

Guaglianone Aquiles H.
La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIX

AQUILES H. GUAGLIANONE

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

LA HISTORIA DEL DERECHO COMO
AFICION Y COMO NECESIDAD
PARA EL JURISTA

BUENOS AIRES

1971

Guaglianone Aquiles H.

La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

LA HISTORIA DEL DERECHO COMO
AFICION Y COMO NECESIDAD PARA EL JURISTA

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Guaglianone Aquiles H.

La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIX

AQUILES H. GUAGLIANONE

LA HISTORIA DEL DERECHO COMO
AFICION Y COMO NECESIDAD
PARA EL JURISTA

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

CONFERENCIA PRONUNCIADA POR EL DOCTOR AQUILES H. GUAGLIANONE
EL DIA 4 DE MAYO DE 1970 EN EL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO
RICARDO LEVENE, HABIENDO SIDO PRESENTADO POR EL DIRECTOR DEL
INSTITUTO, DOCTOR RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ.

BUENOS AIRES

1971

Guaglianone Aquiles H.

La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

Dr. BERNABÉ QUARTINO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

Dr. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Guaglianone Aquiles H.
La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

JEFE DE INVESTIGACIONES

Dr. Víctor Tau Anzoátegui

JEFE DE CURSOS Y PUBLICACIONES

Dr. Eduardo Martiré

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA
DEL DERECHO RICARDO LEVENE

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsímil). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial, (1834)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.
- IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.
- X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.
- XI. DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Escritos jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, 1971.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.
- V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, 1954.

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

- VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispanico*, 2ª edición, Editorial Perrot, 1962.
- VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.
- VIII. y IX. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, dos tomos Editorial Perrot, 1966 y 1970.
- X. ABELARDO LEVAGGI, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho Eclesiástico*, Editorial Perrot, 1969.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL
DERECHO PATRIO EN LAS PROVINCIAS

- I. ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica*. Advertencia de Ricardo Levene, 1947.
- II. MANUEL LIZONDO BORDA, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870*, Editorial Perrot, 1956.
- III. TEÓFILO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, 1958.
- IV. ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 1962.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, 1941.
- II. JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un juriconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.
- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.
- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
- XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.

- XIV. SIGFRIDO RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
- XV. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.
- XVI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.
- XVII. SIGFRIDO RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
- XVIII. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
- XIX. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
- XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.
- XXI. VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.
- XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
- XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.
- XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.
- XXV. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina*, 1949.
- XXVI. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, 1949.
- XXVII. ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.
- XXVIII. RICARDO LEVENE, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios*, 1952.
- XXIX. AQUILES H. GUAGLIANONE, *La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista* 1971.

LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

- I. EDUARDO MARTIRÉ, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Editorial Perrot, 1968.
- II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Editorial Perrot, 1968.

REVISTA DEL INSTITUTO

- Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado*.
- Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado*.
- Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado*.
- Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado*.
- Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado*.
- Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado*.
- Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). *Agotado*.

- Número 8, Año 1957 (316 páginas). *Agotado.*
 Número 9, Año 1958 (172 páginas). *Agotado.*
 Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado.*
 Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238 páginas). *Agotado.*
 Número 12, Año 1961. (224 páginas). *Agotado.*
 Número 13, Año 1962 (226 páginas). *Agotado.*
 Número 14, Año 1963 (206 páginas). *Agotado.*
 Número 15, Año 1964 (243 páginas). *Agotado.*
 Número 16, Año 1965 (259 páginas).
 Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas).
 Número 18, Año 1967 (276 páginas).
 Número 19, Año 1968 (328 páginas).
 Número 20, Año 1969 (380 páginas).
 Número 21, Año 1970 (380 páginas).

HACE cuarenta años, cuando un grupo de bachilleres ingresamos a esta Facultad, tuvimos nuestra iniciación en los estudios jurídicos con dos aspectos de la historia de la que sería luego la disciplina fundamental de nuestra vida: el Derecho Romano y el Derecho Indiano. Abrigábamos entonces la vaga impresión de que esa enseñanza era, en cierto modo, innecesaria, y queríamos abordar rápidamente el conocimiento de las leyes, sustancialmente de los Códigos. No digo que hayan sido precisos muchos años, pero sí que nos halláramos en el extremo final de la carrera, para advertir que la comprensión, y en ocasiones la memorización, de normas escritas, pueden formar un buen juez o un buen abogado, pero no forman un científico del Derecho. Porque la norma es fenómeno, hecho exterior que crea el hombre meditando sobre un problema actual o previsto, o a veces sin mucha meditación, buscando simplemente solucionar un problema. La norma escrita, sin embargo, no es la protagonista del Derecho, sino el hombre o los hombres que suscitan o sufren el problema. Se ha expresado bien un filósofo contemporáneo cuando afirmó que el Derecho es una ciencia de problemas, donde los textos legales juegan como herramientas para la solución, pero no las dan en sí mismas con el mero método deductivo.

Con esta apresurada introducción queremos llegar inmediatamente a lo que podría llamarse el dorso de las leyes: qué es lo que las ha provocado, cuál es la fuente verdadera de la cual han surgido; y, además, por qué sobreviven cuando el hecho-problema que las originó ha desaparecido. La respuesta instantánea es ésta: el jurista no puede profundizar en su ciencia, no puede avanzar en las ideas, sin ayuda de la Historia y la Filosofía, sin ahondar en la

Historia del hombre y en la Filosofía sobre el hombre. A una y otra formas del pensamiento se llega por afición o por necesidad, afición de curioso y necesidad de intérprete.

Se sabe que la primera interrogación ante sí mismo es: ¿qué soy? Y si no se quiere que la cogitación quede circunscripta y se agote en la pregunta, no pase más allá, es preciso que se pluralice: ¿qué somos? Porque colocando en el exterior, como objeto de experiencia sensorial la materia investigada, es posible una descripción de ella bastante amplia, una definición que por lo menos comience a adquirir caracteres de verdad. Pero pensar acerca de qué somos lleva gradualmente a poner en el cuadro de nuestro examen, no sólo a otros hombres vivos, ni a numerosos hombres vivos, a la humanidad entera viviente, en suma, al hombre como presencia; sino, además, al hombre que fue y al que será, al hombre como especie en el tiempo del mundo, desde que sobrevino por milagro o evolución, hasta que, por las limitaciones de nuestra lógica, desaparezca como objeto de conocimiento posible o se transforme en otro ser orgánico. No es dable, pues, filosofar sobre la naturaleza humana sin acudir a la Historia y sin aventurar presagios.

Es muy difícil convencer al jurista de que retroceda en sus especulaciones hasta la primera pregunta de *qué soy*, hasta la primera comprobación cartesiana. Y aunque no parezca tan difícil, también lo es que esté dispuesto a cavar hondo en la segunda pregunta, *qué somos*. Si pretendemos conducirlo a dialogar sobre el hombre del futuro, tal vez no nos acepte sobrepasar una generación, porque en su subconsciente toda sociedad futura no es una sociedad dada y concreta, sino de estructura y conformación muy oscuras, dominada y determinada por el avance técnico. Al mismo tiempo que los sociólogos y los economistas encaran ya el año 2000 como un momento casi actual, los juristas tratan de esquivar todo juicio sobre el porvenir y se disculpan argumentando con la gravedad de los problemas de hoy, que les coartarían hasta una previsibilidad de extensión razonable. Tal vez la causa de ello esté en que la formación mental de los que piensan en Derecho, les lleva a moverse en un campo muy objetivo al par que axiomático, con la principal preocupación de obtener el orden entre los hombres que existen. No nos atrevemos a afirmar que el supremo valor del jurista no sea la jus-

ticia, a través de una noción bastante difusa, y por lo menos nada universal, de lo que ella es; pero es preciso aceptar que uno de sus valores predominantes es la paz, el orden, aunque no a ultranza, con renuncia de otros valores. El jurista cubre así las horas de su meditación y su labor *con lo que está ocurriendo*, y raramente *con lo que tal vez ocurra*.

Sin embargo, el hombre de derecho no puede prescindir de la Historia, porque experimenta cierto temor a las soluciones nuevas, y se siente satisfecho cuando encuentra en el pasado el precedente que la justifica en la decisión adoptada para el problema en manos. El hombre de derecho es perezoso para crear, aunque nos apresuramos a decir que esa pereza no es una actitud de su espíritu, sino producida por la desconfianza innata de que, al tratar diversamente una cuestión jurídica, se rompa el equilibrio que sostiene enhiesta la organización social y toda ella se venga abajo. Desconfianza que es bastante razonable, sobre todo si quien se ve tomado por el fuego de la inspiración, carece, no sólo de un amplio conocimiento de esa organización social, de sus instituciones, sino de ese elemento a menudo ausente que llamamos intuición o sentido jurídico.

La Historia del Derecho, así, se usa como una herramienta para la defensa de un interés o para decidirse en un fallo. No se puede desaprovechar, en un caso hipotético, que en 1796 se había expedido una Real Cédula por la cual... etc.; o que en 1672 el Parlamento de París había resuelto... etc.; o que Pothier, en el siglo XVIII, había opinado tal cosa; o que los romanos, a quienes se atribuye una especial vocación por el Derecho, habían sancionado un Senado-consulta en virtud del cual... etc. Normas escritas, interpretaciones de antiguos tribunales, viejos textos de doctrina, son aprehendidos, limados, coloreados, deformados, para hacerlos coincidir exactamente con una cuestión en debate, y en ocasiones estrictamente respetados. Por supuesto que no vamos a referirnos aquí a cuán extraordinario es el prestigio de los hombres muertos, mas es de toda evidencia que la norma o la opinión que fue dictada o emitida mucho tiempo atrás, cobra en el juicio ajeno una supremacía aparentemente natural sobre la que se dicta o emite hoy, como novedad, por un científico del Derecho. Casi podríamos aventurar que hay

una tendencia a aceptar pacatamente el razonamiento antiguo y rebatir enseguida el que se muestre original.

Ese modo de encarar y utilizar la Historia del Derecho es subalterno, claro está, y no nos puede ocupar mucho tiempo su examen. Pero hay algo estimable en él, y es ese estilo del jurista, cualquiera sea su jerarquía, que se manifiesta en un remontarse constantemente en el proceso histórico del derecho, aunque más no sea para señalar ciertos antecedentes de la institución que le ocupa y explicar el significado de ellos.

Profundizar en los antecedentes históricos de las normas e instituciones, y más aún, investigar las estructuras jurídicas pasadas aunque de ellas no quede recuerdo alguno en la legislación, ésa ya es tarea para una disciplina científica. ¿Pero lo es específicamente para un jurista? En otras palabras: quien se ocupa de la historia del derecho, ¿es un historiador?, ¿es un jurista?, ¿es un sociólogo?

Es incontrovertible que un estudio semejante no se dirige tanto a la norma social cuanto a la naturaleza humana. Lo que buscamos conocer en el fondo, investigando el fenómeno norma de un pueblo o una civilización antiguos, no es la regulación jurídica de la sociedad encarada, sino al hombre que vivía en esos agrupamientos, para describirlo en su conformación mental y clasificarlo como expresión de un cierto tipo cultural. Lo que buscamos, por último, es convencernos de una unidad del hombre o, por el contrario, de una pluralidad de hombres que han determinado organizaciones sociales disímiles, imposibles de reunir bajo una sola forma conceptual.

Si lo que acabo de decir es verdaderamente incontrovertible, no parece aceptable que la historia del derecho se aborde por sectores. Ni nosotros, argentinos, podemos detenernos en la recopilación y análisis del régimen jurídico español al tiempo de la conquista y la colonización, ni los universitarios franceses están autorizados a no ir más allá de la organización jurídica del medioevo y la edad moderna, ni los italianos pueden encerrarse en el derecho romano y las creaciones posteriores de sus diversos estados y ciudades, ni los anglosajones en sus costumbres y leyes posteriores a la conquista normanda. Si la historia del derecho es un capítulo de la investigación del hombre, sólo es dable abordarla universalmente.

Menuda tarea nos propone, exclamarán ustedes. Pero si yo di-

jera a las personas interesadas en la biología que el campo de su conocimiento comprende a todos los seres vivos, cualquiera sea su ubicación, nuestro país, Persia, Tasmania o la Unión, ninguno se asombraría, porque nadie se haría el programa de llegar a conocer una biología universal; todos tratarían, empero, de ampliar cada vez más su conocimiento si en realidad tuvieran afición a ello. No afirmo que la historia del derecho ofrezca una posibilidad de investigación más extensa que la biología, pero sí afirmo y reconozco que prácticamente esa posibilidad es inconmensurable; porque parte de hoy y retrocede hasta el origen del hombre, allí donde nosotros nos satisfacemos con suponer y aseverar que los individuos se regían por normas de derecho natural muy vinculadas con las creencias religiosas; lo cual es aserción bastante vacía, bastante inexacta y que compromete mucho.

Quien es verdaderamente curioso de la historia debe comenzar por no autolimitarse en el deseo de acercamiento a la verdad, así como procede cualquier otro científico. El espíritu mira siempre hacia lo infinito, aunque es sabido que la vida se encarga de colocar vallas de tiempo y espacio a su aspiración. Así, partiendo de la vocación por lo universal se llegará al cabo a lo especial, a lo especialísimo. Pero en el fondo del pensamiento quedará una noción unitaria de *todo*, esa raíz que a cada cosa da vigor, cada cosa explica y a todas las cosas envuelve en un solo abrazo.

Ese deseo de que el pasado vuelva a aparecer ante nosotros, no como conjunto de sucesos encadenados, sino como la actuación verificada del hombre en el mundo, es exactamente una vocación histórico-sociológica, más que jurídica. Cuando la curiosidad se eleve en grado sumo, el investigador no se tranquilizará en tanto no se remonte hasta el origen del objeto de su investigación. La historia propiamente dicha, que se estructura sobre la base de documentos escritos, no alcanza entonces a satisfacer, y la arqueología, la filología, la paleontología y hasta la geología se tornan indispensables para desbrozar el camino. Se afirma que el hombre lleva entre 600.000 y 1.000.000 de años sobre la tierra, pero los testimonios de su permanencia en ella apenas se remontan a algunas decenas de miles de años. Las más firmes comprobaciones históricas se refieren a un período de 6.000, mas hoy día, con una perseverancia

cada vez más intensa, los excavadores de ciudades y los descifradores de tablillas van sacando a la superficie todo aquello que con el hombre se fue hundiendo en los valles o fue cubierto por el limo de los ríos; con ello retroceden más en el tiempo del conocimiento, al par que la investigación antropológica va extendiendo su radio a lugares donde no se sospechaba la existencia de antiguas civilizaciones, sorteando peligros e inmolando héroes. La curiosidad del científico le eleva hacia la luna, pero también le conduce hacia la profundidad del planeta.

Y bien: en ese viaje de conocimiento, el primero que llega a abrir las puertas del misterio es el arqueólogo, y luego pasan por allí el historiador, el sociólogo y el jurista. Aquél pone al descubierto las huellas de la vida; éstos reestructuran la conducta del hombre de entonces. Cierto es que, generalmente, lo que perdura en los testimonios es el nombre de los poderosos más que el de los justos, el nombre de los que mandaban y no el de los que vivían simplemente. Pero la organización social se va exhibiendo con bastante claridad, a pesar de que la preocupación del soberano haya sido siempre eternizar sus hazañas, olvidando a su pueblo.

La investigación arqueológica en el cercano Oriente, por ejemplo, ha permitido descubrir, hace escasos años, los códigos anteriores al de Hammurabi: el de Ur-Nammu, fundador de la tercera dinastía de Ur, que vivió hacia el año 2050 a. C.; de esa ley sólo se conservan 7 artículos, registrados en una tablilla que se encontraba en el museo de Estambul y que sacó a luz Kramer en 1953. Otro es el de Bilalama, rey amorreo que reinó hacia el año 1950 a. C.; se conserva en el museo de Bagdad y fue publicado en 1948; contiene 60 artículos y es destacable que ya en él aparecen salarios fijos para los trabajos corrientes. De 1860 a. C., más o menos, es el código de Lipit-Ishtar, de la dinastía de Isin; también se publicó en 1948, en un fragmento de 37 artículos. Luego del código de Hammurabi, que los modernos historiadores sitúan alrededor del año 1700 a. C., es preciso recordar al descuberto en el emplazamiento de la antigua ciudad de Hattashash, capital del imperio hitita, cuyo código se atribuye al rey Telebino, que vivió quizás a fines del siglo XVI a. C.; son en total 200 artículos, que no obstante inspirarse en la legislación sumeria y asiria, se destacan por la relativa benignidad

de los castigos: raramente se aplica en ellos la ley del talión, reemplazada con el principio del resarcimiento. Ninguno de estos cinco códigos supera, naturalmente, a la ley mosaica, y ha sido pues exacto lo que se lee en el Deuteronomio: "¿cuál es la gran nación cuyos preceptos y normas sean tan justos como toda esta ley que hoy os doy?"

Menos han sido, por otra parte, los resultados de la intensa investigación arqueológica que durante este siglo tuvo lugar en Creta, isla que se distinguió antiguamente por la característica de no registrar sus acontecimientos históricos. Sin embargo, muchos datos se han obtenido acerca de la organización jurídica y social en la época arcaica, la minoica, y en ellos se destaca el elevado rango que correspondía a la mujer, la cual, a diferencia de lo que sucedía en Grecia en la época aqueo-micénica y también después, ocupaba en el hogar un sitio de igual jerarquía que el reconocido al hombre, y, lejos de hallarse enclaustrada en el gineceo, participaba en las actividades de la ciudad, y las sacerdotisas tenían prelación sobre los sacerdotes en las ceremonias religiosas, cuya principal divinidad era una diosa madre.

Es escasa también la información respecto de ciudades que tuvieron gran apogeo antes del período clásico. No hablemos de la ciudad de las diez Troyas, pero sí de la organización jurídica de Mitilene, que cobijó a Safo y Alceo; de Éfeso, la de la Diana fecunda; de Mileto, la de Tales; y de Sardes, donde el persa perdonó la vida a Cresos vencido, etc.

Nuestro conocimiento de las leyes de los más antiguos pueblos de la cuenca mediterránea, se ha acrecentado en importante medida, durante este siglo, gracias a la investigación arqueológica. Mas al tiempo que ésta iluminó otros sectores remotos de la antigüedad, brindando informaciones que no son ya la mera crónica de reyes, batallas y conquistas, abrió nuevos interrogantes al poner de relieve la existencia de naciones y ciudades de las que no se tenía noticia antes, o al menos ella era escasísima. Verbigracia, cuanto se refiere a la ciudad de oro Tartessos, ubicada al sudoeste de España y que a comienzos de este siglo buscaron en la península ibérica Schulten y otros arqueólogos españoles e ingleses. La leyenda habló repetidamente de esta maravillosa ciudad del rey Argantonio; Tarsis se la

llamaba en el libro del profeta Ezequiel, donde está dicho que allí se hallaba el más elegante de los mercados, lleno de toda clase de mercaderías, plata, hierro, estaño y plomo; Herodoto oyó hablar de Tartessos en Samos, donde se la describieron como un país maravilloso, amable y hospitalario, el paraíso occidental, el reino de los feacios de que se hacía mención en la Odisea. El geógrafo Estrabón incluye en su libro una descripción de ella, y atribuye a los fenicios su sometimiento ulterior. Hoy día se la exhibe como una de las expresiones más avanzadas de la raza de Cro-Magnon, la antigua cultura megalítica del occidente europeo. Pero ¿cuál fue su organización social y jurídica? ¿Cuáles eran las normas que regían a esa ciudad de la abundancia? Nada se sabe sobre ello.

En 1871 el explorador Karl Mauch descubrió el antiguo emplazamiento de Simbabwe, en África del Sud, junto a minas de oro agotadas. Una muralla, dos torres y edificios derruidos, informaban de una avanzada civilización. ¿Fue la bíblica Ofir? ¿Era una colonia fenicia o sabea? Un investigador sitúa su antigüedad en el siglo IX d. C.; otro le adjudica varios milenios y señala que "pertenecía a una cultura armónicamente desarrollada y llena de belleza, que se había anticipado a nuestra cultura centroeuropea en algunos miles de años". ¿Simbabwe! ¿De dónde habrán venido tus habitantes blancos, cuáles fueron tus leyes?

Descubrimiento y misterio. La historia abre nuevos rumbos a los historiadores; pero por ahora, piedras moldeadas por el hombre y nada más. Interesa sin embargo poner de manifiesto el avance de tales descubrimientos y la aparición de esos nuevos misterios, para que se tenga conciencia de cómo va extendiéndose el ámbito de lo desconocido, no ya solamente para el historiador, sino para quien medita sobre las civilizaciones pasadas con pensamiento de sociólogo o jurista. Porque no se trata únicamente de buscar el origen de normas que todavía nos rigen; se trata de encontrar allí, con toda la experiencia ancestral, la ley que nos deba regir.

¿La ley que nos deba regir? Una pregunta tan breve, aunque por sí sola condensación de toda ética y toda filosofía. En un momento tan crítico de la humanidad como el que viven nuestras generaciones, es preciso volver a formularse preguntas sencillas pero fundamentales. La historia del derecho nos dirá si hay un fondo

común, verdaderamente, en la regulación jurídica de cualquier pueblo, en cualquier edad. Si hay algo que siempre es justo, aquí y en todas partes, y algo que no lo es y siempre deberá ser sancionado. Las más diversas ideas sobre el derecho natural retornan enseguida a nuestra mente. En los albores de toda civilización, y en las cúspides de ellas, ¿hay reglas extremas, más bien principios, que corresponden a la naturaleza humana y de las que es imposible apartarse? Cuando fue asolada por la peste Jerusalem durante el sitio de Senaquerib, cuando Odoacro entró en Roma con su horda, cuando Francia cayó en la descomposición bajo los últimos carolingios, y luego tras el malvado juicio de la Doncella, ¿siguió siendo verdad que algo es justo por sí mismo, con prescindencia de la voluntad y el pensamiento de los hombres, y algo es injusto aunque lo pronuncie y lo realice el más poderoso?

El estudio histórico del derecho, en suma, es imprescindible para la ciencia de la naturaleza humana, y al mismo tiempo es el medio más idóneo para la comprobación de una filosofía de la vida, para el fortalecimiento de las verdades que nos sostienen espiritualmente. Puede encararse como una afición, como un modo de satisfacer una curiosidad pura; pero es sustancialmente una necesidad para el jurista, porque le aparta de la mera técnica y hace privar en su inteligencia, permanentemente, una idea de justicia.

¿Cómo iniciarse en la historia del derecho? Ya he dicho, y vuelvo a repetir, que la finalidad de todo estudio histórico, en cuanto se refiera a la trayectoria cumplida por el hombre sobre el mundo, es conocer la esencia de la humanidad. En el aspecto especial que nos ocupa, ese conocimiento debe llevarnos muy adelante: no sólo a la naturaleza humana en sí misma, sino a cómo se han comportado y deben comportarse los individuos entre sí. O sea que la historia del derecho encierra un fundamental trasfondo ético. Si no se quiere ser un coleccionista de normas, o aun un comparatista vertical o evolutivo, es preciso advertir que nuestra disciplina requiere una buena información en sociología y psicología, pero sustancialmente necesita de un saber histórico muy amplio. Por cierto que no es dable requerir del recién iniciado una preparación superior en historia universal, ni siquiera en términos generales, pero, dados nues-

tra educación y lo que llamamos nuestros orígenes y nuestro modo de vida, es imprescindible poseer un cuadro bastante completo de lo que se acostumbra llamar civilización occidental, y con mayor exigencia respecto de lo que antes hemos denominado cuenca del Mediterráneo. Las fuentes de la legislación positiva argentina hacen indispensable, por otra parte, ese conocimiento.

Es costumbre o tradición que las primeras divagaciones sobre la historia del derecho comiencen con un análisis sistemático de los antecedentes romanos, prescindiendo de regímenes anteriores. Ese análisis corre peligro —y ocurre a menudo— de que se realice y asimile como si se tratara de una regulación jurídica vigente en determinado país y en determinada época. El riesgo es cierto si, aparte de examinar los distintos períodos de la historia romana, no se ha pensando seriamente sobre diversos aspectos de su larga evolución; a saber, por ejemplo: que desde la fundación de la ciudad (acerea de lo cual ya se estima por algunos que debe retrotraerse al año 1000a. C.) hasta la codificación justiniana, transcurrió aproximadamente un milenio y medio, o sea igual tiempo que el transcurrido desde Justiniano hasta nuestros días; que esa civilización, o el pueblo regido por ese derecho, comenzó por ser una aldea etrusca, o al menos con gran proporción de etruscos, y en última instancia gobernada por etruscos, y que esta raza etrusca, cuyo misterioso origen no se ha develado acabadamente todavía, era casi con seguridad venida de Oriente, vale decir, de tierras donde existía un derecho que de alguna manera también manifestóse en las compilaciones sumerias; que, durante el larguísimo lapso de su trayectoria como pueblo, el romano perdió inevitablemente los rasgos que pudieran haberlo caracterizado como raza, no sólo por su mezcla con los demás ciudadanos de Italia —algunos persistentemente griegos—, sino por la propagación del Estado romano a todo el mundo civilizado y aun en cierto modo a tierras de Barbaria. De suerte que, durante la mayor parte de ese milenio y medio, Roma fue una reunión de pueblos disímiles, que no puede decirse presentaran caracteres propios de una raza o nación; y, además, que durante siglos el derecho creado por sucesivos avances y retrocesos, no fue la ley de un Estado, sino la ley del orbe civilizado.

Por otra parte, es preciso cuidarse de la pretendida originali-

dad jurídica plena del pueblo romano. La tuvo en ciertas instituciones —no cabe dudarlo—, pero otras fueron fruto de la influencia griega, especialmente de Atenas. Y basta consultar la clásica obra de Beauchet, para comprobar que no sólo en el arte y la literatura, en la religión y la moral, fueron los atenienses maestros de los romanos, sino también en aspectos jurídicos de la más variada índole. Por ejemplo: se ensalza comúnmente aquella ley que, para Tito Livio, significó la aurora de una nueva libertad para los plebeyos; me refiero a la Lex Poetelia Papiria, que, a fines del siglo IV a. C., y luego de una revuelta de la plebe, decidió que el *corpus* del deudor *per aes et libram* no podría en adelante ser garantía del cumplimiento de una obligación, y que sólo los bienes de aquél responderían por la deuda. Más de dos siglos antes, en la primera mitad del VI a. C., algo semejante había sucedido en Atenas, pues Plutarcó cuenta que el primer acto de gobierno de Solón como arconte, fue disponer que los créditos existentes se anulasen y que en lo sucesivo nadie pudiera “prestar sobre las personas”.

Además, cabe tener en cuenta que, luego de Justiniano, el derecho romano comenzó otra vez a helenizarse, y se sabe que las cuatro partes del Corpus Juris, en su mayoría escritas en latín, no se estudiaban después sino en compendios, extractos y comentarios redactados en griego. Las compilaciones de las dinastías isáurica y macedónica: la Écloga (siglo VIII), el Prokeirón, la Epanogoge y las Basílicas (siglos IX y X), también se escribieron en griego. Pero así como se helenizaba el Bajo Imperio, y luego se iba a esclavizar, Barbaria de Occidente se romanizaba en cuanto a la vigencia de un derecho. El destino del derecho romano en Occidente se realizó por la introducción paulatina, y después acelerada, de todos los códigos romanos, comenzando por el teodosiano, en las legislaciones de los invasores, quienes inicialmente lo reservaron para las razas sometidas, hasta que, en la Baja Edad Media, se produjo el florecimiento que subsistió por siglos.

No es menos importante, por ello, conocer la historia de Francia y España, y hasta la de Alemania y las ciudades italianas. No son pocas las normas que en nuestra legislación positiva tienen antiguo origen en las ancestrales costumbres germánicas, y entre ellas cabe señalar algunas que se vinculan con el régimen patrimonial del ma-

trimonio. Se sabe que la formación política inicial de Francia, o primera dinastía, fue la de los merovingios, cuya crónica más importante escribió Gregorio de Tours, y de la que, a mediados del siglo pasado, nos diera Agustín Thierry una vívida descripción en sus *Relatos de los tiempos merovingios*. En esa época regían en Francia las compilaciones de costumbres que correspondían a las distintas razas de la nación, principalmente la franco-saliana, la franco-ripuaria, la borgoñona y la visigótica, con características genuinas y sin influencia romana, como ya lo había explicado bajo el imperio el historiador Tácito, en su famoso estudio sobre las costumbres de los germanos. Durante los siglos de esa oscura civilización, sólo se puede indicar como obra jurídica la de Marculfo, que redactó sus *Fórmulas* en el siglo VII; pero tiempo después, bajo los carolingios, comenzó una creación legislativa cada vez más intensa, con la segunda redacción de la ley sálica, o *Lex Salica Emendata*, capitulares, cartas y fórmulas, en las cuales fuese cristalizando una inspiración romana y cristiana que, si bien no general para todo el territorio francés, en algo contribuyó a modelar un derecho de matices muy propios y vinculado con el establecimiento del régimen feudal. Este último sistema político, que en algunos aspectos perduró hasta la Revolución Francesa, determinó, por una parte, la disolución de la soberanía en pequeños y grandes estados, vasallos de una monarquía débil aunque destinada al absolutismo; por otra parte, y como consecuencia de lo dicho, la atomización del derecho vigente, que en cada provincia tuvo normas especiales y notas originales, sin perjuicio de ciertas tendencias de grupo que permitían su clasificación por regiones, la más importante —naturalmente— la de París; en fin, la separación de los súbditos, en cuanto a las leyes que los regían, en dos sectores bien diferenciados por causa de su distinta condición, noble o plebeya.

Esa multiplicación de regímenes legislativos, que en realidad empezó en Francia bajo los merovingios con la personalidad de las leyes —según se tratase de francos o galorromanos—, y se renovó durante el feudalismo atendiendo a la disolución de la soberanía, fue uno de los obstáculos más grandes en Francia para obtener la entera unidad de la nación. Cuando se redactaron por escrito las

costumbres, en los siglos XV y XVI, el absolutismo ya estaba teniendo la monarquía francesa, bajo Luis XI y Francisco I; pero el nuevo régimen político no consiguió uniformar las leyes, a pesar de las ordenanzas reales que buscaron esto empeñosamente, y a pesar también de los juristas que prestaron su celo a esa tendencia, como Domat. La multiplicidad de leyes, bastante disminuida conservóse hasta fines del siglo XVIII, y sólo el Código Napoleón le puso fin (Recuérdese empero que durante cierto período después de finalizada la primera guerra mundial, Francia experimentó otra vez la duplicidad legislativa, por razón del régimen especial vigente en las provincias recuperadas, Alsacia y Lorena).

Una situación semejante se produjo en Italia, justificada en mayor medida por la circunstancia de que dejó de ser una unidad política desde la Alta Edad Media. Sin duda no es ésta la ocasión para que nos ocupemos por menudo de la multiplicidad de legislaciones y costumbres en las ciudades italianas, pues basta consultar clásicos tratados sobre ello —como la *Storia del Diritto Italiano* de Solmi—, sin olvido de estudios muy especiales sobre las pequeñas ciudades, como el libro de Lattes sobre el derecho consuetudinario de las ciudades lombardas. Ni que nos refiramos tampoco a las codificaciones del siglo XIX, bajo la influencia de la francesa, como el código albertino, el de las Dos Sicilias, el de Módena, el de Parma, etc. E igual cosa podemos decir de España, que partiendo de dos leyes personales —le *Lex Wisigothorum* y la *Lex Romana Wisigothorum*— arribó después, por causa de la derrota ante la invasión árabe, a una diversidad de fueros por ciudades y regiones, a medida que avanzaba la reconquista, y no obstante los esfuerzos de Fernando III el Santo y su hijo Alfonso el Sabio para imponer, al menos en Castilla, el *Fuero Juzgo* el primero, y el *Fuero Real* y las *Partidas* el segundo; fueros particulares que nunca desaparecieron de España y que se han mantenido en alguna medida hasta después de sancionado el código civil.

Esta multiplicidad de regímenes jurídicos, manifestada también en Alemania y subsistente allí aun después de sancionado el B. G. B., necesita de un conocimiento histórico preciso para su explicación. Conocimiento histórico que es igualmente necesario para

justificar la traslación de sus normas a otros sistemas que se caracterizan por su legislación uniforme. Aparece lógico que, al producirse la reforma francesa mediante el código de 1804, quienes proyectaron éste hayan efectuado una tarea de selección entre diversos textos, sobre todo si se contaba ya con análisis doctrinarios tan minuciosos como los de Pothier y Merlin. Pero aun así, no resulta acertado que esa selección se realice sobre la base de juicios de valor doctrinario, si la creación de los textos legales ha respondido al modo de ser de tipos sociales caracterizados, a creencias propias y costumbres de largo prestigio. Y si es posible afirmar esto con referencia a una unificación interna, ¿a qué consideraciones dará lugar una traslación de normas de pueblo a pueblo, con prescindencia de las causas que hayan dado origen a aquéllas, y de las notas diferenciales de raza y cultura?

La pregunta conduce, naturalmente, a una crítica de eso que venimos llamando *traslación de normas*. La historia del derecho permite a algunos autores aventurar la hipótesis de la existencia, en una primitiva familia indo-europea, de un fondo cultural común que, entre otras expresiones, se habría manifestado en ciertas raíces idiomáticas, en determinadas instituciones jurídicas y en costumbres morales ancestrales. A partir de ese fondo cultural, y a medida que las migraciones fueron ubicando a los pueblos de ese origen en los espacios aptos para cultivos y pastoreos, a menudo junto a los grandes ríos, cada uno de ellos fue desarrollando las formas de regulación de sus relaciones sociales que convenían a sus necesidades o eran exigidas por su evolución religiosa o económica. De suerte que, partiendo de una unidad primaria universal, se habría pasado a una multiplicidad particular. Desde entonces, las instituciones se conservaron, explayaron o desaparecieron, por consecuencia de aislamientos, dominación y conquista, prestigio. Pero sustantivamente, lo que exhibe la historia del derecho, hasta muy avanzada la Edad Moderna, es la presencia en todos los pueblos de textos muy especiales, muy propios de cada uno de ellos. Es la larga época en que los viajeros, al relatar sus experiencias, cuentan que en alguna ciudad lejana conocieron una rara costumbre o ley, según la cual... etc. Como esa costumbre o estilo de la ciudad de

Córdoba, en España, "de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio", a pesar de que en todo el reino rigiese el sistema de comunidad desde la invasión visigótica; costumbre o estilo que sólo fue abolido a comienzos del siglo XIX por disposición de Carlos IV. O como esa persistencia de Inglaterra en mantener la más absoluta libertad de disposición mortis causa, hasta 1938, en que la Inheritance (Family Provisions) Act estableció una legítima "razonable", sin parte determinada y fijada en cada caso por las Cortes, ¡al modo de la antigua legislación ateniense!

El progreso de las relaciones pacíficas entre los Estados modernos, sus contactos espirituales y científicos, amén del comercio internacional, deben haber sido la causa de que hayan ido desapareciendo las leyes y costumbres raras y sorprendentes; hecho que conduce en forma inevitable a la uniformidad de las legislaciones, por lo menos en grandes sectores del mundo civilizado. Pero esa uniformidad no se produce en la fuente pura de toda ley, en el pueblo mismo y como emanación de su espíritu —dirían los alemanes—, sino como una superación técnica. Lo cual vale tanto como afirmar que el derecho positivo de hoy no es la creación genuina de cada raza, y en muy poca medida es un producto de su historia; sino que se muestra como la aplicación, en terreno más o menos extraño, del resultado de una especulación científica o, mejor, de una especulación filosófica, al término de la cual se concluye que esta norma elegida es justa o conveniente para todo agrupamiento humano, o sea, con valor universal. Esto se advierte claramente en las manifestaciones del derecho comparado, donde se produce la influencia de las normas más modernas —consideradas al mismo tiempo más justas— sobre las legislaciones estáticas, con el sentido de promover su reforma mediante adopción de las adquisiciones jurídicas de aquéllas. Y se advierte también en una permanente tendencia a encomendar a juristas extranjeros, de notorio conocimiento y juicio, la redacción de códigos para los países que buscan el avance de sus leyes; como ocurre por ejemplo en las naciones de cultura árabe y en otras latinoamericanas. Y como se advierte, en fin, en las tentativas convencionales de unificación legislativa, no sólo para

el derecho marítimo o para los problemas conflictuales de derecho internacional privado, sino respecto de numerosas figuras del orden interno civil, comercial y penal, y también respecto de las normas más estrictamente vinculadas con los problemas de la economía mundial.

Este desprendimiento del pueblo mismo cuyas relaciones debe regir la ley; esta negativa tácita del derecho a ajustarse a una idiosincrasia y pretender crear otra idiosincrasia, puede significar un desmedro para nuestra disciplina. Como hemos afirmado en párrafos anteriores, la historia del derecho no puede ser limitada a las leyes de un país o de varios países; debe ser universal, no obstante que en la iniciación de su estudio sea imposible abarcársela en su totalidad y se imponga ceñirse a un sector, la cuenca del Mediterráneo por ejemplo. Pero la tendencia a la unificación mundial del derecho en algo hiere nuestros ideales, aunque no sea más que una expresión de lo que ocurre en todos los ámbitos de la vida de hoy; pues no es la ley, no son las relaciones humanas, ni es el modo de comportarse durante la existencia, lo que, fundamentalmente, se unifica; sino el hombre mismo, tal vez para bien, tal vez para mal.

Tal vez para mal, lamentablemente. Porque entonces surge el peligro de que sólo seamos números o nombres en la multitud, espigas de trigo en un ancho campo sembrado, cuyos ahogados gritos no escuchará la hoz de la cosecha, cuando llegue el tiempo del dolor final...

Recuerdo ahora la frase con que un profesor de humanidades de La Plata concluía, en 1927, su clase inaugural de historia de las religiones. Y me pregunto como él: toda nuestra investigación, todo nuestro ahondar en el proceso histórico del derecho, toda nuestra afición por saber de las pasadas relaciones sociales entre los hombres, ¿serán al cabo inútiles? Y como aquel profesor me respondo: "No; ¡hay algo que nunca muere, y que como llama, arde perennemente: el ansia de amor, de belleza, *de verdad!*"

Guaglianone Aquiles H.

La Historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene "Conferencias y Comunicaciones XXIX"

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA IMPRENTA
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
EL 27 DE DICIEMBRE DE 1971

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico