

# INSTITUCIONES INDIANAS Y DERECHO INDIANO

PAUTAS PARA LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA

DEL DERECHO INDIANO

por

*Víctor Tau Anzoátegui*

I

Uno de los puntos más importantes del temario que nos convoca, por el interés general que presenta, es el de preparar un programa para la enseñanza del Derecho Indiano.

La consideración de este asunto nos lleva a formular, con carácter previo, algunas reflexiones de orden metodológico y a esbozar las distintas orientaciones existentes actualmente en esa enseñanza en España y en América.

Bajo la denominación de Derecho Indiano se agrupan diferentes orientaciones en la enseñanza universitaria, que responden a distintas necesidades intelectuales, originadas en el diverso interés de profesores, investigadores y estudiantes. Estas orientaciones didácticas, cargadas de saludables y renovadores matices, pueden reunirse en dos grandes corrientes: la de las Instituciones Indianas y la del Derecho Indiano propiamente dicho. Esta gran síntesis es adecuada para abordar el problema, pero en manera alguna pretende borrar o suprimir matices, cuya riqueza da vida a la ciencia, valor a la enseñanza y despierta entusiasmos en profesores y estudiantes.

En el estudio del Derecho Indiano, si bien el objeto es siempre el mismo, en cambio, lo que varía es el ángulo de visión o la profundidad de su estudio. Estas variantes permiten satisfacer distintos niveles en la enseñanza y aun en la investigación. Ninguno de estos niveles, me anticipo a señalarlo, puede ser subestimado. Todos son intrínsecamente importantes y no cabe subordinación científica entre ellos.

Para una comprensión cabal de cada uno de esos enfoques y de la orientación que conviene imprimirles, considero que debe partirse de una definición y prolija caracterización del objeto, Derecho India-

no, a fin de determinar el sentido y alcance que se da al vocablo "Derecho", cuando hablamos de "Derecho Indiano". Ese sentido y alcance no es el mismo para el jurista que para quien no lo es. De ahí que para acertar en la solución de este planteo debemos recurrir a los fundamentos de nuestra disciplina y servirnos de las continuas y provechosas reflexiones que en los últimos años se vienen haciendo acerca de la metodología de la historia jurídica.

Estas reflexiones no son especulaciones teóricas, como algunos podrán suponerlo, sino son fecundísimas construcciones que una vez formuladas posibilitan su aplicación a la orientación de la disciplina. En este sentido, cabe recordar una circunstancia reciente, pero trascendental. En la I Reunión de Historiadores del Derecho Indiano realizada en Buenos Aires en 1966 el profesor Alfonso García-Gallo efectuó una excelente exposición metodológica<sup>1</sup>, y si bien esas ideas ya había tenido oportunidad de expresarlas en trabajos anteriores con mayor detenimiento, por haberse tratado específicamente el problema con respecto al Derecho Indiano y por las circunstancias que rodearon a esta primera gran reunión de indianistas, tuvo una notoria repercusión. Desde entonces los problemas metodológicos ocuparon una mayor atención de los historiadores del Derecho Argentino, no para aceptar pasivamente las ideas del maestro español, sino para reflexionar profundamente sobre las mismas, discutir las y aplicarlas. Este movimiento, que en la Argentina promovió la consideración del problema metodológico de una manera desconocida hasta entonces, tuvo también manifestación visible en las I y en las II Jornadas de Historia del Derecho Argentino realizadas en Buenos Aires y en Córdoba en los años 1967 y 1968, respectivamente<sup>2</sup>. Aunque el problema metodológico es asunto palpitante y, por lo tanto, inconcluso, en todas las disciplinas, aún lo es más en aquellas que se hallan en formación, como lo es, sin duda, la historia jurídica americana. No obstante ello, considero que la historia jurídica ha superado la primera etapa y tiene ya principios orientadores de los que debe partir.

<sup>1</sup>La versión escrita de esta exposición en *Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 18, Buenos Aires, 1967.

<sup>2</sup>Sobre las primeras Jornadas, véase amplia información en la *Revista del*

*Instituto de Historia Ricardo Levene*, N° 19, pp. 281-290. Sobre las II Jornadas, la Universidad de Buenos Aires, ha publicado un folleto con los documentos y ponencias aprobadas. Las actas se publicarán en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 20.

Estos principios, a mi juicio, se hallan en una clara distinción entre lo que es *institución* y *derecho* y por lo tanto, entre lo que es Historia de las Instituciones e Historia del Derecho. Aquellos dos vocablos han sido durante mucho tiempo usados en forma indistinta para designar un mismo objeto, y aun hoy hay quienes así lo hacen. Hay también quienes creen que la distinción es una mera sutileza especulativa, sin alcance práctico alguno. Tal vez sea este el momento apropiado para usar esta trabajosa distinción, a la manera de una brújula para orientarnos en el camino y auxiliarnos a encontrar las pautas que buscamos.

## II

El vocablo *institución* ha tenido y tiene numerosas acepciones. Cuando los historiadores hemos tratado de conceptuarlo lo hemos hecho modestamente, con la sola pretensión de encontrar una acepción válida para nuestro conocimiento histórico. Pero junto a este propósito, también los juristas, los filósofos y sociólogos han trabajado en este concepto y no siempre sus conclusiones pueden admitirse como aceptables para el trabajo del historiador<sup>3</sup>.

Es, a mi juicio, el profesor Alfonso García-Gallo quien ha estudiado mejor el problema de la *institución* en conexión con el *Derecho* y me permitiré pues realizar una síntesis de sus principales ideas al respecto, para recordarlas, con vistas exclusivamente a nuestro objetivo.

En forma sencilla, pero certera, el profesor García-Gallo conceptúa a las instituciones como "las situaciones, relaciones y ordenaciones básicas y fundamentales en la vida de la sociedad", que están constituidas por tres elementos: a) las situaciones de hecho; b) la valoración, y c) la regulación. Y agrega que "sólo esta regulación constituye lo propiamente jurídico de la institución"<sup>4</sup>.

El mismo García-Gallo aclara: "El Derecho constituye tan sólo

<sup>3</sup>Un concepto de institución aplicable a nuestra disciplina, ver en Alfonso García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español* 2ª ed. Madrid, 1964, T. I, pp. 1-2, Alfonso García-Gallo, *Problemas metodológicos...* Cit., pp. 17, 18 y 21; y VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El concepto histórico de las Instituciones en*

*Revista de Historia Americana y Argentina*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1962-1963, N.os 7-8, pp. 213-222.

<sup>4</sup>*Manual...* cit., pp. 1-2; y *Problemas metodológicos*, pp. 17-18.

una ordenación de las instituciones; no es la ordenación misma, ni tampoco algo superficial que se superpone a ellas para regularlas, puesto que esta regulación puede afectar a la esencia misma de la institución. El Derecho es un elemento integrante de la institución, pero no la institución; por ello resulta a veces difícil distinguir en ésta lo jurídico de lo que no lo es. De la misma manera que el sistema nervioso es parte integrante del cuerpo humano que irradia por todos sus órganos sin confundirse con ellos. No cabe duda, siguiendo con este paralelo, que lo que al hombre interesa es la integridad y perfecto funcionamiento del cuerpo, y no el de uno de sus elementos. Lo cual no es óbice para que el sistema nervioso se estudie aisladamente en su conjunto"<sup>5</sup>.

Esta bifurcación metodológica puede originar algunas críticas fundadas en su irrealidad histórica, pero el mismo catedrático español se anticipa a esta acertada observación, afirmando: "Naturalmente, ni el jurista ni el historiador del Derecho pueden ser especialistas asépticos desentendidos de todo lo que no es jurídico; sin duda alguna, tienen que conocer las instituciones que estudian. Pero su trabajo propio debe realizarse sobre el Derecho"<sup>6</sup>. Es decir, que la historia jurídica, por razones metodológicas, debe necesariamente estudiar un solo elemento de la institución, pero ese estudio debe hacerse en la *institución*, es decir, conociendo y teniendo presente los demás elementos que la integran. De no ser así estaríamos realizando un peligroso examen en abstracto, inadmisibile para un gran realista como debe ser el historiador.

Este enfoque de la Historia del Derecho en la institución me parece el mejor acierto de la orientación institucionalista que sustenta el profesor García-Gallo, y que no parece haber sido hasta ahora adecuadamente valorada y apoyada en América, tal vez por falta de una concreta aplicación en el Derecho Indiano<sup>7</sup>.

Se preguntará, acaso, acerca de la razón de este desdoblamiento metodológico. ¿No sería más adecuado estudiar toda la institución en forma integral y profunda, y no uno de sus elementos? Un análisis superficial de la cuestión podría llevarnos a una respuesta afirmativa. Pero si tenemos en cuenta los requerimientos de la enseñanza y

<sup>5</sup>*Problemas metodológicos...*, cit., pp. 17-18.

<sup>6</sup>*Ibidem*, pp. 18-19.

<sup>7</sup>En España, García-Gallo viene abordando este problema con demostracio-

nes prácticas, desde hace más de veinte años. Recordamos aquí los cursillos de 1946, que se dan cuenta en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. xvii, Madrid, 1946, pp. 1169-1173.

de la investigación, considero que la bifurcación contiene un alto sentido práctico.

Desde un punto de vista metodológico no resulta posible investigar ni enseñar al mismo tiempo, las instituciones, como estructuras sociales, y el elemento jurídico de aquella, como fenómeno del mundo del Derecho, porque, aunque en la realidad se den integradas, en su estudio deben separarse para analizarlas y comprenderlas mejor. Ocurre lo mismo con la realidad pretérita que con la presente. Nadie pretendería estudiar al mismo tiempo el mundo actual en sus diversos órdenes —sociales, económicos, religiosos, etc.— y al mismo tiempo hacerlo con el Derecho, empleando en cada caso el máximo de profundidad para la comprensión de cada uno. Esto no significa, sin embargo, desconocer la necesidad de que el jurista de hoy penetre la realidad social, que conforman las instituciones, y trabaje sobre las mismas para crear, interpretar y aplicar las normas de Derecho.

El método científico exige, por otra parte, que el estudio de determinado objeto se haga con un cierto orden. Este orden nos señala la conveniencia de circunscribir el tema de estudio y esto es válido tanto en la realización de la tarea de investigación como en la enseñanza. So pretexto de realizar estudios integrales y de no empañar la visión general del proceso histórico, nunca podríamos llegar a fijarnos objetos precisos en nuestros estudios. No se podría estudiar así ni historias de determinadas épocas, países o materias, porque sin duda éstas constituyen convencionales delimitaciones científicas que no se dieron en la realidad. Reflexionando de esta forma llegaríamos a plantearnos el problema de cómo debemos ver la realidad pretérita, si como la vio un soldado, un religioso, un economista, un jurista, un poeta, un historiador, un noble, un plebeyo, o un esclavo, y tendríamos así distintos enfoques, y sin duda, todos ellos muy parciales, y muy diversos.

He querido llegar a este punto, aparentemente alejado del planteo inicial, para señalar que si metodológicamente debemos trabajar con un cierto orden, éste no será el mismo para todos. Nos encontramos reunidos un conjunto de historiadores del Derecho Indiano. Objeto más preciso y ya casi perfectamente determinado. Sin embargo, aún así apreciamos puntos de vista diferentes en lo que queremos estudiar, diferencias que surgen de los distintos requerimientos intelectuales que se tiene, y que en gran medida, responden a que la mayoría de los cultores se hayan vinculado a cátedras universitarias que acentúan

diversos aspectos de ese Derecho Indiano genéricamente considerado, de acuerdo al nivel y rama superior en que aquéllas se encuentran.

No siempre los profesores ni los estudiantes experimentan la necesidad de realizar un estudio específico del elemento jurídico de la institución. Este estudio debe efectuarse en condiciones especiales, que están dadas por la sensibilidad jurídica de quienes lo realizan, sensibilidad especial que rara vez adquieren los que no tienen un intensivo conocimiento del Derecho. De ahí que en las Facultades de Humanidades, por la naturaleza de los estudios que allí se cursan —y aun bajo la denominación genérica de Derecho Indiano— en realidad lo que se estudia son las Instituciones Indianas. Ello se debe a que tanto los profesores como los estudiantes no tienen preocupación en adquirir un conocimiento especial de lo jurídico, pero sí, en cambio, por el estudio de la estructura social pasada. En este caso, lo jurídico constituye un elemento de la institución y no el elemento sobre el cual se concreta la atención. Se estudia así el Derecho en tanto es un fenómeno cultural, integrado con los demás elementos, y no como una construcción técnica en cuyo desenvolvimiento se resuelven problemas jurídicos.

Pero si las razones expuestas aún parecieran insuficientes para admitir el criterio de estudiar separadamente las *instituciones* y el *Derecho*, una cuestión práctica evidente nos debe convencer definitivamente. La realidad didáctica demuestra que cuando bajo la denominación de *Derecho Indiano* se ha pretendido estudiar toda la institución, se resiente de tal modo el análisis del elemento jurídico, que éste ha dejado de ser el centro principal de estudio, y en vez de Derecho Indiano propiamente dicho se ha estudiado Instituciones Indianas.

Algunos ejemplos pueden facilitarnos la comprensión de esta indispensable separación. A través de un mismo tema, el de *la administración de justicia*, advertiremos cómo es distinto lo que interesa al estudioso de las Instituciones Indianas que al del Derecho Indiano. El tema ha sido elegido deliberadamente en atención a que es difícil encontrar otra institución que ofrezca más rasgos jurídicos que aquélla. Sin embargo, el historiador de las instituciones utiliza una lente científica que sólo le permite estudiar el aspecto que llamaríamos externo de la administración de justicia: la organización judicial. La estudiará con más o menos detalles, con mayor o menor profundidad, pero siempre encontrará un límite infranqueable en su tarea. Ese límite está dado por el interés de su exploración y por la concepción

que dirige su labor. En realidad, no mira las cosas como un jurista, planteándose los problemas que a éste interesan, sino que lo hace observando el Derecho tan sólo como un fenómeno cultural, como una manifestación social, como un instrumento para conocer mejor la sociedad, en una palabra, como uno de los elementos de la institución. Este punto de vista, de más está decirlo es exacto y adecuado para la historia de las instituciones que se enseña a quienes no tienen, por distintas razones, una mentalidad jurídica.

En cambio, el historiador del Derecho propiamente dicho se siente insatisfecho de este examen y si su preocupación consiste en plantear los problemas que interesan al jurista partiendo de la institución, ha de estudiar, tomando como punto de arranque a la organización judicial, temas tan apasionantes como la técnica del proceso, los medios probatorios y su valoración, las sentencias legas y legales, la fundamentación y publicidad de los fallos, los recursos procesales, etc., temas todos éstos que desbordan de la historia institucional. Una simple exploración por programas de estudio y manuales de cada orientación servirá para aquilatar el alcance de este distingo.

El tema del *matrimonio* tal vez nos permita apreciar con mayor claridad otra característica que conviene valorar al efectuar este dobleamiento metodológico. En efecto, el historiador de las instituciones analiza el matrimonio con el objeto de hallar en él los elementos que le permitan un mejor conocimiento de la respectiva estructura social, económica y acaso política y de ahí que cuando examine someramente la regulación jurídica lo hace como quien se sirve de un instrumento que le permita alcanzar aquel objetivo. En cambio, el historiador del Derecho, partiendo de este enfoque institucional, se dedicará a indagar el elemento jurídico del matrimonio, es decir, los requisitos para su celebración, régimen de impedimento y dispensa, nulidades y divorcio, la dote y el régimen de bienes en la sociedad conyugal, etc. Así el impedimento para contraer matrimonio por pertenecer los cónyuges a diferentes clases sociales nos ofrecerá un riquísimo campo para el estudio de las clases sociales y su movilidad, lo que aprovechará, sin duda, el historiador de las instituciones, pero en cambio, el historiador del Derecho, colocará su acento en la técnica de la regulación y en sus efectos jurídicos. Tal vez este último ejemplo constituya una advertencia para que, aún separados, estos dos enfoques se complementen en la formación del jurista, pues si el historiador del Derecho se despreocupa de la institución, no parte de la misma, no la tiene presente en todo el desarrollo de su elaboración, incurriría en la con-

denada purificación que haría perder razón de ser a la enseñanza de la historia jurídica.

La diferencia entre un examen de las Instituciones Indianas y el Derecho Indiano no está sólo referido a la forma de estudiar la institución, sino que además el historiador del Derecho debe manejar de manera particular el sistema de fuentes y las ideas jurídicas a través de su evolución. Tendrá también que precisar, siempre en la perspectiva histórica, el concepto de Derecho vigente en cada época, el valor y fuerza de las distintas fuentes del Derecho (costumbre, ley, fallos judiciales y literatura jurídica), la vigencia del Derecho en el tiempo y en el espacio, los métodos de interpretar la ley, el conocimiento del Derecho, etc. Es decir, construir lo que moderadamente se ha denominado "teoría general del Derecho", cuidando siempre de evitar el peligro que señala Ricardo Zorraquín Becú de pretender amoldar el derecho antiguo a criterios contemporáneos<sup>8</sup>.

### III

Expuestas estas pautas, vamos a analizar las distintas orientaciones existentes en la enseñanza del Derecho Indiano, genéricamente considerado, y a través de las mismas podremos apreciar que las orientaciones no sólo se refieren a la separación efectuada entre Instituciones Indianas y Derecho Indiano sino que aún dentro de cada una de éstas se observan los matices propios del nivel y escuela superior en que se enseña.

Hay una natural dificultad en agrupar ordenadamente los diferentes modos de enseñar el Derecho y las Instituciones Indianas en España y en América, debido a que la diversidad de planes de estudios, de programas y de enfoques de cada catedrático, no se ajusta, como es lógico, a un determinado encasillamiento. Si esta falta de coincidencia es feliz cuando constituye una consciente manifestación de vitalidad de la propia orientación, en cambio, resulta de lamentar cuando es producto de la desorientación y confusión existente y se ha llegado a ella por insuficiencia de conocimiento. Con la finalidad, pues, de esclarecer ello, voy a señalar las principales modalidades que, en el orden didáctico, se advierten en las *Instituciones* y en el *Derecho Indiano*. Para realizar este análisis no he podido reunir todos los actuales pro-

<sup>8</sup>RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, T. I., ed. del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1966, p. 25.

gramas de enseñanza de la materia, pero sin embargo, considero que el panorama que pretendo trazar no se verá sustancialmente modificado por la aludida deficiencia informativa.

Las *Instituciones Indianas*, como las caractericé precedentemente, se enseñan en las Facultades de Humanidades, ya sea en los cursos ordinarios de la carrera o licenciatura y en el doctorado; y también en los cursos preparatorios o primeros años de las Facultades de Derecho. Desde luego, que dentro de esta modalidad, los matices son numerosos, sobre todo cuando se enseña a estudiantes con distinta orientación universitaria o diferente nivel en sus estudios, pero con todo se advierten ciertas coincidencias básicas, que son precisamente las que nos permiten agruparlas bajo un denominador común<sup>9</sup>.

*El Derecho Indiano*, propiamente dicho, se enseña solamente en las Facultades de Derecho, aun cuando no parece existir coincidencia en cuanto al nivel de la carrera en que conviene suministrar su enseñanza, si nos atenemos a los planes de estudios de las universidades españolas y americanas. Desde luego, y aunque esta falta de coincidencia no es sólo propia de la enseñanza de la Historia del Derecho, convendría establecer algunas pautas para el futuro, en base a la experiencia recogida.

Me voy a referir a esta enseñanza en tres países (España, Chile y Argentina), en donde tal vez haya existido últimamente mayor preocupación por abordar estos problemas metodológicos. La exclusión de otros países, como Perú o México, en este caso, se debe a mi falta de información concreta sobre el estado actual de la enseñanza del Derecho Indiano en los mismos.

En España, la Historia del Derecho Español —dentro de la cual encaja la del Derecho Indiano— se enseña en algunas universidades en un solo curso que se dicta en el primer año de la carrera (por ejemplo, en Madrid). En otras universidades, sujetas al nuevo plan

<sup>9</sup>Entre los libros de textos recientemente publicados, puede citarse como ejemplo de esta orientación al *Curso de Historia de las Instituciones Españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, de Luis G. de Valdeavellano (Madrid, 1968). Aunque sólo referido al medioevo español, constituye uno de los más claros ejemplos de tratamiento de la institución en todos sus elementos. No obstante esta correcta coincidencia

entre título y contenido de la obra, el autor provoca cierta confusión en el capítulo preliminar al asimilar la Historia de las Instituciones con la Historia del Derecho Público. Nuestra pretensión al escribir conjuntamente con Eduardo Martiré el *Manuel de Historia de las Instituciones Argentinas*, Buenos Aires, 1967, fue responder exclusivamente a esta orientación.

de estudios (como Sevilla y Valencia) existen dos cursos. Uno de Historia del Derecho Español en el 1.º año y otros, de Historia del Derecho Privado, o Historia del Derecho Público, según la especialización, en el 4.º año de la licenciatura<sup>10</sup>.

La enseñanza de la Historia del Derecho propiamente dicha al empezar la carrera, ofrece el serio escollo de que los estudiantes carecen de sensibilidad jurídica y, por lo tanto, les resulta necesario, con una mente poco habituada al ejercicio universitario, adquirir no sólo la noción de lo jurídico, sino también la comprensión de lo histórico. Para salvar este escollo, el profesor García-Gallo ha publicado el excelente *Manual de Historia del Derecho Español*<sup>11</sup>, que todos manejamos con gran provecho y que es beneficioso no sólo para esos estudiantes novicios sino para los que cursan la Historia del Derecho en niveles superiores de la carrera. García-Gallo, con la mira puesta en el Derecho, desarrolla en la introducción bajo el título de "La evolución general del Derecho Español" un panorama institucional para ubicar al alumno. Luego en la primera parte aborda lo que llama "La teoría general del Derecho" con una sistematización insuperable, que para los principiantes constituye una introducción histórica al Derecho y para los alumnos maduros una lograda síntesis sobre los principios generales del Derecho y el sistema de fuentes imperantes a través del tiempo. En la segunda parte de la obra, bajo el título "El hombre y la sociedad" examina la sociedad política. Esta Historia del Derecho enseñada en primer año no puede, a mi juicio, contener el estudio de los institutos jurídicos propiamente dichos (matrimonio, proceso, régimen de obligaciones, personas, etc.) por la falta de conocimientos jurídicos de los que la cursan, y si la contiene, debe ser suministrada en forma muy elemental, pues de lo anterior, se corre el riesgo de que los estudiantes no comprenderán ni asimilarán la enseñanza.

En cambio, el nuevo plan español viene a llenar este vacío, pues al establecer nuevas cátedras de Historia del Derecho en 4.º año de la licenciatura, es posible entonces abordar las cuestiones que el alumno no estaba en condiciones de aprehender en el curso inicial.

<sup>10</sup>Véase una reseña y valoración de la reforma en José MARTÍNEZ GIJÓN, *La Historia del Derecho Mercantil Español y el Derecho Indiano en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N.º 18, pp. 72-74. Con-

sidera MARTÍNEZ GIJÓN que las consecuencias de la reforma han sido "beneficiosas para el desarrollo de la disciplina".

<sup>11</sup>ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual...*, cit.

El nuevo plan da oportunidad a los estudiantes de recibir en dos instancias de la carrera los conocimientos histórico-jurídicos. Según los programas del catedrático de la Facultad de Derecho de Sevilla, profesor José Martínez Gijón, la Historia del Derecho que se imparte en el 1.º año, consta de tres partes. La primera, es una introducción en donde se tratan los problemas conceptuales y metodológicos de la asignatura y la historiografía jurídica. La segunda, consiste en una evolución histórica general del Derecho Español, que responde a la orientación en que ubicamos a la historia institucional. La tercera, trata de las fuentes del Derecho. La Historia del Derecho Privado Español ubicada en el 4.º de la Licenciatura, consta de las siguientes partes: Derecho Privado, Derecho Mercantil y Marítimo; Derecho Penal y Derecho Procesal.

En la Universidad de Chile, desde 1966 se enseña en primer año de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile —en cuyo marco se estudian las instituciones indianas. Esta cátedra hasta entonces había sido designada como Historia Constitucional y el cambio es altamente beneficioso<sup>12</sup>. En segundo año, se encuentra la cátedra de Historia del Derecho, cuyo programa vigente data de 1949, y aunque responde al momento en que no existía el curso de historia institucional, no hay duda de la orientación que se imprime a estos estudios por los temas de los trabajos monográficos que realizan los alumnos en los seminarios de investigación que complementan la tarea de la cátedra<sup>13</sup>.

En la Argentina no existe uniformidad en los planes de estudios de las Facultades de Derecho oficiales y privadas. Debido a ello concretaré mi exposición con relación a las principales universidades en donde se ha evidenciado una seria preocupación por los estudios histórico-jurídicos. En tal sentido, cabe afirmar que es generalizada la existencia de cátedras de Historia de las Instituciones Argentinas

<sup>12</sup>Esto es lo que surge de los trabajos de la cátedra publicados en *Estudios de Historia de las Instituciones políticas y Sociales*, Nos. 1 y 2, Santiago de Chile, 1966.

<sup>13</sup>Véase ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *La enseñanza de la Historia Jurídica Indiana en la Universidad de Chile en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Nº 18, Buenos Aires, 1967, pp. 207-209; y MANUEL

SALVAT MONGUILLOT, *El Seminario de Historia y Filosofía del Derecho y el Derecho Indiano*, en *Ibidem*, pp. 216-219. En cambio, encontrándose en revisión los programas en la Universidad Católica de Chile, no me ha sido posible conocer sus características (véase JAIME EYZAGUIRRE, *La Enseñanza y la Investigación de la Historia del Derecho Indiano en la Universidad Católica de Chile*, en *Ibidem*, pp. 219-220).

—que encuadra a las Instituciones Indianas— en los cursos preparatorios o primeros años de la carrera y de Historia del Derecho Argentino —que contiene al Derecho Indiano— en los últimos años de la carrera. La existencia de estas cátedras, así concebidas y distribuidas ha provocado tal vez entre los profesores argentinos el planteo del problema metodológico con un sentido práctico y palpitante. Sobre todo que la nueva situación producida en la última década, ha modificado las pautas que había introducido nuestro recordado maestro Ricardo Levene al enseñar la historia externa del Derecho Indiano en el primer año de la carrera. Era ésta, como el mismo Levene la definía “el estudio de sus fuentes y de los sucesos políticos y sociales que lo explican”<sup>14</sup>. Ejemplo didáctico de esta orientación lo constituyó

<sup>14</sup>*Introducción a la Historia del Derecho Indiano en Obras de Ricardo Levene*, publicadas por la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1962, t. III, p. 28. Este concepto aparece reiterado en su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, 1956, p. 15. Decía Levene en 1924 en su libro precursor *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*: “El estudio del Derecho Indiano permite asistir a los orígenes de la sociedad hispanoamericana, observar el experimento del trasplante de las instituciones y hombres de Castilla y el mundo, su reajustamiento y adaptación a un nuevo medio en que las masas indígenas constituyeron su base y esencia durante el período colonial. La distancia con la Metrópoli, la dilatada vastedad de los dominios ultramarinos, los complejos factores locales incidieron gradualmente en la naturaleza del antiguo derecho para operar su renovación”. Y agregaba: “La valoración del Derecho de Indias hará posible estimar las condiciones políticas y económicas de la colonización, los elementos morales y materiales que la califican, las exteriorizaciones de una democracia inorgánica, el espíritu de insurgencia que explotó con la primera generación de los nacidos en la tierra, la teoría igualitaria de la ley y la de-

sigualdad de hecho entre españoles, criollos, indios, negros y mestizos, la formación autónoma de sociedades en las distintas secciones de Indias, el ideal de justicia protectora de la legislación, el pensamiento liberal y revolucionario de los humanistas y teólogos del siglo XVI y la doctrina de los juristas que defendieron con amor a los criollos, profetizando la Revolución futura, la gradual transformación de aquel derecho en el curso de tres siglos, en fin, *hará posible, repetimos, estimar la historia colonial toda, juzgada desde el punto de vista del derecho como expresión de cultura*” (*Obras de Ricardo Levene*, t. III, Bs. As., 1962, pp. 9-10). La larga transcripción y el subrayado final resultan necesarios para comprender la concepción de Levene; que era la de utilizar el derecho con un instrumento para observar a través del mismo la realidad social, pero sin prestar atención a la construcción técnica de ese Derecho. La magna obra de Levene —sus libros, sus institutos y sus discípulos— orientada hacia estas metas produjo los resultados esperados y esta parcela del Derecho Indiano alcanzó vasto desarrollo en la Argentina. Pero en cambio no han tenido análogo desarrollo los estudios realizados sobre la historia interna del Derecho Indiano.

en sus inicios el clásico libro *Introducción a la Historia del Derecho Indiano* y más recientemente su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, publicado en 1952. En alguna medida, esta orientación ha sido absorbida por la que ahora denominamos Historia de las Instituciones<sup>15</sup>.

La preocupación metodológica entre nosotros se ha volcado en los últimos años al Derecho Indiano propiamente dicho, ante la necesidad de dotar a las cátedras que funcionan en 5º ó 6º años de la carrera de abogacía del contenido adecuado a los requerimientos intelectuales de quienes la cursan. En este sentido se ha producido una saludable transformación de programas, aun en plena evolución, siendo el síntoma más palpable de esa inquietud las *Bases para un Programa de Historia del Derecho Argentino* aprobadas en las II Jornadas de Historia del Derecho celebradas en la ciudad de Córdoba en octubre de 1968<sup>16</sup>.

La experiencia recogida en la Argentina durante los últimos años nos muestra que —aunque también ofrece sus obstáculos— la enseñanza del Derecho Indiano en los dos niveles enunciados —Instituciones Indianas al empezar la carrera y Derecho Indiano propiamente dicho al terminar— constituye tal vez el mejor modo de satisfacer los requerimientos intelectuales del estudiante argentino. En este sentido se han pronunciado los asistentes a las recordadas II Jornadas de Historia del Derecho Argentino.

#### IV

Las precedentes consideraciones metodológicas y el estado de la

<sup>15</sup>Quien no conozca este problema metodológico, tropezará con una terminología equívoca. En efecto, al realizar la tradicional división de la historia externa e interna de derecho, Levene, adhiriendo a un punto de vista admitido en su época, señalaba que la primera se ocupaba de las fuentes del derecho y de los sucesos políticos y sociales que la explican y que la segunda era la historia de las instituciones. Al dar por contenido de la historia interna a las instituciones, Levene entendía por ésta a los institutos jurídicos o expresados de

otra manera, al aspecto jurídico de la institución. Formulada esta aclaración puede sostenerse que la tradicional división entre historia externa o historia interna, remozada y ajustada metodológicamente coincide en sus líneas fundamentales, con las de instituciones indianas y Derecho Indiano, al menos desde el punto de vista de la enseñanza, tema que ahora nos ocupa preferentemente.

<sup>16</sup>Estas bases han sido reproducidas en el folleto publicado por la Universidad de Buenos Aires, citado en la nota 4.

enseñanza de las instituciones y el Derecho Indiano, me llevan a extraer las siguientes conclusiones:

1º La conveniencia de consolidar la enseñanza de las instituciones y el Derecho Indiano, mediante un mayor esclarecimiento o consideración del problema metodológico. La necesidad de este esclarecimiento se observa en las Facultades de Derecho donde coexisten ambas disciplinas en diferentes niveles de la carrera.

2º Un adecuado medio para obtener esa consolidación lo será la elaboración de bases para programas de enseñanza de las instituciones y el Derecho Indiano en nuestras universidades. En tal caso, debería redactarse un programa para instituciones y otro para Derecho Indiano que signifiquen la aplicación concreta del planteo metodológico. Dichos programas deberán ser elaborados con un criterio amplio para que sirvan como guías en la redacción de los programas particulares de cada cátedra y para que al mismo tiempo permitan el desarrollo de los distintos matices que cabe admitir y estimular en toda disciplina científica y que tal vez, sean más acusados en el caso de nuestro Derecho Indiano.

3º La redacción y aprobación posterior de estos programas por el Instituto, con simple carácter de recomendación, debe ser naturalmente el resultado de un maduro análisis, sin prisas pero sin pausas, en que no se impongan sino se aúnen criterios, en que se fijen metas y de esta manera se alcance un seguro ordenamiento de nuestra disciplina, no producto de aleatorias votaciones sino de un convencimiento general.