

Tau Anzoátegui, Víctor. Las ideas jurídicas en la Argentina.  
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Historia Jurídica III. 1977

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE  
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA  
III

---

VICTOR TAU ANZOÁTEGUI

LAS IDEAS JURIDICAS  
EN LA ARGENTINA

(SIGLOS XIX - XX)

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

130886

EDITORIAL PERROT  
BUENOS AIRES

Tau Anzoátegui, Víctor. Las ideas jurídicas en la Argentina.  
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Historia Jurídica III. 1977

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE  
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA  
III



VICTOR TAU ANZOÁTEGUI

**LAS IDEAS JURIDICAS  
EN LA ARGENTINA**

(SIGLOS XIX - XX)

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico



\*00130886\*

EDITORIAL PERROT  
BUENOS AIRES



Tau Anzoátegui, Víctor. Las ideas jurídicas en la Argentina.  
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Lecciones de Historia Jurídica III. 1977

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE  
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA  
III



VICTOR TAU ANZOÁTEGUI

LAS IDEAS JURIDICAS  
EN LA ARGENTINA

(SIGLOS XIX - XX)

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico



\*00130886\*

EDITORIAL PERROT  
BUENOS AIRES



El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma: por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precisados sin permiso del autor con relación a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. -----

Los infractores serán reprimidos con las penas del art. 172 y condcmts. del C. Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72 ley 11723).

5.  
© by EDITORIAL EMILIO PERROT  
AZCUENAGA 1846 - BUENOS AIRES - ARGENTINA  
Adherida a la Cámara Argentina de Editores de Libros

Queda hecho el depósito que  
previene la Ley Nº 11.723

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

DR. LUIS CARLOS CABRAL

—  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

DR. LUCAS JAIME LENNON

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

INSTITUTO DE HISTORIA  
DEL DERECHO RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

VICEDIRECTOR

Dr. José M. Mariluz Urquijo

SECRETARIO

Dr. Eduardo Martiré

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 SANSFIELD, *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 hispánico*, 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 Sarsfield y el Derecho Eclesiástico*, Editorial Perrot, 1969.
- XI. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas* (en prensa).

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.
- XXX. ABELARDO LEVAGGI, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires entre 1876 y 1919*, Ed. Perrot, 1977.

LECCIONES DE HISTORIA JURÍDICA

- I. EDUARDO MARTIRÉ, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Ed. Perrot, 1968.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

- II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Ed. Perrot, 1968.  
III. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Ed. Perrot, 1977.

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). *Agotado*.  
Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas). *Agotado*.  
Número 18, Año 1967 (276 páginas). *Agotado*.  
Número 19, Año 1968 (328 páginas). *Agotado*.  
Número 20, Año 1969 (380 páginas). *Agotado*.  
Número 21, Año 1970 (380 páginas). *Agotado*.  
Número 22, Año 1971 (400 páginas). *Agotado*.  
Número 23, Año 1972. Homenaje al doctor Samuel W. Medrano (421 páginas).

PROLOGO

*El estudio de las ideas jurídicas es, a la vez, asunto importante y complejo. Para apreciar su significado, es suficiente advertir que ellas presiden la formación de la mentalidad de los juristas, fijan el concepto del Derecho, establecen sus fuentes, precisan la interpretación jurídica y gravitan, por lo tanto, sobre una parte considerable de la esfera de acción del hombre en la sociedad. Pero al mismo tiempo es asunto muy complejo, especialmente por la dificultad de estudiarlas por separado, ya que a menudo marchan unidas con el pensamiento filosófico, las creencias religiosas, los valores morales, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las ideas o hechos políticos y económicos, y las expresiones de la cultura y del arte.*

*El objeto de este esquema es desentrañar el espíritu que ha insuflado nuestro pasado jurídico, en la época independiente. Más que un frío catálogo de autores, obras y doctrinas, interesa detectar el pensamiento vivo de cada momento, el que como potente palanca mueve y transforma el mundo jurídico. No se trata resueltamente de una visión del pensamiento especulativo —de tanta importancia por cierto en lo que respecta a la filosofía del derecho— sino de una evolución de las ideas desde el punto de vista de la realidad, terreno propio de los historiadores del derecho. Por esta razón, se atenderá más que a una descripción filosófica de cada doctrina, al influjo efectivo que tuvieron sobre el hombre de derecho.*

*Una historia de las ideas jurídicas no tiene fácil punto de arranque ni de llegada. Ese eslabonamiento suce-*

sivo e infinito, que se da en el pensar humano, no puede ser encerrado en límites cronológicos exactos. A veces hay que fijarlos con cierta arbitrariedad. De esta manera, no debe verse en la Revolución de Mayo un súbito arranque, sino la incidencia de un acontecimiento importante que, obrando sobre una sólida tradición jurídica, la adecua y transforma a los requerimientos del siglo XIX y a las peculiaridades del Estado naciente. El punto de llegada lo sitúa hacia la mitad de nuestra centuria, cuando empieza a declinar el fulgor de la generación del Centenario.

Las ideas jurídicas no reconocen las fronteras políticas modernas, sino que tienen sus propios ámbitos, dados por las formas políticas, culturales o religiosas superiores. Un estudio de esta naturaleza debe pues tener en mira el extenso mundo jurídico de tradición romano-canónica y buscar allí los grandes influjos ideológicos. Pero como el objeto de estas páginas es lo argentino propiamente dicho, esas ideas solo se verán actuar en nuestro suelo y los protagonistas serán especialmente nuestros juristas. Desde este punto de vista, afirmamos la originalidad del pensamiento argentino y la existencia de una tradición jurídica propia.

Entre nosotros, no se ha escrito aun una historia de las ideas jurídicas. Sólo algunas páginas le han dedicado obras generales, como las de Ricardo Levene y Ricardo Zorraquín Becú, o ensayos, como el de Enrique R. Aftalión. Las hay, en cambio, con relación a las ideas filosóficas, políticas y sociales. Algunas tienen carácter general, otras son estudios monográficos. Así en el orden filosófico, cabe mencionar los trabajos de Alejandro Korn, José Ingenieros, Coriolano Alberini, Juan Torchia Estrada, Diego F. Pro, Alberto Caturelli y Arturo A. Roig. En lo relativo a las ideas políticas, recordemos las obras de Mariano de Vedia y Mitre, Vicente D. Sierra, José Luis Romero, Salvador Dana, Montañó y Enrique de Gandía. Desde la perspectiva de las ideas sociales, se destacan los estudios de Raúl

Orgaz. Algunas de estas obras, por su valor intrínseco y su estrecha relación con nuestro tema, resultan un instrumento indispensable para guiarse en los primeros pasos que necesariamente debe recorrer quien intente realizar una tarea de magnitud, como es la de abordar el tema en cuestión.

A esta falencia cabe agregar la inexistencia de trabajos generales sobre las ideas jurídicas en el ámbito español e hispanoamericano, desde una perspectiva estrictamente histórico-jurídica. De tal manera, a la complejidad propia del asunto se suma la dificultad que implica la carencia de bibliografía orientadora. Esto es precisamente lo que deseo salvar con estas páginas, dirigidas a los estudiantes, y que reproducen las lecciones del aula, sin otra pretensión. Parte de este esquema, en forma comprimida, fue utilizado en las clases que dicté en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho en 1976 durante el curso que, sobre este tema, tuve el honor de compartir con mis colegas y amigos José M. Mariluz Urquijo y Abelardo Levaggi.

La bibliografía indicada al final de cada capítulo amplía en algunos casos los conocimientos; en otros, refleja su utilización en la redacción de estas páginas. También debo señalar que en algunos casos se han anticipado, de manera elemental, los resultados de investigaciones propias. Dado el carácter de la obra, prescindiendo de la mención de fuentes documentales y de todo aparato erudito.

En atención al estado actual de la investigación en esta materia, me parece prematuro intentar una armónica y completa síntesis. Por eso he preferido encuadrar dentro de cada época las principales manifestaciones jurídicas, destacando a veces el tratamiento de alguna cuestión, o la figura de un jurista, o el desarrollo de algunas ramas del Derecho, que puedan, por su importancia o tipicidad, ayudar a una mejor caracterización del respectivo período. No se extraña, pues, el

*lector de la omisión de algunos nombres, cuestiones o ramas del Derecho, cuyo estudio completo hubiera sido imposible dada la falta de investigaciones parciales; e inoportuno, teniendo en cuenta la naturaleza elemental de este libro.*

## CAPÍTULO I

### LA REVOLUCION DE MAYO Y SUS EFECTOS IDEOLOGICOS

#### EL LEGADO IDEOLÓGICO Y EL MARCO HISTÓRICO.

1. La Revolución de Mayo redobló el vigor con que la Ilustración había penetrado en el Río de la Plata en los años anteriores. Sin embargo, se pecaría de parcial de atender sólo a este movimiento. Si bien, esas ideas eran las que aparecían con más brillo, circulaban y encontraban fácil aceptación, subyacía oculto un importante caudal ideológico formado a través de una larga tradición.

A principios del siglo XIX se puede advertir el persistente influjo de estos elementos: 1º) La escolástica, desarrollada y adaptada por la escuela española del XVI y XVII, que los jesuitas habían enseñado hasta su expulsión (1767); 2º) La enseñanza, métodos y doctrinas de los grandes juristas medievales y modernos, tanto del derecho romano y canónico, como del derecho español; 3º) La flexibilidad y novedad propia del derecho indiano, que había abierto la natural estrechez del derecho medieval.

A ello se había ido sumando, paso a paso, introducido en España y América por la Ilustración dieciochesca, el racionalismo jurídico, que había elaborado un Derecho de alta jerarquía intelectual. Precisamente sobre esta lenta y sólida construcción vino a actuar un

brioso espíritu reformista, acicateado por las novedades del siglo y dispuesto a cambiar aquel tan valioso legado jurídico por una elaboración nueva y en cierto modo exótica. Era el impetu arrollador de un racionalismo reforzado por la creencia ciega en el poder de la razón y por un desprecio hacia la tradición.

El cambio fue, en cierto modo, abrupto, con relación a la época anterior. Hicieron eclosión las ideas ya incubadas, sobre todo en el último tercio de la centuria anterior, pero con una fuerza y presión multiplicadora, que tal vez encuentra su explicación en el mismo momento histórico que se vivía.

2. Los primeros lustros del siglo XIX constituyeron uno de los momentos más agitados de la historia moderna. Aun no recuperados del cimbronazo provocado por la Revolución de 1789 en Francia, en un lapso relativamente breve se produjo el derrumbamiento de la Monarquía Española, la exaltación continental de Napoleón Bonaparte y la propagación de un torrente de ideas filosóficas, políticas y económicas nuevas, como nunca se habían producido antes.

Pocos años después, el ocaso de Napoleón, la restauración de los reyes destronados, la vuelta de Fernando VII en España, la formación de la Santa Alianza significaron otros tantos episodios no menos espectaculares. En poco tiempo, Europa había recorrido los extremos más opuestos: del absolutismo al libejinaje. Una nueva política trataría de aprovechar tantos infortunios y aventuras.

Mientras tanto en la América española se producía la emancipación de las antiguas colonias. Ello ocurrió en etapas sucesivas, que fueron desde el gobierno propio —por la acefalia del trono— hasta la declaración de la independencia. La guerra entre patriotas y realistas —que se extendió más allá de la primera década

de la Revolución—, el reconocimiento internacional y los problemas de organización interna dieron origen a años muy convulsionados.

#### HOMBRES Y TENDENCIAS.

3. En este marco histórico se desarrollaron las ideas jurídicas que analizaremos en el Río de la Plata. Se trata de un pensamiento originado más en la acción que en la reflexión. Tiene pues un sentido pragmático antes que teórico. Se fue elaborando a medida que se planteaban los problemas, como respuesta perentoria a las nuevas situaciones creadas. De tal manera estaba mucho más cerca de la realidad, pero por eso mismo resulta difícil hallarlo, unirlo, y darle un tratamiento metódico. En todo caso, se corre el riesgo de deformarlo, apartándolo de la palpitante realidad, que lo originó y celosamente lo guardó.

Aun cuando cualquiera de los grandes juristas de esa primera época estaban en condiciones de producir alguna obra orgánica, los apremios del tiempo, el cúmulo de tareas y la aceleración con que se desencadenaron los hechos, no dejaron casi el reposo indispensable para la obra meditada, reflexiva. Los periódicos políticos, los documentos oficiales, los discursos y debates legislativos, los dictámenes, y aun la correspondencia oficial o privada son los testimonios en donde ha quedado registrada, una parte considerable de ese pensamiento, que es necesario reunir y recomponer con paciencia benedictina. A veces la tarea se hace más dificultosa por el anonimato en que se esconden muchos de esos escritos.

4. El profesor Diego F. Pró detecta, en este momento de la historia del pensamiento argentino, dos grupos, que denomina iluministas y tradicionalistas. Los pri-

*Illuministas*  
meros estaban abiertamente inspirados en las ideas de la Ilustración y aspiraban a constituir el país "partiendo de una concepción iluminista de la historia, la nacionalidad y el Estado, con descuido muchas veces de las particularidades históricas y geográficas". Consideraban que la conciencia nacional se podía formar con una fuerte voluntad política, rompiendo con la tradición, es decir, sin deber nada al pasado. En cambio, el segundo grupo descubría las raíces del flamante Estado en "la comunidad de tradiciones, de lengua, de intereses y de religión". Primaba, pues, en ellos, lo histórico y tradicional.

Quienes expresaban más claramente sus ideas eran los iluministas, pues los otros más bien aparecían como custodios o conservadores de los valores existentes. En realidad, la separación de ambos grupos, no fue tajante y, aunque es útil para caracterizar más definitivamente la situación, lo cierto es que, salvo excepción, no se daba pura ni la renovación ni la tradición. Frecuentemente se hallaban mezcladas una y otra. Aun cuando se aceptase con entusiasmo el nuevo ideal político-jurídico, ello no implicaba necesariamente una renuncia al conjunto de ideas y sentimientos tradicionales.

5. El núcleo de letrados existentes en las provincias rioplatenses había crecido en los últimos lustros del siglo anterior y en los primeros años del ochocientos. La Universidad de Córdoba había abierto su aula de jurisprudencia a fines del XVIII. En la Audiencia, instalada en Buenos Aires en 1785, se inscribieron para ejercer la abogacía, entre aquel año y 1811, 152 letrados. A la hora de la Revolución, se estima en 71 el número de letrados existentes en Buenos Aires. De ellos, 22 concurrieron al Cabildo Abierto de Mayo. Eran muy pocos los letrados que sobresalían, por encima de una mediocre y rutinaria actividad profesional.

de tal modo que pudieran tener repercusión en el mundo de las ideas. Casi todos ellos eran atraídos por la fuerza centrípeta de la acción política, urgida en obtener y devorar a los más aptos. Los absorbía no sólo el tiempo, sino que también muchas veces la óptica política llegaba a superponerse sobre el sentido jurídico, propio de su formación.

Pero el mundo jurídico no estaba solamente integrado por los letrados. A ellos deben sumarse, como un aporte significativo, los graduados en Teología, que recibían no sólo una formación jurídica básica por la naturaleza esencial de aquella disciplina, sino también por el estudio de los cánones, que formaba parte de su carrera universitaria. Es decir, que aun cuando no conocieran, por los estudios cursados, el ordenamiento romano y el derecho real, habían adquirido una formación jurídica que los habilitaba a intervenir, sin desmedro alguno, en el campo del derecho. Es más, a veces parecían gozar de un mayor poder creativo, fruto de un sentido jurídico, no aferrado a la estrechez de determinado ordenamiento positivo. Los teólogos y canonistas estuvieron así, junto a los juristas, en la tarea de encontrar las perentorias soluciones que esos años fueron exigiendo.

El papel sobresaliente que tuvo entonces la figura de Gregorio Funes (1749-1829), el famoso deán cordobés, constituye un ejemplo de lo que acabo de decir. Una buena formación en las humanidades, Teología y Derecho, una larga experiencia de vida, una mente despierta y abierta, fueron tal vez las razones que dieron relieve a su figura en el campo del pensamiento. Tan versado en cánones como en el derecho secular, Funes agregaba a sus conocimientos un indudable poder creativo que le permitía tratar con acierto y hasta originalidad los más palpitantes temas de esos días: la Constitución del Estado, el ejercicio del Patronato, los estudios de jurisprudencia, las relaciones entre el Es-

*tradicional*  
Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

*que por Funes*

tado y la Iglesia. El Deán unía elementos tradicionales y renovadores, doctrinas propias de la tradición jurídica española e ideas más modernas, frecuentemente de inspiración francesa. Ello lo llevaba, es cierto, a algunos desvíos del cauce de la ortodoxia religiosa, aunque sin comprometer los principios sustanciales.

Funes no era un teórico puro, aun cuando fue, de los hombres de su tiempo, quien escribió más obras orgánicas. Es más, su pluma se revela en escritos, dictámenes, cartas, para dar su opinión, y a veces la solución, a problemas espinosos que se planteaban en los días iniciales de la Revolución, cuando era necesaria una mente creativa para encarar y resolver asuntos que no reconocían precedentes.

6. Las figuras principales se ubican en los más diversos matices. Los más avanzados del grupo iluminista eran Mariano Moreno (1778-1811) y Bernardo Monteagudo (1785-1825). Este último, el más exaltado, integraban también Juan José Castelli (1764-1812) y Juan José Paso (1758-1833). Gregorio Funes, como vimos, con muchos rasgos tradicionales, representaba una singular transición entre lo antiguo y lo nuevo. A su vez, Manuel Belgrano (1770-1820), más economista y militar que abogado, era un representante típico de la Ilustración pre-revolucionaria y patria. Era uno de los más atemperados y estableció un curioso puente de unión entre ambas épocas. Otras gradas corresponden a Antonio Sáenz (1780-1825) y a Manuel Antonio de Castro (1772-1832). Ambos estuvieron más cercanos al campo estrictamente jurídico, sin dejar de intervenir en política, sobre todo el primero. Sáenz estuvo estrechamente vinculado a la tarea de redacción de estatutos y constituciones. Castro, dedicado preferentemente a la alta magistratura. Los dos, por fin, asociados a los inicios de la enseñanza jurídica en Buenos Aires. En una posición, sin duda, muy alejada

de aquellos primeros corifeos revolucionarios, se ubicaban Juan Ignacio Gorriti (1770-1842), Cayetano Rodríguez (1761-1823) y Pedro Ignacio de Castro Barros (1777-1849), los tres doctores en Teología, aunque el último también había cursado estudios de derecho civil.

Como figuras de actuación local, en Córdoba, sobresalieron en esta época, José Dámaso Xigena (1767-1847) y José Roque Funes (1782-¿1855?), aun cuando no tuvieron una producción escrita que hiciera trascender sus nombres fuera del ámbito provinciano.

#### LAS INFLUENCIAS IDEOLÓGICAS.

7. Las influencias ideológicas que se registran en la primera década revolucionaria fueron abundantes y de variada procedencia. No tuvieron entonces las limitaciones propias de la Ilustración peninsular y rioplatense del período anterior. Sin embargo, pese al vigor incontenible de esas ideas, en lo esencial fue marginado todo ataque a los principios religiosos, aun cuando ello no impidió que directa o indirectamente se difundieran doctrinas que contrariaban la ortodoxia tradicional.

El nuevo ideario se encargó de confirmar la creencia ciega en la razón, como fundamento de todo principio o institución. Apoyó el estudio y difusión de las ciencias exactas y naturales, divulgó los llamados conocimientos útiles y echó a rodar una irresistible fe en el progreso. De todo ello se dedujo el fomento y renovación de la educación, el adelantamiento material, la reforma legislativa, el mejoramiento de la condición de las personas a través de la igualdad social y las libertades políticas, económicas y religiosas. Un programa tan vasto y ambicioso que constituyó, de ahí en más, una meta inalcanzable durante toda la centuria.

Una variada literatura jurídica que, desde diversos

enfoques, expresaba o estimulaba este ideario, tuvo rápida aceptación y difusión en las provincias rioplatenses. Las obras de Montesquieu, Rousseau, Filangieri, Grocio y Pufendorf —por mencionar a algunos de los más representativos— sirvieron de inspiración, en lo político y jurídico, al pensamiento local. Mientras los libros ingleses, franceses, italianos y norteamericanos eran recibidos como los modelos doctrinarios preferidos, una cierta sensación de menosprecio cubría a la antigua literatura política y jurídica española. Esta diferencia entre una y otra línea estaba bien expresada en un periódico porteño, que en 1815 decía que "vemos a cada paso que en los tiempos presentes es necesario haberse formado por otros libros que Villapando y Covarrubias, y que de nada vale para hablar en asuntos políticos la lectura de Bovadilla".

La nueva literatura recibida abarcó pues importantes sectores doctrinarios del ámbito jurídico, pero, en cambio, el terreno de la práctica fue dominado, aun por mucho tiempo más, por las obras de procedencia peninsular.

La producción literaria vernácula se expresó, durante esos años, a través principalmente de los periódicos, que fueron el instrumento de difusión de las nuevas ideas en el ámbito local, contribuyendo a formar una opinión pública sensible hacia la nueva problemática y a familiarizar los nombres de los autores que integraban la constelación del pensamiento moderno.

#### LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

8. Los acontecimientos, que vertiginosamente se sucedían, obligaron a buscar rápidas y satisfactorias respuestas a los problemas urgentes. Doblemente presionado, por una renovación general de las estructuras políticas y jurídicas que provenía de Europa y por la

situación de las provincias rioplatenses en trance de emanciparse y formar un Estado independiente, nuestro pensamiento jurídico debía ser, necesariamente, tan creativo que corría el riesgo de confundirse con lo inorgánico, inestable y aun anárquico. Eran tantos los asuntos que, a la luz revolucionaria, exigían cambios, que no resultaba posible acertar a modificarlo todo, sino tan sólo atender, por partes, a los requerimientos más apremiantes.

Un orden, no necesariamente programado, obligó a tener en cuenta, en primer lugar, dos actos políticos significativos: el gobierno propio en 1810, y la emancipación, en 1816. En el primer caso, se destacan ya en el Cabildo Abierto del 22 de mayo la exposición de Castelli y la intervención de Paso, lacónicas pero contundentes expresiones de las nuevas aspiraciones. Ya más perfilada, en los meses siguientes, se delineaba una teoría política del nuevo Estado, que recogía elementos renovadores —como la idea roussoniana en Moreno y otros— y tradicionales —como la doctrina de la ruptura del pacto que incorporó las Indias a Castilla, en la pluma de Funes—.

La emancipación fue también, a su turno, necesario fundarla, para exponerla a las demás naciones. En ello trabajó Paso en 1817, estableciendo que la gesta se basaba en el derecho a la insurrección, originado en la usurpación cometida por España al ocupar las tierras americanas y ejercer luego un gobierno despótico e ineficaz. Pero finalmente, el *Manifiesto* —aprobado por el Congreso— se pronunció por establecer la fundamentación en la incomprensión del rey Fernando VII, pese a los repetidos actos de fidelidad manifestados a partir de 1810, sosteniendo que "nosotros pues impelidos por los españoles y su rey nos hemos constituido independientes". Sin duda, hay rasgos originales en este pensamiento político-jurídico, de pluma rápida y nerviosa, que trabajaba con sentido pragmático en una verdadera teoría política del nuevo Estado.

9. Se creyeron solucionar los problemas fundamentales que aquejaban al país naciente por medio de una Constitución. La creencia en las bondades que, por sí sola, podía lograr un ordenamiento constitucional estuvo tan difundida y arraigada en esta primera etapa que así se explica la cantidad de proyectos, sanciones y reformas de la década en el orden nacional. Ella supera con largueza, en intensidad y número, a todos los que después vendrían. Aunque muchos de esos esfuerzos quedaron sólo en proyectos, emergió de este movimiento una sólida base doctrinal y de opinión pública en el campo del derecho político, que no se desdibujó después. Asimismo quedaron algunos instrumentos legislativos de larga vigencia: los decretos de seguridad individual y de libertad de imprenta —en su parte medular—, el Reglamento de 1817 y aun la Constitución de 1819, entre otros.

10. Los problemas se agudizaron cuando se intentó la aplicación de la teoría política. De las dos partes netamente diferenciadas en las Constituciones de época —los derechos políticos y la organización del gobierno— la más ajena a la tradición anterior era precisamente la última, pues suponía variar notablemente no sólo la mecánica de la función, sino lo que era más profundo, la mentalidad del poder público. Tanto la forma de Estado, como la división de poderes y la naturaleza representativa del gobierno eran innovaciones demasiado radicales para conciliarlas con los hábitos y formas políticas propias sin producir graves alteraciones. En realidad, como veremos, el nuevo tipo de gobierno demoró varias décadas en aclimatarse.

La imagen predominante del centralismo político, la imprecisión acerca del territorio que configuraría el futuro Estado, la dilación de la declaración formal de la independencia, las vacilaciones en torno a la forma de gobierno a adoptar y la debilidad acusada por el

propio gobierno central en algunos momentos, fueron características negativas y contrapuestas al optimismo que acompañaba la introducción de teorías y modelos exóticos. Dentro de este clima se fue gestando una resistencia local hacia esa hegemonía centralista, radicada en Buenos Aires, la capital.

El grupo dirigente centralista no pudo llevar a cabo la integración geográfica y el ordenamiento público indispensable para dar base sólida al nuevo Estado. Los acontecimientos del año 1820 lo interrumpieron. Su firme creencia en la eficacia de la Constitución racional estaba bien expresada en un párrafo del manifiesto emitido por el Congreso Constituyente al sancionar la Constitución de 1819. Decía entonces que no se había cuidado tanto en acomodar la Constitución "al clima, a la índole y a las costumbres de los pueblos, en un estado donde siendo tan diversos estos elementos, era imposible encontrar el punto de su conformidad". Pero en cambio, sí la había acomodado a "los principios generales de orden, de libertad y de justicia, que siendo de todos los lugares, de todos los tiempos, y no estando a merced de los acasos, debían hacerla firme e invariable".

Con otros hombres y alguna nueva orientación este proceso se repitió en la década del 20 con el grupo rivadaviano, sobre todo a través de la Constitución de 1826, pero también fracasó, aunque en este caso ya el federalismo había florecido, con notable vigor.

Muchos otros principios de la flamante teoría política debieron recorrer un largo camino y vencer dificultades hasta lograr arraigarse: la seguridad individual, la libertad política, la igualdad, entre otras. No bastaba, por cierto, decretar la igualdad de todos los habitantes para destruir una sólida concepción estamental de la sociedad, ni proclamar la libertad de imprenta para que adviniera un sistema de prensa libre, responsable y limitado.

Muchas de estas disposiciones tuvieron, en un primer momento, carácter fundamentalmente político, en el sentido que sirvieron de declaración principista más que de efectiva e inmediata concreción. Así, la ley prohibiendo la institución de nuevos mayorazgos carecía de repercusión en un país donde aquellos raramente habían existido, pero tenía una innegable connotación política. Lo mismo ocurría con la aplicación del principio de la igualdad en el derecho privado, cuando vemos que aun se mantenía en algunas ciudades —como Córdoba— el disenso matrimonial causado por la situación social desigual de los futuros cónyuges. Con un realismo impresionante, Funes reconocía por entonces esta situación, al decir que la política futura "cometerá una gran falta aspirando a una perfecta igualdad, que han excluido nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras preocupaciones".

#### LA CRÍTICA CONTRA ESPAÑA Y EL ANTIGUO ORDEN LEGISLATIVO

11. Una amplia y severa crítica contra España fue característica de este momento. Bajo las ácidas plumas de Moreno, Monteagudo y Paso, entre otros, caían tanto la España medieval como la conquistadora y colonizadora, o la más reciente de Carlos IV. La crítica envolvía, sin distinguir, a todo el pasado hispánico americano, a cuyo legado se renunciaba completamente. Tal actitud respondía a la óptica iluminista de la historia, que veía en el acontecer humano unos periodos de brillo y esplendor contrapuestos con otros de ocaso y oscuridad.

Bajo estas ideas, el legado jurídico colonial era considerado como extraño e impuesto forzosamente, del que había que desprenderse cuanto antes. Así la crítica contra las leyes de Castilla e Indias era rigurosa y, casi, sin reservas, sobre todo en quienes apreciaban la

situación desde el ángulo político. Para éstos la ruptura con el pasado jurídico era una consecuencia necesaria de la ruptura política y una condición para el establecimiento de un nuevo orden nacional. Así surgió una corriente reformista que Funes justificaba al decir que "las nuevas costumbres, los nuevos negocios, las nuevas necesidades exigen nuevas leyes".

Esta actitud de enfrentamiento con la legislación existente se fundaba en la creencia que aquella debía ser examinada a la luz de la razón y que por encima de los derechos nacionales, históricamente formados, existía un Derecho Natural fijo e inmutable, obtenido mediante el estudio de la naturaleza del hombre, al cual debía subordinarse toda creación legislativa, desdeñándose o despreocupándose de las particularidades locales. Reflejaba ello claramente la influencia del jusnaturalismo dieciochesco.

La crítica contra el viejo ordenamiento se efectuaba tanto por su *forma*, como por su *contenido* y su *autoridad*. En cuanto a lo primero, se sostenía que el orden legislativo vigente carecía de los atributos propios de un sistema de leyes metódicas, claras y precisas, racionalmente dispuestas. En cuanto a su contenido, la existencia de muchos preceptos contrarios a los nuevos principios de igualdad y libertad era causa suficiente para su descrédito. Se alegaba, además, que esas leyes habían sido sancionadas por monarcas absolutos, lo que si bien significaba un grave desconocimiento histórico tenía —y esto es lo que interesa subrayar— una fuerza dialéctica mucho mayor que el propio error que envolvía. Sólo era aceptable, en fin, para tales críticos, aquella parte de la legislación que estaba en conformidad con el Derecho Natural dieciochesco.

Los más duros impugnadores llegaban a postular la destrucción de toda o casi toda la antigua legislación y la elaboración, en su reemplazo, de otra fundada en las nuevas bases jurídicas. Cierta dosis de ingenuidad,

unida a la visión iluminista de los problemas de la sociedad, llegó a suponer que tales cambios radicales podían llevarse a cabo con relativa facilidad y además producirían efectos inmediatos y saludables sobre la sociedad. Aún cuando esta postura no se generalizó ni tampoco se extendió en el tiempo, fue propia de un momento inicial de la Revolución. Un elocuente ejemplo lo hallamos en el siguiente texto contenido en un anónimo proyecto constitucional rioplatense de 1811: "Las leyes de Indias dadas a las Colonias en tiempo que lo eran, quedan sin efecto, por haber mudado de condición los pueblos americanos. Estas, y las de Castilla como emanadas de la usurpación, que hicieron los Reyes a la Nación, de quien es privativo el soberano poder legislativo, quedan del todo abolidas, y sólo tendrán lugar en cuanto sean conformes al derecho natural y de las gentes, al modo que decimos de la Instituta y Derecho de romanos; pero por cuanto es necesario un breve cuerpo Legislativo, se nombrarán tres o cuatro letrados, los más impuestos en el derecho natural y de gentes que redacten las leyes, y formen un breve y sencillo código".

12. Pese a la fuerza, arrolladora a veces, de este movimiento, aún se mantenían en su lugar los antiguos principios jurídicos que formaban el sólido sustrato tradicional. Así el orden social no se concebía sin la efectiva participación de la religión y de la moral, junto al Derecho. Los conceptos de Derecho y Justicia aún mantenían importantes rasgos del pensamiento tradicional. Pero la supervivencia de estos y otros elementos tradicionales descansaba, más que nada, sobre el fuerte arraigo que tenían, pues no hubo quien por entonces asumiera la defensa de ese orden jurídico ante los ataques de que era objeto. Eso sí, algunas excepciones nos muestran a juristas que, desde una perspectiva menos tajante, más fluída, del acontecer histó-

rico y más cercano a la vida forense, apreciaban la continuidad del orden legislativo. Entre ellos, cabe destacar a Manuel Antonio de Castro, quien fue el primero en formular críticas a las innovaciones que, en materia de administración de justicia, se efectuaron en los primeros años de la Revolución.

Finalmente, en esta materia, se impuso un criterio ecléctico, consagrado en el Reglamento Provisorio de 1817: la antigua legislación castellana-indiana continuaba en vigor en cuanto no hubiera sido modificada por las leyes patrias, y no estuviera en oposición directa o indirectamente a los principios de la libertad civil o a la independencia del país.

#### EL IMPERIO DE LA LEY

13. Una de las características que, desde el principio, definió al nuevo orden jurídico fue la significación adquirida por la ley. El papel predominante de la ley es, sin duda, un antiguo rasgo del derecho de tradición romana e igualmente lo era en el derecho indiano. En el siglo XVIII la privilegiada situación de la ley se acentuó, entre otros factores, porque la misma, emanada del monarca, debía ser respetuosamente aceptada y obedecida por los súbditos. Este mismo concepto absoluto de la ley se ve brillar desde los días iniciales de la Revolución, aunque se había producido un importante cambio teórico en la autoridad de donde aquella emanaba, al pasar la soberanía del rey al pueblo. que la ejercía por medio de sus representantes.

La fuerza de la ley, cierta y clara, se oponía a toda otra fuente de derecho, más imprecisa y difícil de averiguar, como la costumbre; la fuerza de la ley, producto de la voluntad de la mayoría, se oponía al mandato del rey absoluto; la fuerza de la ley, entendido como el resultado de un proceso reflexivo y abierto, se oponía

a la arbitrariedad del gobernante o del magistrado. En fin, el acatamiento a la ley se proclamaba enfáticamente como principio básico del nuevo orden. Era el imperio o omnipotencia de la ley.

Ya decía Moreno en 1810: "Que el ciudadano obedezca respetuosamente a los magistrados; que el magistrado obedezca ciegamente a las leyes; éste es el último punto de perfección de una legislación sabia...". El Estatuto de 1815 prescribía: "Todo hombre en el Estado debe primero sumisión completa a la Ley, haciendo el bien que ella prescribe y huyendo el mal que prohíbe. Obediencia, honor y respeto a los Magistrados y funcionarios públicos, como Ministros de la Ley, y primeros ciudadanos". La Constitución de 1819 establecía, a su vez: "Ninguna autoridad del país es superior a la ley: ellas mandan, juzgan o gobiernan por la ley; y es según ella que se les debe respeto y obediencia".

BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Un enfoque ideológico general, puede verse en DIEGO F. PRO, *Periodización y caracterización de la historia del pensamiento argentino en Universidad*, n° 51, Santa Fe, 1962 (reproducido en *Historia del pensamiento filosófico argentino*, Mendoza, 1973). Sobre las ideas jurídicas en este momento se han ocupado: ENRIQUE R. AFTALION, *Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino en La Ley*, t. 143, Buenos Aires, 1971; RICARDO ZORRAQUÍN BECU, *La doctrina jurídica de la Revolución de Mayo en Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n° 11, Buenos Aires, 1960; y el mismo autor, *Algo más sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo en la misma Revista*, n° 13, 1962.

Sobre la influencia de la Ilustración, véase: CÉSAR A. GARCÍA BELSUNCE, *Presencia de la Ilustración en la prensa directorial en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, Cuarto Congreso Internacional de Historia de América*, t. II, Buenos Aires, 1966; CHARLES C. GRIFFIN, *La Ilustración y la independencia hispanoamericana en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, El pensamiento constitucional en Latinoamérica 1810-1830*, t. I, Caracas, 1962; O. CARLOS STOETZER, *El pensamiento político en la América Española durante el periodo de la emancipación (1789-1825)*, Madrid, 1966.

Sobre la personalidad de Funes, véase ROBERTO I. PEÑA, *El pensamiento político del Dean Funes*, Córdoba, 1953.

La crítica contra España y el orden legislativo en mis trabajos, *Imágenes de España a través de juristas argentinos (1810-1870)* en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, t. XLIV, Buenos Aires, 1971; y *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977.

Aun cuando casi toda la obra se refiere al período anterior, cabe mencionar, por sus últimos capítulos y la importancia general que tiene, a: GUILLERMO FURLONG S. J., *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata. 1536-1810*, Buenos Aires, 1952.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico



## CAPÍTULO II

### APOGEO Y CRITICA DEL RACIONALISMO.

#### GENERALIDADES

14. La década que se inicia en 1820 ofrece rasgos que la distinguen de la anterior. En primer lugar, por la ruptura de la unidad política de las provincias rioplatenses. Abatida y disuelta la autoridad nacional —el Congreso y el Directorio—, cada una de las provincias reasumió en plenitud el ejercicio del gobierno interno y externo. De inmediato, y durante todo aquel decenio, se hicieron diversos intentos para restablecer la unidad perdida. Sólo parcialmente fructificaron.

Asimismo en esta década el panorama ideológico, aun cuando fuertemente influenciado por el decenio precedente, ofrece características propias. Mientras por una parte se asiste a un vigoroso recrudescimiento de las líneas de pensamiento vinculadas a la ilustración racionalista, por otra parte se percibe una reacción que pone en tela de juicio el nuevo ideario que se venía desarrollando desde el comienzo de la Revolución. Aunque esta lucha ideológica se extendió a varias provincias, el polo de atracción estaba en Buenos Aires.

No son ajenos a esta profunda diferencia ideológica los grupos políticos —unitarios y federales— que se disputan el poder, ni las figuras claves de Bernardino Rivadavia y Juan Manuel de Rosas. Rivadavia se constituyó en los primeros años en el eje de un impor-

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

tante movimiento de ideas ilustradas que aplicó en la provincia de Buenos Aires el nuevo modelo de organización y pretendió luego extenderlo a toda la Nación. Rosas, en cambio, en los últimos años de la década surgió aprovechando el fracaso político de los unitarios y la reacción provocada por la esterilidad del programa de la ilustración racionalista.

La década ofrece pues distinta tonalidad. Si al principio se advierte un panorama ideológico fuertemente coloreado por las corrientes ilustradas, racionalistas, esta tintura se fue desvaneciendo en los últimos años, tanto por el fracaso producido en el orden local, como por la crítica que estas doctrinas recibían ya en Europa. Era el momento en que empezaban a cobrar importancia la propia realidad histórica, desconocida o relegada por aquellas corrientes, como veremos más adelante.

#### LAS PRINCIPALES INFLUENCIAS

15. La Ilustración racionalista mantuvo su vigor durante una buena parte de este decenio. Aquellos autores y obras que el movimiento ilustrado había encumbrado y depositado como fértil semilla en el Río de la Plata eran, para muchos, la guía insustituible. Rousseau, Locke, Montesquieu, Filangieri, Beccaria, Grocio y Pufendorf, entre otros, presentaban y resolvían los temas más palpitantes: la Constitución, la soberanía popular, la división de poderes, la libertad civil, los principios sistemáticos de la legislación, la reforma penal. Esas obras se difundían en Buenos Aires y sus autores formaban la nueva galería de autoridades que servían de fundamento irrefutable en los debates que suscitaban aquellas cuestiones.

La fuerza de este movimiento se evidencia sobre todo en Buenos Aires aunque tuvo también repercusión en algunas provincias del interior, según lo revelan recientes

estudios. En aquella provincia, durante el trienio 1821-1824, se hizo notar particularmente en la acción de gobierno a través de la promoción de la educación, la inquietud por el progreso material y económico; la organización del Estado y el aparato administrativo sobre bases racionales; la ingerencia de la potestad civil en los asuntos de la Iglesia; y en fin, la pretensión de una reforma general de la legislación. Aunque en gran parte este ambicioso programa no pudo llevarse a cabo, lo cierto es que dejó una impronta indeleble, que durante mucho tiempo fue tema que sacaron a relucir los simpatizantes y los adversarios de aquel gobierno para su elogio o censura.

16. Una vigorosa corriente de pensamiento, derivada de la Ilustración, conocida como *Ideología a secas*, o filosofía de la Ideología, vino a sumarse al caudal de aquellos días. La Ideología gravitó entre nosotros durante más de dos décadas —entre 1819 y 1842—, aunque su período de auge lo tuvo en este decenio.

Se trataba de un movimiento filosófico desarrollado en Francia a fines del siglo XVIII y durante las dos décadas iniciales del XIX. Bajo la inspiración de Esteban Condillac (1715-1780), la escuela partía de la idea que toda actividad mental derivaba de las sensaciones (sensualismo). Ello significaba un enfrentamiento con la tradición escolástica y con las arraigadas creencias religiosas, por su peligroso acercamiento al materialismo. Sus principales representantes fueron Pedro Cabanis (1757-1808) y Antonio Destutt de Tracy (1781-1864).

Entre nosotros, se difundió a través de la enseñanza de tres profesores: Juan Crisóstomo Lafinur, Juan Manuel Fernández de Agüero y Diego Alcorta. Este último fue quien prolongó, hasta 1842, su difusión desde la cátedra, aun cuando ya hacia 1830 se había desvanecido el fervor suscitado en un primer momento, que ha-

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Ideología  
Filosofía  
UFLA  
Filosofía

bía servido para apoyar el programa ilustrado del grupo rivadaviano.

Según Diego F. Pro, esta corriente se caracterizó por mantener viva la idea del progreso y acentuar la fe en la *razón legisladora*. Como su fuente, el iluminismo, también lo caracterizaba una tendencia a la universalización y cierto descuido de lo particular y de la dinámica histórica.

17. Un lugar importante en este vasto caudal ideológico ocupó la obra del filósofo inglés Jeremías Bentham (1748-1832). Heredero de los enciclopedistas franceses, sistematizador del radicalismo y utilitarismo, y personificador del liberalismo inglés, Bentham reinó en el mundo hispánico de aquel tiempo como "una especie de semidios" —al decir de un autor—. Sus obras, en versiones francesas o españolas, circularon por la Península e Hispanoamérica aún antes de 1820 y prolongaron su influencia durante largo tiempo, pero fue en esta época cuando su gravitación intelectual se hizo acaso más intensa, especialmente en el Río de la Plata.

Algunas de sus teorías jusfilosóficas —como el concepto de derecho o de justicia— fueron recibidos con cautela, por estar en contra de arraigadas concepciones de la sociedad rioplatense, pero sus pautas políticas y legislativas sirvieron de orientación en la nueva organización gubernativa, en la adopción de soluciones económicas, en el planteo de la reforma legislativa y en la misma enseñanza del derecho. Entre las obras que ejercieron más clara influencia pueden citarse a los *Tratados de legislación civil y penal* y a la *Técnica de las asambleas legislativas (Tactique des assemblées législatives)*.

Su amistad con Rivadavia hizo que su figura apareciera más estrechamente vinculada a este momento de fervor ilustrado.

18. Junto a estas tendencias, hijas dilectas de la Ilustración, vemos aparecer también a otras expresiones más frescas. Una de las más significativas es la que representa el *Curso de Política Constitucional* de Benjamín Constant (1767-1830).

Sus doctrinas eran la expresión más equilibrada del liberalismo individualista en boga y tendían tanto a apartarse del libertinaje como del autoritarismo. Después de las graves convulsiones europeas (§ 2), el pensamiento de Constant buscaba afirmar el orden y la libertad.

Quienes encontraban cierta semejanza entre los hechos históricos que habían servido de punto de partida al pensador francés y las circunstancias que vivía el país, recibieron esta obra como el modelo más apetecido en la aplicación del nuevo orden político-jurídico.

El pensamiento de Constant influyó en el Río de la Plata durante largo tiempo, pero en este momento llegó para gravitar sobre la generación de los ilustrados porteños, incluso Rivadavia, aún cuando en algunas de sus páginas había adoptado una actitud crítica con respecto a Rousseau y al propio Bentham.

#### CÓMO SE REFLEJAN ESTAS IDEAS

19. Las nuevas ideas se reflejaron, con variada intensidad, en la acción de gobierno, en la creación legislativa, en la administración de justicia, en la enseñanza del derecho y en la incipiente literatura jurídica. De manera especial es interesante advertir cómo gravitaron estas ideas en el campo del derecho constitucional, tanto en el orden nacional —con la Constitución de 1826— como en las provincias. En estas últimas la concepción ilustrada estuvo en algunos casos, matizada, en otros sustituida por líneas ideológicas que apreciaban mejor las raíces vernáculos y la propia realidad.

Algunos juristas de significación acompañaron este movimiento, mucho más allá de una relación estrecha con el régimen político de turno. En Buenos Aires, foco de la Ilustración, fue donde especialmente se encontraba la élite intelectual, que dejó la impronta de este movimiento de vasta repercusión en el campo del derecho.

20. En la tarea de creación legislativa y de reforma de la administración de justicia se destacó la figura de Manuel Antonio de Castro, nacido en Salta, que ya había alcanzado notoriedad en la década anterior (§§ 6 y 12). Jurista equilibrado y práctico no se había dejado llevar por el desenfreno reformista y supo dosificar el grado de innovación que convenía dar a la antigua administración de justicia, desde su cargo de Presidente del Tribunal de Justicia de Buenos Aires. También fue importante su actuación en la Academia de Jurisprudencia. Como fruto de esta labor judicial y docente dejó escrito el *Prontuario de Practica Forense*, que sólo se publicó en 1834, después de su muerte. Fue la primera obra procesal de nuestra literatura jurídica y sirvió, durante varios lustros, para el aprendizaje de los jóvenes doctores y para uso de nuestro foro.

21. Un acontecimiento significativo de esta época fue la fundación de la Universidad de Buenos Aires, en 1821. Demorada su creación por cerca de medio siglo, cobraron especial importancia en la etapa inicial las cátedras de jurisprudencia. En la de derecho civil enseñaba Pedro A. de Somellera (1774-1854), quien, prescindiendo de los modelos conocidos, ajustó sus lecciones a las ideas de Bentham. Se propuso enseñar, antes que el derecho existente, los principios filosóficos del pensador inglés aplicados a la legislación, procurando inculcar en los estudiantes la necesidad de la reforma legislativa. En 1824 aparecieron impresas sus lecciones

bajo el título *Principios de derecho civil*. Aunque el magisterio de Somellera se prolongó durante toda la década, formando devotos discípulos que siguieron su doctrina, al decaer años después el fervor benthamiano, su orientación docente fue objeto de críticas.

La cátedra de Derecho Natural y de Gentes estuvo a cargo de Antonio Sáenz, el fundador y rector de la Universidad, desde 1822 hasta su muerte en 1825. También él dejó escritas sus lecciones de clase, aunque no alcanzó a publicarlas. La sola denominación de la disciplina sugiere el sentido jusnaturalista que tenía, constituyendo una novedad en el ámbito rioplatense.

Aunque matizaba algunos juicios, enervaba otros y sustentaba opiniones propias, el bagaje intelectual de la obra de Sáenz —si nos atenemos a sus citas— se apoyaba en la doctrina de los antiguos Grocio y Pufendorf y en los más modernos Wolf, Vattel o Heinecio. Pero no siempre la cita indicaba acatamiento a la doctrina. Con frecuencia recurría a ella para sustentar un criterio contrario. A veces, la crítica era severa, como cuando se ocupaba de Hobbes. Aunque mencionaba hechos de la historia española, era total su silencio sobre la escuela del XVI. En suma, estas lecciones reflejan la gravitación, en este caso moderada, que ejercían las nuevas corrientes que penetraron bajo la luz de la Ilustración.

22. Particularmente interesante es la actividad que desarrolló durante este decenio un ex-juez francés, Guret Bellemare, que llegó a Buenos Aires en 1822. De inmediato se incorporó al movimiento de reforma legislativa auspiciado por el grupo rivadaviano, y su figura se revistió de cierta aureola, dada más por su nacionalidad que por sus antecedentes. Radicado en Buenos Aires dedicó sus trabajos especialmente a la legislación y a la organización judicial en materia criminal. En 1829 publicó una importante obra *Plan general de orga-*

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

SOMELLERA

Guret  
Bellemare

nización judicial para Buenos Aires, en la que procuraba señalar los principios que podían servir de base para "un código de leyes nacionales".

#### HACIA UN NUEVO ESTILO JURÍDICO

23. Se afirma por entonces un nuevo estilo jurídico, una manera distinta de concebir el ordenamiento legislativo. Aun cuando esta labor no era original, pues se inspiraba en una amplia literatura moderna muy difundida, se aprecian ya los primeros esquemas propios, superado el nerviosismo de una crítica tajante y ligera, característica de los primeros años revolucionarios.

La idea del orden legislativo aparecía ahora presidida por vocablos claves, como *método* y *sistema*. El orden legislativo, cuanto más perfecto era, se asemejaba a un aparato de precisión, comparable a los que empezaba a producir la técnica de esos días. Así decía un escritor en 1822: "El espíritu legislativo sólo debe contraerse a reglar en grande el deber de los hombres y orden de las cosas. Las medidas que abrace a este efecto deben ser las más generales y extensas. Las que toquen inmediatamente a los individuos serán unas consecuencias de aquellas. Están de tal modo eslabonadas unas con las otras que tocando el resorte en grande se siente en todas partes".

Se apetecía un esquema de pocas normas, claras y precisas, que no necesitasen interpretación y que sirviesen tanto de guía al jurista como al ciudadano común para dirigir sus acciones y conocer sus derechos y obligaciones. Se criticaba con vigor el viejo ordenamiento, por la multitud de leyes y cuerpos que lo constituían, por el estilo ampuloso y hasta razonado o paternal que lo caracterizaba, y por su lenguaje arcaico. Pero también se enjuiciaba, casi con mayor vigor, a los jurisconsultos que —según un escritor—, con sus "difusos comentarios

más que para aclarar la ley, han servido para oscurecerla y confundirla, y para introducir en el foro la qui-jotesca caballería, y la más eminente tontería".

Terminaba diciendo este escritor: "Llegue pues el venturoso día en que teniendo la nación un código de leyes claras y sencillas, se disipen las innumerables dudas, terminen los pleitos, y se establezca el reino de la paz firmado por el imperio de la ley que será entonces el estudio agradable de todos los hombres sin necesidad de cargar los inmensos y tenebrosos folios donde se busca y las más veces no se encuentra la verdad, o más bien se halla con qué eludir la ley y adelantar el mercado del foro. Leyes pocas y claras. Entonces recibirá una forma digna y acomodable la jurisprudencia civil".

Obsérvese que todo este razonamiento se desarrolla desde una perspectiva excluyentemente legal, muy propia de la concepción entonces dominante (§ 13). Desde ese ángulo, la crítica y la nueva formulación parecían altamente convenientes y esto es precisamente lo que se aceptaba tan calurosamente en ese momento. Pero esta apreciación estaba desprovista de otros elementos o ingredientes insustituibles en la vida del Derecho y en la conformación de un orden jurídico integral. Así es que antes que ver en el ordenamiento existente los signos de vitalidad que poseía, se consideraba sólo, externamente, como una colección de normas antiguas.

#### LA CREACIÓN JURÍDICA EMPÍRICA.

24. Si la década del 20, por un lado, nos ofrece el predominio de una concepción racional del derecho y de la ley, por otro, la vida del Derecho nos enfrenta con una realidad que desbordaba aquellos presupuestos. Así es cómo surgieron instituciones que, buenas o malas, cubrieron un vacío en el orden jurídico de la época, atendiendo una función que los más refinados instru-

mentos de la técnica jurídica superior no alcanzaban a cumplir. Las dos instituciones más típicas de esta verdadera creación jurídica empírica fueron el naciente Encargo de las Relaciones Exteriores, destinado a tener una larga e importante trayectoria; y las facultades extraordinarias y la suma del poder público, modalidades institucionalizadas dentro del régimen provincial ya en esta década.

Ninguna de ellas estaban establecidas en Constitución ni ley orgánica alguna. Tampoco tenían un sólido fundamento doctrinal. Nadie intentó, en sus largos años de vigencia, recoger y sistematizar sus principios básicos y modalidades. Se desarrollaron ambas más bien a través de la casuística y a contrapelo de la teoría política. Aquella casuística es muy rica y está desgranada en documentos oficiales, leyes particulares, debates legislativos, escritos periodísticos, etc.

La creación jurídica empírica, pues, estaba insertada en la vida misma de la institución y no aparecía reflejada doctrinariamente en un enjundioso escrito o estudio, ni tan siquiera en las tesis doctorales o disertaciones menores. Pero eso no impide, a mi juicio, que aquella deba ser incorporada al mundo de las ideas jurídicas de esta década, en donde tuvo su punto de partida, y las siguientes, en las que alcanzó su culminación.

#### LA CRÍTICA-IDEOLÓGICA DE CASTAÑEDA.

25. Frente al caudal ideológico, formado en su mayor parte por obras y autores ajenos al mundo cultural hispánico, que habían conquistado el medio intelectual rioplatense, se levantaron algunas escasas figuras, especialmente religiosos, que asumieron la defensa del pensamiento tradicional. La principal de todas, fue Fray Francisco de Paula Castañeda (1776-1832). Se pronunció en contra de la copia de autores franceses, in-

gleses y norteamericanos y con dureza condenó a los filósofos de la Ilustración. Ello lo llevó a una crítica de la obra revolucionaria, en cuanto pretendía seguir modelos exóticos. Por el contrario, hizo una apreciación de los valores e instituciones tradicionales. Consideraba la necesidad de profundizar la educación, difundir las buenas costumbres, afirmar las virtudes y el carácter nacionales. Aunque su prédica fue especialmente dirigida contra Rivadavia en los tensos días de la reforma eclesiástica bonaerense, en 1822, tuvo una repercusión y alcance mayor, acaso porque ya empezaba a manifestarse una tenue línea de pensamiento coincidente en el fondo con las ideas que el singular fraile, con estilo chispeante y desenfadado, desparramaba a través de sus numerosos y pintorescos periódicos.

Representaba Castañeda un punto de vista tan diferente a los entonces conocidos, que bien vale conocer algunas de sus expresiones. Ya en 1815 había dicho que "algunos patriotas libran toda la esperanza de nuestra reforma en los excelentes reglamentos legales que se han de hacer algún día, como si las mayores leyes tuviesen el más mínimo influjo en los ánimos que no están de antemano preparados y dispuestos por medio de una educación a la constitución o forma de gobierno que se intente prefijarles". Agregaba que la buena legislación tenía sus precursores en la educación que brindan los padres de familia, los maestros y los sacerdotes. Para legislar había pues que empezar educando. La constitución política para que fuera firme, estable y observada, debía inculcarse desde la cuna, para que se convirtiese en algo propio de los hombres que debían cumplirla.

Se quejaba amargamente, pero de modo ingenioso, de ese espíritu extranjerizante que había llevado en los años anteriores a admitir complacidamente todo lo ajeno, con olvido de la propia tradición. Así decía que nuestros políticos de la década anterior —escribía en 1820— "en vez de fomentarlo todo lo han destruido

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

no más porque no está como en Francia, en Londres, en Norte-América, ni en Flandes. Todos... están mirando a otra parte menos al suelo donde pisan; olvidan sus cosas propias, y codician las ajenas para quedarse sin las unas, y las otras como el perro de la fábula".

Atacaba los más solemnes conceptos difundidos y aceptados, como el de la soberanía popular y el pacto social. Claramente se pronunciaba en contra de aquel principio, considerándolo como causa de los desórdenes producidos. Decía: "... el pueblo en mi concepto es un niño que ha comido cuanto le han dado en diez años, sin hacer asco, porque al tiempo que le embocaban la píldora le decían que era una papa muy rica".

Véase, por último, esta sátira, en la que caían bajo su acerada crítica varios de los principios introducidos en esos años, como las teorías acerca del origen de la sociedad, el pacto social, la igualdad y la educación: "Todos estos filósofos del siglo diez y nueve como no admiten la escritura, y reniegan de toda revelación, se echan a nadar por esos trigales de Dios en materias políticas y consideran primero a los hombres como unos avestruces, o peor mil veces que avestruces sin unión, sin sociedad; después los pintan con deseos de juntarse; después los pintan recogiendo votos para averiguar la voluntad general, hasta que habiéndose juntado todos sin faltar un voto resultó la soberanía, y la obligación de no guillotinarsé jamás...; resultó también la obligación de que a los niños no se les castigase, porque el niño no está sujeto a sus padres más que por el interés de la mantención; pero cuando ya son grandecitos es preciso que los padres hagan *alianza y pacto social* con los hijos para que estos no les rompan la cabeza por la mala educación que les han dado; resultó también de esta voluntad general el espíritu de rebelión para mudar gobiernos como camisas, y el perseguir los pobres a los ricos porque la naturaleza a todos nos hizo hermanos e iguales".

#### BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Un enfoque ideológico general, véase en PRO, *Caracterización y periodización*, cit. Sobre la Ideología, se ocupa JUAN CARLOS TORCHIA ESTRADA, *La filosofía en la Argentina*, Washington, 1961. Acerca de otras influencias: MARIO C. BELGRANO, *Benjamín Constant y el constitucionalismo argentino en Boletín del Instituto de Historia Argentina doctor Emilio Ravignani*, n° 10, Buenos Aires, 1961; RICARDO LEVENE, *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*, Santiago de Chile, 1956; RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, t. VII, Buenos Aires, 1951; STOETZER, *El pensamiento político*, cit.; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas políticas y jurídicas de Antonio Sáenz en Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n° 11, Buenos Aires, 1960; y VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

### CAPÍTULO III

#### APARICIÓN DEL ROMANTICISMO Y DEL HISTORICISMO JURIDICO

##### EL CUADRO HISTÓRICO

26. Hacia 1930 se gesta, aproximadamente, un importante cambio ideológico, que produjo una lenta pero firme separación de las concepciones que hasta entonces se podían considerar predominantes. Este cambio se registró tanto en Europa como en nuestro país.

En el Viejo Mundo, desde 1815 se había producido una reacción contra los programas revolucionarios y también contra las doctrinas que habían preparado o apoyado esa acción. Así, el racionalismo, el iluminismo y la Ideología cayeron bajo la picota demoleadora de las nuevas ideas.

Entre nosotros, a su vez, además de la gravitación indudable que ejercieron los nuevos movimientos de la cultura europea, también se desarrolló una corriente propia que, como veremos, hizo una apreciación de la experiencia vivida. Por otra parte, también se produjeron importantes variantes en el cuadro político institucional. Todo ello explica el cambio operado.

Las nuevas corrientes iban a ejercer un prolongado dominio, aunque no significaron un total desplazamiento de las concepciones anteriores ni impidieron la persistencia de rasgos provenientes de ellas, que incluso

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

se incorporaron definitivamente al nuevo pensamiento jurídico.

27. La nueva situación político-institucional arranca de la revolución unitaria del 1º de diciembre de 1828. El hecho, pese a ser local, tuvo proyección nacional y fue considerado por los contemporáneos como el acontecimiento determinante de la nueva dirección política observada durante muchos años. El fracaso del movimiento unitario, la posterior elección de Rosas como gobernador de Buenos Aires y la destrucción de la coalición unitaria del interior, llevó a una organización política fundada en la precaria estructura confederal establecida por el Pacto de 1831 y en las embrionarias instituciones de trece provincias.

Esta organización del Estado Nacional se afianzó a partir de 1835 con la segunda elección de Rosas como gobernador de Buenos Aires, ésta vez con la suma del poder público, pues junto con el incremento de su autoridad local, se fueron acrecentando sus atribuciones como Encargado de las Relaciones Exteriores —función anexa al cargo de gobernador bonaerense— hasta constituirse en una magistratura nacional que contribuyó poderosamente a lograr la unión nacional y a formar una rica experiencia gubernativa, que supo recoger la propia Constitución de 1853. La formación y desarrollo se hizo posible dentro del nuevo contexto ideológico y también, en determinado momento, la favoreció. Un conjunto de factores contribuyó pues a que durante esta época alcanzara su momento culminante la creación jurídica empírica (§ 24). El marco político, las influencias ideológicas (§§ 28-30) y en fin, la nueva mentalidad social (§ 31) establecieron un clima particularmente grato a su desenvolvimiento.

LAS LÍNEAS IDEOLÓGICAS.

28. Admitido que tanto el pensamiento tradicional, como el jusnaturalismo, el racionalismo ilustrado, y más recientemente el utilitarismo y el liberalismo, mantuvieron parcialmente su influencia, tanto por incorporarse algunas de sus ideas a las nuevas concepciones como por el poder aglutinante que aún tenían algunos de sus puntos de vista, es conveniente dedicar atención a las nuevas líneas de pensamiento.

En primer lugar, el romanticismo. Surgido a fines del siglo XVIII, se desarrolló vigorosamente en Alemania y Francia, impregnando con una nueva actitud la sociedad, la política, el arte, la literatura, la historia y el derecho. Extendió su influencia al resto del continente europeo y a América durante una parte considerable del siglo y algunos de sus rasgos quedaron desde entonces indelebles en el pensamiento occidental.

El romanticismo constituyó una reacción profunda contra los frenos impuestos por la razón. Por oposición a lo racional, lo absoluto y lo universal, destacó lo irracional, lo espontáneo y lo particular. Las concepciones iluministas sobre el Estado, la historia y la codificación fueron seriamente controvertidas.

29. El historicismo jurídico, incubado en Alemania pero que tuvo también tempranas manifestaciones en otros países, se nutrió de esos ingredientes y fue en el campo del derecho la expresión de aquel movimiento. En suma, reaccionó contra el racionalismo codificador y contra la creencia de un derecho justo para todos los tiempos y países, impuesto por un orden legislativo estatal. Su máximo exponente fue Federico Carlos de Savigny (1779-1861), quien expuso su programa a raíz de la célebre polémica con Antonio F. Thibaut, en 1814, acerca de la codificación alemana, que éste último proponía con el

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

ROMANTICISMO  
siglo 18

imp

objeto de contribuir a la unidad política y legislativa del país.)

Savigny sostuvo entonces que "el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa; jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador". Agregaba que "el derecho vive al igual que la lengua en la conciencia popular".

No era pues comprensible que el Estado pudiera fijar ese Derecho ni tampoco que el mismo se supeditara al "Derecho racional". Un código en ese momento sólo serviría —según Savigny— para congelar la legislación, distraiendo al jurista de la verdadera fuente de donde manaba el Derecho. En cambio, lo que debía proponerse era al desarrollo de la ciencia jurídica para conocer y elaborar ese Derecho que estaba en el espíritu del pueblo.

El ataque de Savigny se dirigía contra el racionalismo práctico del legislador ilustrado, pero no contra el método que había adoptado la antigua escuela del derecho natural. Precisamente, este mismo método fue el que adoptó Savigny para estudiar el derecho romano, construyendo con el mismo un sistema racional, como históricamente no lo había sido. Como bien se ha dicho, era ésta la tercer vez en que el jurista volvía sus ojos al mundo clásico para extraer de él nuevas riquezas intelectuales. Con anterioridad lo habían hecho los glosadores y los humanistas. Ahora, se lo utilizaba en la elaboración de un sistema de derecho privado, que hizo honor a la Escuela Histórica y que culminó con el código civil alemán (§ 77).

El programa historicista de Savigny se esparció por Europa y América, pero debido al escaso poder de proyección de la lengua alemana, debió resignarse a ser conocido a través de autores y lenguas más difundidas, co-

mo la francesa. Así resulta significativa para nosotros la figura del profesor francés Eugenio Lerminier. Pero la difusión de aquel programa a través de otros autores y en lenguas distintas a la alemana impidió casi siempre el conocimiento fiel y completo de la doctrina de Savigny, y de la misma situación histórica que lo había originado.

En general, la recepción de este pensamiento se hizo de manera parcial. Así en los países de arraigada tradición católica se rechazó el relativismo que suponía la negación de todo fundamento racional, combinándose con principios del jusnaturalismo. También debió compartir el campo intelectual con puntos de vista provenientes de otras corrientes anteriores. En suma, el historicismo, aun sin desplazar a otras líneas del pensamiento, vino a aportar su novedoso contenido al vasto caudal ideológico, alcanzando a través de algunos de sus frutos una larga vigencia, que se extendió mucho más allá de la vida del fundador de la Escuela.

30. Dentro de las novedades de la época, cabe anotar al *eclecticismo filosófico*. Como reacción contra el sensualismo (§ 16) y el enciclopedismo, empezó a cobrar fuerza, en Francia, un movimiento filosófico de raíz espiritualista —llamado *eclecticismo*— que pretendía armonizar los diversos sistemas filosóficos, desde los griegos hasta los idealistas alemanes, reuniendo bajo el criterio del sentido común, lo verdadero de cada uno de ellos. Su fundador y principal figura fue Víctor Cousin (1792-1867) y dominó la vida filosófica oficial francesa durante cerca de medio siglo.

Tuvo también una vasta difusión fuera de Francia y encontró clima propicio en Buenos Aires, no sólo en la década del treinta, sino durante mucho tiempo más, como lo veremos. Su aporte sirvió para matizar el pensamiento tradicional y las creencias religiosas con las expresiones más modernas de la filosofía. Pero también fue

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

*Eclecticismo  
Filosófico*

*Sensualismo / Enciclopedismo / asociación / Eclecticismo*

el anunciador de una nueva época, durante la cual el eclecticismo ganaría otros campos del pensamiento, fuera de la filosofía (§§ 49 y 62).

SÍNTOMAS DE UNA NUEVA MENTALIDAD.

31. Entre los finales de la década del veinte y la mitad del decenio siguiente se manifestó entre nosotros una vigorosa corriente de opinión, casi anónima, que se puede detectar en las páginas periodísticas y que surge con carácter espontáneo. Esta corriente coincidía, en sus grandes líneas, con las nuevas ideas propugnadas por el romanticismo y el historicismo, aunque carecía de un origen programático, y respondía más que nada a los resultados de los hechos —especialmente políticos— ocurridos en el país en las últimas dos décadas.

Los postulados de esta corriente —insisto, espontánea y no programática— pueden sintetizarse así: 1º) Crítica de las teorías abstractas o inaplicables y abandono de las concepciones grandiosas e imposibles de realizar; 2º) Acentuada apreciación del valor de la experiencia, sin desestimar por cierto el elemento racional; 3º) Necesidad de conocer y desarrollar lo propio, de buscar el verdadero carácter nacional; 4º) Prevención contra las innovaciones precipitadas y aceptación de los beneficios que el tiempo otorga en la formación y mejoramiento de las instituciones; y 5º) Atenuación visible de la crítica contra España.

Si a este clima de opinión que se fue formando, unimos las influencias ideológicas analizadas, nos encontraremos ya con las condiciones necesarias para explicar el nuevo rumbo del pensamiento jurídico, al menos en algunas de sus manifestaciones y efectos.

32. En lo que respecta a la idea de la Constitución, se fue diluyendo, aunque sin desaparecer, la concepción ra-

cionalista, que la consideraba base insustituible de la perfección social y a la vez terapéutica infalible para curar los males que aquejaban al país. Frente a ello, empezaron a abrirse camino nuevas opiniones que, sin renunciar a la idea constitucional como meta final, subrayaban la importancia que tenían las costumbres y las particularidades locales en la elaboración del código político. Algunos hacían hincapié en la necesidad de preparar el país para ese momento, sin precipitar su sanción. Como es sabido, ésta fue la actitud del gobernador Rosas, quien a partir de 1835 aventó por largos años, hasta su caída en 1852, la idea de dictar una Constitución Nacional. Un escritor afirmaba en 1839, apoyándolo, que "no consiste el constituir el país en darle una constitución escrita; es preciso que la constitución surja de suyo de la perfecta paz y sólida organización del país en todos respectos".

33. La reforma legislativa, a su vez, preconizada desde tiempo atrás, como vimos, fue tema que agitó la opinión pública porteña durante el lustro 1830-1835, especialmente en lo referente al derecho mercantil y a la administración de justicia. Este movimiento reformista se detuvo a partir de 1835. No es que se hubieran abandonado los postulados reformistas, ni tampoco que se hiciera una nueva apreciación de la vapuleada legislación existente, sino que se prefirió soslayar el tema, tanto desde el gobierno como desde la prensa, sometida a aquél. La situación política interna o los conflictos internacionales sirvieron de pretexto para una dilación indefinida del asunto. Cuando se hablaba de ella, era sólo para señalar la inoportunidad, o para dejarla condicionada a Rosas.

34. Esta actitud, de raíz empírica, no fue, sin embargo, objeto de ninguna elaboración jurídica de importancia, ni en el orden constitucional ni en el legislativo. La más importante expresión, atingente a lo primero, fue indu-

dablemente la carta que el propio gobernador Rosas remitiera a Juan Facundo Quiroga el 20 de diciembre de 1834. Este documento fue, en los años siguientes, reiteradamente reproducida en la prensa rosista como verdadera carta política del régimen. Como es sabido, se trata de una pieza crítica sobre las concepciones del constitucionalismo ilustrado.

Los más notorios juristas del régimen y altos funcionarios gubernativos como Tomás Manuel de Anchorena (1783-1847), Baldomero García (1799-1870) y Eduardo Lahitte (1803-1874), aunque en determinadas ocasiones alcanzaron a esbozar algunas ideas acerca de este empirismo político y jurídico, no elaboraron ninguna doctrina orgánica, para la cual hubieran contado, indudablemente, con numerosos elementos en el marco ideológico de su época, tanto en el Viejo Mundo como en la pasada realidad del país.

35. Esta misma pasividad se observa en el campo de la enseñanza del derecho. En la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1832 con la designación del profesor Rafael Casagemas (1801-1883), se impuso una orientación tradicional en la enseñanza del derecho civil, en sustitución de la corriente utilitaria introducida por Somellera (§ 21). El magisterio de Casagemas se prolongó hasta 1857, enseñando también durante muchos años el derecho natural y de gentes.

Durante los largos gobiernos de Rosas, el desinterés oficial por la Universidad de Buenos Aires fue evidente. En 1837 le retiró todo apoyo económico, medida motivada por las urgencias financieras que soportaba, ante el bloqueo francés al puerto bonaerense. Pero superado el trance, la Universidad continuó abandonada a sus propios y modestos recursos.

Aunque políticamente estuvo sometida al gobierno, éste no usufructuó la situación para imponer, en la cátedra, una doctrina oficial. Los juristas del régimen no se

interesaron por ello y así, por ejemplo, la enseñanza del derecho público no se incorporó al claustro universitario durante todo el período. Esta rama jurídica sólo tuvo en Córdoba un corto período de enseñanza, a partir de 1834, pero sin connotaciones políticas.

#### EL PROBLEMA DEL EJERCICIO DEL PATRONATO.

36. Uno de los acontecimientos salientes, en nuestra materia, tuvo lugar en este período, con relación al problema suscitado por el ejercicio del Patronato. El asunto ofrecía, en sí mismo, características especiales, emergentes de la naturaleza americana de la institución, de su evolución doctrinaria a través de la dominación española y de la situación fáctica originada por la emancipación.

Ante problemas concretos que debía enfrentar, el gobierno de Buenos Aires decidió convocar en 1833 a una "Junta especial de ciudadanos teólogos, canonistas y juristas" para que diera su opinión sobre un temario de catorce proposiciones elaboradas por el mismo gobierno, y en el cual se incluían los diversos problemas que planteaba el ejercicio del Patronato.

Este procedimiento de convocar juntas especiales tenía precedentes en el derecho hispano-indiano, pero no en el patrio. Tampoco se volvió a repetir durante la época que comprende este esquema.

La primitiva idea era la de reunir a los treinta y nueve designados, para que deliberasen públicamente, en el salón de la Cámara de Justicia, sobre el *Memorial Ajustado* —que había dispuesto publicar el Fiscal de Estado, Pedro José Agrelo, conteniendo principalmente las más importantes piezas referidas a la provisión del Obispado de Buenos Aires— y sobre las proposiciones presentadas por el gobierno, quedando constancia de las opiniones por medio de actas taquigráficas. Pero luego se optó por

la presentación escrita de los dictámenes. Lo que perdió en brillo y espectacularidad, ganó tal vez en precisión. Estos dictámenes se publicaron como *Apéndice al Memorial Ajustado* y contienen la opinión de veintiseis de los designados, ya que siete se adhirieron lisa y llanamente a las proposiciones del gobierno, tres no contestaron y otros tres se excusaron de hacerlo.

No corresponde realizar en este momento un análisis de las ideas sustentadas, pero sí señalar que constituyen una expresión original del pensamiento jurídico de la época sobre una cuestión de palpitante actualidad. La inmensa mayoría de las opiniones se pronunció en favor de la tesis regalista que admitía el ejercicio del Patronato por parte del gobierno. Hubo, sin embargo, opiniones disidentes que, desde otra perspectiva, hicieron también un sustancioso aporte en la cuestión. Fue también importante la proyección, en el tiempo, que tuvo la doctrina emergente de este conjunto de dictámenes.

#### UN JURISTA DE LA ÉPOCA: VALENTÍN ALSINA.

37. Dentro del ámbito jurídico argentino, entonces muy poco perfilado como tal, conviene detectar algunas de las figuras sobresalientes. Una de ellas fue Valentín Alsina (1802-1869), joven letrado, que adquirió notoriedad en Buenos Aires en los últimos años de la década del veinte y la mantuvo hasta su exilio, por causas políticas, en 1835. Fue en esta etapa de su vida, que ahora nos interesa resaltar, en la que, tal vez, mejor se reveló su perfil jurídico. Los largos años de exilio y la absorbente actividad política posiblemente malograron su promisoría carrera en el campo del derecho. Sin embargo, dos interesantes frutos posteriores fueron la traducción y anotación de una obra de José Chitty —Montevideo, 1848— y la elaboración del Código Rural de la provincia de Buenos Aires en 1865.

Como sus contemporáneos, Alsina no era un jurista teórico, sino pragmático. Su producción estaba estrechamente vinculada a los problemas de esos días y fue, en todos los casos, una respuesta razonada, independiente y a veces original sobre cuestiones concretas. Algunas se encerraban en un editorial o remitido periodístico; otras corrieron en impresos separados y en alegatos forenses. Ninguna alcanzó, por esos años, la forma más orgánica y perdurable del libro.

Ese mismo pragmatismo lo llevó a incursionar en los más diversos campos del Derecho, en un mundo que no conocía la especialización. Tanto abordaba cuestiones de derecho político, como penales, procesales o de derecho de gentes, y aun las relativas al Patronato (§ 36). Durante breve lapso desempeñó, con aplauso general, la cátedra de Derecho Natural y de Gentes en la Universidad de Buenos Aires, pero después del exilio no retornó a la enseñanza.

Por su formación, primeros años de actuación, y por convicción, pertenecía a la generación de los jóvenes unitarios que adhirieron a la política de Rivadavia. A su lado estaba su gran amigo y compañero de exilio, Florencio Varela. Pero advertimos que Alsina no era un servil adherente a un grupo o programa político, sino que sus miras fueron más elevadas. Su campo de acción era —como dice José M. Mariluz Urquijo— el del iusnaturalismo racionalista en lo jurídico, el liberalismo en lo político y el neoclasicismo en lo literario. Su preocupación, el bien público. Prevalecía su independencia de criterio. Así se pronunciaba en favor de la pena de muerte —en un clima adverso a esta pena—, en contra del sistema electoral de la época, y se oponía a la negociación de paz con el Brasil.

Este mismo pragmatismo —traducido como un intento de conocer los problemas y arrimar las soluciones— lo llevó, siendo muy joven, a proponer una inteligente y vasta reforma a la administración de justicia y a redactar

Pragmática

imp/3

—para su uso— un interesante resumen de la Recopilación de las leyes de Indias, en aquella parte que consideraba vigente y aplicable al Río de la Plata. Pocos años después, su experiencia forense le hizo plantear con lucidez, en el foro porteño, la conveniencia de que los jueces fundaran sus sentencias y examinasen y votasen, por separado y sucesivamente, las diversas cuestiones suscitadas en una misma causa.

38. Como muestra de su elaboración jurídica, veamos algunos aspectos de su trabajo sobre la administración de justicia, publicado en 1825, cuando todavía se hacían sentir con algún ímpetu la fuerza arrolladora de la Ilustración. Alsina, entonces de 23 años, aparecía como partidario de la reforma, pero sin dejar de puntualizar las dificultades y peligros de la empresa.

Señalaba que si bien era constante y general el clamor por una reforma saludable de la administración de justicia, nada se había adelantado en la materia. Se proponía pues, revelando madurez y buen juicio, señalar el camino.

Veamos este párrafo sustancial: "...la empresa de reformar útilmente la administración de justicia, considerada por todos sus aspectos, y en todos sus ramos, sería ciertamente más fácil precediendo la reforma de los códigos, o más bien, sería un efecto necesario de ésta. Pero notamos igualmente que no sólo es difícil sino también perjudicial el esperar a una reforma radical, para empezar las que sean más necesarias. Si los diversos códigos presentan por todo oscuridad, desorden y complicación, estos vicios no pueden en modo alguno ser extinguidos sin iniciar un plan tan vasto en sus ramificaciones y relaciones de éstas, como moroso en su terminación. Quizá el reformar los códigos parcial, y sucesivamente, sea el medio que ofrezca menos dificultades y que sirviendo a establecer principios fijos, y generales

produzca la uniformidad entre las partes de este gran todo, y cimente sobre bases comunes e inmutables el sistema todo de la legislación".

El párrafo es sugestivo en muchos aspectos. Revela a una lúcida mente racionalista, Imagina al sistema de legislación como un todo, uniforme, con principios fijos y generales, cimentado sobre bases comunes e inmutables. Un razonamiento lógico, ajustado, preside su composición literaria.

Es también llamativa su moderación para postular la reforma de los códigos. Primero, apercibiéndose de la dificultad de la empresa, de la dilatada obra que insu- miría la reforma —lo que es extraño en el eufórico clima ilustrado de 1825) y en un joven que comulgaba con esos ideales— y luego su sugerencia para que la reforma fuera haciéndose en forma parcial. En tal sentido, estimaba que lo más fácil y urgente era la reforma de los procedimientos judiciales. Especialmente, criticaba la complicación y multitud de esos procedimientos y proponía dos medidas inmediatas: la reducción de los trámites y la abolición, en la medida de lo posible, de alegatos o exposiciones por escrito.

39. En la misma línea se encuentra el libro que publicó en 1848. Era la traducción, compendio y anotación de la obra de José Chitty, *Tratado práctico de la ley de las Naciones relativamente al efecto legal de la guerra sobre el comercio de los beligerantes y neutrales*. Se trataba de un asunto de palpitante actualidad entonces, sobre el que se carecía de normas precisas, en una materia nueva: el derecho marítimo internacional. Todo lo que hacía falta para atraer precisamente a Alsina. Sus notas fueron más extensas que el texto del compendio, lo que revela la importancia de la tarea. Las doctrinas y opiniones contenidas eran —según el mismo lo decía— el producto de "mi razón y mis meditaciones".

EL SALÓN LITERARIO DE 1837 Y  
SUS PROYECCIONES JURÍDICAS.

40. El movimiento intelectual más importante de la época, con reflejos en el campo jurídico, fue el que formaron los jóvenes reunidos, en 1837, en torno del *Salón Literario*. Aunque este movimiento estaba estrechamente vinculado a las nuevas concepciones imperantes, dentro de las cuales se movía el propio régimen rosista, bien pronto la mano férrea y desconfiada del dictador impuso el exilio forzado o voluntario a sus más descollantes representantes.

Los jóvenes del 37 profundizaron el clima intelectual de la época, y aportaron el fundamento teórico y libre de las nuevas concepciones románticas, historicistas y eclécticas. Desarrollaron estas doctrinas aplicándolas a la realidad nacional. Hacían así una apreciación del ser nacional; se pronunciaban contra los modelos extranjeros y encontraban en Mayo la verdadera y única tradición, ya que era general su repudio a lo español. De tal manera incorporaron a su caudal ideológico rasgos típicos del iluminismo (§ 4).

De las plumas de estos jóvenes brotaron las primeras obras orgánicas de la literatura, la política y el derecho. Sus principales exponentes, como es sabido, fueron: Esteban Echeverría (1805-1851), Juan M. Gutiérrez (1809-1878), Juan Bautista Alberdi (1810-1884) y Vicente Fidel López (1815-1903).

En el campo jurídico aparecieron en ese mismo año 1837 dos obras significativas, que acusan la influencia de las nuevas ideas: Alberdi publica el *Fragmento preliminar al estudio del Derecho del que me ocuparé en seguida* (§ §42-47); y Manuel J. Quiroga de la Rosa edita su tesis doctoral titulada *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho*.

41. La labor intelectual de los jóvenes del Salón Literario prosiguió en los países donde buscaron refugio —Chile, Uruguay y Bolivia— y tuvo una apreciada gravitación en los días de la organización constitucional, a la caída de Rosas (§ § 63 y 65).

La ausencia física e intelectual de tan importante generación dejó un vacío difícil de cubrir. La cierta distensión política que se operó a mediados de la década del cuarenta no bastó para producir el regreso de los que se habían alejado. Sin embargo, impidió nuevas emigraciones colectivas. Así los jóvenes juristas que fueron egresando de las apocadas aulas de jurisprudencia durante ese decenio, observaron una actitud más cautelosa frente al régimen y permanecieron en su mayoría en el país. Algunos dieron muestras de complacencia a la política oficial. Después de la caída de Rosas, esta nueva generación se unió a la anterior en la tarea de elaborar el nuevo ordenamiento jurídico. Los nombres más representativos de este segundo grupo son: Bernardo de Irigoyen (1822-1906), Marcelino Ugarte (1822-1872), Luis Sáenz Peña (1822-1907), Rufino de Elizalde (1822-1887) y José Benjamín Gorostiaga (1823-1891).

EL "FRAGMENTO PRELIMINAR AL ESTUDIO  
DEL DERECHO" DE ALBERDI.

42. El *Fragmento preliminar* de Alberdi fue la primera obra orgánica, en forma de libro, en la que un pensador argentino abordó las altas cuestiones jusfilosóficas. De tal manera se distingue netamente de la anterior producción jurídica. Es también la expresión de una nueva generación y en sus páginas recoge la experiencia de una breve pero fecunda trayectoria ideológica.

Más que determinar, de manera dogmática, las influencias, originalidad y probables contradicciones, de su pensamiento —asuntos todos ellos que han motivado

muchas páginas de la nutrida bibliografía existente sobre Alberdi— interesa puntualizar algunas de sus ideas principales, aquellas que constituyen la armazón íntima de su obra. De esta manera se advertirá, superando esa polémica, que el pensamiento de Alberdi denota, sobre una base racionalista, iluminista y aun con perfiles propios del pensamiento tradicional, el influjo torrencioso del romanticismo y del historicismo jurídico. Veremos así mantenerse enhiesta aquella estructura, refrescada y atemperada por el soplo de las nuevas corrientes, estableciéndose una suerte de eclecticismo, que denuncia en varios pasajes de su libro. No deja de observarse en el *Fragmento* contradicciones e inconsecuencias, que tal vez respondan a la fragilidad de la amalgama con que pretendió unir el historicismo y el racionalismo.

La obra ofrece un semillero de asuntos e inquietudes que atañen tanto a las altas cuestiones filosóficas, como al desarrollo de la legislación, la ciencia del derecho y el pensamiento político. He elegido sólo algunos de esos temas para tratarlos brevemente, conforme a las exigencias de estas lecciones. La mayor parte de ellos corresponde al *Prefacio* del libro, que contiene un vasto programa de política jurídica. Aunque está escrita bajo la inspiración ideológica ajena, se observan juicios independientes y sobre todo un objetivo americano y argentino, que le otorga cierta originalidad.

43. *El concepto del Derecho.* Para Alberdi el Derecho es "un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social", que en su desarrollo mantiene armonía con otros elementos de esa vida social, como el económico, el religioso, el artístico, el filosófico. Lo distingue claramente de las leyes, en cuanto éstas constituyen sólo "la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho". Estas consideraciones lo llevan a sostener que la filosofía "es el primer elemento de la jurisprudencia,

la más interesante mitad de la legislación: ella constituye el espíritu de las leyes".

44. *Crítica a la tradición y a la autoridad legislativa.* Su innegable formación racionalista lleva a Alberdi a dar preferencia a la razón y a atacar el principio de la autoridad, fundado en la tradición, que estaba aun tan arraigado en el orden jurídico. De esta manera caracterizaba la antigua manera de razonar del jurista: "La habitud estúpida de acudir, para la defensa de las cosas más obvias, más claras de sí mismas, a la eterna y estéril invocación servil, de un texto chocho, reflejo infiel y pálido de una faz efímera de la razón: la propiedad de abdicar sistemáticamente el sentido común, la razón ordinaria, el criterio general, para someterse a la autoridad antojadiza y decrepita de una palabra desvirtuada. Los discípulos de esta escuela consiguen razonar peor que todo el mundo: mejor que ellos discierne cualquiera lo justo de lo injusto".

45. *Críticas a doctrinas dieciochescas.* Alberdi, hijo verdadero del siglo XIX, no dejaba de reconocer el legado de la centuria anterior pero combate con vigor sus excesos. Bajo su pluma caen así las concepciones que se acercaban al materialismo, las elucubraciones del *Contrato Social* de Rousseau y aun las posteriores doctrinas utilitarias de Bentham, a quien ataca con dureza.

46. *Lo nacional y lo exótico en la conformación del ordenamiento jurídico.* Alberdi señalaba la necesidad de establecer las bases de un sistema nacional propio. Criticaba la orientación seguida por gobiernos anteriores de buscar modelos extranjeros ya que —decía— "estos medios importados y desnudos de toda originalidad nacional, no podían tener aplicación en una sociedad cuyas

condiciones normales de existencia diferían totalmente de aquellas a que debían su origen exótico". Agregaba que a la juventud —de la que entonces formaban parte la generación del Salón Literario— le estaba dada la tarea de "investigar la ley y la forma nacional del desarrollo de estos elementos de nuestra vida americana, sin plagio, sin imitación, y únicamente en el íntimo y profundo estudio de nuestros hombres, y de nuestras cosas".

El Derecho, como todas las fases de la vida nacional —sostenía— "se desenvuelve progresivamente y de una manera propia". Consideraba como una pueril afectación lo que Bolivia había hecho al sancionar sus códigos sobre el modelo francés: "El derecho que circulaba y circula en la vida de Bolivia, es español de origen, como su sangre. Y tan posible le es a Bolivia sustituir a este derecho, el derecho francés, como reemplazar su sangre española por la sangre francesa. Así no se condujo la Francia, y sus códigos modernos no son otra cosa que la refundición metódica y elegante de su antigua jurisprudencia nacional". Más allá de la exactitud de estas afirmaciones, interesa tenerlas presente como exponente de sus ideas.

Líneas de tan acentuado perfil historicista eran, sin embargo, borradas rápidamente cuando asumía una actitud de rechazo contra España y toda la tradición hispánica. Es más, no sólo proclamaba la existencia de un pensamiento americano propio, distinto al peninsular, sino que, incluso, afirmaba que aquél armonizaba mejor con el pensamiento francés que con el español. Llegaba así a esta afirmación: "Nosotros hemos tenido dos existencias en el mundo, una colonial, otra republicana. La primera, nos la dio España; la segunda, la Francia. El día que dejamos de ser colonos, acabó nuestro parentesco con la España: desde la República, somos hijos de la Francia". El perfil iluminista asomaba claramente en el pensamiento de Alberdi.

47. *El programa legislativo: medios y fines.* ¿Qué es legislar? Para Alberdi "legislar un pueblo es hacer un pueblo", "es un resultado de una operación lenta, práctica, delicada". Refirmaba el concepto al decir que "la habitud de la ley es un arte que los pueblos aprenden, como los hombres la música, la danza: no por preceptos, por dogmas, sino prácticamente, usualmente".

Pero junto a este rasgo romántico, Alberdi exigía un orden científico para la jurisprudencia. Así decía que "para que un cuerpo de conocimientos merezcan el nombre de ciencia, es necesario que estos conocimientos formen un número considerable, que lleven nomenclatura técnica, que obedezcan a un orden sistemado, que se pongan en método regular". Bajo la inspiración de Savigny escribía que nuestra legislación pide "una pronta y severa refundición metódica", pero antes debe precederle un gran desenvolvimiento científico del derecho "para que sea posible la redacción de un código que no encierre sino pocos principios de donde emanen las decisiones de los casos especiales; pues el derecho, como la geometría, existe por pocos puntos fundamentales y generadores, de suerte que la obra del jurisconsulto no sea otra que la percepción de las consecuencias, en la inteligencia de los principios".

Buscando armonía, Alberdi caracterizaba más adelante a la doctrina científica, de esta manera: "Hija prudente y docta de la filosofía y de la historia, sabe hermanar el respeto de las leyes existentes, con el progreso de las leyes venideras, y conservar de este modo por la antigüedad, una piadosa fidelidad, sin faltar por eso a las exigencias progresivas de la civilización: a la vez rutinera y novadora encadena con calma y tolerancia filosóficas, lo pasado con lo venidero, sin romper bruscamente el hilo perezoso, pero necesario de los progresos humanos. Precursora atrevida de la sociedad, se lanza delante de ella, buscando sendas, que la tardía prudencia de los pueblos y de los gobiernos, no adopta

y convierte en leyes sino a la larga". Era éste su programa, que, como se ve, estaba fuertemente impregnado por el eclecticismo (§ 30).

BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Sobre un enfoque ideológico general, véase: CORIOLANO ALBERINI, *La filosofía alemana en la Argentina en Problemas de la Historia de las ideas filosóficas en la Argentina*, La Plata, 1966; ALBERTO CATURELLI, *La filosofía en la Argentina actual*, Buenos Aires, 1971; PRO, *Caracterización y periodificación*; y TORCHIA ESTRADA, *La filosofía en la Argentina*, cit.

Acerca de las ideas filosóficas y jurídicas de la generación de 1837, de la nutrida bibliografía, se puede citar: AFTALIÓN, *Abogados y jueces*, etc.; CORIOLANO ALBERINI, *La metafísica de Alberdi en Problemas*, cit.; RAÚL A. ORGAZ, *Alberdi y el historicismo*, Córdoba, 1937.

Relativo a la Escuela Histórica, véase FRANZ WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna* (Edición española, Madrid, 1937).

Sobre Alsina, se ocupa JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Una recopilación de escritos de Valentín Alsina*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 22, Buenos Aires, 1971.

De algunas cuestiones expuestas en este capítulo me ocupo en mi obra *La codificación en la Argentina*, cit.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico



#### CAPÍTULO IV

### AFIRMACIÓN DEL ECLECTICISMO

#### EL PANORAMA IDEOLÓGICO DE MEDIADOS DE SIGLO.

48. Una rápida evolución hacia mediados del siglo aceleró el proceso de transformación social y económica del mundo occidental. En la Argentina no sólo se recibió este impacto, sino que a ello se unió la caída de la larga dictadura de Rosas. Se llevaron así a primer plano las ideas de alcanzar un nuevo ordenamiento político y jurídico, en consonancia con las corrientes ideológicas del siglo. La Constitución y los Códigos se constituyeron entonces en metas insustituibles para lograr esa ansiada ordenación, reavivándose un proceso que, en los lustros anteriores, había quedado en estado latente, por las circunstancias explicadas (§§ 27, 31-35).

49. El panorama ideológico de estos años mantuvo su complejidad. Las líneas de pensamiento vigentes no abandonaron las posiciones conquistadas. El viejo racionalismo, el enciclopedismo dieciochesco, el iluminismo, el romanticismo más joven, y sobre todo el eclecticismo, estaban presentes, con su influencia más directa o con algunos de sus rasgos distintivos en el nuevo clima ideológico.

En parte como avanzada nueva, en parte como reunión de antiguos elementos, el *eclecticismo* (§ 30) aparecía como una corriente vasta y conciliadora, que no

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

quedó enclaustrada dentro del ámbito filosófico —en donde dominó por entonces— sino que irrumpió en otros campos. Así se advierte la existencia de un eclecticismo *médico*, de otro *literario*, o ya en el caso nuestro, de un eclecticismo *jurídico*, cuyo objetivo era conciliar las leyes o doctrinas con los demás elementos integradores del cuerpo social para constituir el nuevo ordenamiento legislativo.

En el fondo de esta corriente se advierte una fuerte concepción espiritualista que rechazaba el materialismo y tendía a unir las creencias religiosas con las exigencias materiales del siglo, el respeto por la tradición con los imperativos del progreso, la propia realidad con los reclamos de la razón. De allí las distintas denominaciones que se han dado a este movimiento ideológico: "liberalismo espiritualista y romántico" (Zorraquin Becú); "espiritualismo ecléctico" (Caturelli y Pro); o simplemente "espiritualismo" (Roig).

50. También brota con vigor en esos años un pensamiento cristiano que, bajo la inspiración de autores franceses —como Lamennais— o españoles —como Donoso Cortés y Balmes—, abordaba las principales cuestiones en que la moral y la religión aparecían comprometidas. La misma organización nacional, la libertad de cultos, el matrimonio civil, el Patronato, fueron algunos de los más importantes tópicos en los que éstos pensadores expresaron su punto de vista cristiano. Aunque con matices propios de su diferencia generacional, formación y convicción, pueden mencionarse, entre los más representativos de esta línea ideológica, a Facundo de Zuviría (1796-1861), Félix Frias (1818-1881), Fray Mamerto Esquiú (1826-1883), y entre los más jóvenes a Miguel Navarro Viola (1830-1890), Manuel Antonio Sáez (1834-1887) y José Manuel Estrada (1842-1894). Sobre la figura de este último, volveremos en el momento en que esta línea ideológica cobra fundamen-

tal gravitación en la vida nacional, después de 1880 (§§ 82-83).

51. En contraposición, empezó a manifestarse por esos años otra corriente —denominada *racionalismo*—, originada en el mismo eclecticismo, pero con tendencia a separarse del mismo y a constituir un movimiento de ideas fundado en una religión natural que bien pronto enfrentó al catolicismo en las enojosas cuestiones que se plantearon en la década del 80.

Sus principales exponentes fueron Francisco Bilbao y Alejandro Peyret, aunque, bajo estos principios, se agruparon otros pensadores no tan definidos en su posición ideológica. Este racionalismo tuvo algunos puntos de contacto, en sus derivaciones y en la realidad misma, con el positivismo, pero en su esencia cabe distinguirlos claramente. De la misma manera, debe señalarse su total falta de parentesco con el viejo racionalismo filosófico y jurídico, del que nos hemos ocupado repetidamente en capítulos anteriores.

52. También es necesario recordar que después de la caída de Rosas se reavivó un moderado liberalismo político, jurídico y económico, que había estado presente en las luchas por la emancipación, pero que había sido desplazado durante la dictadura de aquel. Ese liberalismo, que se distingue netamente del triunfante después del 80 (§§ 82-83), aparecía especialmente orientado hacia la afirmación de los derechos inalienables del hombre, la libertad civil, la seguridad individual, la libre circulación de la propiedad, la libertad industrial y comercial, la libertad de cultos, la adopción de un gobierno representativo y responsable, la difusión de la educación. Trataba, en fin, de afianzar el imperio de la ley (§ 13), entendida como instrumento de la política jurídica y no como arma despótica.

Este era, en suma, el programa mínimo de los hombres sobre los que recayó el peso de la organización constitucional y de la buena marcha de los primeros pasos del régimen instituido.

53. Pero ya en el orden estrictamente jurídico cabe detenerse en la consideración de dos importantes líneas o perfiles, de clara manifestación en esos días: el historicismo y el derecho científico.

El *historicismo* (§ 29), el mismo que apreciamos vigente en la década del 30 y especialmente a partir del Salón Literario, se presentaba moderado, de tal manera que fácilmente se integraba en la vasta corriente ecléctica. Fueron, sobre todo, dos juristas los que por esos días manifestaron más claramente esta modalidad del historicismo: Vicente Fidel López y Nicolás Avellaneda (1837-1885), pero otros muchos denotaron también claros síntomas de este influjo.

Ya en juveniles escritos de Avellaneda, en 1859, encontramos reflejada esta actitud. Luego de señalar los excesos del racionalismo iluminista y de la corrección que había significado en ese rumbo la Escuela Histórica alemana, advertía Avellaneda que, también ésta, había exagerado en demasía el principio histórico. Ello lo llevaba a sostener: "El elemento histórico y el filosófico contribuyen a la formación del derecho: el uno lo liga a la realidad, el mundo material de los hechos; el otro lo lleva a la región de las ideas, siempre progresivas, siempre en marcha. Verdad es que no puede romperse con los antecedentes legislativos de un país, pero es necesario agregar a la cadena de las tradiciones las nuevas verdades que la razón de los pueblos conquista en su camino".

Avellaneda agregaba: "Tomad uno sólo de sus elementos, y mutilaréis la ciencia. La jurisprudencia estudia la historia, esa pitonisa de la verdad, como la lla-

maba un antiguo, consultando la experiencia de los siglos y para buscar en ella el germen y la razón de las instituciones existentes; pero teniendo sus oídos atentos a los ecos del pasado, sigue al mismo tiempo con planta segura a la filosofía, que provocando y sufriendo combates va de descubrimiento en descubrimiento ilustrando el mundo".

54. El *derecho científico* constituye un importante elemento que cabe considerar en el campo ideológico. No se trata sólo de la obtención de un alto grado de refinamiento metódico en la elaboración de los cuerpos legales, sino también de la influencia que, en su contenido, podían tener las leyes de otros países y las doctrinas de los autores. La tendencia llevó, a veces, a exagerar la importancia concedida a este elemento, llegando a considerarse al código principalmente como una obra científica y olvidando por cierto su verdadera finalidad. Tal fue lo que le ocurrió al brasileño Freitas. De todas maneras, y aun cuando no se incurriere en estos extremos, la faz científica de todo código fue siempre objeto de tratamiento especial, lo que evidentemente revela la fuerza alcanzada por este movimiento en la estimación colectiva.

Quien entre nosotros expresó mejor esta nueva dirección fue José María Moreno (1835-1882). En unas páginas prologales, escritas en 1873, bajo la inspiración de la ciencia jurídica alemana, sostenía que "nuestro Derecho privado, y especialmente el Derecho civil, es un Derecho esencialmente científico, resultado genuino de la ciencia, y fundado en la doctrina, más bien que fruto de las necesidades y relaciones de los hombres, cuyo origen se hallara en la conciencia del pueblo". Aun cuando —agregaba— en nuestro antiguo derecho había ya una base científica, con la codificación ha quedado formado "un Derecho esencialmente científico" y ajeno al conocimiento del pueblo. Moreno sostenía, en fin,

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

que la inteligencia, reforma y progreso de ese Derecho eran "patrimonio exclusivo del jurisconsulto, a quien incumbe el deber de procurar su desenvolvimiento y de suplir, en cierta manera, la acción directa del Pueblo".

56. El movimiento doctrinario y legislativo, tendiente a fundamentar sólidamente el derecho científico, ofrecía distintas vertientes, que aquí recogemos sólo en cuanto puedan interesar al desarrollo jurídico argentino. En tal sentido, cabe destacar a la ciencia alemana, la doctrina francesa, las obras jurídicas anglo-americanas, y en plano distinto, a la nueva rama del Derecho, conocida entonces por legislación comparada.

57. El liderazgo científico alemán en Europa era reconocido entonces. También se percibía ese mismo reconocimiento entre nosotros. Sin embargo, la cultura germánica encontraba en la propia lengua una valla infranqueable para su difusión. Necesitaba el invalorable auxilio de la lengua francesa para asegurar la transmisión de su pensamiento a los demás países latinos de tradición jurídica romana. Sólo en la década del sesenta dos juristas argentinos, José Francisco López y Manuel Antonio Sáez, llegaron a obtener el conocimiento lingüístico, que les permitió acercarse directamente a la cultura y el derecho alemán.

Pero, además, le faltaba a Alemania por entonces un código modelo, que fuera un símbolo representativo de su cultura jurídica, en el cual pudieran abreviar otras naciones. La obra más importante del pensamiento jurídico alemán que entonces se conoció entre nosotros fue el *Sistema de Derecho Romano actual* de Savigny, que nos llegó en la versión francesa, comenzada a publicar en 1855. Eran los años en los que el primitivo espíritu de la Escuela Histórica se iba transformando sustancialmente hasta llegar a la rigidez dogmática, ar-

moniosa y sólida, del pandectismo (§ 77). Pero este movimiento no se percibía entonces en sus detalles en nuestro país.

58. En cambio, Francia poseía elementos tan importantes como una lengua casi universal, una atracción mundana, formas penetrantes y simpáticas, viva inteligencia, ascendiente cultural y hasta códigos modelos. Estos últimos habían ya ejercido una profunda influencia en la primera mitad del siglo, pero al texto de los códigos se le agregaba ahora una importante corriente de comentadores, que contribuían con su doctrina a enaltecer el texto de la ley y a insinuar nuevas formas en la difusión del derecho francés. La mayoría de ellos estaban enrolados en una actitud de observancia y culto del texto de la ley. Precisamente, el momento culminante de esta escuela —según Bonnecasse— se produjo entre 1830 y 1880, con la aparición de las obras de los grandes comentadores del Código Civil, como Duranton, Demolombe, Marcadé y Troplong, sin olvidar la obra maestra de Aubry y Rau, separada un poco de las anteriores por apartarse del orden del Código, que aquellos seguían con singular fidelidad.

Estas obras, salvo la de Aubry y Rau, empezaron a llegar a Buenos Aires e incluso a ciudades del interior, como Córdoba y Paraná, al promediar el siglo, junto con una muy amplia y variada literatura jurídica francesa. No venían por encargo especial, sino formaban parte del contingente de libros que traían las principales casas del ramo instaladas en Buenos Aires, lo que evidencia la disposición del jurista rioplatense a abreviar en esas obras altamente especializadas.

59. Asimismo se difundieron entre nosotros, por esos años, importantes obras jurídicas inglesas y norteamericanas. Aun cuando provenían de un orden jurídico sus-

tancialmente diferente del de tradición romana, había aspectos de aquel orden que impresionaban vivamente al jurista rioplatense, como el gobierno federal, las libertades políticas, la administración de justicia a través del jurado. Todo ello aparecía como basamento de una estabilidad política, una riqueza económica y un desarrollo industrial que despertaba viva simpatía y deseos de imitación.

Principalmente esta influencia se hizo más palpable en el derecho constitucional. No sólo fue el texto constitucional norteamericano, sino también sus obras doctrinarias, a la cabeza de las cuales figuraban los *Comentarios* de José Story. A tal punto llegó esta influencia que durante casi toda esta época dominó una línea interpretativa de la Constitución de 1853 de acatamiento casi servil a la jurisprudencia norteamericana. La sustentaban, entre otros, Domingo F. Sarmiento y Florentino González (§ 68).

A partir de la década del sesenta el auge de la literatura jurídica anglosajona se manifestó a través de la traducción y publicación en Buenos Aires de numerosas obras. Sin embargo, una reacción contra aquel modo interpretativo (§ 87) y sobre todo, las actitudes adoptadas, en materia de política internacional, por el gobierno de los Estados Unidos en los lustros siguientes, fueron creando en los ánimos cierta prevención hacia la Nación del norte.

60. El pensamiento español de entonces no era original. Sin embargo, el vigoroso movimiento de renovación legislativa y la recepción de las ideas europeas de su tiempo, le otorgó cierta novedad, y contribuyó a formar un clima de eclecticismo jurídico, que influyó también en el Río de la Plata, a través de manuales, obras prácticas y teóricas, traducciones y revistas especializadas.

61. La renovación legislativa del siglo era también, a mediados del XIX, fácilmente percibida en algunas obras esquemáticas que hacían la confrontación de las diversas legislaciones, incluyendo no sólo las de los países que formaban parte del sistema de tradición romana, sino algunos ajenos al mismo. Surgía así, con ímpetu, una nueva disciplina, la *legislación comparada*, destinada a tener en el resto del siglo un gran desarrollo.

62. Tanto por las influencias que acabamos de señalar, como por su manifestación efectiva en la realidad, se puede sostener que un verdadero eclecticismo jurídico era el clima imperante en estas décadas. Este eclecticismo se nos presenta, es cierto, en forma bastante difusa, constituyendo más que nada un conjunto de elementos de diferente procedencia y grado, desorganizado y carente de un verdadero sistematizador. Era un eclecticismo pragmático, que buscaba su objetivo mediante el acopio y conciliación de los más variados elementos. Así estaban presentes en el pensamiento ecléctico, ideas procedentes de la tradición, el racionalismo, el iluminismo, el historicismo, el más moderno derecho científico y aun ciertos rasgos del futuro positivismo. Con todos ellos, se trataba de lograr una síntesis armoniosa, que tenía una finalidad pragmática y no meramente especulativa.

Bajo este clima ecléctico se llevó a cabo la organización constitucional y una parte sustancial de la renovación legislativa durante el tercer cuarto del siglo pasado.

#### LOS JURISTAS ACTUANTES.

63. Durante los treinta años que van hasta 1880 apreciamos varias generaciones de juristas —tal vez cua-

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

tro— que actuaron coetánea y sucesivamente en el quehacer jurídico argentino. Su acción y obra abarcó campos distintos, su gravitación fue de desigual importancia. La tarea política continuó absorbiendo a muchos. Aunque aún no estaba perfilada la estampa del jurisconsulto exclusivo, algunos ejemplos nos acercan a ella: Rafael Casagamas, Eduardo Acevedo, Rafael García.)

Sobre estas generaciones recayó el peso de la organización constitucional de la Nación y de las provincias, y la renovación del ordenamiento legislativo. En la tarea inicial se unieron algunos de la más antigua generación, como Facundo de Zuviria, Dalmacio Vélez Sarsfield y Valentín Alsina, con otros muchos más jóvenes, como José Benjamín Gorostiaga y Miguel Navarro Viola. Pero, en realidad, la generación actuante en los días de la organización constitucional era, vitalmente hablando, la que había hecho sus primeras armas intelectuales en el Salón Literario y de la cual se destacaban: Juan Bautista Alberdi, Juan M. Gutiérrez, Vicente F. López y Carlos Tejedor. Aun cuando no eran abogados ni tenían una formación jurídica, no pueden omitirse aquí los nombres de Domingo F. Sarmiento (1811-1888) y de Félix Frías, pues frecuentemente, y con distinto éxito, incursionaron en el ámbito jurídico, movidos por el ideal que a cada uno de ellos animaba.

En esta época se produjo un sensible desplazamiento de los teólogos, tan presentes hasta entonces en el pensamiento jurídico. Algunas figuras, sin embargo, prolongaron esa presencia, como Fray Mamerto Esquiú y León Federico Aneiros (1826-1894).

64. Una nueva generación podemos formar con los juristas nacidos en los años siguientes. A los ya citados José Francisco López, Miguel Navaro Viola, Manuel Antonio Sáez, José María Moreno y Nicolás Avellaneda, cabe agregar a Benjamín Victorica (1831-1913) y

Manuel Obarrio (1835-1918). También empezaron a actuar, siendo muy jóvenes Pedro Goyena (1843-1892) y el ya mencionado José Manuel Estrada, este último influyente profesor y tratadista de derecho constitucional (§ 87), aunque no estaba graduado en leyes, ni poseía título universitario alguno.

Salvo en lo referente a Vélez Sarsfield y Alberdi, poco es lo que se ha estudiado con relación a las ideas jurídicas de estos hombres, pese a la existencia de numerosas biografías destinadas al conocimiento de sus respectivas personalidades.

#### LAS OBRAS ORGÁNICAS.

65. A partir de 1852 se aprecia un cambio sensible en la literatura jurídica propia, que alcanza una intensidad hasta entonces desconocida. En buena parte, esa literatura seguía siendo el producto de un pensamiento de acción, pero también aparecían obras más reposadas. El periodismo ya no era la vía casi exclusiva por donde se difundían esas ideas, aunque conservaba su papel importante. La producción jurídica más reposada y amplia fue encontrando otros medios más aptos: la revista general o especializada, que empezó a desarrollarse en la década del cincuenta; y más propiamente, el libro o el folleto. También abundaba una literatura jurídica menor, integrada por tesis doctorales, escritos breves, dictámenes o alegatos forenses que, aunque referida frecuentemente a cuestiones particulares, no dejaba de tener, en muchos casos, repercusión general y aparecía vinculada con algunos temas ideológicos candentes, como la campaña contra la pena de muerte.

Una nómina muy selectiva de aquellas obras orgánicas nos hace ubicar en primer término a dos libros de Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*

(1852); y *Elementos del Derecho Público Provincial Argentino* (1853), en donde se contenían, como es sabido, la historia y las orientaciones básicas que el autor consideraba convenientes para el derecho constitucional argentino, tanto en el orden nacional como provincial.

También dos obras de Carlos Tejedor, los *Cursos de Derecho Mercantil* y de *Derecho Criminal*, constituyen las primeras obras orgánicas sobre estas disciplinas publicadas en nuestro país. El lúcido libro de Nicolás Avellaneda sobre tierras públicas abordaba un candente problema de derecho público. Las *Observaciones críticas al Código Civil Argentino* de Manuel A. Sáez, nos revela a un profundo y metucioso jurista. Las obras de Ramón Ferreira sobre derecho natural (1861), internacional (1861) y administrativo (1866) fueron verdaderas primicias en su campo, pese al manto de olvido que ha caído sobre ellas. En fin, tampoco pueden ser olvidados los estudios de Sarmiento sobre la Constitución (1853), ni los de Vélez Sarsfield sobre el derecho público eclesiástico (1854), ni los de Vicente F. López sobre el derecho romano (1872).

#### LAS BASES DEL NUEVO ORDEN JURÍDICO.

66. El nuevo orden jurídico, que empezaba a plasmarse en el país después de la caída de Rosas, requería algunos puntos de apoyo.

Uno de ellos era el modelo. Entendido como un ejemplar de la obra legislativa de otro país que sirve de guía en la redacción de la propia, ofrecía cierto tinte racionalista, aunque en última instancia todo dependía de la manera de aplicarlo. La idea del modelo estuvo muy presente en esta época, lo que no significaba necesariamente fidelidad al mismo, ni mucho menos aceptación. Resultaba tan habitual que toda obra legislativa en ciertos tuviera en cuenta ciertos modelos que cuando Va-

lentin Alsina elaboró el Código Rural de la provincia de Buenos Aires, decía, para qué se apreciara mejor su labor, que lo trabajó "a pesar de carecer de todo tipo o modelo que imitar".

Pero esta simpatía con que se miraban los modelos, no significaba que se aceptara una imitación servil. Había pues una diferencia, que variaba en cada caso, entre el modelo y su aplicación. No sólo ello dependía de las diferentes opiniones, sino también de la materia misma en consideración. Así era diferente aprovechar las conquistas de otros pueblos en una materia universal como el comercio, que volcar, sin cercenamiento, esas mismas conquistas en otros códigos, como el civil, más necesitado de conservar las tradiciones y peculiaridades locales.

Eran también diversas las opiniones acerca de donde encontrar los mejores modelos. En general, se advertía una diferencia según fuese la materia. Así en lo que respecta a la organización política se miraba con preferencia al mundo anglosajón. En lo que hacía a la civil, se prefería el modelo europeo.

Mientras algunos eran atrapados por la idea del modelo, como Sarmiento, otros afirmaban una posición decididamente contraria. Tal el caso de Facundo de Zuviria, para quien era un error buscar "la libertad constitucional en libros o modelos y no en el estado de nuestros pueblos y nuestra propia historia". Agregaba Zuviria que "las instituciones no son sino la fórmula de las costumbres públicas, de los antecedentes, de las necesidades, carácter de los pueblos y expresión genuina de un verdadero ser político".

La colaboración inapreciable del modelo no significaba despreciar otros importantes puntos de apoyo, como la propia tradición, el orden legislativo existente, la experiencia vivida, las necesidades actuales de la sociedad; sino, por el contrario, armonizar todos estos elementos.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Materia Polít.  
Anglosajón

Modelo

Esto se percibe en las creencias de la época. Así Vélez Sarsfield afirmaba en 1865 que "una colección de buenas leyes civiles sólo podrá obtenerse por los estudios y observación de muchos jurisconsultos, por la experiencia de los tribunales y por el verdadero conocimiento del estado actual de las costumbres y creencias religiosas de la República". De igual modo se expresaba Octavio Garrigós en 1855 al decir que "el teórico perfecto sería aquel que tuviera para vivificar su teoría una experiencia completa de la vida real, de los juicios y del resultado de los pleitos; o que alcanzara con un golpe de vista las combinaciones entre las costumbres, la religión, la política y los intereses económicos de los pueblos".

Y nadie mejor que un escritor en 1868 resumía las aptitudes exigibles al jurista-legislador. Al sostener que Carlos Tejedor reunía las condiciones necesarias para codificar el derecho penal expresaba que así lo era "por su talento, por su pericia en la materia, por su asidua consagración al estudio, por su larga práctica del foro, y por el conocimiento profundo que tiene de su país". Es decir, que aparecían reunidos la teoría y la práctica, la versación en la materia y el conocimiento profundo de la realidad para la cual se iba a legislar.

#### LAS IDEAS SOBRE LA CODIFICACIÓN.

67. Resulta necesario apreciar en forma panorámica las principales tendencias ideológicas existentes en torno de la codificación durante las décadas que llevamos recorridas. Aunque toda pretensión de encasillar ideas dentro de rígidos esquemas es vana, esto no impide que una caracterización cuidadosa constituya una valiosa ayuda para comprender mejor el proceso. Así como se pueden advertir, con diferencia de tiempo, lugar y personas, tres corrientes principales.

Una primera tendencia, racionalista, pretendía sustituir el sistema de leyes existentes por códigos moder-

lasto  
Tejedor  
C. Penal

Racionalismo

3 corrientes

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

20  
Hist. jurídica

nos, de nueva técnica, depurado estilo y normas generales y abstractas, que constituyeran cuerpos integrales donde se contuviera "todo" el Derecho. La reforma legislativa era, para quienes sostenían esta posición, el presupuesto necesario para el progreso social o la base indiscutible de la felicidad y libertad de la sociedad.

Dos ejemplos son suficientes para caracterizarla. En primer lugar, el Código Civil francés de 1804 como modelo difundido en Europa y América. Hubo quienes proyectaron o postularon su adopción sin preocuparse demasiado por determinar previamente si aquel se ajustaba o no a la realidad del país donde se pensaba aplicar. El otro ejemplo es la obra de Jeremías Bentham y su vasta difusión en Europa y América (§ 17).

Esta primera tendencia encontró ambiente propicio para su desarrollo en Buenos Aires durante las dos décadas iniciales de la Revolución, pero no significa que haya desaparecido después. Lo que ocurrió es que, es que, por obra de las nuevas corrientes, no se presentó con la pureza racionalista de la primera época.

Una segunda tendencia, sobre cuya formación gravitó la nueva mentalidad social que empezó a surgir en torno de 1830 (§ 31) y algo más tarde el historicismo jurídico (§ 29) encontró entusiastas adeptos entre los jóvenes de la generación de 1837, y especialmente en Alberdi y Quiroga de la Rosa (§ 40).

Esta corriente reaccionó contra el racionalismo práctico y partió de una nueva reflexión sobre el concepto, sentido y origen del Derecho (§§ 42-47). La concepción dinámica del Derecho, de un Derecho vivo por contraposición a la norma abstracta, llevó a una trabajosa reivindicación de la vapuleada legislación vigente, especialmente en sus aspectos sustanciales, y también condujo a rechazar la idea de que el Derecho fuera creación del Estado y pudiera encerrarse en un cuerpo

legislativo. De ahí su posición adversa a la codificación, al menos en ese momento.

Una tercer tendencia, sin mostrar el exaltado entusiasmo codificador de la primera ni la prevención de la segunda hacia los intentos reformistas, proclamaba la conveniencia o necesidad de codificar el derecho existente, suprimiendo las redundancias estilísticas, la contradicción de las leyes, los vacíos legislativos y adecuando, en fin, la sustancia y la forma de la legislación al espíritu del siglo. Esta tendencia, manifestada en cualquier tiempo, como símbolo de la prudencia y alejada de todo extremismo, adquirió sin duda mayor fuerza al convertirse en una necesaria superación de las dos tendencias anteriores, en la solución intermedia entre la modernización legislativa y las certeras impugnaciones historicistas.

Ofrecía naturalmente una variedad de matices, y fue la que alcanzó mayor número de adhesiones. Dentro del denominador común de la codificación moderada, esta corriente no desdeñaba como elementos a incluir en el nuevo sistema legislativo, las meditaciones filosóficas, las leyes y los institutos experimentados por otras sociedades y aun el derecho científico propiamente dicho (§ 54).

Parece obvio agregar que este encasillamiento no es absoluto, es decir que ni siempre las ideas se manifestaron puras, como expresión de una sola tendencia, ni los juristas permanecieron indefinidamente atados a una determinada concepción.

#### LA CONSTITUCIÓN DE 1853 Y EL CÓDIGO CIVIL: MODELOS E INFLUENCIAS.

68. La cuestión de los *modelos* y las influencias se reflejó por entonces en la elaboración de los dos cuerpos legales más importantes de este período: la Cons-

titución Nacional de 1853 y el Código Civil. ¿Hasta qué punto se revela en ellos el clima ideológico de la época? La Constitución, ¿era una copia de la norteamericana? El Código, ¿era un eco del derecho francés?

La cuestión puede ser examinada desde diferentes puntos de vista y resulta peligrosa su simplificación. En lo que respecta al clima ideológico que rodeó a los juristas encargados de la tarea, no hay duda que estaba dominado por un vigoroso eclecticismo (§§ 49 y 62), en el que al par que los *modelos*, se enaltecía la propia tradición, la experiencia histórica, las necesidades actuales, etc. (§ 66). Ahora bien, una vez sancionados esos cuerpos legales, no faltaron, en la tarea de interpretación y aplicación de sus textos, los que acentuaron el valor de una u otra fuente.

Así en lo que hace a la interpretación constitucional se enfrentaron dos tendencias contrarias, bien definidas: la que se inclinaba por un acatamiento servil a la jurisprudencia norteamericana —sustentada por Sarmiento y apoyada por Gutiérrez y Florentino González—; y la que enfatizaba el sentido y la aplicación nacional de la Constitución —defendida con fervor por Alberdi, principalmente—. Aunque la primera tendencia apareció dominante durante los primeros lustros, bien pronto la labor de los constitucionalistas y de los magistrados fue inclinándose hacia el segundo criterio (§ 87).

Es indiscutible que el *modelo* (§ 66) representado por la Constitución norteamericana estaba presente en la labor de los constituyentes. El mismo José Benjamín Gorostiaga —redactor principal— decía que el proyecto estaba "vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo". Pero también estaban presentes otras fuentes que le daban a la Carta política un sesgo propio. Así la Constitución de 1826, especialmente en lo relativo a los Poderes Legislativo y Ejecutivo; las *Bases* de Alberdi, publicada en Valparaíso en

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

1852; y la experiencia política del país, manifestada a través de la formación del Estado federal, las autonomías provinciales, los pactos interprovinciales —especialmente el de 1831 y el Acuerdo de San Nicolás—, las delegaciones provinciales y también las disposiciones sobre derechos y garantías individuales.

Según Aftalión, se advierte en la Constitución el influjo jusnaturalista a través de dos vertientes: una *teísta*, de raíz escolástica, desarrollada por Santo Tomás y los teólogos españoles; y otra *liberal, iluminista*, inspirada en la Revolución francesa y la Constitución norteamericana. Esta gravitación se hace patente en la parte dogmática de la Carta. En cambio, sobre la parte orgánica apréciase el influjo del romanticismo e historicismo, sobre todo en cuanto recoge la experiencia histórica. Agrega el mencionado autor que es también destacable la presencia en la Constitución de una noción de *progreso*, que reconocía tanto raíces iluministas como románticas.

69. Con respecto al Código Civil, la cuestión tiene cierta analogía. Una lectura atenta de las muchas páginas escritas con motivo de la aparición del proyecto, nos lleva a la conclusión que, aunque presente la idea del modelo —encarnado en el Código Napoleón o en la obra de Freitas—, de ninguna manera ella agota la variedad de fuentes en donde abrevó el codificador. No obstante, en los años siguientes a la sanción del Código, se observa cierta inclinación a inspirarse en aquellos modelos en la tarea de interpretar y aplicar sus preceptos (§§ 84-85). Contra ello reaccionaron Gerónimo Cortés (1833-1891) (§ 86), y tiempo después, en forma más orgánica, los juristas de la generación de 1910 (§§ 100-102).

Precisamente uno de los exámenes más agudos de las fuentes del Código lo hizo Héctor Lafaille en 1917.

Este distinguido maestro, perteneciente a aquella generación, encontraba siete categorías de fuentes:

1º) El *Derecho Romano*. No sólo comprendía a las leyes romanas sino a los tratadistas antiguos y modernos que se tuvieron en cuenta para su redacción. Se aprecia si una influencia directa del Digesto, las Institutas, y el Código de Justiniano, especialmente el primero. De los modernos romanistas, la más importante influencia era la de Savigny. También anotaba Lafaille en esta categoría la presencia del Derecho Romano, a través de la legislación española, sobre la cual tanto gravitó.

2º) El *Derecho vigente*, con anterioridad a 1871, es decir, tanto el derecho castellano e indiano, como el patrio posterior. Vélez Sarsfield no había señalado las relaciones entre el Código y el derecho entonces vigente. Aunque citaba con frecuencia a las Partidas, en muy pocas ocasiones lo hacía con las demás compilaciones. Afirmaba Lafaille que el Código producía el efecto de haber realizado modificaciones radicales, cuando si se le observaba bien "siempre campea dentro del Código ese Derecho español". Así mencionaba su influencia en el régimen de familia y sucesiones. La propiedad o las obligaciones las encontraba basadas en el Derecho Romano y en las leyes de Partidas. En el derecho de los bienes, consideraba, en cambio, que el Código se apartaba más del derecho vigente.

3º) El *Código Napoleón* y sus comentadores, como asimismo otros códigos que siguieron en general su doctrina, aunque apartándose en algunos detalles. Aquel Código aparecía así ubicado dentro de la influyente cultura francesa decimonónica.

4º) La obra de Freitas influyó grandemente en la concepción metódica del Código, mucho más que en el

contenido. La diferencia de origen, propósitos y resultados de ambas obras es también digno de tenerse en cuenta.

5º) *Otras fuentes menores*, entre las que Lafaille ubicaba el proyecto español publicado por García Goyena, el Código chileno de 1855 y el proyecto oriental de Eduardo Acevedo.

6º) *Los usos y costumbres nacionales*. Además del derecho vigente, Vélez Sarsfield también consideró las circunstancias especiales del país. Así se aprecian disposiciones, y aun referencias en las notas, en las que el codificador se apartaba de los modelos conocidos y adoptaba las soluciones teniendo en cuenta el estado de la sociedad argentina. Así en materia de matrimonio, dote, investigación de la paternidad natural, transmisión y publicidad de los derechos reales, sucesiones entre cónyuges, etc.

A través de esta minuciosa clasificación de las fuentes, se advierte como el Código se nutría en las principales vertientes que el pensamiento jurídico reconocía entonces: la tradición legislativa, el derecho científico, la legislación comparada y la realidad social de su tiempo. No podía faltar tampoco la idea del modelo. Por otro camino retornamos también a la fuente pródiga del eclecticismo.

#### BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Sobre el panorama ideológico general, puede consultarse: CATURELLI, *La filosofía*, cit.; PRO, *Periodización y caracterización*, cit.; ARTURO ANDRÉS ROIG, *El espiritualismo argentino entre 1850 y 1900*, México, 1972; y RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte. 1822-1872. Un jurista en la época de organización nacional*. Buenos Aires, 1954.

Acerca de las bases del orden jurídico y las ideas sobre la codificación, véase mi libro *La codificación en la Argentina*, cit.

Con respecto a la impronta ideológica de la Constitución: AFTALIÓN, *Abogados y jueces*, cit. Resalta, en forma excluyente, el influjo iluminista, ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*. Buenos Aires, 1944.

Sobre las fuentes del Código Civil, la mención efectuada en el texto corresponde a H. LAFAILLE, *Fuentes del Derecho Civil y Código Civil Argentino. Apuntes del 1er. curso de Derecho Civil, tomados de las clases de...* Buenos Aires, 1917. Sobre el autor del Código, véase: RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La formación intelectual de Vélez Sarsfield en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 15, Buenos Aires, 1964.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico



CAPÍTULO V

SOBRE LA CONCEPCION DEL DERECHO  
AL PROMEDIAR LA CENTURIA

EL DERECHO NATURAL.

70. Durante las dos terceras partes del siglo, aproximadamente, estuvo vigente, sin cortapisas, la creencia en la existencia de un Derecho Natural, por encima de las leyes positivas.

Pese a la vigorosa presencia del racionalismo en la época, era frecuente que ese Derecho Natural se hiciera provenir de Dios y no meramente de la naturaleza humana. Con diferencias de fuerza y matiz encontramos en esta línea de pensamiento a Antonio Sáenz (1823), Juan Bautista Alberdi (1837), Fray Mamerto Esquiú (en sus sermones patrióticos), Ramón Ferrera (1861) y Gregorio Pérez Gomar (1864), entre otros. Era asimismo la concepción que exponían las *Instituciones* de José M. Alvarez —reeditadas en Buenos Aires en 1834—, que sirvieron de texto de estudio en las aulas de jurisprudencia de Buenos Aires y Córdoba. La misma idea fue recogida en el preámbulo de la Constitución Nacional de 1853.

A veces ambas concepciones —la que hacían derivar el Derecho Natural de Dios o de la naturaleza humana— aparecían yuxtapuestas y hasta combinadas en un mismo texto, como, por ejemplo, en el informe de la

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Comisión examinadora de la Constitución Federal de 1860.

Las concepciones contrarias al Derecho Natural, como la de Bentham, no encontraron mayor aceptación. No obstante, se conocieron y difundieron.

La existencia del Derecho Natural no sólo era admitida en el pensamiento especulativo, sino también cuando se trataba de la aplicación del Derecho. Así se le invocaba tanto para fundamentar algunas instituciones jurídicas, como todas las leyes positivas, o el mismo derecho civil. Precisamente en esta concepción se afianzó, durante estas décadas, la elaboración constitucional de los derechos y garantías individuales hasta la misma reforma de 1860.

Alberdi decía que la aplicación del Derecho Natural en cada pueblo constituía el derecho positivo. Si en su sustancia aquél era indestructible y universal, en su aplicación debía adecuarse a las distintas realidades ofrecidas por el tiempo y el espacio. De tal manera, siguiendo a Montesquieu, decía que el derecho positivo era peculiar de cada pueblo y de cada momento. Así concluía sosteniendo que este derecho era "tan individual, tan temporal, tan circunscripto, como eterno y universal el derecho natural". Señalaba Alberdi el error cometido por la Escuela Histórica al despreciar lo racional, filosófico y universal, y limitarse a lo real, histórico y nacional, pues aquellos elementos eran la fuente de estos últimos. Un temperamento medio entre ambas vertientes era para Alberdi "el mejor partido".

En algún caso se indicaron las dificultades para aplicar un principio de Derecho Natural en la práctica judicial. En 1938, Baldomero García señalaba que esos principios eran más propios para regir la conducta y la moral del hombre que para fundamentar una sentencia o motivar un recurso. Para él, sólo aquellos preceptos sancionados por la ley civil podían ser obliga-

torios y aplicables. "Los sentimientos de lo justo —de-  
cía—, que no estén adoptados por la ley civil, no obli-  
gan sino en la conciencia".

#### LA MORAL Y LA RELIGIÓN COMO FUNDAMENTOS DEL ORDEN SOCIAL.

71. No se concebía entonces la sociedad ni su orde-  
namiento sin el fundamento de una moral y una reli-  
gión. Se trata, por cierto, de una antigua idea, arraigada  
profundamente en el derecho hispano-indiano, que se  
mantuvo sólidamente afirmada durante esta época. Ya  
en 1810 decía Manuel Belgrano: "La Religión es un  
sostén principal e indispensable del Estado, como todos  
sabemos, y el apoyo más firme de las obligaciones del  
ciudadano: volúmenes enteros no son bastantes, para  
describir todas sus conexiones con la felicidad pública  
y privada: riámonos de las virtudes morales que no  
están apoyadas en nuestra Santa Religión: la razón y  
la experiencia nos lo enseña constantemente".

Otros textos acompañan esta idea central. En 1820  
el polémico fraile Castañeda sostenía: "Suponen los  
incrédulos que los hombres pueden unirse en sociedad  
civil sin religión, y esta falsedad está demostrada no  
sólo por la razón, sino también por la experiencia de  
todos los siglos, siendo así pues que la religión funda  
la principal parte del bien temporal de una república...".  
Para Antonio Sáenz "una sociedad, que desconociese  
toda religión, sería un vasto campo de iniquidades". A  
su vez, Juan Ignacio Gorriti afirmaba en 1836 que "en  
la religión encuentran las leyes su mejor apoyo, y los  
Estados su auxiliar más poderoso". Un gobernante  
cristiano, agregaba, "debe cuidar que su pueblo sea  
religioso, no sólo por un deber de conciencia sino por  
un interés político".

Alberdi en el *Fragmento* señalaba que el derecho y  
la religión tenían su "base propia", y que ambas de-

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

bían, aliadas y no confundidas, gobernar el género humano. "Sin esta alianza —agregaba— la ley es imposible, por que la ley, como dice Lerminier, nace del axioma y del dogma, y tiene su asiento en medio de ellos, y se sostiene por ellos, como ellos por la ley". Y en *Bases* afirmaba que la religión "es a la complejión de los pueblos, lo que es la pureza de la sangre a la salud de los individuos".

La misma idea se reflejaba también en Facundo de Zuviria, Félix Frías y Fray Mamerto Esquiú, ya en los días de la organización constitucional. Este último decía en 1856 que la religión "es la vida de los pueblos, es el primer elemento de orden y la obligación más fuerte del gobierno es protegerla, es respetarla en toda su Constitución Divina; es procurar por todo medio lícito que llegue a la mayor perfección posible entre nosotros...".

Si bien algunas de las opiniones transcritas hacían una referencia genérica al factor religioso, lo cierto es que cuando entre nosotros se hablaba de una moral se entendía a la moral cristiana y cuando se refería a una religión era la católica, apostólica y romana, quedando así estos elementos sustancialmente unidos, aunque formalmente aparecieran separados.

No se trata sólo de una simple expresión conceptual, sino que tuvo palpable aplicación. Nuestros ensayos constitucionales, nacionales y provinciales, anteriores a 1853, consagraron como religión del Estado a la católica, apostólica y romana. En algunos casos, quedó cercenado el ejercicio de todo otro culto disidente; a veces se toleró su existencia; e incluso hubo, como en Buenos Aires, una legislación más amplia al respecto. En todos los casos, la base religiosa estaba presente.

La Constitución Nacional de 1853 abrió una nueva etapa. Si bien su texto mantuvo la arraigada adhesión al culto católico, quedó sustituida la declaración oficial

de una religión por la prescripción que establece que el Estado "sostiene" aquel culto.

Por último, no debe dejar de señalarse que el sentimiento religioso estaba también presente en los actos y prácticas jurídicos, como el encabezamiento de documentos notariales, las exhortaciones religiosas en las ejecuciones, el juramento de funcionarios, magistrados, testigos, etc.

#### LA JUSTICIA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO.

72. La justicia fue, durante toda esta época, un vocablo de rico contenido, que desbordando una u otra definición, alcanzó a tener una dimensión social como ningún otro. Ello no constituía una innovación dentro de la tradición hispano-indiana, donde la justicia aparecía como algo trascendente a la mera legalidad.

La novedad percibida en estos años consistió en la introducción de un nuevo concepto de justicia, más circunscripto, más técnico, en donde la vieja noción aparecía recortada de toda proyección trascendente (§ 74).

#### *La justicia como acto trascendente.*

73. La justicia, como acto que trasciende el mero orden legislativo, ocupaba un importante lugar en la tradición jurídica hispano-indiana. Centro de ella era la clásica definición de las Partidas, al considerarla como "arraigada virtud", y además, "guía de los gobernantes" para sus actos de gobierno y de los jueces para resolver los pleitos.

Esta idea trascendente nutrió una actitud sentimental de la justicia, que vivía en el hombre común y que aparece reflejada en la literatura costumbrista, tanto la española del Siglo de Oro como la nuestra del siglo XIX. Más que creación intelectual, era una profun-

da expresión del sentimiento social y servía tanto para señalar los altos ideales que la adornaban, como los defectos de su aplicación.

La justicia aparecía así concebida, en la estimación colectiva, como la más esencial y necesaria de las virtudes sociales. La frustración de ese ideal de justicia llevaba, a veces, a la queja amarga, que, mordazmente, recoge, por ejemplo, esta definición de la justicia publicada, en 1828, en un periódico porteño: "Tela de araña en que se prenden los pequeños y los pobres, y que los grandes y los ricos rompen y despedazan". O también conducía a la actitud recelosa del gaucho, sobre todo cuando por las décadas del sesenta y setenta se sentía socialmente desplazado y hasta desposeído de lo propio. Para expresarlo, con fuerza sentimental y belleza literaria, allí están las páginas memorables del *Martín Fierro* o del *Juan Moreira*.

Se trataba de un estado afectivo, difícil de expresar en palabras, pero hondamente vivido. De ahí que apareciera como difuso, vago y generalmente inabordable para los juristas, habituados, por rigor intelectual, al ejercicio definitorio y al preciso encasillamiento legal.

No obstante, este mismo ideal palpitaba dentro del ámbito jurídico, tratando a veces de sobreponerse al concepto meramente legal que el siglo intentaba imponer. Por ejemplo, Antonio Sáenz, desde su cátedra, se quejaba de los políticos que "desconociendo toda justicia natural en los negocios de Estado, pretenden convertirse en simuladores de profesión, procurando refinar el arte de engañar bajo el fingido velo de una detestable política". El profesor Casagemas enseñaba, a su vez, que "el fin primero de la jurisprudencia es la justicia", la que constituía "el punto norte" al que el jurisconsulto debía dirigirse constantemente ya que "de la justicia emana el derecho; del derecho la jurisprudencia".

Los jóvenes juristas de la generación de 1837 hicieron también una apreciación de la justicia que trascendía

el mero aspecto legal. Uno de ellos, Santiago Viola, expresaba que la justicia "es el centro de gravitación hacia donde deben tender todo legislador y toda ley. Ni la voluntad de todo un pueblo, ni su conveniencia, ni sus leyes, ni sus costumbres, podrían convertir en justo lo que es injusto por naturaleza: sólo es verdaderamente justo lo que emana de los derechos indestructibles de la humanidad, concedidos por Dios...".

Este mismo ideal trascendente fue expresado algunos años después —en 1861— por un jurista uruguayo, Alejandro Magariños Cervantes, al decir que prefería definir la justicia utilizando el antiguo concepto medieval de las Partidas y no acudiendo a los autores contemporáneos, pues no admitía que la justicia fuese sólo una cuestión del foro externo y que "un insigne malvado" pudiera ser tenido por justo civil (§ 74).

Esta misma idea trascendente se halla también presente en el preámbulo de nuestra Constitución de 1853, cuando se invoca "la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia...".

#### *La justicia civil.*

74. La antigua y arraigada noción de justicia sufrió evidentes amputaciones, con el objeto de ajustarla a un campo más delimitado y a una definición más técnica, renunciándose así al concepto ideal que resumaba de aquella noción. Ello fue producto de las nuevas ideas del racionalismo jurídico, así como de la afirmación del imperio de la ley y de la nueva concepción de los poderes del Estado.

Fue surgiendo, de esta manera, una justicia meramente externa, legal, propia de un poder sólo del Estado y ausente de los actos de gobierno. Asimismo, conforme con la tónica del siglo, fue adquiriendo un creciente matiz individualista. La justicia fue, de tal modo, aligerada

de su carga subjetiva y de su alta mira ético-religiosa. Dejaba de ser una de las finalidades perseguidas por el legislador o el gobernante para refugiarse en los tribunales o en los textos legales.

Este encuadre legal de la justicia respondía a la nueva idea racionalista —que desarrolló, en grado sumo, la ciencia jurídica alemana del XIX— de que aquella se cumplía al lograrse el más perfecto funcionamiento del *sistema* de derecho. De ahí que debía ajustarse estrictamente a la ley (§ 77). No hay duda que este modo de entender la justicia produjo importantes conquisistas en el ámbito jurídico, pero al limitar excesivamente su papel, olvidó también la otra faz de la justicia y con ello su realización plena.

Esta nueva modalidad se advierte entre nosotros durante toda la época en estudio. Así aparece una corriente encabezada por Pedro Somellera en sus *Principios de derecho civil* (1824) que, reduciendo la óptica del jurista a la justicia civil, se encargaba de definirla como "la conformidad de nuestras acciones externas con las leyes". Al civilista —agregaba Somellera— no le importaba "la justicia moral", ni tampoco averiguar "si es hipócrita como Fariseo, si es hereje, o si es ateo".

Hubo también otras líneas menos avanzadas, como la que representan las lecciones de Rafael Casagema (1832-1833), o la que surge de las ya citadas *Instituciones* de Alvarez, pero la distinción entre una y otra clase de justicia —aun sin abandonar el ideal de la justicia virtuosa— fue estrechando paulatinamente el campo de movimiento del jurista, acorde con las exigencias de un nuevo sistema de derecho, que tenía en aquel concepto menor de justicia la llave necesaria para su correcta aplicación (§ 77).

#### BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

De las concepciones acerca del Derecho, se ocupa brevemente RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1970.

Sobre el concepto de justicia, me he ocupado en mi trabajo *La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853)* en *Revista de Historia del Derecho*, n° 1, Buenos Aires, 1973.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

## CAPÍTULO VI

### PREDOMINIO DEL POSITIVISMO

#### GENERALIDADES.

75. El panorama ideológico del último cuarto de siglo sufre una modificación bastante acentuada con respecto a los lustros precedentes, aun cuando —si se mira bien— ya en la época anterior estaban en germen los elementos que se desarrollaron en este período y que alcanzaron a constituir las ideas influyentes hasta las primeras décadas del siglo actual.

El hecho más destacado de este período lo constituyó la introducción del positivismo en los medios intelectuales del país y su particular reflejo en el campo jurídico. No desaparecieron los rasgos del eclecticismo, aunque tendieron a borrarse ante la radicalización que experimentaron dos tendencias emparentadas en su origen con aquél: el nuevo brote del pensamiento cristiano y el racionalismo (§ § 50-51). Esta afirmación de cada grupo los llevó al enfrentamiento ideológico en la década del ochenta (§ § 82-83). Elementos eclécticos también tenía el krausismo, movimiento secundario pero significativo, con raíces en el período anterior, pero que alcanzó en esta época mayor desarrollo y tuvo derivaciones en el campo jurídico (§ 81). Prolongaron también su gravitación en este período el historicismo y el derecho científico (§ § 53-54). Especialmente este último se manifestó en la exposición y comentario de las

constituciones y los códigos, importante labor a la que estuvieron abocadas las generaciones de juristas actuantes en este período, así como la tarea de renovación legislativa había sido impulsada por quienes habían actuado en la etapa anterior, aunque sólo terminó de completarse en la década del ochenta.

Como lo hemos venido advirtiendo con otras corrientes de pensamiento, se percibe, también en este caso, que las formulaciones doctrinarias europeas, en su aplicación en el país, no se ajustaban siempre a los modelos. De esta manera, surgía un margen de originalidad en el pensamiento jurídico argentino, que incluso llegó a alcanzar alguna notoriedad en el desarrollo teórico como, por ejemplo, lo revela la obra de nuestro Carlos Octavio Bunge.

La etapa que nos ocupa está estrechamente vinculada a un nuevo período de la vida nacional. El año 80 es considerado como el fin de una Argentina que aun conservaba importantes rasgos de su viejo pasado y el comienzo de una era de progreso material, de auge económico y de nuevas formas políticas, que llevaron al país, rápidamente, a ocupar una posición de privilegio en el concierto internacional.

Alberini caracteriza muy bien esta circunstancia: "El auge del positivismo coincidió con los momentos más frenéticos del progreso económico de la Argentina. Sin que se pueda afirmar una relación de causalidad estricta, bien puede presumirse que durante el período comprendido entre 1880 y 1910, los fenómenos ideológicos en la Argentina están muy vinculados a los económicos. Estos ofrecen, por lo menos, una fuerte perturbación sobre el progreso espiritual. No me refiero exclusivamente al positivismo de los ideólogos profesionales, sino al difuso de la masa culta, o de la oligarquía dirigente, en quienes el positivismo es una creencia práctica. Este fue, así, ideología resultante más que ideología dirigente. En otros términos: la atmósfera positivista fue

un epifenómeno del violento progresismo vegetativo del país".

#### ¿QUÉ ES EL POSITIVISMO?

76. Dada la existencia de varias líneas sucesivas y aun coetáneas, que ya en su tiempo o más modernamente, han sido ubicadas dentro de una común denominación de *positivismo*, no puede naturalmente darse una respuesta que las comprenda a todas. Mucho más cuando nuestro punto de mira, sin descuidar lo filosófico, está colocado sobre el campo jurídico, donde el positivismo ha tenido una clara y prolongada manifestación.

Se trata de un vocablo que durante casi un siglo ha venido rodando constantemente en el campo jurídico, usado de muy diversas formas y maneras, que enturbian su adecuada caracterización. Ello se debe a que el jurista al carecer, casi siempre, de una completa preparación filosófica, se aparta del rigor de esta disciplina y utiliza los conceptos con un sentido pragmático. Dada la naturaleza de esta obra, de carácter histórico-jurídico y no filosófico-jurídico, me atenderé a esta vulgarización y deformación de los conceptos; y dada la finalidad de este libro, sólo reflejaré esquemáticamente los puntos salientes de esta evolución.

Ya encontramos manifestaciones del positivismo en la concepción de Jeremías Bentham (§§ 17 y 70) o en la escuela francesa de la exégesis (§ 58). Ambos, desde ángulos distintos, sólo admitían, como punto de partida, a la ley misma. Sin embargo, habitualmente no se utiliza el vocablo "positivismo" para designarlos.

77. Una primera acepción del positivismo la encontramos en el propio desarrollo de la Escuela Histórica

alemana y concluye con lo que Wieacker denomina *positivismo científico*. En efecto, al postular aquella la teoría histórica como base del Derecho y dejar a éste sujeto a la relatividad de los tiempos y pueblos, abandonando toda fundamentación racional y última del Derecho y renegando en consecuencia de un Derecho Natural, abrió naturalmente las puertas a la nueva concepción, que desarrollaron los discípulos de Savigny.

Jorge Federico Puchta (1798-1846) y luego Bernardo Windscheid (1817-1892) desplazaron al "espíritu del pueblo" de la creación jurídica, quedando reservada la tarea a la ciencia del derecho, con exclusión de toda valoración extraña. Así decía Windscheid en 1884 que "las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal". Esta renuncia a una metafísica jurídica aparecía más como resultado de una apreciación práctica del jurista, preocupado en perfeccionar un sistema de derecho positivo, que como fruto del pensamiento especulativo.

El positivismo científico o ciencia pandectista —como también se le denomina— derivaba pues el Derecho exclusivamente de los resultados conocidos de la Teoría del Derecho y pretendía llevar a un alto grado de perfección el sistema jurídico, valiéndose tanto del antiguo derecho romano como de la elaboración conceptual realizada por el Derecho Natural Racionalista, las dos grandes vertientes que nutrieron su impropia tarea de construcción jurídica.

Dos postulados marcaron la orientación de la escuela:  
1º) Una ordenación jurídica es en sí un sistema totalmente organizado e independiente; y 2º) Este sistema requiere plenitud, es decir estar exento de lagunas. De ahí el alto valor que adquieren los conceptos jurídicos, y la necesidad de pulirlos constantemente, mediante el trabajo intelectual, para que los mismos puedan aplicarse a todo "caso" imaginable.

Dentro de la Escuela, pues, se afirmó la tendencia decimonónica de considerar al juez vinculado a la ley (§ 14) y alejado de consideraciones religiosas, éticas, sociales o económicas. De esta manera aplicaba, sin más, por una mera operación lógica, el precepto legal. La decisión recta o justa consistía en que el fallo estuviera conforme con el ordenamiento, aun cuando para ello el juzgador debiera sacrificar otro tipo de consideraciones. La justicia, pues, la encontraba en la aplicación del sistema y no en cada caso particular a resolver.

La influencia de esta concepción ha sido tan poderosa que ha conformado durante muchas décadas, y aún a pesar de las críticas, la mentalidad jurídica en los países de derecho de tradición romano-canónica. La doctrina de la Escuela y sus autores gozaron de vasta repercusión, sobre todo después de la sanción de la obra más acabada de ese movimiento: el Código Civil alemán de 1900. Sin embargo, algunos de los principios sustentados —que no eran patrimonio exclusivo de la Escuela— ya estaban incorporados, desde antes, al pensamiento y a la praxis jurídicos.

78. Junto a este movimiento propio del campo jurídico, encontramos otras corrientes de raíz positivista que, teniendo una fundamentación y método distinto, influyeron sobre el Derecho. Estas tendencias, aunque opuestas al positivismo científico, no se presentaron necesariamente como una reacción contra éste. Más bien, en su proyección jurídica —y sobre todo entre nosotros— aparecieron para atacar los excesos del racionalismo y del derecho científico y el empleo del método exegético.

Estas corrientes tuvieron su punto de partida en el desarrollo prodigioso alcanzado por las ciencias naturales en el siglo XIX, y se produjeron en un momento de enaltecimiento, sin precedentes, de la experiencia sobre la razón, al punto que la filosofía, imposibilitada de

llegar más allá del mundo físico, quedó reducida a una mera sistematización general y positiva de los datos acumulados por la ciencia.

Este movimiento, en su proyección al campo del Derecho, ha sido englobado bajo la denominación común de *naturalismo jurídico*. Consideraba al Derecho como ciencia de la realidad, aplicándole el método causal. Se pueden distinguir en este vasto caudal ideológico algunas importantes vertientes. La *biologista* —más anti-natural, según el modelo de las ciencias biológicas, siendo su exponente más destacado Carlos Darwin (1809-1882) y entre nosotros, Florentino Ameghino (1853-1911). La *mecanicista*, que concebía al Derecho como un resultado de causas y efectos, así como la física actúa con respecto a la naturaleza inanimada, siendo su máximo representante Heriberto Spencer (1820-1903). Ambas líneas influyeron en el campo del Derecho y también gravitaron en nuestro suelo, a veces dudosamente combinadas.

79. El principal exponente del *naturalismo* en el mundo social fue el llamado *positivismo sociológico*. Fundado por Augusto Comte (1798-1857), es históricamente, en su sentido más estricto, "el positivismo", a secas. Así lo denominó su inspirador. Su sistema de explicación del mundo social alcanzó en Europa y América la mística de una religión laica.

De acuerdo al modelo de las ciencias naturales, para esta concepción el intelecto quedaba sometido a la observación. Buscaba los hechos y sus leyes, no causas ni principios de las esencias o sustancias, ya que esto resultaba inaccesible para la mente humana. Se atenia pues a lo que estaba *puesto* o *dado*, a lo *positivo*, rechazando todo conocimiento metafísico o *a priori*, y toda pretensión a una *intuición* directa de lo inteligible.

Al entender a la sociedad humana como una suma de objetos que reaccionaban causalmente, también el Derecho debía explicarse, como una manifestación de la realidad, por una serie de causas eficientes económicas y psicológicas-sociales.

80. La influencia de las doctrinas encarnadas por Comte, Spencer y Darwin fue importante entre nuestros juristas a partir de 1880, extendiéndose sus efectos por cerca de medio siglo, aun cuando ya hacia 1920, aproximadamente, era ostensible su declinación (§ § 94-95).

Esas doctrinas no sólo captaron a muchos juristas de las generaciones formadas bajo su reinado, sino que incluso varias ramas del Derecho, entonces en formación, recibieron algunos de sus principios, y los convirtieron en elementos básicos de su ulterior conformación, como la Criminología, la Historia del Derecho, el Derecho Constitucional, la Sociología jurídica.

Los *hechos sociales*, como fenómenos dignos de estudio, aparecieron notablemente enaltecidos (§ 89). El *método histórico* se convirtió en un instrumento apto utilizado por estas corrientes naturalistas para superar el racionalismo dogmático. La presencia de estos elementos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Buenos Aires durante esta época, ha sido detectada en un trabajo reciente por Abelardo Levaggi.

81. Junto a estas nuevas concepciones dominantes, sobrevivieron muchas ideas del espiritualismo ecléctico. Como una de las tantas formas del mismo cabe ubicar al *krausismo*. No constituyó nunca entre nosotros una tendencia predominante, ni fue propiamente una escuela. Fue obra de pedagogos, políticos y juristas que actuaron más bien en forma individual y aislada, si bien ejercieron —según el profesor Roig— en algunos casos, profunda influencia.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Esta línea ideológica la inició Luis Cáceres, en 1856, en la cátedra de Derecho Natural de la Universidad de Córdoba, y concluyó más de setenta años después, hacia 1930. Entre los representantes que más nos interesa destacar, Roig señala, en el orden político a Hipólito Yrigoyen (1852-1933) y en el mundo jurídico, además del ya mencionado Cáceres, a Wenceslao Escalante (1852-1912), profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires entre 1884 y 1912; y a Julián Barraquero (1856-1935).

El krausismo fue una doctrina filosófica desarrollada originalmente por el filósofo alemán Carlos Federico Krause (1781-1832). Se caracteriza por su fuerte contenido ético y por constituir una especie de panteísmo, aunque en vez de identificar, como este último, al mundo y todo lo existente con Dios, Krause ubicaba a Dios como ser personal superior al mundo. Denominó *panenteísmo* a su propio sistema y le dio vasta aplicación sobre la moral y el Derecho. Sólo tuvo eco después de la muerte del filósofo y fuera de Alemania, especialmente en Bélgica, España y América. Sus discípulos hicieron una adaptación libre de aquella doctrina, destacándose en tal sentido la realizada por pensadores belgas y españoles. La que influyó directamente entre nuestros juristas, fue la línea representada por el belga Enrique Ahrens (1808-1874), en su *Curso de Derecho Natural*.

Como hemos visto, este movimiento tuvo algunos militantes, pero también sirvió muchas veces de trasfondo ideológico, como prolongación del eclecticismo espiritualista y romántico (§ 49) y como reacción ante la inevitable crisis moral que provocó el vertiginoso crecimiento material del país hacia fines del ochocientos. Según Roig, el krausismo, en su asimilación al pensar argentino, representó una especie de transacción y pacificación en la polémica entre católicos y liberales (§ 82); y significó también el paso del liberalismo "individualista" a un liberalismo "solidarista".

LA POLÉMICA ENTRE LIBERALES Y CATÓLICOS.

82. Ya en la década del setenta empezaron a notarse los primeros síntomas de una radicalización ideológica, que cobraría tono inusitado en el decenio siguiente, enfrentando a católicos y liberales en la más violenta batalla del siglo en el campo del pensamiento. Aun cuando el sustrato ideológico estaba ya preparado, el factor desencadenante lo constituyó la orientación política adoptada por el presidente Julio A. Roca a partir de 1882.

La polémica, de una vivacidad y virulencia como pocas, abarcaba principalmente lo religioso y lo político, pero tuvo naturalmente una clara implicancia jurídica —que aquí remarcamos— no sólo por los temas abordados, sino también por los hombres actuantes.

Ambos grupos reconocían comunes orígenes, como el eclecticismo y el liberalismo moderado (§ § 49 y 52), pero en su formación habían contribuido a despuntar sus perfiles, por un lado, el vigoroso renacer de una línea de pensamiento cristiano (§ 50), y por otro, el racionalismo (§ 51), y más tarde, el positivismo (§ § 78-79).

De tal modo, este grupo liberal, que se hizo fuerte en el gobierno y contó con el apoyo de la masonería, propendía a un acelerado progreso material del país, con la mira puesta en lo europeo, pensando más en la inmigración que atraía para lograr sus fines que en la propia gente del país. Enjuiciaba al pasado y se mostraba resueltamente anticlerical. La figura protagónica fue Eduardo Wilde, médico, escritor, catedrático de medicina legal y ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de Roca. El jurista más destacado de este grupo fue Eduardo Costa (1823-1897), que entonces se desempeñaba como Procurador General de la Nación, a quien Auza considera como "el teorizador jurídico de las grandes medidas dispuestas por Roca contra la Iglesia".

A su vez, el grupo católico bien pronto estrechó filas en torno a las ideas y principios que creyó conculcados y se constituyó en una vigorosa oposición política. Esta era encabezada por Tristán Achával Rodríguez (1843-1887), Manuel D. Pizarro (1841-1909) y los ya citados José Manuel Estrada y Pedro Goyena, quienes desde la banca legislativa y el periódico *La Unión* cuestionaron la política gubernativa de Roca y también la de su sucesor, Miguel Juárez Celman

Los católicos disentían radicalmente de los liberales en sus puntos de vista. Así concebían el progreso —dice Auza—, no como un salto sin medida, sino como “el desenvolvimiento gradual y orgánico del ser nacional”. Creían en la necesidad de buscar la unidad moral del país en la continuidad de la propia tradición y no en el dirigismo estatal. Enrolaban a la Constitución en una concepción cristiana de la política y sostenían que debía aplicarse de la misma manera. De ahí que considerasen que los liberales, al programar medidas que iban contra la tradición religiosa del país, infringían la Constitución.

83. El *Club Liberal*, que servía de núcleo aglutinante para los primeros, había establecido en 1883 como programa de acción los siguientes puntos: 1º) Enseñanza laica; 2º) Matrimonio civil; 3º) Abolición de los registros parroquiales; 4º) Abolición del juramento; 5º) Supresión de los cementerios religiosos. La clara actitud anticlerical estaba a la vista, pues la decisión del gobierno de llevar adelante estas reformas no estaba tanto inspirada en las reales necesidades de aquel momento, como en su propósito agresivo frente al catolicismo.

Como es sabido, la posición liberal triunfó parcialmente al sancionarse las leyes de educación común y de registro civil en 1884, y la de matrimonio civil en 1888. Pero, en cambio, no pudo llevar adelante la idea de

establecer el divorcio, ni tampoco alcanzó a introducir nuevas bases jurídicas en las relaciones entre el Estado y la Iglesia, aun cuando suscitó un grave conflicto de naturaleza política. En las abundantes páginas que se escribieron con motivo de esta polémica se halla un rico material jurídico que aún espera una investigación definitiva.

#### EL DERECHO CIVIL.

84. La influencia metódica de la exégesis francesa (§ 58) se impuso en la enseñanza del Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires, bajo el dictado de José María Moreno. También se percibe, aunque mucho más matizada, en la Universidad de Córdoba con el magisterio de Rafael García.

El método observado por Moreno hasta 1882 y continuado por sus sucesores en la cátedra, de seguir paso a paso el articulado del Código —tanto en la formulación del plan de estudios como en la enseñanza del aula—, fue impugnado por Juan A. Bibiloni (1860-1933). En su discurso en la colación de grados de 1897, Bibiloni señalaba la necesidad de proceder a la investigación científica, inspirada en los métodos de Comte y Spencer, desechando el método exegético, fundado en el culto a la ley. No obstante esta actitud crítica, aquel método de enseñanza no se modificó hasta después de 1910 (§ 108).

85. La influencia de la escuela francesa (§ 58) también se hizo presente en la doctrina, sobre todo en los grandes comentaristas del Código Civil, que, al igual que aquella, llevaron a cabo una labor de exégesis del cuerpo legal. Los tres que sobresalen son: Lisandro Vicente Segovia (1842-1923), José Olegario Machado (1842-1910) y Baldomero Llerena (1853-1914).

Las obras de estos juristas se publicaron en las dos décadas finales del siglo y, como lo revelan sus respectivos títulos, se tratan de exposiciones, comentarios y también críticas del Código. Segovia —jurista profundo y de vasta cultura— publicó en 1881 *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica* —obra que el propio autor denominó abreviadamente como *Los comentarios*— y en 1894, *El Código Civil Argentino anotado*. Llerena empezó en 1887 la edición de las *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, cuyo séptimo y último tomo vio la luz cuatro años después. Chaneton, aunque le retacea valor a la obra, admite que “no ha habido entre nosotros ejemplo de obra que haya gozado de más predicamento y difusión”. Por último, Machado publicó entre 1898 y 1903 su obra máxima: *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*.

En los tres dominaba el método exegético. Segovia decía que el procedimiento más seguro era siempre “interpretar el Código por el Código mismo”. Llerena afirmaba que había interpretado la ley por la ley misma. Machado, a su vez, sostenía que su criterio había sido el de “iluminar cada disposición, para que se le perciba en toda su verdad, pensando que el comentador debe ser el amigo leal y sincero de la ley”. En ningún caso ello implicaba la renuncia a la crítica.

Segovia y Llerena se inclinaban a considerar el Código desde el punto de vista exclusivamente científico. Así Segovia sólo veía, entre las fuentes del Código, a libros y códigos extranjeros. Llerena daba crecida importancia, en la aplicación, a la concordancia con el código francés, aunque también se ocupaba de la jurisprudencia nacional. Machado, sin dejar de considerarlo asimismo como una obra científica, puntualizaba que era también de “ciencia aplicada a una sociedad cuyo estado intelectual y costumbres no se debe prescindir”.

Si bien en los tres dominaba la admiración e influencia del código francés, ya en Segovia —en su segunda obra citada— y en Machado se descubría la admiración que despertaba el proyecto de código civil alemán (§ 77).

86. Pero aun en un área tan intensamente dominada por la doctrina francesa no faltaron reacciones contra el excesivo apego que en el foro se evidenciaba hacia ella, como la de Gerónimo Cortés; o estudios de excepcional valor crítico que revelaban al jurista de formación germana y pensamiento tradicional, como es el caso de Manuel Antonio Sáez.

Escribía Lucio V. López ya en 1887 que nuestro derecho había “sufrido de una manera exagerada la influencia de los juristas franceses contemporáneos”, al punto que pocos abogados conocían las fuentes de nuestro derecho patrio. Desaparecidos Vélez Sarsfield y los demás juristas versados en el antiguo derecho, la nueva generación se había formado en base principalmente a los comentadores franceses. Puntualizaba la necesidad de corregir ese enfoque y mejorar el conocimiento de la tradición jurídica, representada por el clásico derecho romano y el antiguo español. Precisamente, señalaba la versación que en estas materias distinguía a los escritos forenses de Cortés y destacaba su conocimiento de dos autores que relacionaba con la tradición jurídica propia: Jerónimo Castillo de Bovadilla y Juan de Solórzano Pereira.

Ese movimiento de reacción, orientado a dar nueva validez a la tradición jurídica, tuvo pues un importante punto de apoyo en la obra de Cortés. De esta manera se cubría en parte el vacío que había quedado entre las generaciones formadas antes y después del Código Civil. Las primeras, habían vivido en un clima dominado por el eclecticismo (§ § 49, 62, 66 y 69) y el Código

respondía a esa estimación colectiva. Las segundas, habían enaltecido la letra de la ley y las fuentes librescas del Código, olvidando frecuentemente las fuentes vivas de donde se nutría.

La nueva actitud que ponía de relieve Lucio V. López no era, empero, estacionaria. Consideraba que "el derecho en sus múltiples decisiones, como todas las ciencias, está y debe estar sujeto a la ley del progreso humano y a la influencia de la filosofía contemporánea", pero el jurisperito moderno "no consumará la ardua labor que le está encomendada, sin estudiar y dominar completamente la lengua y las ideas de los inmortales fundadores de la jurisprudencia romana".

#### LAS OBRAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

87. En el campo del Derecho Constitucional, disciplina entonces en formación, encontramos reflejadas distintas influencias a través de los principales catedráticos y autores.

Superada una etapa inicial, en la que tanto en la doctrina como en la enseñanza se impuso un criterio de fidelidad a la fuente norteamericana (§ 68), empezó a transitarse por nuevos senderos. José Manuel Estrada en su *Curso de Derecho Constitucional* (1877), al abordar el tema de las fuentes de la disciplina, afirmaba ser menester "el concurso de la tradición, de la ley escrita, de la historia y de los principios generales, para que las instituciones no sean una jerga empírica o una poesía". Al fijar las pautas para realizar su estudio, decía que lo haría "en su texto... en la tradición, en la historia, en el derecho comparado y en los principios generales de gobierno". De esta manera, reaccionado contra la posición anterior, imponía un criterio ecléctico que, sin menospreciar la teoría constitucional, daba importante lugar al elemento tradicional.

Veinte años después, al publicar el *Manual de la Constitución Argentina*, Joaquín V. González (1863-1923) admitía que daba "excepcional importancia al elemento histórico y al comentario propio". Expresaba de esta manera su concepción acerca de la Constitución: "No debe olvidarse que es la Constitución un ligado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir, que ella dió cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo". En esta frase se percibe la influencia filosófica de Taine y Renán (§ 89), moldeada en una creencia de base romántica y de profunda fuerza espiritual.

Otro era el punto de vista de José Nicolás Matienzo (1860-1936), quien recibía la influencia del positivismo sociológico y demás corrientes naturalistas. Al publicar en 1910 su libro *El gobierno representativo federal en la República Argentina* proclamaba que la ciencia política debía ser positiva y experimental. Los hechos políticos debían pues estudiarse de la misma manera que el biólogo analiza los fenómenos de la vida. De ahí que dedicara su obra principalmente a analizar "la práctica de la Constitución".

#### LOS ESTUDIOS PENALES

88. En los estudios penales se hicieron sentir hondamente las tendencias positivistas reinantes, especialmente las concepciones de Comte, Spencer y Darwin (§§ 78-79). Se constituyó en el ámbito de esta rama jurídica una vigorosa escuela positiva, nacida en Italia, y debida a la labor de César Lombroso (1835-1909), Rafael Garófalo (1852-1934), y Enrique Ferri (1856-1929). Este último, cuya influencia entre nosotros fue

notoria, imprimió a la escuela un rumbo sociológico a través de su obra principal, *Sociología criminal*. La tarea de la Escuela se fundamentaba en el empleo del método experimental y propugnó la idea de un derecho penal asentado sobre la base del delincuente y no del delito, en el cual la pena era sólo un medio de defensa social.

Esta orientación fue introducida en la Universidad de Buenos Aires a partir de 1887, al hacerse cargo de la cátedra Norberto Piñero (1858-1938), marcando un rumbo que se prolongaría, a través de sus sucesores, durante varias décadas, sobreviviendo a la declinación positivista en general (§ 112). También estaba enrolado en el positivismo, con algunas reservas, Cornelio Moyano Gacitúa, profesor entonces de la materia en la Universidad de Córdoba.

Dentro de un clima de franco predominio positivista, despuntaron, sin embargo, algunas reacciones, como la que representa en Córdoba —bajo el magisterio de Moyano Gacitúa— la modesta pero importante tesis que en 1890 defendió y publicó Nemesio González, titulada *La escuela positivista*, en la que atacaba el pensamiento dominante, especialmente a Garófalo en el ámbito penal. Afirmaba el joven doctor que lo grave era sustituir, en la fundamentación de la ciencia, la especulación por la observación empírica.

#### EL DESARROLLO DE LAS CIENCIAS SOCIALES

89. Desde la perspectiva de las ciencias sociales, sobresale la figura de Juan Agustín García (1862-1923), destacado pensador de la generación que asomaba a la vida intelectual en la última década del siglo. Gozó de la aureola de maestro indiscutido, ejerciendo su magisterio en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata.

Una complicada trama de influencias se proyectan sobre García, no fácil de percibir a través de su extensa y evolucionada producción escrita. Formado en el crudo positivismo propio de la época, tendió a apartarse del mismo —como también lo intentaron otros hombres de su generación, como Joaquín V. González— y aunque su separación no fue categórica, hay claros síntomas de esa evolución, como la presencia de la idea metafísica en algún caso o la crítica a la generación del 80 que formuló al final de su vida. Más bien, simboliza el momento de transición ideológica hacia las nuevas corrientes filosóficas que empezaron a recibirse en el país después de 1910. En muchos rasgos de su pensamiento, García se nos aparece más próximo a los juristas del Centenario que a los de su generación.

Las fuentes en las que abrevó García fueron múltiples, pero las huellas más profundas y detectables que registra su pensamiento posiblemente se deban al positivismo psicológico de Hipólito Taine, Ernesto Renán y Alejandro Bain, y al positivismo sociológico de Comte y sus seguidores. En el campo más reducido del Derecho, seguía mucho a Savigny —cuyo *Sistema de Derecho Romano actual* mencionaba con frecuencia— y aparecía moldeado por las concepciones del historicismo (§§ 29 y 53).

Estas huellas no le impedían matizar su pensamiento con otras fuentes y hacer de todas ellas una adecuada aplicación a nuestra realidad, con espíritu crítico y aún ideas propias. Desde este punto de vista, resulta indiscutible la originalidad de su pensamiento. Veamos como respondía a algunos puntos fundamentales de la problemática jurídica, a través de su *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas* (1896 y varias ediciones posteriores) y otros ensayos y discursos.

90. *Derecho y ley*. Afirmaba que "el derecho no es una gran cosa artificial que se fabrica por el capricho

de las mayorías". Su fin, agregaba, "es la realización de la ley moral bajo el punto de vista cristiano". Esta misma óptica trascendente en el concepto de Derecho se vuelve a percibir cuando señalaba como razón de ser del Derecho Natural la de "contribuir al mejor desenvolvimiento del hombre, de su libertad y de su dignidad, bajo el punto de vista cristiano".

Su penetrante visión de la trama social lo llevaba a advertir que "la ley no es una cosa artificial y muerta; además de la vida que le da el legislador, tiene la que le presta el pueblo que la cumple". "En la práctica del derecho —continuaba— se modifica, con el roce pierde sus asperezas, se amolda a las necesidades". De ahí que advirtiera, siguiendo a Savigny, la importancia de que el jurisconsulto fuera teórico y práctico a la vez.

En otra ocasión, volvía sobre el tema, al decir que el precepto legal contenido en un código "no es la obra de un jurisconsulto o político, la simple votación de un congreso, la última deducción de una rigurosa dialéctica". Para él, aquél era, en cambio, "el resultado de innumerables deseos, aspiraciones y sentimientos; de dolores profundos, vivamente sufridos por muchas generaciones de hombres, que lucharon y murieron para modificar lentamente las instituciones, resultado que toma su forma transitoria, fugitiva en la ley". En esta frase, de indudable belleza retórica, se percibe el ideario de Renán, aplicado al campo jurídico.

91. *Los códigos.* Al abordar un tema-clave como éste, García dejaba al descubierto sus convicciones historicistas. Afirmaba que los códigos producían la inmovilización del Derecho y destruían "esas fuerzas vivas creadoras del derecho, que como las que actúan sobre el idioma, la religión, son la riqueza moral más apreciada de un pueblo". Se lamentaba así que al sancionar el Código Civil, nosotros habíamos abandonado "las

fuentes vivas de derecho que tenía nuestro pueblo, para buscar inspiración y ciencia en el derecho francés moderno".

Resulta interesante su juicio —emitido en 1896— de ese proceso. El bello ideal de la codificación racionalista —leyes claras, precisas, iguales, al alcance de todo el mundo y metódicamente agrupadas en cuerpos legales— había fracasado para él, pues esas leyes necesitaban el comentario y la interpretación y además el pueblo no las entendía sin acudir a los especialistas.

92. *El estudio de la sociedad argentina.* La influencia del positivismo psicologista llevaba a García al conocimiento íntimo de las sociedades, a hallar la malla de ideas y creencias, a descubrir el alma de los pueblos. Como hemos visto, esta idea nutría su misma concepción del Derecho. De ahí su confesada preferencia por las ciencias sociales sobre la exégesis jurídica y su entusiasmo por los estudios sociológicos e históricos.

Ello le hacía decir en 1902 —al emprender la publicación de los *Anales de la Facultad de Derecho*— que "nuestra tarea sería buscar esa cualidad dominante, causa directora del desarrollo de la República, descubrir la idea que va envuelta en todas las manifestaciones sociales, animándolas con su alma intensa". Para ello "se requiere el análisis de todos nuestros fenómenos políticos, económicos, morales, de orden público o privado, en cuanto pueden revelar algo de la misteriosa entidad; la descripción prolija y completa de nuestro país, en sus variados aspectos, hechos con método y seriedad". De esta manera, acentuando el estudio del presente y del pasado nacional, se proponía llegar a caracterizar "la esencia de la cultura argentina".

Esta preocupación por lo nacional lo llevaba a aconsejar a los jóvenes en 1899: "De la ciencia extranjera sólo debéis tomar los métodos: son instrumentos de

primer orden para descubrir la verdad. Penetrad con confianza en el campo nacional: nuestros fenómenos económicos, políticos y morales, son tan interesantes como los europeos. Sólo falta que unos cuantos hombres de talento los descubran y clasifiquen, metodizándolos, indicando sus leyes y tendencias". En realidad, García traducía en consejo su propia vida intelectual de esos días, pues en su *Introducción a las ciencias sociales argentinas* dedicaba la mitad de la obra a rastrear los orígenes del derecho argentino y, al publicar *La ciudad indiana* (1900), mostraba su interés por el perfil psicológico y económico en la contemplación de nuestro pasado. El terreno quedaba preparado para un cultivo provechoso en la indagación retrospectiva del derecho argentino, que emprenderían decididamente dos hombres de la generación del Centenario: Bunge y Levene (§ 104).

En conclusión, el pensamiento de García, en parte dominado por las influencias propias de su tiempo, tenía profundidad para penetrar en el presente, curiosidad y paciencia para indagar el pasado, sabiduría para servirse de las más variadas fuentes, originalidad para crear y hasta sensibilidad como para sintetizar el mismo su vasto ideario, al decir que "somos reformadores inspirándonos en la tradición".

#### BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Sobre cuestiones filosóficas en general, puede verse: JULIÁN MARIAS, *Historia de la Filosofía*, 23ª edición, Madrid, 1971.

Acerca de las influencias ideológicas y especialmente el positivismo: ALBERINI, *La filosofía alemana*, cit.; CATURELLI, *La filosofía*, cit.; PRO, *Periodización y caracterización*, cit.; RICAURTE SOLER, *El positivismo argentino*, Buenos Aires, 1968; TORCHIA ESTRADA, *La filosofía*, cit. Sobre el krausismo, consultar: ARTURO ANDRÉS ROIG, *Los krausistas argentinos*, México, 1969. Para la polémica entre liberales y católicos: NÉSTOR TOMÁS AUZA, *Católicos y liberales en la generación del ochenta*, Buenos Aires, 1975; y AMBROSIO ROMERO CARRANZA Y OTROS, *Controversias políticas del ochenta*, Buenos Aires, 1964.

Sobre el positivismo jurídico en general: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, Madrid, 1972; y WIEACKER, *Historia*, cit.

Sobre la influencia ideológica en la enseñanza jurídica en Buenos Aires, véase: AGUSTÍN PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1914; y muy especialmente: ABE-LARDO LEVAGGI, *El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires entre 1876 y 1919*, Buenos Aires, 1977.

Para la doctrina civil, ABEL CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, 3ª edición, Buenos Aires, 1969.

Sobre Juan Agustín García, puede verse el ensayo de DIEGO F. PRO, *Juan Agustín García en Cuyo*, *Anuario de Historia del Pensamiento Argentino*, I, Mendoza, 1965.



## CAPÍTULO VII

### HACIA LA CRITICA Y SUPERACION DEL POSITIVISMO

#### GENERALIDADES.

93. La época que abarca este último periodo —que se extiende hasta la mitad de nuestro siglo— es una de las más complejas de la historia. El afán de progreso decimonónico desembocó en una verdadera eclosión que, a la par que produjo rapidísimas transformaciones en lo social, económico y político, originó una sensación de crisis que se difundió por todas partes. El vertiginoso crecimiento demográfico, el portentoso desarrollo industrial y el perfeccionamiento de las comunicaciones fueron resultados de esas transformaciones. Pero también lo fueron las dos guerras mundiales, la revolución bolchevique, los gobiernos totalitarios, las convulsiones sociales, los quebrantos económicos. La rapidez con que estos acontecimientos se sucedieron en breves lapsos, la precariedad de las ideas, los sistemas y las cosas, ha hecho pensar en una verdadera "aceleración" del tiempo histórico.

El fenómeno, explicado en general, se hizo también más intenso en los países jóvenes, como el nuestro, donde ese proceso de crecimiento ha sido más vertiginoso aún que en las rancias áreas culturales de Europa.

A este proceso no ha permanecido ajeno el campo ideológico, y más concretamente el de las ideas jurídi-

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

cas. A la pluralidad y complejidad de las doctrinas, se suma su menor tiempo de vigencia. Si nunca han existido, en rigor, las influencias puras, mucho menos se da este fenómeno en nuestra época.

En el mundo jurídico ha crecido notablemente la cantidad de personas que se dedican a él, a veces con una exclusividad que no conocieron generaciones anteriores. Ha crecido implacablemente el número de aulas, estudiantes, profesores y, por consiguiente, graduados. La especialización, aun con sus riesgosas consecuencias, se ha expandido por todas partes; la investigación en las ciencias sociales y jurídicas se ha intensificado, requiriendo nuevos y rigurosos métodos; han aparecido nuevas ramas y divisiones del derecho; las revistas y libros jurídicos ya desbordan las estanterías; las comunicaciones e intercambios internacionales se han hecho más intensos y frecuentes.

Si ya es impropia labor reunir la bibliografía de una rama del derecho o escribir su historia, resulta entonces casi temerario intentar una evolución general de las ideas. Llegamos así a una situación inversa a la que registrábamos al comienzo de estas lecciones. Para referirnos entonces a lo jurídico, debíamos otear el panorama un poco más allá, mientras que ahora, a la inversa, no alcanzamos siquiera a dominar todo el campo jurídico. Algunos, incluso, reducen el pensamiento jurídico sólo a lo que acontece en el campo de la filosofía jurídica, como si los cultivadores de ésta fuesen los únicos juristas que piensan.

La rica problemática jurídica de esta época no puede encerrarse en esos estrechos límites. Los autores, a través de una profusa literatura, han hablado de crisis, declinación, cambio, reforma, o caducidad del Derecho, según fuese su punto de vista. Lo cierto es que ello aparece entroncado con las transformaciones rápidas que en todos los órdenes se producen en el mundo y, para algunos, el Derecho no puede adoptar ese mis-

mo ritmo, propio de la técnica. Muchas elaboraciones jurídicas, que constituían sólidas conquistas de la tradición jurídica, provenientes del derecho romano, del canónico o de tiempos más recientes, empezaron a ser cuestionadas o desbordadas. Así en el orden político, el Estado y la democracia liberal; o en el ámbito privado, la propiedad individual, la libertad de contratar y la plena responsabilidad individual. Ello mismo ha dado diversidad y riqueza al pensamiento jurídico, que alcanza a tener un alto grado de creatividad y originalidad.

#### EL PANORAMA IDEOLÓGICO Y LAS INFLUENCIAS.

94. En la filosofía europea de los últimos decenios del XIX se advierten nuevos temas y una transformación de su contenido, que la acerca nuevamente a la metafísica anterior. Fue completamente revisada aquella concepción que sujetaba la filosofía, a los resultados de la ciencia experimental.

La nueva filosofía, enraizada en las ideas de Franz Brentano y Guillermo Dilthey, se alimentaba de la vieja filosofía. Las ideas de Enrique Bergson constituyeron un nuevo paso para volver a la metafísica, a las últimas consecuencias. Dentro de este amplio movimiento se desarrollaron diversas direcciones como la fenomenología de Husserl, la filosofía existencial de Martin Heidegger, la ética material valorativa de Max Scheler y Nicolai Hartmann. También se produjo el retorno a Santo Tomás y a Kant, expresado en sendos movimientos de vasta repercusión: el neotomismo y el neokantismo.

Esta renovación filosófica empezó a llegar a nuestro país hacia 1910. La fundación de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, a fines de siglo, contribuyó poderosamente a ello. La agitación intelectual

tual trascendió bien pronto los cenáculos filosóficos. Las conferencias y cursos de destacados profesores que nos visitaron, como José Ortega y Gasset, Eugenio D'Ors y Manuel García Morente, contribuyeron a la crítica del positivismo.

En el segundo cuarto del siglo, la cultura filosófica argentina —dice Pro— fue haciéndose más densa y crítica “presentando rasgos de madurez y originalidad, sino en los aspectos fundamentales, sí en los matices y en la entroncación general del pensamiento filosófico”. La superación del positivismo era ya, para entonces, total. En este sentido se destacan cuatro filósofos argentinos: Alejandro Korn (1860-1936), Coriolano Alberini (1886-1960), Luis Guillermo Martínez Villada (1886-1959), en Córdoba, y Alberto Rougés (1880-1945), en Tucumán.

95. Los aires renovadores del nuevo pensamiento filosófico llegaron bien pronto a las Facultades de Derecho y de ellos se benefició notoriamente la filosofía jurídica. Aunque al principio, el cambio sólo fue dable observarlo dentro de un círculo reducido, aproximadamente hacia 1920 se aprecia una expansión de estos estudios y una gravitación tan intensa que los juristas en general, al principio con cierto recelo, fueron interesándose por esos temas y considerándolos como indispensables para una comprensión integral de la Ciencia del Derecho. Así lo expresaba Luis Recaséns Siches en 1929 al describir las principales direcciones del pensamiento jusfilosófico de esa época.

96. Dos grandes pensadores de la filosofía jurídica, ambos inspirados en el neokantismo, sobresealieron en esta primera mitad del siglo, proyectando su influencia sobre Europa y América: Rodolfo Stammler (1856-1930) y Hans Kelsen (1881-1973).

La principal tarea de Stammler fue la elaboración de una filosofía del derecho de orientación neokantiana. Intenta hallar “un Derecho Natural” con “contenido variable” para lo que distingue el *concepto* del Derecho de la *idea* o ideal del Derecho. El primero prefiere ver al Derecho tal cual es y abarca las características que sirven para diferenciar los fenómenos jurídicos de los de cualquier otra categoría. En cambio, la idea del Derecho es la meta final que debe marcar la orientación de cualquier realización del Derecho, pero sin que nunca se pueda alcanzar plenamente, como la estrella polar que dirige a los navegantes sin que éstos la puedan encontrar en ningún puerto. De esta manera Stammler volvía a una antigua caracterización de la justicia, que se remonta a Aristóteles y Platón.

La influencia de este pensador alemán se advierte en nuestro país ya antes de 1930, con Enrique Martínez Paz y Alberto J. Rodríguez (1894-1937) en las Facultades de Derecho de Córdoba y Buenos Aires, respectivamente, prolongándose en la enseñanza de la cátedra hasta más allá de la mitad del siglo. Bajo la inspiración del maestro alemán, aunque con alguna disidencia, Martínez Paz elaboró una obra general, conocida en su última versión bajo el título de *Tratado de Filosofía del Derecho*, publicada en 1946.

97. Al promediar la década del treinta empezó a difundirse entre nosotros el *normativismo lógico* de Hans Kelsen y desde entonces su nombre cobró importancia hasta nuestros días.

Kelsen, bajo la influencia del pensamiento kantiano, distinguió dos mundos: el *natural*, integrado conforme al principio de la causalidad; y el de la *sociedad*, interpretado conforme al principio de la imputación. Del primero se ocupan las ciencias naturales —física, biología, psicología, etc.— y es ajeno al jurista. En cam-

bio, si le interesa a éste el mundo de la sociedad, el del deber ser, pero no en su totalidad. Sólo le atañe la imputación que relaciona ciertos hechos sociales antecedentes y el acto coactivo consecuente, despreocupándose por la justicia o injusticia de la imputación.

De esta manera, el sistema de Kelsen se escinde del mundo del deber ser y desplaza a la justicia del ámbito teórico del jurista. Sin embargo —apunta Julio Cueto Rúa—, Kelsen no expulsó a “los valores jurídicos de su vida práctica y política, como lo acreditan sus contribuciones al derecho constitucional austriaco de preguerra y sus trabajos sobre la paz en las relaciones internacionales”. De esta manera —agrega el citado autor— “eliminados el mundo cultural, por la primera purificación, y la moral, la política, la religión y los valores jurídicos por la segunda purificación, sólo quedan las normaciones positivas, los enlaces establecidos entre hechos sociales, como antecedentes, y actos coactivos, como consecuentes”.

Desde la década del treinta el pensamiento de Kelsen ha estado presente entre nosotros, ya sea para adherirse, para interpretarlo, para rechazarlo o para exagerarlo, convirtiendo al Derecho, en este último caso, en una ciencia desprovista de valores y ajena a la justicia.

La doctrina de Kelsen comenzó a enseñarse en la Universidad de La Plata en 1935 y a partir de 1942, con Carlos Cossio (n.1903) empezó la elaboración de una disidencia parcial, que tomó el nombre de “teoría egológica del Derecho”. Constituye uno de los esfuerzos de mayor magnitud que un pensador haya hecho en el país sobre filosofía del derecho.

98. Una muy importante corriente ideológica que influyó en nuestro país es la *neotomista*. Bajo el apoyo que ofrecía la tradición y la autoridad de la Iglesia Católica, desde fines de la centuria pasada se desa-

rolló esta tendencia que, centrada en la escolástica, reavivó la filosofía antigua y medieval, y dirigió críticas al positivismo jurídico. Renació así la concepción de un Derecho Natural, enlazada con la existencia de Dios. En el ámbito hispánico, y aun fuera del mismo, se percibe asimismo un gran interés —histórico y filosófico— por la obra de los teólogos españoles del XVI y XVII y especialmente por la construcción filosófico-jurídica de Domingo de Soto y Francisco Suárez.

Esta corriente procura, a la luz de la nueva realidad, dar adecuada solución a los grandes problemas del Derecho, la justicia, el Estado y su relación con los individuos, la propiedad, la familia.

La principal figura de este movimiento en el ámbito jurídico fue, entre nosotros, Tomás D. Casares (1895-1976), quien desde la década del veinte en la cátedra, y luego en la magistratura, ha enseñado y aplicado estas doctrinas.

99. Pese a la importancia y fuerza que adquiere este renacer de la metafísica, el positivismo no desapareció completamente. Si bien, desde la perspectiva estrictamente filosófica o jusfilosófica, la reacción fue tan notable que desde entonces todo filosofar significa abordar problemas trascendentes al mero conocimiento empírico, lo cierto es que en la realidad jurídica quedaron inscrutados ingredientes o rasgos de origen positivista.

Así el positivismo científico (§ 77), que había llegado a plasmar la gran obra del Código Civil alemán, influyó en nuestros juristas, percibiéndose esta gravitación en las primeras décadas del siglo. Pero este positivismo, quebrado por intereses de grupos o partidos políticos, codiciosos de imponer sus pretensiones, aprovechándose de las accidentales mayorías legislativas o del ejercicio del gobierno, quedó bien pronto desnudado de sus propios atributos, propios de una cultura jurídica

con indudable respaldo ético, y degeneró en un mero *positivismo legalista*. Sin ser éste un movimiento o línea ideológica precisa, ha gozado de aceptación en ciertos ámbitos políticos y jurídicos, dando a la ley —cualquiera fuese su fundamento intrínseco, su razonabilidad o justicia—, suficiente fuerza coactiva, por estar sólo su sanción conforme a los mecanismos externos de poder.

Durante las dos primeras décadas del siglo, pese a la superación filosófica del positivismo, aún se hizo sentir con fuerza en nuestro campo jurídico, el *positivismo sociológico* (§ 79). Esta corriente fue seguida por algunos de nuestros juristas como una manera de superar la combatida exégesis legal (§§ 58, 84-85). El *método experimental*, propio de aquella escuela, fue asimismo utilizado en el estudio de las ciencias sociales y de algunas ramas del Derecho.

#### LOS JURISTAS DE LA GENERACIÓN DE 1910.

100. Este último período tuvo como eje a la generación de juristas de 1910, sobresaliente conjunto de hombres de Derecho que, nacidos entre 1873 y 1887, extendieron su labor intelectual hasta promediar el siglo, y su influencia hasta casi nuestros días.

Una nómina selectiva de estos juristas, podría ser ésta: Carlos Octavio Bunge (1875-1918), Alfredo Colmo (1878-1934), Eusebio Gómez (1883-1954), Juan A. González Calderón (1883-1964), Tomás Jofré (1879-1930), Héctor Lafaille (1883-1956), Ricardo Levene (1885-1959), Enrique Martínez Paz (1882-1952), Alfredo L. Palacios (1880-1965), Juan P. Ramos (1878-1959), Emilio Ravignani (1886-1954), Juan Carlos Rébora (1880-1964), Isidoro Ruiz Moreno (1876-1952), Raymundo M. Salvat (1881-1940), Gastón Federico Tobal (1886-1967), Alejandro M. Unsain (1881-1952), Mariano de Vedia y Mitre (1881-1958) y Carlos M. Vico (1881-1960).

Junto a ellos, prolongaron su actuación algunas figuras de la generación anterior, como Juan A. García, Juan A. Bibiloni y Rodolfo Rivarola (1857-1942). Otros más jóvenes, se incorporaron, a su vez, a la labor intelectual de aquella generación, como Rafael Bielsa (1889-1966), Arturo Orgaz (1890-1955) y Raúl A. Orgaz (1888-1948).

No faltaron tampoco quienes, habiendo nacido en la última década del siglo, cobraron figuración ya en la primera mitad de la centuria, como Hugo Alsina (1891-1958), Pedro León (1894-1974), Carlos C. Malagarriga (1891-1971), J. Ramiro Podetti (1895-1955), Sebastián Soler (n.1899), y los ya mencionados Casares y Cossio (§ 97-98).

101. Característica de este período fue el gran desarrollo que alcanzaron las distintas ramas del Derecho, con un ritmo vertiginoso que produjo un quebrantamiento del Derecho en tantas parcelas, a veces absolutas e incomunicadas, como especialidades hay. Ello ha llegado a tal punto que hoy uno de los problemas es el de restablecer una visión unitaria del Derecho y en todo caso coordinar los conceptos y principios, a veces distintos, de cada una de aquellas ramas.

A partir de la generación del Centenario se afirmó el quehacer del jurista como actividad exclusiva, apartada de la política, la literatura, o la diplomacia. Coetáneamente ocurrió un fenómeno análogo en las letras, la filosofía o la historia. Pero, aún dentro de lo jurídico, se empezó a cultivar sólo una especialidad y, los más dedicaron todas sus energías intelectuales a una rama del Derecho.

Los juristas de 1910, a la par que dictaron sus cátedras, publicaron importantes obras de conjunto sobre sus respectivas materias, ya sea bajo la forma de *Tratado* o bajo la más modesta del *Curso*. Una renovación

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

metódica y una clara orientación científica, como veremos (§ 102), hace que se les pueda considerar como los creadores del moderno derecho argentino. Su obra, aunque basada en la labor de la generación anterior, oscureció a los que le precedieron y ejerció una poderosa influencia sobre los nuevos juristas, que no tuvieron así ocasión de asumir un análogo papel protagónico, salvo en casos excepcionales.

102. Cuatro fueron los temas principales sobre los que, ideológicamente, se desarrolló la actividad de estos juristas: la crítica y superación del positivismo; la necesidad de estudiar la sociedad argentina; la pretensión de hacer de las escuelas de leyes, centros de cultura jurídica y no meras aulas de preparación profesional; y la reforma del orden legislativo recibido de las anteriores generaciones.

Como ya vimos, la crítica del positivismo, tan presente en el campo filosófico, se trasladó al mundo jurídico y aunque persistieron acusados rasgos de aquel (§ 99), lo cierto es que la crítica contra el materialismo y el positivismo en general se percibía en las aulas, y en la doctrina se intentaba superar el método de la exégesis legal por otro científico.

Desde la perspectiva del positivismo sociológico y con los métodos consagrados por la escuela entonces dominante, algunos juristas de la generación anterior habían afirmado la necesidad de estudiar el derecho dentro del marco social rompiendo con los estrechos límites en los que se manejaba entonces el juriconsulto. Asimismo, habían destacado la importancia de caracterizar el ser nacional y urgían a analizarlo a través de sus variados elementos —históricos y sociales— que lo componían. Estas ideas que, especialmente impulsaba Juan A. García (§§ 89-92), encontraron campo adecuado para su desarrollo en los juristas de 1910, tanto

bajo el manto protector del positivismo sociológico como bajo las nuevas formas del idealismo que lo fue sustituyendo en parte. Se percibe ello fácilmente en el súbito despertar de los estudios histórico-jurídicos, en la obra de Ricardo Levene, en la tarea sociológica emprendida por Martínez Paz y Raúl Orgaz, o en el enfoque constitucional aportado por González Calderón. Pero también se manifestó en otras ramas del Derecho, como el civil y el laboral.

Estaba presente en los hombres de esta generación, sobre todo en Martínez Paz y Colmo, la preocupación por sustituir una enseñanza meramente profesionalista —de ello se acusaba a la que entonces se impartía— por otra que reflejase la vida social, afirmase los valores espirituales y proporcionase a los estudiantes una formación jurídica y cultural integral. Ello se fue reflejando en los distintos planes de estudios que se proyectaron o aplicaron, en la introducción de los llamados "seminarios", en los cursos de doctorado y en el valor que empezó a asignarse a la tesis doctoral. La investigación científica propiamente dicha, empezaba a dar sus primeros pasos dentro de las facultades de jurisprudencia.

La reforma del orden legislativo fue otro de los tópicos de la generación. Constantemente se encuentran referencias a ella durante este último período. Las constituciones y códigos cayeron bajo la crítica. El Código Civil no escapó a ésta, y en torno a su reforma se planteó un fructífero cambio de ideas, que se acentuó a partir de 1926, cuando oficialmente se designó una comisión de juristas para preparar su revisión. En esta labor se destacaron varios integrantes de la generación del Centenario, especialmente Lafaille y Tobal. Mas la gran figura de este momento fue Juan Antonio Biliboni, antiguo profesor y crítico del Código de Vélez (§ 84), quien tuvo a su cargo la redacción de un Anteproyecto, que concluyó poco antes de morir. Sobre esta obra se desarrolló la labor posterior de la Comisión Oficial.

Bibiloni se había formado, como los juristas de su época, en la doctrina y jurisprudencia francesa (§§ 58 y 85) y en la obra de Savigny (§ 57). Pero en la última época de su vida, coincidente con la difusión e influjo del Código alemán de 1900 (§§ 77 y 99), se volcó al estudio del mismo y de la ciencia pandectista. Precisamente, esta última preferencia es la que se advierte en el Anteproyecto.

No obstante estos influjos doctrinarios, Bibiloni, lejos de ser un mero teórico, destacaba la importancia que tenía la conciencia jurídica en la formación del derecho nacional. Así sostenía que el derecho privado de un pueblo no era un conjunto de reglas arbitrarias, establecidas por el legislador como resultado de determinadas doctrinas transitoriamente dominantes. Era, más bien, el desarrollo gradual y orgánico de las instituciones civiles, cuyas líneas fundamentales el legislador no podía alterar.

La labor de la Comisión Oficial también se orientó en el mismo sentido y, según Lafaille, se inspiró, mucho más que Bibiloni, en la jurisprudencia y doctrina del país.

Confirma esta orientación el juicio dado por Norberto Gorostiaga, al sostener que, tanto en el Anteproyecto de Bibiloni como en el Proyecto de la Comisión Oficial, no se advierte "una reforma trascendental que altere la esencia de la obra del doctor Vélez Sarsfield, ni abra frente a ella, nuevos rumbos presididos por un nuevo espíritu".

La reforma del Código Civil, finalmente, no alcanzó a producirse. En realidad, el movimiento reformista se concretó en muy pocas innovaciones en el orden nacional —un nuevo Código Penal (§ 112) y algunas leyes orgánicas o reformas parciales, importantes—. En cambio, fue más fructífero en la modificación de las constituciones provinciales y los códigos procesales.

LEY, COSTUMBRE Y JURISPRUDENCIA.

103. La concepción que consagraba la supremacía de la ley sobre las demás fuentes formales del Derecho —agudizada en la anterior centuria (§ 13)— se mantuvo en los países de tradición jurídica romana —Europa continental y América latina—. Incluso, para algunos, la ley era la única fuente del Derecho.

La doctrina francesa (§ 58) había contribuido a afianzar, durante la segunda mitad del siglo, esa concepción estrictamente legalista. Pero desde comienzos de la actual centuria, si por un lado los efectos de esa concepción han conducido a un crudo positivismo legal (§ 99), por otro se aprecia una reacción tendiente a revalorizar, en los hechos y en la doctrina, dos fuentes que teóricamente aparecían disminuidas en el período anterior: la costumbre y la jurisprudencia.

La merma del positivismo legal se advierte también en el campo del derecho penal a través de la crítica que la Escuela Positiva hizo al sistema de las penas fijas y que fue recogida en nuestro Código Penal de 1921 (§ 112).

La concepción racionalista de la ley —pocas leyes, claras, precisas y reunidas orgánicamente— ha sido, en la realidad, desbordada por una intensa actividad legislativa caracterizada por su profusión, y también frecuentemente por su imprecisión y oscuridad. Los planteos legislativos y el ideal de la codificación decimonónica han quedado anonadados ante la múltiple y variada labor legislativa —leyes, decretos, decretos-leyes, resoluciones, ordenanzas, circulares, etc.—. Sin duda, esta corriente generalizada, que también apreciamos en nuestro país, ha traído, como consecuencia, un desprestigio de la ley misma. Asimismo se percibe un patente divorcio entre juristas y legisladores.

104. La costumbre, durante el siglo XIX, apareció deprimida frente a la ley, pero aún conservó fuerza, incluso para derogar a ésta. El movimiento codificador impuso ya mayores restricciones a su ámbito como fuente directa del Derecho. No obstante, cabría hacer la distinción por ramas del Derecho. Mientras en materia penal la costumbre perdió todo valor, en el campo civil se mantuvo con carácter supletorio, y en el comercial fue donde subsistió con mayor vigor.

Sin modificarse sustancialmente esta situación, desde principios del siglo XX se observa una lenta revalorización del derecho consuetudinario en la doctrina e incluso en la legislación. Algunas ramas del Derecho han contribuido a desarrollarlo. Al ya mencionado derecho mercantil, debemos agregar el derecho internacional y el nuevo derecho laboral.

105. En la segunda mitad del XIX, aun bajo el peso de conceptos muy rígidos que ahogaban toda posibilidad de dar creatividad a la tarea judicial (§ 74), empezó a desarrollarse entre nosotros una tendencia inclinada a dar valor, como precedente, a las decisiones judiciales. Pero fue en los primeros años de la actual centuria cuando esta corriente encontró campo más propicio para su desarrollo. A un proceso de maduración de las ideas que venían circulando, se unieron algunos importantes pronunciamientos en el orden doctrinario —como la obra de Gény (§ 107)— y en el orden legislativo —como el código civil suizo de 1907—.

La ley 7055, sancionada en 1910, elevó a la jurisprudencia —según Salvat— a la categoría de “una verdadera e importantísima” fuente de Derecho. Su gravitación se acentuó, a partir de entonces, sobre todo por la cantidad de fallos plenarios y por las importantes materias allí tratadas. Varias razones fueron convirtiendo a la moderna jurisprudencia en una inapreciable guía que, tanto el magistrado como el abogado, empe-

zaron a utilizar para dar adecuada solución a los problemas jurídicos planteados. Entre ellas, cabe mencionar: las diversas disposiciones legales que confirmaron su valor y extendieron su ámbito de aplicación; la apreciación que los juristas empezaron a hacer de esta fuente del derecho; la sistematización de los fallos en modernas colecciones; y en fin, el prestigio alcanzado por los tribunales superiores, tanto por su integración como por la ponderación que rezumaban sus resoluciones.

No obstante, la enorme fuerza de la tradición legislativa ha inclinado a los juristas a preferir, aun en gran medida, la norma elaborada de modo reflexivo y generalizador, antes que la frágil creación que supone la decisión de un juez.

106. Ha contribuido también a la formación de una “jurisprudencia creadora” el lento pero firme desarrollo, a través del último medio siglo, de una concepción que permite al juez la adecuación de la ley a las transformaciones generales, necesariamente producidas desde la sanción de aquélla al momento de su aplicación, y también a las circunstancias que rodean al caso en cuestión. En tal sentido es digno de señalar la labor que han cumplido algunos jueces, tratando de amoldar el Código Civil a las exigencias sociales contemporáneas (Alfredo Colmo), o de “humanizar” la fría rigidez de sus normas (Gastón F. Tobal), o de cuidar que la noción de justicia no se desvincule nunca de la ley (Tomás D. Casares). Desde el foro y la cátedra, otros juristas, como Héctor Lafaille, han contribuido a formar la moderna orientación jurisprudencial de reconocer la supremacía de ciertos valores superiores. Estos u otros criterios análogos han tenido extraordinario desarrollo en los últimos años.

EL DERECHO CIVIL.

107. El Derecho Civil, con cuyo nombre se había designado durante mucho tiempo a todo el ordenamiento jurídico, quedó, luego de una larga evolución, reducido a ser el derecho privado común. No obstante, esta situación no fue definitiva y así, durante la época que nos ocupa, ha sido constantemente asechado por numerosos desprendimientos, provocados por nuevas necesidades sociales y por el avance de una especialización en franco crecimiento. De esta manera surgieron nuevas ramas jurídicas o "derechos especiales", como el laboral, el aeronáutico, el hipotecario, el registral, el notarial, el de arrendamientos, etc.

No obstante, ese carácter vertebral que aún mantiene, le ha permitido al Derecho Civil ser custodio de los principios generales del ordenamiento positivo e influir, asimismo, en las demás ramas en innumerables cuestiones jurídicas que se plantean y resuelven dentro de su ámbito.

Los nuevos tiempos aparecieron signados por el predominio de la ciencia jurídica alemana, cuyo rigor sistemático se expuso en las cuestiones jusfilosóficas (§§ 96-97); en las tareas legislativas, con el Código Civil de 1900; y en obras doctrinarias de técnica refinada, uno de cuyos más destacados modelos fue el *Espíritu del Derecho Romano* de Rodolfo von Ihering (1818-1892).

A su vez, la ciencia jurídica francesa, acicateada por el ejemplo alemán, e inspirándose en él, provocó una renovación y superación del mero comentario legal, a que había quedado reducida la obra de la Escuela de la exégesis (§ 58). En los nuevos criterios se inspiraron, por ejemplo, los trabajos de Raimundo Saleilles (1855-1912); o el *Tratado* de Marcelo Planol (1853-1931), considerado como la gran obra científica que

superaba la anterior tendencia, meramente comentarista.

La figura más saliente de este movimiento francés fue Francisco Gény (1861-1959), cuya obra consagrada *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* —aparecida en francés en 1899 y en español en 1902— lo ubicó en la primera línea de los juristas de su época. Gény abordó altas cuestiones jurídicas con sentido crítico, precisión y erudición admirables, al punto que sus vistas excedieron el campo del derecho civil propiamente dicho. Su crítica de la interpretación exegética y la postulación de un nuevo criterio, el de "la libre investigación científica"; su enfrentamiento a una actitud de exclusivo imperio legal, dando también lugar a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y a otros elementos sociales concurrentes; su decidida inclinación por las cuestiones de técnica jurídica, que lo llevaron a una original y estilizada construcción científica; fueron todos ellos aportes significativos que, suscitando aplausos y críticas, rápidamente se difundieron por un mundo jurídico ávido de renovación.

Entre nuestros juristas, la influencia del pensamiento de Gény se hizo sentir prontamente. Principalmente fue Alfredo Colmo quien estudió y difundió las ideas del maestro francés y aunque no ocultó su admiración ante obra tan empujada, especialmente en lo relativo a la elaboración de una técnica jurídica, no dejó de sentar sus discrepancias.

Bajo la inspiración de este movimiento, al concluir uno de sus eruditos trabajos, señalaba Colmo en 1916 su enérgica reacción "contra lo infantil de nuestro casuismo jurídico, contra el jurisprudencialismo que nos va invadiendo y que no ve más derecho que el de las leyes y el de las sentencias de los tribunales, y, sobre todo, contra la sempiterna exégesis de nuestros juristas, tan pasiva e infecunda en su afán del "comentario" y tan poco dada a la construcción y al análisis sistemático

y superior del derecho, que es, en principio, el único medio de remontarse a la creación, esto es, a los dominios naturalmente elevados de la verdadera ciencia". Daba así Colmo, con el vigor propio en él, la nueva dirección que tomaban los estudios jurídicos.

108. En los años que rodearon al Centenario se agitaron los tópicos acerca del orden y el método con que debía enseñarse el Derecho Civil dentro del plan de estudios de la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Con relación al primero, el criterio hasta entonces dominante —siguiendo a José M. Moreno— había sido el de enseñarlo en cuatro años, manteniendo el mismo orden de los libros del Código. Con la reforma de 1910 se impuso un nuevo criterio, que desde entonces domina la enseñanza, consistente en cinco cursos, que empieza con la parte general y continúa luego con las obligaciones y contratos, los derechos reales, el derecho de familia y las sucesiones.

Con respecto al método de enseñanza, se mantuvo por algunos años una encendida polémica entre los partidarios de hacerlo en torno al Código, aplicando un método exegético, o los que preferían emplear lo que entonces se denominaba método científico, en cuyo caso el estudio debía hacerse en forma más amplia, teniendo en cuenta las demás fuentes del Derecho, la legislación comparada y aun el marco social que envolvía lo jurídico. La primera fórmula fue la observada desde la época de Moreno y la segunda era la sustentada principalmente por los civilistas de la generación de 1910, sobre todo Colmo.

109. Dos juristas de esta generación fueron los que construyeron el moderno edificio civilista: Raymundo M. Salvat y Héctor Lafaille. Salvat —inspirándose en el

modelo de Planiol— publicó a partir de 1917 el *Tratado de Derecho Civil*. Aun cuando no alcanzó a concluirlo, dejó impresas y reeditadas varias partes sustanciales del mismo. No era un comentario al Código, sino un *Tratado* de todo el derecho civil, en el que el método exegético era sustituido por el científico y en esto se diferenciaba apreciablemente de todos los anteriores trabajos de conjunto sobre la materia.

La obra escrita de Lafaille fue, a su vez, realizada en dos períodos: la de sus *Cursos* entre 1923 y 1933; y la de su *Tratado*, entre 1943 y 1953. Ambas quedaron incompletas, pero lo suficientemente desarrolladas para dar a su obra una proyección análoga a la de Salvat.

#### LA HISTORIA DEL DERECHO.

110. La visión retrospectiva constituía uno de los elementos fundamentales que el jurista de principios de siglo propugnaba utilizar para el estudio de la sociedad y el derecho argentinos.

A los trabajos de Juan A. García (§ 92), se sumó la labor de Carlos Octavio Bunge, el surgimiento de la denominada "nueva escuela histórica", un conjunto importante de tesis y monografías que abordaron temas histórico-jurídicos, y la publicación de fondos documentales de inapreciable valor para las futuras investigaciones. Ya en la segunda década del siglo, se perfiló, asimismo, la figura de Ricardo Levene.

Aunque este pujante movimiento aparece inicialmente entroncado con el positivismo sociológico (§§ 79 y 99), paulatinamente fue adquiriendo fuerza propia en cuanto a su método y orientación definitiva. Como fruto de esa labor quedaron las dos mejores obras generales de este período: las *Historia del Derecho Argentino* de Bunge (1912-1913) y de Levene (1945-1958).

Ambas obras respondían a la idea de que existe una historia del derecho nacional que debe ser estudiada desde sus orígenes hispánicos e indígenas, en base a la investigación documental y teniendo presente que la historia del derecho de un pueblo no puede limitarse al análisis formal de sus leyes, sino que debe estudiarse también la vida que forma y renueva la estructura jurídica.

Es sugestivo que, dentro de la generación del Centenario, la perspectiva histórica de los fenómenos jurídicos y sociales argentinos, sobrepasando el límite de determinada especialidad, haya atraído a una parte considerable de esos juristas, ya para dar profundidad histórica a su respectiva disciplina, o ya para aportar estudios o contribuciones documentales de ese carácter.

#### DERECHO CONSTITUCIONAL, PÚBLICO PROVINCIAL Y POLÍTICO.

111. En este ámbito de la ciencia jurídica se destaca la figura de Juan A. González Calderón, profesor en Buenos Aires y La Plata y autor de la obra clásica en tres volúmenes, titulada *Derecho Constitucional Argentino*. Aun cuando ya tuviera algunos precedentes en la orientación (§ 87), su nuevo método consistió en buscar, primero, la interpretación auténtica del texto que le dieron sus autores, luego estudiar la jurisprudencia de la Corte Suprema, pasando después a efectuar la crítica de la institución o principio, comparándolos con los existentes en otras organizaciones federales. Una atención preferente concedía al estudio de los antecedentes argentinos, ya que para él la Constitución de 1853 es "un producto típico del pasado nacional".

González Calderón, asimismo, se empeñaba en señalar el carácter federal de la Constitución, condenando la

desnaturalización que la práctica política había impuesto en algunos de sus principios. En la misma orientación, se encontraban dos cultivadores del derecho público provincial: el cordobés Arturo M. Bas (1875-1935) y Clodomiro Zavalia (1883-1959).

Durante este período se incorporó a la enseñanza de la Facultad de Derecho de Buenos Aires la cátedra de Derecho Político, a cargo de Mariano de Vedia y Mitre, quien para el estudio de la disciplina empleaba, al mismo tiempo, el método histórico —en lo que concierne especialmente a la historia de las ideas políticas—, el sistema comtiano de observación, experimentación y comparación, y por último "el método de especulación filosófica" —así lo expresaba— para considerar lo que el Estado debe ser.

#### EL DERECHO PENAL.

112. En el campo del Derecho Penal se mantuvo la influencia de la Escuela positiva (§ 88). Contrariamente a lo que ocurría en otras disciplinas jurídicas, la orientación implantada por Norberto Piñero al ocupar la cátedra en 1887, continuó con los juristas de la generación de 1910, Juan P. Ramos y Eusebio Gómez, y se prolongó hasta la década del cuarenta con las obras que éstos editaron.

Durante este período fue muy importante la influencia del positivismo penal en la obra doctrinaria, en la creación de institutos y centros de investigaciones criminológicas y en el mejoramiento del régimen penitenciario.

No obstante su predominio doctrinario, el positivismo no logró mayores éxitos legislativos. Así el Código Penal de 1921, elaborado por Rodolfo Moreno, en pleno auge de la Escuela, no se inspiró en ella, sino que recogió más bien la tradición del humanismo liberal, en-

carnada en la larga cadena codificadora, iniciada con los códigos de principios del siglo XIX. De orientación positivista, en cambio, fue el proyecto oficial elaborado en 1937 por Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll; y de corte "neopositivista", el presentado por José Peco en 1942.

Hacia 1930 comenzó a manifestarse en Europa una nueva concepción penal, profundamente influida por el surgimiento de los totalitarismos. De acuerdo a la misma, el Estado pasaba a ocupar el centro del sistema penal, desplazando de allí a la persona humana. Algunos efectos de esta corriente se perciben entre nosotros después de 1940.

Otro es el punto de vista sustentado por Sebastián Soler, quien inició en 1940 la publicación de su *Tratado de Derecho Penal argentino*. Soler se enrola entre los seguidores del humanismo liberal, atacando vigorosamente tanto al declinante positivismo como al totalitarismo más reciente.

#### EL DERECHO PROCESAL.

113. Esta rama del Derecho apareció renovada en las obras de Tomás Jofré y Máximo Castro. La primera marcó una ruptura con la literatura procesal española y patria, al introducir la doctrina de la escuela italiana de Chiovenda. La obra de Castro afirmó esta orientación.

Pero sólo con Hugo Alsina el derecho procesal argentino alcanzó su culminación. A partir de 1941 publicó, en tres volúmenes, el *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. Su contribución consistió en utilizar y difundir los principios procesales modernos de las escuelas italiana y alemana; y en hacer del procedimiento civil una rama científica del Derecho con fundamento, ordenamiento y terminologías propias, desprendida definitivamente del derecho sustancial.

Desde el punto de vista metódico, la obra de Alsina se alinea en la dirección de los grandes Tratados sistemáticos, que superan el comentario exegético de los distintos preceptos procesales. En tal sentido, debe reconocerse el esfuerzo que ello significa ante una legislación procesal múltiple, como es la del régimen federal argentino. Esta obra alcanzó una vasta difusión dentro y fuera del país y abrió una nueva etapa en el desarrollo de la disciplina.

#### EL DERECHO LABORAL.

114. El portentoso desarrollo económico e industrial de la segunda mitad del siglo XIX había provocado notorios abusos en las relaciones laborales, reguladas entonces por las normas de un derecho liberal individualista, propio de la centuria, contenido en el Código Civil. Fue entonces cuando empezaron a delinearse nuevas concepciones que proclamaron la necesidad de que el Estado interviniese para tutelar a los obreros, estableciendo justas condiciones de trabajo.

Al producirse entre nosotros las primeras agitaciones sociales, entre fines del siglo pasado y principios del actual, la opinión pública y el mismo gobierno se preocuparon seriamente por hallar soluciones aceptables. Así surgió en 1904 un proyecto de Ley Nacional del Trabajo, elaborado por el Poder Ejecutivo. Aunque no alcanzó sanción oficial, esta obra, además de servir de base al posterior desarrollo legislativo, dio origen a un vibrante debate ideológico entre quienes la apoyaban, por un lado, la deseaban más avanzada por otro, o la de quienes la combatían francamente. Entre estos últimos, se destacó la actitud crítica de Estanislao S. Zeballos, según lo ha revelado un reciente estudio de Eduardo Martiré.

El tema preocupó hondamente a varios de los juristas del Centenario, como Colmo, Lafaille y Tobal, pero

las obras de Alfredo L. Palacios y Alejandro M. Unsain son las más ilustrativas al respecto. Palacios reunió en 1920 bajo el título *El Nuevo Derecho* sus conferencias sobre legislación del trabajo dictadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Sostuvo entonces que el Código Civil no se adaptaba ya a "las nuevas orientaciones del pensamiento, determinadas en gran parte por la realidad económica". Al estudiar la ley civil en sus relaciones con el trabajo, afirmaba que "la industria moderna ha determinado nuevas necesidades, nuevas relaciones de derecho entre patrones y obreros, y que esas relaciones producidas exigían nuevos preceptos legales". Dentro de las variadas influencias que convergían sobre el pensamiento socialista de Palacios, cabe señalar, entre las más destacadas, al jurista vienés Antonio Menger —el más decidido impugnador del positivismo científico, desde la perspectiva socialista—, y al francés Juan Jaurés. La influencia de este último se manifiesta sobre todo en su búsqueda de conciliación entre el materialismo y el idealismo.

Desde un punto de vista más orgánico se destaca la labor de Unsain, profesor de la disciplina en las Universidades de La Plata y Buenos Aires. Ya en 1915 publicó su *Manual de la legislación obrera argentina*, en donde afirma que "tenemos una legislación obrera, no tan insignificante como algunos la suponen, ni tan reciente como otros la imaginan". Su labor en la disciplina se prolongó, a través de otras obras o el ejercicio de la cátedra, hasta más allá del medio siglo.

Aun cuando ya a través de casi media centuria se había desarrollado una sólida conciencia jurídica acerca del significado de esta rama del Derecho, es indudable que a partir del movimiento militar de 1943 la legislación social se intensificó y extendió, bajo la inspiración, en buena parte, de la doctrina cristiana, emergente de las encíclicas papales. Sin embargo, este proceso fue, bien pronto, desnaturalizado por la demagogia política, que la usufructuó en su propio interés.

EL FIN DEL CICLO GENERACIONAL.

115. Los juristas de 1910 debían terminar su ciclo de mayor vitalidad intelectual, si tenemos en cuenta para ello la edad de 70 años, entre 1943 y 1957. Es decir, que al promediar el siglo, esta generación necesariamente se hubiese hallado en trance de dar paso a la siguiente. Sin embargo, su trayectoria fue abruptamente interrumpida por la grave crisis universitaria suscitada en las distintas universidades del país a raíz del movimiento revolucionario de 1943 y de la instauración del nuevo gobierno constitucional, en 1946.

La crisis provocó la renuncia o separación de casi todos aquellos profesores, interrumpiéndose así no sólo el aporte valioso que aún podían dar desde sus cátedras, sino también la normal renovación del claustro profesoral mediante la trasmisión del acervo intelectual de maestros a discípulos. No obstante, su obra contribuyó a afirmar una sólida tradición jurídica propia, que constituye un legado valioso e irrenunciable que las futuras generaciones deben conservar y perfeccionar.

Pese a que, desde entonces, han transcurrido tres décadas y por consiguiente varias generaciones nuevas recorren ya su trayectoria intelectual, considero que es aún historia muy fresca —y por lo tanto poco sólida— para volcarla en unas páginas que pretenden mostrar los rasgos esenciales de nuestra tradición jurídica, pero guardando una perspectiva adecuada de los acontecimientos, sólo alcanzable con la decantación que produce el tiempo.

## BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL

Como orientación filosófica general, véase: MARÍAS, *Historia de la filosofía*, cit. Para la filosofía en la Argentina: ALBERINI, *La filosofía alemana*, cit.; CATURELLI, *La filosofía*, cit.; LUIS FARRÉ, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, Buenos Aires, 1958; PRO, *Periodización*, cit.; y TORCHIA ESTRADA, *La filosofía*, cit.

Con relación a la filosofía del derecho en las primeras décadas del siglo, véase el libro de época de LUIS RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*. Barcelona, 1929. También puede verse: RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II y III; WIEACKER, *Historia*, cit.; y ALFRED VERDROSS, *La filosofía del Derecho del mundo occidental*. México, 1962.

Respecto a la influencia de Stammler: ALBERTO J. RODRÍGUEZ, *La última época de la enseñanza de la filosofía del derecho en el presente y porvenir de la Filosofía del Derecho*, Córdoba, 1939. Sobre Kelsen y su gravitación entre nosotros: JULIO C. CUETO RUA, *Hans Kelsen (1881-1973)* en *La Ley*, t. 150, Buenos Aires, 1973.

Para los juristas de la generación de 1910, véase mi trabajo *Los juristas argentinos de la generación de 1910* en *Revista de Historia del Derecho*, n° 2, Buenos Aires, 1974. Un interesante testimonio de época lo constituye la obra de PESTALARDO, *Historia de la enseñanza*, cit.

Un estudio parcial sobre este período realizado por CARLOS COSSIO, *Teoría y práctica del Derecho en el volumen colectivo Argentina 1930-1960*, Ed. Sur, Buenos Aires, 1961, contiene interesantes apreciaciones del autor, aunque algunas son muy sub-

Sobre ley y costumbre, véase JOHN GILISSEN, *La loi et le coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen âge*. Bruselas [1962]. Un punto de vista de la cuestión en MARCO AURELIO RISOLÍA, *Grandeza y desprestigio de la ley*, Buenos Aires, 1961.

Sobre derecho penal, puede verse: FRANCISCO P. LAPLAZA, *Los estudios penales en la Argentina en Boletín del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 67-68, Buenos Aires, 1938; JUAN P. RAMOS, *La evolución de las ideas penales en la Argentina en Conferencias sobre derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1929; y SEBASTIÁN SOLER, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966.

Con relación a las ideas suscitadas en torno al proyecto de Ley Nacional del Trabajo, consúltese EDUARDO MARTIRÉ, *El proyecto de Ley Nacional del Trabajo (1904) a través de la prensa porteña* en *Revista de Historia del Derecho*, n° 3, Buenos Aires, 1975.

Con relación a la reforma del Código Civil, he utilizado los trabajos de HÉCTOR LAFAILLE, *La reforma del Código Civil y el Anteproyecto Babiloni* en *Jurisprudencia Argentina*, t. 42, Buenos Aires, 1933; y *Orientación y técnica de la reforma del Código Civil* en *Jurisprudencia Argentina*, t. 55, Buenos Aires, 1936. También NORBERTO GOROSTIAGA, *El Código Civil y su reforma ante el Derecho Civil comparado*, Buenos Aires, 1940.

Referencias útiles al desarrollo de algunas ramas del Derecho, pueden encontrarse en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD HEBREA DE JERUSALÉN, *Balance de la bibliografía jurídica argentina hasta 1950*. Buenos Aires, 1953.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

## INDICE DE MATERIAS

(POR PARAGRAFOS)

- Casuística jurídica: 24.  
Católicos: 50, 75, 81 y 82.  
Ciencias Sociales: 89, 92, 102.  
Codificación: 29, 67, 90, 91.  
Código: 11, 22, 23, 38, 48, 54, 58, 69.  
    anteproyecto de Babiloni, 102.  
    civil argentino, 69, 85, 86, 102, 114.  
    civil alemán, 29, 77, 85, 102.  
    civil francés, 58, 67, 69, 85.  
    penal, 66, 102, 103, 112.  
    proyecto de 1936, 102.  
Constitución: 9, 10, 19, 32, 34, 42, 48, 82, 87.  
    nacional de 1853, 59, 68, 71, 73, 87.  
    norteamericana, 68.  
Costumbre:  
    como fuente del derecho, 13, 103-104.  
Derecho:  
    concepto, 12, 17, 43, 67, 90.  
Derecho científico:  
    concepto, 54.  
    influencia, 62, 69, 75.  
Derecho Civil: 21, 35, 84, 85, 107-109.  
Derecho Constitucional: 65, 87, 111.  
Derecho Laboral: 114.  
Derecho Marítimo Internacional: 39.  
Derecho Natural: 65, 81, 96, 98.  
    concepto y significación, 70, 90.  
Derecho Natural y de Gentes: 21.  
Derecho Penal: 65, 88, 112.  
Derecho Político: 111.  
Derecho Procesal: 113.  
Derecho Público: 35.  
Derecho Público Provincial: 65, 111.  
Derecho Romano: 29, 65, 69, 86.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Eclecticismo:  
  filosófico, 30, 40, 49, 75, 81.  
  jurídico, 47, 49, 62, 68, 69, 75.  
Empirismo jurídico: 24, 27, 34.  
Enseñanza del derecho: 21, 35, 80, 84, 102.  
Escolástica: 1, 68.  
Escuela de la Exégesis: 58, 69, 76, 84-86, 107.  
Escuela del Derecho Natural Racionalista: 1, 7, 11, 15, 21, 29, 70.  
Escuela española del s. XVI: 1, 21, 68, 98.  
Escuela Histórica del Derecho: 29, 53, 57, 70, 77, 89.  
Escuela Positiva Penal: 88, 103, 112.  
Espiritualismo: 49.  
Filosofía del Derecho: 81, 94-98.  
Hechos sociales: 80.  
Historia del Derecho: 92, 110.  
Historicismo jurídico: 29, 31, 40, 42, 46, 53, 62, 67, 68, 73, 75, 89, 91.  
Ideología: 16, 26.  
Iluminismo: 4, 6, 11, 26, 28, 29, 40, 45, 46, 49, 62, 68.  
Ilustración: 1, 4, 7, 8, 14-19, 21, 25.  
Jurisprudencia:  
  como fuente del derecho, 103, 105, 106.  
  antigua (crítica), 23, 44.  
Juristas:  
  a partir de 1810, 5, 6.  
  en la década del 20, 20-22.  
  en la época de Rosas, 34-35, 41.  
  en la generación de 1837, 40, 73.  
  entre 1852 y 1880, 50, 63-64.  
  después de 1880, 81, 82, 84-89.  
  la generación de 1910, 100, 101, 115.  
  otros posteriores, 100.  
  pensamiento de V. Alsina, 37-39.  
  pensamiento de J. B. Alberdi, 42-47.  
  pensamiento de J. A. García, 89-92.  
Justicia: 77.  
  concepto, 12, 17.  
  como fundamento del derecho, 72-74.  
Krausismo: 75, 81.  
Legislación comparada: 56, 61, 69.  
Ley: 90, 103, 106.  
  imperio de la, 13, 52, 74.  
Liberalismo: 17, 18, 52, 81-83.  
Literatura jurídica:  
  alemana, 57.  
  argentina, 7, 20-22, 36-39, 40, 42-47, 65, 85-89, 101, 109-114.  
  española, 7, 60.  
  francesa, 7, 15, 18, 25, 58, 86, 107.

  inglesa, 7, 15, 17, 25, 59.  
  italiana, 7, 15.  
  norteamericana, 7, 25, 59.  
Memorial Ajustado: 36.  
Método: 23.  
  causal, 78.  
  científico, 102, 108, 109, 113.  
  exegético, 78, 84, 85, 99, 102, 107-109, 113.  
  experimental, 88, 99, 111.  
  histórico, 80, 110, 111.  
  positivo, 84, 102.  
Modelo:  
  legislativo, 25, 46, 66-69.  
Moral:  
  como fundamento del orden social, 71.  
Naturalismo jurídico: 78-80, 84, 87-89.  
Neokantismo: 94-96.  
Neotomismo: 94, 98.  
Orden legislativo:  
  antiguo, 11, 12, 23, 38, 44, 69, 86.  
  moderno, 11, 23, 25, 46-47, 66.  
Pandectismo: 57, 77.  
Patronato Nacional: 36.  
Positivismo: 62, 75, 82.  
  concepto, 76.  
  crítica y superación, 93, 94, 102.  
  científico, 77, 99.  
  legalista, 99, 103.  
  penal, 88, 112.  
  psicológico, 87, 89, 92.  
  sociológico, 79, 80, 84, 87-89, 99, 102, 110.  
Progreso: 7, 68, 82, 93.  
Racionalismo: 1, 7, 14, 15, 21, 25, 26, 28, 29, 42, 49, 53, 62, 67, 74.  
  (religioso), 51, 75, 82.  
Reforma:  
  de la administración de justicia, 12, 20, 38.  
  legislativa, 7, 15, 21, 22, 33, 38, 67, 75, 102.  
Religión:  
  como fundamento del orden social, 66, 71.  
Romanticismo: 28, 31, 40, 42, 47, 49, 68.  
Sistema de Derecho: 23, 29, 47, 74, 77.  
Teólogos: 5, 63.  
Tradición: 1, 4, 5, 6, 8, 11, 12, 25, 53, 60, 62, 66, 69, 86, 87.  
Utilitarismo: 17, 21, 28, 45.

## INDICE DE NOMBRES Y AUTORES CITADOS

(POR PAGINAS)

- Acevedo, Eduardo: 80, 90.  
Achaval Rodríguez, Tristán: 112.  
Aftalión, Enrique R.: 14, 33, 69, 88, 91.  
Agrelo, Pedro José: 57.  
Ahrens, Enrique: 110.  
Alberdi, Juan Bautista: 62-67, 69, 80-82, 85, 87, 93-95.  
Alberini, Coriolano: 14, 69, 123, 128, 150.  
Alcorta, Diego: 37.  
Alsina, Hugo: 133, 146.  
Alsina, Valentin: 58, 61, 69, 82-83.  
Alvarez, José M.: 93, 100.  
Ameghino, Florentino: 108.  
Anchorena, Tomás Manuel de: 56.  
Aneiros, León Federico: 80.  
Aristóteles: 129.  
Aubry, Carlos: 77.  
Auza, Néstor Tomás: 111, 123.  
Avellaneda, Nicolás: 74, 80, 82.  
Bain, Alejandro: 119.  
Balme, Jaime: 72.  
Barraquero, Julián: 110.  
Bas, Arturo M.: 145.  
Beccaria, César: 36.  
Belgrano, Manuel: 22, 95.  
Belgrano, Mario C.: 47.  
Bellemare, Guret: 41.  
Bentham, Jeremías: 38-40, 65, 85, 94, 105.  
Bergson, Enrique: 127.  
Bibiloni, Juan A.: 113, 133, 135, 136, 151.  
Bielsa, Rafael: 133.  
Bilbao, Francisco: 73.  
Bonaparte, Napoleón: 18.  
Bonnecasse, J.: 77.  
Brentano, Franz: 127.  
Bunge, Carlos Octavio: 104, 122, 132, 143.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Cabanis, Pedro: 37.  
Cáceres, Luis: 110.  
Carlos IV: 28.  
Casagemas, Rafael: 56, 80, 98, 100.  
Casares, Tomás D.: 131, 133, 139.  
Castañeda, Francisco de Paula: 44-46, 95.  
Castelli, Juan José: 22, 25.  
Castillo de Bovadilla, Jerónimo: 24, 115.  
Castro, Manuel Antonio de: 22, 31, 40.  
Castro, Máximo: 146.  
Castro Barros, Pedro Ignacio de: 23.  
Caturelli, Alberto: 14, 69, 72, 91, 123, 150.  
Colmo, Alfredo: 132, 135, 139, 141, 142, 147.  
Coll, Jorge Eduardo: 146.  
Comte, Augusto: 108, 109, 117, 119.  
Condillac, Esteban: 37.  
Constant, Benjamín: 39.  
Cortés, Gerónimo: 88, 115.  
Cossio, Carlos: 130, 133, 150.  
Costa, Eduardo: 111.  
Cousin, Victor: 53.  
Covarrubias: 24.  
Cueto Rua, Julio C.: 130, 150.  
Cnaneton, Abel: 114, 123.  
Chiovenda: 146.  
Chitty, José: 58, 61.  
Dana Montañó, Salvador: 14.  
Darwin, Carlos: 108, 109, 117.  
Demolombe, Juan Carlos: 77.  
Destutt de Tracy, Antonio: 37.  
Dilthey, Guillermo: 127.  
Donoso Cortés, Juan: 72.  
D'Ors, Eugenio: 128.  
Duranton, Alejandro: 77.  
Echeverría, Esteban: 62.  
Elizalde, Rufino: 63.  
Escalante, Wenceslao: 110.  
Esquiú, Mamerto: 72, 80, 93, 96.  
Estrada, José Manuel: 72, 81, 112, 116.  
Farré, Luis: 150.  
Fernández de Agüero, Juan M.: 37.  
Fernando VII: 18, 25.  
Ferreira, Ramón: 82, 93.  
Ferri, Enrique: 117.  
Filangieri, Cayetano: 24, 36.  
Freitas, Augusto T. de: 75, 88, 89.  
Frías, Félix: 72, 80, 96.  
Funes, Gregorio: 21, 22, 25, 28, 29, 33.

Funes, José Roque: 23.  
Furlong, Guillermo: 33.  
Gandia, Enrique de: 14.  
García, Baldomero: 56, 94.  
García, Juan Agustín: 118-123, 133, 134, 143.  
García, Rafael: 80, 113.  
García Belsunce, César A.: 33.  
García Goyena, Florencio: 90.  
García Morente, Manuel: 128.  
Garófalo, Rafael: 117, 118.  
Garrigós, Octavio: 84.  
Gény, Francisco: 138, 141.  
Gilissen, John: 150.  
Gómez, Eusebio: 132, 145, 146.  
González, Florentino: 78, 87.  
González, Joaquín V.: 117, 119.  
González, Nemesio: 118.  
González Calderón, Juan A.: 132, 135, 144.  
Gorostiaga, José Benjamín: 63, 80, 87.  
Gorostiaga, Norberto: 136, 151.  
Gorriti, Juan Ignacio: 23, 95.  
Goyena, Pedro: 81, 112.  
Griffin, Charles C.: 33.  
Grocio, Hugo: 24, 36, 41.  
Gutiérrez, Juan M.: 62, 80.  
Hartmann, Nicolai: 127.  
Heidegger, Martín: 127.  
Heinecio, Juan Teófilo de: 41.  
Hobbes, Tomás: 41.  
Husserl, Edmundo: 127.  
Ihering, Rodolfo von: 140.  
Ingenieros, José: 14.  
Irigoyen, Bernardo de: 63.  
Jaurés, Juan: 148.  
Jofré, Tomás: 132, 146.  
Juárez Celman, Miguel: 112.  
Justiniano: 89.  
Kant, Manuel: 127.  
Kelsen, Hans: 128-130, 150.  
Korn, Alejandro: 14, 128.  
Krause, Carlos Federico: 110.  
Lafaille, Héctor: 88-91, 132, 135, 136, 139, 142, 143, 147, 151.  
Lafinur, Juan Crisóstomo: 37.  
Lahitte, Eduardo: 56.  
Lamennais: 72.  
Laplaza, Francisco P.: 151.  
León, Pedro: 133.  
Levaggi, Abelardo: 15, 109, 123.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Levene, Ricardo: 14, 47, 91, 122, 132, 135, 143.  
Lerminier, Eugenio: 53, 96.  
Locke, Juan: 36.  
Lombroso, César: 117.  
López, José Francisco: 76, 80.  
López, Lucio V.: 115, 116.  
López, Vicente Fidel: 62, 74, 80, 82.  
Llerena, Baldomero: 113, 114.  
Machado, José Olegario: 113, 114, 115.  
Magariños Cervantes, Alejandro: 99.  
Malagarriga, Carlos C.: 133.  
Marcadé, Víctor Napoleón: 77.  
Marias, Julián: 123, 150.  
Mariluz Urquijo, José M.: 15, 59, 69.  
Martínez Paz, Enrique: 129, 132, 135.  
Martínez Villada, Luis Guillermo: 128.  
Martiré, Eduardo: 147, 151.  
Matienzo, José Nicolás: 117.  
Menger, Antonio: 148.  
Monteagudo, Bernardo: 22, 28.  
Montesquieu: 24, 36, 94.  
Moreno, José María: 75, 80, 113, 142.  
Moreno, Mariano: 22, 25, 28, 32.  
Moreno, Rodolfo: 145.  
Moyano Gacitúa, Cornelio: 118.  
Navarro Viola, Miguel: 72, 80.  
Obarrio, Manuel: 81.  
Orgaz, Arturo: 133.  
Orgaz, Raúl A.: 14, 15, 69, 133, 135.  
Ortega y Gasset, José: 128.  
Palacios, Alfredo L.: 132, 148.  
Paso, Juan José: 22, 25, 28.  
Peco, José: 146.  
Peña, Roberto I.: 33.  
Pérez Gomar, Gregorio: 93.  
Pestalardo, Agustín: 123, 150.  
Peyret, Alejandro: 73.  
Piñero, Norberto: 118, 145.  
Pizzaro, Manuel D.: 112.  
Planiol, Marcelo: 140, 143.  
Platón: 129.  
Podetti, J. Ramiro: 133.  
Pro, Diego F.: 14, 19, 33, 38, 47, 69, 72, 91, 123, 128, 150.  
Puchta, Jorge Federico: 106.  
Pufendorf, Samuel: 24, 36, 41.  
Quiroga, Juan Facundo: 56.  
Quiroga de la Rosa, Manuel J.: 62, 85.  
Ramos, Juan P.: 132, 145, 151.

Rau, Federico Carlos: 77.  
Ravignani, Emilio: 132.  
Rébora, Juan Carlos: 132.  
Recaséns Siches, Luis: 128, 150.  
Renán, Ernesto: 117, 119, 120.  
Risolia, Marco Aurelio: 150.  
Rivadavia, Bernardino: 35-36, 38, 39, 45, 59.  
Rivarola, Rodolfo: 133.  
Roca, Julio A.: 111.  
Rodríguez, Alberto J.: 129, 150.  
Rodríguez, Cayetano: 23.  
Rodríguez Paniagua, José M.: 123, 150.  
Roig, Arturo A.: 14, 72, 91, 109, 110, 123.  
Romero, José Luis: 14.  
Romero Carranza, Ambrosio: 123.  
Rosas, Juan Manuel de: 35, 36, 50, 55, 56, 63, 71, 73, 82.  
Rougés, Alberto: 128.  
Rousseau, Juan Jacobo: 24, 36, 39, 65.  
Ruiz Moreno, Isidoro: 132.  
Sáenz, Antonio: 22, 41, 93, 95, 98.  
Sáenz Peña, Luis: 63.  
Sáez, Manuel Antonio: 72, 76, 80, 82, 115.  
Saleilles, Raimundo: 140.  
Salvat, Raymundo M.: 132, 138, 142, 143.  
Sampay, Arturo Enrique: 91.  
Sarmiento, Domingo F.: 78, 80, 83, 87.  
Savigny, Federico Carlos de: 51, 52, 53, 76, 89, 119, 120, 136.  
Scheler, Max: 127.  
Segovia, Lisandro Vicente: 113-115.  
Sierra, Vicente D.: 14.  
Soler, Ricaurte: 123.  
Soler, Sebastián: 133, 146, 151.  
Solórzano Pereira, Juan de: 115.  
Somellera, Pedro A. de: 40-41, 100.  
Soto, Domingo de: 131.  
Spencer, Heriberto: 108, 109, 117.  
Stammler, Rodolfo: 128, 129, 150.  
Stoetzer, O. Carlos: 33, 47.  
Story, José: 78.  
Suárez, Francisco: 131.  
Taine, Hipólito: 117, 119.  
Tau Anzoátegui, Víctor: 47.  
Tejedor, Carlos: 80, 82, 84.  
Thibaut, Antonio F.: 51-52.  
Tobal, Gastón Federico: 132, 135, 139, 147.  
Tomás de Aquino, Santo: 88, 127.  
Torchia Estrada, Juan: 14, 47, 69, 123, 150.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

162

Troplong: 77.  
Ugarte, Marcelino: 63, 91.  
Unsain, Alejandro M.: 132, 148.  
Varela, Florencio: 59.  
Vattel: 41.  
Vedia y Mitre, Mariano: 14, 132, 145.  
Vélez Sarsfield, Dalmacio: 80-82, 84, 90, 91, 115, 123, 135, 136.  
Verdross, Alfredo: 150.  
Vico, Carlos M.: 132.  
Victorica, Benjamín: 80.  
Villapando: 24.  
Viola, Santiago: 99.  
Wieacker, Franz: 69, 106, 123, 150.  
Wilde, Eduardo: 111.  
Windscheid, Bernardo: 106.  
Wolf, Cristian: 41.  
Xigena, José Dámaso: 23.  
Yrigoyen, Hipólito: 110.  
Zavalía, Clodomiro: 145.  
Zeballos, Estanislao S.: 147.  
Zorraquin Becú, Ricardo: 14, 33, 72, 91, 101.  
Zuviría, Facundo de: 72, 80, 83, 96.

## INDICE GENERAL

	PÁG.
Prólogo .....	13
Capítulo I. <i>La Revolución de Mayo y sus efectos ideológicos</i> .....	17
El legado ideológico y el marco histórico. - Hombres y tendencias. - Las influencias ideológicas. - Los problemas jurídicos. - La crítica contra España y el antiguo orden legislativo. - El imperio de la ley.	
Capítulo II. <i>Apogeo y crítica del racionalismo</i> .....	35
Generalidades. - Las principales influencias. - Cómo se reflejan estas ideas. - Hacia un nuevo estilo jurídico. - La creación jurídica empírica. - La crítica ideológica de Castañeda.	
Capítulo III. <i>Aparición del romanticismo y del historicismo jurídico</i> .....	49
El cuadro histórico. - Las líneas ideológicas. - Síntomas de una nueva mentalidad. - El problema del ejercicio del Patronato. - Un jurista de la época: Valentín Alsina. - El Salón Literario de 1837 y sus proyecciones jurídicas. - El "Fragmento preliminar al estudio del Derecho" de Alberdi.	
Capítulo IV. <i>Afirmación del eclecticismo</i> .....	71
El panorama ideológico de mediados de siglo - Los juristas actuantes. - Las obras orgánicas. - Las bases del nuevo orden jurídico. - Las ideas sobre la codificación. - La Constitución de 1853 y el Código Civil: modelos e influencias.	
Capítulo V. <i>Sobre la concepción del Derecho al promediar la centuria</i> .....	93
El Derecho Natural. - La moral y la religión como fundamentos del orden social. La justicia como fundamento del Derecho. La justicia como acto trascendente. La justicia civil.	

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

	PÁG.
Capítulo VI. <i>Predominio del positivismo</i> .....	103
Generalidades. - ¿Qué es el positivismo? - La polémica entre liberales y católicos. El Derecho Civil. - Las obras de Derecho Constitucional. - Los estudios penales. - El desarrollo de las ciencias sociales.	
Capítulo VII. <i>Hacia la crítica y superación del positivismo</i> ..	125
Generalidades. - El panorama ideológico y las influencias. - Los juristas de la generación de 1910. Ley, costumbre y jurisprudencia. El Derecho Civil. La Historia del Derecho. Derecho Constitucional, Público Provincial y Político. - El Derecho Penal. El Derecho Procesal. El Derecho Laboral. El fin del ciclo generacional.	
Índice de materias .....	153
Índice de nombres y autores citados .....	157

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

La impresión de este libro fue terminada el día 8 de agosto de 1977 en los talleres gráficos A. Baiocco y Cia. s.r.l., Centenera 461, Buenos Aires.