

## **PERÍODO CONTEMPORÁNEO**

### **DERECHO NACIONAL**

#### **1. Concepto, División y Caracteres (Levaggi § 70):**

Se llama Derecho nacional argentino al que rigió entre 1810 y nuestros días. Este Derecho se subdivide, a los efectos de su estudio, en dos partes: Derecho nacional precodificado y Derecho nacional codificado. No existe una línea divisoria única de estas dos partes, porque la sanción de los códigos tampoco fue un acontecimiento único: la Constitución se dictó en 1853 y los últimos códigos nacionales, el de Minería y el Penal, en 1886. La aplicación de estas categorías didácticas (precodificado y codificado) sólo puede hacerse con precisión, pues, respecto de cada rama del Derecho. En este sentido, el criterio de Ricardo Levene, de fijar en 1853-1860 la línea de separación para todo el Derecho nacional, no es acertada. Al margen de la apuntada dificultad práctica, el empleo de la clasificación resulta justificado, porque el hecho material de la sanción de los códigos influyó adjetiva y sustantivamente en las respectivas ramas del Derecho, y determinó cambios significativos en su estructura (fuentes del Derecho, contenido de las normas, técnica de interpretación). Juan Bautista Alberdi, en oportunidad de su polémica con Vélez Sarsfield sobre el proyecto de Código Civil (§ 262), denominó Derecho intermedio al Derecho posterior a 1810 (Derecho nacional precodificado). El nombre, lo tomó de la historia del Derecho francés, que lo aplicaba al período comprendido entre la Revolución (1789) y el Código Civil (1804), un período de profundos cambios, enfrentado dialécticamente con el Antiguo Régimen, y entre los cuales el código representó la síntesis. La expresión elegida por Alberdi, adecuada para Francia, no se acomodaba, en cambio, a la historia del Derecho argentino. La trayectoria del Derecho nacional fue de cambios periódicos, más o menos profundos, pero graduales, que en ningún caso afectaron al conjunto del orden jurídico (en tanto que la Revolución Francesa introdujo cambios radicales en el Derecho público y privado, la Revolución de Mayo los limitó al primero). Las transformaciones que experimentó el Derecho argentino en esos años se incorporaron, y no se opusieron, al Derecho codificado, que siguió la misma dirección evolutiva. En vez de un proceso dialéctico de cambio, el del Derecho argentino

fue un proceso evolutivo lineal. Esta característica es aplicable, asimismo, a las naciones vecinas. Dentro del Derecho nacional argentino, hay que distinguir el Derecho general del Derecho provincial, tan digno de consideración el uno como el otro, porque ambos concurrieron a su formación. Sobre todo, en el período precodificado, el Derecho provincial revistió notable importancia, porque el Derecho general era escaso, y la mayor parte de la legislación fue local. Además, hay ramas del Derecho (procesal, rural, aguas) que en todo momento dependieron de las jurisdicciones locales. En el Derecho provincial debe incluirse, como una especie que merece particular atención, al Derecho municipal, el correspondiente a la época de los cabildos y el posterior a su abolición (materias: policía, abasto, salubridad, urbanismo, trabajo). Tanto en el Derecho provincial como en el municipal se nota una tendencia hacia la uniformidad de las instituciones, no obstante la autonomía de que gozaron las provincias; tendencia que se tradujo en la imitación de aquellas que se adelantaban en las reformas (generalmente, Buenos Aires).

Los caracteres generales del Derecho nacional en el siglo XIX fueron los siguientes:

- a) proceso de reforma orientado por principios racionalistas, individualistas y liberales;
- b) implantación progresiva de un Estado de Derecho;
- c) adopción del régimen constitucional liberal;
- d) afirmación de la ley como fuente por excelencia del Derecho;
- e) codificación del Derecho público y privado;
- f) predominio de ideas jurídicas eclécticas;
- g) surgimiento de una ciencia jurídica nacional; y
- h) desarrollo del Derecho provincial y municipal, sin perjuicio de la unidad sustancial del sistema.

## **2. Supervivencia del Derecho anterior (Levaggi § 71):**

La Revolución de Mayo, no obstante la proclamación que hizo de nuevos principios liberales, la importancia de sus cambios institucionales y su proyección ulterior, no derogó al Derecho anterior, que siguió vigente.

Lejos de ser esta conducta paradójica, fue la consecuencia lógica de su fundamentación jurídica en ese sistema castellano-indiano. La reasunción de los derechos de soberanía se apoyó en la vacancia del trono, y la ruptura del pacto con la Corona de España, en la enajenación del reino a un monarca extranjero (Napoleón) (§ 339).

La desaparición del gobierno monárquico, en todas y cada una de las ex provincias del Nuevo Mundo, y la constitución de gobiernos independientes, no fueron obstáculo, pues, para que el Derecho castellano-indiano se mantuviera vigente por más o menos tiempo, hasta su absorción por el Derecho codificado.

El criterio que se adoptó fue, en todas partes de Iberoamérica, el mismo: conservar su vigencia en la medida en que no se opusiera a los nuevos principios, y reformarlo en forma gradual, cuando lo demandasen las circunstancias. Se trataba de la observancia de la regla de Derecho recogida por las Partidas, según la cual "en las cosas que se hacen de nuevo, se ha de catar el pro, antes que se mude lo antiguamente guardado" (VII, xxxiv, 37).

La crítica doctrinal que, como en la propia España, se formuló contra ese Derecho, no presuponía, en los gobernantes criollos, su necesaria abolición. Mariano Moreno llamó a las leyes de Indias "monumento de nuestra degradación", y Bernardo Monteagudo, para que no hubiera lugar a dudas, dijo de ellas que eran "el código más tirano y humillante de cuantos han dictado los déspotas del Asia".

Supuesta la maldad del orden jurídico tradicional, no se lo podía sustituir, sin embargo, sino paulatinamente. El deán Gregorio Funes tuvo que admitir que "como las buenas leyes son el fruto tardío de la experiencia, y de las luces, será muy consiguiente que éstas se rectifiquen, y perfeccionen con el tiempo".

Los historiadores del Derecho hispanoamericano suelen admitir la supervivencia del Derecho privado, pero no siempre la del Derecho público y, más concretamente, del constitucional, debido al cambio que se operó en la forma de gobierno: republicana en vez de monárquica. No obstante, no todo el Derecho constitucional castellano-indiano cambió

con la independencia. Hubo viejas instituciones que convivieron con los principios liberales, y que cumplieron un papel de transición al régimen constitucional moderno.

Ejemplo en la Argentina: los cabildos, el último de los cuales desapareció en 1837 (Jujuy); y los gobernadores, que nunca desaparecieron, y que con su arraigo posibilitaron la organización nacional definitiva (reunión de gobernadores de San Nicolás de los Arroyos, en 1852).

Juan Bautista Alberdi (Estudios sobre la Constitución) confirmó esta opinión, cuando escribió que:

desde la formación de nuestras colonias nos ha regido un Derecho público español compuesto de leyes peninsulares y de códigos y ordenanzas hechos para nosotros. Somos la obra de esa legislación; y aunque debemos cambiar los fines, los medios han de ser por largo tiempo, aquellos con que nos hemos educado.

El criterio de supervivencia tuvo consagración positiva, en toda Hispanoamérica, en constituciones y leyes, mediante el empleo de fórmulas semejantes. En el Río de la Plata, el Reglamento Provisorio de 1817 mandó que:

hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos, y demás disposiciones generales, y particulares del antiguo gobierno español, que no estén en oposición directa, o indirecta con la libertad, e independencia de estas Provincias, ni con este Reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el 25 de mayo de 1810.

En Chile, el Reglamento Constitucional de 1818 empleó la frase "a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno".

En coincidencia con esta regla general, las provincias que se dictaron reglamentos o constituciones adoptaron el mismo criterio. Igual temperamento se aplicó, en forma particular, a la administración de justicia, que por dicho Reglamento de 1817

seguirá los mismos principios, orden y método que hasta ahora se han observado según las leyes, y las siguientes disposiciones...

La Constitución argentina no lo alteró. La ley 48 (1863), de organización y competencia de la justicia federal, lo ratificó, al establecer el siguiente orden de prelación de las leyes:

1°) la Constitución nacional

2°) las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso,

- 3°) los tratados con naciones extranjeras,
- 4°) las leyes particulares de las provincias,
- 5°) las leyes generales que hayan regido anteriormente a la Nación (se entiende, tanto castellano-indianas como patrias), y
- 6°) los principios del Derecho de gentes.

En el Brasil, una ley del emperador Pedro I (1823) confirmó la vigencia de las ordenaciones y leyes anteriores "en la parte en que no hubieren sido revocadas, mientras no se organizara un nuevo código, o no fueran especialmente alteradas". La vigencia del Derecho anterior se extendió, en Iberoamérica, por lo menos, hasta la codificación. Es natural que la sanción de los códigos modernos, o sea, de cuerpos completos de Derecho para cada una de las ramas, tornara, en principio, innecesaria la subsistencia de aquella legislación, desde el punto de vista formal.

En algún caso, como es el del Código Civil argentino, hasta se prescribió, por razón de método, que: lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en Derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor (art. 22).

En otros casos, el viejo Derecho coexistió con el Derecho codificado, con la calidad de supletorio (ejemplo: Derecho procesal). Durante esos años, debían los juristas, al interpretar el Derecho, coordinar la aplicación de las viejas y de las nuevas normas, ateniéndose al orden prefijado por las leyes patrias. Hasta la fijación del Derecho en los códigos, la existencia de semejante complejo de normas los obligó a aplicarlas conforme a los mismos métodos utilizados en los siglos anteriores, procedentes de la ciencia del Derecho común, aunque con resultados que entrañaron, a veces, verdaderas recreaciones. Sancionados los códigos, la tarea de los juristas se simplificó porque sólo necesitaron recurrir al Derecho anterior para llenar las lagunas que presentaba el nuevo ordenamiento.

### **3. El Derecho Patrio: Concepto y Fuentes. (Levaggi § 72):**

El otro elemento formativo del Derecho nacional –además del anterior- fue el nuevo: el llamado, hasta la codificación, Derecho patrio. El nombre de "patrio" se tomó, paradójicamente, del Derecho ibérico; es decir, del Derecho del cual, justamente, intentaba

distinguirse. En la Península, la palabra se usaba desde el siglo XVIII como sinónimo de real o nacional: el Derecho patrio era el Derecho ibérico, a diferencia del Derecho romano, que se consideraba un Derecho extranjero y que era, como tal, motivo de rechazo. Aquí y entonces, en la época independiente, el Derecho patrio siguió siendo el Derecho autóctono, el Derecho no extranjero, pero con la singularidad de que ya no se lo oponía al Derecho romano, sino al mismísimo Derecho de origen ibérico. Es decir, que la expresión conservó su sentido dialéctico, pero frente a una tesis distinta. Por ser el patrio un Derecho eminentemente legislado, lo constituyeron, con pocas excepciones, las leyes de toda clase dictadas a partir de la formación de gobiernos propios. La Revolución de Mayo fue considerada en el Río de la Plata como la fuente originaria del Derecho patrio. Las fuentes principales de este Derecho fueron las siguientes:

a) El Derecho ibérico posterior a la independencia y los Derechos iberoamericanos. El nuevo Derecho español, más a tono con las exigencias liberales del siglo XIX, y los Derechos Iberoamericanos, fueron la primera fuente en la cual se inspiró el legislador patrio. Es comprensible que así fuera, no obstante el odio contra España que desató la lucha por la independencia. Aclaró Alberdi la duda, cuando reclamó: "no combatamos a la raza española, porque somos ella misma; a su obra, porque es el mundo que habitamos". Nadie más consustanciado, por otra parte, con los ideales de los americanos, que la España liberal. Hay que tener en cuenta que, a pesar de paréntesis absolutistas que se produjeron (1814-1820 y 1823-1833), la transformación en sentido liberal del Derecho español, especialmente del Derecho civil y mercantil, fue un hecho irreversible. La Revolución de Mayo no interrumpió el flujo de las ideas españolas. Esto de ideas españolas, o portuguesas, fue muchas veces relativo, porque no se trataba de elaboraciones originales, sino de reelaboraciones o de simples traducciones anotadas de autores extranjeros. En los primeros años, la constitución y las leyes dictadas por las Cortes de Cádiz (1810-1814) fueron el modelo de leyes y proyectos de constitución que se redactaron dentro del marco de la Asamblea General Constituyente de 1813. En materia comercial, varias provincias adoptaron el código promulgado por Fernando VII en 1829, como el más conforme con las instituciones rioplatenses. En lo procesal, las leyes de enjuiciamiento mercantil, civil y criminal se incorporaron con pocas modificaciones a los códigos respectivos de la Nación y

de las provincias. La obra *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, de Florencio García Goyena, fue una de las fuentes principales del proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield. La igualdad de sistemas jurídicos con las demás repúblicas hispanoamericanas explica la atención que se prestó a sus nuevas instituciones, tanto de Derecho público como de Derecho privado. Hubo un permanente interés por su legislación patria, pudiendo citarse como ejemplo el valor modélico que tuvieron las constituciones de Venezuela de 1811 y de Chile de 1833, y los proyectos de Código Civil de Andrés Bello para Chile y de Eduardo Acevedo para el Uruguay. El mismo interés existió hacia y desde el Brasil, y de esta nación respecto del nuevo Derecho portugués.

b) El Derecho extranjero no ibérico. También sirvieron de modelo para el legislador patrio, fuentes francesas, inglesas, norteamericanas, alemanas. Hasta la codificación, en el campo del Derecho constitucional y administrativo predominó la influencia anglo-francesa, monárquica y centralista, ejercida por medio de leyes y autores. En cambio, en el Derecho privado, se redujo a algunas leyes francesas. En la época de la codificación, coincidentemente con la difusión del Derecho científico, la doctrina extranjera creció en importancia. En el Derecho público, la influencia norteamericana fue casi hegemónica (casi, porque no se debe olvidar al Derecho federal suizo, mediante la obra de Peregrino Rossi). En el Derecho privado y penal, hay que anotar la gravitación que tuvieron la Escuela francesa de la Exégesis, la obra de Savigny y el Código Penal de Baviera, de Feüerbach. La utilización de estas fuentes no fue caprichosa ni respondió a un mero espíritu imitativo. La intención que generalmente guió al legislador patrio fue asimilar los progresos alcanzados por la legislación y la ciencia jurídica de otros países, e incorporarlos al propio Derecho, con vistas a su perfeccionamiento y modernización. Así, trató de que las nuevas instituciones no chocaran con su idiosincrasia. No puede compartirse, por tanto, el juicio formulado en la época del centenario de la Revolución de Mayo acerca de la inexistencia del Derecho argentino, y de la mera copia de Derechos extranjeros (Magnasco, Korn, Bunge), no obstante apariencias contrarias, y ciertas exageraciones en que cayó la jurisprudencia de los tribunales en los años que siguieron a la codificación.

c) Las propias circunstancias. La tercera fuente del Derecho patrio fueron las propias circunstancias, que dieron vida a instituciones originales, como en la Argentina, la de los pactos preexistentes, o la delegación de funciones nacionales en gobiernos provinciales. Son dos ejemplos de soluciones empíricas, recogidas por la Constitución, que respondían a las necesidades de una época singular, como fue la de las autonomías provinciales.

#### **4. Bibliografía:**

—LEVAGGI, Abelardo. Manual de Historia del Derecho Argentino. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Tomo I, parágrafos § 70-72.

—TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las ideas jurídicas en la Argentina. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 19.

—ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Historia del Derecho Argentino, Tomo II (1810-1969). Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976.

#### **5. Hemerografía:**

—ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Las fuentes del Derecho argentino, RHD 1, Buenos Aires, 1973.

—ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. La recepción de los Derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX, RHD 4, Buenos Aires, 1976.