

TEMAS DE PEDAGOGIA

¿UNA NUEVA DISCIPLINA JURIDICA?: EL PRETENDIDO “DERECHO DE LOS MENORES”

Cuando el día 5 de Julio de 1.957, en ocasión para nosotros memorable porque en ella alcanzábamos el supremo grado académico, la Universidad de Madrid refrendaba con la más alta de sus calificaciones nuestro largo trabajo doctoral sobre las *Relaciones entre las diversas disposiciones legales que regulan la ejecución de las penas de privación de libertad en el derecho positivo español*, pensamos que lo hacía, más que en atención a méritos intrínsecos del mismo, por la posición doctrinal en él adoptada. A bona este pensamiento, el hecho de que uno de los rasgos de nuestra tesis que más fueron destacados en aquel acto, y precisamente por el Prof. Dr. Sánchez-Tejerina, en quien recaía, en aquella coyuntura, la responsabilidad de representar la dirección de la obra que se estaba discutiendo y juzgando, fue el de la defensa de la unidad del Derecho penal frente a los intentos de seccionarle determinados objetos o parcelas de su estudio para construir sobre ellas otras ramas jurídicas, refiriéndonos principalmente al pretendido *Derecho penitenciario*, negando su substantividad y autonomía y recabando el pretendido ámbito de su regulación y de su investigación para nuestra tradicional y dolorosa disciplina de los delitos y de las penas. Como que de esta consideración partíamos al comienzo del *Planteamiento doctrinal*, en la Primera Parte, para toda nuestra elaboración teórica

desarrollada en la misma y el más detenido *Estudio del Derecho positivo* llevado a cabo en la Segunda.

Muy lejos estábamos, entonces, de sospechar que apenas cuatro años después habíamos de volver a la liza a defender la unidad, esta vez no sólo del Derecho punitivo, sino también de otras ramas bien antiguas y substantivas del milenario árbol del Derecho, y lo que es más: el criterio objetivo que ha servido para fundamentar las diversas divisiones del Derecho objetivo. En esta precisión nos hemos visto, sin embargo, ante uno de los temas propuestos para la *Segunda Semana de Derecho Comparado Argentino-Uruguayo*, realizada en Montevideo del 15 al 18 de Agosto de 1.961 (vide "*Universidad*", N° 49, págs. 262-66); tema que inicialmente rezaba "*Creación en las Facultades de Ciencias Jurídicas de una cátedra de legislación de menores*", y se concretó en definitiva como "*DERECHO DE MENORES: Creación de una cátedra para tratar los problemas de la minoridad abandonada y en falta*".

Las páginas que siguen, constituyen la relación que hube de presentar a dicha *Semana*. Delegado a ella por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, tuve la inmensa satisfacción de comprobar que me encontraba en el mayor acuerdo, en el seno de la comisión, con mis sabios colegas y distinguidos amigos de la Facultad montevideana, los profesores titulares de Derecho penal Dres. Adela Reta Sosa Días y Juan B. Carballa, así como con los otros profesores uruguayos, sus colaboradores, que participaron en las conversaciones (pues en buen castellano no se puede decir "discusión" donde todos están de acuerdo), los Dres. Ofelia Grezzi y Osvaldo Ximénez Strazzarino; y que, luego, nuestra común propuesta era aprobada por unanimidad y adoptada, con una levísima adición (que no vino sino a redondearla), en la sesión plenaria con que concluimos nuestros trabajos. En nota final reproduzco la ponencia aprobada, en perfecta armonía —como se verá— con la tesis que patrocinó en mi relación.

Todo lo cual me anima, hoy, a publicar ésta íntegra, tal como salió de mis manos en el mes de Julio de 1.961, aún a conciencia de las imperfecciones debidas a las limitaciones que esta clase de trabajos impone y a la premura con que es sabido que siempre se redactan. Pero, por otra parte, también estimo hasta cierto punto una deslealtad valerse de la calma y las facilidades posteriores para desfigurarlos después, a la hora de su publicación, disimulando sus defectos, que son defectos del autor.

— I —

Cumple, lo primero, a nuestro ver, en unas Jornadas de Derecho Comparado, poner en relación cada tema concreto de las mismas con la noción del *Derecho comparado*. Tanto más, cuanto que los propios *comparatistas*, advierten de la vagarosidad del concepto, de la equivocidad de la expresión y de los mil inconvenientes preliminares que se ofrecen en toda investigación comparativa.

“La expresión «Derecho comparado» no es unívoca —dice el Prof. Hernández-Gil en su *Prólogo a la edición española del Tratado* de René David ⁽¹⁾—; muy por el contrario, se ha utilizado con sensible diversidad de significados, de propósitos e incluso de ambiciones”. Como que ha nacido el siglo pasado, siglo de desarrollo ubérrimo en cierto sentido —es verdad—, de los estudios jurídicos, pero también acaso como ningún otro, de descarrío y dispersión de los mismos, que llegan al extremo de perder de vista el propio concepto del Derecho y someterlo y someterse al criterio y a los métodos de muy otros saberes científicos, elevados al rango de paradigma de

(1) DAVID, René: *Tratado de Derecho Civil Comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Traducción de Javier Osset. Prólogo de Antonio Hernández-Gil. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1.953. Pág. XV.

la Ciencia en general; y no ha florecido hasta el presente, si es que podemos llamar florecimiento al panorama que sus especialistas nos describen.

“Esta misma expresión o vocablo es relativamente reciente —enseña René David en el Capítulo preliminar de su obra, versante sobre *Derecho comparado y método comparativo*—; no tiene más de cien años, y desde que se emplea no han sabido entenderse los autores sobre su contenido. Dos Congresos internacionales de juristas se consagraron a esa tarea: uno en París, en 1.900; el otro en La Haya, en 1.937. Ambos han puesto de manifiesto las divergencias de opinión que separan a los juristas, pero han avanzado muy poco en el problema de su solución. A la misma conclusión se llega leyendo en 1.938 los artículos aparecidos en la obra colectiva publicada en honor de Eduardo Lambert. Igualmente decepcionantes son en su conjunto las numerosas obras y artículos escritos sobre esta materia. No se ha producido el acuerdo sobre el concepto, ni la definición, ni el método, ni la función del Derecho comparado” (2). Ni siquiera sobre el método —subrayemos—, cuando para muchos y quizá los más destacados comparatistas, el Derecho comparado, lejos de ser una disciplina científica, se va a resolver en puro método: el empleo del método comparativo aplicado a derechos positivos diversos. Luego lo veremos.

Y desde la otra orilla del Canal de la Mancha y dentro de otra cultura jurídica completamente distinta, otro especialista ilustre, más sobrio, menos dramático, pero no menos significativo, dice (3): “Un eminente comparatista (4) ha afirmado que la expresión «Derecho Comparado» es impropia”; y

(2) *Ibidem*, págs. 3-4.

(3) GUTTERIDGE, H. C.: *El derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Traducido por Enrique Jardí. Prólogo de F. de Solá Cañizares, Director del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Colección del Instituto de Derecho Comparado, Serie A, número 1. Barcelona, 1.954. Pág. 9.

(4) LEE, lugar que cita.

muestra después ⁽⁵⁾ el espectáculo, en realidad no más alentador que el descrito por el Profesor de París, de las diferentes y contrapuestas tentativas por fijar el concepto, las funciones y las finalidades del Derecho comparado.

No es mucho, pues, que ni siquiera reine el acuerdo sobre su esencia. Es más: diríamos que en este desacuerdo reside la razón y la raíz de todos los restantes. Pues no siendo el concepto más que el correlato intelectual de la esencia de un objeto, mal se puede tener y compartir —y, por tanto, explicitar de un modo idéntico en la definición— un mismo concepto si éste es correlato de objetos o entes diferentes; y no consistiendo la naturaleza más que en la propia esencia en cuanto principio de operaciones, es claro que esencias diversas producirán manifestaciones distintas y tenderán a fines diferentes.

Así, mientras que para algunos es una ciencia, se reduce para los más a la aplicación del método comparativo a los estudios de las diversas ramas del Derecho. Sea ejemplo de los primeros (que en la Argentina, por razones que no vamos a considerar aquí, constituyen la posición más extendida, y más tarde hemos de ver algún otro caso) el *comparatista argentino por antonomasia* —como en un reciente trabajo sobre el particular ha sido llamado ⁽⁶⁾—, Martínez Paz, para quien “el Derecho comparado es la disciplina jurídica que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual” ⁽⁷⁾. Bien por lo

⁽⁵⁾ Págs. 15 y sigs.

⁽⁶⁾ En la locución *Derecho comparado*, de la *Enciclopedia Jurídica Argentina Omeba*, por ALBERTO M. JUSTO, tomo VII, pág. 42. Vide, antes, del mismo autor, el trabajo *Nuestro comparatista por antonomasia*, en el volumen *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1.957, págs. 47-56.

⁽⁷⁾ MARTÍNEZ PAZ, Enrique: *El Derecho comparado como dogmática jurídica*. Imprenta de la Universidad de Córdoba (R. Argentina), 1.946. Pág. 17. Repárese en el título de la obra, ya harto significativo de su posición doctrinal.

contrario, para una vasta corriente de pensamiento, a la cual pertenecen los autores antes citados, nada hay menos cierto y el Derecho comparado no puede asumir ni aún pretender tan alta categoría, sino limitarse a la modesta función metódica —y, por ende, auxiliar— señalada.

“No se trata, en efecto, [en el Derecho comparado] como en los casos antes citados, de una rama tradicional del Derecho”, asegura de entrada René David⁽⁸⁾, y nuevamente critica por ello la designación ya tradicional bajo la cual nos congregamos en las aulas, ilustradas por sapientes maestros, de esta prestigiosa Facultad montevideana: “La expresión *Derecho comparado*, por evocar una analogía entre diversas ramas del Derecho positivo que constituyen otras tantas ramas de la ciencia jurídica, es una expresión desafortunada que habría sido mejor y valdría la pena evitar. Muchas discusiones ociosas se habrían evitado si en lugar de emplearla se hubiera hablado, con ciertos autores, bien de comparación de Derechos, bien de método comparativo. El Derecho comparado no es otra cosa en realidad que la comparación de los Derechos diferentes, el método comparativo aplicado al terreno de las ciencias jurídicas”⁽⁹⁾. Y, del mismo modo, para Gutteridge⁽¹⁰⁾ “la expresión Derecho comparado indica, tan sólo, un método de estudio e investigación y no una rama o división especial del Derecho. Si por «Derecho» entendemos un conjunto de reglas, es evidente que no puede existir un Derecho «comparado». El proceso de comparar normas de distintos sistemas legislativos no origina nuevas reglas aplicables a las relaciones humanas”.

Interesa, sin embargo, tratar de hallar, en medio de esta balumba de propósitos y opiniones encontradas, algún hilo rector que nos indique o nos lleve a los fines próximos o a las aspiraciones lejanas de esto que se llama *Derecho comparado*,

(8) *Op. cit.*, pág. 3.

(9) *Ibidem*, pág. 5.

(10) *Op. cit.*, pág. 9.

para ver de aplicar tales objetivos a nuestro tema concreto de hoy y trabajar en él en un sentido propiamente concordante con la inspiración comparativa que ha provocado y que preside esta reunión de juristas. Y de nuevo son aquí los comparatistas quienes nos señalan metas contrapuestas y dijérase que se complacen en desorientar a cuantos más modestamente nos limitamos a cultivar las parcelas tradicionales en que de antiguo viene repartiéndose el amplio campo de lo jurídico.

Se pregunta, uno de los autores que repetidamente hemos mencionado, de qué puede servir el empleo del método comparativo, y responde: "Un título entero de esta obra aclarará ideas sobre este punto. Desde ahora y anticipándome a las conclusiones a que se llega en él, permítaseme decir que el método comparativo puede emplearse por los juristas con los fines más diversos. Los unos recurren a él para buscar una aportación de mejoras a su Derecho nacional, o con la idea de llegar a la unificación, sea nacional, sea internacional, de varios Derechos. Otros lo emplearán para esclarecer las soluciones o para destacar las tendencias de su Derecho nacional. Y otros, en fin, aplicarán tal método con vistas a investigaciones históricas o de orden filosófico; tendrán en cuenta los Derechos de pueblos atrasados para adivinar con menos probabilidad de error lo que pudo ser el Derecho romano o los Derechos germánicos primitivos; pretenderán —al comparar la evolución de numerosos Derechos— descubrir las reglas según las cuales nacen, se transforman y mueren las instituciones jurídicas; buscarán el establecer o comprobar de igual modo ciertas leyes generales que presiden el desarrollo de la Humanidad" (11).

De fines tan diversos que persiguen los juristas cuando recurren al método comparativo depende la elección de los Derechos que deben ser comparados. Si lo de que se trata es escribir una historia universal del Derecho y establecer las

(11) RENÉ DAVID, *op. cit.*, pág. 6.

leyes del progreso de la Humanidad, "será preciso considerar en toda la extensión posible los Derechos de todos los tiempos y países"; si lo que se quiere es estudiar el modo de nacer y manifestarse en sus principios la idea del Derecho, "deberá dedicarse la atención en tal caso al conjunto de Derechos primitivos y se omitirán los Derechos modernos, propios de los países civilizados", y si lo que se busca es el perfeccionamiento de un Derecho nacional concreto, entonces para que la comparación sea fructífera "deberá hacerse sobre los sistemas jurídicos, y sólo sobre ellos, de los países que por los principios de su civilización y por la técnica de sus juristas están emparentados con el país cuyo Derecho quiere mejorarse" (12).

Y otro de los reputados especialistas en que fundamentalmente venimos basándonos, señala: "Los primeros intentos serios para definir las funciones y las finalidades del Derecho comparado se realizaron en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1.900, siendo los más notables los debidos a Saleilles y a Lambert. Saleilles, bajo la influencia de la escuela de Filosofía del Derecho de Stammeler, consideraba que la función del Derecho comparado era la de establecer los principios comunes a todos los sistemas jurídicos del mundo civilizado. Estimaba tales principios como universales, pero no inmutables, constituyendo una especie de modelo de Derecho, lo que llama *Droit idéal relatif*. La actitud de Lambert era algo distinta, ya que estimaba que el Derecho comparado tenía dos finalidades. Una, puramente científica, a saber: el descubrimiento, por medio de un proceso de comparación, de las causas que fundamentan el origen, desarrollo y decadencia de las instituciones jurídicas, en otras palabras, la Historia comparativa del Derecho... Otro aspecto del Derecho comparado es la Legislación comparada, que tiene, según Lambert, una finalidad práctica, ya que no es una

(12) Cfr. *ibidem*, págs. 8-9.

ciencia, sino una modalidad de la técnica jurídica. Su función es la de crear un Derecho común internacional” (13).

A través de estas enseñanzas, tan semejantes, de dos renombrados comparatistas, en quienes forzosamente tenemos que apoyarnos para estas lides los que no lo somos, hemos llegado quizá a la aspiración máxima de todo trabajo de comparación; acaso, también, el ideal más remoto y hasta utópico, que acabaría incluso desproveyendo de toda razón de ser a la comparación dentro del Derecho, pero, asimismo y tal vez por ello, el más noble, el más urgente y el más grávido de consecuencias en el distorsionado mundo de hoy si el jurista no quiere encerrarse en la consabida “torre de marfil”, desinteresado de los tremendos problemas de la hora, sino abrirse a las inquietudes de su alrededor y a las visiones del futuro y colaborar, en consonancia con los esfuerzos —en todas las esferas y en todos los planos— de este tiempo, por remontar los peligros que acechan a una humanidad que, estando dividida, tiene conciencia, sin embargo, como nunca, de su unidad y la necesita.

Desde luego, que hemos calificado de utópica tal aspiración de unidad legislativa. Pero no puede negarse que la uniformidad se ha impuesto en materias que por lo común afectan a ciudadanos de estados diversos y que todos los días va ganando terreno en este sentido; ni que —sin dejar de ceder en otras más íntimas a las peculiaridades de cada comunidad, a las exigencias particularistas de cada una— el mejor conocimiento que progresivamente se va logrando entre los pueblos puede borrar diferencias y antinomias en sus respectivas legislaciones y que éstas a su vez pueden propiciar un mayor acercamiento entre aquéllos.

Por supuesto, que para ello, e incluso si el Derecho comparado o la comparación de Derechos quiere hacer honor a su nombre, no puede detenerse en la mera determinación, or-

(13) GUTTERIDGE, *op. cit.*, págs. 15-6.

denación y confrontación de las legislaciones respectivas ni siquiera de las restantes fuentes formales, sino acudir al complejo de valores, principios y exigencias reconocidos por el Estado que, no *suplantán*, sino *fundamentan* —por decirlo en términos mayerianos— el orden jurídico. Un cotejo puramente legislativo, sobre poder no captar ni aún aproximarse a la realidad jurídica de una comunidad, puede igualmente perder de vista las necesidades y principios que la rigen y la animan y con arreglo a los cuales habrá que prever, esperar o propiciar sus desenvolvimientos ulteriores, su sucesivo perfeccionamiento y su acercamiento a la vida jurídica de otros pueblos.

Esta aspiración unificadora o a lo menos uniformizadora es acaso uno de los pocos rasgos comunes que puedan ser extraídos de ese maremagnum de criterios distintos cuando no contradictorios que hemos reseñado. Habráse, sin duda, notado en nuestra exposición, y podríamos, volviendo sobre ellos, subrayarlo ahora en los testimonios aportados. Pero más paladinamente nos lo dice Gutteridge, que casi al principio de su libro escribe: “La concepción «universalista» del Derecho ha ejercido una marcada influencia en el desarrollo del moderno Derecho comparado” (14); y mucho más adelante: “Uno de los mayores objetivos del proceso de comparación, y precisamente uno de los más conocidos, es el de la unificación del Derecho” (15).

Quizá así, con esta perspectiva, —aunque no queremos adentrarnos en ámbitos que no nos son propios—, se remonte esa diversidad, por momentos caótica, que hemos contemplado. Partiendo, no cual los anteriores de una visión metódica, sino de una concepción del Derecho comparado como ciencia independiente, pero apuntando a los mismos amplios horizontes, dice un autor argentino: “Hemos querido desta-

(14) *Ibidem*, pág. 16.

(15) *Ibidem*, pág. 219.

car cómo el Derecho comparado ha dejado de ser una simple disciplina jurídica cultivada por los estudiosos del derecho para convertirse en un programa de enorme repercusión en la vida interna de los países por la necesaria gravitación que tienen sus enseñanzas en las reformas legislativas y en el orden internacional en cuanto sirve de vehículo extraordinariamente fecundo para la aproximación legislativa. Bastaría con citar que así como la Liga de las Naciones creó el Instituto Internacional de Roma, la UNESCO, cuando nos convocó a quince juristas de diversas partes del mundo en Marzo de 1.949, para que constituyéramos en París el Comité Internacional de Derecho Comparado, tuvo la visión clara de que éste es algo más que un método para investigar el derecho, sino que sus conclusiones pueden servir para la aproximación jurídica de los pueblos y evitar, de este modo, algunos aspectos de la tensión en el orden internacional" (16).

En otra obra sobre estas cuestiones recientemente traducida al castellano y difundida entre nosotros, critica el autor (17) la posición de Eder —que ha dicho que "la contribución más valiosa que pueden proporcionar los estudios comparativos tal vez es de carácter negativo", pues "el Derecho comparado nos enseña lo que hemos de evitar a la luz de la costosa experiencia de otros países"— por considerarla "demasiado pesimista", y se adhiere, en cambio, a la de McDuggall (18): el Derecho comparado puede servir para la formación de un "Derecho vivo" internacional y contribuir así, calladamente, a la parcial formación de las bases de la comunidad mundial.

(16) CORDEIRO ÁLVAREZ, E.: *El derecho comparado como ciencia social y como ciencia internacional*. Separata de la *Revista Jurídica* número 7, de la Universidad Nacional de Tucumán. Págs. 18-9.

(17) FRANK, Jerome: *La influencia del Derecho Europeo Continental en el "Common Law"*. Algunas reflexiones sobre el Derecho "comparado" y "contrastado". Traducción y comentario de José Puig Bruttu. Barcelona, Bosch, 1.957. Págs. 95-6.

(18) *The Comparative Study of Law for Value Classification as an Instrument of Democratic World Order*. En *Yale Law Journal*, número 61, año 1.952, pág. 915.

Por lo mismo, no nos parece muy congruente ni acertado sostener —según hace Frank (19)— que “con frecuencia lo que tiene más valor educativo es el contraste entre los sistemas jurídicos”; y, en todo caso, el *contraste* no puede ser más que el resultado de la comparación. Por éso, no preferimos hablar de *contrastive law*, como él quiere en substitución de la expresión “Derecho comparado”. Más preciso nos parece —apuntemos de pasada— referirse a los *Derechos comparados* o a la que René David nos proponía: “comparación de Derechos”. Lo que surja de esta tarea será una semejanza o un contraste. Por el mero hecho de ser sometidos a comparación, no pierde ninguno de tales Derechos su individualidad ni aparece ninguno nuevo, aunque se facilite; no puede, por tanto, hablarse en singular.

Mas esta divagación aparte, nos importa insistir en la finalidad de perfeccionamiento y unificación a que autores y concepciones tan opuestas tienden. No yendo nosotros aquí a ahondar más ni a tomar posición en cuanto a las cuestiones básicas que ya desde los cimientos dividen a los constructores del llamado Derecho comparado, nos basta esta coincidencia mínima, de tanta trascendencia sin embargo.

El servir de medio de perfección y acreamiento puede explicar —en parte muy primordial por lo menos— el auge que estos estudios han adquirido en Hispanoamérica. En un mundo en perentoria evolución, no sólo económica, sino en todos los órdenes de la vida, como éste, es indudable que el factor jurídico es un poderoso estimulante; y es natural que para ello se compare y trate de ponerse al nivel de otros que han tenido o tienen que regular situaciones análogas.

Así se advierte en el continente, en los últimos tiempos, un interés inusitado y especial por estos estudios, y observamos la actividad muy notable de los diversos Institutos, Centros o Secciones de Derecho comparado en los distintos países,

(19) *Op. cit.*, pág. 73.

pudiéndose destacar la del Instituto de la Universidad Central del Ecuador y la sobresaliente del de la de Méjico. Y todavía no hace dos años que nos enterábamos de la creación de un Instituto de Derecho Comparado en la Universidad de Santiago de Chile (20).

Mas muestra más acabada del interés por estas investigaciones e información más completa podemos proporcionar del noble país en que trabajamos y del cual venimos: la Argentina. Laboran o existen en ella seis Centros de Derecho comparado: la Asociación Argentina de Derecho Comparado, en Buenos Aires, de que es Presidente el Dr. Eduardo B. Busso; el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, que dirige el Prof. Dr. Luis M. Boffi Boggero; el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de Córdoba, bajo la dirección del Dr. Víctor Romero del Prado; el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que dirigió hasta su reciente fallecimiento —que fue dolorosísima pérdida para el derecho— el Prof. Dr. Enrique A. C. Aztiria; el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, de que es Director nuestro ilustre compañero el Prof. Luis Muñoz García, y la Sección de Derecho Comparado del Instituto de Derecho Civil y Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Tucumán, creada en 1.960.

Con tan amplio, nutrido y activo panorama, parece un tanto excesiva la única conclusión correcta a juicio de René David: que “el Derecho comparado no existe” (21), únicamente explicable por ese dramatismo a que aludimos antes y quizás más y mejor por el gusto un poco morboso de los tiempos que vivimos por lo tremedista, lo efectista y hasta lo apocalíptico. Así, por ejemplo, hemos podido oír hablar, no hace

(20) *Boletín de la Universidad de Chile*, número 3, Junio de 1.959 pág. 27.

(21) *Op. cit.*, pág. 8.

mucho, de la "crisis" de una rama del Derecho acaso la más pujante, desbordante de poderío y absorbente, de la hora actual. Por lo demás, el mismo autor corrige al punto el desmesurado alcance de su desoladora afirmación, haciendo ver que no pretende con ella más que resumir en una frase rotunda una posición que ya conocemos. Tampoco cree que existan ni puedan existir comparatistas que no sean más que tales; lo único que existe es la posibilidad, y a menudo el deber, de emplear el método comparativo en las ciencias jurídicas, y juristas que, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear ese método con provecho.

Ahora bien: otro rasgo que nos parece que resalta inconcusamente de cuanto llevamos visto con escasos testimonios en obsequio a la brevedad, pero autorizados y significativos sin duda, es el de que el denominado Derecho comparado, o, si se quiere mejor, la comparación de Derechos, se refiere siempre a derechos positivos, aunque —ya lo hemos dicho y, en realidad, es innecesario apuntarlo— por tales haya que entender mucho más que la ley o el conjunto de las leyes de un país; trabaja únicamente con normas, no con teorías, principios o métodos científicos; se interesa tan sólo por los derechos que rigen o han regido la convivencia entre las gentes, nunca por cuestiones filosóficas —de fundamentación— ni por preocupaciones pedagógicas —de enseñanza—.

Repetimos que en modo alguno deseamos ni sería lícito inmiscuirnos en problemas ajenos a la especialidad que cultivamos, propios de una dedicación al comparativismo que no compartimos: tales, si el Derecho comparado es una disciplina substantiva e independiente —posición que, sin embargo, estimamos muy difícil de justificar—, o solamente un método de que debe usarse con fruto en cada una de las ciencias jurídicas —postura harto más extendida—, y los objetivos que puede perseguir y los logros que con él se obtiene. Mas creemos de todo punto irrefutable que versa tan sólo sobre el derecho positivo y que, con independencia de que pueda preten-

der otras finalidades, una de ellas y hoy la más apasionante es servir de vehículo para la aproximación jurídica y relajar así la tensión entre los pueblos. Rasgos, estos dos, que nos bastan para insertar en él el tema que en esta ocasión nos ocupa.

Y, por lo demás, no son otros los que resplandecen en estas palabras del máximo juriconsulto romano, Cicerón, que los comparatistas nos recuerdan; palabras concisas si que elegantes: "Non erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac; sed et apud omnes gentes, et omni tempore una eademque lex obtinebit" (*De re publica*, III, 22).

* * *

Perplejos quedamos cuando al cabo de estas meditaciones nos disponemos a encarar comparativamente —cual nos cumple— el tema que motiva la presente relación. Porque es obvio que no nos ofrece Derechos distintos que confrontar ni nos requiere que facilitemos, mediante estudios de tal índole, ningún acercamiento, ninguna uniformidad ni ninguna unidad.

Pues, por otra parte, nos parece evidente que una reunión comparativista argentino-uruguaya sólo o muy primordialmente este intento identificatorio —entre las varias finalidades que a la comparación de Derechos se le asigna— puede procurar. No ya solamente porque es el cometido más importante que hoy se le señala, sino más bien por la naturaleza, el origen y los trazos definitorios de los ordenamientos que se trata de cotejar y aún de los pueblos cuyas vidas respectivamente regulan.

No cabe aquí, tratándose de sólo dos ordenamientos positivos tan evolucionados y por tantas razones, semejantes, buscar las causas del origen, del desarrollo ni menos de la decadencia y la muerte y desaparición de las instituciones jurídicas o el ordenamiento que las contiene a todas. Ni, tampoco, inducir —o comprobar en la experiencia histórica si es que han sido establecidas *a priori*— leyes generales de la evolución del derecho (dado que la evolución de éste, como parte —al fin y al cabo— que es de la historia humana, admita leyes).

Si el fin que persiguen los juristas en cada caso particular en que recurren al método comparativo determina la selección de los Derechos a enfrentar, no cabe duda de que la recíproca es igualmente cierta: según cuáles y cuántos sean los Derechos que comparemos, así habrán de ser los objetivos que lícitamente podamos fijarnos. Y, en este sentido, refiriéndose a dos Derechos que bien pudiéramos calificar de hermanos —si no de gemelos— y de dos comunidades tras ellos tan íntimamente unidas como las de las dos riberas del Plata, es indudable que lo verdaderamente importante es estrechar más y más esa hermandad, facilitar el intercambio entre ambas en todos los aspectos de la vida, y aportar las experiencias de cada una para un mejor y más pronto progreso de la otra y que así conquisten ambas la prosperidad y bienestar interior y la proyección y el predicamento en el exterior que por sus luchas pasadas y sus esfuerzos presentes merecen.

Y reitero que la conveniencia o no de la "*Creación de una cátedra para tratar los problemas de la minoridad abandonada y en falta*", así como las razones que la abonen, cuestión —sin duda— del más subido interés pedagógico y aún científico, no admite, sin embargo, enfoque juscomparativista alguno. Por la sencilla razón de que no es un problema jurídico. Cuanto llevamos dicho nos exime de mayores razonamientos al respecto.

Pero no dejamos de darnos cuenta de que con ello permanece intacto el problema, ni podemos desconocer su importancia y la obligación que en esta ocasión nos incumbe. Por lo cual merece la pena afrontarlo desde otros puntos de vista.

II

Hace unos momentos hemos llegado, llevados de la mano —diríamos— por los propios estudiosos del Derecho comparado, nada menos que a la figura más brillante del Derecho romano.

Esto nos plantea, por un lado, la cuestión de la importancia de este Derecho para los estudios iusecomparativos; y, de otra parte, si ante la posibilidad de la creación de una nueva cátedra en nuestras Facultades, lo que no puede querer significar más que el incremento de una asignatura en los planes de estudio del Derecho, cabría o sería bueno hacer desaparecer la de Derecho romano.

Respecto a lo primero, preferimos dejar hablar a una figura justamente consagrada en el campo de los estudios romanistas y a quien nos complacemos doblemente en citar por haber sido profesor nuestro en la Universidad de Madrid. Me refiero a Don Ursicino Alvarez Suárez en su libro, por muchos conceptos magnífico, *Horizonte actual del Derecho romano* (22). Dice allí, que “el Derecho romano ofrece todavía un interés decisivo en los tiempos presentes, como base sobre la que asentar los cimientos de una ciencia en período de formación: el *Derecho comparado*, interesante para estudiar el propio Derecho romano y para coordinar los distintos derechos hoy vigentes” (23). Y más adelante, de una manera más explícita y atacando ya el problema de la real y efectiva importancia del Derecho romano para las tareas y las finalidades de la comparación de otros Derechos: “La comparación no significa unificación sin más, sino solamente allí donde el carácter de la institución pueda tener una nota de universalidad. Todo ello no es posible sin construcciones científicas puras que sepan apreciar lo que puede haber de genérico y de específico en una institución y logren señalar la definitiva ordenación de la misma. Para este fin, el Derecho romano, que hasta el siglo XIX fue el derecho vigente en Europa en una forma casi idéntica y que aún hoy subsiste en vigencia directa o indirecta en una gran parte del mundo, representa el único denominador común posible y la base más sólida sobre

(22) Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1.944.

(23) *Ibidem*, pág. 41.

la que el mundo científico pueda trabajar. Ya en Conferencias y Congresos internacionales es el elemento que hace posible muchas veces la solución de conflictos” (24). La comprobación de este fenómeno impide considerar las reflexiones anteriores cual afirmaciones gratuitas y unilateral y desorbitada posición de especialista; y todo ello justifica sobradamente la conclusión a que seguidamente llega: “Por éso no es demasiado optimista la frase pronunciada por el Prof. Rabel, de la Universidad de Berlín, en las conferencias mantenidas en nuestra Facultad de Derecho durante el Curso 1.930 a 1.931, y publicadas por la *Revista de Derecho Privado* (1.931, págs. 321-332 y 363 a 375): «la misión más noble del Derecho romano sería ser una vez más el punto de partida para un derecho mundial y dejarse absorber por un nuevo *jus gentium*»” (25).

Y en cuanto a lo segundo, es punto que no podemos eludir porque, cabalmente, fue suscitado en estas Semanas comparatistas argentino-uruguayas a la vez que la idea de la creación de la cátedra a que venimos refiriéndonos: “La cátedra y el Instituto que propugnamos sobre estudios de las causas y medios de solución del magno problema de la minoridad abandonada y delincuente —se dijo (26)—, tiene cuantitativa, igual importancia que el estudio de otras materias dentro de los planes de estudio de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales, como dicho para ejemplificar simplemente, el Derecho Romano, que si como enseñanza de la técnica jurídica tiene importancia, en otros aspectos detuvo y hasta paralizó el desarrollo del Derecho Civil moderno, al formar una mente apegada a máximas y regulaciones periclitadas ya por el cambio de la situación histórico real que le diera origen (Voto DJA, Nº 2.913 a 2.915, 8-10 Octubre 1.946)”. Y luego,

(24) *Ibidem*, págs. 42-3.

(25) *Ibidem*, pág. 43.

(26) En la ponencia presentada por los doctores Domingo Sabaté y Domingo López Cuesta al tema primero de la *Primera Semana de Derecho Comparado Argentino-Uruguayo*. Sesión del 5 de Julio de 1.960; 18 horas.

en la discusión: "El Derecho Romano fue un momento en la vida del Derecho y se proyectaba sobre el Derecho Civil, y el Derecho Romano debe integrar un capítulo del Derecho Civil" (27).

No se puede negar, ciertamente, que esta opinión tiene algunos defensores ni que, puestos a buscar valedores y argumentos contra la conveniencia o necesidad de mantener los estudios de Derecho romano dentro de la carrera de Derecho, pueden encontrarse otros más autorizados que un simple voto judicial, sin olvidar la significativa base o punto 19 del Programa del Partido Nacional socialista alemán, que postulaba la proscripción de todos los elementos romanos en el ordenamiento jurídico teutónico (Literalmente: "*Pretendemos substituir el Derecho romano, mero servidor de una concepción materialista del mundo, por el Derecho común alemán*").

Es más: en esta propia Universidad del Litoral —a cuyo claustro de profesores me honro en pertenecer— hubo un tiempo —felizmente, ya ido— en que el Derecho romano fue suprimido de su plan de estudios. Pero nos complace y la honra, que fuera, no por desprecio del mismo, sino por conciencia de su interés y trascendencia, que momentáneamente no estaba en condiciones de poder atender. "Los ilustres juristas de Santa Fe eliminaron el Derecho Romano, menos que para eliminar la materia, para poner remedio a su enseñanza insuficiente" (28). O sea, no por desconocimiento, sino por conocimiento de la importancia del Derecho romano. Por fortuna, tal situación ha sido superada y hoy se le acuerda eminente importancia y se enseña con suma dignidad y competencia.

Significativa es esta vuelta al Derecho romano donde por unas u otras razones fue suprimido. Pero lo que ahora nos interesa, es considerar las observaciones formuladas acerca de

(27) Dr. SABATÉ.

(28) CARNELUTTI, FRANCISCO: *Valor del Derecho Romano*. En *Jurisprudencia Argentina*, año 1.948, tomo II, Sección doctrinaria, págs. 5-8. Pág. 6.

él a propósito del tema que aquí nos ocupa. Y, así, parecemos un poco excesivo afirmar, sin más, que “el Derecho Romano fue un momento en la vida del Derecho”. Esto sería si se tratara de un ordenamiento puramente histórico, ya muerto; pero sin salir de este mismo país, de la Argentina, se ha escrito, muchos años ha ya, que “el Derecho Romano es un derecho finalizado y no un derecho muerto: finalizado lo es, porque ha hecho su evolución; pero es un derecho vivo, en cuanto su espíritu domina, casi por completo, las legislaciones modernas” (29); de un modo semejante a como Ursicino Alvarez distingue (30) entre el pasado que no tiene trascendencia para el futuro y que sólo ofrece interés para la Arqueología jurídica, y el que tiende a revivir y es de estricta competencia de la Historia del Derecho.

Por supuesto, que —con alguna rarísima excepción, donde el Derecho romano es derecho vigente, mas no, desde luego, en América— su estudio significa estudio de la Historia del Derecho, y podría argüirse que su supresión “no significa eliminar totalmente la historia del Derecho —como dice Carnelutti—, sino limitarla; el Derecho Romano es historia remota y lo que hace falta es historia próxima al derecho moderno. Sin embargo, cuando el arquitecto construye un edificio debe profundizar los cimientos hasta el punto donde encuentre terreno firme para sostenerlo: fundar un edificio no quiere decir excavar una cierta cantidad de tierra, sino darle una base de resistencia indudable. La investigación del pasado... no tiene otra razón que la de preparar el conocimiento del futuro... Los partidarios, pues, de la solución negativa, deberían poder demostrar que el Derecho Civil y el Derecho Procesal argentino modernos se asientan sobre un fundamento diverso del Derecho Romano. La verdad es que la ex-

(29) HERRERA VEGAS, Rafael: *Enseñanza del Derecho romano*. En *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, tomo 37, año 1.910, págs. 313-21. Pág. 315.

(30) *Op. cit.*, pág. 270.

cavación histórica, que no llega al tiempo de Roma republicana, no encuentra más que una tierra friable” (31). Pero ni tal demostración es factible ni con ello podemos acceder a que “el Derecho Romano debe integrar un capítulo del Derecho Civil”.

El Derecho romano es mucho más que eso. Su importancia excede con mucho los linderos, por vastos que sean, del Derecho civil y adquiere la categoría de lo paradigmático y ejemplar. Como en una escuela de arte no se puede descuidar la contemplación y el análisis de Leonardo, Miguel Angel o Rafael, “no hay que olvidar que sabios como Juliano, Ulpiano o Gayo son artistas, de la misma naturaleza y de la misma grandeza” (32), sin que por ello nuestros cubistas y surrealistas de hoy vayan a pintar o a esculpir como los maestros del Renacimiento ni nuestros juristas a pensar, legislar y juzgar como los jurisconsultos de la Roma clásica.

Así, el estudio del Derecho romano no es el estudio de un simple momento —en una cualquiera de sus ramas— del Derecho actual, ni el estudio de un derecho —entre tantos— finiquitado. Pudiera preguntarse, en el primer caso, por qué no se concede atención preferente, aquí, en la América hispana, a la legislación española, que es antecedente mucho más inmediato de los derechos actuales y que ha regido con generalidad después de la independencia de los respectivos Estados hasta que pudieron éstos darse sus propias leyes; y en el último, por qué no se estudia los preceptos jurídicos que la Biblia contiene o las leyes de Manú o los derechos asirio o egipcio. Y es que por encima de estas razones está el hecho innegable de que Roma nos ofrece el espectáculo sin par de un ordenamiento jurídico que podemos contemplar a todo lo ancho y a todo lo largo del mismo; es decir: en toda la riqueza de su complejidad y en toda la variedad de su desarrollo; el

(31) *Op. y loc. cit.*

(32) CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 8.

ordenamiento de un pueblo evolucionadísimo, que describe, además, en su discurrir por la historia, un ciclo completo.

No se trata sólo del Derecho civil romano, ni aún del privado en general, sino de todas las especies del Derecho, y no en un instante ni siquiera en un período de su existencia, sino desde su formación incipiente y rudimentaria, hasta su cénit y luego su configuración definitiva. Al estudiar el Derecho romano hay que estudiar, no un conjunto aislado de instituciones, sino por qué y cómo éstas nacen y varían, y las diversas fases por que van pasando y formas que sucesivamente van adquiriendo —por lo común, tres—; así como la enorme influencia, en estos cambios, de la doctrina y especialmente del pensamiento filosófico y de las mudables y continuadas situaciones históricas, políticas, sociales, económicas, religiosas, etc.

Todo lo cual, así como los conocimientos auxiliares que indudablemente requiere, dota a esta disciplina de un valor formativo de la cultura humanística y de la preparación técnica del estudiante de Derecho, difícilmente exagerable. Por no repetir lo ya dicho por multitud de autores, me remito tan sólo a lo que sobre el particular expone Ursicino Alvarez en su mentado trabajo⁽³³⁾. Y ésto explica que no prescindan de ella países, como la Unión Soviética, que, sobre no haber estado históricamente nada vinculados nunca en lo jurídico con Roma, contemporáneamente han asentado su organización social y jurídica sobre muy otras concepciones que las que pudieron sustentar la vida y la sociedad romanas. Muy por el contrario, hasta exigen —cual es lógico— el estudio de la lengua latina como preliminar al del Derecho de los latinos. “El Derecho romano —se nos dice desde allí⁽³⁴⁾—, se enseña en las

⁽³³⁾ Págs. 43-50.

⁽³⁴⁾ KAREV, D. S.: *La enseñanza de las ciencias jurídicas en la U. R. S. S.* Traducción de Juan Manuel Peralta Pino. En el volumen *Temas de Pedagogía universitaria* (tercera serie), Selección, prólogo, notas y bibliografía por DOMINGO BUONOCORE, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1.960, págs. 165-176. Pág. 173.

facultades en razón de su influencia sobre el Derecho civil moderno de numerosos estados capitalistas; además, como el estudio de sus principios, permite comprender mejor el Derecho civil de estos países, presenta un interés práctico para los juristas soviéticos que trabajan en los organismos de comercio exterior y diversos otros organismos. Tal estudio es igualmente útil, desde el punto de vista de la técnica jurídica y permite, sobre todo, adquirir cualidades de precisión que son valiosas para la redacción de instrumentos. El estudio del latín precede al del Derecho romano”.

Pasando a otro aspecto más restringido del problema, no puede discutirse que el Derecho romano es la base principal, constituye la fuente fundamental, de los derechos de los pueblos neolatinos (y no sólo de ellos, es claro; pero cae fuera de nuestro propósito actual referirnos a éstos); y, por consiguiente, de los modernos derechos americanos. Nuestros derechos vigentes no están, en modo alguno, desconectados del Derecho romano; y quedarían aquéllos un tanto inseguros, los conoceríamos deficientemente, no podríamos extraer de ellos todas sus posibilidades intrínsecas, si elimináramos o capitidismináramos éste. Mal se puede, pues, prescindir de él o reducirlo a “un capítulo del Derecho Civil”.

Y ésto, no sólo —insistamos— en el Derecho civil. Pensemos en el Derecho canónico, cuya importancia y trascendencia no es dable desdeñar. Y ciñéndonos al laico, el romano es esencial para la formación del mundo y la sociedad moderna y del derecho vigente en general. Imposible sería intentar comprender —en lo político, por ejemplo— la más o menos liberal conformación actual del mundo, sin tener presente la formación de los Estados modernos y la función que en ella desempeñó el Derecho romano.

Nos parece, así, irrefutable, que posee, además de un valor formativo, un valor práctico, respecto a la comprensión y aplicación de nuestros propios derechos de hoy. Y creemos que tiene, también, para el alumno, un valor introductorio a los

estudios jurídicos difícil de superar y, desde luego, mayor que el de la propia asignatura *Introducción al Derecho*, allí donde ésta existe ⁽³⁵⁾.

Aunque sería sumamente hacedero, no vamos a extendernos aquí sobre los orígenes históricos de esta función introductiva y cómo ella ha influido en la constitución de la actual Parte general del Derecho civil, a través de la cual nos hemos acabado de familiarizar con el Derecho y sus problemas tantas generaciones de estudiantes ya iniciados en el curso de Romano. Preferimos consignar, por poseer un significado más inmediato, que cuando a finales del siglo XVIII se crea la cátedra de *Institutas* en la argentina Universidad de Córdoba, se le señala como misión la enseñanza —naturalmente— de las Institutas, pero, de paso, también que indique las concordancias o discordancias que tuviese con el Derecho real; y, por la misma época y de manera análoga, en Buenos Aires el Teniente de Gobernador Manuel de Labardén observó que convenía nombrar un solo lector para los dos cursos de Derecho civil o romano y de Derecho castellano proyectados, con independencia del de Derecho canónico, en el Colegio de San Carlos, porque habiendo de ser su principal objeto instruir a los jóvenes en el Derecho real, serviría la introducción al Derecho de los romanos como ilustración para entender las leyes modernas ⁽³⁶⁾.

Quisiéramos, antes de concluir con estas consideraciones, referirnos brevemente a esa “mente apegada a máximas y regulaciones periclitadas” que formaría hoy el Derecho romano, según las palabras ajenas que antes hemos tenido que transcribir. En primer lugar, muchas de las máximas latinas

⁽³⁵⁾ Pues su difusión es incomparablemente menor que la del Derecho romano.

⁽³⁶⁾ Cfr. ORGAZ, Raúl A.: *La cátedra de Derecho romano comparado con el español*. En el *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 1.940, segunda parte, págs. 187-99, y especialmente 194-5. Debo esta referencia a la erudición y gentileza del Dr. Benjamín Stubrin, Prof. de Derecho Romano en la Universidad Nacional del Litoral.

que corren en boca de los juristas sabido es que no son romanas; y, además, menguada sería la enseñanza del Derecho romano si se limitara o hiciera hincapié en las definiciones, las frases y los aforismos. Por otra parte, la índole misma de este Derecho y su desarrollo son lo menos indicado para forjar mentes apegadas a nada; más bien, favorecen una comprensión fluente de las cosas y, por ende y en primer término, del Derecho.

No tiene, pues, que extrañar, con lo que llevamos dicho, la universal atención concedida por los juristas al Derecho romano ni que figure en los planes de estudio de casi todas las Universidades del mundo. Debe verse al respecto el extenso apartado *Cultivo y enseñanza del Derecho romano en las Universidades modernas*, de la mencionada obra del Prof. Alvarez Suárez (37). Sobre su muy valiosa y amplia información nos permitimos añadir, por nuestra cuenta, los planes de una vasta serie de países y Universidades merecidamente famosas y que van a la cabeza en las investigaciones y los estudios jurídicos. Por no alargar interminablemente esta relación, lo hacemos en nota (38). En casi todos ellos figura, a veces con dos

(37) Págs. 73-98.

(38) ALEMANIA.— *Universidad de Hamburgo*.— Primer Semestre: Introducción al estudio del derecho. Derecho Público General. Historia del Derecho alemán hasta fines del siglo XVIII. Sistema de Derecho Romano Privado. Introducción a las Ciencias económicas. Ciencias Políticas.

Segundo Semestre: Derecho civil (Parte general). Derecho civil (Teoría de las obligaciones). Derecho constitucional. Historia del Derecho Romano. Historia Constitucional desde la Revolución francesa. Derecho penal (Parte general). Política económica general.

Tercer Semestre: Derecho civil (Contratos). Derecho civil (Derechos reales). Derecho penal (Parte especial). Derecho del trabajo. Filosofía del Derecho. Hacienda Pública.

Cuarto Semestre: Derecho civil (Derecho de familia). Derecho civil (Sucesiones). Derecho comercial. Derecho de las sociedades en especial. Derecho administrativo (Parte general). Historia y sistema del Derecho privado alemán.

Quinto Semestre: Derecho de los efectos de comercio. Derecho marítimo. Derecho Procesal civil. Derecho Procesal penal. Derecho administrativo (Parte especial). Derecho Internacional público.

cursos, la asignatura de Derecho romano. En ninguno, en cam-

Sexto Semestre: Derecho intelectual e industrial. Procedimiento ejecutivo y quiebras. Derecho eclesiástico. Derecho Internacional privado.

BRASIL. — Universidad de Recife. — Primer Año: Introducción a la ciencia del derecho. Derecho romano. Economía Política. Teoría general del Estado.

Segundo año: Derecho civil (Teoría general y Obligaciones). Derecho penal (Parte general). Derecho comercial. Ciencia de las finanzas. Derecho constitucional.

Tercer año: Derecho civil (Contratos). Derecho penal (Parte especial). Derecho Internacional público. Derecho comercial (Quiebras).

Cuarto Año: Derecho civil (Derechos reales). Derecho comercial (Industrial, marítimo y aeronáutico). Derecho Judicial civil. Derecho del trabajo. Medicina legal.

Quinto Año: Derecho civil (Familia y sucesiones). Derecho Judicial civil. Derecho Judicial penal. Derecho Internacional privado. Derecho administrativo.

ESTADOS UNIDOS. — Universidad de Harvard. — Primer Año: Contratos. Delitos. Propiedad. Proceso civil. Derecho penal.

Segundo Año: Derecho constitucional. Derecho administrativo. Derecho mercantil. Contabilidad. Sociedades. "Trusts". Sucesiones.

Tercer Año: Conflictos de leyes. Jurisdicción federal. Regulación gubernamental y de negocios. Derecho internacional. Derecho del trabajo. Impuestos. Sociedades. Pruebas. Seguros. Garantías. Derecho marítimo. Quiebras. Derecho de familia. Soluciones de equidad. Derecho municipal. Restitución. Falsificaciones.

Universidad de Michigan. — Primer Año: Introducción al estudio del derecho. Contratos. Derecho penal. Equidad. Proceso civil. Propiedad mobiliaria. Delitos civiles.

Segundo Año: Derecho constitucional. Derecho de la equidad. Opción entre materias constantes que totalicen de 12 a 15 horas.

Tercer Año: Pruebas. Práctica judicial. Cursos o seminarios opcionales.

FEANCIA (con pequeñas variantes de Facultad a Facultad con relación al tercer año). — Primer Año: a) dos semestres: Derecho romano. Historia del derecho. Derecho civil. Economía política. b) un semestre: Derecho constitucional.

Segundo Año: a) dos semestres: Derecho civil. Derecho administrativo. Derecho penal. Economía política. b) un semestre: Derecho romano.

Tercer Año: I) materias obligatorias: a) dos semestres: Derecho civil. Derecho mercantil. b) un semestre: Derecho Internacional privado. Procedimiento civil. Legislación financiera. II) materias electivas (pueden variar de Facultad a Facultad): Derecho Internacional público. Principios de derecho público. Vías de ejecución. Derecho mercantil complementario. Legislación industrial. Derecho penal especial. Derecho de los países de Ultramar.

En el proyecto de reformas a la enseñanza del Derecho de este

bio, la de legislación de menores abandonados y en falta (39). Veamos a continuación si hay razones de orden científico, pedagógico o práctico que abonen su creación.

país, se eleva a cuatro años de estudio para la licenciatura, dividiéndose en dos ciclos iguales, el primero de los cuales permite obtener el diploma de Bachiller en Derecho, siendo sus asignaturas rígidas, en número de seis cada año; con el segundo se alcanza el diploma de Licenciado, y comprende tres secciones distintas: Derecho Privado, Derecho Público y Ciencia Política, y Economía Política, con materias comunes a todas y propias de cada una de ellas. En la Sección de Derecho Privado figura la disciplina de Derecho romano en los cursos tercero y cuarto (un semestre en cada uno).

ITALIA. — Existen las siguientes materias fundamentales, necesarias para la obtención de la *Laurea*: Instituciones de derecho privado. Instituciones de derecho romano. Filosofía del derecho. Historia del derecho romano. Historia del derecho italiano (bienal). Economía política. Ciencia de las finanzas y Derecho financiero. Derecho constitucional. Derecho eclesiástico. Derecho romano (bienal). Derecho civil (bienal). Derecho comercial. Derecho del trabajo. Derecho Procesal civil. Derecho internacional. Derecho administrativo (bienal). Derecho penal (bienal). Procedimiento penal.

MEXICO. — Primer Año: Sociología. Economía política. Introducción al estudio del derecho. Derecho romano. Derecho civil.

Segundo Año: Economía política. Derecho romano. Derecho civil. Proceso civil. Teoría general del Estado y Derecho Público.

Tercer Año: Derecho civil. Proceso civil. Derecho constitucional. Derecho administrativo. Derecho penal.

Cuarto Año: Derecho civil. Derecho mercantil. Proceso penal. Derecho del trabajo. Libertades del hombre. Derecho administrativo. Derecho Internacional público.

Quinto Año: Derecho comercial. Derecho del trabajo. Derecho agrario. Medicina legal. Derecho Internacional privado. Filosofía del Derecho.

U. R. S. S. — Las disciplinas principales son las siguientes: Teoría del Estado y del derecho. Historia del Estado y del derecho en la U.R.S.S. Historia del Estado y del derecho extranjero. Historia de las doctrinas políticas. Derecho público soviético. Derecho público de los países de democracia popular. Derecho público de los Estados capitalistas. Derecho administrativo soviético. Derecho financiero soviético. Derecho romano. Derecho civil soviético. Derecho civil de los países de democracia popular. Derecho civil y derecho comercial de los Estados capitalistas. Legislación soviética de la familia. Legislación soviética del trabajo. Legislación soviética de la agricultura y de los *kolkhoses*. Procedimiento civil soviético. Notariado. Arbitraje. Derecho penal soviético. Procedimiento penal soviético. Organización de la magistratura en la U. R. S. S. Funciones del ministerio público en la U. R. S. S. Estadística judicial. Medicina legal. Psiquiatría legal. Derecho internacional. Criminología.

YUGOESLAVIA. — Primer Año: Historia del Estado y del dere-

No puede minimizarse la gravedad de los problemas que, dentro del extraordinario incremento y nuevos aspectos —no hay que olvidarlo— de la criminalidad adulta en estos años, suscita en esta época la delincuencia de los menores, tanto por la cantidad como por la índole de los actos y de sus autores. Fenómeno mundialmente extendido y con rasgos privativos de esta hora, que le dan carácter diferencial respecto al tradicional problema de la delincuencia juvenil y le dotan de un perfil continuado y homogéneo a través de todas las “cortinas” y divisorias actuales del mundo, de todos los confines del cual nos llegan —con designaciones peculiares y con frecuencia harto gráficas y significativas, pero con características comunes— noticias e informaciones análogas y por igual alarmantes y lamentables. Detenernos a explayar estas afirmaciones no creo que esa necesario en esta reunión, dada la preparación de cuantos a ella concurren; ni aconsejable, por cuanto nos desviaría un tanto del tema que nos ha sido propuesto y debemos estudiar. Pero consignarlas sí era preciso, porque de ellas resalta algo sumamente importante para el enfoque de

cho general de los pueblos yugoeslavos. Derecho romano. Derecho de familia. Teoría general del Estado. Economía política.

Segundo Año: Derecho constitucional (comprendiendo la historia del poder popular). Economía política del socialismo. Estadística. Derecho penal. Derecho civil (Introducción al régimen de sucesiones).

Tercer Año: Derecho Administrativo. Derecho Internacional público. Opción entre Historia diplomática, Criminología e Historia de las doctrinas económicas. Derecho civil (Obligaciones). Ciencia de las finanzas. Proceso criminal.

Cuarto Año: Derecho laboral. Derecho económico. Proceso civil. Medicina legal. Derecho Internacional privado. Opción entre Historia de las doctrinas políticas y jurídicas, Ciencia de la organización administrativa, Derecho constitucional comparado, Derecho penal comparado, Derecho civil comparado y Derecho de los transportes.

En *SUECIA*, en el primer ciclo de estudios de Derecho para la obtención del diploma *Juris Candidat*, hay, en el primer año, una opción entre Derecho romano y Economía política.

(*) Sólo existe, y sin gran relieve, en Bélgica, según la información de la Profesora Dra. Reta Sosa Días.

nuestro tema y cuyas consecuencias sacaremos luego: que nos encontramos —por lo que al antiguo problema de la delincuencia juvenil se refiere— en presencia de una intensidad y variantes de gravedad inusitada que justifican sobradamente todo el interés que se les acuerda, pero, por lo mismo, de carácter accidental y propio de este tiempo.

Mas se nos ocurre, ante todo, que los enunciados en que se formula el tema que aquí debemos dilucidar, son de una ambición —y de una amplitud— que rebasa con mucho el estudio de este inquietante fenómeno y aún el de la delincuencia juvenil en general.

Hablar de “*Legislación de menores*” ofrece ya en primer lugar, desde el primer término o vocablo, el inconveniente de presentar la materia que hubiera de ser objeto de la nueva cátedra, no como una disciplina científica —que, según diremos, es como creemos que debe estudiarse en la Universidad—, sino al modo exegético. “Legislación” es mucho menos, cuantitativa y cualitativamente, que “Derecho”. Y o nos ceñimos a una repetición y pura exégesis de la ley —sobre cuya superación e improcedencia estimamos ocioso insistir—, o hemos de reconocer que la legislación no agota el Derecho positivo y procuramos estudiar éste dogmáticamente, que es como hay que estudiar la ciencia del Derecho, ésto es, científicamente, acatándolo en toda su imperatividad dogmática, pero intentando a la vez reconstruirlo racionalmente, reconociendo en él la naturaleza de las instituciones que lo integran y los principios que lo informan y sustentan, cómo han sido realizados en él y las realidades tal vez más perfectas que admiten o requieren; y en tal caso no estaríamos ya versando simplemente sobre la Legislación, sino haciendo Derecho en el sentido científico de la palabra.

Y en cuanto al genitivo que lo determina, supondría una ruptura total del *fundamentum divisionis*, con que se establecen las diversas ramas del Derecho, pues llevaría a construir una de ellas tan sólo por razón de la edad de los sujetos a que

afectan las instituciones o —tal vez menos— que entran en la relación jurídica y las particularidades de la misma a esta circunstancia debidas; no por la objetividad de la materia que disciplinan, que es como se diferencian y determinan los contenidos de las restantes y se constituyen independientemente. Tendríamos, así, que agrupar en ella las más diversas instituciones y a veces simples preceptos de Derecho civil, mercantil, administrativo, procesal, etc. E inmediatamente, amparándose en el mismo criterio e invocando la autoridad del precedente, podrían alzarse reivindicando su independencia un Derecho de la mujer, otro de las personas colectivas y quién sabe cuáles otros.

Que ello nos llevaría, además, a una extensión desmesurada y a un contenido híbrido, imposible de reducir a unidad y estudiar científicamente, no precisa demostración. Puede parecer, sin embargo, que se impide si se limita añadiendo “*abandonados y en falta*”. De tal forma, se impediría, por otra parte, que el precedente pudiera ser invocado para crear otros Derechos, como los indicados, sobre la sola base de los distintos sujetos a que los preceptos se refieren y las particularidades que por ello adoptan. Pero al instante se descubre que si el concepto de “menor” posee un indudable significado jurídico y podemos determinarlo con relativa precisión, otro tanto no sucede con el de “*abandonados*”, de una vaguedad extrema y que no pertenece al lenguaje técnico del Derecho. Ante él, pensaríamos, en todo caso, en ejercer una actividad de beneficencia, que no tiene por qué ser necesariamente de incumbencia del Estado, pero que, de ser realizada por él o por cualquier otra entidad pública menor, no sería sino una de tantas esferas de la acción administrativa y, por tanto, sería el Derecho administrativo el que hubiera de regularla.

Y no puede más que aumentar la confusión agregar “*y en falta*”, aunque esta falta sea “*social*”; porque la palabra “*falta*” —si no nos referimos a una especie particular del delito *lato sensu*, por su menor gravedad, es decir, a las también

llamadas contravenciones, y no parece que aquí podamos tomarla en tal acepción— carece de todo significado jurídico. *Falta* o es *ausencia*, o *defecto* o *privación*, o *imperfección*. En falta —subrayando la preposición— incurrir y está quien transgrede una regla, y si esta regla es social, estará “en falta social”; pero debemos pensar que no sólo el Derecho es regla o norma social. Recordemos cómo se dice que “está en falta” o “ha incurrido en falta” —y preferentemente tiene este sentido la frase— quien no ha cumplido el deber que un uso o convencionalismo social le impone.

Ahora bien: si lo que se busca con esta locución es eludir las palabras “delincuencia” o “delito” porque el acto del penalmente menor no es tal, ya que, debido a una presunción *juris et de jure*, falta en él uno de los elementos esenciales del delito —la imputabilidad—; entonces quienes seguimos las enseñanzas de un luminoso Maestro no podemos, técnicamente, sino decir “*infracción dañosa*”, designación con que ha fijado en nuestra lengua, mejorándolos, los intentos anteriores —en otros idiomas y también en castellano— por hallar una denominación propia para los actos típicamente antijurídicos que han producido consecuencias que no pueden ser indiferentes al Derecho, pero que no son reprochables —y no llegan, por ende, a ser *delitos*, penalmente hablando— por un motivo cualquiera, entre los que cabría este de la falta de capacidad para ello, por inmadurez, del sujeto activo (40).

Mas reparemos en que, a más de todas estas denominaciones con que se viene designando el tema desde que en la Semana de estudios comparativistas anterior fue suscitado, finalmente se ha concretado con el rótulo que encabeza este trabajo (*). Y en tal caso, si lo que se pretende tratar en la cátedra cuya creación se debate, son “*los problemas de la minoridad abandonada y en falta*”, a todos los inconvenientes ya señala-

(40) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*. Tomo V. Buenos Aires, Editorial Losada, 1.956. Págs. 31-33.

(*) Se hace referencia al título oficial del tema de las Jornadas al cual responde esta relación, y que —como ya queda dicho— era *Creación de una cátedra para tratar los problemas de la minoridad abandonada y en falta*.

dos hay que sumar entonces que la desmesurada extensión apuntada se amplía todavía más, infinitamente, pudiendo abarcar las cuestiones más disímiles y perdiendo incluso toda referencia a lo jurídico.

Con todo y dejando ésto aparte, hay que tener muy presente, que la función de las cátedras no es investigar ni resolver problemas, sino enseñar una ciencia determinada, o a lo sumo —si se quiere— una parte de una ciencia; enseñar —en nuestras Facultades de Ciencias Jurídicas— cada rama del Derecho en el sentido científico antes dicho (o los fundamentos y conceptos universales del mismo cuando se trata de la Filosofía del Derecho, pero éso cae fuera de nuestras reflexiones actuales). Para investigar están los Institutos y otras entidades de naturaleza semejante.

Y acontece, además, que el Derecho no se preocupa por las causas de las conductas que disciplina; por ello, mal puede, él por sí, subsanarlas. Ante el problema de la delincuencia y de su auge, aunque sea la juvenil, como ante el de la escasez de viviendas o el de la inflación, el Derecho en cuanto ciencia no puede hacer, en sus distintas ramas, sino estudiar la regulación jurídica de tales realidades sociales; y habrán de ser otras ciencias, causal-explicativas y sociales, cual la criminología, la sociología, la economía o la ciencia de las finanzas, las que investiguen esos fenómenos, determinen sus respectivos porqués y señalen, en consecuencia, los remedios, que pueden ser acaso de carácter jurídico. Que esto venga a reforzar la necesidad generalmente admitida de integrar así, con mutuo beneficio, las jurídicas con esas otras ciencias, es cuestión muy distinta de la de los objetos o puntos de vista de cada una y el perfil unitario que todas deben mantener. Por éso, yo no creo que como juristas podamos, no ya desde la cátedra, pero ni en ninguna parte, estudiar causalmente estos problemas de la delincuencia de los menores y bosquejar, congruentemente, los medios de eliminarla o reducirla.

Pero hay más: y es que si están sobradamente justificadas —como dijimos— las preocupaciones y los esfuerzos de los sociólogos, psicólogos, pedagogos, políticos y legisladores

ante el aumento actual de la delincuencia juvenil, un fenómeno que empezamos considerando accidental y propio de este tiempo no puede servir de base para crear una cátedra nueva, que no puede querer significar sino una ciencia nueva. No; cada materia tiene que referirse a una dimensión permanente del Derecho, dotada de cierta individualidad respecto a las demás, sin que la excesiva gravedad y agudeza que un problema haya podido asumir —ni el volumen de la legislación a él consagrada o de la doctrina que de él versee— baste para justificar la creación de una nueva disciplina.

Es algo así —y permítaseme el símil— como si por la indudable transcendencia social y económica y consecuentemente jurídica que han alcanzado, y por la legislación especial a que han dado lugar y por el volumen que ocupan en los estudios de los abogados y en los despachos de los jueces los mil problemas de los arrendamientos rústicos y en particular los urbanos, pensáramos en construir, sobre ellos, una ciencia nueva y paralelamente una asignatura especial con su cátedra correspondiente donde enseñarla y aprenderla.

No; los arrendamientos son materia del Derecho civil, y por más importancia que en la vida jurídica adquieran y por más frondosa y enrevesada que llegue a ser la legislación que los discipline, e incluso aunque por razones prácticas hubiera un día que seccionar su estudio del resto de los contratos, no dejaríamos de estudiar allí Derecho civil.

En otro sentido, hay que recalcar que la Universidad no debe proponerse hacer prácticos que puedan abocarse con éxito a tratar determinada especie de problemas; ni aún creo que —si se intentare— se lograría ni resultaría factible⁽⁴¹⁾. Se trata de *preparar* científicos —juristas, en nuestro caso—. O sea: de procurar una cultura científica que permita, ahondándola, especializarse; manejándola, resolver consciente y atinadamente los problemas imprevisibles que cada día trae consigo. Problemas a menudo intrincados, que presentarán facetas distintas y vendrán determinados por factores diversos.

(41) Sobre esto hemos versado en la *Introducción* de nuestra Tesis doctoral, presentada a la Universidad de Madrid el año 1.957 y calificada con la nota de Sobresaliente.

Esa especializada preparación que en cada orden del saber se ha debido sacar de la Universidad, permitirá, conjuntando e inquiriendo los conocimientos necesarios en cada caso, tratarlos inteligentemente.

Finalmente, diluyéndonos así por todos lados la presunta cátedra, por no haber tras ella ciencia que enseñar, sólo podríamos postular, en consonancia con lo ya dicho, una dedicación especial a estas cuestiones por parte de quienes estudian causalmente la delincuencia, y quizá entonces, si el capítulo de tales estudios alcanzara gravedad y proporciones, pudiera pensarse, por razones prácticas, en distinguirlos especialmente y enseñarlos por separado. Lealmente creemos, sin embargo, que esta realidad —ni por lo que a los menores se refiere, pero ni siquiera en general— no se da.

Recapitulando: No puede haber, pues, a nuestro juicio, una ciencia, un Derecho del menor. Si hablamos de menores abandonados, en lo que este concepto se relacione con el Derecho, sólo el administrativo puede ocuparse de él. Hablar de menores en falta o en falta social, o carece de toda precisión y no se refiere para nada a lo jurídico, o únicamente puede querer decir menores que hayan cometido una infracción dañosa, que podrá dar lugar a una serie de consecuencias civiles *ex delicto*, exactamente igual que si de adultos se tratase, y —ésto es acaso lo más interesante— a una serie de medidas de carácter correccional. No siendo el menor capaz de cometer delitos *stricto sensu* por presumirle inimputable el Derecho, sólo estas consecuencias —pues las civiles no le son privativas— interesan como características. Sobre la índole de las mismas, dentro de cuantas tienden a prevenir el peligro de realizar infracciones dañosas o auténticos delitos, tanto por menores como por adultos, suficiente es lo ya polemizado en la doctrina, y, por nuestra parte, ha años que sentamos nuestra posición al respecto ⁽⁴²⁾; pero, cualquiera que sea la solución que se dé o que se acepte, no resultará más que la pertenencia de estos temas a una de las especies clásicas del De-

(42) *Ibidem*, passim, y especialmente cap. III (en la Primera parte).

recho. Los problemas de la minoridad abandonada y en falta, en estos términos entendida la cuestión, son prácticamente infinitos y por demás heterogéneos, y en ese aspecto se pierden toda referencia a lo jurídico y aún toda unidad. La finalidad de la cátedra no es investigar problemas ni dar con la solución, sino enseñar una ciencia. Además, el Derecho no puede investigar causas; no es, en absoluto, una ciencia causal, sino teleológica, y cuando se ha querido identificar con las ciencias causalistas, se ha desdibujado hasta desnaturalizarse. Por ello, los estudios jurídicos no están en manera alguna indicados para resolver ni contribuir a resolver estos problemas. Tampoco sobre la repentina y extraordinaria erupción de un problema puede levantarse una ciencia particular; pues las ciencias no se determinan por criterios de intensidad, cuantitativos, sino objetivos, cualitativos, y en este sentido la investigación de las causas de la virulencia actual de esta especie de actividad no puede atañer más que a la ciencia que tradicionalmente las haya venido estudiando y estudie, en general, la producción de la criminalidad, aunque exija cierta especialidad dentro de ella. Sólo un posible gran volumen futuro de esta especialidad, justificaría, en su día, por razones prácticas, la creación de una cátedra separada. Debe tenerse en cuenta, que esa revolución —por decirlo así— que se está operando en la delincuencia juvenil no es única ni está aislada; pues otra se está dando en los mayores. Y, por último, una cátedra nueva no puede responder más que a la aparición de una nueva ciencia independiente o a la necesidad práctica de dividir y especializar la enseñanza de una ya existente; nunca al propósito de sacar prácticos capaces de atacar determinada clase de problemas, pues la enseñanza universitaria no puede ser sino científica, lo cual quiere decir especializada, y los problemas de la vida real rara vez admiten ser estudiados ni enfocados unilateralmente. Son una serie de dotes que no pueden enseñarse ni proporcionarse en la Universidad ni aún a veces en lugar alguno, las que permitirán conjuntar y servirse eficazmente de los conocimientos adquiridos en sus

aulas, y a ellos añadir otros, aplicándolos todos a la comprensión y modificación convenientes de la realidad.

Y al cabo y para poner punto final a estas reflexiones, que podrían continuar indefinidamente, me permitiría preguntar e incluso proponer para otra ocasión: ¿Tenemos por ventura en nuestras Universidades, tenemos en nuestros países, verdaderos centros de estudios criminológicos? Y si no los tenemos, ¿podemos pensar, siquiera, en hacer criminología de los menores y enseñarla? Porque ahí, a partir de la criminología, es donde hay que centrar la mayor y la mejor parte de la lucha contra el crimen; ya es sabido. Y si uno fuese más inquiridor y más cáustico, y también más pesimista, podría preguntar todavía: ¿Es que si conociéramos acabadamente las causas de este doloroso aumento de la delincuencia en general y de la de los menores en particular, y los medios de obviarlas hasta dejarlas considerablemente reducidas, podríamos ponerlos en ejecución? (43) (44).

MANUEL DE RIVACOPA Y RIVACOPA

San Martín, 1911, Santa Fe

(43) Es un deber hacer constar la colaboración que me ha prestado en este trabajo el Ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral Don Juan Manuel Peralta Pino.

(44) La ponencia aprobada, dice textualmente:
DERECHO DE MENORES:

Tema: "Creación de una cátedra para tratar los problemas de la minoridad abandonada y en falta".

I. Por carecer de un objeto propio y específico, y por el carácter heterogéneo y fragmentario respecto a las diversas ciencias y hasta las distintas ramas e instituciones jurídicas, de las cuestiones que habría que agrupar bajo tal epígrafe, así como por la índole subjetiva del principio que hubiera que generarla en oposición a la naturaleza objetiva del *fundamentum divisionis* de las diferentes ciencias jurídicas; se declara que no puede considerarse una ciencia particular, autónoma y sustantiva, que fuera objeto de una asignatura especial y requiriera, por tanto, la creación de dicha cátedra.

II. Esto no obstante, se reconoce y comparte con simpatía, la generosa inquietud revelada en la iniciativa del tema sometido a consideración, estimando conveniente su estudio por cuantas ciencias hacen referencia al mismo, entre ellas las diversas disciplinas jurídicas y sociales, en seminarios o centros de investigación.