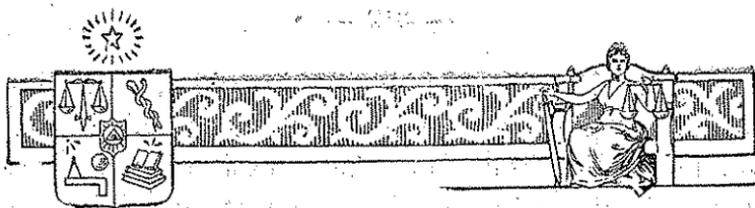


CONCORDANCIA
I ARMONIA EN EL DERECHO



CONCORDANCIA I ARMONIA EN EL DERECHO

Discurso del señor Isidro 2.º Salas al incorporarse
a la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas

Al presentarme ante la Honorable Facultad de Leyes i Ciencias Políticas, para dar cumplimiento a los Reglamentos sobre incorporación de Miembros Académicos, la primera palabra que pronuncie, debe ser para expresar mi más profundo agradecimiento por el honor que me ha dispensado llamándome a su seno, i la segunda para solicitar su benevolencia por el insignificante aporte con que he de poder contribuir a los fines de su Institución.

Bien se, que la Honorable Facultad al autorizarme primero, para abrir una Cátedra Extraor-

dinaria de Derecho en la Universidad, i al llamarme después a figurar entre sus miembros, sólo ha podido tener en vista, estimular al Profesor que, durante más de un cuarto de siglo, fué miembro docente de la Facultad, i al magistrado que durante toda su vida se ha ocupado en la aplicación del Derecho en los Tribunales de Justicia; pero eso mismo, no hace sino aumentar la intensidad de su gratitud, por la desproporción entre el premio i los merecimientos; i por lo mismo también se apresura a señalar ese estímulo, a los que se dedican a profesar i cultivar el Derecho, a fin de que perseveren i se esfuercen en el estudio de su progreso i desarrollo.

Llamado a ocupar en esta Corporación, el asiento que la desaparición, cada día más sentida, del eminente ciudadano don Enrique Mac-Iver, ha dejado vacante, debo al rendir un homenaje a su memoria, tratar de sintetizar en unos pocos conceptos alguna de las características distintivas, de una personalidad que por tantos títulos ha sido honra de nuestra Patria; pero sólo me será dable hacerlo en cuanto las manifestaciones de su ingenio superior se relacionan más intimamente con las actividades de la Facultad Universitaria de que formó parte. Ni la obra del estadista, ni la del hombre público en jeneral, podrán ser abarcadas en esta modesta recordación; i apenas si sea necesario, al hablar de Mac-Iver, que era entre nosotros la personificación de la elocuencia, consignar aquí por ser muy sabido que el Príncipe de nuestra Oratoria:

Parlamentaria casi nunca escribió ni sus estudios, ni sus discursos, i que hai que buscar en la redacción de las sesiones de nuestros Cuerpos Legislativos, en sus informes en Derecho, i en sus alegatos orales, tomados a veces taquigráficamente, los principios inspiradores de sus convicciones en materia de Derecho. Realizó en su vida lo que en ocasión solemne aseveraba cuando decía que para alcanzar el imperio de la Justicia «nunca habrá medio más eficaz i lejítimo que la palabra humana, ese órgano del pensamiento i del corazón, que cuando se usa para el bien, se convierte en don de los Cielos».

Ese medio, poseído por él en grado eminentísimo, con el cual exteriorizó sus profundas convicciones sobre los principios que inspiraron toda su vida de hombre público i de cultor del Derecho, le permitió propagar i difundir doctrinas de derecho público i privado que aplicadas a diversas materias de Derecho Constitucional, Legislación Civil o Administración Pública, revelan en el político i polemista, una uniformidad de criterio, una fidelidad religiosa a esos principios, i una sujeción tan lójica i armonizadora en sus derivaciones, que la obra realizada por Mac-Iver, por el medio divino con que la naturaleza lo dotó, se nos presenta como una obra de arte tallada en un solo block.

Es esa armonía perfecta entre los principios, su traducción en normas secundarias obligatorias i su aplicación práctica, lo que en concepto del que habla constituye la característica distintiva

del hombre de derecho que fué el señor Mac-Iver; i el mejor elogio que podría tributársele sería el de decir que estudió, propagó i practicó el Derecho, estimándolo como un todo orgánico indivisible, cada una de cuyas partes eran para él tan sagradas como el conjunto mismo.

Es el constitucionalista que señala la línea imprecisa de separación de los Poderes del Estado, el que critica las leyes que lastiman los derechos garantidos por la carta fundamental, el que ampara la libertad de los ciudadanos frente a la autoridad de los funcionarios, el que señala la esfera de acción de las diversas Instituciones que constituyen el Estado, el hombre público que abarca los más variados problemas dentro de una comprensión sintética e inflexible de los principios i de sus más alejadas deducciones, el que suscita la admiración, i la invitación al ejemplo, de los que aspiran a llamarse sus discípulos. Casi no hai para qué recordarlo, porque está en la memoria de todos, que con la misma dialéctica Ciceroniana i la misma fidelidad a la doctrina demostraba la inconstitucionalidad de una lei de expropiación indeterminada, o la ilegalidad del avance de alguna Autoridad sobre los derechos del más humilde ciudadano; i en uno i otro caso, i en todos, el pensador i el orador, tan eminente el uno como el otro, orientaban sus conclusiones i sus períodos, con la mira fija en los principios jeneradores del Derecho i en su enlace con sus deducciones de aplicabilidad inmediata.

Tal aparece a la mente del modesto panejiris-

ta de Mac-Iver la característica culminante de su ingenio i de su obra, i ha de serle perdonado que, por carencia absoluta de lo que en él era una cualidad superlativa, sólo haya podido percibir la nota dominante del concierto armónico de sus doctrinas, i de sus enseñanzas, incapaz de abarcar esa obra en su conjunto, estructura i desarrollo.

Este limitado golpe de vista que sólo advierte lo que se le presenta como la cúspide de un monumento, digno de la síntesis comprensiva de una inteligencia que pudiera hacer notar todas sus grandezas i excelencias ha conducido al nuevo miembro de la Facultad por una asociación de ideas claramente perceptible, a fijar su atención i a tomar como materia de esta lijera disertación, la necesidad de la concordancia i armonía en el Derecho, para que éste pueda llenar los fines que debe satisfacer en toda sociedad humana, i para que pueda ser considerado como el organismo creador i regulador de todas las variadas situaciones, relaciones i actividades que se producen en la vida de las mismas sociedades.

No necesita advertirse que al hablar de armonía en el Derecho, i al tratar de manifestar que sin esa cualidad fundamental, éste se niega asimismo i destruye su propia obra. Se trata del Derecho considerado en su concepto más amplio; esto es, tanto del Derecho positivo propiamente dicho, al incorporado en la Constitución Política i Lejislación de las Nacionalidades, como al Derecho ideal, no menos real, por existir sólo en la

conciencia colectiva i no estar aun sancionado por la voluntad soberana que puede convertirlo en norma obligatoria. Pero para hablar de Derecho en este sentido amplio, es indispensable siquiera intentar definir qué debe entenderse por Derecho en el terreno ideológico i cuándo puede reputarse existente, atendida la naturaleza racional i social del sujeto que lo origina, i del cual constituye su máspreciado atributo.

Nunca como hoi, en que atravesamos por uno de esos períodos que se han llamado orgánicos en la historia de la humanidad, ha sido más fácil observar la jénesis, desarrollo i transformación del Derecho, i palpar la lucha, no propiamente por el Derecho mismo, sino por elevar a la categoría de tal, diversas concepciones relativas a la existencia, organización i funcionamiento de la sociedad, sin atender, muchas veces, a si tales concepciones importan o nó postulados indubitables acogidos por la conciencia jeneral, i si pueden servir de fuente de un sistema jurídico completo, que sea el trasunto de las nociones, sentimientos i voluntad del agregado humano a que deben aplicarse.

En la esfera del que llamaremos Derecho Ideal, en la que los principios jeneradores de las doctrinas que pueden informar un sistema jurídico, chocan i luchan por concretarse a imponerse en una fórmula jenerica, no puede decirse que el Derecho existe, mientras el asentimiento de los intelectos que lo conciben como una derivación de la naturaleza humana no le

prestán una aquiescencia inequívoca, en forma que pueda estimarse como una intuición de la mente; mas aún, mientras su fórmula no pase del estado de un concepto de la inteligencia al de un sentimiento jurídico incorporado al alma colectiva que la impulse a la acción i a su realización en el orden positivo, como norma de la voluntad razonada, o manifestada por la costumbre, o el hábito, esa segunda naturaleza según la frase vulgar i tan sugestiva.

Como antes se ha dicho, la falta de concordancia o de armonía, existe o puede existir en la esfera de este Derecho, cuando se consideran como de coexistencia posible, principios antagónicos o que se excluyen, sea porque se hayan convertido en costumbre que ha logrado imperar a virtud de defectuosa educación jurídica, o sea porque, en razón de jeneralizaciones incompletas, i que no traducen la realidad de los estados sociales, se haya pretendido convertirlos en postulados de carácter inmanente.

De la aceptación de principios básicos que en su esencia i potencialidad de desarrollo no sean completamente conciliables, resultan luchas no sólo estériles, sino perjudiciales al progreso de las instituciones i de las colectividades, en tanto mayor grado, cuanto más dilatado ha sido el periodo de tiempo en que esos principios han imperado por inconciencia, rutina o falta de perfeccionamiento de los sistemas jurídicos.

El Derecho en constante formación en toda sociedad humana, por el solo hecho de existir,

pues toda vida implica relación con los demás seres i con cuanto los rodea, necesita para ser definido i precisado, de la observación atenta del filósofo i de la experimentación del sociólogo, tanto considerado en absoluto, como con relación a determinada sociedad humana i a cierta porción de espacio i tiempo.

De ahí la dificultad, casi la imposibilidad de definirlo; pero de ahí también la necesidad de intentar hacerlo para fijar las nociones que deben estimarse como indubitadas, i distinguirlas de aquellas que todavía se encuentran en estado de jestión o jermiación.

El concepto absoluto del Derecho, sin relación a tiempo i espacio determinados, i habida consideración sólo al sujeto del cual se reputa un atributo, importa, en su mera enunciación, un problema filosófico de difícil solución; i desde las más remotas edades hasta nuestros días poco podría agregarse en forma cierta i concluyente a lo que el Rei Sabio, en su época, estimaba una definición del Derecho Puro estampando en el frontispicio de su obra monumental lo siguiente: «Jus Naturale»—tanto quiere decir en romance, como Derecho Natural, que *han en si los homes*, naturalmente, e aun las otras animalias que han sentido... Lei 2.^a. Tit. 1.^o Part. 1.^a.

Como puede notarse, si el Rei Sabio hubiera tenido de colaborador para formular tal definición, al Seráfico de Asís, no habrían expresado mas exactamente, el uno su panteística adoración por todos los seres «que han sentido», por

la vida en jeneral, i el otro un principio de positivismo más avanzado, señalando la observación directa de la realidad como base de todo conocimiento humano. Pero, cuál es la fórmula que comprende i enuncia los derechos que «*han en si* los homes naturalmente»? Si hubiéramos de atenernos a los ejemplos con que el Rei Sabio ilustra su definición, poco más que los instintos que aseguran la conservación del individuo i de la especie, sería lo que los hombres «*han en si*»; i no hai para que decir que desde el siglo 13 hasta nuestros tiempos, el acervo jurídico de la Humanidad ha aumentado en proporción tal, que con toda su sabiduría el Rei don Alfonso el Nono, no podría determinar ni menos coordinar todo lo que *han en si los homes* hoi en dia, i que deba estimarse como Derecho Natural o meramente ideológico.

Esa determinación i fijación en una fórmula concebida como derivada de la naturaleza humana, trasformada con el tiempo en sentimiento jurídico e incorporada en el sujeto del Derecho, no es la obra aislada de un simple observador: es la obra conciente del sociólogo, fundada en el examen i valoración de los hechos sociales i de su jenuina significación; i prescindiendo de los errores en que puede incurrirse al considerar como un derecho inherente al individuo el que se formula como tal, ocurre, que conceptos i nociones contradictorios suelen coexistir i luchar por prevalecer i por alcanzar

el consenso jeneral; i la historia del Derecho suministra ejemplos de la coexistencia por largo tiempo de tales nociones contradictorias e inconciliables, i de la acción de esos mismos conceptos, sobre sentimientos jurídicos sancionados por la costumbre, i de la reacción de estos contra aquellos.

En la esfera del Derecho Ideal estas anomalías comportan luchas de ideas i de doctrinas que perjudican a lo que podríamos llamar la consagración del Derecho; porque nada es más contrario a su establecimiento, que la aceptación de nociones o sentimientos jurídicos que en el fondo se escluyen o que chocan entre sí.

Es por eso que, cuando como hoi, no puede ya decirse: «la Fuerza es el Derecho», sino a la inversa, que el Derecho es la Fuerza, que el Derecho es el Soberano del Mundo, se requiere concebirlo i definirlo como un todo perfectamente armónico, concordante entre sus últimas proyecciones i sus bases jeneradoras, pues de otro modo desaparece esa soberanía fundada en la unidad de su esencia.

Percibir el triunfo, el predominio de unos principios sobre otros en el fondo del alma de una colectividad que tiene facultad de gobernarse a sí misma, i determinar el momento en que ellos deban considerarse incorporados a la conciencia jeneral, i puedan ser adoptados como base de las instituciones i traducidos en reglas positivas que emanen lójica i necesariamente de los mismos, es la obra del Lejislador i del Político.

Mientras la lucha en el terreno de las ideas no haya terminado en forma indubitable e indubitada, cualquiera consagración anticipada de alguno de esos principios en el Derecho Positivo de un Estado, es anacrónica i esteril; i si esa consagración es, a la inversa, retardada, se produce la falta de coordinación entre este Derecho i el reconocido, de facto, por la colectividad.

Ese punto de eclosión, ese momento de la vida de un pueblo que hace nacer de sí mismo el Derecho i que autoriza para considerarlo como una emanación de su entidad jurídica, no parece que pueda determinarse con la certeza de una lei biológica, según algunos pretenden, merced al estudio de los hechos sociales o a los datos de la Estadística, pues ni por medio del plebiscito o del referendum, se puede tener la certeza de la existencia «de ese algo más» que constituye el Derecho, i que excede los caracteres de la opinión o de los votos de los conciudadanos.

La historia universal i la particular de cada país suministra ejemplos de los peligros e inconvenientes de la anticipación o el retardo, en el reconocimiento e incorporación al acervo del Derecho, de principios jeneradores de normas que deban reglar la vida de las sociedades humanas. De ahí las revoluciones i el trastorno violento de los sistemas jurídicos existentes, en vez de su evolución gradual i progresiva.

Ya se ha dicho que el momento en que debe operarse esta transición del Derecho Ideal al Positivo es el de más difícil determinación i que su

falta de oportunidad puede orijinar un estado inarmónico del Derecho considerado en absoluto.

Las anomalías que resultan de la coexistencia de nociones que se escluyen en la esfera del Derecho Puro, aunque perturbadores de todo sistema jurídico integral, no tienen las consecuencias funestas que se producen cuando esas anomalías existen entre ese Derecho i el Positivo, o entre las diversas ramas de este último.

Como ejemplos de lo anteriormente espresado, bastaría recordar que la esclavitud i el concepto de la igualdad jurídica del sujeto del Derecho, coexistieron en la esfera del Derecho Ideal i aun en el Derecho Positivo, i que la abolición de la primera demoró en ser declarada positivamente muchos lustros más que la segunda; que para llegar a aquella abolición hubo necesidad de luchas sangrientas en varias de las Naciones en que la institución de la esclavitud era una institución tradicional sancionada por la costumbre i por los intereses creados a su sombra. ¿Era el momento, en ciertas sociedades humanas, de realizar, de imponer por la fuerza del número i del éxito en la contienda armada, esa abolición, i de suprimir tal contrasentido i falta de concordancia armonizando el Derecho escrito con el Derecho Ideal?

Se toca aquí el punto céntrico de la dificultad. El principio mismo de la igualdad de todos ante el Derecho, parece escluir la lei de las mayorías, como base de determinación o realización del Derecho. I en caso de ser adoptada dicha lei,

de qué mayoría se trataría? De la simple mayoría absoluta de uno sobre la mitad?

Es por eso que antes se ha dicho que ni el plebiscito ni los referendums pueden resolver satisfactoriamente la dificultad; ni menos que esa manifestación indubitable e imperativa del Derecho aparezca o se produzca como consecuencia necesaria de una lei biológica susceptible de ser precisada como cualquiera otra de las que gobiernan el desarrollo de los seres vivientes.

La Voluntad Soberana cuya manifestación en forma preestablecida es la lei, ¿necesita de la unanimidad de los asociados para alcanzar esa Soberanía? Se perseguiría una utopía, aun en el supuesto de que todas las voluntades de la colectividad fueran igualmente concientes, i pudieran ser consultadas sin escepción.

Para no citar casos sino de una actualidad palpitante, bastaría referirse respecto a esta falta de correspondencia o armonía entre el Derecho Ideal i el Positivo, a lo que ha ocurrido con la transformación de diversas instituciones jurídicas i su incorporación al Derecho Positivo.

El primero i más grave inconveniente de una transición inoportuna, es que la lei resulta ineficaz. Obsérvese lo que pasa con las prohibiciones de producción i expendio de bebidas embriagantes en Estados Unidos o entre nosotros; con la autorización de matrimonios de parientes en grados no consentidos por la tradición o la costumbre, como ha pasado en Inglaterra; en lo que ocurre con las leyes que conceden derechos po-

líticos que la cultura del medio impide ejercitar; con las prohibiciones de prácticas arraigadas en las costumbres, como el duelo, etc. En especial i ocupándonos de un caso que se presenta como de resolución inmediata e ineludible, notemos lo que ocurre entre nosotros, con el llamado Derecho de Huelga. Desde luego existe, antes de estar incorporado en el Derecho Positivo. Se le reconoce; lo reconocen los Poderes Públicos, las Autoridades, escepción hecha del Poder Judicial, que se encuentra respecto de este Derecho pública i universalmente aceptado, en una situación cuya anomalía manifiesta, a las claras, los trastornos, que en el orden jurídico se producen por la falta de correspondencia entre uno i otro Derecho.

Hecho social, la huelga en el derecho Positivo confina con el acto ilícito penado por la lei, i el acto ilícito jenerador de responsabilidades civiles, i dentro de los principios corrientes i aceptados es un derecho, una facultad que corresponde a los que la realizan.

Es difícil imaginar una situación más contradictoria.

Hai atraso en trasladar al Derecho Positivo lo que es derecho en la esfera de lo ideal?

Si así fuera, se impondría con fuerza incontrastable, la necesidad de legislar sobre ella, i sobre la reglamentación del trabajo colectivo en las grandes Empresas o en los gremios de operarios.

Antes se ha dicho que iguales o análogos in-

convenientes, resultan de anticiparse a la adopción por la lei escrita de normas de Derecho que sin serlo, se consideran como efectivas e imperantes en la conciencia de los que deben observarlas.

Difícilmente el modesto agricultor comprenderá i aceptará resignado que no se le permita extraer todo el fruto de su trabajo, de las plantaciones de sus viñas, i que, lo que por siglos, fué un derecho incorporado a su pátrimonio, haya pasado a ser un delito, si no se realiza con las restricciones i limitaciones que el Derecho novísimo ha establecido. Otro tanto puede decirse del industrial que espende bebidas embriagantes i que ve limitado o disminuído lo que ha considerado su derecho.

A no dudarlo, lo que los «homes» «han en si» i lo que es el «Derecho comunal de todas las jentes—«jus jentium»—segun las palabras del Rei Sabio, es algo más que el Derecho a la vida del individuo i de la especie, i a aquello que cada uno conoce como suyo «apartadamente»; esto es el derecho de defensa lejitima de la persona i de la propiedad i al amparo de esos derechos por los Poderes establecidos; pues con los cambios operados en la vida de las sociedades humanas, el acervo de esos derechos ha aumentado, se ha enriquecido con la aceptación i aplicación habitual de nuevos principios que han llegado a formar parte de la mentalidad humana. Si como decía Montesquieu el Derecho deriva de las «relaciones necesarias que resultan de la

naturaleza de las cosas», si vivimos en el Derecho por el Derecho i para el Derecho, i si antes de nacer i aun después de morir, nos rodea i nos vivifica su atmósfera, precisa determinar la naturaleza, condiciones i límites de esa atmósfera en forma tal que dentro de ella se armonicen los principios vitales de la existencia jurídica de los individuos i de las sociedades. Más aun, si nuestra vida física i psíquica es una cadena sin fin cuyos eslabones derivan cada uno del que le precede, i el que sigue es el antecedente causante de los posteriores, es indispensable para mantener la continuidad i evitar su ruptura, conocer las vinculaciones que los unen i las proyecciones que ha de producir su crecimiento; i esto sólo puede alcanzarse con el estudio atento i concienzudo de esas relaciones necesarias de que habla Montesquieu.

El estudio ocasional o parcial de esas relaciones, cuando ellas no tienen el carácter de necesarias, i el reconocimiento de las mismas como tales, conduce a las anomalías jurídicas de que antes se ha hablado i que perturban todo orden normal del Derecho.

Se ha hablado de las faltas de armonía, dentro de lo que podría llamarse el Derecho Puro; de las que existen i se producen entre éste i el Derecho Positivo, cuando aquel se concreta en normas jurídicas escritas i obligatorias; i debe observarse que estas últimas faltas revisten mayor gravedad i trascendencia cuando vulneran además principios fundamentales de la Organiza-

ción jurídica de un Estado, en las naciones de Régimen Institucional estricto, en que la lei tiene que amoldarse a bases Constitucionales fijadas en un Estatuto Orgánico. La transición del Derecho puro al Derecho positivo, puede importar una ruptura de la armonía existente, entre esas bases fundamentales i el estado social, cuando los nuevos principios con que se pretende reemplazarlas no corresponden realmente a las «relaciones necesarias de las cosas» según las palabras antes citadas; i puede la lei secundaria quebrantar además no sólo esa armonía, sino la que necesariamente debé existir entre las normas primarias i las derivadas, cuando se pretende innovar en estas últimas, sin haber previamente modificado aquellas bases fundamentales, que no puedan ser alteradas o derogadas, sino en virtud de procedimientos especiales, como ocurre en los Países de Constitución ríjida, en que se exige ratificación por un Congreso posterior de las modificaciones que importan una reforma constitucional. I, sin embargo, es frecuente oír hablar de innovaciones lejislativas que requieren esa modificación previa, sin que aquellas bases fundamentales hayan sufrido alteración, como suele acontecer, por desgracia, entre nosotros.

Las proporciones de este ligero estudio no permiten examinar las declaraciones de la voluntad soberana, que no se han conformado a las «relaciones necesarias de las cosas», o que al hacerlo, han trasgredido principios institucionales,

sin cuya modificación, no era, jurídicamente posible, hacer tales declaraciones.

No hai para que insistir en que dentro del imperio del Derecho no puede hablarse de reemplazar principios básicos establecidos como lei primaria, sin que esta lei haya sido modificada por los medios que ella misma señala para su reforma.

Si los réjimenes sociales, como toda creación humana son susceptibles de modificación, debe ésta operarse normalmente, a menos de prescindirse de toda sujeción al Derecho, i de regresar al principio de que la Fuerza es Derecho.

Llegamos en el examen de estas anomalías o anormalidades del Derecho, al terreno del Derecho Positivo propiamente tal, i cumple considerar los efectos de las que existen entre las reglas fundamentales establecidas en los Códigos i las que a diario se producen, con la dictación de leyes que contrarian aquellos principios o pugnan con sus consecuencias i derivaciones más lógicas e ineludibles.

En especial, cuando ellas pueden afectar a Estatutos Orgánicos la necesidad de mantener la coordinación i correspondencia, es esencial porque si todo Código es un cuerpo de disposiciones, congruentes i armónicas entre sí, relativas a una materia determinada de Derecho, e importa una obra de ciencia i de arte, que, por regla jeneral, no puede ser alterada, en cualquiera de sus partes, sin que peligre la unidad del todo, si se trata de Estatutos fundamentales cualquiera agre-

gación o alteración en ellos, no puede realizarse, sin sujeción al más prolijo i concienzudo estudio de los principios i normas sustituyentes i de su correspondencia con las que permanecen en vigor, porque de otro modo, sube de punto el peligro antes indicado, i puede resultar su aplicación imposible o contradictoria.

Si una carta fundamental, por ejemplo, garantiza la libertad individual i la propiedad privada, como principios básicos de una institución nacional, no pueden aceptarse otros que indirectamente i menos directamente supongan el socialismo del Estado, o la limitación de la libertad de contratar, en término que importen una abrogación de aquellos principios.

La contrariedad de principios en las Instituciones, tiene que producir su desquiciamiento, ya que un Estatuto que contiene principios contradictorios, nada estatuye.

De consecuencias trascendentales, siempre de efectos funestos para el Derecho, es pues esa falta de correspondencia entre la lei primaria i las secundarias en los Países en que existe esta dualidad de normas obligatorias. En primer término, se presenta la dificultad para su cumplimiento, en los obligados a su observancia, i después en la Autoridad llamada a hacerla efectiva, el problema de determinar cuál regla debe prevalecer, es materia de arriesgada resolución, cuando no existe, otra autoridad superior encargada de desidir sobre esa falta de correspondencia, i sobre la validez o ineficacia de la norma se-

cundaria que contraría los principios constitucionales.

En segundo término, i en el orden moral, esa anarquía jurídica produce el desprestijio de todo sistema de Derecho, su falta de influencia coercitiva, i como consecuencia directa e inmediata, origina resistencias i reacciones que perturban la paz social.

Las modestísimas proporciones de esta disertación, cuya superficialidad habrá de excusar la benevolencia de mis colegas, impiden referirse especialmente a los múltiples casos en que en nuestra legislación se ha incurrido en estas anomalías; pero como un homenaje i un recuerdo a mi predecesor en este asiento, al ilustre cultor del Derecho, apóstol i paladín incansable de la observancia de sus principios jeneradores i de sus derivaciones consecuenciales, bastará indicar varias leyes que merecieron sus protestas i sus más acerbas críticas, tales como las que han autorizado espropiaciones indeterminadas en masa, entregadas a la discreción del Ejecutivo, a pesar de la disposición constitucional que requiere la calificación determinada por la lei, de la utilidad del Estado que la haga precedente; las que han atentado contra la libertad individual fuera de los casos autorizados taxativamente en la Constitución; las que han lesionado las garantías de independencia e inamovilidad de la Autoridad Judicial quebrantando los principios tutelares de esa institución; las que han desnaturalizado la función judicial, sacándola de sus quicios consti-

tucionales—juzgar las causas civiles i criminales—haciéndola extensiva a una interminable serie de actos del más variado carácter; político electoral, municipal, rentístico, militar, etc., etc., originando con ello una mezcla heterojénea e inconciliable de atribuciones, i ocasionando el desprestigio de una institución que por la esencia íntima i tradicional de su potestad esclusiva i escluyente, debía estar a cubierto del ataque de las pasiones que suscita la injerencia en asuntos gubernativos o de política militante, fundamentalmente estraños i repugnantes con su naturaleza i objeto, i con la garantía constitucional que señaló la órbita de sus atribuciones.

Ciertamente que no necesita de otras consideraciones, como las que podría agregar el nuevo miembro de la Facultad, la demostración de los peligros e inconvenientes que produce la falta de armonía en todo sistema jurídico; pero al terminar debo indicar como un último ejemplo, de lo que al respecto ha ocurrido entre nosotros, el caso de nuestra Lejislación sobre Alcoholes. La última lei sobre la materia abrió una brecha en cada uno de nuestros Códigos. Sin entrar a resolver si atentó o nó contra los principios del Código Fundamental, cabe recordar que el Código Civil, el de Comercio, el Penal, el de Organización i Atribuciones de los Tribunales resultaron afectados con sus disposiciones i que necesariamente muchas de ellas, o no han podido cumplirse, o han suscitado dificultades casi insalvables al tratar de llevarlas a la práctica.

A llamar la atención sobre la necesidad de orientar el Derecho, teniendo siempre en mira la concordancia de sus principios i de sus deducciones, ha obedecido la elección del tema para esta lijera disertación, i a indicar, al mismo tiempo, esa materia, como una de las finalidades más dignas de la preocupación de la Facultad Universitaria que me ha hecho el honor de llamarme a su seno.

Santiago, 30 de Mayo de 1925.

Contestación de don Oscar Dávila I.

Señor Rector, señor Decano, señores profesores:

Difícil, si no imposible, hubiera sido que el nuevo Miembro Académico de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, hubiera podido encontrar para su incorporación un tema de más honda trascendencia que el que ha desarrollado ante nosotros con tanta elegancia i claridad.

Difícil también que hubiera podido hallar un tema que guardara más relación con las ideas i preocupaciones dominantes de su vida entera. Un hombre que al atardecer de la existencia puede decir con lejítimo orgullo que durante más de un cuarto de siglo ha enseñado el Derecho, formando el criterio i el alma de sus alumnos i que a la vez como majistrado ha aplicado la lei serena i justamente durante toda su vida en los

Tribunales de Justicia, puede hablarnos con razón de la necesidad imperiosa de procurar «la concordancia i armonía en el Derecho para que éste pueda llenar los fines que debe satisfacer en toda sociedad humana».

Concordancia i armonía que como filósofo i pensador ansía encontrar entre el Derecho ideal, que sólo existe en la conciencia colectiva i no está aun sancionado por la voluntad soberana, i el Derecho positivo, ya incorporado en la lei escrita; concordancia i armonía que como hombre de ciencia desea hallar en el Derecho para presentar a sus discípulos una enseñanza lójica, exenta de contradicciones i vacíos; concordancia i armonía que, por fin, como majistrado necesita hallar en la lei, para dar a sus fallos la augusta majestad de la justicia.

I si a estas necesidades positivas se une el sentimiento innato de belleza que encuentra en la armonía una profunda satisfacción espiritual, es fácil comprender por qué hemos oído con tanto agrado sostener con brillo la tesis de que «la armonía es cualidad fundamental en el derecho» i que, «sin ella éste se niega a sí mismo i destruye su propia obra».

¿Cómo no ha de seducir profundamente al espíritu la visión de una sociedad humana en que hubiera armonía perfecta en el concepto del Derecho Puro; en el que el Derecho Ideal guardara armonía perfecta con el Derecho Positivo i en que en el mismo Derecho escrito no hubiera ya la menor contradicción?

¿Quién no se siente atraído por un ideal tan bello?

Pero ¿será realizable un ideal semejante i, realizado, conduciría a la felicidad humana o a aumentar siquiera en parte la actual felicidad en la tierra?

Con mucha verdad nos dice el señor Salas que el Derecho tiene su génesis, su desarrollo i su transformación, que en la esfera del Derecho Ideal los principios generadores de las doctrinas que pueden informar un sistema jurídico chocan i luchan por concretarse e imponerse en una fórmula genérica, si bien no puede decirse aun que el Derecho existe. A su juicio, ese Derecho no existe mientras «su fórmula no pase del estado de un concepto de la inteligencia, al de un sentimiento jurídico incorporado al alma colectiva que la impulse a la acción i a su realización en el orden positivo».

El Derecho, como él mismo lo dice, está «en constante formación en toda sociedad humana, por el solo hecho de existir».

El progreso del derecho es, en realidad, obra del trabajo humano i obra que exige esfuerzos, lucha constante i muchos sacrificios.

No sólo hai que luchar con la ignorancia i con la inesperienza, sino principalmente con los *intereses* existentes que el Derecho, en su progreso incesante necesita vencer.

No se trata en verdad simplemente de una lucha de ideas, de meras abstracciones filosóficas; nó! El Derecho existente se ha concretado en fór-

mulas positivas que representan bienes reales: dinero, privilegios, ventajas materiales, monopolios, espoliaciones a veces.

El Derecho nuevo debe abrirse paso por sobre las injusticias de la tierra. A nuevos conceptos de justicia deben corresponder nuevas fórmulas de derecho.

Todo derecho nuevo que se implanta mata algo que debe morir pero que se defiende tenazmente i con todas sus fuerzas: el interés creado al amparo del derecho antiguo, que hoi ya no parece justo i ya no es justo.

Si supusiéramos una sociedad en que reinara una armonía perfecta en el Derecho positivo i pretendiéramos que esa armonía no fuera turbada jamás, condenaríamos a esa sociedad a una perpetua estagnación i marasmo porque cristalizaríamos su Derecho por decirlo así, en un momento dado i le impediríamos progresar. I como esa sociedad no sería perfecta le negaríamos el derecho de perfeccionamiento, es decir, le negaríamos el atributo más esencial de la vida.

Todo progreso importa trasformación i movimiento i el movimiento i la trasformación tienen que romper por fuerza, aunque sea en forma transitoria, la armonía.

No se puede ni sería discreto cambiar violentamente en toda la legislación de un país un concepto jurídico por otro, sustituir por ejemplo, a un individualismo exajerado i a una absoluta libertad de contratar, un socialismo de Estado i

una intromisión de la autoridad en los negocios particulares, pero puede ser justo i conveniente aceptar, en cierto casos, la intromisión del Poder público en la esfera de las actividades individuales cuando razones de humanidad o de justicia lo exigen con insistencia en defensa de la vida o de los bienes de los más débiles.

Esta aceptación de principios nuevos, que corresponden a nuevos conceptos de justicia o, mejor dicho, a nuevas formas de los mismos eternos principios, tienen que introducir forzosamente una perturbación en la legislación del momento i producir en ella una falta de armonía transitoria.

Pero éste es un mal inevitable i es el rescate forzoso del progreso.

A períodos de relativa armonía en la vida del Derecho, tendrán que suceder necesariamente períodos que llamariamos de *desarmonía*, que podrán ser de mayor o menor duración según sea la gravedad e importancia de los principios en lucha, pero que son inevitables, como es inevitable el movimiento de los astros en la inmensidad del espacio o el crecimiento de la célula en el organismo vivo. No jermiua la semilla sin romper la cápsula que la encierra, ni crece el brote al llegar la primavera sin rasgar la envoltura que lo ha protegido del frío del invierno.

Restablecida en apariencias la armonía perturbada en el Derecho, seguirá el trabajo de las ideas, sordo i latente a veces, violento i trájico otras, hasta que, incorporadas a la conciencia

colectiva, puedan traducirse en nuevas fórmulas jurídicas, que a su vez, vengán a romper la antigua armonía ya caduca.

La armonía perfecta es el ideal, pero como es una armonía que se persigue entre el Derecho positivo i un ideal de justicia i éste cambia al influjo de causas morales, económicas i científicas, ha de cambiar también el precepto del Derecho i romperse de este modo, en forma transitoria, la armonía.

Si hoy vivimos en un país políticamente libre, si tenemos el derecho de gobernarnos por nosotros mismos i de dictar nuestras propias leyes es porque otros hombres que nos precedieron lucharon i rindieron la vida por conquistar esos derechos.

Si hoy gozamos de la libertad de reunión i de asociación, si hoy tenemos libertad individual i de conciencia, no olvidemos que lo debemos a millares de hombres que, por conquistar esos derechos, derramaron su sangre en motines, revueltas i batallas. Consideramos hoy tan natural el goce de esos derechos que disfrutamos de ellos con verdadera inconciencia i necesitamos hacer un esfuerzo para pensar que no siempre han existido i que su conquista fué el resultado de larga lucha i de muchos sacrificios i dolores.

Si la armonía en el Derecho es un ideal, no olvidemos que la lucha es un elemento esencial i necesario para la existencia i progreso del Derecho.

Es de desear que esa lucha sea pacífica, pero

la historia demuestra que muchas veces se recurre aun a la violencia para imponer el Derecho cuando éste es desconocido o violado o cuando, incorporado a la conciencia colectiva, ha sido sin embargo resistido por los intereses existentes que no han sabido comprender que era llegado el momento de ceder.

Si fuera necesario esperar para toda transformación del Derecho que «la lucha en el terreno de las ideas hubiera terminado en forma indubitable e indubitada», es decir, que los intereses materiales que se crean al amparo de determinados principios del Derecho hubieran llegado a un acuerdo perfecto con los nuevos ideales de justicia, creemos que no es aventurado predecir que el Derecho no progresaría nunca.

En el mundo moderno, por causas de todos conocidas, los intereses económicos tienen enorme influencia i ellos se apoyan naturalmente en el Derecho existente i resisten en el hecho con hechos i en el terreno de las ideas con ideas, toda innovación que tienda a perjudicarlos.

Toda la legislación obrera o social, como se ha dado en llamarla, sólo ha conseguido implantarse en la mayor parte de los pueblos después de una lucha tenaz en contra de los intereses creados, amparados por el Derecho escrito existente. Ha sido necesario, por ejemplo, romper la armonía de la teoría de los contratos, fundada en el axioma de la libertad de contratar i de la igualdad de las partes, para establecer la reglamentación del trabajo de las mujeres i de los niños i para

limitar la duración de la jornada de trabajo, demostrando que muchas veces la libertad no existe i que la igualdad es un mito. Al lado del régimen de absoluta libertad del Derecho común se ha creado un régimen de escepción, que rompe la armonía del sistema, pero que se justifica por razones de humanidad i por un nuevo concepto de justicia social.

El régimen de absoluta libertad de comercio i de contratos ha permitido, unido a la gran industria moderna, la formación de los grandes trusts o monopolios, pero como estos fácilmente conducen a la espoliación i al abuso por medio de la opresión de los más débiles, ha sido necesario romper la armonía del Derecho, aceptando la introducción del Estado para procurar aminorar aquellos males.

No siempre puede el Derecho desenvolverse suavemente, sin dificultad, penetrando paso a paso en los cerebros i en los corazones hasta hacer triunfar primero sus principios sin oposición en la conciencia colectiva para trasportarlos en seguida del terreno del Derecho ideal al terreno del Derecho positivo.

Muchas veces una alteración del Derecho no puede realizarse sin herir gravemente derechos existentes que han tomado ya la forma de intereses privados i que se han formado i han crecido al amparo del Derecho identificándose con él. Estos intereses privados heridos se defienden como derechos adquiridos e invocan en su apoyo el Dere-

cho del pasado i chocan i luchan con los conceptos del Derecho nuevo que trata de imponerse.

El derecho positivo es un producto necesario de la sociedad, dictado i formulado por el hombre mismo.

No es el Derecho una creación arbitraria del lejislador sino el producto del medio social; se adapta a las condiciones económicas i morales de cada sociedad i se modifica incesantemente a su influjo mediante una constante evolución. La escuela histórica puso de relieve en forma admirable este concepto de la evolución pero exajeró su alcance llegando a creer que el progreso del Derecho podía realizarse dejando que las cosas se hicieran solas, cruzándose el hombre de brazos i esperando con confianza el trabajo sordo e incesante de los acontecimientos.

Es cierto que el Derecho está en constante trasformacion; es cierto que está estrechamente ligado al Derecho pasado i que prepara el Derecho del porvenir por un lento e incesante trabajo; pero no es menos cierto que su creación no es automática ni ajena a la voluntad del hombre i es esa precisamente la exajeración de la escuela histórica. Tiene el hombre, el lejislador, un rol de importante iniciativa. Nadie puede negar que obra bajo la influencia de causas estereiores, independientes de su voluntad i que no depende de él trasformar el Derecho, rompiendo bruscamente con la tradición, so pena de hacer obra efimera; pero cuando ha constatado las necesidades que se hacen sentir i que imponen

la modificación del Derecho existente siempre queda un campo abierto a su iniciativa i a su libertad. Para alcanzar el fin que se persigue se ofrecen siempre varios caminos; para realizar la reforma ambicionada hai varios sistemas i tiene que elegir entre ellos.

I para hacer triunfar su concepción i para vencer los intereses existentes la lucha es inevitable, ya que rara vez se ve el derecho nacer de la simple persuasión.

La transformación del Derecho ha de operarse, por consiguiente, por medio de un perfeccionamiento incesante sobre la base del derecho existente, partiendo de lo establecido, i evolucionando a iniciativa del hombre, pero inspirándose siempre en un concepto superior de moral i de justicia.

Como ideal, la armonía perfecta, pero interrumpida siempre por períodos de lucha i de transición, porque la verdadera armonía que el hombre perseguirá siempre sobre la tierra sin alcanzarla jamás, es la armonía entre el Derecho positivo i un ideal de Justicia i como este ideal cambia al influjo de causas morales, económicas i científicas ha de cambiar también el texto del derecho, rompiendo nuevamente la armonía.

*
*
*

Los profesores de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas nos sentimos orgullosos del ingreso a la Facultad del nuevo Miembro Académico señor Salas porque él representa en el profesora-

do una tradición de austero cumplimiento del deber i de sólida i completa cultura jurídica i estamos ciertos de que aportará a nuestras deliberaciones el ilustrado continjente de su preparación i esperiencia i el sabio consejo de su criterio ponderado.

«La más bella misión de la humanidad, dijo Voltaire, es hacer justicia».

«Asegurar el imperio de las leyes i la paz entre los ciudadanos; permanecer impassible en medio del choque de las pasiones i de la ajitación de los partidos; ordenar, defender castigar en nombre de la Patria ¡qué misión señores! ¡Qué admirable por su grandeza! ¡Qué temible por las virtudes que exige i las responsabilidades que impone!» (Dupin).

El hombre que hoi toma asiento entre nosotros supo durante su larga carrera judicial que terminó en el más alto tribunal de la República, mostrarse digno de esas responsabilidades i poseer las virtudes necesarias al desempeño de tan difícil misión. Administró justicia con absoluta imparcialidad i con profunda sabiduría sin que las pasiones de los hombres, ni la ambición, ni los halagos, ni el ardor de las luchas políticas llegaran jamás a turbar la serenidad de su espíritu ni la rectitud de su juicio. Sólo consideró su honor de hombre de bien i la justicia.

Señores: tuvimos la desgracia de perder en don Enrique Mac-Iver a un gran abogado i a un gran político pero tenemos la suerte de que lo reemplace un gran juez.