

CLASE DE HISTORIA DEL DERECHO

CONFERENCIA TERCERA

SUMARIO: HISTORIA DEL DERECHO.—SU CONCEPTO CIENTÍFICO.—UTILIDAD
E IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO.

Los estudios históricos del derecho, como un conjunto de conocimientos científicos sistematizados, puede afirmarse que son de reciente data. Mas, no sería aventurado decir que ni siquiera han tomado formas y orientaciones definidas, pero si tampoco en la denominación hay coincidencia. Son tantas y tan variadas las fuentes de información, son tan diversos los criterios jurídicos con que se concibe y analiza el derecho, (1) que es preciso un esfuerzo superior de síntesis y un completo dominio del variado espectáculo que nos ofrecen las concepciones filosóficas y jurídicas contemporáneas, para exponer en sus justos límites y con alguna precisión científica, lo que es la Historia del Derecho y el lugar que justamente debe ocupar en el estudio de la ciencia jurídica.

Nada de extrañar es tanta variedad y, si se quiere, confusión, en un campo científico nuevo, si el concepto general de la "Historia" presenta hoy los más diversos matices a causa, sin duda, del agitado movimiento del pensamiento filosófico contemporáneo.

"¡La Historia!" exclama Villa (2) "¡Qué cúmulo desordenado de ideas y de sentimientos no provoca en el espíritu de toda

persona, aún de mediana cultura, esta mágica palabra!" y luego agrega: "No es de extrañar que un fenómeno tan grandioso como el de la Historia haya ocupado más que ningún otro, no solo la inteligencia, sino también el espíritu del hombre, moviendo sus actividades todas, lógicas y emotivas, suscitando las obras de arte no menos que las teorías doctrinales, aprestando las armas de las pasiones políticas, de los sistemas sociales, de las controversias del derecho, inspirando a un tiempo, la religión, la filosofía y la poesía!".

La historia es el centro febril del pensamiento contemporáneo. Así como la tierra, para el naturalista, es un inmenso laboratorio generador de todo el mundo biológico, la historia es un manantial fecundo del movimiento científico. ¿Cuál es la actividad del pensamiento humano que no busca allí sus fuentes? ¿Qué departamento del saber no encontró en ella sus más altas inspiraciones? ¿En qué ciencia o arte la investigación histórica no ha sido profícua?

Ya los pensadores reconocen la dirección histórica contemporánea. Bastaría para decirlo todo, que las nuevas ciencias Antropológicas, la Biología, la Sociología, los estudios de paleontólogos, etnólogos etc., que han revolucionado el mundo contemporáneo, son hijos de las investigaciones históricas. (3).

El concepto de Xenopol (4) ha sido avasallado por las corrientes del pensamiento contemporáneo. Desde la época del Renacimiento, con Maquiavelo, las nuevas orientaciones históricas toman un sentido más profundo, penetrando el organismo social, investigando los valores morales latentes en sus entrañas, estableciendo el encadenamiento de todas las fuerzas vivas que allí se agitan y descubriendo las resultantes en todas y cada una de las manifestaciones de la actividad colectiva. El interés de las nuevas orientaciones históricas aumenta en los siglos XVIII y XIX revistiendo sobre todo en este último, proporciones tan extraordinarias que los pensadores han dado en llamarle "El Siglo de la Historia".

En una breve síntesis tripartita, el profesor Altamira, ha resumido la nueva concepción histórica así: 1°.—Constitución del método histórico científico y creación de las ciencias auxiliares de la historia. 2°.—Modificación del concepto de la historia. 3°.—Ampliación de su contenido. (5). Siguiendo estas nuevas corrientes ya los pensadores contemporáneos adjetivabanla “Historia de la Civilización”. (6).

“Todas las ciencias” dice Croazals (7) “han incorporado a sus investigaciones el método histórico científico que ha permitido seguir la evolución y desarrollo de cualquier institución a través del tiempo, desde sus primeras manifestaciones. Método que tiene una importancia capital en el estudio del derecho donde ha sido su creador el gran jurisconsulto Savigny”. El Derecho, no solo se ha incorporado a las nuevas corrientes de las investigaciones históricas contemporáneas, sino que le ha impreso su más vigoroso impulso con la Escuela Histórica Alemana. A partir de ella se produce la renovación científica más trascendental, que haya sufrido la ciencia del derecho, ahí está precisamente su verdadero mérito. No ha resuelto los grandes problemas que se proponía, ni su teoría del derecho ha triunfado íntegramente en el campo científico, es verdad, pero en cambio, aporta valiosos elementos de juicio, y ha impuesto el criterio histórico, como un método nuevo y eficaz para los estudios jurídicos. Me bastaría citar al más vigoroso de sus adversarios Rodolfo von Yhering que con tanta violencia ha combatido la escuela de Savigny, adopta sin embargo, el método histórico de investigación, marcándole nuevos rumbos. “El derecho, dice, siguiendo la idea que de él se tiene actualmente, es un organismo objetivo de la libertad humana. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que deben su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia”. (8).

Es fuera de duda, que la escuela histórica al formular su doctrina del derecho, puso en presencia del mundo científico, la

importancia de los estudios históricos, hizo de ellos una cuestión de actualidad y de alta importancia, al extremo de encontrar precisamente en la historia, el secreto y explicación de los más trascendentales problemas de la ciencia jurídica, principiando por presentar al derecho, como el producto histórico de la vida de un pueblo.

La impulsión estaba iniciada, en boga la escuela, tuvo su hegemonía, despertando extraordinario interés especialmente en las ciencias antropológicas. El pasado, como una esfinge, fué objeto del pensamiento científico interrogándolo con delirante afán. En el periódico, en la revista, en el libro, los trabajos y las investigaciones se multiplican al infinito y la sociedad humana es objeto también, de estudios históricos, de importancia tal, que contribuyen a echar las bases de una nueva ciencia: la Sociología. Aquellas pacientes investigaciones de las sociedades inferiores, en sus hábitos y costumbres, su organización y sus modalidades, las observaciones del medio físico, los estudios del mundo moral, etc., iniciadas por Compté y Spencer, en forma metódica y ordenada, vinieron a enriquecer las ciencias jurídicas y sociales.

Los descubrimientos arqueológicos y paleontológicos, en el oriente, merced a las escavaciones en los distintos pueblos del Asia, produjeron una verdadera renovación científica, y así fueron apareciendo lenta e insensiblemente de un pasado milenario, pueblos que habían caído en el olvido, con sus hábitos, costumbres, ideas, religiones, etc. La cadena de la historia, cortada en el Oriente, se reconstruía así, eslabón por eslabón, hasta los pueblos primitivos. No se detiene allí el pensamiento investigador, que con el progreso de las ciencias antropológicas, abre las puertas de la pre-historia, como la de una inmensa gruta, fría y silenciosa, donde todo es interrogante sin respuesta, penetra en élla audaz, temerario, investiga, analiza, estudia, compara, induce, sin dejar un escombros por remover y hundiendo la vista hasta la esencia misma de las cosas, enuncia las tesis más atrevidas y audaces, presentando un mundo de hipótesis formidables por las bases.

científicas en que las fundamenta. Uno tras otros los estudios y observaciones han dejado su estela brillante de doctrinas, hasta que Ameghino (10) iluminó de improviso el mundo científico con su monumental concepción Filogenética.

Los nuevos descubrimientos empezaron por enriquecer el museo jurídico de antigüedades orientales, estableciendo el secreto eslabón que ligaba a Grecia y Roma con el Asia, y un mundo nuevo, rico en matices, activo, viviente, se ofreció de improviso a los ojos del historiador del derecho con monumentos jurídicos tan sorprendentes, como su arquitectura, su filosofía, sus ciencias y sus artes.

“Hasta hace poco”, dice Tarde, (11) “el derecho Romano el único estudiado históricamente, desde su fuente hasta su desembocadura, era para el teórico jurisconsulto, algo así como la historia santa para el historiador de otros tiempos, y por esto falto de comparaciones llegó a ser absolutamente inexplicable. Cuando los Egiptólogos, cuando los Asiriólogos contemporáneos, han revelado el derecho Egipcio y el derecho Asirio, cuando las excavaciones en las antigüedades de las familias Indo-europeas, y semíticas, de los germanos, eslavos, persas, celtas, así como de los hebreos, musulmanes, etc., nos han formado poco a poco, un vasto museo jurídico del cual entre nosotros podría considerarse como el conservador a M. Dareste la antigua jurisprudencia se sintió inopinadamente amplificada y rejuvenecida”. (12).

Ihering, con su indiscutible autoridad de romanista afirma: “que tanto en Grecia como en Roma existía la creencia, de haberse adoptado instituciones de origen extranjero, tradición que se perdía en parte en la oscuridad de los tiempos heroicos, y en parte se remontaba a la época histórica”.

Dareste (13) ha reunido en un cuadro interesante y curioso, compuesto de diez y siete capítulos, las instituciones jurídicas milenarias, de pueblos que desaparecieron muchos siglos ha. En Oriente, la de los Egipcios, Persas, Indos y Armenios, en Europa de Eslavos, Tchecos, Poloneses, Rusos, Húngaros, Eslavos

del Sud, Escandinavos de Suecia, Noruega, Dinamarca e Islandia, y finalmente los Germanos y la Ley Sállica. El museo jurídico de Daresté es un esquema de la obra constructiva de muchos investigadores, cuyas observaciones corrieron en la hoja volante del periódico y la revista, por todos los centros de actividad científica, que nos recuerda la iniciativa de Pablo Brocca y las Sociedades antropológicas de París de 1859. Presentado el cuadro jurídico las investigaciones se intensifican en infinita variedad. (14).

Hemos señalado el punto de partida de los estudios históricos del Derecho con la escuela de Savigny. Ellos han tomado una variedad de direcciones, pero entre estas, pocas hacen la Historia del Derecho, ni menos enuncian su concepto científico, en cambio aportan valiosos elementos de juicio para fijarlo. Dije que esta escuela, al formular su doctrina del derecho, puso en presencia del mundo científico, la importancia de los estudios históricos e hizo de ellos una cuestión de actualidad y de alta importancia al extremo de encontrar precisamente en la historia, el secreto y explicación de los más trascendentales problemas de la ciencia jurídica, principiando por presentar al derecho, como el producto histórico de la vida de un pueblo.

Este criterio así en términos generales ha tenido la virtud de ser aceptado, desde los más opuestos campos de las escuelas jurídicas; tanto la tendencia especulativa, como la positiva lo han recibido y puesto en ejecución en sus investigaciones para afirmar más si se quiere los principios que fundan sus doctrinas, y la "Crítica Científica" según lo hemos demostrado en nuestra exposición anterior es hija del criterio histórico, por manera que la investigación histórica ha venido a formar un método científico invariablemente aceptado, como parte integrante del estudio del derecho.

Lerminier escribe en 1820, su obra Introducción a la Historia del Derecho, embanderado francamente en la dirección especulativa del pensamiento filosófico de su época, recibe la influen-

cia de la Escuela Histórica, hondamente impresionado por las teorías de Savigny.

En el capítulo II habla del derecho y de su realidad histórica. “La naturaleza y la conciencia del hombre, dice, contienen la idea del derecho, inevitablemente ella debe manifestarse en la historia, y desenvolverse con una resplandeciente energía”. Hace luego una breve reseña de las manifestaciones del derecho en los pueblos de la antigüedad y su desenvolvimiento paulatino, establece la diferencia entre los conceptos “derecho” y “Legislación” y termina por fijar la doctrina y concepto científico de la “Historia del Derecho”.

“Si el derecho tiene una base filosófica, hay necesidad de una filosofía del derecho”.

“Si el derecho tiene una realidad histórica, hay necesidad de una “Historia del derecho”.

“Si el derecho preexiste por sí mismo independientemente de la legislación y los textos hay necesidad de teorías dogmáticas”.

“Si el derecho se manifiesta sobre todo por la legislación y los textos hay necesidad de una interpretación científica”; así: Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Dogmática y Exégesis, son las cuatro grandes divisiones de la Ciencia”. (15).

Los positivistas, aún extremos, adoptan así mismo el criterio histórico. “El mérito principalísimo e indiscutible de la Escuela Histórica del derecho, afirma D’Aguanno, ha sido el poner en claro la importancia del estudio de la historia en las investigaciones jurídicas. En todos los pueblos el fondo de las leyes y de las costumbres se halla constituido por aquello que se ha ido acumulando, durante una larga serie de años. El progreso legislativo, es una cadena, cuyos anillos están de tal manera ligados entre sí que no puede quitarse ninguno, sin que se rompa la cadena”.

Ya no se discute la necesidad del estudio histórico del Derecho, nada es posible establecer en el presente, sin un profundo conocimiento del pasado, todo el sistema institucional de un pue-

blo, ha sido necesariamente engendrado por otros anteriores, concurriendo a su formación factores de diversa índole.

Pero aceptada la necesidad de los estudios históricos del derecho, como una parte integrante de esta ciencia, nos encontramos con una variedad de orientaciones y criterios, que responden sin duda a la dirección tomada por las distintas escuelas, y he ahí precisamente la dificultad con que se tropieza para enunciar el concepto y contenido, y aún la denominación de estos estudios.

¿La investigación histórica comprenderá el movimiento científico del pensamiento jurídico, con la exposición de escuelas tendencias y doctrinas? ¿Deberá reducirse al cuadro institucional de los diversos países? ¿Habrà que circunscribirla a un pueblo, raza, nación, o período de la historia? ¿Comprenderá esta investigación, el derecho en todas sus manifestaciones o solamente el público, privado, civil, penal o procesal? ¿Denominaremosla, Evolución, vida, o Transformaciones del Derecho? o ¿debemos designarla simplemente con el nombre de Historia del Derecho?

La bibliografía de los estudios históricos es tan variada como abundante. (16). Inacabable tarea sería enumerarla, pero son tantas y tales las orientaciones impresas a estos estudios que recordaré las palabras del sabio jurisconsulto Yhering en presencia de la confusión reinante: "Parto de la idea de que toda exposición histórica debe responder a la doble noción de "historia" y de "derecho", regla tan sencilla que ningún historiador debiera nunca haber olvidado. Más ¡Cuántas exposiciones no atestiguan precisamente lo contrario! ¡Cuántos de esos relatos hay que no contienen ni historia ni la historia del derecho?, que no forman más que una compilación de materiales de derecho histórico, coordinado por épocas y por asuntos y que son como un inventario de la historia del derecho". (17).

Con todo, en medio de esta variedad de tendencias y orientaciones encontramos valiosos elementos de juicio en cada una de las múltiples derivaciones que los investigadores dan a sus estudios.

Desde luego, es necesario fijar con la mayor precisión posible algunos conceptos fundamentales para señalar así la orientación científica que deben tener los estudios históricos del derecho.

Hay que distinguir en primer término, “el derecho” de la “legislación”; es de notar que es este el punto de partida de los estudios históricos y esa distinción fué lo que más notoriedad dió a la doctrina de Savigny y su escuela.

“Yo no volvía de mi sorpresa” exclama Lerminier, (18) “el autor (19), distinguía el “derecho” de la “ley”. Hablaba del derecho, como si se tratara de una cosa real, viviente, dramática. Después dirigía contra la legislación y los códigos propiamente dichos vehementes críticas. ¿Entonces la legislación y el derecho no son la misma cosa? ¿Los cinco códigos no constituyen nuestro derecho?

En efecto: El derecho no es la voluntad del legislador, ni es tampoco creación de la inteligencia humana sino el producto interno y ordenado de la vida de un pueblo. Es una fuerza viva que nace y se desarrolla con la sociedad humana, natural y espontáneamente, como el idioma. La ley es un mandato imperativo de la autoridad. Puede la ley ser la expresión del derecho, como puede no serlo. Las colonias hispano americanas tenían una legislación, que estaba muy lejos de reflejar el derecho colonial nacido y creado al calor de nuevos usos y costumbres, influenciados por el suelo, clima y tantos otros factores propios y originarios del medio ambiente americano.

El derecho es norma de conducta individual y colectiva, esa norma nace de la vida social. Los usos y costumbres son las primeras manifestaciones, pero esos usos y costumbres están moldeados en la índole y peculiaridades del pueblo. El clima, la topografía, y los múltiples factores del medio físico, crean exigencias, despiertan ideas, mueven pasiones, que en su constante repetición, van consolidando un relieve propio, traducido en razgos psíquicos comunes, consistentes en ideas o doctrinas religiosas, políticas, sociales, en sentimientos e inclinaciones concretas y de-

finidas. Así, todo el variado conjunto de valores morales de un pueblo se consolidan en las normas de vida, y se imponen por la costumbre, vale decir por su constante repetición. Ellas, pues, nacen al calor de infinidad de factores físicos y morales conjuncionados y ligados también por razones de causalidad, es decir de causa y efecto, en su acción recíproca, que se llevan a cabo en forma lenta e insensible, merced a una larga elaboración, difícilmente apreciable en un momento dado, pero de constatación posible en un extenso período de tiempo, penetrando cuidadosamente en la vida social íntima y siguiéndola en su desarrollo y evolución. A los factores propios del medio físico y moral agréganse frecuentemente, otros del exterior, por el contacto con los demás pueblos que puede ser pacífico o guerrero.

Ya se podrá colegir, la compleja urdimbre que forma el derecho, el cual mucho después, se traduce en instituciones formales, donde recién podemos decir aparece a la vista del historiador, pero entonces y así mismo, tiene una esteriorización artificiosa, que si bien llevan en su entraña la norma jurídica auténtica, se presenta envuelto en el ropaje que le dá el legislador, ya sea directamente el pueblo, ya en asamblea o por medio de sus cuerpos políticos, quienes en la medida de sus aptitudes mentales, procuran interpretar, mejor dicho traducir con la mayor fidelidad, el derecho, esa norma que viven, que perciben latente que pulsan en el medio colectivo en el cual actúan.

“Lo que su espíritu primero percibe, dice Yhering, en primer lugar son las partes más salientes, esternas y prácticas, aquellas cuya acción debe impresionarle más inmediatamente: *Las reglas de derecho*. El espíritu vé algo que se sucede y se repite constantemente, siente que esto que se repite debe suceder, traduce esta necesidad en palabras y así nacen esas reglas. Pero, ¡cuán lejos se muestran en la realidad de la cual se han tomado! ¡Cuan grosera e incompleta es la imágen que nos dan! Aseméjense a esos primeros ensayos plásticos de un pueblo; y de la misma manera que no se pudiera deducir de ellos, que los hombres y los

animales de su época, fuesen parecidos a tan imperfecta representación, del mismo modo no se puede admitir que el conjunto de las reglas jurídicas del período de la infancia jurídica de un país ofrezca una imagen fiel de su derecho. Estos ensayos no son más que contornos groseros, destinados a ser suplidos y completados por el aspecto general de la vida.”

En efecto: así como la historia de los pueblos primitivos la hallamos relatada en leyendas cada vez más absurdas y fantásticas a medida que nos remontamos a sus orígenes, así sus instituciones jurídicas, traducen su derecho, en expresiones, fórmulas o mitos enigmáticos y extravagantes. Para descifrarlos, el investigador ocurre a las ciencias auxiliares de la historia, que le ofrece algunos aspectos reales de la vida y costumbres del pueblo.

Ya podemos apreciar toda la importancia que tiene la distinción científica de los conceptos “derecho” y “ley” y en consecuencia medir, el inconmensurable valor de las doctrinas de Savigny y su escuela que nos la revelaron.

Y bien: planteada la cuestión fundamental de fijar el concepto del derecho y distinguirlo con precisión de la ley, simplifican todas las cuestiones relacionadas con los estudios históricos. Aquella confusión producida por el diluvio de investigaciones y trabajos jurídicos en las más complejas variedades y con distintas denominaciones, se aclara de improviso, para alumbrar el camino recto de la ciencia, reduciéndose a fórmulas sencillas al alcance del más inesperto investigador.

La noción científica del derecho que dejamos bosquejada, nos lleva a esa conclusión: es imposible comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática y por consiguiente su verdadero concepto no puede adquirirse sin una detenida investigación histórica.

He ahí precisamente la razón y fundamento de los estudios históricos como parte integrante de la ciencia del derecho.

Como resultante de un núcleo de factores que gravitan en la vida colectiva, la norma jurídica, es una fuerza que abarca,

todas las esferas y aspectos de la vida humana para llenar un objetivo: “el libre ejercicio de la actividad individual”, no será posible entonces adquirir una noción científica del derecho, sin estudiarlo íntegramente, porque como dice el profesor Altamira (20) “esta modalidad de la vida humana hállase en estrecha relación, con todos los órdenes de la actividad y de las colectividades” y en el supuesto que fuese “un orden especial de la actividad, tiene sus límites y su campo propio, pues aún así, no se rompería la *interna unidad de la vida ni la dependencia orgánica de todas sus partes*”.

El derecho como todo organismo social viviente, lleva en su esencia la unidad, por más que abrace diversos aspectos de la vida individual o se exteriorice en distintos campos o esferas de acción; este concepto de la unidad esencial del derecho es ya un postulado en todas las escuelas jurídicas, hasta las más extremas. Partiendo de este concepto esencial de la unidad del derecho, podemos decir, que en realidad no hay derecho público ni privado, sino faces, aspectos del derecho, esferas de acción que abarca la norma jurídica, así, jamás adquiriremos la verdadera noción del derecho, estudiando una de sus faces aisladamente.

Podrá hacerse el estudio histórico de una institución jurídica dada, la propiedad, el matrimonio, pero esta investigación reclama los conocimientos básicos de la historia del Derecho.

Podríamos presentar un cuadro histórico de las formas y tipos como se ha practicado la propiedad pero jamás podremos hacer historia de la propiedad sin hacer la del Derecho. En efecto, para tomar los primeros tipos de propiedad individual o colectiva, tendríamos que entrar a un análisis de la sociedad, formación de la familia, usos, costumbres, ideas religiosas, exigencias del medio ambiente, en una palabra a desentrañar el derecho, la norma jurídica viviente y relacionarla con una de sus formas o exteriorizaciones, la propiedad, pero esto ya no sería historia jurídica de la propiedad, sino del derecho.

Arhens (21) jurisconsulto de tendencia filosófica especulati-

va ha dicho “así como el alma necesita de un cuerpo para manifestarse, así también en la realidad no hay derecho alguno sin una determinada forma que es su cuerpo vivo”. El derecho como el ser humano tiene su espíritu y su cuerpo. Su espíritu, es el alma colectiva del pueblo, las ideas y doctrinas filosóficas, políticas y religiosas comunes, sus sentimientos e inclinaciones, usos, costumbres; su cuerpo, las leyes escritas, las reglas de derecho vigentes.

Muchos ensayos históricos hanse especializado con tal o cual institución; Letourneau por ejemplo, con la propiedad, otros con una esfera jurídica como D'Aguanno con el Derecho Civil, pero les ha sido necesario exponer el derecho, analizarlo en su esencia, origen y formación para aplicar sus observaciones y doctrinas a una modalidad jurídica especial.

Otras orientaciones marcadas a los estudios históricos han variado la denominación con los nombres de “Vida”, “Evolución” o “Transformaciones” del derecho.

Antes de analizar las distintas denominaciones, que desde luego su sola enunciación acusa un origen tendencioso, es conveniente fijar el concepto de la “Historia” y constatar hasta donde este concepto satisface las exigencias y orientaciones de los nuevos estudios científicos del derecho.

La concepción contemporánea de la “Historia” tiende a darle un carácter científico como método de investigación. (22).

Ella nos hace conocer con toda fidelidad los acontecimientos del pasado, señalando sus distintas naturalezas, y estableciendo razonadamente el encadenamiento necesario de esos acontecimientos, aquilatando en su justo valor todos los factores concurrentes y su relación de causalidad, esta investigación nos presentará el cuadro de la vida humana, individual y colectiva en su constante movimiento y evolución, nos mostrará ciertas leyes que presiden el progreso humano y las causas que traen su estagnación y muerte. (23). Tal es en términos generales el concepto científico de la historia. (24).

Concurren a tan vasto campo de investigaciones, las ciencias auxiliares sin las cuales la historia sería imposible. La Paleografía, Ligüística, Antropología, Numismática, Biología, Geografía Histórica, Sociología, Folk-lore, Cronología, llamados muy propiamente “ojos de la historia” a través de los cuales se reconstruye fielmente el pasado. (25).

La índole de los estudios históricos del derecho, como parte integrante de esta ciencia ajústase al concepto anteriormente expuesto, y así, la investigación jurídica del pasado nos revelará, por un análisis histórico y crítico, la existencia del derecho, como un fenómeno social, espontáneo de la vida colectiva, mostrándonos su elaboración real, mediante las fuerzas que concurren a formarlo e imprimirle su desarrollo y orientaciones. De esta maza compleja y variada de materiales, sometidos al análisis y la crítica podremos extraer los elementos substanciales que lo forman y que constituyen aquellas fuerzas generadoras de la norma jurídica.

Si aplicamos el concepto científico de la historia a las denominaciones “Vida del Derecho” nos resulta una evidente desnaturalización del vocablo, y el contraste, más vivo aún, si comparamos el sentido científico que se le ha dado en las obras así denominadas. Entre las de más aliento en la época contemporánea, citaré la del ilustre profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Turín, Giuseppe Carle, intitulada “Vida del Derecho”. Su autor presenta el cuadro Universal del pensamiento jurídico a través de las edades, trabajo histórico que con más propiedad ha podido llamarse, vida del pensamiento jurídico o Historia de la Filosofía del Derecho, porque en realidad es el movimiento científico con sus escuelas y doctrinas las expuestas allí, por más que contenga muchos elementos valiosos para la “Historia del Derecho”.

Sthal F. J. titula a su obra “Historia de la Filosofía del Derecho” igualmente Ahrens en su enciclopedia jurídica, al estudiar y exponer como Carle el movimiento científico del Derecho.

Por otra parte el significado jurídico de la voz “vida” es:

el espacio de tiempo entre el nacimiento y la muerte del hombre, (26)) extensivo al derecho, ya podemos deducir las consecuencias. Muy lejos estaríamos de la índole propia de los estudios históricos.

La clasificación de “Transformaciones” que M. Tarde hace en su obra de verdadera polémica contra la teoría positivista de la “evolución” es una nueva forma de presentar sus estudios históricos, aunque ellos por su índole propia, no constituyan ni mucho menos una historia del derecho. La otra denominación de los estudios históricos que la encontramos en Spencer, D’Aguanno, Letourneau, etc., es francamente positivista “Evolución”.

Si tomamos el concepto propio de la palabra “Transformación” veremos que significa “cambio de forma de una misma cosa” (27) aplicado al derecho sería la enunciación de las distintas formas que toma el derecho en la sociedad humana, más que método científico de investigación nos resultaría un tratado de morfología jurídica, interesante para la estadística, aún para la misma historia del derecho, pero inapropiado tal concepto para la naturaleza e índole de los estudios históricos del derecho cuyas orientaciones y definición venimos señalando.

Pero la voz “Transformaciones” es de origen tendencioso, ha sido adoptada por M. Tarde para oponerla a evolución que implantaba el positivismo.

Fué la insignia de combate enarbolada contra la “evolución” tan en boga hasta hace poco. El positivismo al trasportar a los estudios sociales y jurídicos sus métodos de investigación en las ciencias naturales llevó su emblema “evolución” y la aplicó al derecho. Tal método y tales conceptos no han resistido a la crítica contemporánea, sin que esto importe desconocer el valor científico de la Escuela Positiva antes de ahora señalado.

“Transformación” opuesto a “evolución” fué solo a los efectos del debate, ya que, estensivo al terreno doctrinario de los vocablos, no puede ser mayor la equivalencia: pues la teoría bioló-

gica del “transformismo” y de la “evolución” son sencillamente, la misma e idéntica cosa.

La voz “evolución” tuvo originariamente un significado más restringido que la contemporánea, ella nació por oposición a “epigénesis” doctrina biológica diametralmente contraria, hija de la filosofía antigua.

La doctrina evolucionista fué concebida por vez primera, por los filósofos griegos, Thales, Democrito y Leucipo, olvidadas durante dos mil años, reprodujéronla más tarde, Bacon, y en forma concreta Linneo. “Los tipos inmutables son los del género, la especie varía, se transforma, el género permanece invariable” fué la síntesis de su teoría biológica. Buffon, aunque al principio combate a Linneo, concluye por aceptar la mutabilidad de la especie. Bacon, Linneo y Buffon, son los precursores del evolucionismo o transformismo, teniendo por adversarios a Cuvier, Maillet, y Rubinet.

A partir de Carlos Darwin, en 1859, la teoría evolucionista toma nuevas orientaciones, notorias y trascendentales, produciendo una revolución científica extraordinaria. Darwin que completó y amplió a Lamarck, fija el concepto nuevo y definitivo, explicando el origen de las distintas especies de los seres vivos “por derivaciones sucesivas de otros, de tal modo que, las especies todas, no son más que transformaciones de un tipo común de seres que a través del tiempo han evolucionado incesantemente para dar origen a las distintas formas que hoy conocemos”, esta teoría, convertida en un sistema de investigación, se ha hecho extensiva a todas las ciencias y conocimientos humanos.

Al derecho se aplicó la fórmula cerrada, con la más rigurosa uniformidad, a partir de tal forma embrionaria, la norma jurídica sufre necesariamente las mismas transformaciones, hasta su completo desarrollo, concíbese la sociedad, “como un gran organismo, regido por leyes semejantes a la que rijen todo el mundo orgánico”. (28). Precisamente a la evolución uniforme opone Tarde sus “transformaciones” que podría nominarse “evolución

poliforme” algo así como la vieja teoría epigenética, contra la cual se opuso el evolucionismo.

“La palabra “evolución”, dice Tarde, es engañosa. Es dulce de pronunciar y dá naturalmente la idea de un deslizamiento sobre arena suave, sin obstáculo ni detención. Pero si se penetra en sus detalles, se percibe que la fluidés, la continuidad aparente, por tal modo supuesta en serie de cambios, es imaginaria. Tomad un derecho cualquiera, vereis que su llamada evolución continúa, se descompone en inserciones laboriosas y a menudo sangrientas, de ideas nuevas, aportadas de tiempo en tiempo, de un lado y de otro. no se sabe por quien, de improviso”. (29).

Posadas, participando aunque solo en parte de la opinión de Tarde, contra el positivismo, trae una vigorosa crítica. “El evolucionismo hoy, pretende tener soluciones para todos los problemas, es hipótesis que explica todos los misterios de la vida fenomenal más misteriosa en verdad de lo que creen, los que hablan de lo cognoscible y de lo incognoscible, como si lo primero fuera el terreno abierto, sin repliegues ni hendiduras de la experimentación. Naturalmente al llegar el evolucionismo a estas alturas, provoca la protesta, suscita la crítica llena de distingos, inicia la reacción”. (30).

Pero y con todo, bastaríamos para rechazar el vocablo evolución, su cariz tendencioso, pues adoptarlo, tanto valdría como embanderarse resueltamente en una escuela “positivista”, encerrándonos en sus términos absolutos de un asfixiante materialismo, y para peor, incorporarse a una escuela científica, que hace rato ha pasado sus mejores prestigios, acusaríamos imperdonable retardo en el movimiento científico contemporáneo. (31).

A esta altura me parece, que el camino se presenta ya despejado de dudas y nos será forzoso llegar a la denominación propia y legítima que se ajuste al significado doctrinario de sus dos términos; llenando una exigencia de los nuevos estudios: “Historia del Derecho”.

La historia del Derecho viene así a jugar un importante rol

en las nuevas investigaciones jurídicas, y ha sido incorporada a los estudios del derecho, como un método científico integrante de esta ciencia. (32).

“Solo mediante ella, (la historia del derecho) dice el profesor Altamira, pueden determinarse rigurosamente, los sujetos que concurren a la producción de la vida jurídica, la forma en que cada cual lo hace, y la relación entre ellos; y de este modo se concederá a cada uno la importancia que respectivamente le compete, reconociendo que no es el estado oficial el único órgano del derecho, ni la llamada ley su única expresión, sino que al lado de aquel está la sociedad entera, y cada individuo particularmente, creando y modificando sin cesar, de una parte, reglas o normas jurídicas, y de otra, relaciones sustanciales de todo orden, que reclaman en seguida una forma de derecho. Solo entonces *la costumbre*, lo mismo la antigua que la moderna y actual, viva y robusta, a despecho de todas las negaciones teóricas, ocupará, por exigencia irresistible, su lugar en la historia, como fuerza creadora y modificadora, y como elemento plástico de la misma ley, que de ella recibe sanción y eficacia verdadera, y a la vez, conocida ya la suprema importancia de esa energía natural de la masa, las condiciones de esta como organismo (caracteres de raza, educación, influencia del medio, herencia, fatiga cerebral. . .) vendrán a ser una de las claves de la historia jurídica. Mientras todos estos elementos no se estudien en su integridad, a saber, como sujetos, el Estado oficial, el pueblo, en cuanto persona y los individuos (en su influencia ideal y de conducta sobre el todo) como formas, la legislación y sus derivados, la costumbre y las ideas jurídicas, en los científicos, en los prácticos de profesión, en el pueblo, (ideas populares, folk-lore jurídico); y como fondo de todo el proceso los hechos generales de la vida individual y social, y la organización de los cuerpos que producen esos hechos; mientras eso no se haga, repetimos, no existirá una verdadera historia jurídica. (33).

Pero el fenómeno jurídico reviste modalidades propias a cada pueblo, es evidente que la investigación histórica debe espe-

cializarse, si se quiere llegar al conocimiento del derecho nacional, por eso es que todos los historiadores, han limitado sus estudios a un pueblo o nación, buscando descubrir las fuentes institucionales y su desenvolvimiento histórico. Nosotros debemos especializar la historia jurídica a la República Argentina, hacer un estudio histórico del Derecho Argentino.

Pero el pueblo y la nación argentina no se han improvisado de repente: a la constitución de su nacionalidad, ha precedido un largo período colonial y a este, un grande y poderoso pueblo de prominente actuación: España. La civilización hispana tiene hondas raíces en la antigüedad griega y romana y los pueblos del norte de Europa. La noción histórica entonces deberá iniciarse con una breve síntesis del fenómeno jurídico en las antiguos pueblos orientales, Grecia y Roma, para ampliarse en la España, Visigótica, intensificándose en la América Colonial, donde se ha elevado la nacionalidad argentina, que apenas cuenta una centuria de existencia, sin embargo, fecunda, laboriosa, de gran interés científico por su rápida transformación.

Pero no solamente por este concepto se hace necesario una breve síntesis histórica de la antigüedad. El fenómeno jurídico en su proceso de elaboración ofrece en los pueblos primitivos muchos y muy valiosos elementos de juicio para la ciencia del derecho. Tiene también bajo otro aspecto un rol importante la historia jurídica en la ciencia del derecho, el de una introducción a su estudio que nos dará los conocimientos básicos sobre los cuales reposa y nos ofrecerá todos los materiales científicos para adquirir la noción del derecho y enunciar su teoría. Tal es la índole de las investigaciones históricas y los rumbos que le trazó la escuela alemana, definitivamente orientados por el pensamiento jurídico contemporáneo.

En general, entre los historiadores y especialmente en los del derecho, hacen la distinción de historia interna y externa: Comprende la primera la investigación del derecho y sus transformaciones sucesivas sometiendo al análisis y a la crítica todos los ele-

mentos que concurren a formarlo y a modificarlo; la externa se refiere a la ley, a la vida orgánica del estado mostrando el cuadro de la legislación vigente, sin profundizar su contenido, pero exponiendo su cronología y las autoridades que la dictaron. Como se vé, pues, esta clasificación tiende a separar, el derecho de la legislación, sin tener en cuenta, que puede la ley ser expresión del derecho como puede no serlo, pero en uno como en otro caso, hay estrecha relación, por las consecuencias jurídicas que generan y las acciones y reacciones que provocan en la vida orgánica de la sociedad, la historia interna como la externa tienen tan estrecho nexo, que resulta contradictoria toda separación, pues dejaría incompleta la historia jurídica, porque es necesario para adquirir la noción plena, íntegra del derecho, la investigación no solamente de la vida orgánica social, ambiente físico y moral que generan las costumbres y modalidades colectivas, sino también en cuanto ellas se han consagrado como normas jurídicas, ya por el derecho consuetudinario, ya por el derecho legislado. La misma ley cuando no es la expresión del derecho social, es un factor que gravita en la conciencia colectiva, ya sea adaptándola a su mandato, o bien provocando reacciones contrarias, y en uno como en otro caso es de importancia capital en la historia del derecho. En la República Argentina, cuya vida jurídica presenta originalidades interesantes, constituye una prueba acabada de aquella conclusión. La modalidad jurídica nacional precisamente, muestra un proceso distinto a otros pueblos, la dirección intelectual de los núcleos de clases superiores, realiza el movimiento revolucionario, arrastrando a la maza popular, que les respondió siguiendo a una fuerza propia de rebeldía latente en sus entrañas. La legislación tampoco fué resultado de las modalidades y costumbres seculares del pueblo, se caracteriza el fenómeno precisamente por el proceso de adaptación a aquella, observándose que esa legislación, lejos de ser un producto vivo de las modalidades colectivas, constituyen al contrario, una fuerza que gravita en la vida social co-

mo creadora o modificadora de las costumbres a normas tradicionales.

El origen de esta distinción entre historia interna y externa es anticuado, viene de Leibnitz (34) y la han reproducido casi todos los historiadores, pero hoy, carece ella de toda razón de ser, dados los conceptos fundamentales y la orientación de los estudios históricos contemporáneos, así el profesor Altamira, combatiendo esta clasificación dice: "Parece, pues, que estamos en un círculo vicioso y que de mantener la división tradicional debe aceptarse el convencionalismo que supone. Pero ¿no será más bien que la división misma, está mal planteada, que es ilógica y que solo obedece a una abstracción en virtud de la cual se destruye (como ya antes indicábamos) el sentido orgánico de la vida, llevándonos a pensar que una cosa son las reglas jurídicas y otra las instrucciones y que es preciso que aquellas se produzcan primeramente para que las segundas nazcan?... "La resolución de este conflicto quizás se halle en elevarnos a un concepto superior de esta vida jurídica, en el cual la ley, la costumbre y la jurisprudencia se nos muestren como fenómenos no menos internos que los llamados "instituciones" y que los actos individuales y sociales o los estados de pensamiento que van labrando los cambios de derecho positivo. La verdadera relación concreta de causalidad en que se encuentran de cada vez, y en posiciones diferentes, según los casos, la regla y la conducta, el precepto y la institución, se vería entonces tal como históricamente se ha producido y no de una manera abstracta y general, como supone la separación de la historia externa e interna. Cada fuente iría apareciendo, en su momento dado, como producto de necesidades sociales, originadas en estados o condiciones jurídicas anteriores, en movimientos eruditos de ideas que tienden a imponerse (quizá en formal divorcio con el pensamiento popular) o en simples caprichos y arbitrariedades del soberano, y el proceso de las instituciones en el que la manifestación de una ley, o una costumbre nueva sería uno de tantos hechos integrantes, se nos mostraría así en vi-

vo, con toda la complejidad de sus causas jurídicas, ora impulsados, ora detenidos por una ley o reaccionando contra las imposiciones del legislador mediante el incumplimiento de la regla dictada o por la producción de costumbres, contra leyes, que quieran o no nuestros jurisconsultos doctrinarios, son un hecho inevitable y victorioso casi siempre”. (35).

El Dr. Bunge, en su Historia del Derecho Argentino a su vez, combate la distinción, como contraria al concepto histórico contemporáneo.

“Concluimos así que, en virtud de la moderna concepción científica, la historia del derecho ha de ser siempre externo interna. Según el plan y objeto de cada obra, podrá predominar en ella, ora una, ora otra de esas faces; el error estribaría en la pretensión de prescindir en absoluto de cualquiera de ambas. Aún la historia llamada externa, de un modo general, no siendo ogaño como antaño descarnada historia de la legislación, será externo-interna claro que dando mayor espacio y predominio a la primera de esas dos fases. La parte de historia interna del derecho se redice, pues, primero, a la historia de las cosumbres, que siempre es más o menos interna; segundo a la de las instituciones de donde proviene la ley; tercero, al contenido mismo del derecho considerado en su conjunto legal y consuetudinario, y hasta agregando la parte de pura doctrina, las obras de los jurisconsultos. Tal es nuestra teoría del presente tratado de historia externa e interna del Derecho Argentino”. (36).

Bajo múltiples aspectos puede señalarse la importancia del estudio histórico del derecho. En un orden científico abstracto lo hicimos notar ya, como las investigaciones históricas nos muestran el concepto del derecho y nos ofrecen los principios básicos para enunciar su teoría; por eso la crítica científica contemporánea se ha forjado una idea realista del fenómeno jurídico. Mediante la investigación histórica desaparece el misterio que lo envuelve y se presenta a nuestros ojos, por un largo proceso de ela-

boración lenta pero constante, transformándose en concordancia con el desenvolvimiento de la cultura general del pueblo.

Pero hay más: la necesidad de adquirir el verdadero concepto del derecho reviste excepcional importancia. La revolución francesa, hija del racionalismo filosófico del siglo XVIII, es un ejemplo demasiado elocuente. El imperio de la razón humana y de la voluntad individual como creadora del derecho provocó grandes trastornos sociales. Fruto de la experiencia del pasado fueron aquellas sabias palabras de Taine: "Un pueblo consultado, puede a lo más decir la forma de gobierno que le place, pero no la que necesita, no lo sabrá sino por el uso, le hace falta tiempo para decir si su casa política, es cómoda, sólida, capaz de resistir a las inclemencias del tiempo y apropiada a sus costumbres a sus ocupaciones, a su carácter, a sus caprichos y a sus brusquedades... "En todo caso lo que yo sacaba en consecuencia era que si alguna vez llegamos a descubrir la que necesitamos no será por los procedimientos corrientes. En efecto se trata de descubrirla, si es que existe, y no someterla a votación. De esta manera nuestras preferencias serán vanas, pues ya de antemano habrían elegido por nosotros la naturaleza y la historia a las que nos corresponde acomodarnos, pues es seguro que no han de ser ellas las que se acomoden a nosotros. La forma social y política a la que un pueblo puede llegar y permanecer en ella, no depende de la voluntad de aquel, sino que está determinado por el carácter y el pasado del mismo". (37).

Esas grandes enseñanzas solamente nos las pueden ofrecer los estudios históricos y mediante ellos comprenderemos el fenómeno jurídico en toda su intensa realidad. En la vida social y política argentina reviste, por circunstancias especiales más que en otros pueblos extraordinaria importancia la investigación histórica. Los argentinos nos gloriamos del genial Alberdi y de su visión política, en el proyecto constitucional del 53, sus bases son algo así como la síntesis del pasado argentino, sobre el cual se funda nuestra carta política institucional. Alberdi puso en ejecución

el criterio histórico, haciendo un prolijo análisis del organismo social argentino, mediante la investigación de su pasado. Nuestra legislación codificada presenta así mismo cuestiones y enseñanzas de gran utilidad, precisamente porque la legislación y el derecho anduvieron por caminos diferentes, y toda la vida de nuestro organismo social la constituye un activo proceso de adaptación del segundo hacia el primero.

Es, sin duda, muy cierta aquella expresión de Oliveira Lima. “Hasta es lícito encarecer que tomada en su generalidad la emancipación latino-americana parece como un producto del esfuerzo intelectual, ante que como una expresión nacional instintiva”.

Igual sentido tiene su vida legal y jurídica. La legislación tiene fuentes originarias en códigos y leyes de las naciones más civilizadas de la tierra, especialmente de los pueblos latinos, ajustadas a los principios del derecho canónico única pauta, esta última, en consonancia con las tradiciones seculares, del tipo específico colonial; algo anormal debió existir entre el derecho y la legislación; las reacciones provocadas por las leyes de corte superior en mucho al estado semi-bárbaro de la sociedad, dejó sus sedimentos bien marcados en el espíritu del pueblo argentino: una melancólica apatía de carácter en cuyo fondo vivió en germen, la rebelión. “Sarmiento, dice el Dr. Ingenieros (38), que tuvo la visión del genio, pero careció de conocimientos ignorados en su época, fué el precursor empírico de la sociología argentina”, tras las incertidumbre de su lenguaje, fácil es adivinar la precisión de sus videncias”.

Véase sino, como presenta el espectáculo de la vida argentina: “Al ver las larvas ardientes que se revuelcan, se agitan, se chocan, bramando en este gran foco de lucha intestina, los que por más avisados se tienen, han dicho: que es un volcán subalterno, sin nombre, de los muchos que aparecen en la América, pronto se extinguirá; y han vuelto a otra parte sus miradas, satisfechos de haber dado una solución tan fácil como exacta de los fenómenos sociales que solo han visto o en grupo y superficialmen-

te. A la América del sud en general y a la república argentina sobre todo, le ha hecho falta un Tóccueville, que premunido del conocimiento de las teorías sociales, como el viajero científico de barómetro, octantes y brújulas, vinieran a penetrar en el interior de nuestra vida política como en un campo vastísimo y aún no explorado ni descrito por la ciencia y revelase a la Europa y a la Francia tan ávida de fases nuevas de la vida de las diversas porciones de la humanidad, este nuevo modo de ser que no tiene antecedentes bien marcados y conocidos”.

Habiéndose entonces explicado el misterio de la lucha obstinada que despedaza aquella República; hubieran clasificado distintamente los elementos contrarios invencibles, que se chocan; hubiera asignado su parte a la configuración del terreno y a los hábitos que ella engendra, su parte a las tradiciones españolas y a la conciencia nacional, íntima, plebeya, que han dejado la inquisición y el absolutismo hispano, su parte a la influencia de las ideas opuestas que han trastornado el mundo político, su parte a la barbarie indígena, su parte a la civilización europea..... Este estudio, que nosotros, no estamos aún en estado de hacer, por nuestra falta de instrucción filosófica e histórica, hecho por observadores competentes, habría revelado a los ojos atónitos de la Europa un mundo nuevo en política, una lucha ingénuo, franca y primitiva, entre los últimos progresos del espíritu humano y los rudimentos de la vida salvaje, entre las ciudades populosas y los bosques sombríos”. (39).

El derecho, regulador de la vida colectiva, debió atravesar en nuestro país por un período de crisis completamente anormal, porque no tuvo la fuerza necesaria para sofocar la anarquía y la disolución. ¿Pero dónde está y en que consiste esa anormalidad? ¿Qué causas obraron para debilitar su potencia reguladora de la vida y del orden? Precisamente Sarmiento nos la presenta en el párrafo transcripto, con interesante vivacidad de coloridos. Infinitos factores agrupados y empujandos en direcciones contrarias, que chocan con violencia, y que en síntesis redúcense a dos expo-

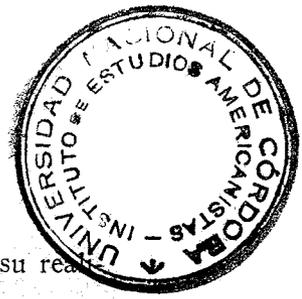
nentes opuestos: Los últimos progresos del espíritu humano, luchando con los rudimentos de la vida semi-bárbara. Aquella más alta expresión de la cultura humana se refleja en las leyes nacionales, en la Constitución, en los códigos, en los núcleos municipales; la vida semi-bárbara está condensada en su derecho, que resiste, que lucha, que pugna por violar esas leyes, destruirlas, para imponer sus formas rudimentarias, duras, ásperas, bárbaras; en una palabra, consagradas por las prácticas seculares.

Pero las conmociones sociales y políticas argentinas tienen su larga y misteriosa elaboración en aquella siesta colonial, triste, silenciosa, mística, apenas conmovida de cuando en cuando por los acontecimientos de la Europa, o despertada de improviso, por el alarido del salvaje en noches trágicas. Fué en aquella colonia que velada por la fábula de los ensueños, se mecía la infancia del pueblo argentino, afirmando su temple por la consolidación de factores étnicos, vigorosos, donde la obra secular del tiempo, acumuló allí sedimentos de formidable vitalidad.

Desde aquellas raíces biológicas es preciso estudiar el desenvolvimiento de las colectividades argentinas para explicarnos su condición actual, seguirla a través de sus vicisitudes del pasado que han traído en su seno las modalidades jurídicas presentes, para comprenderlas, para interpretarlas, para colaborar con eficacia y acierto en su aplicación y desarrollo progresivo.

¿Qué es el derecho Argentino? Para responder a esta pregunta, diremos con Taine, es preciso saber como se ha constituido, o lo que es mejor asistir como espectador a su formación. Mientras no se haga un prolijo estudio de nuestra sociabilidad desde su origen hispano-americano en la formación colonial, sus modalidades, costumbres, usos, necesidades, tendencias, y sus transformaciones hasta el presente, el edificio jurídico argentino nos resultará inexplicable, y lo que es peor incomprendible.

Lamber (40) refutando el sentido utilitarista que sostiene Brissaud, hacía resaltar el valor científico y la importancia de la investigación histórica, demostrando la necesidad imprescindible



de conocer el pasado jurídico para comprender en toda su realidad el presente.

“Si nos detenemos a considerar, cualquiera de los órdenes del derecho, dice Altamira (41) aún aquellos que más en crisis se hallan o que más reflejan la acción de las ideas modernas, (a las cuales solemos llamar nuevas con poca precaución muchas veces), notaremos que apenas hay una, cuya solución no depende de datos históricos. Tomemos como ejemplo el derecho aplicable a lo que se conoce con el nombre de cuestión social. Por de pronto gran parte de la teoría de Marx reposa en concepciones históricas, el materialismo histórico y la necesidad (la facultad pudiera decirse) histórica del Socialismo, que no cabe discutir más que en su terreno propio. Uno de los argumentos de que se han servido los reformadores de la organización actual de la propiedad de la tierra, ha sido el que parecía desprenderse de la historia de esa organización, ya por los ejemplos innumerables de formas no individuales de propiedad que el pasado nos muestra, ya por el supuesto, (hoy contradicho) de que la forma de apropiación individual es un fenómeno relativamente moderno precedido en todas partes por un período de comunismo más o menos amplio. De que el supuesto histórico sea exacto o no, depende la mayor o menor fuerza de la doctrina y por tanto su acción sobre la vida presente. . . . En el terreno puramente legal, sabido es también que la interpretación se hace las más de las veces sobre la base del derecho anterior. . . . De otro modo sirve también la historia a la política jurídica, es decir, a la ciencia y arte de la crítica, y reforma del derecho positivo: ilustrándonos acerca del espíritu de los pueblos, de sus condiciones fundamentales, de las instituciones o formas que mejor convienen a su natural idiosincrasia y de los defectos en que se han estrellado las reformas una y otra vez. La experiencia repetida de muchos siglos constituye el aviso más concreto y elocuente para los gobernantes y reformadores, enseñándoles, ya lo que deben corregir, ya lo que deben

respetar o modificar con temperamentos prudentes y suaves, jamas precipitados”

Resulta así, hoy, indiscutible, por lo evidente la necesidad del estudio histórico del derecho, tanto para el orden doctrinario, como el legislativo, porque da el concepto y conocimiento y funda la teoría, porque sirve de base para la formación de la ley, su interpretación y práctica en la exégesis y jurisprudencia.

NOTAS

(1) Véase Alfredo Fouillé. Novísimo concepto del derecho, pág. 9 y siguientes.

(2) S. Villa. Idealismo moderno. pág. 127.

(3) D'Aguanno. Génesis y evolución del derecho civil. pág. 11.

(4) Principios fundamentales de la historia.

(5) Cuestiones Modernas de Historia. Rafael Altamira.

(6) Carvia. Historia de la Civilización Argentina. Tom. I. pág. 15.

(7) Historia de la Civilización. Tom. I. pág. 7.

(8) R. von Yhering. Espíritu del Derecho Romano. Tom. I. pág. 11 y siguientes.

(9) Al decir “la Escuela” me refiero especialmente al criterio histórico como un principio general y no a las conclusiones de la Escuelas de Savigny combatida en muchas de sus tesis y combatida con éxito. Pero con todo a pesar de los ataques llevados por muchos jurisconsultos, especialmente por Yhering a la doctrina de Savigny, este adopta a su vez el método histórico de investigación.

(10) Florentino Ameghino. Filogenia y Doctrinas y Descubrimientos.

(11) Transformaciones del Derecho. pág. 12.

(12) Obra cit. Tomo I. pág. 17.

(13) Etudes D'Histoire Du Droit.

(14) Entre las Obras de Derecho y las que contribuyen a su estudio histórico, llama la atención la multiplicidad de estudios, sus especializa-

ciones, y adjetivación. Citaremos algunos autores y obras en la imposibilidad de dar una bibliografía completa. Letourneau por ejemplo, estudia la propiedad desde su origen histórico hasta el presente, ofreciendo un cuadro vivo lleno de sugerencias y abundante en doctrinas jurídicas, luego estudia la familia y recogiendo cuanta investigación y dato histórico se han acumulado, denomina a uno y otro "Evolución", sustituyendo el vocablo historia. Bachoffen, reduce a la familia, concretando a la filiación materna, la escueta denominación "Derecho materno". Otros clasificando, ora "evolución" o "derecho" simplemente, "Filosofía jurídica", "Sociología" o Historia, aplicando unos el criterio positivistas, otros el especulativo, o el histórico con formaciones de antropología, paleontología, y demás ciencias afines, estudian la "familia" Giraud Teulon, Lubbock, Mac Lenard, Morgan, etc., la "propiedad" Leveleye, Foustel de Coulange, Taylord, Schaffler, el "Derecho Civil o el derecho en general" Lillienfield, Spenser, Le Bon, Ardigó, Sumer Mine; Ihering llama "Espíritu del Derecho" y "Lucha por el Derecho" a sus estudios históricos; Savigny "Historia del Derecho Romano", y "La Escuela Histórica". Carle "La vida del Derecho" que es una exposición del movimiento histórico del pensamiento jurídico, D'Aguzzo "Génesis y evolución del Derecho Civil". Tarde, "Transformaciones del Derecho". Pitois, "Historia del Derecho". Lermnier, "Historia del Derecho". Laurent, "Historia de la Civilización". Altamira, Historia del Derecho Español. Korkonouw, Teoría General del Derecho. Arhens, Enciclopedia Jurídica. Pou y Ordinas, Historia del Derecho Romano. Mainz, Historia del Derecho Romano. Viollet, Historia del Derecho Civil Francés. Calvo, Doctrina del Derecho del abuso. Piepers, La reforma del derecho. Pouhaer, Ensayo sobre Historia General del Derecho. Taine, Orígenes de la Francia Contemporánea. Fouillé, Nuevo Concepto del Derecho. Mazarella, Los tipos sociales. Marichalar y Manrique, Historia de la Legislación. Posadas, Derecho Moderno. Le Bon, Leyes Psicológicas de la evolución de los pueblos. Cárdenas, Propiedad Territorial. Danvila, Poder Civil. Dozy, Historia de los Musulmanes de España. Gumpliwich, Luchas de razas. Conde, Historia de la dominación Arabe. Croazals, Historia de la Civilización. Laurent, Historia de la Humanidad. Oliveira Lima, Evolución Histórica de la América Latina. Salas, Etnología e historia de tierra firme. En la República Argentina entre muchos: López, Historia Argentina. Sarmiento y Alberdi, Obras completas. Avellaneda y Mitre, Historia de San Martín y Belgrano. Pelliza, Historia Argentina. Saldías, Documentos del Pasado. Ramos Mejía, Federalismo. Ingenieros, Sociología Argentina. Levene, Orígenes de la democracia. Da-

vid Peña, Historia de la Legislación. Ruiz Guñazú, Reinald O' Connor, Opúsculos. C. O. Bunge, Historia del Derecho Argentino. Martínez Paz, Vélez Sarsfield, Sociología. Varela, Historia Constitucional. Magnasco, El Derecho en la Centuria. David Peña, Historia de la legislación. Echeverría, Dogma Socialista. Carranza, Oratoria Argentina. Juan A. García, Ciencias Sociales y Ciudad Indiana. Varela, Historia Constitucional. Montes de Oca, Estrada, González, Estudios sobre Derecho Constitucional Argentino, etc.....

(15) Lerminier Obr. cit. pág. 25.

(16) Véase Bunge, Historia del Derecho. Tomo I. pág. 138.

(17) Ihering, El Espíritu del Derecho. Tom. I. pág. 35.

(18) Obra cit. pág. XI, prefacio.

(19) Se refiere a Savigny de quien viene hablando.

(20) Obra cit. tom. I. pág. 37.

(21) Altamira. Historia del Derecho Español, pág. 9.

(22) “¿La Historia es ciencia? Siendo los hechos conjunto de conocimientos puesto que pueden ser objeto de nuestro conocer, lo mismo los hechos que los principios, siendo ese conjunto de hechos sistemáticos porque tales hechos no se muestran de un modo arbitrario y caprichosos sino enlazados por la revelación de efecto y causa como manifestación de la vida de un ser individual o colectivo, vida que se desembuelve, según propia experiencia, ordenada y gradualmente bajo las leyes generales de unidad y variedad siendo los conocimientos históricos verdaderos puesto que se han realizado y porque hasta para merecer tal caracter que los hechos presentan, según son ante el conocer, siendo ciertos desde el momento que se asegura el hombre de su verdad, es decir de que los conoce según son, mediante la observación propia o el testimonio ajeno, debidamente comprobado, resulta que el conocimiento histórico reúne todos los caracteres de ciencia”. Diccionario Enciclopédico Hispano Americano, edición de 1892. Tomo X. pág. 430.

“Si la historia continuara siendo el arte mecánico de relatar sucesos seguramente este libro no habría aparecido... Pero convencidos de que hoy la historia es otra ciencia con nuevos ideales y otros rumbos..”. Prólogo del Dr. Levene a la Obra Historia de la Civilización de J. Croazals.

“El estudio de la historia ha sufrido una profunda modificación en la esencia misma de su concepto, que hasta cierto punto la ha transformado en una nueva ciencia. Sus horizontes se han extendido enormemente y de un estudio estrecho y sin importancia ha pasado a ser una de las principales ramas de las ciencias sociales”. Croazals. Historia de la Civiliza-

ción. Tom. I. pág. 7. "Antiguamente se creía que la historia era un arte y no una ciencia, porque se consideraba que su objeto principal, consistía en producir impresiones morales o estéticas tal como lo hacen la novela y la pintura. En la actualidad, sin embargo, ese concepto se ha modificado en el sentido de conceder carácter científico a la historia, cuyo método obliga al prolijo examen de los restos o vestigios dejados por los hechos que son así analizados con el espíritu y por el mismo procedimiento, de que se echa mano en cualquiera de las investigaciones de la ciencia". Historia de la Civilización Argentina. Rómulo D. Carbia. Tom. I. pág. 16 "Ni ninguna ciencia satisface tan completamente, como la historia, la inmensa necesidad de lo verdadero, de lo bello, de lo bueno, que la humanidad siente más imperiosamente a medida que más adelanta en su camino. Nuevos nosotros en el mundo y sucesores de aquellos que, conociéndolo apenas, abandonaron, anillos temporales de la cadena en la cual, apesar de la destrucción de los individuos se perpetúa la especie, ¿cómo podríamos dirigirnos si estuviéramos atendidos solamente a la propia experiencia?". Discurso sobre la Historia Universal. César Cantú. Tomo I. pág. 1.

(23) Villa, en su obra "El idealismo Moderno", pág. 150, combate aunque en parte esta última conclusión, a mi juicio erradamente. Es verdad que la vida del hombre y las colectividades no están sujetas a leyes como las del mundo físico, pero no es menos cierto, que es posible señalar en el desenvolvimiento social ciertos principios morales que los presiden y a base de los cuales se realiza el progreso, otros factores que lo malogra y por consiguiente la eficacia real y práctica de cultivar esos valores, ideas, doctrinas, hábitos y sentimientos, que aseguran el progreso y cultura social, hay, pues, entonces leyes morales y sociales que nos enseña la investigación histórica, en lo cual estriba mucho de su utilidad.

(24) El presente es un momento fugaz. Salimos continuamente del pasado, entramos a cada instante en el porvenir. Y en este incesante movimiento. ¿Será la humanidad inerte como las masas que van por el espacio en inconsciente carrera? ¿Jugarán siempre con nosotros las fuerzas históricas como caprichosas ráfagas con granos de polvo? Mientras los hombres explican las cosas por la acción de entes sobrenaturales y los reyes se dicen de origen divino, también la historia aparece como un perpetuo milagro y se la narra como una mitología. Es el mundo impresionante y cántico de la leyenda en que solo hay lugar, para las guerras, las pestes, las hambres, los príncipes, los héroes y los santos..... Después de una experiencia muchas veces milenaria formulamos así nuestra verdad experimental: Todo lo que sucede sigue un orden regular, hay en-

tre las cosas relaciones que podemos descubrir y hacer valer en nuestro bien. A medida que el hombre se extiende sobre el mundo, esta idea de ley se hace más clara y más intensa, porque nuevos hechos sufren el análisis y dejan descubrir el secreto de su producción, porque nuevas leyes se correlacionan y cordinan en otras de dominio más general. Hay fenómenos refractarios a nuestros presentes medios de análisis, hay monstruosidades, hay cataclismos, pero también ellos deben tener sus leyes. Estas existencia en el volcán en erupción como en el grano que germina. Teoría y Práctica de la Historia. J. B. Justo, año 1909.

(25) Puede consultarse. Altamira Rafael. Cuestiones modernas de la Historia.

(26) Diccionario de Jurisprudencia y Legislación, de J. Escriche. pág. 1608, palabra "vida", puede consultarse así mismo: Diccionario Enciclopédico Hispano Americano ed. de 1892., palabra "vida". Tom. XXI. pág. 502. Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana ed. 1867. Tom. II. pág. 1318. Diccionario Salvat. Tom. IX. pág. 919.

(27) Diccionario Enciclopédico Hispano Americano. Tom. XXI. pág. 331.

(28) D'Aguanno. Obra cit. pág. 13.

(29) Tarde, "Transformaciones del Derecho", pág. 259.

(30) Prólogo a la obra citada de Tarde. Pág. 9.

(31) Eucken. Las nuevas corrientes del pensamiento contemporáneo.

(32) El doctor E. Martínez Paz en su opúsculo "La Enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba", trae seis cuadros comparativos donde puede verse la importancia de sus estudios históricos del derecho en las Universidades Europeas y Americanas. En Alemania se hacen cuatro cursos de Historia del Derecho para la Universidad de Berlín. En Italia, dos cursos especiales correspondientes a la Universidad de Roma. En Francia a la Universidad de París tiene tres cursos de Historia del Derecho. La Universidad de Santiago de Chile tiene tres cursos. La de Buenos Aires (R. A.) cuatro cursos, dos con el nombre de Historia y dos con el de evolución. En La Plata se hacen tres cursos. En todos estos estudios históricos, hay especializaciones al Derecho Público y Privado, y Diplomacia, pero sobre la base de una Historia del Derecho en el primer curso. Fuera de estos datos ilustrativos del Dr. Martínez Paz, tenemos los cursos de Historia del Derecho dictados por el notable profesor de la Uuniversidad de Cambridge (Inglaterra) por Sir H. Sumner Maine, y la del profesor R. Altamira de la Universidad de Oviedo, España.

(33). La Enseñanza de la Historia. R. Altamira. pág. 455 y 456.

(34) Véase mi conferencia sobre Historia del Derecho. Revista de la Universidad de Córdoba. N° 2 año 1914.

(35) Nova methodus discaendae docendaeque jurisprudentiae. Citado por Altamira.

(36) Historia del Derecho Español. Pág. 44, 45 y 46.

(37) Historia del Derecho Argentino. Tomo I, pág. XVI, de la Introducción.

(38) Origen de la Francia contemporánea. Antiguo Régimen. Tom. I, pág. 2.

(39) M. de Oliveira Lima. Evolución histórica de la América latina, pág. 26.

(40) Sociología Argentina, pág. 43.

(41) Civilización y Barbarie. Tom. VII de las Obras completas. pág. 9.

(42) Formación del Derecho Civil comparado, pág. 96.

(43) Obra cit. Utilidad del estudio de la Historia del Derecho, pág. 166.

T. M. ARGANARAZ