesis, dos elementos inseparables: (25) "Objetivo" el uno, y "Subjetivo" el otro. Los factores materiales, que son fuerza ciegas de la naturaleza gravitan con valor intrínseco en la norma jurídica, y la razón, el pensamiento humano, orienta y ordena aquellas fuerzas ciegas.

Como el criterio histórico, su generador, el crítico científico, analiza cuidadosamente el nacimiento del Derecho en un pueblo, desde su origen; estudia y aquilata los distintos factores concurrentes a su formación hasta llegar a los tipos superiores alcanzados. "Constata así que el derecho es un producto de la vida común humana, que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de cultura" como dice Gierke, y por consiguiente, deriva y se fundamenta, "en la Conciencia Nacional", según la expresión del maestro, pero ha ido más allá, ha ido hasta el origen y las fuentes mismas del Derecho. Ha penetrado al génesis de la conciencia nacional y analizado el mundo físico y moral precursor, presentando el espectáculo de ese mundo activo, viviente, en el que múltiples factores concurren a la formación jurídica y en esa

obra se ha comprendido todo el valor científico que aportan las escuelas positiva y espiritualista.

El criterio contemporáneo, constata pues, toda la verdad científica que encierran las observaciones del positivismo, la influencia del medio físico, el proceso de sensaciones que en el hombre primitivo despierta el medio circundante y el contacto con las cosas, los sentimientos e ideas que ellos generan, y la influencia que tienen en la norma jurídica.

Toma también en cuenta el criterio especulativo y su gravitación indiscutible en la orientación del derecho. La idea de lo justo, bueno, bello, concepciones espiritualistas, inspiradoras de las acciones humanas que han gravitado y gravitan orientando aquellas fuerzas vivas, nacidas al calor de las pasiones, las necesidades y las exigencias de la naturaleza física y moral del hombre. Uno y otro elemento han concurrido activamente para dar la norma jurídica. (26).

Ya veremos más adelante, al estudiar las manifestaciones jurídicas de los pueblos primitivos, aplicado el criterio crítico científico en el análisis en la sistematización de los fenómenos y en las consecuencias doctrinarias que de su estudio surgen, veremos así reanimado, activo, viviente el mundo de factores e ideas en su acción generadora de la norma jurídica y comprenderemos todo el interés que ellos despiertan, y toda la verdad que esos principios encierran.

---

## NOTAS

(1) Obra citada pág. 7, (Carle, Vida del Derecho).

(2) Lermnier, Obra citada, pág. 4.

(3) Bunge obra cit. Tomo 2, pág. 18.

(4) Alberdi.—Obras completas; Tomo I, pág. 103.

- (5) Dharma, por Arturo Capdevida, contiene la exposición más interesante sobre el Derecho Oriental.
- (6) García, Ciencias Sociales página 120.
- (7) Obra cit. pág. 8.
- (8) Obra cit. Tom. I, pág. 2.
- (9) Obra cit.—pág. 1306.
- (10) Lerminier, Obra cit., pág. 5.
- (11) Genesis y evolución del Derecho Civil, pág. 13.
- (12) Obra cit. pág. 311.
- (13) Véase Revista de la Universidad de Córdoba; Año I, de 1914. No. 2, pág. 188.
- (14) Irnerius, natural de Bologna, Profesor de Filosofía y Humanidades.
- (15) Acursio o Acursio Francisco n. en Florencia 1182, m. en Bologna en 126; le apellidaron el Idolo de los Jurisconsultos. Su obra clásica fué la Glossa Magna, véase Dic. Enciclop. Univ. Espasa. Tom. 11, pág. 685.
- (16) Bartolo, Bártulo de Sasso; Ferrato, n. en Sasso Ferrato en 1313; m, en Perusa en 1357. Enseñó el Derecho en Pisa, Pádua, Bolonia y Perusa, donde se hizo célebre. Sus obras mas notables son: Consilia, Quaestiones y Tractatus; véase, Diccionario Enciclop. Univ. Espasa. Tom. 7, pág.
- (17) Angel Politien; n. en 1454 y m. en 1494, de Francia. Orador, poeta, gramático y filósofo. Comentarista notable del Derecho Romano. Véase Lerminier, obra cit., pág. 34.
- (18) Obra cit., Tom. I, pág.... (2) Precursores de Hugo. (3) Derecho Natural y Teoría del lenguaje.
- (19) Reflexions on the Revolution in France. Burke fué llamado el Mirabeau de la contrarrevolución.
- (20) De la necesidad de un derecho civil para Alemania 1814.
- (21) De la vocación de nuestro siglo para la legislación y el derecho.
- (22) Savigny. La Escuela Histórica del derecho.
- (23) Otto Gierke. Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlín, Rey Federico Guillermo III, 1903, Agosto 3.
- (24) La crítica científica contemporánea, enuncia su método y aspira también a formar escuela. Llámamla muchos filósofos y juristas "Nuevo idealismo" o "idealismo contemporáneo", comprendiendo el concepto general enunciado, aunque con pequeñas variantes. Otros le han denominado con el de "Filosófico histórico" como Baumman, Schramn y Bacon. También "Crítico histórico" por Vico y otros. Tal es el criterio que surge de la confusión reinante y que hizo exclamar a Eucken: "Es evidente que nos hallamos en una crisis moral que amenaza arrastrarnos: Ahora bien:

esta crisis tiene su origen no en la malignidad o en el escepticismo de determinados individuos, sino, antes bien, en el conjunto de la situación histórico universal ¿No habría de sernos lícito esperar que la necesidad que engendró semejante crisis nos confiera también algunos medios, algunos socorros capaces de hacernos salir de ella? Véase Eucken, "Las grandes corrientes del pensamiento contemporáneo".

(25) Ahrens. Enciclopedia Jurídica. Tomo 1, página 106.

(26) Véase Carle. Obra citada, pág. 373.

TOMÁS MIGUEL ARGANARÁZ

(Continuará)

---