

Función de la Historia del Derecho en las Ciencias Jurídicas (*)

POR EL

Dr. Ricardo Smith

Profesor de Historia del Derecho Argentino en la Universidad de Córdoba

I. *Introducción*

I. Un fino espíritu cultor de la ciencia histórica, MASPERO, relata en un fantástico cuento egipcio, remontándose a un documento demótico, cómo el hijo de un rey, amante de la sabiduría, empleaba sus jornadas en la inmensa necrópolis de Menfis en estudiar los textos sagrados y leer las inscripciones de las cuales estaban sobrecargados los monumentos y las paredes del templo. Un día, mientras se encontraba en el atrio del templo de Phtah, un personaje de noble aspecto se le acercó sonriendo con aire irónico. “¿Por qué ríes de mí?” —le dijo el príncipe. “No quisiera reirme de tí —respondió aquél— más no puedo sofrenarme viendo como estás aquí descifrando escritos que no tienen ningún poder, mientras si tú quisieras leer escritos eficaces, harías bien en venir conmigo”

Si la vida actual muestra su pugnacidad con las conquistas del puro espíritu, no veamos en ello sólo un signo de los tiempos. ARISTOFANES (1) vertía la cuba de su burla en las espaldas de Sócrates, lejano de la tierra, residente en las nubes

(*) Conferencia pronunciada en el “Instituto de Historia del Derecho Argentino” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el 9 de agosto de 1941

(1) ARISTOFANES, *Comedias, Las Nubes*, I, 237 y sgts. Madrid, 1908.

Pese a las tenaces defensas de las disciplinas histórico-jurídicas, muchos estarían dispuestos a aconsejar a los historiadores, lo que el noble personaje sugería al príncipe: el abandono de aquellos textos que no tienen ningún poder, y el estudio de otros más útiles y eficaces. Y en este tiempo, en que la razón del hombre aparece un poco ofuscada por la visión de la utilidad inmediata, es posible se tienda a relegar el conocimiento histórico del derecho, en el museo de aquellas materias cuya ignorancia no sería un obstáculo a una recta interpretación y aplicación del derecho vigente (2).

Si la escuela universitaria, noblemente entendida, es libre pero severa palestra de doctrinas científicas, está bien elevar nuestra devoción hacia una cultura histórica del derecho, en el hogar del primer *Instituto de Historia del Derecho Argentino*.

II. Las corrientes filosóficas y jurídicas del historicismo

1. La filosofía contemporánea ha expresado que las definiciones de una ciencia reflejan las etapas de su desenvolvimiento. Es probable que con ello expliquemos la necesidad de precisar los momentos resaltantes de la transformación que culmina en la época moderna, sin olvidar que la *historia del derecho*, como parte de las ciencias de la cultura, está vinculada a la respectiva visión del mundo jurídico, como está a una concepción unitaria del hombre y de la vida.

2. La idea que no ve en el derecho sino el *producto orgánico de la conciencia nacional*, condicionado como toda creación de ella —costumbre, lenguaje, arte o literatura— por *factores naturales*, tales como la posición geográfica o configuración de la naturaleza, y *factores sociales*, como la religión, costumbres y estructura política y económica, es una verdad antigua. JUSTINIANO la había expresado afirmando: “*Humani iuris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit: multas enim*

(2) DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, en “*Rivista internazionale de Filosofia del Diritto*”, a. III, 373, Roma, 1933,

formas edere natura novas deproperat" (3). Esta verdad va a recorrer dilatado camino histórico, antes que se descubra su valor y dé todo su fruto. Vémosla brillar en el cielo de las abstracciones por largos siglos, sin poder reflejar su luz de método en la ciencia jurídica.

3. La *escuela de los glosadores*, con la cual surgieron en el medioevo los estudios jurídicos, incorporaba al principio del Digesto una brevísima e imperfecta historia de las fuentes (4). Los *glosadores*, independientemente de la escasez de medios de los cuales habrían podido disponer, no tenían interés en completarlos, y no daban importancia a los estudios históricos del derecho, pues condenaban como abusivas todas las anteriores desviaciones del derecho justiniano. Alguna noticia histórica que alcanzaba a ilustrar un pasaje del *Corpus iuris*, no recuerda al comentario histórico, ni menos aún, a la historia jurídica.

4. En otro campo, primero los *litteratos humanistas*, más tarde los *jurisconsultos*, inician en el siglo XV investigaciones de historia y de antigüedades jurídicas, los unos para perfeccionar su conocimiento de los clásicos, los otros para alcanzar una revisión de los textos justinianos y un perfeccionamiento de la exégesis. No desdeñaron ambos conciliar el humanismo con el derecho, en una proficua colaboración que al través del subsidio de las principales obras de los escritores griegos y latinos, culminó con un pleno conocimiento de toda la antigüedad clásica.

5. BACON, en los aforismos legales que hacen parte de su *De dignitate et augmentis scientiarum*, aconseja la compilación de un

(3) *Cod. I, 17 de veteri iure enucleando*, 2, § 18.

(4) Sobre los *Glosadores* y su método de conocimiento jurídico, vide: SOLMI, *Storia del Diritto italiano*, 501, Milano, 1930. SOLMI, *Il rinnovamento de la scienza giuridica e l'origine della Università nel medio evo*, en "Contributi alla storia del diritto comune", 229-239, Roma, 1937.

PATETTA, *Delle opere recentemente ad Irnerio e della scuola di Roma*, en "Bull. del Instituto di diritto romano", VIII, Roma, 1895. TAMASSIA, *Bologna e le scuola di diritto*, en "Archivio giuridico", XI, 1888. BRUGI, *Per la storia de la giurisprudenza e delle Università italiane*, Torino, 1915.

nuevo digesto de leyes, —sin que signifique esto el olvido o la destrucción de los viejos textos— y el estudio de las causas más graves que presidieron las mutaciones de las leyes pasadas. Propone recoger las *antiguas sentencias*, porque son “como la historia de las leyes”; también conocer las *antiquitates legum*, o sean los antiguos escritos de los jurisconsultos. Como se ve, un programa completo de estudios jurídicos, conforme a tres categorías de fuentes: las leyes, las sentencias y las obras de los jurisconsultos (5).

6. LEIBNIZ, el filósofo racionalista, aplicó su asombroso ingenio y sabiduría a la jurisprudencia, y trató de la historia del derecho en su *Nova methodus descendae jurisprudentiae*.

Acogiendo una división ordinariamente escogitada por la teología divide a la jurisprudencia en *didáctica* (elementos del derecho), *historia y exegética* (interpretación de la ley). Débese al mismo, la original distinción, trasladada hasta nuestro tiempo, entre *historia interna y externa*. La *historia externa*, es simplemente la historia política, civil, religiosa: la historia romana, para la inteligencia del derecho canónico, la del medioevo para la inteligencia del derecho feudal y la moderna para la inteligencia del derecho público. Se trata en realidad, según LEIBNIZ señala: “*magis requisitum quam pars jurisprudentiae*”.

La *historia del derecho* —según LEIBNIZ— expone las leyes de todos los estados, antiguos y modernos, concepción que le señala como lejano precursor del derecho comparado (6).

La citada distinción, interesante y exacta, pero engañosa, ha generado la confusión de tales conceptos trajeron después a nuestra ciencia. Ha dicho bien ALTAMIRA que los jurisconsultos posteriores a LEIBNIZ (HOFFMAN, HEINECCIUS y los de la *escuela histórica*) cambiaron totalmente el punto de vista, empeñán-

(5) Sobre Bacon y Leibniz como historiadores del derecho, vide: PATETTA, *Sunto delle lezioni di storia del diritto italiano*, Introduzione, 49-98, Torino, 1927. CALAZZO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I, *Le origini*, Milano, 1928. TORRES, *Lecciones de historia del derecho español. Cuestiones preliminares*, 37, 1903.

(6) POLLOCK, *Le droit comparé. Prolégomènes de son histoire*. Congrès international de droit comparé, I, 248 y sgts. París, 1905.

dose en distinguir lo interno y lo externo en la misma historia del derecho, deshaciendo la unidad orgánica de sus partes y, tendiendo cada vez más, a ver la aparición y cambio de las fuentes, como independientes de las instituciones.

Considerado este problema desde el punto de vista contemporáneo, corresponde establecer que la ciencia histórico-jurídica, admite la división de BRUNNER, el maestro de la historia clásica del derecho alemán, en *historia general* e *historia especial*. Esta persigue la evolución de cada una de las instituciones jurídicas, aquella la evolución del derecho en su totalidad (7).

7. El sentido histórico en el campo del derecho y de la legislación faltaba a LEIBNIZ que según las bases filosóficas de DESCARTES, se ilusionaba de veras con un sistema legal pensando *a priori* e impuesto por el legislador y el cual podía destruir todo el pasado y crear un orden jurídico perfectamente armónico en todas sus partes, e inmensamente superior al antiguo.

Acabadamente antihistórica, no por necesidad lógica, sino por degeneración doctrinal, la escuela *iusnaturalista* con su abstractismo exasperado, contribuyó a crear una reacción filosófica que tardaría sin embargo en proyectar en la ciencia jurídica alguna consecuencia.

Un escritor italiano, buscando las leyes generales que regulan el progreso de las naciones, combate sin éxito, como infeliz genial precursor, los axiomas absurdos del *racionalismo*. Colocado entre los fundadores de la *escuela histórica italiana*, Juan Bautista Vico, no un historiador del derecho, sino un filósofo de la historia, creía poder trazar idealmente las frases sucesivas a través de las cuales los hombres, partiendo del estado salvaje, llegaban al máximo grado de civilización, para reconocer en sentido inverso la misma ruta y recomenzar, al término de ella, como Sísifo, un trabajo que nunca tendrá fin (8).

(7) BRUNNER, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte Achte Auflage nach dem Tode des Verfassers befohrt von Dr. C. K. von Schwernin*, 2, München und Leipzig, 1930.

(8) VICO, *La Scienza nuova*, I-II, Bari, 1928. CORREIA, *A concepção histórica do direito*, Exposição e crítica, 8, S. Paulo, 1934.

VICO, no obstante las numerosas y casi inconcebibles inexactitudes en las particularidades históricas, es altamente benemérito de la historia del derecho en general, por haber eliminado, como bien observa CROCE (9) el *abstractismo* y el *antihistoricismo* de las doctrinas *insnaturalísticas*. Destruyó *a priori*, la acusación que se podría haber hecho a la historia jurídica, de ser simplemente un inútil elenco de los errores cometidos por los legisladores al alejarse de aquel *derecho natural* que, según la afirmación de GROCIO “ni Dios habría podido cambiar”.

8. Más afortunado MONTESQUIEU, alumbrado por la celebridad de su obra *L'Esprit des lois*, levanta una voz de dilatados ecos, afirmando que las leyes no son sino “las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas”.

Ambas concepciones desenvuelven la idea según la cual la variedad del derecho de los pueblos en particular, no es un efecto del acaso ni de la fantasía humana, sino de ciertas razones naturales, “necesarias y constantes”, que la ciencia debe y puede descubrir y determinar.

La expresada *anticipación a su tiempo* de estos escritores tuvo el mérito de revelar a la conciencia humana, fenómenos complejos como la lengua, la religión y el derecho, que la ideología apriorística coeva, desvirtuaba o empequeñecía, al considerar el derecho como creación *ex-nihilo* del mismo modo que VOLTAIRE creía explicar el fenómeno religioso como una impostura de la clase sacerdotal.

9. La obra de MONTESQUIEU, que alcanzó súbitamente un renombre mucho mayor que la *Scienza Nuova*, importaba un elegante y a menudo pormenorizaba anticipación del método histórico en antítesis con el puramente racional entonces predominante.

L'Esprit des lois integra una *filosofía de la historia del derecho* al estudiar las leyes en sus relaciones con las varias formas de

(9) CROCE, *La filosofía de Giambattista Vico*, Bari, 1933. PETER, *La estructura de la historia universal en Juan Bautista Vico*, trad. de Pérez Bances, Madrid, 1930.

gobierno, la naturaleza del terreno, el espíritu general, la religión y las costumbres de una nación.

Comprendían los juristas contemporáneos la dificultad para entender el derecho vigente sin conocer la historia civil y política de los tiempos en los cuales había sido formado, y que a la recta inteligencia del mismo derecho podría ser de viva utilidad el conocimiento de las leyes abrogadas y de las obras de los antiguos jurisconsultos. Igualmente conocían la historia del derecho, que reducían ordinariamente a la historia de las fuentes, y la historia del derecho público sólo en relación a las fuentes mismas y en cuanto útil a la inteligencia y práctica del derecho positivo.

La historia parcial del derecho público, del derecho penal, o del procedimiento, era relegada a un conjunto de noticias dispersas, incompletas, reveladas como *antiquitates iuris*, casi a título de simple curiosidad, privadas del espíritu vivificador por la ausencia del concepto de las causas y del armónico desarrollo de todas las partes del derecho en relación con la totalidad de los elementos de la vida de un pueblo.

10. En el propio campo del derecho, en las postrimerías del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se suscita un vigoroso movimiento que además de significar una reacción antirracionalista, pretendía lograr base científica para sus investigaciones: surge así la llamada *escuela histórica*, cuyas ideas capitales se expresan en la obra de SAVIGNY — su más célebre representante ⁽¹⁰⁾. Sus antecesores más inmediatos, HUGO y EICHHORN, veían la necesidad de una consideración de la historia del derecho germánico, como ciencia autónoma para servir de fundamento al conocimiento dogmático del derecho vigente

(10) Sobre los principios de la escuela histórica del derecho, vide: SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, I-VI, traducción de Mesia y Polay, Madrid. SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER, *La Escuela histórica del Derecho, Documentos para su estudio*, Madrid, 1908. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, Madrid, "La España Moderna". DEL GUIDICE, *La scuola storica italiana del diritto e i suoi fondatori*, Roma, 1918. RECASENS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, 499, Barcelona, 1936.

SAVIGNY —cuya capacidad de creación le permite llevar a su más alto fastigio el movimiento— afirma el postulado fundamental de su teoría de ser el *espíritu popular*, viviente y operante en todos los individuos, el que origina el derecho positivo. Del expresado principio, descendía con naturalidad el de la *evolución*, que afirmándose en el ámbito del derecho, no tardaría en convertirse en una imagen que el pensamiento exige para comprender el mundo de las relaciones sociales.

Mientras la escuela histórica se hipnotiza —según la expresión de PATETTA⁽¹¹⁾— en la casi mística contemplación del *espíritu nacional*, creador inconsciente del derecho nacional consuetudinario, HEGEL considera el *espíritu universal* cuya *encarnación* se cumple sucesivamente en los diversos pueblos como grados singulares de un único y continuo devenir.

A través del historicismo que ve en el mundo “no un sistema sino una historia”, penetra aquella unilateralidad del pensamiento, según la cual cada ciencia es exclusiva o prevalentemente un objeto de consideración histórica.

11. La fortuna gloriosa de las ciencias naturales en el siglo XVII, fué la causa más honda de la tendencia a transformar la historia en una ciencia exacta y esquemática.

Desde el nacimiento de la sociología orientada por el pensamiento de VICO, las leyes generales de evolución, permitieron trasladar a pueblos y épocas diferentes, noticias de instituciones cuya existencia se comprobaba en otros. Esta concepción positivista y sociológica, cuyo punto de partida es AUGUSTO COMTE⁽¹²⁾, produjo en la ciencia histórica una verdadera revolución que llega a

(11) PATETTA, *Sunto...* cit. 159.

(12) COMTE, *Cours de philosophie positive*, I-VI, París, 1834. COMTE, *Système de politique positive*, I-IV, París, 1812. CAIRD, *Philosophie sociale et religion d'Auguste Comte*, trad. francesa de M. Crum y C. Rossignaux, París, 1907. LEVY-BRUHL, *La philosophie d'Auguste Comte*, París, 1921. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, trad. y adiciones de Recaséns Siches, I, 261, Barcelona, 1935.

nuestros días, a través del pensamiento de BUCKLE ⁽¹³⁾, LAMPRECHT ⁽¹⁴⁾, LÉVY BRUHL ⁽¹⁵⁾, MÜLLER LYER ⁽¹⁶⁾ y otros.

12. En la segunda mitad del siglo XIX la *etnología* revela un paralelismo en las instituciones jurídicas de los diversos pueblos, y distintas teorías ensayan una explicación científica de dicho fenómeno. Partiendo de la naturaleza psíquica uniforme de todos los hombres, ella sostiene la poligénesis de la civilización humana que pasa por los mismos ciclos o estados y evoluciona en la misma dirección ⁽¹⁷⁾.

Las condiciones geográficas, climatéricas y económicas, hacen suponer ciertos grados en el desarrollo de la civilización de los *pueblos primitivos* que no representan sino estados ya superados por los *pueblos civilizados*. Estas teorías de tipo naturalístico, se adecúan bastante bien con las comprobaciones de la vieja etnología, de la que emergen los nombres ilustres de TYLOR ⁽¹⁸⁾ y FRAZER ⁽¹⁹⁾.

13. Corresponde a HENRY SUMNER MAINE ⁽²⁰⁾ el mérito insigne de haber aplicado al derecho el método comparativo que había renovado científicamente los estudios filológicos, de la religión y

(13) BUCKLE, *History of civilization in England*, I - XIV, London, 1857-1861.

(14) LAMPRECHT, *Deutsche Geschichte*, I - XII, 1894 - 1909. Para una bibliografía y valoración de Lamprecht, vide: TORRES, *Manual*... cit., I, 5. HUIZINGA, *Sobre el estado actual de la Ciencia histórica*, trad. de M. de Meyere, 34, Madrid, 1934. CROCE, *Teoría e storia de la storiografia*, 272, 278, 291, Bari, 1927. BERNHEIM, *La Storiografia e la Filosofia de la historia*, trad. italiana de Barbati.

(15) LEVY - BRUHL, *La mentalité primitive*, París, 1925. LEVY - BRUHL, *La morale et la science des moeurs*, París, 1937. Sobre LEVY - BRUHL: ORGAZ, *Estudios de sociología*, Córdoba, 1915. POVIÑA, *Nota sobre Levy - Bruhl*, Córdoba, 1939.

(16) MÜLLER - LYER, *La familia*, trad. de R. de la Serna, Madrid, 1930.

(17) *Introduction a l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, I - III, París, 1938. MARTINEZ PAZ, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Córdoba, 1934. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, I, París, 1903.

(18) TYLOR, *Antropología*, Madrid, 1888.

(19) FRAZER, *The Golden Bough*, I - XII, London, 1913 - 1918.

(20) SUMNER MAINE, *Ancient Law* (Ed. francesa: *L'Ancien droit*) París, 1874.

de los mitos. Los trabajos de SPENCER, MORGAN, KOWALESKY y otros (21), expresan el conocimiento de instituciones tipos, de la organización humana, tales como el matrimonio de grupos, poliandria, ginecocracia y avunculado.

La investigación comparada de todas las instituciones jurídicas de la humanidad toma en consideración la exigencia suprema del realismo, hacia una historia universal del derecho contra la cual BACON había formulado severas críticas. La historia del derecho y el derecho comparado, son opositores —dice actualmente con agudeza KORCHAKER (22). Si aquella se ocupa de la historia es decir, de los advenimientos únicos que no se repiten jamás en el mismo orden, el sujeto de este otro es la evolución jurídica de la humanidad que se ofrece por la fuerza de las leyes naturales.

14. A esta época y territorio de las especulaciones del hombre, pertenecen los *teoremas históricos del derecho*, de la *economía* y de la *cultura*, cuya demostración geométrica alcanza en las cátedras universitarias desarrollo extenso.

EMILIO LAVELEYE (23) en su *Essai sur la propriété et ses formes primitives*, funda el evangelio de la propiedad colectiva de los pueblos primitivos. Traducido su trabajo al alemán en 1879, esta teoría logra una aceptación poco menos que universal, e influye incluso en las investigaciones más pulcras y laboriosas, antes de fenecer en otras contradictorias.

La teoría de la evolución económica de CARLOS BÜCHER

-
- (21) SPENCER, *La morale des différents peuples*, París, 1893. SPENCER, *Principes de sociologie*, I-V, París, 1883-1898. MORGAN, *Ancient society*, London, 1877. MORGAN, *La sociedad primitiva*, La Plata (R. A.), 1935. BACHOFEN, *Das mütterrecht*, 1861. MAC LENNAN, *Studies in ancient history*, London, 1876. GIRAUD-TEULON, *Los orígenes du mariage et de la famille*, París, 1884. KOWALESKY, *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad*, Barcelona. LETELIER, *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales*, S. de Chile-Buenos Aires, 1919. LETELIER, *Génesis del Estado*, Buenos Aires, 1917.
- (22) KORCHAKER, *L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne*, en "Introduction a l'étude du droit comparé", R. cit., I, 277, París, 1938.
- (23) LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, París, 1882. LAVELEYE, *De la propriété collective du Sol*, Bruxelles, 1886. LAVELEYE, *Essai sur la propriété et ses formes primitives*, París, 1874.

(24) que en 1893 publicaba su *Die Entstehung der Volkswirtschaft*, con su serie de la llamada *economía cerrada* (*Geschlossene Hauswirtschaft*) *economía urbana* (*Stadtwirtschaft*) y *economía nacional* (*Volkswirtschaft*), aparece como una imposición de la época. El *marxismo* aporta su esquema de *feudalismo*, *capitalismo* y *socialismo* con la lucha de clases como factor dinámico; la *etnología* sus contrastes de *matriarcado* y *patriarcado*, y la *ciencia de las religiones*, su doctrina de la evolución religiosa con el *animismo* como punto de partida (25).

Adviértese en estas teorías la carencia de un estudio minucioso de los hechos históricos en los cuales apoyan sus conclusiones, frecuentemente en abierta pugna con ellos

15. ALBERTO HERMAN POST (26) mantiene el cetro entre los etnólogos que piensan en una unidad biológica del género humano, extraña a aquella supuesta identidad del espíritu que diera base al derecho natural

La historia del derecho que reproduce sistemas jurídicos, es reemplazada por una especie de *historia natural del derecho* que crea y clasifica tipos de instituciones. El derecho de base psicológica, pensado por la inteligencia —modo de la voluntad del hombre— como espiritualización de las relaciones naturales, sustituido por un derecho simple reflejo de las condiciones objetivas de la vida social

JOSE MAZZARELLA (27) supera la metodología instintiva

- (24) BÜCHER, *Etudes d'histoire et d'économie politique*, Paris, 1914. BÜCHER, *L'origine dell'Economia politica*, en "Nuova Collana di economisti", III, 1-101, Torino, 1936.
- (25) SCHMIDT, *Manual de Historia comparada de las religiones*, Madrid, 1932
- (26) POST, *Giurisprudenza etnologica*, I-II, trad. italiana de Bonfante y Longo, Milano, 1906. POST, *La teoría de los Tipos sociales*, Versión sintética de "Jurisprudencia etnológica" de J. A. Torres, Buenos Aires, 1924. Para una crítica de la etnología, vide: RECASSENS SICHES, *Estudios de Filosofía*... cit., 514. PETRONE, *La última fase de la Filosofía del derecho en Alemania*, versión de De Reyna, 151, Madrid. LAVALLE, *La crisis contemporánea de la Filosofía del derecho*, 102, Lima 1911.
- (27) MAZZARELLA, *La etnología jurídica, i suoi metodi, i suoi risultati* en "Scientia", a VIII, 98 y sgts. MAZZARELLA, *Studi di etnología jurídica*, I-V, Catania, 1903. Martínez Paz: *Introducción*... cit... 40 y sgts.

de POST aplicando los procedimientos críticos indispensables para asegurar la exactitud de los datos y transformar la etnología de una verdadera ciencia explicativa, destinada a establecer las causas de la formación y evolución del derecho.

16. JOSE KOHLER (28) por la extensión y profundidad de su pensamiento, es, puede decirse, el primero entre los filósofos historiadores del derecho. KOHLER estima necesario el estudio de las leyes de todos los pueblos de la tierra, advirtiendo que cada derecho nacional, no es sino un miembro de la cultura humana y que sus caracteres sirven para esclarecer la imagen total de la humanidad. Se destaca en su pensamiento la influencia de *Hegel* y su idea de evolución, al considerar el derecho en su historia, como un proceso universal y eterno hacia un ideal de cultura, en el que participa cada pueblo. Proceso, éste, que es posible recomponer comparando las leyes de todos los pueblos para trazas sus progresos y regresiones, la ley universal del destino de la cultura jurídica.

KOHLER, opone a la metafísica del derecho natural una especie de fatalismo historicista, y a la quimera de un orden inmutable y eterno, una relación entre el derecho y la cultura a través de un idealismo romántico, que deforma los hechos para adaptarlos a sus creencias.

III *Recepción de las corrientes históricas en la Argentina*

1. Los pueblos jóvenes no improvisan el hábito colectivo de pensar con originalidad. Los grandes momentos históricos de nuestra cultura, se caracterizan por el influjo de las ideas foráneas que colonizaron las inteligencias argentinas. Observado este fenómeno con los ojos serenos de la ciencia, el orgullo nacional no sufre mella, y siempre es útil y fortalecedor adquirir conciencia de lo que de-

(28) KOHLER, *Filosofía del derecho e Historia universal del derecho*, trad. y adiciones de *Castillejo y Duarte*, Madrid, 1910. BEVILAQUA, *Josef Kohler en "Linhas e perfis jurídicas"*, 152, R. de Janeiro, 1930. SAUER, *Filosofía jurídica y social*, trad. de *Legaz Lacambra*, 20, Barcelona, 1933. MARTINEZ PAZ, *El idealismo de José Kohler en "Apéndices"* del *Sistema de F. de Derecho*, Buenos Aires, 1932.

hemos al propio esfuerzo creador, o a las ideas que vinieron un día en alas de los vientos del mundo. La cultura argentina, crecerá con tal clara conciencia histórica, sobre todo hoy, cuando comienza a dilucidar con ideas propias sus problemas (29).

2. La escolástica había sido doctrina oficial en la Universidad de Córdoba, y es interesante reconocer que sus corrientes filosóficas, se tocaron paradójicamente con las doctrinas políticas de FRANCISCO SUAREZ (30) que al combatir el *regalismo* —predominio del Estado frente a la Iglesia— destaca el derecho de los pueblos frente al derecho de los monarcas.

De aquella casa de estudios, como más tarde del Colegio de San Carlos de Buenos Aires, salen muchos de los conductores más famosos de la inteligencia argentina, clericales y civiles, penetrados todos por el espíritu del *racionalismo francés*, por más que sus maestros hubieran sido escolásticos.

Las ideas enciclopedistas, a través de ROUSSEAU, MONTESQUIEU, CONDILLAC, ADAM SMITH, FILANGIERI, penetraron la atmósfera espiritual de las grandes ciudades americanas del tiempo colonial (31).

3 La Universidad de Córdoba, eminentemente teológica, no tuvo estudios especializados de derecho hasta la creación, en junio de 1791, de la *primera cátedra de Instituta*, como un curso de derecho romano integrado con el español, toda vez que se impartía la enseñanza de las Instituciones de JUSTINIANO, señalando sus concordancias con el derecho real, que interpolaba aquellas (32).

(29) ORGAZ, *Historia de las ideas sociales en la República Argentina*, en "Boletín de la Junta de Historia y Numismática Americana", IV, 165, Buenos Aires, 1927.

(30) SUAREZ, *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, versión castellana de J. Torrubiano Rippoll, I. XI, Madrid. ALBERINI, *Die Deutsche Philosophie in Argentinien*, 15, Berlín, 1930. RECASENS SICHES, *La filosofía del derecho en Francisco Suárez*, Madrid, 1927. BARCIA TRELLES, *Francisco Spárez, (1548-1617)*, Valladolid, 1934. ORGAZ, *La enseñanza del derecho*, en "Historia de la Nación Argentina", IV, segunda sección, 255, Buenos Aires, 1938.

(31) ALBERINI, *Die Deutsche...* cit., 17.

(32) ORGAZ, *Para la historia de la Facultad de derecho y ciencias sociales. La cátedra de derecho romano comparado con el español*, en B. de la

En cuanto Buenos Aires careció de enseñanza pública de derecho hasta el siglo XIX, pues la Academia de Jurisprudencia fué fundada en 1815, creación que precede a la de su Universidad en 1821.

Los que residiendo en el Río de la Plata, Tucumán o Paraguay, aspiraban el título de abogado, debieron, hasta 1875, acudir a Charcas, Santiago de Chile o Lima, o atravesar el océano como Manuel Belgrano que cursó leyes en Salamanca, y se graduó de bachiller en Valladolid.

Mientras en Córdoba se pasaba de ARISTOTELES a ALTIERI o a BALMES, y los estudios se reducían a las *instituciones de JUSTINIANO*, al conocimiento de GROCIO, HEINECCIUS, o el cardenal de LUCA, en Buenos Aires, JUAN CRISOSTOMO LAFINUR secularizaba en 1819 el aula de filosofía y los fundamentos de la enseñanza, rompiendo con el escolasticismo al iniciar a la juventud en la ideología (33).

En la Facultad de Jurisprudencia, PEDRO ALCANTARA DE SOMELLERA, educado en las aulas cordobesas, introducía en los estudios jurídicos el utilitarismo de BENTHAM (34).

4. Antes del Plan de estudios elaborado por el DEAN FUNES para la Universidad de Córdoba, la enseñanza del derecho romano se desarrolla conforme con lo que preceptuaba el auto ereccional de la primera cátedra de Instituta, por los comentarios de VINNIO

F. de Derecho y C. S.', IV, N° 5, 187, Córdoba, 1940. NÚÑEZ, *Enseñanza del derecho en el país. La primera cátedra de Instituta*. Córdoba, 1941. Sobre la enseñanza del derecho en Buenos Aires, PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las Ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1914. LEVENE, *Fundación de la Universidad de Buenos Aires, su vida cultural y publicación de los cursos de sus profesores*. Noticia preliminar del vol. I, de la Colección de Textos y Documentos para la historia del Derecho Argentino. del "Instituto de Historia del Derecho Argentino", Buenos Aires, 1939.

(33) MARTINEZ PAZ, *La enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba*, II, Córdoba, 1913.

(34) SOMELLERA, *Principios de Derecho Civil, (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en el año 8124)*. Reedición facsimilar del "Instituto de Historia de Derecho Argentino", Buenos Aires, 1939. SMITH, *Pedro Somellera: Principios de Derecho Civil*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", 737, Córdoba, 1940.

(castigado) tratadista considerado por los más eminentes juriscultos de la colonia como el primero de los comentadores de Justiniano. La reforma de FUNES define para los estudios, la primacía del elegante y equilibrado espíritu jurídico de HEINECCIUS.

En el sistema de educación instaurado en las universidades coloniales, no toca a la historia jurídica sino un rol "de apéndice de la retórica y agrado de la erudición".

5. Un ágil maestro del Colegio de Francia EUGENIO LERMINIER, autor de una notable *Introduction générale a l'Histoire du Droit*, publicada en 1823, introduce al mundo latino el pensamiento de la *escuela histórica alemana*, con las correcciones del pensamiento filosófico de EDUARDO GANS, orientado en la escuela de HEGEL (35).

El influjo de LERMINIER sobre ALBERDI, constituye un aporte ideológico significativo en la reacción contra el racionalismo enciclopedista y el derecho natural que residía en las cátedras. El romanticismo "entra en el Río de la Plata dispuesto a barrer con las abstracciones de la escolástica y de la ideología, exaltar la historia y canonizar la vida" (36).

Los románticos argentinos, ECHEVERRÍA, ALBERDI, SARMIENTO, MITRE, VICENTE FIDEL LOPEZ, marcan, mientras gobierna Rosas y los caudillos en el interior, una poderosa influencia intelectual del historicismo, a través de sus obras (37).

6. El joven ALBERDI en el *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho*, define la función que cabe a la historia jurídica desde el historicismo nutrido de filosofía en la posición intelectual GANS, frente a SAVIGNY.

(35) LERMINIER, *Introduction générale a l'Histoire du Droit*, París, 1835. LERMINIER, *Philosophie du Droit*, París, 1831.

(36) ORGAZ, *Alberdi y el historicismo*, IV, Córdoba, 1937. Conf. ROSA (H.), *Iniciación sociológica de Alberdi*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", a. VI, 3ª. época, N° 22, 131, Santa Fe, 1941.

(37) ALBERDI, *Die Deutsche*... cit. ORGAZ, *Echeverría y el saint-simonismo*, Córdoba, 1934. ORGAZ, *Vicente F. López y la Filosofía de la Historia*, Córdoba, 1938. ORGAZ, *Sarmiento y el naturalismo histórico*, Córdoba, 1940.

“La historia del derecho garante la naturaleza filosófica de éste —dice ALBERDI— por sus aplicaciones mismas que ella reconoce en la vida práctica de la humanidad. En este campo fecundo, la filosofía del derecho encuentra opiniones y dogmas que allanan sus vías; la dogmática encuentra fórmulas que facilitan su desarrollo, la interpretación encuentra datos luminosos que disipan la obscuridad de los textos” (38).

ALBERDI afirma, utilizando la metáfora de PASCAL, que la historia es como un vasto espejo cóncavo que refleja el género humano del tamaño de un solo y mismo nombre que subsiste siempre, y que aprende continuamente (39). Y al retratar el estado de la ciencia jurídica, vierte el reproche. “toda la filosofía que alimenta el espíritu de nuestra juventud, se encierra en un débil escrito de M. Reyneval. No hacemos estudios históricos del derecho. Tomamos doctrina civil, en el texto de S. M. Alvarez cuyo mérito científico estriba en ser copia de Heinccio” (40).

Este historicismo de la juventud, afianzado por la influencia de TŒCQUEVILLE, CONSTANT y GUIZOT, le arrastra a aquella peripecia histórica en el momento de la codificación civil, cuando en 1868 acusa a DALMACIO VELEZ SARSFIELD, de haberse dejado guiar por las fuentes extranjeras, en su proyecto, que se transforma, en virtud de ese fenómeno universal de las recepciones orgánicas del derecho, en la base de la civilización jurídica civil de la República (41).

7. La instauración del *estado de derecho* que la constitución de 1853 representa, abre los cauces al estudio del derecho constitucional en sus direcciones dogmáticas, históricas y comparativas.

ARISTOBULŒ DEL VALLE, pulcro historiador docente de

(38) ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, en “Obras completas”, I, 230, Buenos Aires, 1886.

(39) ALBERDI, *op. y loc. cit.*, 231.

(40) *Ibidem*, 140.

(41) ALBERDI, *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, en “Obras”, cit., VII, 80-135 CHANETON, *Dalmacio Vélez Sársfield*, I-II, Buenos Aires, 1937. CABRAL TEXO, *Historia de Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1920. MARTINEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916.

nuestro pasado, continúa la tradición de JOSE MANUEL ESTRADA y de LUCIO V. LOPEZ, que prodigaron sabias incitaciones al conocimiento de las instituciones del derecho público argentino. Domina, con carácter general, aquí, una corriente histórica que permite conocer casi sin sombras, las fuentes del estado fundamental de la república, y que culmina en la labor del historiador contemporáneo del derecho público profesor EMILIO RAVIGNANI, que dirige el acopio de sus fuentes coordinadas (42).

8. Cuando la organización nacional llegaba a su destino, surgen los primeros focos del positivismo, destinados a conjurar los abusos de un romanticismo alejado de la realidad de la vida argentina

Con fe profunda en esta orientación imaginaron los argentinos —dice KORN— la posibilidad de una ciencia política derivada de los hechos empíricos de la convivencia social y esperaron de la psicología anatómica y experimental las revelaciones decisivas sobre la vida espiritual del hombre (43).

9. Un criterio universalista que toma en consideración las instituciones del derecho político, inspira la labor de AGUSTIN ALVAREZ (44) en su *Historia de las instituciones* libres, antecedente de orientaciones que actualmente se aplican al conocimiento histórico de las *instituciones políticas in genere*, o de las simplemente *representativas*, y en las cuales se trata de demostrar la filiación vernácula y tradicional de las formas representativas de gobierno (45). Las cátedras que se hacen eco de este pensamiento, cuentan con profesores destacados como JOSE BIANCO, y acrecientan hoy

(42) ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1877. ESTRADA, *Lecciones sobre la Historia de la República Argentina*, I-II, Buenos Aires, 1928. LOPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1891. DEL VALLE, *Nociones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1927. RAVIGNANI, *Historia Constitucional*, I-III, Buenos Aires, 1930.

(43) KORN, *Influencias filosóficas en la evolución nacional*, 207, Bs. Aires.

(44) ALVAREZ, *Historia de las Instituciones libres*, Buenos Aires, 1919

(45) BIANCO, *Vida de las Instituciones políticas*, Cap. II, 33, Buenos Aires, 1929.

su prestigio por la erudición que incorporan a la cultura universitaria (46).

10. JUAN AGUSTIN GARCIA, sociólogo más que historiador del derecho, autor de un feliz estudio sobre la ciudad indiana del litoral, Buenos Aires, aplica los métodos científicos de la sociología —bajo el signo de TAINE y de TARDE— a la historia argentina, en una corriente científica que culmina con la valiosa obra contemporánea de RAUL A ORGAZ, *La sinergia social argentina* (47).

En la explicación del fenómeno jurídico que da GARCIA, está presente la escuela histórica, al ser entendido el derecho a través de su historia (48). Su actividad docente culmina en un intento de revelar las fuentes del derecho argentino, y la historia externa del derecho nacional, que se inicia con la del derecho español en sus aspectos puramente europeos.

11. El estudio de las instituciones jurídicas de los pueblos primitivos, oídas las voces intelectuales de la *etnología jurídica*, orienta la labor de algunas cátedras. CARLOS F. MELO (49) filósofo del derecho y comparatista en las señaladas corrientes del historicismo, trata de alcanzar el estudio de la evolución humana desde el punto de vista jurídico, partiendo del estudio de las sociedades aborígenes. En WALTER JACOB, el método histórico sagazmente aplicado, favorece el aprovechamiento de las conclusiones de la ciencia etnológica para descubrir la organización social y

(46) Vide, como alto ejemplo: GONZALEZ, *Filiación histórica del gobierno representativo argentino. La Revolución de España*, Buenos Aires, 1937, II, *La Revolución de Mayo*, Buenos Aires, 1938.

(47) GARCIA, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, 1900. ORGAZ, *La sinergia social argentina*, I, *La Colonia*, Buenos Aires, 1924.

(48) GARCIA, *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas*, Buenos Aires, 1907. Sobre el primer profesor de la asignatura, en la dirección aquí señalada del historicismo, vide: LEVENE, *Homenaje a la memoria del doctor Juan José Montes de Oca*, Buenos Aires, 1940.

(49) MELO, *La Jurídica y su primer principio*, Buenos Aires, 1928. MONTARCE LASTRA Y UTEDA, *Historia de las instituciones jurídicas*, Buenos Aires, 1928.

las instituciones jurídicas de algunas de las cuencas indígenas residentes en el actual territorio argentino (50).

12. CARLOS OCTAVIO BUNGE, autor de una *Historia del Derecho Argentino*, representa al positivismo en la ciencia jurídica y en la sociología, preocupado en descubrir los principios generales del derecho que disciplinaran las normas jurídicas. Inmerso en una época que se caracteriza por el desprecio al derecho natural, fué influenciado por las ideas de MERKEL y BERGGBOHN que conocía a través de KORKOUNOV. Si notamos en sus ideas las huellas de este *realismo* no es menos visible la influencia de la doctrina sociológica de la evolución, que SPENCER difundía. En su pensamiento nuclear, la historia del derecho nacional, tiende a salvar las incongruencias entre las ideas positivistas y una filosofía abstracta, y a corregir los excesos del evolucionismo de los sociólogos como FUSTEL DE COULANGES y SUMNER MAINE, al destacar los hechos (51).

13. El pensamiento de RICARDO LEVENE —por antonomasia, el historiador argentino contemporáneo— destaca las ideas tutelares de la nacionalidad, desde las alturas de un sociologismo historicista, vigoroso y fecundo. La historia del derecho —que la realidad social define como fenómeno autóctono— alcanza, en Argentina, la dignidad de una tarea reveladora de un orden jurídico que hunde sus raíces hondas en la tradición colonial y patria, como índice de una democracia progresiva. Así, la Revolución de Mayo no es simple eco de la Revolución Francesa, la Constitución de 1853 una copia de la norteamericana, ni el Código Civil recepción mecánica de instituciones extranjeras (52).

(50) Vide la obra precedentemente citada.

(51) BUNGE, *Historia del Derecho Argentino*, I - II, Buenos Aires, 1912 - 13. *Noticia bibliográfica sobre los escritos publicados e inéditos de Carlos Octavio Bunge*, en "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", XIX, 505, Buenos Aires, 1918. MARTINEZ PAZ, *Carlos Octavio Bunge. El realismo jurídico*, en "Filosofía del Derecho", 111, Buenos Aires, 1940.

(52) LEVENE, *Ensayo histórico sobre la Revolución de Mayo y Mariano Moreno*, I - III, Buenos Aires, 1925. LEVENE, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1924. LEVENE, *Historia filo-*

IV. *Momento histórico-jurídico en Argentina actual*

1. Una de las más vivas aspiraciones del jurista contemporáneo es lograr una eficaz teoría del conocimiento jurídico. No resulta por ello inoportuno considerar el complejo de problemas metodológicos relativos a la *historia del derecho en Argentina* y a su elaboración como ciencia. Menester es dar respuesta a la cuestión del método de investigación y sistematización de la historia jurídica, que dé relevancia cultural a sus conclusiones descriptivas y analíticas, en consecuencia del cada vez más rico material que por obra de sus investigaciones integrará un día los *Monumenta Argentinae*.

Los historiadores del derecho han comprendido la necesidad de encontrar un criterio estrictamente jurídico, que tome en consideración el derecho en su unidad y en sus íntimas transformaciones, capte la estructura interna del ordenamiento legal de cada época, y lo estudie en sus causas, sus factores históricos y sus consecuencias. Es necesario alcanzar una purificación del concepto lógico de la *historia del derecho*, esto es saber que a cada época o período corresponde un mundo o clima propio de conceptos jurídicos que debe ser captado con el instrumental de un método que no desvirtúe su autenticidad (53).

2. El conocimiento dogmático de un derecho positivo —vigente o histórico— tiene por objeto determinar los principios directores que han servido de base a su constitución y el análisis minuciosos de sus elementos, a través de su terminología, su técnica de interpretación y aplicación y los factores sociales que convergen en el nacimiento, vida o evolución de las normas jurídicas que lo integran (54).

sófica de la Revolución de Mayo, La Plata, 1941. RADAELLI, *El espíritu formativo de la historia en la obra de Ricardo Levene*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", setiembre-octubre, 1939.

(53) CABRAL DE MONCADA, *O problema metodológico na ciência da história do direito português. Critério para una nova divisão cronológica*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", X, 138, Madrid, 1933

(54) Sobre la revelación dogmática de los sistemas históricos del derecho, vide: PITZORNO, *Elaborazione scientifica della storia del diritto italiano*, Padova, 1928. CABRAL DE MONCADA, *O problema...* cit.

La dogmática tiene para nosotros una función instrumental representativa: la de servir a refigurar el fenómeno jurídico en el modo más adecuado a su histórica peculiar vigencia. Además, la relativa a una reconstrucción movida por el interés de la vida actual —en el sentido *croceano* de toda historia “idealmente contemporánea” (55)— que no puede lograrse sino a la luz de conceptos, principios e institutos jurídicos que determinen en nosotros la perspectiva de la vigencia del sistema al cual pertenecen (56). Iluminamos así la aserción de no ser posible historia sin dogmática o con palabras de BRUNNER, considerar materia muerta para la historia del derecho, la que no se pueda concebir dogmáticamente (57).

Si la historia jurídica es algo más que un mero “almacén de antigüedades”, alcanzará noticias de hechos no jurídicos pero que, a la luz de la exacta valorización dogmática, son significativos en la vida pasada del derecho. Resolvemos así problemas que preocupaban a los cultores del pasado, tales como las relaciones de la historia jurídica con la social y económica, en cuanto todas convergen en el propósito de alcanzar el sentido de una cultura.

Así entendidos los sistemas jurídicos se reflejarán en la historia como mundos ideológicos diferentes, con su centro propio de

TORRES, *Lecciones*. cit. VON SCHWERIN, *Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte und ihrer Teilgebiete*, Freiburg, 1922. BETTI, *Diritto Romano*, I, Parte Generale, VII, Padova, 1935. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica odierna*, Modena, 1928. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e Filosofia del diritto*, en “*Rivista internazionale di Filosofia del diritto*”, a. X, 261, Roma, 1930. PAGANO, *Il metodo storico-dogmatico nella storia del diritto pubblico*, en “*Rivista internazionale...*” cit., a. II, 69, Roma, 1922.

(55) CROCE, *Teoria e Storia*. . . cit., 4 y 36, Bari, 1927.

(56) Para la descripción del método dogmático, vide: PAGANO, *I criteri differenziali della Filosofia del diritto e della dogmatica giuridica*, en “*Rivista internazionale de Filosofia del diritto*”, a. VI, 535, Roma, 1926. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, XVI, París, 1932. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, cap IV, y muy especialmente III. IHERING, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Príncipe y Satarres, III, 3-90, Madrid. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de Fadda y Benza, I. 63-75, Torino, 1925.

(57) BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts*, 2. cit., por TORRES, *El estado visigótico*, en “*Anuario de Historia del Derecho Español*”, II, 361, nota.

gravitación, su órbita especial y su vida relativamente independiente, como los grandes sistemas biológicos, religiosos o económicos, o las grandes épocas de la historia literaria.

3. Al indagar las causas de la evolución de los institutos jurídicos, libramos de sombras las acciones combinadas de uno o varios factores del derecho, y establecemos —como señala PATETTA— que la valorización de las consecuencias no se entienden sólo en relación del sistema jurídico, sino también por los efectos sobre la vida política, económica y social (58). Factores históricos del derecho o pormenores históricos del derecho, son las condiciones de hecho y los advenimientos que determinan la creación de nuevos institutos y de nuevas normas jurídicas o la modificación de los existentes. Esto demuestra que al reconocer la historia el fenómeno de la comunicabilidad universal del derecho, es cada vez rico y sugestivo el escenario de sus investigaciones nacionales (59).

V. *Función de la historia del derecho argentino en la ciencia jurídica*

1. Vivimos en un momento metodológico de las ciencias jurídicas, un reelaborar de sus conceptos fundamentales, perdida la univocidad del sentido jurídico o de los verdaderos fines que el hombre persigue al conocer, interpretar, aplicar y crear las normas.

La historia jurídica ha demostrado la incapacidad de obtener mediante la ecuación empírica de un número más o menos elevado de datos, el ser universal del derecho, que eleve lo sensible particular, a lo inteligible universal, base de toda ciencia desde SOCRATES (60) Esto que fué varias veces advertido o expresamente opuesto a las exageraciones del *historicismo*, alcanza su plenitud científica en el trascendentalismo moderno, y a partir de KANT.

Si el observador puede conocer y comparar el derecho de di-

(58) PATETTA, *Sunto*, ... cit., 12.

(59) DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, Torino, 1909.

(60) DEL VECCHIO, *Los supuestos filósofos del derecho*, trad. de M. Gastaño, 125, Madrid, 1908.

ferentes pueblos, y considerar la vida de los mismos bajo este especial aspecto —*sub specie juris*— y aún trazar el perfil jurídico de la historia, es en virtud de que tiene en sí, o debe tener, por lo menos en germen, la noción que le sirva de guía en la elección de los datos a través del *concepto general del derecho* —que germina en la filosofía— origen de los conceptos fundamentales que se presentan al jurista como las modalidades unitarias de su pensamiento.

Sobre la trama de los conceptos filosóficos, universales e incondicionados, el jurista ve posar el tejido minucioso de los hechos, variables y condicionados. Aparece aquí la filosofía iluminando lo individual con las luces de lo universal, salvando al hombre de verse confundido en la materia de los hechos sin comprender el fenómeno jurídico. Al recrear sus conceptos en la realidad, la filosofía escapa al vacío de toda impotente abstracción, y hace descender, el *derecho puro del iusnaturalismo*, de los mundos siderales a la cabaña de los hombres para esclarecer las modalidades de su vida jurídica.

2. Cuando se mira el derecho desde el punto de vista de la *praxis* o sea de su realización en el caso real de la vida, se comprende —y la evidencia es congenial para los juristas— cómo es indispensable organizar el derecho vigente en un sistema científico con criterio *dogmática* (61).

Ciencia meramente reproductiva, el derecho al ocuparse del contenido de un determinado orden positivo es una disciplina dogmática. Ello, porque no discute esos materiales ni trata de sustituirlos por otros de propia invención: se ocupa exclusivamente de entenderlos para alcanzar un sistema unitario y coherente.

3. La función primera del conocimiento histórico del derecho considerado a los fines de la educación jurídica es precisamente

(61) IHERING, ha dicho LASK, había llamado la atención sobre el hecho de que la historia jurídica ha de estar exclusivamente al servicio de la *dogmática del derecho*, conservando la naturaleza de una disciplina jurídica, o no podrá huir a la tendencia de ver en el derecho y en sus abstracciones, un hecho social en conexión con la totalidad de la vida. En este caso dejará de ser una disciplina jurídica LASK, *Rechtssphilosophie*, cit., por CABRAL DE MONCADA, *O problema...* cit., 156, nota.

constituir un correctivo de visión y una defensa contra las insidias que nacen del pensamiento puramente dogmático. La historia, al poner de relieve la relación entre el desenvolvimiento de la norma y el de los fenómenos jurídicos, viene a romper —como observa HEDEMANN (62)— el cerco que el derecho vigente establece en torno de la mente restableciendo el espíritu crítico, insitándolo al análisis de los hechos, ampliando el horizonte, excitando en el estudioso la conciencia de los límites y de los problemas de la ciencia. Función útil y necesaria porque el peligro de un rígido dogmatismo, es, por el especial carácter de la materia, más grave que en otras disciplinas, y puede conducir a aquel *vacío espiritual*, que la ciencia jurídica condenó un día en la decadencia de los glosadores (63).

4. Además de la función científica, insustituible en la educación del jurista, la historia del derecho alcanza otra función de inmediata utilidad: ofrece un vigoroso subsidio a la comprensión del derecho vigente. Esta función no siempre es correctamente entendida por los juristas modernos.

La necesidad de comprender la evolución jurídica de la cual el derecho vigente aparece como resultado, dió origen a la *escuela del método histórico de interpretación de la ley*. SALEILLES, afirma que este método es por excelencia el método científico, pues que pone al derecho en contacto con la vida (64).

Fórmulas y principios —dice el vigoroso civilista FERRARA (65)— que considerados sólo del lado racional siembran verdaderos enigmas, encuentran su clave en una razón histórica. Y VIVANTE —el eminente comercialista— no vacila en declarar al frente de su obra máxima que ha desentrañado “de la intimidad de la historia el sistema del derecho vigente” (66).

(62) HEDEMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1919, cit., por DE FRANCISCI, *Dogmatica...* cit.

(63) Conf., nota 4.

(64) SALEILLES, *Le Code Civil et la méthode historique*, en “*Livre du centenaire*”.

(65) FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, parte 1ª, 217, Roma, 1921.

(66) VIVANTE, *Trattato de diritto commerciale*, I, Roma.

Es necesario no obstante defenderse de las ilusiones y de los equívocos. Nuestro miraje hacia sistemas jurídicos que no están en vigor, debe llevarnos a aquella verdad trascendental y sencilla que JACOBO BURCKHARDT propone como meta de nuestros afanes: por la experiencia histórica, no tanto queremos alcanzar la prudencia, cuanto la sabiduría.

¿El problema asaz famoso de las *lagunas del ordenamiento jurídico* o el de los *principios generales del derecho* pueden exigir a nuestro pasado una solución? La respuesta no puede ser favorable a la aplicación de nuestro derecho histórico en los *casos no previstos por el legislador*, ya que toda solución jurídica debe adecuarse al espíritu de nuestro tiempo y a las formas de la vida actual (67).

Sería un error en pueblos adolescentes, que viven su cada vez más ascendido *derecho de cultura*, toda exigente nostalgia del pasado, destinada a imponer sus *tradiciones históricas*. Esto —eximidos de probar la existencia de nuestra disciplina, cuestión que promovía OSVALDO MAGNASCO (68)— está llamado a destruir el equívoco de considerar que lo sucedido debe necesariamente determinar lo que acontecerá. La función puramente científica de nuestra disciplina la releva de todo subsidio práctico, destinado a conjurar los desfallecimientos del ordenamiento jurídico actual, a menudo en contraste con nuestra evolución jurídica.

5. ¿Es lícito —desde un punto de vista estrictamente dogmático actual— una indignación de carácter histórico?

La respuesta afirmativa surge pensando sencillamente que el fundamento de toda norma, particular o fundamental, va a parar a otra con arreglo a cuyas prescripciones, fué creada ésta que es su consecuencia.

(67) Sobre la indagación de los métodos interpretativos y el valor de la "intención histórica del legislador", vide los orientadores trabajos de COSSIO, *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, Santa Fe, 1940. COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación de la ley*, Buenos Aires, 1939. COSSIO, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Santa Fe, 1941.

(68) MAGNASCO, *Nuestro derecho en la centuria*, en "La Nación", 87, Buenos Aires, 25 de mayo de 1910.

Si se pregunta por el fundamento de la validez de una norma constitucional, en la cual se basan las leyes y actos jurídicos que de ella emergen, es probable que se vaya a parar quizá —como dice KELSEN (69)— a una constitución más antigua y, en último término, a la primera constitución histórica, otorgada por algún usurpador o por algún parlamento constituido no importa cómo. Todo conocimiento del orden jurídico basado en esta constitución, ha de partir de un supuesto fundamental, a saber: que aquello que el primer órgano histórico constituyente ha manifestado como voluntad suya, tiene valor de norma.

Este *dogmatismo histórico*, este remontarse *geoméricamente* desde la norma actual hasta su origen, tiene además de un valor pragmático, el cultural de representar el enlace del derecho con su historia. Razones didácticas vigorizan el interés de este contacto, pues es menester en las escuelas de derecho, iniciar a los alumnos en la aptitud de manejar las fuentes históricas del derecho contemporáneo, para evitar aquel gesto despreocupado cuando no agresivo de la juventud frente a las parciales visiones del pasado. Vivificándola de tal modo, presentándola como algo animado, espiritual y humano, otorgaremos a la historia jurídica una alta misión en la vida universitaria (70).

Con la conciencia de tal actividad, el insigne director de este instituto —doctor RICARDO LEVENE— ilustre historiador del *derecho indiano e intermedio argentino*, ha insinuado un programa de trabajo que debe ser mantenido para la eficacia de toda nuestra labor en las aulas: “abrir fuentes de derecho positivo en la historia jurídica argentina, del mismo modo que se han reconocido y evidenciado los antecedentes nacionales de nuestro código político; hundir la conciencia social, para su robustez, las raíces de nuestra legislación escrita” (71).

(69) KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del derecho*, trad. de Legaz Lacambra, 49, Madrid, 1933.

(70) Conf. SOLMI, *La funzione pratica della storia del diritto italiano nelle scienze giuridiche*, en “Contributi alla storia del diritto comune”, 3, Roma, 1937.

(71) LEVENE, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, 28, Buenos Aires, 1924.

VI Premisas para una elaboración de la Historia del Derecho Argentino

1. Las construcciones teóricas aquí expresadas deben apoyar una idea constructiva de la *Historia del Derecho Argentino* (72).

La aparición de las civilizaciones indígenas, las instituciones prehistóricas en general, constituyen uno de los experimentos más fascinantes de la historia universal. La empresa penetrativa de España en Indias y la ulterior formación de nuestra nacionalidad, se hizo sobre núcleos de aborígenes, errantes y dispersos unos, dotados otros, a su manera de estabilidad y madurez.

El *derecho español en Indias*, el *indiano*, propiamente dicho, que integran el *derecho colonial*, resultan centros de inusitado interés para nuestra cultura que está en condiciones de comprender hechos jurídicos todavía inéditos para la investigación.

La *Historia del Derecho Argentino*, a través de las diversas *recepciones de derechos extranjeros* que constituyen el acervo cultural de Occidente, es la historia de un derecho que se nacionaliza al experimentar las influencias que toda *refracción social* importa. Escenario por esto de vastas realidades jurídicas, el espíritu universal podrá recrear en ellas las más altas concepciones del intelecto humano. Porque además resulta dudoso el valor de la historia del derecho en la formación del espíritu de nuestros juristas, si las conquistas de la ciencia histórica no son aplicadas a revelar el fenómeno jurídico argentino.

Si logramos en las aulas el conocimiento de las *formas totémicas de la juridicidad* entre algunos indígenas precolombianos; el *derecho privado y público vigente en Indias*; el *orden jurídico de la Revolución de Mayo*, el *caudillismo* y la *dictadura de Rosas*, o el *estado de derecho que instaura Caseros*, la cultura argentina cobrará nuevo sentido a través de la clara razón histórica de maestros y discípulos.

Dirigidos nuestros estudios a la educación de los juristas para avvicinarlos con el alma de la nación, en la cual el derecho se forma y vive, serán, al mismo tiempo, instrumento de acción iluminada y fecunda.

(72) SMITH, *El historicismo dogmático*, Córdoba, 1941. SMITH, *Sobre los estudios histórico-jurídicos en Argentina*, Córdoba, 1941.