

Ventura, Eduardo; Domínguez Benavides, Alejandro, *Derecho, Cultura Jurídica e Instituciones Argentinas, Siglos XVI a XIX. Los tres siglos monárquicos de nuestro pasado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Educa, 2021

La obra es un estudio desde la historia del derecho, la cultura jurídica y las instituciones durante los siglos XVI a XIX indispensable para la comprensión del período. El estado actual de la ciencia nos permite observar que en 1810, lejos de constituir un punto de ruptura, el derecho castellano e indiano pervivieron incluso luego de la organización constitucional como lo hace notar Annick Lemperiere¹.

La obra se estructura en una introducción y tres partes que tratan sucesivamente el encuentro entre ambos mundos: el derecho indiano y el derecho castellano. La parte introductoria explicita los lineamientos del estudio de la materia, la relación que debe tener con el método científico y los alcances del saber histórico. La historia adquirió categoría de ciencia mediante la escuela alemana de principios del siglo XIX, definiéndola como una rama científica del saber humano con método propio llevada exclusivamente por los integrantes de ese gremio.

La verdad histórica está limitada a la existencia de reliquias, por lo cual la labor debe estar sostenida en tres principios para que sea el resultado del método científico. Frente a la proliferación de textos sin el mínimo rigor, detallan los mismos: 1) el contenido del relato y narración histórica debe estar sostenido sobre pruebas que sean físicamente comprobables; 2) todo acontecimiento humano emerge de circunstancias previas homogéneas según un proceso de desarrollo interno, inmanente, endógeno y secular; 3) un principio denominado la flecha del tiempo que parte de un pasado histórico cerrado a un futuro abierto evitando la anacronía y la ucronía.

Concibiendo las sociedades humanas como sistemas dinámicos y complejos conformados por individuos operativos y grupos colectivos y compues-

1 Lemperiere, A. (2019). El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho. *Rev. Hist. Derecho* [online]. n. 57 [citado 18/07/2020], 117-156.

tos por esferas de actividad distintas, se pueden tratar separadamente pero conectados y en algunos casos interdependientes entre sí. A efectos de explicar la cultura jurídica material distinguen ley y derecho, basándose en la concepción tomista de que el derecho es la cosa justa; establecen como fin de la comunidad política la adecuación de la norma a la recta razón y a la convención humana que, surgida de la racionalidad, prescribe a los actos como justos. Conceptos claves para entender el resto de libro.

La primera parte consta de dos capítulos en los que refiere al encuentro entre dos mundos describiendo la organización castellana, el lugar del derecho y los valores que estaban representados por el cristianismo y su influencia en la organización de Indias. El rol de la religión como ley fundamental del Reino y su implicancia en el derecho de la época son destacados. Contra lo que se sostiene con mucha liviandad remarcan los límites del Rey; la monarquía absoluta no era arbitraria, los límites de la potestad real estaban delimitados en la idea de justicia, las convenciones humanas y el propio derecho promulgado por este. Finalmente, remarcan la participación del estamento común en las Cortes de León como previas a otras de su época, su carácter de cogobernantes junto al Rey y la administración de justicia. Finalizan con la descripción del proceso de concentración de facultades y pérdida de autonomías de las autoridades a merced de la tradición centralista de los borbones.

El segundo capítulo trata la incorporación de las Indias a occidente mediante la evangelización, la educación universitaria y el derecho. Las relaciones entre la Iglesia y la Corona son tratadas a la luz de la doctrina de la época, tanto en el cumplimiento de la concesión pontificia como en el carácter de la personalidad jurídica del aborigen; como sostiene Mariano Fazio², la disputa jurídica y antropológica tuvo consecuencias en la conformación de los estados nacionales de la región. Sobre el valor del proceso, se citan las polémicas que se suscitaron sobre finales del siglo XIX entre Vicente Fidel López, Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield.

Esta parte del libro es de una riqueza incomparable para el conocimiento de la historia y la evolución de la comunidad política. La incorporación de Indias a occidente obedeció a un proceso cultural en que intervinieron los valores del cristianismo introduciendo conceptos desconocidos para los pueblos aborígenes, como ser el de persona. Debidamente fundado en las fuentes, describen la labor de las órdenes franciscanas y jesuitas en ese proceso como las consecuencias producidas a partir de la expulsión de estos

2 Fazio, M. (2013). *Evangelización y Culturas en América Latina. Conquista, Evangelización y Liberación*. Logos.

últimos. Abordan también la organización eclesial en Indias, el Patronato, la obra de las Universidades y de implantación del derecho.

La segunda parte inicia con un capítulo referido al derecho indiano, al destacar su importancia por fundamentar todo el sistema normativo posterior, incluso vigente en el período independiente, completando su estudio el derecho castellano por la influencia de la práctica jurídica indiana sobre las instituciones castellanas durante los siglos XVII y XVIII. Conceptualizando el mismo y su división por etapas, destacan su profundo sentido igualitario y libertario. Su casuismo, particularismo y descentralización como fuentes para las tendencias al autogobierno, el valor a la costumbre como generadora del derecho sin dejar de considerar que ella debía ser interpretada a la luz de valores compartidos. No dejan de lado la discordancia existente entre la norma y la práctica. Mediante las citas de la normativa vigente en la época, las citas a las Partidas, a la Recopilación de 1680, al carácter del derecho castellano cumpliendo el postulado inicial: la historia, para ser científica, debe estar sustentada en los testimonios.

Abordando la creación del virreinato del Río de la Plata, consideran los antecedentes históricos en su primera erección en 1661 y cómo configura el actual territorio argentino, destacando la pertenencia de Cuyo a la jurisdicción chilena y la Real Ordenanza de Intendentes como germen de autogobierno de las futuras provincias argentinas, cuestión debatida en la historiografía.

En una sociedad concebida estamentariamente, efectúan una completa descripción de la administración de justicia aludiendo a los distintos fueros que, además de la justicia ordinaria, existían, por ejemplo, el universitario o el protomedicato. Llama la atención el tratamiento dado al cabildo, célula fundamental de la estatalidad del imperio español en India, a sus funciones y los cabildos abiertos como germen del proceso revolucionario. Asistimos al rescate de Ricardo Zorraquín Becú y otros autores clásicos, que habiendo sido confrontados más desde lo ideológico que desde lo jurídico con una importante dosis de anacronismo, nunca se expuso una tesis superadora a esos estudios.

Caracterizando la sociedad indiana, abordan la condición de vecino en su carácter político y social para indicar el carácter estamentario de la sociedad; sobre el carácter democrático de la sociedad describen una interesante polémica entrecruzando las opiniones de Mitre y Levene, por un lado, con las de Labougle. Interesante resulta la evolución del concepto de gaucho, que habrá que esperar al siglo XX y la obra de Güiraldes para darle su contenido actual. Sobre la condición del aborigen, menciona su situación de ser libre sujeto a tutela para el mejor ejercicio de sus derechos, la pervivencia de sus instituciones y en una clara síntesis marca el confronte entre los conceptos venidos de la concepción occidental del derecho y la recepción

por parte de los pueblos originarios favorecidos por su organización social en aquellos lugares en los que era similar y el proceso de sedentarización donde la mayoría de la población era nómada.

La tercera parte trata la legislación castellana y sus fuentes comenzando por una evolución del componente poblacional que habitó la península ibérica, detallando su heterogeneidad. Desde el inicio existe un elemento constante: el particularismo. Citando el texto de Sánchez Albornoz, destacan el temperamento aventurero de los diversos pueblos venidos de otros lares que dejaron su influencia consolidando grupos humanos distintos. De esos sistemas jurídicos se conoce poco, al no haber documentos que registraran normas que hayan ido más allá del derecho consuetudinario. Sistemas luego reemplazados y en algunos casos trasplantados al derecho romano.

Describiendo el proceso de romanización de la península ibérica explican su avance mediante la penetración cultural y el impacto de los campamentos romanos como facilitador, además, de la organización territorial mediante municipios copiados del modelo romano. La aplicación del derecho romano mediante concesión de la ciudadanía, proceso completado en el año 212 con Caracalla, adquiriendo el *ius civile* aplicación general, mutando de un componente étnico a una concepción política conforme las ventajas que reportaba su adquisición.

Tema central es la vulgarización del derecho romano durante el bajo imperio que permitirá a los pueblos la continua adaptación de éste a las necesidades locales. Los aportes del cristianismo en la búsqueda de soluciones utilitarias (la humanitas, la caritas) como la pervivencia de las costumbres germánicas son descritas como elementos vitales de este derecho. Afirman que la crisis del imperio afecta la libertad interpretativa del jurista sustituyéndola por la del dominus, traduciéndose en una adaptación del derecho a la voluntad de este conllevando la centralización de funciones para la organización social como otro aspecto relevante.

En orden temporal inverso describen la influencia de los visigodos, destacando que la herencia principal fue el derecho y la pervivencia del derecho romano luego de la edad media y la ocupación del islam de la península ibérica. Citando la Recopilación de Indias de 1680 informan su pervivencia en el orden supletorio de aplicación del derecho en Indias. Destacan la limitación de los poderes reales, la labor conciliar –refiriendo a los llevados a cabo en Toledo, con la incorporación de los asuntos eclesiásticos y canónicos en ello, dando cuenta de la interrelación entre ambos órdenes– y la organización jurídico política. El Breviario de Alarico, el Libro de los Jueces, el pensamiento de Isidoro de Sevilla, del que destacan su labor como jurista, son objeto de análisis mediante dos cuestiones relevantes: la *ley* y la *costumbre* con el valor indicado antes sin omitir la influencia del derecho canónico y la

escasa influencia para la tradición jurídica posterior del derecho musulmán y hebreo dejado de aplicar a comienzos del siglo XV.

Resaltan el carácter esencialmente consuetudinario del derecho alto-medieval, tratándose de la expresión de criterios jurídicos espontáneos de la comunidad en aras al bien común. Bidart Campos³ enseñaba que el Juez descubría cuál era el criterio jurídico aplicable al caso concreto, de allí el valor de las sentencias de los jueces, fazañas dictadas en los juicios de libre albedrío, función que luego irá centralizando el Rey como un modo de generalizar el derecho vigente. Prevalciendo el derecho local sobre el territorial, para la generalización de la aplicación del mismo habrá que esperar la aparición del constitucionalismo. Conviene recordar también que al día de hoy, la doctrina del margen de apreciación local está teniendo una revitalización en sus estudios y su aplicación, como lo marcan sentencias de la CSJN –aun en votos en disidencia como el de Rosatti en el caso “Castillo”⁴– y estudios doctrinarios, citando el encabezado por Alfonso Santiago.

La recepción de esos principios en Castilla es analizada a través de la obra de Alfonso X, el Fuero Real y las Partidas que tuvieron larga pervivencia aun en el período independiente. Finaliza con la descripción del derecho español entre los siglos XV y XIX, sobre el que se asentarán en gran medida las instituciones patrias.

Concluyendo, destacamos la labor de sistematización en el manejo de las fuentes jurídicas, que pregunta al pasado desde el presente porque no se desentiende de las polémicas posteriores al período que trata. Hay una gran labor de erudición; sin embargo, lo más destacable es que cumple con el capítulo introductorio: lo que está escrito está probado a través de reliquias comprobables y su lectura permite comprender la evolución jurídica del derecho patrio a través de sus antecedentes. Hacemos votos para la pronta aparición de los tomos subsiguientes.

OSCAR RAÚL LOTERO

Mgter. Ciencias Políticas (Facultad de Derecho UNNE).

Prof. Titular Historia Constitucional Argentina.

Contacto: dr.loterounne@gmail.com

3 Bidart Campos, G. (1984). *Manual de Historia Política*. Ediar.

4 *Fallos*: 340:1795.