

Posibles Contenidos Sociales de la Forma Jurídica

*Por René BARRAGAN, del Instituto de
Investigaciones Sociales de la Universidad
Nacional.*

EN el artículo anterior llegamos a la conclusión de que el Derecho es la forma normativo-coactiva que reviste el orden social de una época determinada. Ahora trataré de probar la tesis, recurriendo a la historia comparada de las instituciones sociales; para ello buscaré relaciones concretas entre el Derecho y los demás fenómenos sociales, señalando la influencia que éstos han tenido sobre el primero. Y por último, de ser posible, formularé algunas leyes de la evolución jurídica que resulten de la investigación que resumo en este estudio.

Parto del supuesto de la existencia de diversas culturas históricas, cada una con sus fases de juventud, plenitud y declinación. Uso, por tanto, la palabra "cultura", ya no en el sentido amplio en que antes la he usado, sino en el restringido de ciclo histórico. Y la palabra civilización la utilizo únicamente para nombrar la última etapa de las culturas, etapa en la cual predominan la técnica y la gran ciudad. He de advertir también que considero que la cultura occidental o europea nace en los siglos fecundos de la Edad Media, distinguiéndola así de la cultura greco-romana o clásica. He tomado estas bases, como es fácil suponerlo, de la obra genial de Oswald Spengler.

Derecho y economía

En su famosa crítica del materialismo histórico, ya Stammler había hecho notar que en la esfera de los fenómenos económicos son inseparables la forma, o

sea el Derecho, del contenido, o sea la economía. Derecho y economía forman una unidad real, y sólo por el análisis científico pueden distinguirse los elementos componentes.

Tenemos pocos datos acerca del Derecho primitivo, pero podemos conjeturar que la institución jurídica de la propiedad ha seguido, en todo tiempo, muy de cerca los cambios económicos de las sociedades. Cuando la actividad económica se reducía a la caza, la pesca y la recolección de frutos, y todavía después, cuando se introdujo el pastoreo, la tierra, o no fué propiedad de nadie, o fué propiedad colectiva, pero de ninguna manera propiedad individual, puesto que el constante desplazamiento en que vivían las tribus nómadas hacía inútil la posesión privada de un pedazo de tierra. La primera propiedad privada fué mueble (armas, utensilios, botín), "res in manu". (1)

Con la agricultura empieza la propiedad privada de la tierra. En el origen de toda cultura, la sociedad, que vive en el campo, hace del cultivo de la tierra su principal ocupación. La tierra va adquiriendo un valor económico preponderante y confiere, no solamente riqueza, sino también poder político (feudalismo). De aquí el rango de primacía dado a la propiedad inmueble sobre la mueble. El Derecho rodeó de garantías a los inmuebles y reglamentó minuciosamente los requisitos de su transmisión, en tanto que se olvidaba de los muebles; "res mobilis, res vilis". La distinción entre inmuebles y muebles, que en un principio había tenido como base su naturaleza física, su carácter de movilidad, empieza a adquirir artificialidad, y se consideran como inmuebles bienes que realmente son muebles (como los pies de cría de los ganados), pero que son valiosos; en cambio, inmuebles sin valor no estaban incluidos dentro del grupo privilegiado de las "heredades". (2) Y se va más lejos todavía; la posesión de la tierra llega a implicar el poder de mando sobre los hombres que en ella habitan; la propiedad de la tierra lleva aparejada la soberanía; propiedad y soberanía se confunden. Tal cosa sucede en las épocas feudales, que han existido en el principio de toda cultura, lo mismo en la Grecia de los poemas homéricos como en la Europa medieval. Todo esto lo explica la agricultura adoptada como actividad económica primordial. El Derecho civil es, en su origen, un derecho de agricultores.

Desde muy temprano, al lado de la economía de producción —agricultura—, aparece la economía de mediación —comercio—. Y así como el Derecho civil tuvo por misión principal asegurar la propiedad privada de la tierra, el Derecho mercantil tuvo por finalidad asegurar el intercambio comercial. En todas las épocas el comercio ha tenido la tendencia a ser cosmopolita. Frente al localismo

(1) Cfr. Rodolfo Sohm, "Instituciones de Derecho Privado Romano", página 29.

(2) Cfr. Marcel Planiol, "Traité Élémentaire de Droit Civil", tomo I, página 713.

del Derecho civil se levantó el internacionalismo del Derecho mercantil. En Roma el "jus gentium" fué la interpretación amplia que permitió al "jus civile" extenderse al comercio sin necesidad de crear una rama jurídica nueva. En Europa, a pesar de la atomística división política que significaba el feudalismo, muy pronto se desarrolló un Derecho comercial consuetudinario, elaborado por los gremios de mercaderes, que supo salvar las fronteras. Este Derecho empezó a ser recopilado desde el siglo XI (las "Consuetudines" de Génova son de 1056). (1) El cosmopolitismo del comercio ha conducido al cosmopolitismo jurídico-mercantil, que si nunca ha podido desenvolverse en toda su amplitud, ha sido por causas preponderantemente políticas.

Por otra parte, la incipiente industria de aquellos tiempos, la industria doméstica que produce para consumidores conocidos, tiende a formar monopolios de maestros limitados en número y que mutuamente se vigilan; el monopolio económico recibe su consagración jurídica en las ordenanzas de los gremios.

Cuando las ciudades se desarrollan y se convierten en el centro de la vida económica y política, va perdiendo importancia la propiedad raíz y comienza a adquirir-la el dinero. A la economía territorial sucede una economía monetaria. Comienza a valuar-se todo en dinero. Al mismo tiempo el comercio y la industria crecientes dan origen al crédito. Dinero y crédito son los rasgos de la economía urbana de las civilizaciones en sus estadios avanzados. Y el Derecho sigue la evolución. Nacen las instituciones de crédito protegidas por leyes especiales. Por otra parte, el tránsito de la economía preponderantemente territorial a la economía preponderantemente monetaria y crediticia, significa el paso de la primacía jurídica de la propiedad inmueble a la propiedad mueble. Este cambio ha sido cuidadosamente estudiado en Francia. En primer término, se observó un crecimiento desmesurado de las hipotecas (siglos XVIII y XIX), lo cual significa que los capitales (dinero) son tan intensamente solicitados, que se les sacrifica la tierra; las tierras pasan del campesino y del noble al banquero, pero en tanto que aquéllos las cultivaban, para el banquero solamente representaban dinero invertido, eran una mercancía más; es necesario hacer circular el dinero; se trata de lucrar, no de cultivar; por eso es que las hipotecas se convierten en títulos negociables. En plena Revolución francesa —movimiento esencialmente burgués— una ley del año III introducía cédulas hipotecarias que se transmitían por simple endoso; aunque el intento no progresó, es significativo. A lo largo del siglo XIX ha triunfado en la jurisprudencia la tendencia a hacer de las hipotecas títulos negociables. Las leyes actuales lo admiten francamente; así nuestra Ley de Instituciones de Crédito (artículo 73 y si-

(1) Alfredo Rocco, "Principios de Derecho Mercantil", páginas 10 y 11.

güientes), incluye los bonos hipotecarios en la categoría de títulos de crédito. Tal ha sido el fenómeno llamado "movilización del crédito territorial". (1)

Si anteriormente la riqueza estaba en la tierra, en nuestro tiempo de gran industria y capitalismo financiero, la riqueza está en las fábricas, y más que en ellas, en las acciones de las sociedades mercantiles y en los títulos de crédito. La riqueza, que antes era inmobiliaria, es hoy principalmente mobiliaria. Por eso en la actualidad se encuentra en pleno florecimiento el Derecho de los títulos de crédito, mientras el Derecho civil se ha estancado. El acento de la economía ha pasado de la agricultura al comercio y a la industria; por tanto, el acento del Derecho ha pasado de los inmuebles a los muebles.

El capitalismo es esencialmente individualista y exige la abstención del Estado frente a las ganancias individuales. Es por ello que el siglo XIX fué el siglo del Derecho privado. Pero las crisis frecuentes de la organización capitalista, sus fallas económicas y las corrientes políticas contemporáneas, han hecho que el Estado intervenga, con intensidad creciente, en la vida económica (economía dirigida, economía socialista). Y si antes el interés económico estuvo representado por el Derecho civil y el mercantil, en lo sucesivo lo estará cada vez más por el Derecho público, y concretamente, por el Derecho administrativo. Y no es difícil que llegue el día en que el Derecho privado (si se excluye el Derecho de Familia) desaparezca ante el Derecho administrativo.

Derecho y política

En las sociedades de todos los tiempos, cualquiera que sea su organización, ha existido un fenómeno universal: lo que Duguit ha llamado con tanta exactitud diferenciación entre gobernantes y gobernados, entre hombres que son los sujetos directores de la política y los que son solamente objeto de ella. Pues bien, puede afirmarse que en todo tiempo el Derecho positivo ha sido la voluntad de los gobernantes; el que triunfa en la lucha política es el que adquiere el derecho de dictar el Derecho. Esto no quiere decir que la creación de un orden jurídico sea simple cuestión de fuerza. No. Siempre el Derecho se ha sostenido con el consentimiento general de la población, expreso o tácito. Todo orden jurídico trata de legitimarse, buscando su apoyo en una idea de justicia difundida entre los mismos gobernados. Pero esto no quita que originariamente el Derecho sea la voluntad de los gobernantes.

(1) Planiol, op. cit., tomo II, páginas 905 a 912.

Max Scheler (1) ha formulado una ley sociológica, según la cual en toda cultura predominan sucesivamente, en la dirección de la vida real, los factores de la sangre, del poder político y de la economía. Y, en efecto, parece ser cierto que toda organización política y pre-estatal está, en gran parte, basada en los vínculos de la sangre. El clan, la gens, la estirpe, confunden en su seno el poder familiar con el poder político. La organización feudal estaba basada en el linaje. A esta confusión de la familia con el poder soberano corresponde la confusión, típica del feudalismo, del Derecho público con el Derecho privado. Propiedad y soberanía, servicio militar y contrato de vasallaje, todo fué absorbido por el Derecho privado. Era el predominio de la sangre, de la organización estirpica.

El Estado nace de la agrupación de las estirpes; en Roma el Senado se integra con los representantes de las "gentes"; en Occidente una estirpe, la del rey, triunfa sobre las demás estirpes feudales. Con la monarquía aparece el Estado autárquico, independiente en el interior y en el exterior. Pero como el triunfo del rey no es definitivo, al lado del monarca funcionan los cuerpos colegiados de los nobles; el Senado romano, las Cortes de los reinos españoles, los Estados Generales de Francia, la Dieta del imperio alemán o el Parlamento de Inglaterra. La nobleza—supervivencia del régimen de estirpes— legisla. Pero ya no lo hace con fines privados, sino para servir a una entidad superior: al Estado. Entonces se distingue, aunque todavía con alguna imperfección, entre propiedad y soberanía, entre Derecho privado y Derecho público.

Cuando el monarca absorbe todo el poder se define con perfección el principio de la soberanía. Al mismo tiempo que en Francia se consolida la monarquía, Bodin define el concepto de soberanía, que es esencialmente monárquico: poder uno e indivisible, absoluto y perpetuo. Y si antes se permitió legislar a diferentes organizaciones sociales, ahora se considera que sólo el rey puede dictar válidamente el Derecho, y esto, sin límites: la voluntad del príncipe es la ley.

El Estado moderno proviene de la época de las monarquías absolutas, y todavía nuestro Derecho público está en gran parte informado por el espíritu absolutista. El Estado moderno es unitario porque así lo hizo la monarquía. En la época feudal hubo coexistencia de poderes y de legislaciones. El señor, la ciudad, el gremio, legislaban. Al unificarse los Estados, al mando único del rey, corresponde la capacidad legislativa única.

Bajo la monarquía el hombre era vasallo. Cuando el pueblo triunfa la soberanía pasa del rey al pueblo. Entonces se considera con Rousseau que la ley es la expresión de la voluntad general y el hombre asciende a ciudadano, a sujeto activo de la cosa pública; las leyes consagran su nuevo rango concediendo el

(1) Max Scheler, "Sociología del Saber", páginas 37 a 40.

sufragio universal. Pero la democracia significó también el triunfo de los poderes económicos. El Estado tuvo que limitarse a conservar el orden, para que los individuos pudieran entregarse a los negocios. Y una ley especial y solemne limita rígidamente la actividad del Estado: es la constitución. Dentro del marco del Derecho constitucional el pueblo se divide en partidos, y el partido triunfador impone su Derecho; las ideologías de partido configuran el Derecho. (1)

Si el Derecho público interno refleja con cierta fidelidad la organización política, no pasa lo mismo con la actividad política, que, como todo lo vital, sobrepasa el marco estrecho de las leyes. Ninguna constitución nos dirá una sola palabra de las realidades políticas del Estado que formalmente se rige por ella. (2) El fenómeno se agudiza en el orden internacional, en el que, como no existe organización política, el Derecho tendría que reflejar sólo acciones políticas, que por su esencia son irreductibles a formas esquemáticas. De aquí la sensación de vaguedad y vacío que produce el primer contacto con el Derecho internacional público. La política internacional, con toda su variadísima riqueza, pasa rozándolo sin dejar casi huella. Se ha tenido que llenar con doctrinas un Derecho que la realidad ha olvidado.

No obstante ser cierto que la actividad política es impalpable a través del Derecho internacional público, sí se advierte, en cambio, en la aparición de esta rama del Derecho, el reflejo de la organización política de Europa. El Derecho internacional público es el Derecho de la Europa moderna y cristiana, pues como dice Radbruch, "la aparición del Derecho internacional dependía de dos supuestos: de un lado la coexistencia de una multiplicidad de Estados; de otro lado, el recíproco respeto de esos Estados, fundado en la comunidad de cultura. En la edad antigua faltó este segundo supuesto: un pueblo que se consideraba a sí mismo como el único elegido; otro que tenía a todos los demás por "bárbaros" y un tercero que pretendía la dominación mundial, no podían admitir entre sí, ni frente a los demás, la equiparación, que es el supuesto del Derecho internacional. En la Edad Media, en cambio, faltó el primero de los mencionados supuestos. Mientras dominó en el mundo de las ideas políticas —bien que no en la vida real

(1) Para una visión más completa de las relaciones entre derecho y política en la época democrática, véase más adelante, en este mismo capítulo, el párrafo denominado: "Derecho e Ideas".

(2) En esto se advierte la insuficiencia de la doctrina del Estado de Kelsen. Kelsen ha identificado Estado y Derecho y desde el punto de vista jurídico su posición es irrefutable. Pero, como ya sabemos, el Derecho es solamente forma; Kelsen estudia sólo la forma del Estado, sin penetrar en su contenido. Tras de esa forma jurídica y modificándola, existe un complejo de relaciones de poder, de luchas por el poder, que constituyen la realidad social del Estado y que para la doctrina kelseniana quedan sumergidas en la sombra. A la doctrina formal del Estado habrá de agregarse una teoría sociológica del mismo.

de los Estados— el concepto de un reino mundial cristiano, bajo la diarquía de emperador y papa, no se pudo llegar a la idea de una multiplicidad de Estados, que es supuesto previo para el Derecho internacional. La tendencia hacia un Derecho internacional no pudo desarrollarse hasta que la Reforma rompió el vínculo del Pontificado, y hasta que se halló en el concepto de soberanía, especialmente por Francia, la fórmula jurídica con que expresar la independencia —desde hacía tiempo efectiva— de los Estados de nacionalidad no germánica frente al imperio”. (1)

Y desde entonces el tema constante de la política europea ha sido la lucha por la hegemonía continental, lucha que no ha conducido a ningún resultado definitivo. Es necesario que el Derecho sea sancionado por la fuerza para que sea efectivo. Pero esto presupone una diferenciación jerárquica en la sociedad. El Derecho interno de los Estados ha sido efectivo porque ha habido una clase superior —la de los gobernantes— que lo ha impuesto y sostenido. En cambio, la falta de una jerarquía estable y reconocida entre los Estados ha hecho imposible una auténtica sanción jurídica de la violación internacional. A la falta de un orden político internacional permanente ha correspondido la ausencia de un Derecho internacional público efectivo.

Derecho y clase

Ha escrito Marx que “la historia de toda sociedad, hasta nuestros días, no ha sido sino la historia de las luchas de clases”. (2) Esta proposición encierra un fondo de verdad. Ciertamente que la historia ha sido mucho más compleja: ha sido lucha de razas y de Estados y de individuos, pero en uno de sus aspectos ha sido lucha de clases. Y la lucha de clases se refleja en el Derecho. En todo tiempo el Derecho ha sido el Derecho de una clase; una clase social lo ha creado en su interés y lo ha conservado, hasta que otra clase le ha arrebatado la primacía social.

Concretándonos a la cultura de Occidente, ya desde la época feudal dos clases, la nobleza y el sacerdocio, luchaban por imponer su Derecho. La lucha del Estado con la teocracia, del monarca con el clero, es una lucha de clases. La gigantesca querrela de las investiduras entre el Sacro Imperio Romano Germánico y el Papado, es su expresión máxima. El clero quería el gobierno absoluto de la tierra—espiritual y temporal—. El Emperador quería salvar el poder temporal de la tutela eclesiástica. Dos monumentos jurídicos quedan como huella de la

(1) Gustavo Radbruch, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, página 227.

(2) Marx y Engels, “Manifiesto Comunista”, Capítulo I.

lucha. El "Espejo de Suabia", inspirado por la doctrina papal, decía: "Como quiera que Dios es el príncipe de la paz, cuando subió al cielo dejó aquí en la tierra dos espadas para la protección de la cristiandad; ambas fueron dejadas por Nuestro Señor a San Pedro. . . la espada secular de la justicia, *fué prestada por el Papa al Emperador*; la espiritual está confiada directamente al Papa, para que él juzgue con ella". Por el contrario, el "Espejo de Sajonia", de tendencia imperial, sostuvo: "Para la protección de la cristiandad Dios dejó sobre la tierra dos espadas: al Papa la espiritual, al Emperador la temporal o secular", (1) es decir, el Emperador recibía el poder directamente de Dios y no a través del Papa. La lucha entre el Estado y la Iglesia es, pues, en su origen, una lucha de clases entre la nobleza y el sacerdocio. Se continuó después en los incesantes conflictos de competencia entre los tribunales *eclesiásticos* y los civiles, y como observa Spengler, se prolonga hasta la actualidad en la discusión sobre la primacía del matrimonio canónico o del civil, así como en la no menos apasionada polémica sobre la justificación del divorcio. Y el triunfo creciente del Estado sobre la Iglesia se ha traducido en el avance del Derecho profano, que ha reducido el Derecho canónico a una esfera mínima.

Cuando gobernaron los reyes, quisieron ellos, en principio, situarse por encima de las diferencias de clases al legislar y hacer justicia, pero aunque algunas leyes favorecieron a otras clases, en su conjunto la legislación siguió siendo hecha para el mantenimiento de los privilegios de la nobleza.

La Revolución Francesa significó el triunfo de la burguesía y todo nuestro Derecho es burgués. Los mismos códigos civiles, hechos en apariencia para todos, no reconocen los derechos de las antiguas clases, nobleza y sacerdocio, y en cambio, la propiedad y los contratos son el objeto de mayor protección. Al auge burgués corresponde el auge del Derecho Mercantil y una amplísima libertad de contratación.

Desde un principio el Derecho Mercantil ha sido un Derecho de clase. Fué creado al margen de la organización política, por los gremios de comerciantes, quienes llegaron a tener tribunales propios. Hasta la actualidad sigue siendo el Derecho exclusivo de los comerciantes, por más que ya significa una atenuación el haberlo extendido a los actos de comercio en general, sin tomar en cuenta la calidad del sujeto que los hace. (Como en nuestro Código de Comercio, artículo 1º)

El nacimiento a la vida política del proletariado y su organización creciente, han creado ya todo un Derecho de clase, con instituciones, principios y aun tribunales propios: el Derecho del trabajo o Derecho obrero y, en algunos países, como el nuestro, un Derecho agrario o campesino además.

(1) Radbruch, op. cit., página 204.

La clase dominante otorga el Derecho. Y si el mundo jurídico actual presenta el aspecto de una mezcla desordenada de principios jurídicos de orientación opuesta, ello se debe a que la actual lucha de clases no ha llevado al predominio absoluto de una de ellas. Nuestro complicado Derecho es el espejo de una sociedad igualmente complicada.

Aunque el Derecho siempre lo es de clase, no quiere esto decir que se haya legislado en toda época con estrecho espíritu sectario. La clase dominante, cuando siente asegurado su poder, se muestra generosa y aun trata de establecer una justicia imparcial entre los elementos de las clases dominadas, siempre que no sean puestos en peligro los intereses que la clase dominante estima como básicos para su existencia.

Derecho y familia

Tan importante quizá, como la organización estatal, es la organización familiar. Hemos dicho que en los primeros estadios de la cultura, la familia absorbe el poder político, y entonces la forma de la familia implica la forma de organización política. Después, al nacer el Estado como poder independiente, con pretensión autárquica y órganos especializados, la familia pierde valor político, pero no social.

Ya desde el clan totémico hubo reglas jurídicas (indiferenciadas aún de la religión) que prohibían la unión sexual endogámica, impulsando así a los individuos a la exogamia. El matriarcado, que significó la determinación del parentesco por la mujer, fue, en gran parte, una institución jurídica.

El patriarcado, fundado en el culto de los antepasados, erige en jefe absoluto de la familia, al varón más viejo. Su autoridad es soberana sobre todos sus descendientes. La propiedad frecuentemente es común, familiar, y el patriarca es su "gerente". El Derecho así lo consagra. "Uno de los más antiguos códigos del Indostán —dice Kovalevsky— enumera los individuos que integran el número de parientes asociados: el bisabuelo, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto y el biznieto; lo forman, por consiguiente, todos los parientes que pueden conocerse en el curso de una generación. La comunidad familiar tiene por jefe al más viejo; esta comunidad es dueña de los bienes inmuebles, de los muebles, de los talleres y de los capitales. El jefe supremo dispone de todo por regla general con el consentimiento de la comunidad".(1)

Una forma especial de patriarcado fué la familia romana, basada no en el parentesco de la sangre, sino en la sumisión jurídica al paterfamilias —familia

(1) Cita tomada de la "Sociología Genética y Sistemática" de Antonio Caso, página 160.

agnada—. La mujer, como no cuenta para el parentesco, es considerada jurídicamente como hermana de sus hijos. A medida que la mujer va adquiriendo importancia en la vida romana, se va transformando el Derecho; el “*jus gentium*” empieza a aceptar el parentesco que da la madre, y al lado de la familia agnaticia surge la familia cognaticia, basada en el parentesco de la sangre. El nuevo tipo de familia acaba triunfando en las “*Novelas*” de Justiniano.

Toda la familia occidental ha sido cognaticia; se ha basado en el parentesco sanguíneo. Pero ha evolucionado también. Durante muchos siglos ha sido considerada la familia como una organización supraindividual, con existencia propia e independiente de sus miembros. Por eso se hablaba —y se habla todavía— del honor de la familia, del nombre de familia, de los blasones de la familia. De ahí la institución del mayorazgo, que al concentrar la herencia en el solo primogénito, prefirió empobrecer a los hijos menores, con tal de que uno de ellos, el mayor, pudiera conservar la riqueza y el rango del nombre familiar. Tal fue la familia de la nobleza europea.

La familia contemporánea —burguesa o proletaria— ha podido ser llamada, en cambio, la familia inestable. Ya no existe aquel respeto por el nombre, aquella concepción transindividualista de la nobleza. La familia actual, en la realidad, se compone no por todos los que son parientes, ni por todos los que llevan un apellido, sino solamente por los parientes que viven juntos. Y es pensada, más que como una institución, como una suma de individualidades. Los lazos familiares se han aflojado notablemente en los últimos cien años; sobre todo la familia proletaria, bajo la necesidad del trabajo de todos sus miembros, casi ha desaparecido. A esta transformación individualista de la familia han correspondido numerosos cambios legislativos: la abolición del mayorazgo, la limitación de la herencia intestada a los parientes más próximos y la admisión del divorcio con una serie de causales cada vez más extensa, hasta culminar con el divorcio por mutuo consentimiento, que hace prácticamente voluntario para los cónyuges el pertenecer a la familia por ellos fundada.

Derecho y religión

Toda sociedad joven vive en un ambiente saturado de intensa religiosidad. La religión tiene como función social estrechar los vínculos sociales, porque le da a todo deber social un carácter sagrado, y es, con su culto, el símbolo viviente de la solidaridad social en las colectividades nuevas. El origen de toda institución social se encuentra envuelto en la primera religiosidad. “Si la religión ha dado na-

cimiento a todo lo que es esencial en la sociedad, es porque la idea de la Sociedad es el alma de la religión”, ha dicho Durkheim. (1)

En toda religión se distinguen como elementos esenciales un dogma, una moral y un culto. De la moral religiosa brotó el Derecho. Toda la fuerza religiosa, toda la emoción que en el hombre despierta la idea de lo divino, se concentra en el tabú, que es prohibición de hacer algo, prohibición sancionada por el castigo de la divinidad. En el tabú existen, en unión indiferenciada, moral y Derecho, sobre un fondo religioso. El Derecho empezó siendo un sistema de prohibiciones sagradas.

Al tabú negativo sigue el tabú positivo, el mandato de hacer. Uno y otro integran la tradición primitiva, fuente común de Derecho, moral y costumbres. En Roma el “jus” se confundía con el “fas” o Derecho divino. “En este régimen social de los antiguos el Estado era una comunidad religiosa; el rey, un pontífice; el magistrado, un sacerdote; la ley, una fórmula santa; el patriotismo, era un deber piadoso; el exilio, una excomunión...” (2) Otro tanto ocurre en los comienzos de la cultura occidental; durante la Edad Media “la vida entera estaba tan empapada de religión que amenazaba borrarse a cada momento la distancia entre lo sagrado y lo profano. Mientras por un lado se elevaban en los momentos más religiosos todos los actos de la vida diaria a la esfera de las cosas sagradas, éstas permanecían por otro, continuamente ligadas a la esfera de la vida diaria”. (3) Por eso es que aún aparte de la legislación canónica, el mismo procedimiento común tenía mucho de ritual: juramentos de litigantes y testigos, duelos judiciales en que “vencía el que tenía la justicia”, ordalías en las que “Dios daba a conocer su fallo”, etc.

De la costumbre primitiva se van separando moral y Derecho, con mayor claridad a medida que el sentimiento religioso se debilita. Necesita perder la religión su fuerza para que la moral y el Derecho alcancen su plena autonomía. Ya en la época monárquica, superadas las tendencias teocráticas, se empieza a alcanzar este resultado. Desde entonces la religión va perdiendo su influencia sobre el sistema general del Derecho, con excepción, claro está, del Derecho eclesiástico o canónico.

Derecho y moral

Ha sido sostenida por Jellinek la afirmación de que el Derecho es el *mínimum ético* exigido a los componentes de una sociedad para hacer posible la convivencia. Tal pensamiento debe ser ampliado diciendo que el Derecho es un *mínimo de de-*

(1) Sorokin, “Les Théories Sociologiques Contemporaines”, página 485.

(2) Fustel de Coulanges, “La Cité Antique”.

(3) J. Huitzinga, “El Otoño de la Edad Media”.

beres sociales de toda índole, no solamente éticos. Pero no por eso ha de olvidarse que la moral ha inspirado gran parte del Derecho, y por regla general, los imperativos morales más necesarios han sido sancionados por el más enérgico de los ordenamientos jurídicos: por el Derecho penal.

La costumbre religiosa primitiva, el tabú, impuso como condición vital de la existencia del grupo, la prohibición de matar, que es el modo primario de expresar la solidaridad social, la tutela recíproca de la colectividad. No matar es, así, la primera de las reglas morales y jurídicas a la vez. Como ésta surgen después muchas más que aseguran, igualmente, intereses socialmente considerados como vitales. Son muy numerosas las normas de conducta que son, simultáneamente, reglas de moral y de Derecho.

La distinción entre moral y Derecho, que es formal y tiene por base un criterio técnico, sólo se presenta hasta los estadios avanzados de la cultura. En la juventud de las culturas la confusión es característica. Para Grecia el Derecho aparecía como moral; "para los griegos el Estado tiene un fin ético, no tanto jurídico como educativo. Las normas emanadas del Estado (o sea el Derecho positivo), se entienden todavía principalmente como consejos para el recto vivir, para el logro de la felicidad, unidas a las normas morales". (1) Otro tanto pasa en la Edad Media: "tampoco hallamos una teoría específica de tal distinción ni en la patrística ni en la escolástica. Bajo el influjo de estas doctrinas se produjo el fenómeno inverso del que aconteciera en Grecia. En ésta el Derecho había sido absorbido por la moral, y, por consiguiente, había asumido caracteres y formas morales. En la escolástica, en cambio, la moral asume forma jurídica, casi legalizada: el Derecho es concebido como regla universal de conducta, hasta comprender dentro de sí a la moral". (2) Es hasta la etapa de civilización —época preponderantemente técnica y no religiosa como la anterior—, cuando la distinción es clara. Ya para entonces la cultura, que antes vivía espontáneamente su moral, se hace un problema de ésta (período ético de la filosofía, siglos IV a II, A. C. y siglos XVIII y XIX, D. C.), al mismo tiempo que avanza el racionalismo con su pasión por el análisis. Y moral y Derecho que habían estado unimismados, se distinguen ya fácilmente. Es por eso que, al revés de los griegos, los juristas romanos sí distinguieron con perfección, en el desarrollo de sus tesis, si no en los principios, el Derecho de la moral; Paulo llegó a decir: "non omne quod licet honestum est", lo cual indica conciencia del problema. Análogamente, en la cultura occidental, la distinción entre moral y Derecho se hace en una época muy avanzada; Tomasio, en el siglo

(1) y (2) Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho", tomo I, pp. 418 y 419.

XVIII, fué el primero en abordar directamente el problema, que ha sido resuelto, en toda su amplitud, sólo hasta nuestros días.

Toda la problemática suscitada en torno del Derecho natural ha sido originada por las relaciones entre moral y Derecho. Como el Derecho no sanciona sino una parte del orden moral, como puede haber discrepancias entre las diversas concepciones morales y el Derecho vigente, y como la moral pretende una validez incondicionada en tanto que la del Derecho está, por el contrario, condicionada, la moral se ha arrogado la función de enjuiciar, ante sí, al Derecho vigente. Y no sólo esto, sino que encontrándose la moral insatisfecha de los sistemas jurídicos históricos, ha terminado por elevarse a sí misma al rango de un pretendido Derecho natural, inmutable y absoluto, que debe prevalecer por encima de todas las contingencias de espacio y de tiempo. El Derecho natural, como código universal es moral absolutizada. Y en eso mismo está la raíz de su fracaso, porque la moral misma no es universal ni permanente; la moral cambia con las culturas y con las épocas. Basta recordar unos cuantos ejemplos: el homicidio de los ancianos es un deber moral entre ciertas tribus que viven en un medio particularmente hostil; la antropofagia está permitida en numerosas tribus de Africa y fué un deber sagrado entre los aztecas, quienes la practicaban ritualmente después de los sacrificios humanos; el abandono de los niños recién nacidos estuvo permitido en China y en Grecia; el robo, en ciertas circunstancias era honroso en Esparta; en numerosos países de Oriente la poligamia no es reprobable y en otros la poliandria ha sido una situación normal; en Egipto los faraones se veían obligados a contraer matrimonio incestuoso con sus hermanas; en la India el desfloramiento de las vírgenes desposadas era una función augusta de los sacerdotes y las viudas debían seguir a la tumba a sus maridos muertos; actualmente se empieza a considerar el homicidio por piedad (eutanasia), como un deber moral, etc., etc. (1) Hay, pues, pluralidad de morales positivas, y, por tanto, pluralidad de sistemas de Derecho natural. Cada época eleva su orden moral a la categoría de Derecho natural, universal y absoluto. Todavía en tiempo de Aristóteles se consideraba la esclavitud como una institución "natural", y, por tanto, enteramente justificada. Los primeros en levantarse contra ella fueron los estoicos y hoy es considerada como la institución injusta por excelencia. El Derecho natural cambia con la moral.

De toda la serie de teorías jusnaturalistas, sólo queda un residuo de verdad que en todo tiempo ha existido la aspiración a un Derecho justo. Empero, cada época ha tenido su idea peculiar de lo que debe entenderse por Derecho justo. La justicia

(1) Esto no quiere decir que no haya coincidencias entre los sistemas de moral; sí las hay, como que todas son humanas; empero, el hecho fundamental subsiste: la moral no es única.

en sí es indefinible; cada pueblo y cada generación han tenido su ideal de justicia; la justicia es una forma abstracta que recibe su contenido de la historia. (1)

Derecho e ideas

Cuando en los estadios últimos de la cultura pierde la religión su fuerza originaria, su papel en la vida pública es ocupado por las ideologías políticas. Las ideas, sin embargo, no obran por sí solas; abandonadas a sí mismas carecen de toda eficacia frente a la realidad; para que se conviertan en factores decisivos, para que penetren en el mundo de los hechos, es necesario que antes se hayan convertido en creencias, que hayan arraigado en el sentimiento. Un competente psicólogo ha dicho: "Cuando no sostiene al hombre la protección de los dioses obtenida por las oraciones, busca entonces otras esperanzas. Cree descubrir en las ilusiones políticas y sociales. El poder de algunos ideales políticos de forma religiosa es algunas veces tan grande como el de las religiones, pero generalmente más efímero. Estas creencias políticas dan lugar a las mismas esperanzas, los mismos fanatismos y la misma necesidad intensa de propagación de los dogmas religiosos. Las creencias políticas de forma religiosa proporcionan a sus adeptos una fuerza tan grande como una religión nueva". (2)

En su ensayo intitulado "El Ocaso de las Revoluciones", Ortega y Gasset ha señalado tres etapas en la evolución política de las culturas, en relación con el tipo de saber dominante. Las fases son tradicionalismo, racionalismo y misticismo. Después de la época tradicionalista, en que se siguen, sin variación, las rutas del pasado, adviene la época racionalista en que la razón, creyéndose omnipotente, se entrega a construir sistemas de ideas cada vez más perfectos, pero que van apartándose insensiblemente de la realidad. Es el momento revolucionario de las culturas. "Hasta entonces se había usado de las ideas como de meros instrumentos para el servicio de las necesidades vitales. Ahora se va a hacer que la vida se ponga al servicio de las ideas. Este vuelco radical de las revoluciones entre vida e ideas es la verdadera esencia del espíritu revolucionario. Quiere el temperamento racionalista que el cuerpo social se amolde, cueste lo que cueste, a la cuadrícula de conceptos que la razón pura ha forjado. Por eso desde hace siglo y medio la

(1) A tal tesis apunta la teoría de Stammler, de un "Derecho natural de contenido variable", pero todavía, a pesar de su formalismo, con una dosis de ética material absolutista, al conceder a la idea del hombre como fin en sí una validez universal. Esto ha sido puesto de relieve por Luis Recaséns, en sus "Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico", página 88.

(2) Gustavo Le Bon, "Bases Científicas de una Filosofía de la Historia", página 137.

política europea ha sido exclusivamente política de ideas". (1) Y podríamos añadir, el Derecho ha sido un Derecho de ideas, que se ha nutrido, más que de realidades sociales, de ideologías políticas.

Una revolución es un ensayo de someter la vida social a las normas de la razón. El idealismo político conduce al revolucionarismo; el realismo político, por lo contrario, al conservadurismo. En los últimos tiempos ha predominado el primero; por eso nuestro derecho, comparado en el anterior, resulta idealista y revolucionario.

El liberalismo, que triunfó con la Revolución francesa, reconstruyó por completo el orden jurídico occidental. Con su idea central del valor infinito de la persona, hizo del Derecho constitucional un sistema de garantías para el individuo y de limitaciones para el Estado. Consagró, en todos sus aspectos, la libertad individual, aun en detrimento de los intereses de la colectividad. En el Derecho privado concedió un gran margen a la autonomía de la voluntad en la estipulación de los contratos. El "laissez faire, laissez passer" se extendió por todos los rumbos sociales, hasta llegar a las funciones mismas del Estado: la administración de la justicia civil quedó abandonada a la actividad de las partes, en virtud del principio dispositivo, en tanto que el juez asumía una posición excesivamente pasiva.

La ideología contemporánea, o más exactamente, la tendencia ideológica contemporánea, el socialismo, a pesar de su gran variedad de matices (2) ha modificado ya en gran parte la legislación. Ya no en la U. R. S. S., donde el cambio es evidente, sino en los mismos países que siguen siendo esencialmente liberales. Desde luego en las constituciones se tiende a crear, al lado de las garantías individuales y formales, que "sólo puede aprovecharlas el que tiene dinero", las garantías sociales, con un contenido positivo, como el derecho al trabajo o a la tierra. Bajo el influjo de ideas socialistas se ha modificado el concepto de propiedad, que evoluciona de derecho individual y "natural" a función social. Así, la Constitución mexicana de 1917 declara que "la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público" (Artículo 27), y la Constitución alemana de Weimar, en su artículo 153, declara: "La propiedad obliga; su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general". La libertad contractual se ve cada vez más limitada, al punto de haberse creado contratos obligatorios, como el colectivo de trabajo, que, como el contrato-ley, se aplica aún a los que no fueron partes en su estipu-

(1) José Ortega y Gasset, "El Ocaso de las Revoluciones", páginas 102 y 105

(2) Spengler ha dicho: "Todos somos socialistas, sepámoslo o no, querámoslo o no. Aun la oposición al socialismo es socialista". Tal es el signo del tiempo. Cfr. "La Decadencia de Occidente", tomo II, página 218.

lación (Ley Federal del Trabajo, artículos 48 y 58). Hasta el procedimiento es modificado; el intervencionismo del Estado se manifiesta dando un papel más activo al juez y considerando al Derecho procesal, ya no como Derecho privado, sino como Derecho público, para lo cual ha sido necesario distinguir doctrinalmente el derecho de acción del derecho subjetivo al cual tutela. En fin, el avance incesante de todo el Derecho público, en detrimento del Derecho privado, es una consecuencia de la ideología socialista predominante. Y es que nos encontramos en una etapa de la cultura en que las ideas han adquirido un rango de primera fuerza en la configuración del orden social y jurídico.

Desde otro punto de vista, las culturas evolucionan en el sentido del cosmopolitismo. Empiezan por ser estrechamente localistas: la ciudadanía es un privilegio, el extranjero es considerado como enemigo y está privado de derechos. Después, lentamente, van equiparándose nacionales y extranjeros, concediéndose a los últimos derechos semejantes a los de los primeros, hasta llegar a una completa igualdad. Es el camino que va de las XII Tablas, ley exclusiva para un reducido núcleo de ciudadanos, hasta la ley de Caracalla que concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio romano. En Occidente, la evolución va, desde la estrechez de los derechos feudales, hasta el concepto moderno de libertad de cambiar la nacionalidad. En este actor las ideas, unidas a la expansión del comercio internacional, han determinado la ampliación del Derecho.

Derecho y costumbres

La fuerza social de la costumbre es enorme. En gran parte el orden social se sostiene por la fuerza de las costumbres. Deberes que la moral o el Derecho son impotentes para hacer cumplir, pueden ser impuestos, con leve esfuerzo, por la costumbre. Por eso es que todo ordenamiento jurídico que se amolda a las costumbres vigentes se realiza fácilmente en la vida efectiva; y, en cambio, el que se opone a la corriente de costumbres de un pueblo, queda, casi siempre, sólo escrito en el papel.

En toda cultura el Derecho nace en forma de costumbre, es decir, como repetición reiterada de actos determinados, repetición a la cual acompaña pronto la convicción de su obligatoriedad. El Derecho consuetudinario es fruto de las sociedades jóvenes. Se produce anónimamente, como el lenguaje, y como éste, va modificándose con lentitud a través de los años. Cuando el Derecho escrito aparece, lleva ya mucho tiempo la elaboración jurídica consuetudinaria. La ley de las XII Tablas, en Roma, recogía ya una antigua tradición jurídica. Las "costumbres" europeas, como las de Bretaña, fueron recopiladas después de mucho

tiempo de vida. En un principio el Derecho escrito se limita a recoger y a sistematizar el Derecho consuetudinario.

Como el Derecho consuetudinario se desenvuelve libremente, sin prejuicios y sin muchas ideas generales, refleja con exactitud las necesidades prácticas, así como el carácter del pueblo que lo crea. De aquí su valor para la filosofía de la historia del Derecho.

La codificación empieza, por lo general, en la época monárquica. El lema de los reyes absolutos fué: Un Estado, un príncipe, una ley. La costumbre, por su esencia, se diversifica y servía por ello a los intereses feudales. El Derecho escrito, por su fijeza y su carácter artificial, servía, en cambio, admirablemente para realizar la unidad jurídica, y a través de ella, preparar o acrecentar, según el caso, la unidad política. Por eso los reyes fueron partidarios decididos del Derecho escrito; lo prueba el buen número de "ordenanzas" que dejaron. Pero aún con independencia de este hecho, existe en todas las culturas la tendencia a codificar el Derecho, cuando llegan a su plenitud jurídica, que coincide con la victoria del espíritu urbano. En efecto, en tanto que el Derecho consuetudinario es principalmente un Derecho rural, el Derecho escrito es un producto de la ciudad, de la inteligencia reflexiva.

La ausencia de originalidad del Derecho privado europeo se debió a la falta de desarrollo del Derecho consuetudinario de raíces germánicas, el cual estaba aún en formación cuando fué substituído, en gran parte, por un Derecho ya acabado, como era el Derecho romano. Los países en que sobrevivió el Derecho consuetudinario, como Inglaterra, han sido los únicos jurídicamente originales. En el continente la importancia que perdió la costumbre, la adquirió la técnica jurídica.

Derecho y técnica

La técnica, en su acepción de dominio de la naturaleza, ha repercutido en el Derecho sólo a través de la economía. El descubrimiento del vapor y de la electricidad, con su consecuencia el maquinismo, produjo la transformación industrial del siglo XIX; con ella y con las ideas de la Revolución francesa, surgió el capitalismo, el cual, como ya hemos visto, se ha reflejado ampliamente en el Derecho contemporáneo.

Hasta qué punto un avance técnico puede tener un insospechado alcance económico y jurídico lo demuestra Spengler con un solo caso: la esclavitud fué considerada injusta desde el estoicismo y condenada por el más puro espíritu cristiano como contraria al Derecho natural. Sin embargo, sólo pudo ser abolida

hasta el siglo XIX, en que las condiciones técnicas de la producción económica lo permitieron. “La esclavitud de los negros representa un preludio de la industria maquinista; es una organización de energía “viva”, en la cual del hombre se pasó, finalmente, al carbón, y sólo se consideró inmoral el uso del primero, cuando el segundo estuvo asegurado”. (1)

En una acepción más estricta, debe considerarse la relación entre la técnica jurídica y el Derecho positivo. La importancia de la técnica jurídica crece desde que se inicia el Derecho escrito, y es mayor a medida que el Derecho se convierte en profesión de especialistas. Hay ramas del Derecho, como el Derecho procesal, o el Derecho internacional privado, que no tienen por misión fijar directamente las aspiraciones de los distintos sectores del orden social. Su fin consiste, más bien, en asegurar la aplicación de los demás ordenamientos jurídicos, en llevar a la práctica las ramas substantivas del Derecho. Puede decirse que el carácter y el contenido de estas normas —procesales, reglas de solución de conflictos de leyes, solemnidades contractuales, etc.—, se agota en su función mediadora, técnica. Constituyen la parte más formal y, por tanto, más pura del Derecho. Revelan, con absoluta claridad, los caracteres de la forma jurídica, puesto que no tienen un contenido propio. El que ocasionalmente llegan a tener lo reciben a través de otras formas jurídicas —civiles, penales, etc.—. Son, dijéramos, formas de formas.

Conclusiones

De todas las observaciones hechas a lo largo de este ensayo, pueden desprenderse, como simples hipótesis, las siguientes afirmaciones:

1ª—A todo cambio en el orden social sigue un cambio en el orden jurídico. (Lo cual comprueba el carácter de super-estructura que tiene el Derecho). (2)

2ª—A los estadios correspondientes de diversas culturas corresponden formaciones jurídicas análogas.

3ª—La fisonomía social de una época se integra por la interdependencia de múltiples factores. Esta complejidad social se refleja en la complejidad del Derecho correspondiente.

4ª—Parece haber factores sociales de fuerza permanente, como la economía, la política, la clase, la familia y la moral.

(1) Spengler, op. cit., tomo IV, páginas 330 y 331.

(2) Esto no quiere decir que el cambio jurídico siga automáticamente al cambio social; lo normal es que haya cierto retraso, y en ocasiones, cuando el Derecho es usado como medio político, puede haber adelanto. Pero la regla general subsiste. (Recuérdese que las leyes sociológicas sólo son aproximativas, estadísticas).

5^a—Otros factores, en cambio, son solamente importantes en la primera etapa de las culturas, como la religión.

6^a—Algunos factores sólo adquieren importancia hasta la segunda etapa de las culturas; tales son las ideas y la técnica.

7^a—En el tránsito de una cultura, el Derecho pasa de la forma consuetudinaria a la escrita.

8^a—El Derecho, en las culturas, evoluciona de la protección del privilegio local a la concepción de la igualdad cosmopolita.

Estas proposiciones, de ser debidamente comprobadas, podrían ser consideradas como las leyes de la evolución jurídica. La comprobación debe ser doble: por una parte, confrontación con los hechos históricos; por otra, el que la investigación sociológica, partiendo de un punto de vista distinto del Derecho, llegue a la misma conclusión.

Clasificación sociológica de las normas jurídicas

Cabe hacer ahora una clasificación de las ramas del Derecho por el contenido social, al cual las formas jurídicas sirven, y que, como es lógico esperar, se aparta de la clasificación técnica tradicional. Por sus contenidos el Derecho puede ser:

1. Derecho económico.
2. Derecho político.
3. Derecho familiar.
4. Derecho eclesiástico.
5. Derecho moral.
6. Derecho técnico.