

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

Justino Jiménez de Aréchaga: "Sobre Derecho Público Español" (Diez esquemas de clase). — Montevideo, 1940, I, 131 págs.

I

La historia de las instituciones jurídicas ha logrado, en América, dignidad de disciplina universitaria, y este hecho científico, no reciente por cierto, pero alimentado hoy por vigorosísimos esfuerzos intelectuales, logra relieve singular.

La ilustrísima universidad de San Marcos, refleja en la obra de JORGE BASADRE, *Historia del Derecho Peruano, I, Lima, 1937*, el extraordinario valor de la tradición legal del país. La cultura jurídica de los diversos períodos, en los tres siglos coloniales y vida republicana ulterior, se revela en sus páginas, orientadas por el más afinado de los métodos, el historicismo dogmático.

En Méjico, los trabajos de SILVIO ZAVALA —cuya mirada zahorí ha logrado dominar vastos panoramas— se unen a la documentada y crítica exposición de los principales sistemas históricos de derecho —Derecho español metropolitico, Derecho azteca, Derecho español en América (Derecho indiano)— realizada por T. ESQUIVEL OBREGÓN en sus *Apuntes para la Historia del Derecho en Méjico, I - II, Méjico, 1937* 38. Esta última obra, cuya estructura científica no está exenta de mácula, originada en las ocupaciones políticas y sociales de la actualidad, es una de las más vigorosas expresiones del historicismo al cual me refiero.

ANTONIO IRIBARRÉN con su *Historia General del Derecho, I, Santiago de Chile, 1938*, permite captar la evolución jurídica operada en el ámbito territorial de la soberanía de la actual República de Chile, y alcanzar las formas sociológicas y jurídicas originarias de las instituciones públicas y privadas del país, siguiendo —en este sentido— los trazos firmes de las anteriores investigaciones de VALENTÍN LETELIER, de cuya significación en los estudios históricos sociológicos en Argentina y Chile, deberá darse cuenta en oportunidad siempre despierta para ello. Aporta, por otra parte, el libro de IRIBARRÉN, las noticias más resaltantes de la historia del derecho chileno.

Es frecuente encontrar en estas obras, los signos de orientaciones las más relevantes en el campo de las disciplinas históricas. Esta referencia noticiosa, se propone también llevar la atención de muchos cultores de las ciencias jurídicas y sociales, sobre la extraordinaria significación que se da en América al conocimiento de nuestras instituciones coloniales y las vigentes en los ulterio-

res períodos históricos. Y también cómo, por los órganos más expresivos de toda cultura, juegos intelectuales de congresos científicos —recuerdo que en Olimpia la lectura de las obras de poetas e historiadores formaba parte de los juegos— o en la palestra docente de sus Universidades, se hacen oír las voces que testifican sobre el pasado jurídico de cada Nación.

II

El nombre de JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, jurista uruguayo, no es extraño a los historiadores del derecho. Su estudio *Evolución de la propiedad territorial*, publicado en 1908, unido a otros que son producto de su vocación por el conocimiento del derecho político, concretada en diversas obras, tiene también la compañía de la brillante conferencia pronunciada en octubre de 1925, en Montevideo, sobre los *Orígenes hispanos del Derecho de América*, donde señala la génesis hispana de las instituciones libres. En el fuero primero de Sobrarbe del rey don Pelayo —dice— en 744, y en las Constituciones —como las designa— de León de 1012, 1020 y 1188, se fijan las bases del poder municipal de los Concejos y las garantías de la libertad que siglos después arrancarían al rey Juan los barones ingleses en la Magna Carta de 1215. Fácil es comprender que nos referimos a quien inicia la tradición docente que se prolonga hoy en su hijo, JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que dicta, como aspirante al profesorado universitario, en la Facultad de Derecho de Montevideo, las diez clases que integran el libro, *Sobre Derecho Público Español*. Leyéndolas, se advierte la presencia de las aptitudes del maestro: claridad en las ideas y erudición auténtica en valiosas fuentes documentales e historiográficas. Esto último, históricamente de fundamental interés, pero digno de alabanza lo primero, existiendo como existen tantos eruditos admiradores de la antigüedad o agudísimos conocedores del derecho vigente.

III

Comienza el autor, exponiendo la prehistoria del Derecho español; estudio histórico y no filosófico el suyo, trata de alcanzar los orígenes de un sistema jurídico determinado, como medio de hacer más exacta y cabal su comprensión STAMMLER —recordemos— señala que sólo cabe estudiar, de un modo general, “los orígenes del derecho en cuanto a sus transformaciones dentro de ciertos períodos históricos” Esto valoriza la tarea destinada a la cultura histórica de un pueblo: conocer el origen remoto de su derecho y ulterior evolución.

La España romana es motivo de la segunda lección, y la especial modalidad de los estudios que se propone, limita su contenido a la organización política y administrativa de la dominación, en períodos que hace coincidir con la República y el Imperio hasta Dioclesiano y ulteriores reformas a partir de éste.

La organización local, tiene por fundamento el reconocimiento de una mayor o menor libertad a las poblaciones, según el grado de devoción al Imperio, e impone la distinción de las ciudades provinciales —que mantienen en general su régimen indígena— en estipendiarias, libres y confederadas; cada una de ellas, con una determinada organización política y relativa dependencia económica. Igualmente se conocen las ciudades con organización romana: colonias (romanas, itálicas y latinas) y los Municipios. Al lado de estos grupos, las ciudades castrenses y los distritos mineros.

La Romanización en el siglo XIII y el problema del feudalismo en Es-

paña, es tema de la tercera lección, en la que son expuestas las fuentes históricas del derecho y en síntesis expresiva, el fenómeno de la recepción del derecho puro justineano, en contraste u oposición con el proceso jurídico que encarna la España bárbara feudal, en especial en lo relativo al origen y forma del Estado

Combate la creencia tradicional que define al feudalismo como la muerte o, por lo menos, el eclipse del Derecho Público. Emerge de ahí la tesis triunfante de MANUEL TORRES, profesor de Salamanca, según la cual "el Estado visigótico descansó sobre principios de Derecho Público, sin que pueda justamente hablarse de un estado patrimonial como frecuentemente se hace, ni tampoco formado por ideas puramente romanas, ni tampoco, finalmente, como basado en sólo una relación directa del Rey con algunos súbditos que a su vez la tuvieron, distinta de la política, con súbditos inferiores". El feudalismo visigótico está fundado sobre principios de derecho público, y por ello resultan altamente significativos los elementos germánicos en la formación del derecho público peninsular. La teoría de la libertad individual, como teoría del Derecho Público, debe haber tenido origen antes en España que en Francia. Sólo en una comunidad de hombres fundada en principios de derecho público, emancipada de la concepción patrimonialista del poder, pudo surgir el dogma de la soberanía popular, el principio de la responsabilidad en el gobierno, antes que en parte alguna de la tierra

El desarrollo de la tesis de TORRES sobre el proceso de formación del estado visigótico, está justificado, pues que la historia polémica acerca de dónde nació el concepto de la libertad civil, dividió a los autores en dos bandos: los que reivindican su origen francés (filósofos del siglo XVIII) y los que, como JELLINEK, rastrean su génesis en el proceso de la Reforma. De aceptar una de estas dos tesis, sería necesario buscar la fuente de las normas constitucionales nacionales que disciplinan la libertad, o bien en las constituciones revolucionarias francesas, o bien en los textos sancionados por las colonias inglesas de la América del Norte. Frente a estas dos disposiciones, que se confrontan en la obra de BOUTMY, creemos posible afirmar una tercera. Entendemos —dice con claro sentido histórico JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA— que no sólo en una investigación de orígenes, la primera afirmación de los principios de la libertad civil en textos legales, ha de encontrarse en España, sino que existe una diferencia esencial entre el modo de cristalizar el régimen de la libertad individual en España y en los demás países del continente europeo.

Los capítulos IV y V, están dedicados a la España de la Reconquista y a mostrar los elementos de gobierno representativo y las garantías contra el despotismo real. Trata así el autor de las Cortes, que, siguiendo la tesis tradicional, admite como la *juris continuatio* de los Concilios de Toledo. No desearía discutir aquí este punto. Sólo refiero la evidencia histórica: no existen documentos que atestigüen la persistencia de los concilios visigóticos durante la Reconquista. Por otra parte, la representación estamental del estado llano, no apareció en las precitadas asambleas mixtas toledanas

La lección V destaca un acertado perfil del Justicia Mayor de Aragón, magistrado encargado de tutelar y de amparar los derechos y libertades individuales. Explica con acuidad resaltante, los procedimientos tendientes a lograr el amparo que el Justicia ejercía, llamados la *firma de derechos* y el *fuego de manifestación*. Por la firma de derecho mandaba respetar la propiedad y posesión de todo individuo, mientras no fuese vencido en juicio por contradictor, el cual debía depositar previamente fianza bastante en garantía de estar a lo juzgado.

El fuero de manifestación permitía reclamar la entrega de cualquier individuo que estuviere preso o al cual se le hubiera causado cualquier agravio

con violación de los fueros, reteniéndolo en una cárcel, llamada cárcel de manifestados, mientras se sustanciaba y fallaba el pleito conforme a derecho. Este instituto excepcional, vigente en toda la Edad Media, se extendía aún a los extranjeros que se encontraban en suelo aragonés. COSTA ve en esta institución el antecedente primero del recurso de *Habeas Corpus*, la más preciosa de las modernas garantías de la libertad individual, legislada en Inglaterra recién por 1769.

Y todavía llegaba a más el poder del Justicia. El Rey de Aragón que nunca lo fué “por la gracia de Dios”, sino simple funcionario de esta verdadera democracia, podía ser llevado a juicio por cualquier individuo del Reino, por daños que se le hubieran causado por la autoridad. Nació así un verdadero recurso contencioso-administrativo que era fallado por la justicia, que de este modo hacía efectiva la responsabilidad del Estado frente a sus súbditos.

“La existencia de esta magistratura, sólo se explica en un país como Aragón medieval, en el cual el desarrollo del sentido jurídico es tan extraordinario como su sentido de la libertad. En un país donde se reconoce la igualdad de derechos civiles de marido y mujer, autorizándose aún la libre contratación entre los cónyuges, y el establecimiento de un régimen de separación de bienes entre ellos mediante capitulaciones matrimoniales; donde ya en el siglo XV se crean los registros de propiedad, que deben ser obligatoriamente consultados en todo acto que suponga su transmisión; que destierra antes que pueblo alguno de Europa, de su Derecho procesal, el sistema del tormento para lograr la confesión de los acusados; que previene la aplicación del arbitraje para la solución de los conflictos internacionales; que proclama como León y Castilla, el derecho a la insurrección frente a la ley injusta; que dice al rey, por boca de las Cortes, que “Aragón no consiste ni tiene su principal ser en las fuerzas del Reyno, sino en la libertad, siendo una la voluntad de todos que, cuando ella feneciese, se acabe el Reyno”.

Refléjase en la lección VII, la legislación correspondiente a la España feudal y cristiana, analizando el proceso que lleva del feudalismo al régimen absolutista y a la centralización.

La decadencia del régimen feudal y la marcha hacia el absolutismo, que culmina en la obra legislativa de Alfonso X, están expuestas en las lecciones precedentes a las que tratan las reformas liberales de Carlos III.

IV

No és tanto el material erudito, ni la novedad en las afirmaciones el origen de estas líneas. En el contorno cultural de este libro, está presente la fe en una tarea que debe unir, en el mismo afán científico, a los hispano-americanos: captar la viva unidad histórica de nuestro pasado institucional, que se remonta al origen del sistema que España impuso en Indias en los tres siglos coloniales de su dominio. Ello servirá a la formación del espíritu del jurista, con raíces hondas en la realidad social americana, pues el derecho de un pueblo no sólo encierra los principios jurídicos vigentes en el momento presente, sino también los pasados. Sólo un dogmatismo falto de crítica puede ignorar hoy, que es menester realizar el estudio de las ciencias jurídicas en viva conexión con su historia, vale decir, la situación presente, del derecho del pasado y del futuro. Por ello he creído oportuno recordar algunos testimonios del vigor del historicismo jurídico americano, y el límpido libro de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ha servido de digno pretexto.

RICARDO SMITH

Profesor de Historia del Derecho Argentino