

# **Estudio positivo del concepto del derecho**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en  
Leyes i Ciencias Políticas**

**Por JORJE DE LA CUADRA POISSON**





## **ESTUDIO POSITIVO DEL CONCEPTO DEL DERECHO**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Leyes  
i Ciencias Políticas.**

Por JORJE DE LA CUADRA POISSON

---

### **PROLOGO**

El concepto del derecho ha sido estudiado generalmente desde un punto de vista abstracto. Los trabajos jurídicos no podían sustraerse al método de conocimiento aplicado sin contrapeso durante largos siglos. La metafísica trató de buscar la razón de ser de todas las cosas por el solo medio de las elucubraciones ideológicas. No es extraño, entonces, que por este procedimiento se arribara, con frecuencia, a los más

contradictorios i caprichosos resultados. La idea de la existencia de Dios, de la supervivencia del alma el fundamento de la moral, la noción del derecho, todo, todo era cimentado sobre meras afirmaciones sin más base que el prestigio del filósofo más o menos sereno, más o menos imaginativo que las formulaba. Encerrarse en un sótano a elucubrar sistemas políticos fué durante muchos siglos el colmo de la sabiduría.

La escuela positivista dió en tierra con tan pernicioso sistema. Los hechos se sustituyeron a las solas afirmaciones, i sobre ellos se empezó a edificar la ciencia nueva.

En materia de ciencias sociales, los progresos son necesariamente lentos i a menudo inseguros, porque los hechos, base de toda investigación seria i honrada, se manifiestan a veces, contrapuestos, debido a que las pasiones humanas, siempre en juego, tienden a adulterar la verdad histórica. Sin embargo, es la sociología la ciencia que más necesita de la sólida base de la realidad, porque es la que toca más directamente la existencia misma de las sociedades.

Suele acontecer que los trabajos de carácter positivo sean sólo una árida esposición de hechos dispuestos con cierto método, pero de los cuales no se infiere ni podría inferirse ninguna conclusión de orden jeneral. Es claro que todo estudio realizado en esta forma es incompleto i, a menudo, inútil.

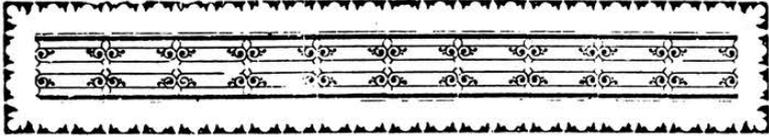
El sistema positivo no puede ser una simple investigación de fenómenos; pretender tal absurdo sería amordazar el pensamiento i detener la ciencia; lo que exige sí, es que las doctrinas que se sustenten se apoyen en el terreno firme de lo averiguado. De huecas afirmaciones está ya repleto el universo.

En el presente estudio nos hemos mantenido en lo posible dentro del campo de las realidades comprobadas. Los problemas de la causa, del ser i de los fines del derecho, o más propiamente su etiología, su ontología i su teleología, han sido por nosotros considerados con criterio positivo.

Sin pecar de suficiencia, creemos que el presente trabajo es, en cierta medida, orijinal. Albergamos también la esperanza de que no será completamente inútil. Sin embargo, no podemos equivocarnos acerca de su valor efectivo, i, en consecuencia, consideraríamos plenamente compensado nuestro esfuerzo, si las breves pájinas de este opúsculo inspiraran una obra más meritoria que ella.

---





## CAPITULO I

### **EL DERECHO CONSUECUDINARIO.**

---

#### **I. El fundamento del derecho.**

En el fondo del corazón humano, existen dos instintos fundamentales: el instinto de conservación del individuo (o instinto de conservación de la vida) i el instinto de conservación de la especie. Del primero nace el egoísmo; del segundo, el amor. Ambos se completan, o más bien dicho, tienden a un mismo fin: perpetuar la vida; no obstante ser, en cierta medida, hasta antagónicos. Estos dos impulsos innatos de la naturaleza humana, se completan en el sentido de que el primero tiende a defender la existencia del individuo: se ocupa de la unidad i del presente; i el segundo vela por el grupo que no podría subsistir sin

los individuos que lo perpetuaran: la especie mira al porvenir.

A la inversa, estos dos instintos se manifiestan muchas veces como antagónicos. La demostración no es difícil.

El individuo que ve amenazada su vida trata de conservarla llevado del instinto de conservación de la vida, sin acordarse de la especie, sin importarle nada la especie ni la vida de los otros. Desde este punto de vista, ha podido decir con razón Schopenhauer: «Dad a escoger a un hombre entre ser aniquilado o ver aniquilarse el resto del mundo i no hai por qué decir a que lado caerá la balanza».

La naturaleza nos impulsa a conservar nuestra vida, pero no nos enseña a respetar la vida ajena. Basta considerar el espectáculo que se da en las grandes crisis, incendios, naufragios, terremotos, derrotas, etc., para comprender lo poco que al hombre que está en peligro le preocupa la vida ajena. Verdad es que en todos estos casos se ven patéticos cuadros de desinterés i heroísmo; pero convengamos en que ni lo uno ni lo otro es lo frecuente en la vida de los hombres.

Nó; el respeto a la vida ajena no es un sentimiento natural. Entre los salvajes no se ha observado nunca, sino, mui al contrario, se advierte entre ellos la tendencia a la destrucción recíproca: de aquí la lucha constante de tribu a tribu, como también, aunque en menor escala, la lucha de hombre a hombre dentro de las mismas tribus: el espíritu agresivo es propio del salvaje.

En la antigüedad, el derecho del prisionero a la vida no fué reconocido; se le dió simplemente la muerte. Después se le conservó como esclavo sin reconocerle por

cierto derecho alguno, ya que el amo podía matarlo aún sin causa justificada. I sin necesidad de remon-  
tarnos tan lejos: las sangrientas guerras de naciones  
que estallan en plena civilización, nos demuestran lo  
poco que a la nación que quiere i necesita vivir, im-  
porta la vida de las otras agrupaciones humanas.

Cinco minutos de anarquía evidencian lo que al  
hombre le importa la vida del hombre. I si cuando el  
individuo desea salvarse no se acuerda de los demás  
ni de la especie, esta tampoco se preocupa del indivi-  
duo, al cual sacrifica si es necesario a sus fines, como  
anota el filósofo más arriba citado en su metafísica  
del amor.

El don máspreciado del hombre, es indudablemen-  
te, la vida. De aquí la enerjía desesperada con que  
se la defiende cuando se halla en peligro; hasta el más  
timorato cobra ánimos inusitados. ¡Cuántos rasgos  
heroicos habrán sido sólo milagros del instinto de  
conservación!

Mientras más aumentan los peligros, más tiene el  
hombre que replegarse en sí para defender su vida,  
más potencia egoísta tiene que desplegar su natura-  
leza.

El salvaje es esencialmente egoísta, lo que se com-  
prende si se consideran los escasos medios de subsis-  
tencia de que dispone: débil ante la naturaleza hostil,  
todavía no dominada por el esfuerzo humano, es-  
puesto a largas carencias de alimento, amenazado  
constantemente en su vida por los elementos, las fati-  
gas, las fieras, debía concentrar toda su enerjía en el  
resguardo de su propia persona. La civilización va  
aminorando el egoísmo, no tanto por un progreso mo-  
ral que no podría existir en contra del instinto de con-

servación, como por la mayor seguridad que proporcionan a nuestra vida el apoyo colectivo, las instituciones de asistencia social, el régimen constitucional i el imperio de las leyes.

Sólo cuando el hombre se siente garantido en su vida, puede preocuparse de la vida ajena. En la juventud el hombre es más altruista que en la vejez, como que reboza enerjía; pero a medida que los años van mermando sus fuerzas su instinto de conservación lo hace cada vez más egoísta, porque le enseña que las enerjías de que dispone no puede compartirlas porque son suficientes apenas para él solo.

Se diría que el individuo se repliega sobre sí mismo.

El instinto de conservación impulsa al hombre a defender su vida de todo ataque que la amenace. Los animales realizan esta misma defensa por medio de su vigor muscular, ya sea afrontando la lucha, ya huyendo del peligro. El hombre se ve forzado por las circunstancias, en muchos casos, a defender su vida con la potencia de su cuerpo: en los tiempos primitivos fué lo corriente; pero su inteligencia lo hace comprender que la sola defensa de su músculo no asegura su vida, porque lo espone a ser víctima de individuos más fuertes, a parte de que su enerjía física puede verse disminuída o contrarrestada por enfermedad, cansancio o agresiones sorprendidas. Entonces busca una defensa más segura, más permanente, que encuentra dentro del grupo humano, en la unión de los débiles contra el fuerte, en la limitación del egoísmo de cada uno para garantir la vida de todos, en el respeto que nace del equilibrio de las fuerzas humanas. . De aquí surge el derecho. Su fundamento es,

pues, *el instinto de conservación de la vida, rejido por la inteligencia.*

No obstante estar determinado el derecho por la costumbre, la cual a su vez es jenerada por diversos factores de los cuales nos ocuparemos en su oportunidad, el instinto de la vida impulsa i ha impulsado siempre al hombre a defenderla, i su inteligencia le ha señalado los medios más idóneos para ello. La experiencia nos demuestra que el hombre posee la facultad de reaccionar ante los elementos que lo hieren. Esta reacción es de la esencia misma de la naturaleza humana.

En el salvaje es claro que el derecho se manifiesta acorde con su sicología simple i su temperamento rudo, como asimismo con su réjimen de vida; pero es indudable que el pensamiento de todo hombre ha sido siempre el de ponerse a cubierto de la destrucción. La fuerza de su instinto lo mueve; la luz de su razón lo dirige.

A medida que el derecho se va desarrollando i va adquiriendo mayor importancia protectora para el individuo, el fenómeno señalado por nosotros adquiere más i más relieve, hasta llegar a destacarse como una cumbre en los tiempos actuales.

En efecto; cuando las multitudes luchan por un derecho, buscan en él un resguardo contra el despotismo, contra el abuso, contra la estorsión; porque en el instinto de vivir se comprende el de vivir en la mejor forma posible, ya que el dolor i las privaciones son fuerzas destructoras de la vida.

La aparente lucha de la humanidad por el derecho no es sino una de las formas principales que reviste la lucha por la vida; no es la batalla por un concepto

abstracto, por un ideal jurídico, como candorosamente pareció creerlo el célebre jurisconsulto Ihering.

El fundamento que nosotros damos al derecho es el más olvidado de los filósofos i el que sumerje más hondo su raíz en el corazón humano. Por esto mismo se revela también como el más verdadero. A través de la historia, sobre la vasta superficie del derecho—uno en esencia i múltiple en manifestaciones—parece reflejarse hasta en sus inconsecuencias mismas el corazón del hombre, uno en esencia i múltiple en facetas.

A semejanza de la moral, el derecho no ha cesado de vagar en busca de su fundamento, esto es, de su causa orijinaria, de su razón de ser, de su base.

La doctrina teológica del derecho encuentra sus cimientos en la idea de Dios. La escuela del derecho natural los halla con Santo Tomás de Aquino en la lei divina; i con Grocio, en la naturaleza humana, con independenciam de todo concepto estraterreno. Para Grocio el hombre poseería siempre sus derechos, aún cuando Dios no existiera, por la sola virtud de ser hombre. La escuela del derecho natural supuso como necesarios i eternos una serie de derechos i de instituciones que constituyeron su canon político i jurídico.

En contra de esta doctrina, la escuela histórica encabezada por Savigny i Puchta, demostró que el derecho es un producto de la evolución de los pueblos a través de las edades i no un conjunto de principios invariables i absolutos.

La escuela positivista fundamenta el derecho en la realidad observable. Oigamos la palabra de uno de los más famosos jurisconsultos contemporáneos, el docto Edmundo Picard. Dice en su obra «El Derecho

Puro»: «La escuela positivista parte de la observación de las realidades, no admite otro método. Se liga a la vida, pero hace notar que ésta es no sólo externa i materialmente visible, como dice la escuela histórica, sino también interna, bajo la forma de intanjibilidades síquicas.» I más adelante continúa: «Es, pues, un singular error creer, cuando se habla del positivismo, que se escluyé lo que no es materialidad. El positivismo considera toda la realidad, i ésta se compone de tantos hechos síquicos i más quizás que de hechos materiales. En eso es *ecléctica*. Es esta doble realidad el fundamento del derecho».

Algunos filósofos han cimentado el derecho sobre la fuerza o han considerado sinónimos ambos términos. Son diversos matices de una misma escuela: la de la fuerza. Hobbes sostuvo con talento esta tesis, que desde entonces no ha cesado de contar con numerosos partidarios. En el siglo XIX descuella en Alemania el rotundo Max Stirner. «Vale más un puñado de fuerza que un saco de derechos», nos dice en «El Único i su Propiedad», libro en el cual nos hace declaraciones jurídicas tan sabrosas como ésta: «¿Qué me importa el derecho? No lo necesito. Lo que puedo adquirir por la fuerza, lo poseo i lo gozo. Renuncio a aquello de que no me puedo apoderar, i para consolarme no me voi a pavonear con mi supuesto derecho, con mi derecho imprescriptible».

En mi sentir, esta doctrina es simplemente la exageración desmedida de un hecho innegable: la importancia que la fuerza tiene en el derecho i en la vida.

Finalmente, refirámonos a la escuela utilitarista de Bentham que hace descansar el progreso entero sobre el interés i encuentra en la idea de lo útil la causa

de todas las cosas. Pero anotemos que el interés es sólo una manifestación del egoísmo. El análisis debe llevarse en consecuencia a fondo, hasta el instinto de conservación de la vida, como lo hicimos nosotros, fuente orijinaria de los más numerosos movimientos egoístas, e indicar, al mismo tiempo, su relación con la intelijencia humana.

El fundamento del derecho que nosotros señalamos no halagará el idealismo de ciertos espíritus románticos; pero como nuestra doctrina esté de acuerdo con los hechos, nada importa que no esté en armonía con los gustos.

---

## **II. El espíritu de sociabilidad. Los primeros grupos humanos.**

El hombre es por naturaleza sociable. Donde quiera que lo busque la etnografía, lo encuentra constituyendo grupos. La civilización va aumentando cada vez más su sociabilidad. El progreso humano, no es sino la resultante del esfuerzo colectivo; las fuerzas sociales van jenerando insensiblemente las grandes creaciones humanas, derecho, moral, relijión, ciencia, arte.

En el fondo de las edades, el primer grupo humano que encuentra la etnografía es la *gens*. Letelier, en su obra «Jénesis del Derecho»; nos da los caracteres distintivos de este grupo social i jurídico. «Los individuos todos que la componen (dice) pertenecen a una sola línea, ora la uterina, ora la masculina i se

distinguen por una designación común que se parece a un nombre nacional más que a un nombre de familia. Aunque todos pretendan siempre descender de un mismo tronco, el hecho de que el antepasado epónimo sea jeneralmente un dios, un semidiós, un árbol, un bruto, prueba que no pasa de ser una simple ficción ideada para explicar el parentesco. Hechos observados en la India de nuestros días comprueban esta doctrina: en las comarcas más salvajes de aquel país, suele acaecer, según Lyall, que individuos venidos de todas partes, completamente estraños entre sí, se unan bajo la dirección de un audaz aventurero i que tan pronto como se encuentran agrupados constituyendo una tribu o una *gens* colecticia, todos se tengan por parientes que usan como nombre común el nombre propio del jefe. En seguida, desde la segunda jeneración adelante, todos los vástagos de esta horda de aventureros se tienen por descendientes del mismo jefe».

La *gens*, cuyos caracteres quedan delineados, fué la célula orijinaria de la sociedad. El *clan* de los mongoles, el *ghotram* de la India corresponden a este grupo primario de griegos i romanos.

Sin embargo, durante largos siglos se vió en la familia el grupo inicial de la sociedad, la primera piedra del Estado. El jenio visionario de Platón concibió tal doctrina; i en el trascurso de los tiempos, fué ella levantada como un estandarte por los autores realistas. El Estado sería según esta hipótesis, la consecuencia fatal del ensanchamiento paulatino de la familia, i el monarca, un sucesor lejítimo del padre primitivo.. Así, el absolutismo monárquico, invocaba en su abono un alto título para perpetuarse, del

que derivaba un poderoso ascendiente moral sobre sus súbditos.

Esta concepción, defendida por la oscuridad de los orígenes de la historia humana, se desvaneció a los primeros rayos proyectados sobre esas épocas remotas por la ciencia moderna.

En su obra «Jénesis del Estado», Letelier, rico en citas i copioso en argumentos, demuestra plenamente como la familia no ha podido éxistir en los pueblos primitivos. De un lado, la promiscuidad i la polian-dria impiden la constitución del grupo doméstico, i de otro, aunque este grupo diminuto compuesto por el padre, la madre, i los hijos pudiera surjir a la vida, estaría condenado a muerte desde su nacimiento por los peligros del mundo salvaje i por la imposibilidad de proporcionarse alimentos.

Las necesidades de la alimentación sobre todo exigen el esfuerzo colectivo de numerosos individuos.

A este respecto, Máximo Kovalesky en su libro «Orígenes i evolución de la familia i de la propiedad», se espresa en los siguientes términos: «Los pueblos cazadores i pescadores buscan su alimento formando hordas. Mal armado i peor vestido el hombre primitivo se siente incapaz de luchar cuerpo a cuerpo con los animales que le son superiores en robustez i agilidad. En Australia la caza del canguro se realiza en bandas compuestas de decenas i hasta de centenares de indíjenas. I de igual manera proceden los habitantes de las rejiones septentrionales cuando tratan de cazar el reno. La pesca de la ballena i de los grandes peces, ocupa familias enteras que se asocian para esta faena llevando cada una la parte correspondiente de aparatos i alimentos. Se ha demostrado que el hom-

bre aislado se encuentra incapacitado para luchar por la vida, necesitando del apoyo ajeno en cuyo caso se duplican sus fuerzas mediante la asociación».

Es interesante considerar como las necesidades de la vida que impulsan a los hombres a asociarse en busca de ayuda mutua, sean también las causas que con más frecuencia los divide i con más saña los empuja a la destrucción recíproca. «La principal causa de sus perpetuas guerras es la dificultad que experimentan para proporcionarse alimentos», dice Barros Arana hablando de las tribus fueguinas. ¡Entre ellos como entre nosotros!...

La esplicación de este fenómeno, es más del dominio de la sicología que de la sociología. Si predominara sin contrapeso dentro del grupo el espíritu agresivo del salvaje, la asociación sería imposible; i sabemos que el salvaje se siente incapaz para luchar él solo por la vida. Esta necesidad que tiene del apoyo del grupo es la que lo hace limitar, en cierta medida, su egoísmo: más allá del beneficio que le reporta la colectividad, sus instintos obran sin freno; i como de las demás tribus no recibe ayuda alguna, sino que lejos de ello, le disputan los escasos alimentos que puede proporcionarse, el choque se produce fatalmente.

He aquí, en juego el egoísmo, el instinto de conservación de la vida, rijiendo los actos humanos i jenerando los acontecimientos históricos.

---

### **III. La reglamentación consuetudinaria en las sociedades primitivas. Analogía al respecto entre el salvaje i el hombre civilizado.**

Dichosa edad i siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados....

CERVANTES. (*Quijote*, I, XI.)

La humanidad no ha cesado jamás de soñar a través de la historia... Al roce hostil de las asperezas de la vida cotidiana, ante los sinsabores de la «lucha del hombre contra el hombre», la humanidad soñó una hermosa «edad de oro» que colocó en la infancia del jénero humano; edad en que «no había ni tuyo ni mío» i en que la vida se deslizaba dichosa en medio de una naturaleza complaciente... La imaginación de los poetas dió vida en la literatura a esos desvaríos de los hombres por una felicidad nunca conseguida... Algunos filósofos no permanecieron indiferentes a estas creaciones de la imaginación. La vida del hombre en estado de naturaleza tiene por lo menos una ventaja indiscutible sobre la vida del hombre civilizado: la libertad, dijeron. Juan Jacobo Rousseau empleó tanta elocuencia en mostrarnos las ventajas de la vida salvaje i las miserias de la civilización que al leerlo dan deseos de andar en cuatro pies, según la frase pintoresca de Voltaire.

Pero la ciencia, destructora de tantas ilusiones (i creadora al mismo tiempo de muchas otras...), vino a enseñarnos que la verdad es mui distinta.

La infancia del género humano ha sido triste i bestial; i el salvaje nunca ha gozado de mayor libertad que el hombre moderno.

Oigamos la palabra autorizada de John Lubbock sobre estas materias. En su obra «Los Orígenes de la Civilización» nos dice: «El salvaje no es libre en ninguna parte. Su vida diaria aparece reglamentada en todo el mundo por un mecanismo complicado i a veces mui embarazoso de costumbres (tan obligatorias como leyes) i de prohibiciones i privilejios estravagantes. Las prohibiciones se aplican por lo jeneral a las mujeres; i los privilejios son patrimonio de los hombres. Todos sus actos se hallan medidos por numerosas reglas no escritas, es verdad, pero no menos imperativas por eso.

«Tratando de los australianos—continúa el mismo autor—dice Mr. Lang: «Lejos de disfrutar de una libertad completa, como podría parecer a primera vista, son gobernados por un código de reglas i un sistema de costumbres que constituyen una de las más crueles tiranías que pueden haber existido en el globo; toda vez que ponen no sólo la libertad, sino la propiedad i la vida del débil bajo el dominio del fuerte. La tendencia entera del sistema es hacer todo género de concesiones al fuerte i al anciano, con perjuicio del débil i del joven i más especialmente con detrimento de la mujer. Hai reglas que vedan a las mujeres i a los jóvenes los mejores alimentos, los mejores animales, etc., para reservarlos a los viejos. Por regla jeneral, las mujeres pertenecen de derecho al viejo i al poderoso, algunos de los cuales tienen de cuatro a siete, mientras que a los jóvenes se les niegan en absoluto, a menos que tengan hermanas que

dar en cambio i sean bastante fuertes para impedir que se las arrebatan sin compasión.

«Creer, dice sir G. Grey, que un hombre en estado salvaje goza de libertad de pensamiento o de acción, es un profundo error.

«En Tahití los hombres pueden comer cerdos, aves, multitud de pescados, cocos, plátanos i cuanto se destina como ofrenda a los dioses, mientras que las mujeres no pueden tocar ninguna de estas cosas, so pena de muerte, porque su contacto las profanaría. El fuego en que se prepara el alimento del hombre es sagrado, i está prohibido a las mujeres servirse de él. Sagradas son, asimismo, las cestas en que los hombres guardan sus provisiones i las casas donde toman la comida, todo eso le está vedado a la mujer bajo la misma pena. Así los peores alimentos destinados a los miembros femeninos de la familia se preparan en fuego aparte, se ponen en cestas distintas, i mujeres, hijas, etc., los toman solas en chozas pequeñas levantadas con este fin.

«Nada más erróneo, dice el obispo Wellington, que representarse a los neozelandeses como un pueblo sin orden i sin lei. Han sido i son esclavos de las leyes, de las costumbres i de los precedentes».

Tarea interminable i prolija sería consignar todas las reglamentaciones de la vida del salvaje. Bástenos asegurar, invocando la autoridad de la etnografía, que aún los actos más insignificantes reciben entre ellos una minuciosa reglamentación consuetudinaria.

Si consideramos ahora la vida del hombre civilizado, anotaremos sin dificultad (pero no sin desengaño) que, desde el punto de vista de la libertad de

espíritu, el progreso ha sido escaso cuando no discutible.

Durante la vida debemos obedecer a leyes, reglamentos, ordenanzas, etc., etc., limitaciones todas éstas, necesarias para entendernos i vivir tranquilos. . . Más allá de la esfera de estas limitaciones necesarias de nuestro albedrío, somos libres. ¡Libres! qué regocijo! ¿I qué hacemos de nuestra libertad? ¿En qué empleamos nuestra libertad? En restringirla, en mutilarla cuanto podemos sometiéndonos a usos, costumbres, convencionalismos sociales caprichosos i absurdos que entran nuestra acción i deforman la personalidad.

¡Pobre del que pretenda ser orijinal! Encontrará cuando menos la desconfianza. El «buen gusto» de la sociedad ama a los espíritus trazados a cordel, vertidos en un mismo molde. . . Sonríe a la medida, a la condescendencia, a las virtudes pacatas que diría Nietzsche.

Jamás los hombres aprovechan ampliamente la libertad de que disponen; lo que no obsta a que vivan suspirando por las libertades.

La humanidad parece no comprender sino la parte teatral de la libertad: aquella que se conquista a cañonazos.

---

#### **IV. Explicación sicológica del derecho consuetudinario.—El hábito, el uso i la costumbre.**

Nace del tiempo uso, é del uso costumbre é de la costumbre fuero... Uso es cosa que nasce de aquellas cosas que el home dice é face, é sigue continuamente por gran tiempo... Costumbre es derecho ó fuero que non es escrito el qual han usado los homes luengo tiempo. (Partida I, Título II).

Cuando se consideran la serie de costumbres i prejuicios que reglan la vida del salvaje, parece, en un principio, incomprendible que su naturaleza rebelde i agresiva pueda someterse a un conjunto a veces minucioso de limitaciones, a una disciplina prolija i estricta.

Letelier en su «Jénesis del Derecho» explica este fenómeno como sigue: «Cuando por cualquier accidente ejecuta el salvaje un acto que le procurá placer, incontinenti jermína en él una tendencia a repetirlo, i en los demás, que no quieren ser menos, a imitarlo, hasta que llega un día en que ninguno se atreve a singularizarse negándose a proceder como proceden todos. Desde entonces, momento cierto, pero indeterminable, lo que al principio se hizo espontáneamente, bajo el solo incentivo del placer o del interés del ajente, se tiene que seguir haciendo bajo la opresión de la opinión pública, que en todo desvío ve una infracción de una u otra norma social».

Esta teoría no es satisfactoria; porque si suponemos que el placer es la causa orijinaria de la costumbre,

no podemos explicarnos la repetición de aquellos actos que no sólo no producen ni pueden haber producido placer, sino que ocasionan molestias.

Para nosotros, la existencia del derecho consuetudinario en los pueblos salvajes, envuelve dos problemas distintos que, sin embargo, se tocan i que deben ser considerados. Primero: explicación de las causas que obligan al salvaje a someterse a la costumbre; i, segundo: factores principales que determinan la costumbre en los pueblos salvajes: Esto es problema de sociología; aquel, de sicología. Del primero hablaremos en seguida; del segundo, en el capítulo siguiente.

Los hombres poseen necesidades adquiridas i naturales. Las adquiridas van naciendo en el trascurso del tiempo con las exigencias de la vida social; las naturales son comunes a todos los hombres i de satisfacción necesaria, periódica i frecuente. Tales son el sueño, la alimentación, el abrigo, el apetito jénico, etc.

Para el salvaje la satisfacción de estas necesidades absorbe casi todas sus energías i llena su vida. Aparte de las necesidades naturales, tiene el salvaje otra que por la frecuencia con que se manifiesta i lo ligada que está a su régimen de vida debemos señalar: la necesidad de defensa contra los animales bravíos i la hostilidad permanente de las demás tribus.

Si consideramos, ahora, una tribu, anotaremos que se compone de individuos de la misma raza (aunque sea colecticia), del mismo grado de cultura, que habitan el mismo territorio, que tienen idénticas necesidades i más o menos medios iguales de satisfacerlas. Consideradas estas circunstancias, se com-

prende sin esfuerzo que la manera de satisfacer las necesidades no puede ser mui distinta, sino debe tener, necesariamente, cierta uniformidad. La costumbre comienza a diseñarse como consecuencia de la situación análoga en que todos se encuentran i de las afinidades que entre ellos existen.

Observemos, en seguida, a un salvaje aislado. Ejecuta un acto en la forma que puede hacerlo o que primero se le ocurre. Cuando necesita repetir la misma acción ¿cómo procederá? De la misma manera que la vez anterior. ¿Por qué? porque el salvaje es rutinario debido a su pereza i a su falta de imaginación i de inventiva. No se da el trabajo de raciocinar (i en muchos casos sería incapaz de hacerlo) sobre si existen otros procedimientos mejores; es más sencillo perseverar en los conocidos. Sólo una característica de su sicología lo saca de la rutina: la imitación. El espíritu imitativo en el salvaje es poderosísimo (¡vestijios sicológicos de antepasados remotos!); i si todos tratan de copiarse entre ellos los procedimientos que estiman mejores, es forzoso que lleguen a uniformar su vida completamente. El hábito o repetición de actos individuales imitado por los otros llega a constituir un uso o repetición de actos colectivos, el cual, más jeneralizado i arraigado en el alma del grupo, pasa a constituir una costumbre (1).

Ahora bien, el derecho consuetudinario no es sino la costumbre con carácter de obligatoriedad.

---

(1) Ni los juriconsultos ni los etimolojistas están de acuerdo acerca de las diferencias entre el uso i la costumbre. Véase sobre este particular la obra de Joaquín Costa "La Vida del Derecho o Ensayo sobre el Derecho Consuetudinario", capítulo "Enciclopedia de la costumbre de derecho", páj. 13.

Pero ¿cómo es que la costumbre llega a ser obligatoria? ¿Qué causa determina este fenómeno? Muy sencillo: la intolerancia de la masa, fruto de la poca comprensión de los individuos. La muchedumbre, con su manera superficial i burda de juzgar los sucesos, estima razonable i justo lo aceptado por todos. La muchedumbre cuenta, pero no pesa; decide por el número, no por el mérito. Lo distinto a lo vulgar le inspira desconfianza i la desconfianza se transforma en hostilidad. Con palabras de Lagorgette diríamos: «Los estados de conciencia semejantes se refuerzan i reaccionan poderosamente contra las disidencias». I el salvaje tiene horror a los cambios porque recela de lo nuevo.

---

## **V. Factores principales que determinan la costumbre en los pueblos salvajes.**

La costumbre es determinada por numerosos factores de muy diversa índole. Los principales son la raza, el territorio, la religión i el contacto con otros pueblos. A la imitación ya nos referimos en el capítulo anterior.

Diremos algunas palabras sobre cada uno de estos factores.

### *a) La raza*

La ciencia ha formulado diversas teorías para explicar la procedencia de la especie humana.

La teoría polijenista, fundándose en las diferencias

radicales observadas entre las distintas razas, le atribuye a cada una origen diferente. A la inversa, la teoría monojenista supone la descendencia de toda la especie humana de una pareja común. Las diferencias raciales, se deberían según esta doctrina, a la prolongada i constante adaptación del hombre al medio. En la actualidad esta teoría es casi universalmente aceptada.

Tampoco están de acuerdo los antropólogos en la clasificación de las razas. Blumenbach dividió la especie humana en cinco razas, a saber: blanca, amarilla o mongólica, negra, parda o malaya i cobriza o americana.

Cada uno de estos grandes grupos humanos tiene sus caracteres bien definidos. El alma de uno i otro es inconfundible i las grandes manifestaciones de su actividad, derecho, moral, relijión, etc., tienen un sello propio. Cada raza posee su manera especial de ejecutar sus obras i de atender a sus necesidades. Si bien el espíritu humano es uno en esencia, el alma de la raza le impone diferencias notables. Aún dentro de una misma raza, la sicología nacional de cada pueblo repercute en sus costumbres i en las diversas manifestaciones de su vida.

El alma de la raza no es una entidad inmutable, como lo afirman con mucho dogmatismo i pocas razones algunos autores. Si la especie humana se ha diversificado en razas por el doble fenómeno de la acción del medio sobre el individuo i de la reacción de la naturaleza del hombre para adaptarse al ambiente, el progreso, el ingenio humano que tiende a triunfar de la obra dominadora del medio i a acercar a los hombres, puede ir anulando estas diferencias hasta

dar a la especie una homogeneidad más o menos completa.

Los progresos de la locomoción, el comercio, las relaciones cada vez más frecuentes entre los hombres tienden a amalgamar las razas en un tipo único.

Los que niegan estos hechos observan sólo en un tiempo reducido. La miopía les limita el horizonte. Así se explica su error. Olvidan, como diría Fouillée, el gran factor de la biología i de la historia: el tiempo.

¿I qué no puede hacer el acercamiento cada vez más estrecho de los hombres, ayudado por ese factor enorme?

### *b) El territorio*

El medio físico ejerce influencia poderosa en la naturaleza humana. Esta verdad ha sido reconocida desde antiguo: Hipócrates la sostuvo en Grecia. En los tiempos modernos, el estudio del medio en relación con el hombre ha alcanzado vasto desenvolvimiento i ha prestado valiosísimos servicios, principalmente a la historia.

En el estudio del territorio quedan comprendidos distintos factores relacionados entre sí i que influyen en las costumbres en mayor o menor escala. Los más importantes son el clima, la topografía i la situación jeográfica.

Los climas cálidos predisponen a la molicie i a la pereza; los climas fríos, a la sobriedad i al trabajo. Las zonas templadas han sido el terreno más propicio i frecuente de la civilización.

El clima determina el jénero de producción de la tierra; la producción influye en el comercio i en la industria; ambas en la economía nacional, i todos en las costumbres.

La topografía moldea el carácter de los pueblos. Los territorios hinchados de montañas, surcados por ríos turbulentos, influyen en el carácter arisco i rebelde de los nativos; en cambio, las llanuras parejas, los cielos plácidos facilitan el sentimentalismo i la mansedumbre. Spencer ha hecho notar las diferencias entre los habitantes de la montaña i los habitantes del llano.

Por último, la situación del territorio, la circunstancia de ser marítimo o mediterráneo, es determinante del jénero de vida de los pueblos.

### c) *La relijión*

Juan Lagorgette, en su obra «Fundamento del Derecho i de la Moral», dice: «Por incomprensible que parezca a ciertos contemporáneos la idea de Dios, no ha tenido sino una gran importancia en la historia del mundo. Si todos los fenómenos sociales no han salido del fenómeno relijioso, hubo por lo menos un tiempo en que se absorbían con él en una masa mal diferenciada. Toda relación, toda institución, familia, ciudad, Estado, recibía una consagración (derecho fecial. . .). Los actos jurídicos i hasta la vida cotidiana estaban sometidos a un ritual; la lei divina ordenaba el censo, presidía a la elección de manjares i vestidos».

Entre los salvajes, las ideas relijiosas i las supers-

ticiosas formaron un solo acervo común. Hoi día los términos son distintos: las supersticiones quedan fuera de la relijión. El diccionario así nos lo enseña.

Entonces como ahora, el orijen de las supersticiones se encuentra en el temor que en los espíritus débiles despierta lo desconocido, i en la tendencia irreflexiva a jeneralizar los hechos. El salvaje observa, por ejemplo, que cuando ha repetido cierto acto se ha producido un mal. Sin más antecedentes tiende a jeneralizar: siempre que se ejecuta esto acontece un daño; i como ignora la causa del fenómeno, lo atribuye a un ser sobrenatural. Dios no quiere que esto se haga, dice, i cuando se le desobedece, castiga.

La jeneralización precipitada, es la fuente inexhaustible de los errores humanos (1).

---

(1) José D'Aguanno, en su obra "La Jénesis i Evolución del Derecho" (traducción castellana de Dorado Montero), dice en la pág. 84: "El salvaje vive de una vida que podemos llamar vejetativa. No está educado para la atención; por esto, COMO OBSERVA POCO, JENERALIZA POCO, i, por tanto, adquiere pocas ideas mediante la esperiencia".

El hecho de observar poco no es razón, como cree D'Aguanno, para que se jeneralice poco. Si bien el que observa mucho, el que estudia mucho, no puede menos de jeneralizar bastante, puesto que va buscando i descubriendo leyes jenerales; este concepto no es viceversa. El que observa poco tiende, comúnmente, a jeneralizar mucho i mal; si observara más, jeneralizaría menos i mejor.

El mismo D'Aguanno, en la pág. 92, citando a Le Bon, se contradice violentamente en los términos que siguen: "La analogía es para el salvaje una fuente permanente de errores, porque de una pura analogía formal induce él una analogía causal. Así, el esquimés que ve que un pedazo de hielo se funde en la boca, cree que también se ha de fundir un pedazo de cristal, porque tiene forma análoga a la del hielo". Como puede verse, el ejemplo que antecede es caso típico de jeneralización precipitada a base de analogía. El salvaje que ve que el hielo se funde en la boca jeneraliza, sin más observación, en esta forma: todos los cuerpos semejantes al hielo se funden en la boca.

¿A qué se debe esta contradicción de D'Aguanno? Únicamente a una jeneralización precipitada. Cuando este famoso autor dice que los salvajes jeneralizan poco, hace estensivo a todos los salvajes algo propio sólo de algunos de ellos, del más escaso número de ellos; esto es, de los salvajes que deslindan con el hombre primitivo, de aquellos que por su estrema debilidad mental no pueden ni siquiera jeneralizar los conceptos.

*d) Contactos entre diferentes pueblos*

La influencia que un pueblo experimenta por la cultura de otro no siempre se realiza por medios violentos. Las ideas i las costumbres de las naciones más civilizadas se infiltran en los pueblos de cultura inferior por numerosísimos medios pacíficos. La civilización moderna dispone de elementos preciosos para realizar esta tarea. El progreso humano es el intercambio de las ideas, el acercamiento de los hombres. La historia de la humanidad podría definirse como la narración de las influencias de pueblo a pueblo, de raza a raza, de civilización a civilización.

En la antigüedad, el ascendiente de Grecia sobre Roma fué trascendental. Roma a su vez civilizó a los bárbaros de Europa i, sedienta de poderío, llevó sus lejiones al voluptuoso oriente. Roma triunfó en el oriente con sus lejiones; pero el oriente la ale-targó con sus placeres.

En la Edad Media, la civilización oriental influye en el occidente al contacto de las Cruzadas. El lujo del oriente deslumbra a la Europa; el comercio se incrementa, i adquieren importancia i esplendor Marsella, Pisa, Jénova, Venecia.

Recordemos un caso interesante en los orígenes de la historia de Chile: la acción civilizadora que la conquista de Tupac Yupanqui i Huaina Capac ejerció hasta las orillas del Bío-Bío, donde fueron detenidas las huestes incásicas por el empuje indomable de los indios promaucaes.

---

## **VI. Evolución de la conciencia moral i jurídica. Carácter de los primeros códigos.**

El hombre tiene tendencia a justificar sus actos a sus propios ojos, a juzgar bien hecho lo que le es necesario hacer. ¡Apenas si existirá un malvado que se crea efectivamente malo en el fondo! Siempre estamos llanos a justificarnos ante nosotros mismos, i no hai sofista más sutil que el hombre que se defiende de la acusación de su conciencia.

En el hombre civilizado, la ejecución de un acto contrario a la moral del medio, de un acto malo, produce cierta repugnancia que se manifiesta primero por la resistencia a ejecutarlo i, después, por el remordimiento de haberlo hecho; es que se trata de contradecir en un instante dado todos los estados psicológicos que orientaciones determinadas han superpuesto en nosotros.

En el hombre primitivo, la cosa es distinta: su psicología es simple; sus preocupaciones tienden casi exclusivamente a satisfacer sus necesidades materiales, sus apetitos, i busca para conseguir su objeto la manera más espedita, más fácil; su egoísmo lo lleva a considerar bueno todo cuanto es conducente a este fin; la idea del bien i del mal está subordinada a la satisfacción de sus necesidades; en él, la moral no existe como una creación independiente de su conveniencia inmediata; el derecho también está subordinado a sus necesidades; ambos forman una sola masa consuetudinaria. Si bien en los pueblos más atrasados parece no haber existido propiedad de ningún jénero, pronto la intelijencia hace compren-

der al individuo la ventaja de poseer ciertos objetos para su conservación (sus armas, por ejemplo), i tiende a apropiarse de cuanto pueda serle útil sin preocuparle la persona de los otros.

Durante largo tiempo, la costumbre rije la marcha de las sociedades; la moral no es sino la manera de obrar de la mayoría, i el derecho es también consuetudinario. Empero el aumento de la población, los conocimientos adquiridos por la experiencia de siglos, los contactos con otros grupos humanos, jeneran necesidades nuevas e intereses cada vez más contrapuestos. La barbarie, i sobre todo el comienzo de la civilización, que históricamente se marca por el nacimiento de la escritura, son el largo período jenésico de los conceptos fundamentales.

Entrada la civilización, experimentados los beneficios de la escritura, el hombre siente muchas veces la necesidad de reducir a fórmula escrita ciertos principios, para precisarlos con claridad, para arrancarlos a la mano de las oligarquías jurídicas, porque comprende que su tranquilidad i su vida no están a salvo entregadas al arbitrio del gobernante o amenazadas por el egoísmo sin freno de los demás. Es el caso de Roma: la lucha se traba sorda entre los patricios i los plebeyos; los primeros resisten con firmeza, los segundos porfían con tenacidad; la victoria se decide por la democracia i nace la Lei de las Doce Tablas. En Atenas, la primera escrituración del derecho consuetudinario parece haber tenido orijen análogo. Los thesmoethetas i otros majistrados superiores, todos eupatridas, constituían la oligarquía jurídica. Del monopolio del derecho pasaron fácilmente al abuso del mismo; hasta que la opinión

pública exigió se redujera a fórmula escrita el derecho consuetudinario; así nació la legislación draconiana.

En otros pueblos, a la inversa, los primeros códigos parecen haber sido más bien otorgados por el monarca que impuesto por los súbditos.

Los primeros códigos son siempre fieles trasuntos de la costumbre. En ellos aparecen barajados los preceptos menos afines: derecho, moral, religión, higiene, etc. Tales fueron las Doce Tablas, las Leyes de Manú, la Legislación mosaica.

Posteriormente se diversifican i adquieren fisonomía propia estos tres grandes elementos: la costumbre, el derecho i la moral. La costumbre continúa manifestándose como la savia del derecho: le da vida, lo suple, lo corrije lo amolda. El derecho en su desarrollo va invadiendo el terreno de la moral, reduciendo a fórmula escrita, a legislación positiva, principios puramente morales, aunque no siempre marcha acorde con ella. La moral, por su parte, constituída por un conjunto de postulados i normas ideológicas, pugna por incorporarse a la costumbre sin conseguirlo jamás completamente; en el hecho existe un marcado divorcio entre la costumbre o moral práctica i la moral pura o ideología moral; muchas veces entre ambas no existe otro contacto que el que finje la hipocresía humana.

La tendencia moderna, es cimentar la moral a la luz de las ciencias antropológicas i sociales.

---

## **VII. Fisonomía del derecho consuetudinario; su arraigo en el corazón humano.**

Sería grave error suponer que con el derecho escrito fenece el consuetudinario. Como lo dijimos en el capítulo anterior, la costumbre sigue siendo la fuente inagotable del derecho escrito i sigue rijiendo en muchos casos con igual imperio que la lei.

De la influencia que la costumbre ejerce en los tiempos de derecho escrito, hablaremos en el capítulo siguiente. Sin embargo, lo que llevamos dicho acerca del derecho consuetudinario nos permite i nos obliga a formular algunas observaciones jenerales referentes a él, necesarias para la buena intelijencia del concepto global del derecho.

La auscultación del corazón humano i el estudio de los hechos históricos, nos demuestran que el derecho tiene su asiento en la naturaleza del hombre reunido en sociedad. Estos mismos estudios nos demuestran que el derecho no puede ser una simple manifestación de la fuerza bruta, porque la sociología ha mostrado que él corresponde en términos jenerales a las necesidades del grupo i no únicamente a las necesidades de los más fuertes, como sería si éstos hubieran impuesto la lei por la violencia; i porque la sicología ha señalado la correlación entre la costumbre i el alma del grupo. Tampoco puede ser el derecho resultado del solo capricho social, porque se basa en necesidades imprescindibles i está subordinado, en cierto modo, a factores estraños al hombre, como la raza, el medio, etc.

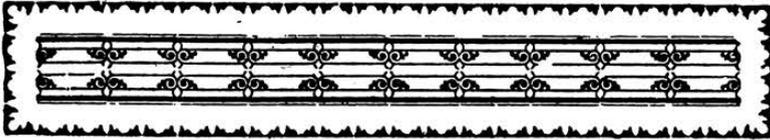
El estudio de los pueblos salvajes, bárbaros, i ci-

vilizados nos enseña una verdad inconcusa: el hombre no puede vivir, sino sujeto a todo género de reglamentaciones; él mismo siente agrado en mutilar sus libertades. . . La razón de ser de este fenómeno está en su debilidad de espíritu, en su falta de originalidad, en su tendencia simiesca a la imitación, causas todas que esplican el derecho consuetudinario i justifican el imperio de las leyes; la libertad individual, es un ensueño infantil.

Hemos visto, por último, que el derecho consuetudinario se manifiesta como una limitación de egoísmos, como una «disciplina social». Veremos a continuación que en los tiempos actuales, bajo el cetro de la lei escrita, el derecho en jeneral adquiere otros aspectos, se torna más complejo, pero en esencia conserva su carácter típico.

---





## CAPITULO II

### **EL DERECHO ESCRITO**

---

#### **VIII. Factores que operan la jénesis i desarrollo del derecho escrito.**

En la jénesis i desarrollo del derecho escrito, ejercen influencia los mismos elementos que en el derecho consuetudinario, i algunos más. Hemos considerado en su oportunidad la imitación, la raza, el territorio, los contactos con diferentes pueblos i la relijiôn. Este último factor tiende a desaparecer en los pueblos modernos como elemento de importancia para la jénesis i desenvolvimiento del derecho; en cambio, aparecen como factores importantes, la opinión de los autores, la jurisprudencia, la acción conjunta de las actividades sociales i la fuerza.

No queremos decir nosotros que la fuerza no haya ejercido influencia en el derecho consuetudinario, nó. Si no hablamos de ella allá i lo hacemos aquí es porque estimamos más acertada esta disposición. En efecto, en la jénesis i desarrollo del derecho escrito deben considerarse simultáneamente la costumbre i la fuerza; es lo que haremos. En seguida, trataremos de los otros factores.

a) *La costumbre i la fuerza.*

Cuando nos ocupamos de la esplicación sicológica del derecho consuetudinario, vimos que la homogeneidad de la raza, las necesidades comunes, los medios análogos de satisfacerlas, tienden a uniformar la vida de los salvajes i son el orijen del derecho no escrito.

Los salvajes de una misma tribu tienen igual relijión, iguales ideas, iguales procedimientos para todo. Hasta los rasgos fisonómicos suelen ser semejantes, lo que no es estraño dadas las prácticas tan frecuentes de la promiscuidad que determinan un cierto parentesco entre todos los individuos.

En los pueblos civilizados es cosa mui distinta. La densidad subida de las poblaciones, los diferentes elementos raciales que se disputan la vida en las grandes cosmópolis, la diversidad de actividades que crean el comercio i la industria, los distintos empleos, oficios i profesiones liberales, las diferencias que orijinan el dinero i los prejuicios aristocráticos, tienden hasta lo infinito a diversificar las costumbres, a poner un tinte pintoresco en las gran-

des ciudades por la variedad i a veces por la oposición de usos, costumbres i tipos que orijinan.

En algunas ocasiones sería imposible establecer cual es la costumbre que rije en determinadas actividades: unos la entienden i la practican de una manera, otros de otra mui diferente. Piénsese en la enormidad de capas sociales que componen una población moderna, desde el humilde i laborioso proletario hasta el vano aristócrata o burgués que vive del trabajo de sus antepasados; desde el ignaro analfabeto hasta el intelectual i el sabio. Por comodidad dividimos a menudo al pueblo en tres clases: baja, media i alta; pero ¡cuántos grados existen en cada una de ellas! I cada una de estas incontables capas sociales tiene su sicología característica, sus costumbres propias, según su oficio, su dinero, su posición social.

Observados los distintos elementos que componen una población moderna, parece que no hubiera entre ellos afinidad alguna: tan opuestos se manifiestan; pero si se compara una agrupación con otra, surjen en el acto las diferencias entre ambas, se advierte la homogeneidad jeneral de cada una i se destaca el espíritu inconfundible de cada grupo.

En los centros de gran población, las costumbres jenerales son vagas, imprecisas, i en algunas actividades es imposible determinarlas, o más propiamente, no existen.

El hecho de que las costumbres jenerales, o sea, relativas a toda una vasta masa humana, tiendan a desaparecer, no significa en manera alguna que el hombre moderno se vaya independizando de las reglamentaciones consuetudinarias, ni mucho menos; dentro de la esfera reducida de la situación de cada

cual, las prácticas, los convencionalismos, parecen multiplicarse en razón directa de la población.

En los tiempos modernos, la costumbre sigue siendo la fuente orijinaria del derecho, i en él se retrata con toda su inmensa complejidad.

En términos jenerales, para que las leyes tengan aplicación i no se conviertan en disposiciones muertas, guardadas en los textos legales como en un féretro, es preciso que estén en armonía con las costumbres i el alma del pueblo en el cual deban rejir. «¿Qué puede i debe ser la legislación de un pueblo que debe ser su constitución política para tener probabilidades de vida—ha dicho Alfredo Fouillée—sino la exacta espresión del jenio nacional?» Desde este punto de vista se ha podido definir la lei como la «espresión reflexiva de la conciencia jurídica del pueblo interpretada por el lejislador».

Cuando las leyes se encuentran en abierta pugna con las costumbres, no pasan de quedar en el papel como simples declaraciones platónicas. La historia de todos los tiempos i de todos los pueblos acredita esta verdad con ejemplos numerosos; pero ninguno nos parecen más elocuentes que los señalados por el ilustre Jovellanos, con motivo de un voto emitido sobre autorizar la introducción i el uso de las muselinas en España. En homenaje a la brevedad, suprimiremos con pesar algunos períodos.

Dice Jovellanos: «Que ninguno de los medios imaginados hasta aquí, ni aún los que ocurrían a su idea, bastaría a conseguir el destierro de las muselinas

.....  
.....

«Que la contravención de las leyes puestas en el

espediente de cuya resolución se trataba, era de las más escandalosas que podía ofrecer la historia, pues ni las repetidas prohibiciones, ni la gravedad de las penas, ni las condescendencias del Gobierno, ni las ventajas ofrecidas en el uso de otros jéneros, habían bastado para desterrar el de las muselinas. Que todo se había despreciado, todo había sido inútil i todo había demostrado con un ejemplo tristísimo, que los remedios adoptados hasta aquí eran insuficientes para la curación de un mal orijinado de la opinión i del capricho, siempre más poderosos que las leyes cuando eran combatidos cara a cara.

«Que casi siempre había sido igual la suerte de otras leyes suntuarias, de que ofrecían ejemplos a centenares nuestros códigos. Que de nada habían servido las promulgadas en materia de trajes por los Reyes Católicos i sus cuatro sucesores. Pero que sobre todo habían sido claramente despreciadas las que hablaban con las mujeres. Que la célebre lei de los mantos, conocida, por la pragmática de las Tapadas, hecha i muchas veces renovada por Felipe IV, no había producido efecto alguno i que otro tanto había sucedido con la prohibición de los guarda-infantes, hecha por el mismo príncipe i con la de los escotados, que con tanto escándalo habían empezado en su tiempo.

«Que no era nuevo el querer traer a la razón a las mujeres por el camino del honor, pero que siempre se había tentado sin fruto.....

.....  
«Que también de esto nos ofrecía muchos ejemplos la historia. Que Alfonso XI, para desterrar el uso de las tocas azafrañadas, que era la moda favorita de

su tiempo, mandó que sirviesen de único distintivo para las barraganas, i que, sin embargo, se usaron tan jeneralmente que fué preciso revocar aquella lei, como se hizo por otra nueva de don Juan I que autorizó el uso de las tocas azafranadas, señalando otro distintivo a las barraganas, de lo cual existen algunos vestijios en las tocas que usan todavía muchas de nuestras monjas.

«Que otro tanto sucedió en tiempos más recientes cuando Felipe IV prohibió, por un auto acordado de 1639, el uso de los guarda-infantes, pues entonces los permitió espresamente a las mujeres públicas; i a pesar de este arbitrio, antes que pasasen muchos años, eran los guarda-infantes la principal gala de las damas, i aún de las princesas de la corte del mismo monarca, i su uso casi sólo se conserva en palacio en nuestros días.

«Que también en la prohibición de los escotados se había permitido su uso a las rameras, i, sin embargo, se había usado jeneralmente, hasta que mui entrado este siglo los desterraron otras modas, habiendo podido éstas más que la relijión; la razón i la política aunadas para destruir los escotados.

«Que no debían atribuirse estos ejemplos a la liviandad de las mujeres, puesto que ofrecían otros iguales los hombres, aunque por su más fuerte constitución debían estar libres de esta especie de caprichos. Que las golillas, prohibidas i quemadas por mano de verdugo en la plaza de Madrid de orden del Consejo de Castilla en 1623, honraron dentro de pocos años todos los cuellos españoles i hoi sirven de distintivo a la misma clase que se anticipó a proscribirlas e infamarlas; i que los copetes i gue-

dejas, condenados por otro auto acordado de aquellos tiempos a no poder tocar los umbrales del Consejo ni del Real Palacio, cundieron después por todas las cabezas i permanecieron en ellas hasta que vinieron a desterrarlas las pelucas del otro lado de los Pirineos».

El elocuente i erudito pasaje que acabamos de transcribir, enseña con casos tomados de la historia, cual es el destino de las leyes que repugnan a las costumbres imperantes.

Podría argüirse que el incumplimiento de las leyes en los casos citados por el docto Jovellanos, como en muchos otros, se debe más que al poder de la costumbre, a la debilidad o desidia del gobierno en hacerlas cumplir. Pero observemos que, en jeneral, tratándose sobre todo de leyes que no son de vital importancia para el Estado i que la conciencia pública rechaza, los gobiernos no se atreven a presionar fuertemente a la opinión; la timidez que en tales situaciones los gobiernos manifiestan, es la consecuencia necesaria de la falta del apoyo moral del pueblo. Por otra parte, es indiscutible que las leyes resistidas con enerjía por la gran masa de la opinión, sólo pueden hacerse cumplir por la violencia aplicada como sistema, es decir, bajo un réjimen de tiranía desembozada. I los rejímenes sin más cimientos que la fuerza bruta son odiosos i efímeros. «El más fuerte, ha dicho Rousseau, no lo es nunca bastante para perpetuar la dominación: si no transforma su fuerza en derecho i la obediencia en deber». Todo despotismo trata de encubrirse tras un manto de legalidad.

Las instituciones más sólidas, los derechos más respetados, son aquellos que se han constituido por

evolución desenvuelta a través del tiempo. El legislador debe ante todo penetrar la costumbre, auscultar el alma nacional antes de formular las reglas jurídicas.

El derecho no brota a los conjuros legislativos; existe en suspensión en el aire antes de ser precipitado en leyes, según la hermosa i acertada metáfora de Lagorrette.

La escuela histórica del derecho, encabezada por Savigny, dió vida a esta doctrina; pero la llevó a extremos absolutos, i como tales, inaceptables. Para ella, el derecho se desenvuelve naturalmente como el lenguaje i es la resultante necesaria de la evolución i la costumbre; la voluntad humana no tendría influencia en este proceso evolutivo.

Esta doctrina entendida así, en una forma absoluta es el puntal más sólido de los privilejios i de las injusticias. Si la voluntad humana es impotente para cambiar el estado de cosas de una época dada, a los pueblos no se les puede recomendar por vía de consuelo sino la fórmula estoica de Epicteto: abstente i soporta.

Como reacción esplicable en contra de esta tesis fatalista, el sabio jurisconsulto Rodolfo Ihering sentó una doctrina diametralmente contradictoria. A su juicio, el derecho es obra de la voluntad del hombre, producto de la evolución consciente; su único orijen es el Estado.

Letelier, haciéndose cargo de la disidencia surji-da entre los dos célebres romanistas, se inclina en favor de Savigny, sin desconocer por eso el carácter absoluto de su doctrina. Letelier observa con muchísima razón «que no todo el derecho se desa-

rrolla espontáneamente, porque gran parte del que rige en los pueblos civilizados se ha establecido por obra deliberada de los lejisladores, esto es, con el propósito manifiesto i a menudo declarado, de modificar o completar el derecho tradicional». I poco antes nos había dicho: «Que por regla jeneral deba la política respetar las costumbres establecidas, no hai que dudarlo, puesto que se espone a irremediable fracaso cuando procede sin tener cuenta de las franquicias i elementos que el estado social la ofrece. Pero si una u otra vez necesita para lograr sus fines, por ejemplo, para remediar males sociales, prescindir de la costumbre; aún más, si necesita proceder abiertamente contra ella, como cuente con el asentimiento jeneral, nada le impide seguir éste camino.

«En conformidad con estos principios se ha formado i desarrollado en nuestros días el derecho socialista. Hasta los últimos años las lejislaciones de los pueblos más civilizados casi no se preocupaban de la condición i suerte de los obreros, de los pobres, de los humildes, que constituyen la masa de las poblaciones. Habiéndose derivado de la lejislación romana, que casi no les reconocía derechos porque se la había dictado cuando todavía el trabajo servil estaba a cargo de los esclavos, las clases inferiores de las democracias contemporáneas habían llegado a comprender que eran víctimas de una enorme injusticia i se ajitaban tumultuosamente para reivindicar su parte en los beneficios del derecho. Muchos lejisladores, alarmados con la efervescencia i descontento de los desheredados, han creído mui cuerdamente que para evitar trastornos i revoluciones no les quedaba más camino que el de estable-

cer un derecho nuevo, un derecho que abrogara muchas de las normas tradicionales del derecho antiguo, el derecho socialista».

No creemos como Letelier que sólo puedan dictarse normas jurídicas contrarias a la costumbre reinante cuando se cuenta con el «asentimiento jeneral» nó. Hai un factor poderoso que obra sin descanso en la marcha de los pueblos i que Letelier olvida: la fuerza. El mismo ejemplo propuesto por él del derecho socialista, es un caso elocuentísimo del triunfo de la fuerza en la vida del derecho. Mientras las masas obreras permanecieron inermes i desorganizadas, la explotación del trabajador por el capitalista llegó a los grados más altos de la iniquidad. Ni la moral ni la relijón pudieron refrenar tantos abusos ni disminuir tantos privilejios. Tampoco los teóricos de la legislación se adelantaron por un mero sentimiento cristiano a reformar un estado de cosas tan contrario al cristianismo.

¿Cuándo entonces llegaron las masas obreras a participar de la vida de los seres libres? ¿Qué fuerza enjendró ese advenimiento? ¿Fueron los textos de los moralistas? ¿Fueron los sermones de los predicadores? Nó, no fueron ellos; i a menudo los grandes movimientos de la libertad se han verificado a pesar de ellos.

¿Cuándo, pues, comenzó a jerminal el derecho socialista? Sólo cuando las masas trabajadoras, bajo la inspiración de sus caudillos, se organizaron, se disciplinaron, se armaron i empeñaron una lucha que todavía dura, una lucha más accidentada i más trájica que la de los plebeyos de la antigua Roma. Los paros jenerales, las huelgas, los mítines, las

revueltas, los episodios sangrientos, se han sucedido sin descanso en esta lucha constante i a veces terrible que ha tenido sus víctimas i ha tenido sus mártires. Sólo cuando los obreros constituyeron una fuerza crearon un derecho.

No es conveniente olvidarse de la fuerza en el estudio de las ciencias sociales, porque si prescindimos de ella, no podremos dar esplicación plausible a muchos acontecimientos históricos.

Sin incurrir en las exageraciones de Ihering que creía que «el nacimiento del derecho como el del hombre es siempre un doloroso i difícil alumbramiento», no podemos ni debemos nosotros desconocer la importancia de la fuerza en el derecho.

Es frecuente que la evolución social deje rezagada a la organización política, en forma que llega un momento en que ciertas leyes i aún las constituciones mismas no se observan o pasan a ser una traba para el libre desarrollo de los pueblos. En este último caso, si las instituciones legales no se modifican, sea por desidia de los poderes públicos, sea por la resistencia que suscitan los intereses creados, acontece que las enerjías sociales terminan por romper los moldes caducos para vaciarse en otros capaces de contenerlas. La fuerza obra en tales casos como elemento remozador del derecho i aún como factor jenerador del mismo.

Las posiciones opuestas i extremas de Savigny i de Ihering se esplican considerando la época i el ambiente social en que actuó cada uno. La teoría de Savigny surgió como natural reacción en contra de las utopías políticas i sociales que encendieron en todas partes las chispas desprendidas de la tea

inmensa de la Revolución francesa. En este sentido, ejerció influencia moderadora sobre los cerebros caldeados por quiméricos sistemas de renovaciones totales i violentas. «El mérito de Savigny—ha dicho Lagorgette—fué proclamar que la naturaleza social no hace saltos, justamente en el momento en que Lamarck sentaba el principio del transformismo en las ciencias naturales».

Ihering a su turno encarnó una reacción necesaria i saludable en contra del fatalismo jurídico de Savigny; pero como toda reacción, se situó en el otro polo, exajeró su concepto. Observemos también que la tesis de Ihering estaba más de acuerdo con la ideología i la sicología alemanas. Hegel había panejirizado la guerra, esa espresión violenta de la fuerza; Schopenhauer había dicho: «En el mundo humano como en el mundo animal lo que reina es la fuerza i no el derecho.... El derecho no es más que la medida del poder de cada cual», i Stirner, en «El Unico i su Propiedad», ponía la fuerza por sobre el derecho. El alma alemana tendía a expandirse i dominar a toda costa.

Sin entusiasmos extremistas ni reticencias cobardes, debemos reconocer la influencia de la fuerza en la vida de las sociedades. En los tiempos antiguos jeneró i sostuvo la esclavitud. I si en la antigüedad la fuerza enjendró la esclavitud, en los tiempos modernos ella puso a veces violentamente término a esa institución oprobiosa; ejemplo, Estados Unidos. Si la victoria hubiera favorecido en los campos de batalla al jeneral Lee contra el jeneral Grant, otra habría sido la suerte del sublime ideal humanitario de Abraham Lincoln.

En el derecho internacional la influencia de la fuerza es demasiado notoria para que insistamos en ella. ¿I en el derecho político? ¿Qué son, muchas veces, las elecciones políticas en todos los países sino el triunfo de las fracciones más audaces, más disciplinadas o más ricas? En el terreno del derecho privado, la importancia de este factor también es apreciable. Porque la fuerza no es sólo el poder de la bayoneta o del músculo; la riqueza, la situación política o social, las amenazas, etc., etc., son manifestaciones suyas que se sobreponen o desnaturalizan a lo menos la estricta aplicación del derecho.

Finalmente, las leyes (i también el orden público) necesitan de la coacción para mantenerse; cuando ésta falta o se debilita, la lei es violada en mayor o menor escala; lo que demuestra bien a las claras que no siempre la lei marcha tan de acuerdo con la conciencia jurídica del pueblo, ni es un trasunto tan fiel de la costumbres reinantes; porque si así fuera, no sería necesario presionar a la sociedad para exigir su cumplimiento.

*b) Influencia de los autores.*

Los grandes acontecimientos sociales se jestan lentamente en el seno de las muchedumbres. Los hombres superiores auscultan el corazón de la masa, moldean sus ideas amorfas i preparan i aceleran las transformaciones de la sociedad.

Jeneralmente las revoluciones más hondas i estables han sido hechas en los espíritus por la obra

de los autores, antes que se realizaran en las instituciones. Los hombres de acción se encargan de llevar a la práctica estos anhelos colectivos. A veces, en un mismo hombre se reúnen las dos cualidades, en cierto modo incompatibles, de teórico i de hombre de acción. Un mismo individuo suele formular su doctrina i batallar por ella hasta verla triunfante. Que la idea existía ya en jermen en el alma de la sociedad, es indudable; por algo se dice que el conductor de pueblos encarna el alma de la muchedumbre. «Si Lutero pudo tan rápidamente propagar la Reforma i Mahoma el Islamismo—hã dicho Picard—es que existían ya en estado de larvas en las masas que se convirtieron».

La trascendencia de los autores en la marcha de las sociedades i en el desarrollo del derecho ha sido enorme, sobre todo la de los filósofos. Bacon i Descartes promueven con sus doctrinas el movimiento filosófico i científico moderno, que tantas repercusiones ha tenido en el estudio de la legislación i en todas las manifestaciones del injenio humano. I en pleno siglo XIX, la intelijencia se orienta en medio del caos de las abstracciones, i las ciencias sociales afirman sus pilares en el terreno sólido de los hechos, bajo la dirección del más trascendental de los filósofos de su tiempo: Augusto Comte.

Los jenios de la filosofía anuncian los tiempos venideros i hacen el balance de las épocas pasadas. Así, la Revolución francesa fué presidida i seguida de grandes pensadores cuyas fuerzas mancomunadas completaron el movimiento.

La labor de los autores más diversos ha repercutido profundamente en la legislación. Los econo-

mistas i los antropólogos han orijinado la mejor parte del derecho moderno.

Hasta los pensadores más ilusos han tenido influencia bienhechora en la vida de la sociedad i en la marcha del derecho. Si es verdad que las utopías propuestas por ellos no se han llevado a la práctica, es cierto también que se ha despertado en el pueblo el deseo de una organización mejor. Por lo demás, las multitudes sólo ambicionando mucho pueden conseguir un poco.

Los jurisconsultos a su turno han contribuído apreciablemente a hacer evolucionar el derecho; estudian, comentan las leyes, señalan sus defectos i proponen las reformas oportunas.

Edmundo Picard (entre otros), acusa a los juristas i legisladores de ejercer a veces influencia nefasta en los destinos de las naciones, de crear un derecho indijesto «que pronto los pueblos vomitan en una náusea revolucionaria». El cargo es justo. Cuando el jurisconsulto o el legislador se apartan de la realidad, cuando dan vida a meras elucubraciones teóricas, el fracaso es inevitable, porque o el derecho queda sin aplicación o su vijencia ocasiona perjuicios sociales i a la larga trastornos.

¡Es «la labor malsana del jurisconsulto de gabinete», que decía Ihering!

### *c) Los fallos judiciales.*

La misión del juez es la de aplicar la lei en los casos sometidos a su conocimiento. El juez debe emitir su fallo de acuerdo con ella, sin pretender corregirle la plana al legislador.

Definida así, sin mayores comentarios, la actividad judicial, el papel de la magistratura aparece un tanto mecánico i en cierto modo subalterno. A primera vista, no parece que el juez fuera un elemento importante en la evolución del derecho, sino que, a la inversa, favoreciera más bien su estancamiento i momificación. Sin embargo, la verdad es mui otra.

Las leyes son normas jenerales destinadas a regir el mayor número de casos posibles, i nunca es dable al lejislador poder comprender en ellas todas las situaciones que a diario se crean en el complicado juego de las actividades sociales. La previsión del lejislador queda siempre corta ante la realidad. De aquí que los jueces deban mui a menudo interpretar el sentido de la lei, ampliar o restringir su significado para hacer posible la aplicación del testo legal a los casos no comprendidos abiertamente en las disposiciones lejislativas. Ahora, en esta tarea de interpretación i de adaptación de las leyes a la vida social, el juez obra sin saberlo, i muchas veces sin quererlo, influído por las ideas i las costumbres imperantes. Es esta la razón principal de que, bajo el influjo de la magistratura, la lejislación se vaya remozando constantemente. «El juez—dice Jean Cruet en «La Vida del Derecho»—ha sido en realidad el alma del progreso jurídico, el artífice laborioso del derecho nuevo contra las fórmulas viejas del derecho tradicional».

I sería erróneo creer que sólo en los tiempos modernos ha cabido a la justicia el papel importante que en la actualidad tiene como factor poderoso de la evolución jurídica. Letelier, en la «Jénesis del Derecho», nos enseña lo contrario. «En los pueblos

antiguos—dice el erudito escritor—donde no se ejercía con tanta amplitud como ahora la facultad de legislar i donde no se tenía la menor cuenta del principio de la separación de los Poderes Públicos, la acción innovadora de la justicia solía ser tan intensa que no siempre se la distinguía de la acción legislativa propiamente tal. Fallar era en ellos declarar la costumbre».

No obstante lo que precede, debemos observar que en algunas ocasiones la justicia ha estado muy lejos de ser la «artífice laboriosa del derecho nuevo» de que habla Cruet, sino que, a la inversa, ha tendido a deformarlo i detenerlo. Tales son los casos de los famosos juzgamientos por *fazañas*. Causas numerosas, como la falta de una legislación jeneral, el escaso desarrollo de la cultura jurídica i también ¡quién sabe! la acción de la pereza humana, llevaban a la justicia a fallar los nuevos casos aplicando, sin más estudio, las *fazañas* o sentencias que se habían dictado en casos análogos resueltos con anterioridad. Era el triunfo de la rutina i lo arbitrario, el imperio de las *fazañas desaguissadas*, como las llamó donosamente el inmortal don Alfonso El Sabio.

Por otra parte, Edmundo Picard anota muy bien en su obra «El Derecho Puro» que «la magistratura fué la última que suscitó obstáculos a la abolición del tormento, alegando que no podía cumplir su «alta misión».

En el desarrollo del derecho tienen también importancia marcada los métodos de interpretación de la lei. Los principales son: el lójico, el histórico, el positivo i el intermedio o misto.

El método lójico trata de encontrar el verdadero

sentido de la lei procediendo por deducciones silojísticas. Su uso es poco práctico; porque si bien las reglas de la lójica son un poderoso ejercicio para desarrollar la intelijencia i habitar a los individuos a los racionios exactos, ante las dificultades que en la vida se nos presentan, nadie echa mano de tales procedimientos para inquirir la verdad. Más todavía; las normas ríjidas de la lójica suelen ser, en tales circunstancias, un embarazo para el pensamiento. El hombre intelijente encuentra la verdad sin formular silojismos, i el necio los formulará siempre con resultados prácticos negativos. El gran filósofo español Jaime Balmes, en su notable libro «El Criterio», prueba con palabras bien sencillas la ineficacia del silojismo en la vida cotidiana.

El método histórico busca el sentido jenuino de la lei en el ambiente social de la época en que se dictó la misma. Recurre, entonces, este sistema al estudio de las fuentes fidedignas de la lei, de las necesidades que le dieron vida i si es preciso, al estudio del grado cultural de la sociedad en los momentos en que tal disposición lejislativa surjió a la vida del derecho. Es éste un método de hermenéutica jurídica de mucha importancia i de constante aplicación.

El método positivo trata de inquirir cual habría sido el pensamiento del lejislador si la lei se hubiera dictado en presencia de las necesidades i situaciones actuales. Por este sistema se coloca a la lei en situación de servir ampliamente a sus fines sociales o sea al bien público.

El método intermedio, misto o ecléctico, no es sino una combinación del histórico i del positivo.

Es de aplicación frecuente i tiene importancia moderadora; evita los extremos a que puede arribarse cuando se emplea sin discreción alguno de los métodos que combina.

Tanto el método histórico como el positivo, tienen su esfera de aplicación bien deslindada dentro del campo del derecho. En materia de derecho privado, es recomendable la aplicación preferente del primero debido a que esa rama del derecho no está sometida, en jeneral, a cambios fundamentales verificados en cortos espacios de tiempo; su evolución es lenta. No existe, por lo tanto, el peligro de incurrir en graves errores dando a la lei el mismo alcance que le dió el lejislador.

En materias de derecho público, la regla es diferente. El método recomendable en esta rama del derecho es el positivo. En efecto, se ha dicho con justicia que en política no hai verdad que resista cuarenta años. Las constituciones, i en jeneral el derecho público, envejecen con suma rapidez, de manera que no siempre, ni mucho menos, es posible aplicar la lei dándole el mismo sentido que tuvo orijinariamente, cuando las necesidades sociales i el sentimiento político eran mui diversos. En materias de derecho público debe consultarse ante todo i por cima de todo, el interés social del momento en que la lei se aplica.

Por de contado que los métodos de hermenéutica jurídica sólo tienen cabida cuando el testo de la lei es oscuro o ambiguo, ya que es un principio de derecho que cuando la letra de la lei es clara no es dable desentenderse de ella so pretesto de interpretar su espíritu.

*d) La acción conjunta de las actividades sociales.*

El progreso social es una resultante de las energías colectivas que actúan sin descanso; i el adelanto de cualquiera de las ramas de las actividades del hombre tienen necesariamente repercusiones en el derecho.

El desarrollo de la industria, el aumento del comercio, crean nuevas situaciones i orijinan numerosos conflictos que caen dentro del terreno del derecho i deben ser resueltos por la legislación positiva. Los grandes descubrimientos de las ciencias ocasionan verdaderas revoluciones en la vida social, que hacen necesario el crecimiento inusitado de la legislación. ¡A qué innumerables disposiciones jurídicas de orden civil i penal han dado origen, a través de la historia, la rueda, la palanca, la pólvora, el vapor, la electricidad! ¡Cuánto ha contribuído al desarrollo del derecho i la legislación el descubrimiento de la imprenta! Aún las actividades más distantes de la vida legislativa i política, tales, por ejemplo, como las bellas artes i las ciencias mecánicas, tienen influencia en el desenvolvimiento i expansión de las instituciones jurídicas, tanto por los derechos que crean cuanto por los delitos que por medio de ellas o con ocasión de ellas pueden cometerse.

El aumento del progreso trae consigo aumento de nuevos derechos, i éstos, aumento de nuevos delitos o de diversas maneras de ejecutar los antiguos.

El derecho es como el mar: en él desembocan to-

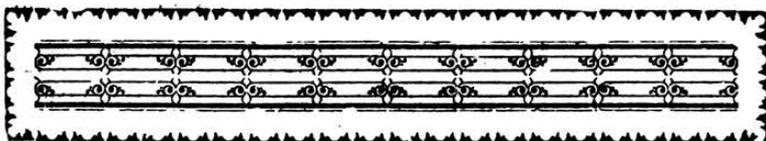
das las corrientes de las actividades humanas. Al legislador incumbe encauzarlas. Su misión es la de desentrañar de la vida social el derecho consuetudinario para darle una forma más precisa i un valor más exacto en el texto de la lei, o bien, adelantarse en ciertos casos a la costumbre, para rejir desde luego situaciones que necesariamente han de producirse.

El conjunto complejo de las fuerzas sociales, grandes i pequeñas, ocultas i visibles, operan sin descanso las profundas trasformaciones del derecho i de la sociedad. Ese vasto tejido de las actividades humanas, siempre en juego i a menudo escondido a nuestros ojos, constituye muchas veces la x, el punto interrogativo de trascendentales movimientos históricos que no acertamos a explicarnos satisfactoriamente por la sola influencia de las grandes causas que les atribuimos.

Edmundo Picard dedica un hermoso capítulo a esta materia. «Se puede decir—espresa—que una sociedad no ostenta un buen derecho más que cuando todas las fuerzas sociales alcanzan en ella un desenvolvimiento paralelo i normal. De ordinario existe entre ellas simultaneidad de aparición i desarrollo. Es el movimiento jeneral i armónico de la cerebralidad humana en una gran colectividad, no obstante las miserias i sufrimientos particulares que semejan el rescate del progreso exigido por la enigmática naturaleza. La evolución del derecho no es más que una parte de la historia universal. Es a la vez autónomo e influído i desempeña ese mismo papel con respecto a las fuerzas vecinas».

---





### CAPITULO III

## LA TELEOLOJIA DEL DERECHO

---

### **IX. La felicidad como meta suprema. La satisfacción de necesidades como fin inmediato.**

En el hombre existe la tendencia innata a la felicidad. Sus esfuerzos se orientan hacia la adquisición i aumento de bienestar. Su anhelo es prolongar los placeres i suprimir los dolores. Al obrar así, el hombre no hace sino conformarse a las necesidades vitales de su naturaleza. D'Aguanno ha dicho con razón: «Los sicólogos están de acuerdo en considerar que lo que causa placer i lo que causa dolor, es en el fondo, no otra cosa que lo que favorece i lo que perjudica al organismo. En efecto, todos los animales crecen i se desarrollan tanto me-

jor cuanto más favorable es el medio en que vive su organismo, es decir, cuanto más fácilmente pueden satisfacer sus necesidades, o lo que es igual, cuanto menor es la lucha que tienen que sostener para vivir—la cual no puede producir placer—i tanto peor cuanto mayor es la lucha que tienen que sostener, esto es, cuanto más dolor experimentan. Esta es una lei que rige en todo el reino animal; i según ella, resulta que todo lo que es adecuado para la conservación i desarrollo del organismo es agradable, i todo lo que no es adecuado es doloroso. De consiguiente, cuando el animal busca el placer i huye del dolor, no hace más que conformarse con la lei de su propio organismo, pues si obrase de distinta manera iría en busca de una muerte cierta».

Las observaciones apuntadas nos enseñan que la tendencia injénita del hombre a buscar la felicidad, moja sus raíces en el instinto de conservación de la vida, ya que la miseria, el dolor, son fuerzas negativas que tienden a aniquilar la existencia. De aquí que toda filosofía, todo sistema basado en el dolor sea artificial, i en último término, pernicioso i absurdo; en cambio, es evidente que los hombres están siempre dispuestos a la diversión i al goce; lo contrario es del dominio de la patología.

Somos materia i espíritu. El goce de la vida, entonces para que sea completo debe comprender a estos dos elementos constitutivos de la personalidad humana. ¡I cuidado con olvidar la materia!; por este olvido funesto son desgraciados muchos hombres; porque los goces del espíritu, cuando no van alternados con los materiales, producen sólo una felicidad a medias. Es frecuente, por ejemplo, que

los estudiosos sean hoscos i neurasténicos, achaques que se atribuyen tontamente al hábito de pensar demasiado, a las múltiples ideas contrapuestas que solicitan la atención, etc., cuando en realidad la hiel que se paladea momento a momento no es otra cosa que la amargura de la mitad de nuestra personalidad que se encuentra sojuzgada.

La materia ha sido demasiado olvidada por la moral i la filosofía. Algunos espíritus sentimentales e incomprensivos hablan de la «carne vil»; sin embargo, ninguno de ellos quisiera verse privado de los órganos que vilipendian...

Todas las actividades humanas tienden inconscientemente a un fin: la felicidad, a veces nos equivocamos, pero nuestra intención más secreta ha sido buscarla.

De acuerdo con esta inclinación de la naturaleza del hombre, el progreso mismo no puede ser otra cosa que el acercamiento a la felicidad. A menudo nos engañamos i consideramos como progreso los adelantos maravillosos ciertamente de las ciencias, los descubrimientos sorprendentes del ingenio humano, las producciones hermosas de las bellas artes; pero no hai que ilusionarse. Si me preguntaran si todas estas cosas significan un progreso, yo respondería: Si han conseguido hacer más dichosos a los hombres, son un progreso; de lo contrario, nó; porque el progreso no puede tener sino el carácter de un beneficio para la humanidad; de otro modo, seríamos unos insensatos al perseguirlo; tal equivaldría a buscar un suicidio a fuego lento. I bien, si todas esas cosas no han aumentado ni disminuído la felicidad humana, no son progresos ni retrocesos;

i sí, a la inversa, nos han hecho más tristes, yo afirmo que son un retroceso, porque sería absurdo sostener que nos es beneficioso aquello que nos hace desgraciados.

I no se crea atolondradamente que es una paradoja sostener que la civilización pueda hacernos más dolorosa la existencia. El problema es complejo i susceptible de consideraciones de mui diversa índole.

El penetrante i fino Eça de Queiroz, en su artículo «La Decadencia de la Risa», escribe sobre este punto lo que sigue: «El hombre de pensamiento que constantemente, por el fanatismo de la educación científica i crítica, busca las *realidades* a través de las *apariencias*, i que en el cielo sólo ve una complicada combinación de gases, i que en el alma sólo descubre unã grosera función de órganos, i que sabe qué porción de fosfato de cal entra en toda lágrima, i que delante de dos ojos resplandecientes de amor piensa en los dos agujeros de la calavera que está por detrás, i que en todo sacrificio heroico escudriña luego el motivo egoísta, i que camina siempre en busca de la lei estable i eterna, i que a cada paso pierde un sueño i que por fin no sabe a donde va ni siquiera sabe quién es, no puede ser sino un triste»!... I poco antes nos ha dicho: «Cuan-to más culta es una sociedad, más triste es su faz. Fué la enorme civilización que nosotros creamos, en estos últimos ochenta años, la civilización material, la política, la económica, la social, la literaria, la artística, la que mató nuestra risa, como el deseo de reinar i los ardidés sangrientos en que se envolvió para satisfacerlo, mataron el sueño de Lady Macbeth».

Hemos hablado del progreso i la felicidad; pero ¿qué son la felicidad i el progreso?

En nuestro concepto, la felicidad es el bienestar absoluto; i el bienestar se consigue por la satisfacción de las necesidades físicas i morales. Toda necesidad no satisfecha ocasiona malestar; i la satisfacción de toda necesidad produce alivio, agrado, placer, tanto mayor es cuanto más apremiante i vital es la necesidad que se satisface. La satisfacción adecuada i completa de todas las necesidades del individuo sería el bienestar absoluto, la felicidad; pero ésta es imposible de alcanzar, o por lo menos, de prolongar durante un tiempo relativamente largo. La razón de este fenómeno está en la mutabilidad incesante de nuestra naturaleza i en la capacidad ilimitada de desear. Cambiamos momento a momento, i aún no hemos satisfecho una necesidad, no hemos cumplido un deseo, cuando ya aparece una nueva necesidad que nos jenera un nuevo deseo. A menudo, satisfacer una necesidad, es crearse muchas otras. Puede suceder que la satisfacción apremiante de una necesidad vital nos haga momentáneamente felices, porque el goce que nos causa es tan hondo que absorbe nuestra naturaleza predominando sobre el estado de ánimo jeneral. Por lo común, estos instantes son fugaces; es de la esencia de la felicidad ser, ante todo, efímera.

De acuerdo, ahora, con las ideas espuestas acerca de la felicidad i el bienestar, podemos definir el progreso social como el *aumento de bienestar colectivo manifestado de manera estable*.

Digo que es aumento de bienestar porque, como lo hemos afirmado, sólo la felicidad puede ser la

única meta de la existencia i el bienestar progresivo, el único camino que nos conduzca a ese fin. En esta concepción humana de la vida se dan la mano ilustres ingenios antiguos i modernos. Stirner ha dicho en el siglo pasado: «El objeto de la vida es gozar de ella».

I aquí escucho la protesta de todos los deístas i de todos los moralistas; pero no hai, en verdad, motivo de alarma, porque esto no excluye, en modo alguno, ni a la virtud ni a la fe. Cada uno, en efecto, es dichoso según su temperamento; el poeta es feliz pensando que su pasión es la más grande del universo, i el filósofo, que su sistema es el único verdadero. La imaginación tiene notable importancia en la felicidad.

En segundo término, digo que el aumento de bienestar debe ser colectivo, o sea, estenderse al mayor número de hombres; porque cuanto mejores son los medios de vida de la colectividad, cuanto más grande es el bienestar jeneral, más fácil i más posible se hace la felicidad de cada uno.

Por último digo, que debe ser estable para que tenga el carácter de beneficio evidente que debe acompañar al progreso. Efímeras alternativas de prosperidad i decadencia no constituyen, sociológicamente hablando, progresos ni retrocesos; son pequeñas sinuosidades propias de la marcha de todos los pueblos. El progreso debe ser juzgado por grandes etapas.

Si el progreso, si todos los esfuerzos humanos persiguen como meta la felicidad, la teleología del derecho no puede ser distinta. I hemos dicho que la felicidad es el bienestar absoluto i que éste se

verifica por la satisfacción total de las necesidades. De manera que si mediatamente el derecho persigue la felicidad humana, inmediatamente persigue la satisfacción de necesidades. De aquí que podamos decir que el derecho se desarrolla conforme a sus fines inmediatos, esto es, satisfaciendo necesidades sociales.

Las necesidades, en jeneral, son colectivas o sociales e individuales. Las primeras las satisface principalmente el Estado; la satisfacción de las segundas es de incumbencia particular.

Si bien todos los seres humanos tienen numerosas necesidades comunes (las naturales i muchas de las adquiridas), cada individuo también tiene sus necesidades propias. Aún tratándose de las necesidades comunes, la manera de satisfacerlas varía de hombre a hombre, según el sexo, la edad, la raza, la cultura, etc.

Respecto de estas necesidades, el papel del derecho, la función del Estado, es favorecer el modo de satisfacerlas, de suerte que cada uno pueda buscar su felicidad de acuerdo con su naturaleza, dentro del orden social, o lo que es lo mismo, dentro del respeto mutuo. Para esto se requiere libertad considerable. El Estado debe respetar la suficiente.

En nuestros ideales de felicidad i de libertad, tenemos el honor de concordar con la escuela utilitarista de Bentham i de Stuart Mill. Por nuestra parte, no podríamos haber llegado a otras conclusiones dadas las premisas de que partimos. Si el derecho tiene su fundamento en el instinto de conservación de la vida, si el hombre es sociable porque necesita ayuda, es claro que el derecho habrá cumplido sus

fines sólo cuando asegure al individuo su existencia i le garantice los medios para desenvolverla ampliamente, ya que en el anhelo de vivir está el de hacerlo en la mejor forma posible; i el Estado habrá respondido a su objeto cuando el individuo encuentre en él apoyo i cooperación.

---

### **X. La acción de la lei. La armonía entre el orden i la libertad.**

Por lo común, la lei, i el derecho en jeneral, son una limitación de la libertad. Las actividades no pueden desenvolverse sino dentro de la órbita que la lei señala. I sabemos que la libertad es un factor indispensable para que el individuo pueda cumplir ampliamente sus fines, de acuerdo con su naturaleza, dentro del orden social.

El sagaz Jeremías Bentham observó estas peculiaridades de la lei i de la vida social, i desprendió de ellas una razón jeneral en contra de toda lei. Para el filósofo i jurisconsulto inglés, si la lei menoscaba la libertad, toda lei para que justifique su existencia debe estar apoyada no sólo por una razón particular, sino que esta razón debe sobreponerse a la razón jeneral contraria a toda lei, o sea, al menoscabo de la libertad.

Sin embargo, antes que Bentham señalara el aspecto negativo de la lei, la intelijencia sutil de Kant había formulado una observación análoga relativa al derecho en jeneral, al definirlo como «el conjunto de las condiciones que limitan las libertades para hacer posible su acuerdo».

La definición kantiana de derecho ha sido impugnada como deficiente, ya que no atiende sino a la parte negativa del mismo. El cargo es justo; pero declararemos que, en nuestro concepto, ningún autor ha dado una definición más precisa i de un valor más estable a través de los tiempos. Los filósofos i jurisconsultos que han pretendido llenar el vacío de la fórmula de Kant, han trabajado en vano. I es que el derecho es un todo infinitamente complejo, imposible por lo tanto de ser encerrado con sus múltiples manifestaciones i aspectos, en los límites siempre estrechos de una definición.

Si la lei restringe la libertad, la multiplicación inconsulta de la legislación no puede menos de ser perniciosa. Es frecuente imaginarse que el aumento de la legislación corre a parejas con el progreso social; pero esto es un error. Picard ha dicho con razón: «La exajeración del derecho es antisocial. Es una especie de erotismo. Hai hipnotizados por el derecho. Allí donde los juristas, la majistratura, los edificios de justicia toman demasiada importancia o hacen olvidar el resto de las cosas, hai desequilibrio i pronto malestar».

Es indudable que el ideal de todo hombre es poseer la mayor suma de libertad, aunque más no sea para darse el contradictorio placer de cercenársela a sí mismo como lo anotamos en otra parte. «La historia universal, ha dicho Hegel, es la historia de la libertad». Pero la libertad se limita necesariamente por el solo hecho de la vida en sociedad. ¿Cómo conservar íntegra la libertad personal i gozar al mismo tiempo de los beneficios que proporciona la mancomunación de las fuerzas de todos?

Cabe a Rousseau la gloria de haber planteado el problema en los siguientes admirables términos: «Encontrar una forma de asociación que defienda i proteja con la fuerza resultante de todas las fuerzas comunes, la persona i los bienes de cada asociado, i por la cual cada uno, uniéndose a todos, se obedezca a sí propio quedando tan libre como antes».

Rousseau consideró resuelto el problema por el contrato social; pero sabemos que ésa, como todas las demás fórmulas propuestas, han sido sólo resoluciones incompletas i transitorias. El problema propuesto es, a nuestro juicio, más de carácter práctico que de carácter teórico. En efecto, sólo en el tino del gobernante i en la cultura cívica del pueblo puede encontrarse la armonía de esos dos grandes principios fundamentales: el orden i la libertad.

---

## **XI. La filosofía de la historia. La evolución del corazón humano. El derecho ante la realidad.**

La filosofía es la razón  
examinando.—BALMES.

La marcha de la humanidad ha sido lenta i fatigosa a través de los tiempos. Todas las épocas han reservado a todas las sociedades graves problemas que resolver; sobre todo el aguijón de los dolores, la tendencia inherente de la naturaleza del hombre a proporcionarse mayor bienestar, lo ha impulsado siempre en pos de ese fuego fatuo de la felicidad completa i duradera; i siempre también ha creído encontrar la panacea de sus miserias en alguna reforma o doctrina. Cuando tales ideas se manifiestan, los hombres fascinados esclaman como el sabio de

Siracusa: *eureka! eureka!* i se lanzan a convertirlas en realidad; pero la desilusión no tarda en seguir a los ensayos i sacrificios, i entonces se buscan con ahinco i angustia nuevas recetas.

El cristianismo, la Reforma, la Revolución francesa, el Socialismo, han sido hermosos ensueños a los cuales los hombres han quemado todo el incienso de su fe, por los cuales las sociedades han peleado las más reñidas i enconadas batallas. I sin embargo, después que estas fuerzas doctrinarias han actuado durante largos siglos, nos encontramos con que el balance de sus beneficios no está en armonía con las esperanzas cifradas en ellas ni con la sangre vertida por su triunfo. ¿Qué doloroso desengaño habría estrangulado el alma de los idealistas cristianos que entregaron su vida a las fieras en los circos de Roma, si hubieran vislumbrado siquiera que, después de diecinueve siglos de predicación i sacrificios, el mundo iba a ser todavía un charco de sangre? Las grandes reformas penetran mui lentamente en el alma de las multitudes; i a menudo la tiranía, los privilegios, las explotaciones, parecen haber desaparecido cuando sólo han cambiado de forma. Es una especie de mimetismo social.

También con frecuencia las reformas más sublimes en teoría se convierten, bajo el brazo de los individuos que se dicen sus corifeos, en los azotes más terribles de la humanidad. ¿Qué doctrina no ha sido desfigurada por los individuos encargados de aplicarla?

Los hombres han buscado su salvación a través de la monarquía, de la república, de la comuna, del soviet; han pasado de las monstruosas tiranías de

derecho divino a las pseudas democracias de soberanía popular; han recurrido a todos los sistemas políticos, han tocado todos los resortes, i, a pesar de estos cambios—i también a veces a consecuencia de ello—han jemido siempre bajo el guerrero, bajo el sacerdote, bajo el burgués. I así, bamboleante i cansada, la humanidad sigue soñando i sigue laborando, porque, como en todos los seres que viven muriendo, también se despierta en ella el deseo de vivir.

Si comparamos las costumbres antiguas i las costumbres modernas, la civilización antigua i la civilización moderna, no se puede, en un principio, menos de experimentar una honda decepción acerca del progreso moral del mundo.

En efecto, es un punto que se muestra bastante discutible la supremacía moral de nuestros tiempos sobre los pasados; i lo que se manifiesta más discutible todavía es establecer en forma cierta si en la actualidad la masa humana es más feliz, o mejor, menos desgraciada que en lo antiguo; porque si es efectivo que la civilización nos ha satisfecho muchas necesidades, es verdadero también que nos ha creado muchas otras que no siempre podemos satisfacer. Es frecuente que, en medio de los beneficios que nos proporciona el progreso material, el hombre moderno se considere desgraciado i viva intranquilo, debido a que la misma vida civilizada ha desarrollado en él la capacidad infinita de desear, de la misma manera que los adelantos materiales, le han despertado todas sus ambiciones i le han aguijoneado todos sus apetitos. Por lo menos, el solo hecho de que tal materia se preste a controversia

I sin ir tan lejos en busca de ejemplos: los horrores de todo jénero que hemos presenciado durante los cuatro largos años de la guerra de 1914 i las infamias que a consecuencia de ella aún siguen realizándose, nos demuestran con sucesos harto tristes que el coazón humano no es ahora más noble i jeneroso que en tiempos de Aníbal o Alejandro.

Es tan verdadero que nuestro espíritu evoluciona con lentitud casi imperceptible no sólo en materia moral, sino en todos los órdenes de la actividad psicológica, que hoi día, al leer la historia antigua, como asimismo las más famosas producciones literarias, reconocemos en sus personajes, aún en los más perversos, tipos admirablemente reales destinados a sobrevivir a los siglos. I no podemos sino sorprendernos de la sagacidad de tales escritores que, miles de años atrás, crearon personajes que serán (i todos estamos llanos a admitirlo, aún los más optimistas) tipos inmortales, porque corresponden a caracteres profundamente humanos que han existido siempre i que presentimos no se extinguirán jamás.

Sin embargo, los filósofos, los teólogos, los moralistas, nos hablan a cada momento del enorme progreso moral que para la humanidad significaron las ideas cristianas, del grande ascendiente que la enseñanza de la moral tiene en el corazón del hombre, del poder rejenerador inmenso de la educación, etc., etc. A la luz de la historia no puede menos de reconocerse que hai mucho tropicalismo en esas aseveraciones; que se toman por principios incorporados, a la vida de las sociedades, convertidos en realidad, conceptos que permanecen todavía, en su

I sin ir tan lejos en busca de ejemplos: los horrores de todo jénero que hemos presenciado durante los cuatro largos años de la guerra de 1914 i las infamias que a consecuencia de ella aún siguen realizándose, nos demuestran con sucesos harto tristes que el coazón humano no es ahora más noble i jeneroso que en tiempos de Aníbal o Alejandro.

Es tan verdadero que nuestro espíritu evoluciona con lentitud casi imperceptible no sólo en materia moral, sino en todos los órdenes de la actividad psicológica, que hoi día, al leer la historia antigua, como asimismo las más famosas producciones literarias, reconocemos en sus personajes, aún en los más perversos, tipos admirablemente reales destinados a sobrevivir a los siglos. I no podemos sino sorprendernos de la sagacidad de tales escritores que, miles de años atrás, crearon personajes que serán (i todos estamos llanos a admitirlo, aún los más optimistas) tipos inmortales, porque corresponden a caracteres profundamente humanos que han existido siempre i que presentimos no se extinguirán jamás.

Sin embargo, los filósofos, los teólogos, los moralistas, nos hablan a cada momento del enorme progreso moral que para la humanidad significaron las ideas cristianas, del grande ascendiente que la enseñanza de la moral tiene en el corazón del hombre, del poder rejenerador inmenso de la educación, etc., etc. A la luz de la historia no puede menos de reconocerse que hai mucho tropicalismo en esas aseveraciones; que se toman por principios incorporados, a la vida de las sociedades, convertidos en realidad, conceptos que permanecen todavía, en su

mayor parte, en el terreno de la abstracción i de la ideología.

No obstante, muchos espíritus se niegan a considerar serenamente los hechos, i así continúan forjándose ilusiones injenuas respecto del futuro. No hai ilusos que desde la prensa, desde la beneficencia, desde el congreso, no propongan fórmulas salvadoras de todos los males sociales en plazo breve. En esto se parecen a ciertos charlatanes de la medicina.

El dolor, cuando se prolonga i se intensifica, produce delirios; i hace mucho tiempo ya que la humanidad está delirando. La desesperación llega a hacer vislumbrar a los hombres la panacea de sus males hasta en la revolución social, sin reparar que todas las organizaciones son malas porque los hombres son malos i que el corazón humano no cambia junto con los gobiernos. A lo más, unos sistemas políticos refrenan mejor que otros a la insaciable raza de los hombres.

Es importante insistir en estos hechos, porque constituyen por sí solos el contrapeso más seguro de las exaltadas utopías políticas, de los sistemas revolucionarios que prometen la curación radical de las enfermedades sociales por la subversión violenta del réjimen imperante i que suelen convertirse, mui a menudo, en las máquinas más formidables de explotación humana.

El mundo avanza con lentitud, i la humanidad es perezosa en cosechar las lecciones que le ofrecen los acontecimientos históricos.

«La historia se repite», se ha dicho con fundamento; lo que constituye una prueba elocuente del poco caso que los hombres hacen de las lecciones

recibidas i lo que nos demuestra también la inalterable persistencia de las características fundamentales del corazón humano a través de las edades. Con frecuencia sólo cambia la decoración de la escena; las pasiones que entran en juego son las mismas.

Para apreciar con justicia la evolución de la cultura social i política i la obra benéfica de las fuerzas morales del mundo, es menester seguir a la humanidad en su larga i fatigosa marcha por el vasto campo de la historia, desde sus orígenes de espantoso salvajismo hasta la época actual de «relativa civilización», como la llama con propiedad i sin exaltaciones el insigne Barros Arana.

La observación serena de ese cuadro múltiple i terrible es la que nos hace creer en el progreso i confiar en lo porvenir. La historia, que desalienta en un principio, torna optimista a la postre, infunde varonil fe al espíritu, hace creer en el mejoramiento de las sociedades humanas, sin irrealizables utopías, sin estériles ensueños de adolescentes.

La desidia, la indiferencia de los pueblos, son las que la labran su propia desgracia. La falta de fiscalización colectiva enjendra, necesariamente, la corrupción de los poderes públicos i, a la larga, el despotismo. Entonces los pueblos buscan en la revuelta el remedio a sus miserias, pero se encuentran atados por su misma impotencia, ya que no es dable realizar en el término de un día la labor que debió ser obra de medio siglo.

Lo que importa en la vida de los pueblos es la acción colectiva i sostenida. Los progresos sociales son siempre lentos, pero es necesario que el paso que se dé hacia adelante se asegure definitivamente.

Después de enunciar las breves observaciones que preceden sobre filosofía de la historia, debemos preguntarnos cuál es el papel que el derecho ha representado i representa en la vida de las sociedades.

Al finalizar nuestro estudio sobre el derecho consuetudinario, hicimos ver que éste es una consecuencia de la vida del hombre en sociedad, que no puede ser hijo de la sola fuerza ni del capricho colectivo, que tiene su arraigo en imperiosas necesidades individuales i comunes, que está subordinado, en cierta medida, a factores estraños al hombre, tales como la raza, el medio, etc., i, finalmente, que se manifiesta como una limitación de egoísmos, como una disciplina social. En seguida, nos ocupamos de los factores que influyen en la jénesis i desarrollo del derecho escrito: la costumbre, la fuerza, la jurisprudencia, etc. Por último, anotamos a la luz de la definición kantiana del derecho, el carácter que presenta de limitación de las libertades humanas para hacer posible la vida en común. Observe-mos ahora que, al mismo tiempo que el derecho limita nuestra libertad, encauza nuestras actividades, hace más posible el aprovechamiento de las enerjías colectivas i pone orden en la vida social.

Lo dicho basta para comprender la importancia grandísima que el derecho ha tenido i tiene en el seno de las sociedades i el papel que en ellas desempeña. Sin embargo, sería erróneo atribuirle en la marcha de los pueblos el carácter de fuerza motriz que sólo las enerjías sociales son capaces de jenerar.

---