

TEORÍA GENERAL DE LA GÉNESIS Y DEL DESARROLLO DEL DERECHO

VALENTÍN LETELIER MADARIAGA

La Costumbre como Origen y Fundamento del Orden Jurídico

En la mayor parte de los pueblos más civilizados, regidos como se encuentran por legislaciones escritas, está muy difundida la idea de que la fuente principal del derecho, por lo menos en ellos, son las leyes. Particularmente predomina esta idea en los foros de los tribunales porque para los jueces y los abogados no hay en general derecho fuera de la ley¹.

Fruto de una observación superficial de los hechos no concuerda esta idea con la realidad de las cosas. De la etnografía, de la historia y de la observación directa bien dirigida, se infiere: 1º que la costumbre fue siempre, lo es ahora y lo será eternamente la fuente originaria por excelencia del derecho, salvo las prerrogativas muy limitadas que corresponden al legislador; y 2º que la ley, jurisprudencia y demás fuentes no sirven ni han servido en parte alguna para crearlo; sólo han servido, sólo sirven, sólo servirán, cualesquiera que sean los tiempos y las circunstancias, para perfeccionarlo y desarrollarlo. No es difícil demostrarlo.

Prescindamos por un momento de lo que al respecto pase en los pueblos más civilizados y concretémonos por ahora a determinar lo que pase en los más atrasados. ¿Qué vemos? Sin excepción alguna en todas las ramas fundamentales del orden jurídico, donde quiera que nos es dado presenciar sus comienzos, vemos que el Derecho alcanza a grados muy altos de su evolución por el sólo efecto de los usos, prácticas y costumbres, antes de que se empiece a impulsarlo por medio de la ley.

Con referencia a los araucanos, dicen los cronistas del coloniaje que a falta de leyes y a semejanza de todos los pueblos bárbaros, se regían por usos y costumbres que todos respetaban aunque ninguna autoridad estuviese encargada de su cumplimiento².

La misma práctica encontramos establecida en algunos pueblos del Norte América. Un autor citado por Spencer dice de los dakotas que conservan en la memoria las tradiciones y máximas de sus mayores y que las transmiten oralmente a sus hijos recomendándole que ajusten a ellas su conducta³.

Du Petit-Thouars atestigua que pocos años antes de su arribo a las islas de Hawai se había dictado un pequeño código, que era una simple perífrasis del decálogo; y deja entender que hasta entonces los isleños no se habían regido presumiblemente más que por la costumbre⁴.

Cuando Freycinet llegó a las Marianas, encontró que las islas estaban ocupadas por numerosas tribus, ora enemigas, ora aliadas, las cuales se regían por costumbres que a pesar de no estar escritas, eran iguales para todo el archipiélago⁵.

¹ Ihering, *L'Évolution du Droit*, chap. VIII, * 145. Savigny, *De la vocación de nuestro Siglo para el Derecho*, p. 21. Korkounov, *Théorie générales du Droit*, liv. I chp. IV, pp. 154 et 158.

² Carvallo y Goyeneche, *Reino de Chile*, t. II, cap. XXIV, p. 142 del tomo X d la Colección de Historiadores de Chile. Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, cap. XLIX. Molina, *Historia Civil del Reyno de Chile*, Lib. II, cap. II, pág. 62. Respecto del Imperio Incásico, véase Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, pág. 237.

³ Spencer, *La Morale de différents Peuples*, * 114.

⁴ Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 388.

⁵ Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 473.

En un país donde la escritura no es conocida más que por un pequeño número de habitantes, casi todos extranjeros, es obvio (dice el mismo Freycinet respecto de la isla Timor) que no ha de haber más legislación que los usos y costumbres por la tradición⁶.

Respecto de los indígenas de Australia, dice Salvado que se rigen por leyes conservadas tradicionalmente; pero del contexto general de la frase, se infiere claramente que da el nombre de leyes a las normas jurídicas establecidas por la costumbre⁷.

Las primeras leyes que rigieron en el principado de Montenegro datan sólo de 1796 y de 1803: hasta entonces no se había conocido en aquel país más derecho que el consuetudinario⁸.

De algunos años a esta parte, la autocracia rusa ha venido extendiendo en la Kirguisia, con sus *úkases*, el campo jurisdiccional de la ley; pero hasta hoy mismo se rigen principalmente por la costumbre, la organización social, el orden civil, el orden penal y el orden político de aquel pueblo⁹.

En muchos pueblos medievales que habían quedado sustraídos al imperio de la legislación, no rigió durante varios siglos más derecho que el consuetudinario. Según Dareste, la costumbre rigió en Dinamarca hasta el siglo XIII; en Dalmacia hasta el año 1288; en Rusia, hasta el siglo XI; en Polonia y en Bohemia hasta el XIV; en Georgia hasta el XIX¹⁰.

Tácito dice que las buenas costumbres eran entre los germanos más eficaces que las buenas leyes en otras partes; *plus ibi boni more valent, quam alibi bonae leges*¹¹.

Desde que se empezó a difundir en el siglo XVIII la falsa doctrina del estado primitivo de naturaleza, se ha venido sosteniendo por algunos pensadores que los salvajes tienen sobre el hombre civilizado la inapreciable ventaja de vivir a su regalado albedrío, exentos de trabas externas que coarten o cohiban sus acciones. Sin comprometerse en tontas discusiones abstractas, concretándose a contraponer hechos comprobados y positivos al hecho meramente imaginario del estado de naturaleza, Lubbock eliminó tamaño error de la sociología, error que dejaba sin explicación plausible el desarrollo de la moral y del derecho, porque de una plumada suprimía sus fuentes y sus orígenes. Con abundante copia de datos etnográficos, demostró este insigne sociólogo que el salvaje no es libre, en parte alguna del mundo, porque todos sus actos, aun aquellos que nada tienen que ver no con la moral ni con el derecho, están minuciosamente reglamentados por usos, prácticas y costumbres de carácter inviolable¹².

La manera de establecer relaciones sexuales, la dependencia y emancipación de los hijos, la sujeción de la mujer, los derechos de la paternidad y de la maternidad, el dominio y tradición de las cosas, los derechos del amo sobre el esclavo, la autoridad de los caciques o patriarcas; en una palabra, la vida jurídica entera de los salvajes, se desarrolla sujeta a la más minuciosa reglamentación. Nada que toque a terceros se puede hacer sino con arreglo a normas jurídicas que la costumbre tiene establecidas.

Suponer que esta reglamentación rija sólo los actos jurídicos dejando libre la parte restante de la actividad de los salvajes sería grave error. En los pueblos más atrasados, donde no se hacen esas clasificaciones que distinguen entre sí los varios órdenes

⁶ Freycinet, *ob. cit.*, t. I, pag. 706.

⁷ Salvado, *La Australia*, pág. 311.

⁸ Dickel, *Le Nouveau Code Civil de Monténégro*, pag. 3.

⁹ Dingelstedt, *Le Régime patriarcal des Kirghis*, pag. 5, 6 et 43.

¹⁰ Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 125, 159, 161, 191, 210, 224, 235, 250 et 307.

¹¹ Tácito, *Germania*, chap. XIX.

¹² Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*, chap. X, pag. 140.

de la actividad humana: el orden jurídico, el orden moral, el orden higiénico, el orden industrial etc., no hay actos que en razón de su naturaleza se sustraigan a la reglamentación consuetudinaria. La manera de cazar, la de pescar, la de cortar madera, la de construir canoas, la de hacer fuego, la de labrar y pulir la piedra, la de emprender una expedición, la de empezar un combate o una obra, la de comer, la de vestir, etc., están tan rigurosamente sujetas a normas consuetudinarias, como la de contratar o la de contraer matrimonio.

Mientras van en expedición, no es lícito a los algonquines ni sentarse en la tierra húmeda ni mojarse los pies, y tienen que usar las tazas de beber por un lado a la ida, por el otro a la vuelta. A los mongoles les prohíbe la costumbre usar el cuchillo para sacar comida de la marmita, apoyarse en una fusta con la flecha, derramar licor en el suelo, quebrar un hueso con otro, etc. Los indígenas de la Rusia americana no pueden echar huesos al fuego, ni darlos a los perros, ni botar al suelo los recortes de las uñas o de los cabellos; y en muchos pueblos salvajes es prohibido a la mujer revelar el nombre de su marido y a todos pronunciar el nombre de una persona muerta, etc.¹³.

Explicar cómo pueda suceder que la naturaleza indómita de los salvajes se avenga a semejante régimen disciplinario es problema de psicología más bien que de sociología.

No habrá padre que no haya notado la predisposición psicológica de los niños a repetir aquellos actos que con placer han ejecutado una vez. Cuando se les quiere atajar prohibiéndoles la repetición, al instante citan por vía de reclamación el precedente. "Otro día hice lo mismo sin que tú lo tomaras a mal", arguye el hijo.

Pues bien, si como lo han observado tantos etnógrafos, los salvajes se asemejan por sus pasiones, por su impulsividad y por su modo de ver las cosas a los niños, esta predisposición psicológica nos explicaría cómo pueda suceder que no obstante su carácter indisciplinado, rebelde a toda sujeción, el hombre primitivo conspire espontáneamente con sus actos a formar un régimen disciplinario que para nosotros sería insoportable¹⁴.

Cuando por cualquier accidente ejecuta el salvaje un acto que le procura placer, incontinenti germina en él una tendencia a repetirlo, y 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

¹³ Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*, chap. X, pag. 440. Bagehot, *Lois du développement des Nations*, liv. III, pag. 166 à 168.

¹⁴ Pollock, *Introduction à l'étude de la Science Politique*, pag. 290 à 294. Cette tendance qui donne au fait la valeur d'une norme, nous pouvons l'observer dans toute sa naïveté chez l'enfant. Celui-ci en effet..., considère la possession de fait d'un jouet comme une possession de droit. Si l'on admet un parallélisme entre l'ontogénèse et la phylogénèse, il est permis de conclure que historiquement la première idée d'une norme est issue immédiatement, dans l'humanité comme chez l'enfant, de la constatation du fait... D'avoir reconnu la portée normative du fait nous permet maintenant de nous rendre compte du développement du droit... Chez tous les peuples, dès l'origine, on considère comme droit engendrer l'idée de la normativité de cet exercice, et la norme apparaît alors comme commandement autoritaire obligeant la communauté, donc comme norme juridique. Cette idée de la force normative du fait nous permet, non seulement de comprendre l'origine de la réglementation juridique, mais encore elle nous en explique pour la première fois, le contenu d'une façon satisfaisante. C'est parce que le fait a partout une tendance psychologique à se transformer en droit positif, que dans le domaine embrassé par le système juridique, un état de choses donné sera en même temps l'état de choses reconnu par le droit: dès lors, quiconque veut le transformer doit justifier d'un droit meilleur. La protection de la possession, en particulier, en tant que protection de la possession réalisée en fait, repose sur ce principe Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, t. I. chap. XI, pag. 510 à 513.

placer o del interés del agente, se tiene que seguir haciendo bajo la presión de la opinión pública, que en todo desvío ve una infracción de una u otra norma social.

Pero sean éstos u otros los orígenes del derecho consuetudinario, es el hecho que no hay ni ha habido sociedad conocida que en los grados inferiores de su desarrollo no haya vivido sujeta a su absoluto imperio.

Respecto de los pueblos más civilizados de la antigüedad, todos ellos se regían, a la época en que empieza la historia de cada uno, por legislaciones que una u otra autoridad les había impuesto. Cual fuese la naturaleza de aquellas legislaciones, ya lo averiguaremos más adelante. Por ahora nos concretaremos a observar que en ninguno de esos pueblos correspondió a las leyes crear el derecho ni las instituciones fundamentales; lo único que hicieron fue desarrollar y perfeccionar, tanto en lo público como en lo privado, y en lo penal no menos que en lo civil, el orden jurídico y político establecido de antemano.

A modo de conclusión irredargüible, infiérese esta doctrina de los estudios que preceden sobre la génesis del derecho. Como estén bien fundados nuestros estudios, podemos afirmar que en pueblo alguno se han dictado leyes que hayan tenido por objeto instituir en los primeros grados del desarrollo general las bases fundamentales del orden político ni las del orden jurídico. En todos los pueblos bárbaros y semi civilizados, sin excepción alguna, todas las instituciones fundamentales del orden político, el Gobierno, la legislatura, las corporaciones municipales, los consejos de Estado, la justicia, el ejército; todas las instituciones fundamentales del orden social, la familia, la tutela, el parentesco, la propiedad colectiva, la doméstica, la individual, las servidumbres; todas las ramas fundamentales del orden jurídico, el derecho hereditario, el derecho de las obligaciones, el derecho procesal, el derecho penal, etc. aparecen más o menos prósperas en que cada pueblo adopta la práctica de dictar leyes para arreglar estas cosas.

Como quiera que en las sociedades más atrasadas no cooperan los Poderes Públicos en la obra del desenvolvimiento jurídico, fuerza es concluir que durante toda la primera etapa de la vida los pueblos, etapa que siempre se prolongó larguísimo siglos, corresponde exclusivamente a la costumbre establecer nuevas normas jurídicas y nuevas instituciones políticas o civiles.

Vacíos de las Legislaciones Escritas Llenados por la Costumbre

Si éste es el papel que la costumbre desempeña en los pueblos más atrasados ¿cuál es el que corresponde a los de derecho escrito? ¿Será verdad que en ellos no haya derecho fuera de la ley y que por consiguientes, nada tenga que ver la costumbre con el desenvolvimiento jurídico? De ninguna manera, porque en todos los pueblos, aún en los más cultos, donde se dictan los códigos con el ostensible propósito de subrogarla, ella prosigue silenciosamente una labor que nunca se interrumpe, llenando los vacíos del derecho escrito, amoldándose al medio ambiente, eliminando en él las partes inadaptables; extendiendo, restringiendo, modificando o afianzando el sentido y el alcance de las disposiciones legales, y sobre todo, inspirando al legislador para prevenirle contra la propensión a dejarse guiar por simples ideologías.

Midamos la extensión que el campo jurisdiccional de la ley abraza, y entonces aparecerá de relieve cuán absurdo es suponer que las legislaciones escritas eliminen la costumbre como fuente del derecho.

Por de contado, cuando sabemos que una legislación primitiva no contiene sino muy pocas disposiciones o que no abraza más que a una sección del orden jurídi-

co, no necesitamos saber más para comprender que bajo de su imperio, ha de quedar subsistente la costumbre en grande o en pequeña parte. ¿Vamos a suponer que la antiquísima Ley de Gortinia, compuesta de sólo 70 artículos, o que las dos primeras leyes escritas del principado de Montenegro, compuestas respectivamente de 16 y 17 artículos, trajesen consigo la total abrogación de la costumbre? Evidentemente, no¹⁵.

La primitiva Ley Sálica, dividida en 65 títulos, comprendía cerca de 300 artículos; pero ya hemos observado que la casi totalidad de ellos constituía una simple tarifa de composiciones penales que no pudo ni pretendió subrogar a la costumbre en la función de regir el orden jurídico. Al contrario, como bien lo observó Pardessus, hay en dicho código muchas referencias a normas jurídicas que no están en él, y los documentos de la época merovingia citan de continuo la costumbre del reino, consuetudo regni; la costumbre local, consuetudo loci; la costumbre nacional, patria lex, etc.¹⁶.

Mucho más extenso que la Ley Sálica es sin duda el Código de Manú. Pero este código nunca pretendió contener todas las normas del orden jurídico. Lo prueban las numerosas referencias que hace a la costumbre como una de las fuentes del deber y del derecho¹⁷.

Con mucha razón observa Ihering que una cosa es el derecho, modo de ser de la sociedad, y otra la fórmula del derecho, la ley, que para reducir a fórmulas las normas jurídicas, se necesita una doble y no común facultad de observación y de representación; que aún aquellos legisladores que han parecido mejor dotados de esta facultad han fracasado en el empeño de abarcar con fórmulas escritas toda la vida jurídica de los pueblos; y que por lo tocante a las antiguas leyes de Roma, tan no lograron formular todo el derecho romano que sólo en nuestros días se han venido a descubrir algunas de las normas jurídicas que rigieron las relaciones de los romanos¹⁸.

Que las leyes escritas no abarcaron en la antigua Roma toda la vida jurídica, bien lo prueba la historia del divorcio. Según lo observa Paul Gide, nunca se dictó por los romanos ley que declarase indisoluble el matrimonio, y al contrario, estuvo siempre autorizado legalmente el divorcio absoluto. Pero esto, que se podía hacer legalmente, no se podía hacer moralmente, porque el marido que se hubiese propuesto repudiar a su mujer, sabía que se exponía a la censura pública y a la excomunión sacerdotal. Tan sólidamente garantida quedó la indisolubilidad del vínculo conyugal por el solo imperio de las costumbres, que durante cinco siglos no hubo ni un solo divorcio¹⁹. Dado este antecedente, claro es que con el solo estudio de las leyes nunca llegaremos a conocer bien la institución romana del matrimonio. ¿Por qué? Porque también estaba regida por la costumbre.

Vengamos ahora a los pueblos más civilizados y ya veremos que tampoco está suprimida en ellos esta fuente del derecho.

¹⁵ Jusq'ici (dice Dickel) le Monténégro ne possédait qu'un petit nombre des lois écrites: 1^o Seize articles dus au Vladica (evêque) Pierre I, 1796; 2^o dix-spt articles sendus en 1803. Ces 33 articles réunis constituaient ce que l'on appelait un peu ambitieusement Zakonik, c'est-à-dire le Code. Ils ne s'occupaient que de droit pénal et de police. Un seul article état relatif au droit civil; il réglémentait le droit de préemption en cas de vente d'inmuebles, et les formes des contrat de vente>. Dickel, Études sur le nouveau Code Civil de Mont' negro, pag. 3.

¹⁶ Pardessus. Loi Salique, dissertation première, pag. 416.

¹⁷ Libro de las Leyes de Manú, lib. I, * 107 a 110, lib. II, * 12, lib. VIII, * 3, etc.

¹⁸ Ihering, Esprit du Droit Romain, t. I, * 3, et t. II, * 29.

¹⁹ Denys d'Halicarnase, Antiquités Romaines, t. II, liv. II, chap. VIII, pag. 55, Gide, La Condition privée de la Femme, liv. I, chap. IV, pag. 124.

Sin duda, merced al lento proceso de su formación, las legislaciones de los pueblos cultos han tenido sobrado tiempo para abarcar la totalidad de la vida jurídica. A diferencia de las legislaciones primitivas, que por mucha parte parecen haberse escriturado en un momento dado, causa principal de su deficiencia; las de los pueblos civilizados se han formado en el decurso de muchos siglos, formulando una nueva norma jurídica a cada caso jurídico nuevo. No obstante esta circunstancia, esto es, no obstante haber dispuesto ellas de sobrado tiempo para llevar a término el proceso de su integración, ninguna se podría citar hasta hoy que haya logrado su propósito. De la más vasta legislación que rigió en la antigüedad, cual fue la de Justiniano, dice Savigny, que sin duda, el Código y las Pandectas dejaron subsistentes muchas costumbres jurídicas de carácter local²⁰.

Observaciones análogas podemos hacer respecto de toda legislación, sin excepción alguna, inclusive las de los pueblos más civilizados, que pretenden haber formulado íntegramente el derecho nacional. Como quiera que a ningún legislador es dado ver y prever todos, absolutamente todos los casos, no hay la más remota posibilidad de que jamás se llegue a dictar en ningún pueblo una legislación que abarque toda, absolutamente toda la vida jurídica. En todas las naciones más civilizadas, apenas se han dictado los códigos más completos cuando se ha empezado a notar que en ellos no se previeron tales y cuales casos. En todas, por consiguiente, ha quedado fuera de la ley una parte más o menos considerable de la vida jurídica, regida sólo por usos, prácticas y rutinas que antes no habían llamado la atención y que suplen los vacíos de los códigos.

La disposición del Art. 2º de nuestro Código Civil, según la cual no constituye derecho la costumbre sino cuando el legislador la sanciona, pone frecuentemente a los jueces en el dilema de o pasar por dementes cumpliéndola, o dejarla sin cumplimiento como si no rigiese. Es lo que se palpa, por ejemplo, en el caso del cheque. Hijo legítimo de la costumbre, nunca se han dictado leyes que junto con reconocer su existencia, lo sometieran a un régimen determinado. Que la firma puesta en el reverso signifique el endoso, y la puesta en el anverso, cancelación, son reglas establecidas por la costumbre que ninguna ley ha sancionado. Pues bien, a pesar del silencio de la ley, no ha habido hasta hoy juez alguno que se haya desentendido del significado de una y otra firma: comprendiendo lo absurdo de la citada disposición, todos han preferido pasar por cuerdos.

Si en el orden privado, bajo el ojo vigilante de los intereses contrarios, tiene la justicia que desentenderse a menudo de dicha disposición ¿cómo se la podría aplicar rigurosamente en aquel campo de la actividad del Estado donde los Poderes Públicos siempre deben actuar más o menos sujetos a la condición de respetar el modo de ser de los pueblos?

Concretándonos a Chile, tenemos que, a pesar del enorme desarrollo de nuestra legislación escrita, hay en el orden público vastos departamentos que se rigen exclusiva o principalmente por la costumbre. Baste citar, en comprobación, el derecho parlamentario. Formado fuera de la Constitución, y sin duda, contra su espíritu, por el solo efecto de prácticas y rutinas que una cruenta revolución sancionó, se lo respeta y se lo cumple más religiosamente que el mismo derecho constitucional. La vida entera de los ministerios, su organización, sus relaciones con cada una de las cámaras, sus facultades para proveer los cargos públicos, etc., están sujetas a ciertas reglas consuetudinarias que todo parlamentario conoce y que ningún gobernante osaría infringir. Si el Presidente de la República debe gobernar de acuerdo con las mayorías de ambas cáma-

²⁰ Savigny, *Traité du Droit Romain*, t. I. liv. I, chap. III, pag. 76.

ras; si tiene que elegir sus ministros entre aquellos ciudadanos que cuentan con la adhesión más o menos condicional de una y otra; si un ministro no puede combatir proyectos de ley propuestos por cualquiera de sus colegas; si a la menor insinuación de una u de otra rama del Congreso debe el Ministerio resignar sus carteras; si la elección para presidente de la mesa de un representante desafecto al gabinete sea causal que impongan la renuncia, etc.; todo esto está así dispuesto, no por la leyes escritas, sino por las prácticas parlamentarias.

La verdad es que por mucho que se haya desarrollado la legislación de un pueblo, por mucho que haya sido la previsión de sus legisladores, nunca se ha conseguido en parte alguna regir con sólo la ley toda la vida jurídica. Antes de la Edad Contemporánea, no hubo legislador alguno que al promulgar nuevos códigos no advirtiese, en reconocimiento de este hecho inevitable, a declarar que como parte integrante del derecho escrito, dejaba subsistente la costumbre²¹. Todos comprendía que las legislaciones no contenían, no podían contener más que una parte del derecho nacional²². Conclusión: la inevitable imperfección de todo sistema legislativo es una causa permanente que hace indispensable completar siempre las leyes con las costumbres.

Participación que la Costumbre tiene en el Derecho Sancionado por las Leyes y los Códigos

Convenido, se nos dirá; convenimos en que a los principios de desarrollo jurídico no hay más fuente de derecho que la costumbre. Convenimos igualmente en que las legislaciones completas no han logrado hasta hoy sustraer al imperio de la costumbre ciertos puntos y departamentos especiales de la vida jurídica. Pero a la vez se convendrá en que este imperio de la costumbre decrece visiblemente de día en día porque se lo va abrogando parte por parte en toda aquella creciente extensión que se va sujetando al imperio de la ley. Desgraciadamente, el acuerdo tampoco es posible en este punto, porque nosotros no creemos que las invasiones de la ley tengan por efecto cercenar el campo jurisdiccional de la costumbre.

Cuando los Códigos contemporáneos quitan toda fuerza legal a las costumbres, no les quitan, no pueden quitarles la fuerza virtual, y lo que hacen por lo común no es propiamente suprimirlas, sino subrogarse a ellas, sancionándolas para evitar la coexistencia de dos cuerpos jurídicos, uno escrito y sistemático, y otro consuetudinario e informe. Que no las suprimen lo prueba por sí solo un hecho general, un hecho que se repite en todos los siglos y en todos los pueblos, cual es que la aplicabilidad y la durabilidad de las legislaciones no guardan proporción con su excelencia ideológica, sino con su adaptabilidad al estado social y a las costumbres más generales.

Para el vulgo de los repúblicos y de los jurisconsultos, que más se guía por las apariencias que por el fondo de las cosas, el legislador es un poder soberano cuya acción ninguna causa extraña regula ni limita; que puede a voluntad hacer derecho sin tener cuenta de las circunstancias en que actúa; y que por medio de leyes subroga y elimina en los pueblos el antiguo imperio de la costumbre.

²¹ Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 135.

²² Digesto, lib. I, tit. III, ley 32. Código de Justiniano, lib. VIII, tit. LIII, leyes 1 y 2. Una ordenanza real del siglo XIV declaró en Francia que todo el reino se regía por la costumbre y que la ley escrita no obligaba a ciertos súbditos sino a título de costumbre. Asimismo, cuando en Prusia se promulgó (1794) el código llamado *Landrecht*, Derecho Nacional, quedó establecido que él se debía aplicar sólo subsidiariamente, esto es, en aquellos casos en que no rigieran normas jurídicas derivadas de la legislación local o de las costumbres. *Bulletin de la Société de Législation Comparée* de 1889, pag. 79. Las Siete Partidas, Part. I, tit. II, leyes 4 a 6.

Todas estas proposiciones y otras análogas son frutos de una observación superficial que no tiene la menor cuenta de las condiciones que la ley debe llenar para que realmente haga derecho. Si en la historia general de la evolución jurídica hay hecho bien establecido es que nunca rigieron en parte alguna legislaciones que no se adaptasen al medio social; que no han entrado en vigor, que han quedado en el papel aquéllas que han pretendido prescindir de las circunstancias externas: que aquéllas que han regido durante un tiempo más o menos largo, se dice que han envejecido y espontáneamente han caído en desuso cuando por efecto del cambio de las costumbres se han hecho inadecuadas, y que si el legislador está armado de potestad soberana para dictar leyes, a menudo con riesgo de que nadie observe, no la tiene sino muy limitada para hacer derecho, el cual sólo existe cuando se cumple. Acaso no erraríamos muy gravemente si dijéramos que, por lo general, la ley sólo tiene fuerza moral cuando antes de ser ley, es derecho.

Por efecto de causas que estudiaremos en seguida, la subordinación de las legislaciones al modo de ser y a las costumbres del medio ambiente, subordinación que en lo esencial nunca se suspende, es más absoluta en los pueblos atrasados que en los civilizados. Cuantos historiadores del derecho han estudiado los orígenes de las legislaciones primitivas han observado y repetido que cada uno de estos Códigos no fueron en el fondo más que un simple trasunto de las costumbres.

Pardessus observa que antes de invadir el Imperio Romano, los francos se regían por simples reglas consuetudinarias, pero que cuando se hubieron establecido a firme en la Galia, entre el Rhin y el Loira, creyeron conveniente fijarlas por escrito y redactaron entonces el Código conocido con el nombre de la Ley Sállica²³.

Lo mismo dice Schulte de casi todos los otros códigos que los bárbaros invasores dictaron. Según este publicista, el Código de los burgundas o de Gombetta no fue más que una recopilación de costumbres hecha por Gundebaldo; la Constitución de los alamanes, *Pactus Alamannorum*, no fue más que la costumbre escriturada de esta tribu; las Leyes de los Lombardos no fueron más que una compilación de costumbres hecha por Rothario; la ley de los Sajones no fue más que una compilación de las costumbres de Sajonia mezcladas con el derecho del Imperio Franco, etc.²⁴.

Con la autoridad de testigo presencial, certifica Eginhard, que Carlomagno dispuso la recopilación y escrituración de todas las leyes no escritas que regían en los pueblos de su imperio²⁵; y con la autoridad de su erudición, acredita Fustel de Coulanges que el Código Dracón no fue más que un mero trasunto de las costumbres²⁶.

Por lo tocante a Roma, en realidad no conocemos directamente su legislación primitiva. Las Doce Tablas, que mutiladas han llegado hasta nosotros, constituyen el cuerpo jurídico más antiguo que de aquel pueblo conocemos. Pero las tradiciones más fidedignas acreditaban que a la época en que dicho código fue dictado, hacia siglos que los romanos acostumbraban valerse de la ley para desarrollar el derecho. No obstante antecedente tan significativo, los romanistas enseñan casi unánimemente (dice Lambert) que las principales disposiciones de las Doce Tablas no fueron más que la expresión escrita de antiguas costumbres itálicas²⁷.

²³ Pardessus, *Loi Salique*, dissertation première, pag. 417.

²⁴ Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, pag. 69, 75, 78, 82 et 83.

²⁵ Eginhard, *Vie de l'Empereur Charles*, XXIX.

²⁶ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, lib. IV, chap. VIII, pag. 370. Los estudios de Glotz confirman la observación de Fustel de Coulanges. Glotz, *La Solidarité de la famille etc.*, liv. II, chap. VI.

²⁷ Lambert, *fonction du Droit civil comparé*, pag. 398. Falek, *Encyclopédie Juridique*, * 68. Para Lambert, ningún código primitivo sería propiamente una recopilación de costumbres, sino un conglomerado de adagios

Acerca de este punto da mucha luz la lectura de las Leyes de Manú. En vez de proponerse abrogar la costumbre, que según la opinión más corriente en los pueblos civilizados, es uno de los objetos de toda codificación, contiene aquel Código múltiples disposiciones dirigidas al propósito de afianzar el orden consuetudinario. "La costumbre es la ley suprema", declara una; "el brahmán que se aparte de la costumbre no gozará del fruto de Veda", dispone otra; "la ley procede de la costumbre", dice una tercera, etc.²⁸.

De estos hechos se infiere que cuando en los pueblos atrasados se acomete una empresa de codificación, nadie piensa que ella haya de traer consigo un cambio de régimen jurídico, mucho menos, una abrogación del orden consuetudinario. Ninguno, absolutamente ninguno de los Estados semicivilizados que codificaron su derecho a los principios de la Edad Media, y en los albores de la historia antigua se propuso abrogar, ni subrogar la costumbre, y ni aún completarla, mucho menos alterarla estableciendo nuevas normas jurídicas²⁹.

Principio inmanente del orden público derivado del respeto supersticioso que se guarda a las costumbres de los mayores es en todos los pueblos atrasados que nadie tiene potestad para establecer coercitivamente, por medio de normas generales, nuevos derechos y obligaciones. Los legisladores pueden reconocer en sus fórmulas el desarrollo del derecho ya consumado por la costumbre, pero no desarrollarlo ni modificarlo. Cuando en el siglo V antes de nuestra Era se discutía en Roma el proyecto de codificación del derecho consuetudinario, una de las imputaciones más graves que el patriciado hacía a los plebeyos era la de que so capa de escriturar las costumbres se proponían establecer leyes nuevas³⁰. Para los patricios la ley era la revolución. Sólo muy a la larga, ora después de luchas seculares, ora baja la dominación de autocracias absolutas han llegado los pueblos, según veremos, a conformarse con la práctica revolucionaria de hacer derecho artificialmente por medio de las leyes. Cuando los legisladores primitivos recurren al fraude tan general y tan socorrido, cuando suponen que sus leyes son inspiradas, dictadas o dispuestas por tal o cual dios, proceden así porque saben que los pueblos atrasados no reconocen a ninguna autoridad humana la facultad de establecer un derecho nuevo. Si las legislaciones primitivas no fuesen simples trasuntos de la costumbre, ciertamente nadie las acataría como que sólo tienen vigor cuanto la reconocen, la sancionan y la afianzan.

Pasemos ahora a estudiar el punto que nos toca y nos interesa más vivamente. ¿Procedería decir otro tanto de las legislaciones más desarrolladas? ¿Qué relaciones

sancionados por la jurisprudencia sacerdotal o el oráculo judicial y derivados de normas consuetudinarias. No otra sería en su sentir la naturaleza del Libro de la Alianza de los hebreos, del Corán de los árabes, del Sunchus Mór de los celtas irlandeses, y del código de las Doce Tablas. Dentro de esta doctrina, la costumbre asó como los usos y las creencias populares, no sería más que la materia prima que sirve para elaborar el derecho. Lambert, *La Fonction du Droit civil comparé*, pag. 622, 631, 696, 713, 739 et 780. Revillout, *Rapport des quirites et des Égyptiens*, pag. 7 á 9.

²⁸ Libro de las leyes de Manú, lib. I, * 107, 108, 109 y 110.

²⁹ Le mode de génération des lois anciennes (dice Fustel de Coulanges) apparaît clairement. Ce n'est pas un homme qui les a inventées. Solon, Lycurgue, Minos, Numa ont pu mettre en écrit les lois de leurs cités; ils ne les ont pas faites. Si nous entendons par législateur un homme qui crée un code par la puissance de son génie et qui l'impose aux autres hommes, ce législateur n'exista jamais chez les anciens. La loi antique ne sortit pas non plus des votes du peuple. La pensée que le nombre des suffrages pouvait faire une loi n'apparut que fort tard dans les cités, et seulement après que deux révolutions les avaient transformées. Jusque-là les lois se présentent comme quelque chose d'antique, d'immuable, de vénérable. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III. chap. XI, pag. 220.

³⁰ Denys D'Halicarnase, *Antiquités Romaine*, t. VI, liv. X, chap. II, pag. 9.

rienen con la costumbre? ¿Se las dicta bajo la sola inspiración de la ideología, sin tener cuenta del estado social, o se las dicta en rigurosa conformidad con el modo de ser de los pueblos? A esto contestamos que salvo casos excepcionales que estudiaremos más adelante, casos en que los legisladores se proponen o proveer a dificultades imprevistas o corregir defectos y vicios del carácter nacional, la regla general es que so pena de la más absoluta ineficacia, el orden legislativo se conforme rigurosamente con el orden consuetudinario.

Que el imperio de las legislaciones más desarrolladas no abrogue, no pueda abrogar el de las costumbres es un hecho que resalta en la ordinaria aplicación de las leyes. Por lo común no se puede determinar el sentido de una disposición cualquiera si precinde del sentido usual de las palabras³¹, y para fijar el alcance de los mandatos y prohibiciones hay que recurrir frecuentemente a estudiar los antecedentes y las creencias dominantes, y el estado de la moralidad y las inclinaciones de la opinión pública.

¿Hay una ley que castiga aquellos actos de inmoralidad que causan escándalo? Como se prescindía del estado social para fijar su alcance, ella dice muy poco o muy mucho. En el oriente comete escándalo la hembra que se presenta en público a cara descubierta; y en los pueblos más civilizados pasaría por ridícula gazmoña la dama que en un baile no exhibiese su busto desnudo, desde el estómago arriba.

De estos hechos se infiere que el solo estudio de las leyes independientemente del modo y forma cómo la costumbres las aplica sobre que no da ni mucho menos idea exacta del derecho, es ocasionado a inducir en graves errores. Para el publicista europeo que se proponga averiguar en nuestra Constitución cual sea nuestra sistema de gobierno, no será dudoso que en Chile está establecido el régimen de los gabinetes presidenciales; pero nosotros sabemos que por efecto de las prácticas de ambas cámaras legislativas, el régimen que seguimos es el de los gabinetes parlamentarios. Para el publicista chileno que en el estudio de la leyes inglesas se proponga averiguar cuál sea la situación de los empleados públicos de Inglaterra, tampoco será dudoso que carecen ellos de toda garantía de estabilidad, porque se les nombra para que permanezcan en sus puestos durante beneplacito y son siempre amovibles a voluntad de la corona. Pero las costumbres han limitado de hecho las facultades omnímodas de la corona, en términos (observa Dupriez) que la situación de los funcionarios ingleses está prácticamente mejor garantida que la de todos los funcionarios del resto de Europa. Legalmente son siempre amovibles, pero de hecho tienen carácter vitalicio porque la autoridad superior nunca los remueve como no haya motivos graves que justifiquen la remoción. La destitución de un *staff-officer* será asunto sensacional y provocaría en el parlamento graves debates. No ha muchos años la destitución de un simple factor de los correos ocasionó la formación de un inmenso expediente de más de 2.600 fojas que se llevó a las Cámaras³².

¿Qué más prueba necesitamos para concluir que aún las legislaciones más desarrolladas de los pueblos más cultos jamás pueden prescindir de la costumbre? Si en los pueblos más civilizados parece ser muy restringido el campo donde ella rige, es porque la mayor parte de las instituciones y de las normas jurídicas que originalmente, en siglos muy remotos, fueron por ella establecidas, habiendo sido más tarde sancionadas por el derecho escrito aparecen como obras legislativas ante quien no conocer sus orígenes primitivos³³. Según ya lo hemos observado y repetido, la determinación de esos

³¹ Meyer, *De la Codification*, pag. 170.

Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 156.

³² Quand Justinien parvint à l'empire (dice Savigny) le droit populaire n'existait plus depuis longtemps sous sa

orígenes, hecha en los capítulos precedentes, nos lleva derechamente a las inconcusas conclusiones que siguen: 1ª que todas las instituciones y normas fundamentales del orden jurídico son obras de la costumbre; 2ª que los legisladores primitivos nunca hicieron otra cosa que declararla, sancionarla y formularla; y 3ª que los legisladores posteriores, aún los más ufanos de su omnipotencia, nunca han hecho más que reglamentarlas desarrollarlas y reformarlas precisamente con el propósito más o menos deliberado de adaptarlas a nuevas costumbres de los pueblos.

En suma, si exceptuamos una parte del derecho escrito que especificaremos más adelante, todas las legislaciones no son en la fundamental más que la costumbre reducida a fórmulas. En los pueblos más civilizados, donde los intereses más contrapuestos nunca dejan deponerse bajo el amparo de doctrinas abstractas la costumbre sirve de lastre a los legisladores contra las ideologías. Las legislaciones que se establecen con prescindencia de la costumbre, sean de carácter político, sean de carácter civil, quedan reducidas al papel de simples programas de aspiraciones sin valor práctico³⁴.

No menos importante es el papel que la costumbre desempeña en la aplicación de las leyes vigentes, porque el funcionario que quisiera prescindir de ellas no acertaría a interpretarlas cómo aplicarlas. Cuando las antiguas costumbres se han establecido con sabiduría y se siguen con fidelidad (decía Platón) sirven de salvaguardia a la leyes escritas; y a la inversa, cuando se las ha establecido mal o son mal observadas, el edificio entero de las leyes se derrumba como se derrumba una obra de arquitectura, siempre que llegan a faltar alguna piezas fundamentales. En realidad, no pueden subsistir las leyes y las costumbres sino en cuanto unas y otras se prestan recíproco apoyo³⁵.

Confusión Jurídica Propia de las Legislaciones Primitivas

Siendo como son las legislaciones primitivas simples trasuntos de la costumbre, fuerza es que se distingan por los mismos caracteres que distingan al derecho consuetudinario. ¿La costumbre somete a reglas comunes todos los órdenes jurídicos sin distinciones específicas? Pues la misma confusión encontramos en todas las legislaciones primitivas.

Muy particularmente se distingue bajo este respecto la de los israelitas: en ningún código primitivo es mayor la mescolanza; lo civil y lo penal, lo público y lo privado, lo profano y lo religioso, todo aparece confundido en una sola masa. Entre los mandamientos y prescripciones que reglaban el culto, las festividades, los sacrificios, las purificaciones (observa Spencer) se leen en el Pentateuco las reglas que se debían seguir en la conducta diaria, en la alimentación, en la cocción de los alimentos, en el cultivo de los campos. Unas prohibían sembrar en un mismo terreno granos diferentes; otras fijaban el trato que se debía dar a los esclavos y el salario de los obreros; otras regían los contratos mercantiles y la compraventa de inmuebles, y otras, en fin, prescribían las franjas del vestido y el corte de la barba³⁶.

forme primitive. Ses parties les plus importantes avaient, du temps de la République, passé dans les décrets du peuple ou dans les édits. La littérature du droit s'était emparée du reste, qui dès lors figure comme droit scientifique... On ne saurait donc s'imaginer l'ancien droit coutumier subsistant comme droit commun à côté des recueils de Justinien; car toutes ses créations importantes avaient nécessairement trouvé place dans le Digeste ou dans le Code. Savigny. Traité du Droit Romain, t. I, liv. I. chap. III, pag. 75 et 76.

³⁴ Savigny, De la vocación de nuestro siglo para el derecho, pág. 28 y 31.

³⁵ Platon, Les lois, liv. VII, pág. 242 et 243.

³⁶ Spencer, Principes de Sociologie, t. III, * 531.

Antes de proseguir el examen de las legislaciones primitivas, es oportuno tomar nota de ciertas observaciones que esta mescolanza sugiere.

En los pueblos más civilizados las normas jurídicas, esto es, las normas de carácter coercitivo no rigen más que una porción, más o menos considerable de los actos humanos. Por lo tocante a los demás, el hombre conserva su libertad porque el Estado interviene ni para bueno ni para malo.

Por efecto de esta limitación del campo jurisdiccional de la ley, espontáneamente se ha establecido en ellos la distinción fundamental del orden jurídico, regido por normas coercitivas, y de los demás órdenes sociales, el orden moral, el orden industrial, etc., donde el hombre puede hacer libremente de su capa un sayo.

Cuáles sean determinadamente los actos que deban sujetarse a normas jurídicas, no se puede decirlo en abstracto. En unas sociedades son unos, en otras, otros. Todas las que constituyen el núcleo de la cultura tienen sometidos a regímenes especiales el acto de contraer matrimonio, el de testar y el de contratar, etc. Pero en teoría no hay inconveniente para quitar el carácter jurídico a cualesquiera de ellos. Que el Estado reglamente las siembras y las cosechas nos parece el como del absurdo a los que vivimos bajo el régimen de la propiedad individual. Pero la reglamentación es indispensable bajo el de la comunidad. Lo cual significa que en realidad no hay actos que por naturaleza sean jurídicos. A todo acto humano se puede dar carácter jurídico: basta que el Estado regule su ejecución sujetándolo a normas determinadas y atribuyéndose efectos especiales. Cuáles convenga regir por medio de tales normas es cuestión de arte política que se debe resolver en atención a las peculiares necesidades de cada estado social³⁷.

Estas observaciones sugieren la clave de la confusión de órdenes que se nota en la legislación mosaica. ¿Por qué no se distingue en el Pentateuco el orden jurídico de los demás órdenes? Por una razón muy elemental; porque el legislador hebreo no ha dejado entregada al libre albedrío del hombre parte alguna de la actividad humana. Dado que en los tiempos primitivos, digamos en los tiempos anteriores a Moisés, las solas costumbres regían indistintamente todos los actos humanos, no había razón para que la legislación mosaica, simple trasunto de ellas, hiciera distinciones sometiéndolos unos a régimen y dejando los otros entregados a las inspiraciones del libre albedrío.

Esta confusión universal no es peculiar de los israelitas: rige, tiene que regir en todos los pueblos bárbaros, particularmente antes de que se escribieran las normas consuetudinarias. Dindeldstedt dice que en el derecho consuetudinario de los khevsures no se distingue la vida pública de la privada, ni los deberes morales de las obligaciones civiles, ni los castigos paternos de las condenaciones judiciales³⁸. Lo mismo, exactamente lo mismo, se puede decir de cualquier pueblo bárbaro.

Por la misma razón, esto es, porque la costumbre no distingue lo público de lo privado, ni lo civil de lo religioso, sujetándolo todo a normas comunes, tampoco hacen las legislaciones primitivas distinción alguna entre los varios órdenes jurídicos. El privilegio de la primogenitura y la exclusión de las hembras rigen por igual en lo privado y en lo público. A unas mismas reglas hereditarias se sujetan la sucesión doméstica y la sucesión del trono. La soberanía se confunde con la propiedad, y la autoridad con el dominio.

Por efecto de esta confusión, que nada distingue, toda legislación primitiva es una pepitoria de disposiciones de la más varia naturaleza.

³⁷ Cogliolo, Estudios acerca de la Evolución del Derecho Privado, cap. IV, pág. 34.

³⁸ Dindeldstedt, Le Droit coutumier des Khevsoures, pag. 3

El Libro de Manú, que a semejanza del Pentateuco, es ante todo una Biblia encargada de transmitir de generación en generación la herencia sagrada de las tradiciones y creencias cosmogónicas, tiene por igual el múltiple carácter de Código Civil, Código Penal, Código Procesal, Código Político y Código religioso.

Poco menor es la mescolanza que hay en el más antiguo de los códigos romanos. Dionisio de Halicarnaso dice que el Código de las Doce Tablas estaba dividido en tres partes, la del derecho sacro, la del derecho público y la del derecho privado³⁹. Pero en las Doce Tablas que han llegado a nuestros días, reconstituidas mediante las citas de los antiguos historiadores y jurisconsultos⁴⁰, no hay el menor indicio de semejante división. Como quiera que en ellas aparecen entremezcladas las disposiciones más heterogéneas de todos los órdenes jurídicos lo más presumible es que dicho Código no hiciera distinción ni división alguna. Por lo menos, es así, es caracterizado por la confusión de todos los órdenes jurídicos como lo conocemos, porque entre las leyes penales, que naturalmente predomina, las hay civiles, procesales, políticas y pontificias.

Observaciones análogas hace Schulte respecto de cada uno de los códigos que entre los siglos V y VII promulgaron los bárbaros invasores. Ninguno de ellos distingue ni separa los órdenes jurídicos. Las leyes que fijaban las penas de los delitos aparecen entremezcladas con las que organizaban la justicia, con las que reglaban los procedimientos, con las que proveían a la situación del rey, con las que fijaban la forma de los contratos, con las que establecían los derechos de familia y de herencia⁴¹.

En 1346, Carlos IV de Bohemia, escrituró las normas jurídicas de carácter consuetudinario, formando el código que en honor suyo se ha llamado Majestad Carolina. De este cuerpo jurídico dice Dareste, que era un código completo que a la vez contenía el derecho político, el derecho civil, el derecho penal y el derecho procesal del reino⁴².

Podemos, pues, concluir que es carácter propio de las legislaciones primitivas el confundir lo espiritual y lo temporal, lo civil y lo penal, lo público y lo privado, la moral y el derecho. Las prescripciones del culto, las reglas de la higiene, las normas de la vida jurídica, las prácticas de la vida pública aparecen en los códigos más antiguos entremezclados en distintos hacinamientos.

Irreformabilidad del Derecho Primitivo

La confusión de los órdenes jurídicos no es la única particularidad que las legislaciones primitivas hereden directamente de la costumbre, porque del mismo origen les viene el carácter de irreformables con que se establecen y perpetúan.

Cuanto sea irreformable el derecho consuetudinario de los pueblos más atrasados, lo sabemos por el testimonio de centenares de viajeros y etnógrafos.

Martínez de Bernavé dice de los indígenas de Valdivia que nunca se separaban de sus usos y costumbres, teniendo por precepto inviolable el ejemplo de sus antepasados; y Smith dice de los de la Araucanía, que propiamente no se regían por leyes sino por antiguas costumbres que ellos estimaban sagradas y observaban con la mayor estrictez⁴³.

³⁹ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. VI, liv. XI, chap. VII, pag. 307. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, chap. XI, pag. 218.

⁴⁰ Krueger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, * 2, pag. 15.

⁴¹ Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, * 23, 24, 32 et 34.

⁴² Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 161.

⁴³ Smith, *Los Araucanos*, cap. XIV, pag. 151. Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, cap. XLIX.

Entre los Aztecas de Centro América, la asamblea soberana, compuesta de diputados de todos los calpullis, estaba instituida principalmente, no para hacer derecho nuevo, dictando leyes, sino al contrario para velar por el mantenimiento de las costumbres antiguas⁴⁴.

Testimonios análogos se han registrado respecto de otros pueblos. Según ciertos autores citados y (podemos decirlo) afianzados por Spencer, los tupís del Brasil creen que serían destruidos ni se apartasen de las costumbres de sus abuelos; los caciques más despóticos y caprichosos de los damaras, respetan fielmente las tradiciones y costumbres de sus antepasados; entre los dayakes, la costumbre es una verdadera ley cuya infracción se castiga con una multa; y entre los malgaches, la idea de progreso es absolutamente inadmisibles porque creen que toda innovación tiene por efecto algún mal⁴⁵. Bagehot generaliza estas observaciones. Ningún pueblo bárbaro (dice) puede resignarse a ver que uno de los suyos se aparte de los antiguos usos y costumbres, porque las más de las veces temería ser exterminado por los dioses si tolerase cualquier innovación. Este temor viene de su régimen penal: mientras en los pueblos más civilizados la responsabilidad de las acciones es exclusivamente personal, en los más atrasados se cree que el acto de impiedad ejecutado por un individuo cualquiera mancha a la tribu entera que lo tolera. Bajo el imperio de esta creencia, la tolerancia es un crimen⁴⁶, y un principio fundamental del orden social (agregaremos) la inmodificabilidad del régimen consuetudinario.

Pues bien, las legislaciones primitivas, que son simples trasuntos de la costumbre, se establecen bajo la inspiración del mismo principio.

Según cierta tradición registrada por Plutarco, cuando Licurgo hubo completado su obra legislativa, anunció un viaje a Delfos e hizo jurar a los espartanos que por lo menos hasta su regreso, respetarían las leyes que les había impuesto. En seguida se fue a la ciudad santa, de donde nunca volvió, ora porque se diese la muerte, ora porque se condenase a destierro perpetuo⁴⁷. Lo cual significa que se sacrificó para asegurar mejor la perpetua irreformabilidad de sus leyes.

A un arbitrio análogo recurrió con el mismo propósito el segundo legislador de Atenas. Solón hizo que todos los magistrados superiores se comprometiesen por juramento a mantener sus leyes sin modificación alguna durante cien años⁴⁸, cierto sin duda de que al cabo de este plazo estarían los atenienses tan habituados a ellas, que ya no sería posible cambiarlas.

De las leyes que Charondas dio a la república de Thurium, se dice asimismo que apercibían con la pena eventual de muerte al que propusiera reformarlas si la reforma no era aceptada. El autor debía presentarse al pueblo con una soga al cuello para ser incontinenti ahorcado si una vez oída su exposición de motivos, se negaba la aprobación a su proyecto⁴⁹.

Por último, tanto en Creta como en Lacedemonia, estaba prohibido a los jóvenes criticar las leyes. Su deber era tenerlas por obras perfectas de los dioses. Sólo a los ancianos era permitido comunicar reservadamente a los magistrados las observaciones que el estudio de la legislación les hubiese sugerido⁵⁰.

⁴⁴ Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 314.

⁴⁵ Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, * 467.

⁴⁶ Bagehot, *Le Développement des Nations*, liv. III, pag. 112.

⁴⁷ Plutarco, *Vies des Hommes Illustres*, t. I, Lycurgue, pag. 132.

⁴⁸ Plutarco, *ob. cit.* I. Solón, pag. 213.

⁴⁹ Platon, *La République*, liv. IV, pag. 145. Diodoro de Sicilia, *Bibliothèque Historique*, t. III, liv. XII, pag. 200.

⁵⁰ Platon, *Les Lois*, liv. I, pag. 17.

En el propósito de garantizar la perpetua vigencia de las instituciones y las leyes, concordaban con los legisladores todos los autores políticos de más nota. Platón enseñaba que uno de los principales deberes del gobernante es impedir que en el pueblo cundan novedades contrarias a las normas jurídicas establecidas; y porque los cambios en la legislación son originados por los cambios de las costumbres, proponía Aristóteles la institución de una magistratura especialmente encargada de reprimir a aquellos cuya conducta no se ajustase a la constitución⁵¹.

Como Platón y como Aristóteles, pensó toda la antigüedad. Cuando el senado romano prohibía que dentro de la ciudad se dieran enseñanzas que no se conformasen con las autorizadas en los tiempos más antiguos; y cuando el censor era armado de facultades para velar por la corrección de la vida privada, propiamente no se perseguían propósitos morales o religiosos, sino el propósito político de mantener incólumes aquellas costumbres, buenas o malas, que servían de fundamento a las antiguas leyes e instituciones del pueblo romano.

De la misma vana ilusión se alimentaron aquellos filósofos que vagaron en busca del ideal de la constitución perfecta. Como quiera que no se podría modificar lo perfecto sin desperfeccionarlo, no admitían ellos en principio la natural reformabilidad de las instituciones; sólo admitían como un hecho accidental el cambio que se imponía por entonces, cambio indispensable para pasar de lo imperfecto a lo perfecto, y que se podría evitar y no tendría objeto para lo futuro. Sin una serie histórica de sucesos bastante extensa para poder inferir la noción del desarrollo social, no podían imaginar la posibilidad de que un régimen cualquiera, perfecto en sus orígenes, llegara a desperfeccionarse por efecto del solo cambio de las condiciones sociales. Cuando notaban que las antiguas leyes se resentían de caducidad, achacaban el mal o a la depravación de los ciudadanos que no se avenían a respetarlas o a la torpeza de los legisladores primitivos, que no habían acertado a establecer regímenes perfectos. No teniendo idea del desarrollo social, tampoco podían tener la del desarrollo jurídico, que hace necesario cambiar las leyes. Todo proyecto dirigido a abrogar las instituciones antiguas se fundaba en la suposición de que las nuevas habían de regir a perpetuidad, y los mismos que arrasaban la obra de sus antecesores se imaginaban poder resguardar la propia contra una análoga emergencia prescribiendo, para prevenir las innovaciones, juramentos de obediencia perpetua y medidas de represión inexorable.

En respeto a estas doctrinas, fue práctica casi invariable de los Estados antiguos mantener en vigor sus legislaciones a través de los más hondos cambios políticos y sociales, absteniéndose de modificarlas o abrogarlas. Los códigos dictados por los legisladores en representación de los pueblos no se distinguieron en este punto de los dictados por los sacerdotes en representación de los dioses: unos y otros se mantuvieron por igual en perpetua vigencia.

Que muchas leyes antiguas caían espontáneamente en desuso porque se hacían inaplicables o quedaban de hecho sin aplicación porque no se conciliaban con las nuevas, radicalmente contrarias, bien lo sabemos; pero por más inaplicables que hubiesen llegado a ser, se suponía que continuaban vigentes, y por mucho que chocase la contradicción entre las anteriores y las posteriores, era entendido que las unas regían con tanto vigor como las otras. En Atenas, las leyes solonianas, dictadas evidentemente por vía de reacción contra el código draconiano, promulgado 30 años antes, lo subrogaron de hecho, pero no lo abrogaron jurídicamente; y en Roma, las Doce Tablas, donde aparece por primera vez el principio nuevo que la ley última es la que constituye

⁵¹ Aristóteles, *La Politique*, liv. VIII, chap. VII, * 8. Dareste, *La Science du Droit en Grèce*, pag. 302 et 303.

el derecho, rigeron en principio durante un milenario, o sea hasta Justiniano, aunque de hecho hacía mucho tiempo que había caído en desuso la mayor parte de sus disposiciones⁵².

Que la irreformabilidad de las legislaciones primitivas trae a los pueblos, no males, sino bienes, es un hecho que fácilmente se puede demostrar.

Dado que el desarrollo del derecho tiene que subordinarse al de la sociedad, ningún mal apreciable puede ocasionar la irreformabilidad en aquellos pueblos, cuales son los atrasados, que permanecen durante larguísimas épocas iguales a sí mismos. No otra explicación tiene el que algunas legislaciones primitivas se hayan mantenido en vigor durante miles de años.

En tales condiciones, la irreformabilidad garantiza de generación en generación la íntegra transmisión de una verdadera herencia de adquisiciones jurídicas y morales, capital acumulado por la experiencia de los siglos; e impone a los pueblos bárbaros y semicivilizados, de suyo mal dispuestos a la obediencia, hábitos de orden y disciplina que suplen la falta o la mera deficiencia del gobierno.

En el orden privado, este principio sirve de garantía a todos los derechos. Como quiera que en sus orígenes el régimen legal es mero trasunto del régimen consuetudinario, el principio de la irreformabilidad sólo significa que no puede el legislador cambiar la costumbre ni el orden jurídico tradicional por medio de las leyes, ni atribuirles, por consiguiente, efectos retroactivos.

Empero, sean unos u otros los efectos que la irreformabilidad traiga consigo, no está en la mano del hombre el mantenerla a perpetuidad en todas partes.

Dado que el derecho no es en el fondo más que un modo de ser y de vivir de la sociedad, de suyo se infiere que todas las precauciones de los legisladores no han de bastar a impedir los cambios jurídicos cuando en un pueblo sobrevienen a cambios sociales.

Por cierto, si las sociedades no cambiaran, si no aumentaran o disminuyeran su población, su territorio, su riqueza, su industria, su ciencia; si no se modificaran día a día sus ideas, sus creencias, sus costumbres; si tuvieran ellas, en una palabra, la naturaleza de los cuerpos minerales, no sujetos a desarrollo: el principio de la irreformabilidad regiría perpetuamente en el mundo entero, porque no cambiando las condiciones sociales, el derecho que hoy conviniera al pueblo nunca dejaría de convenirle.

Pero los pueblos que constituyen el núcleo de la civilización no son evidentemente cuerpos pétreos o petrificados, puesto que a través de las edades, ninguno ha permanecido igual a sí mismo, habiéndose modificado y desarrollado profundamente sus elementos sociales ¿cómo habrían podido permanecer invariables las normas jurídicas que los han regido?

Los romanos comprendieron muy bien, como parece haberlo comprendido antes el grande Aristóteles, que los cambios en el orden social los ocasionan a la larga en el orden jurídico. El senado y los censores, en efecto, pusieron de continuo particular empeño en evitar novedades en las costumbres y en la enseñanza. Un historiador romano, por ejemplo, nos ha conservado un decreto del Senado y una declaración de la censura que en interés de la República, prohibían dar dentro de la ciudad ciertas enseñanzas que se juzgaban contrarias a las autorizadas por los antepasados⁵³. Pero el au-

⁵² Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, chap. XI, pag. 222. Tab. XI, <Quod postremum populus iusserit, id ius ratumque esto>. Titre-Live, *Histoire Romaine*, t. III, liv. VII, chap. XVII, pag. 449. Sohm, *Historia e Instituciones del Derecho privado Romano*, * 12, pág. 82.

⁵³ Aristóteles, *La politique*, liv. chap. V. Ortolán, *Hist. de la législ. romaine*, 2^a époque, 49.

mento del territorio y de la población, el de los esclavos y el de la riqueza, cambiaron radicalmente las condiciones de la sociedad que en un tiempo se rigió por el Código de las Doce Tablas, y minaron insensiblemente toda la legislación y las instituciones primitivas.

Es un hecho notorio que hasta hoy no ha penetrado en el espíritu de los legisladores la noción científica del derecho, como que en pueblos sujetos a cambios permanentes, jamás habrían creído posible perpetuarlo si hubiesen advertido que las relaciones jurídicas son simples relaciones sociales. Para el común de los legisladores, el derecho no es más que la legislación, y la legislación no es más que una armadura externa y artificial que ellos pueden cambiar a voluntad. Pero aún bajo este respecto superficial ¿cómo no comprender que en los pueblos sujetos a cambios permanentes, la legislación dictada para satisfacer las necesidades sociales de una época, ha de ser inadecuada para satisfacer las de una época diferente?

Observemos los hechos para averiguar lo que nos dicen. ¿Qué vemos? Vemos que mientras en los pueblos atrasados, de lentísimo desarrollo social, el derecho parece pretificarse perpetuándose a través de innumerables generaciones, él se modifica con suma frecuencia en los más adelantados, los cuales han venido pasando de siglos atrás por continuos y profundos cambios.

¿Qué conclusión inferiremos a estos hechos? La siguiente: que no es lícito instituir el derecho sobre la base de la irreformabilidad, porque fatalmente él se cambia siempre que cambian las costumbres.

Aunque en la historia, de los pueblos más civilizados se haya repetido ciento y mil veces el mismo hecho, cual es, el cambiarse el derecho cada vez que ha cambiado el modo de ser de la sociedad el principio de la reformabilidad no ha venido a incorporarse en la ciencia sino en la edad contemporánea. Proclamado por el espíritu revolucionario, que ha predominado durante ella y que en cien ocasiones ha tenido que justificar el cambio de los códigos y de las instituciones no ha venido a quedar teóricamente aceptado sino cuando el descubrimiento de la ley del desarrollo social ha impuesto como consecuencia el reconocer la ley del desarrollo jurídico.

A fines de siglo XVIII, todavía florecía una escuela de publicistas y jurisconsultos, que en interés del respeto que conviene guardar a las autoridades y a las leyes, sostenía que en medio del cambio de todas las cosas sociales, se debía mantener invariable el derecho. Pero entonces el espíritu sereno, audaz y penetrante de Bentham destruyó, como se destruye de un manotón una telaraña, la especiosa doctrina con que ellos pretendían justificar la eterna paralización del derecho.

Quienes defienden la irreformabilidad de las leyes (observaba), sostienen en el fondo un sofisma cuya falsedad resalta con sólo enunciarlo.

"Rechazamos, (dicen), esta reforma que se nos propone, no porque sea mala, puesto que no nos permitimos ni aún examinarla; rechazámosla, porque va dirigida a cambiar una ley que nuestros antepasados declararon irrevocable". Pero ¿qué vale semejante razón? ¿A quién convencerá ella de que el soberano de hoy está obligado a mantener lo que estableció el soberano de ayer, aunque el mantenimiento esté ocasionando daños, perjuicios y trastornos?

Si en cada época tiene el soberano muchos medios para conocer las necesidades que su ley va a satisfacer, ninguno tiene para conocer las de un porvenir más o menos remoto. Aceptado el principio de la irreformabilidad, tendríamos que para todo ese porvenir que la más sabia previsión no alcanza ni aún a vislumbrar, el gobierno sería transferido de manos de los legisladores actuales, que tienen todos los medios de estudio y conocimiento, a manos de los legisladores antiguos, que no pudieron saber lo

que hoy sucedería. Nosotros los hombres del siglo XX no podríamos lícitamente regirnos por las leyes que a nuestro juicio mejor satisficieran nuestras necesidades, sino que estaríamos obligados a regirnos, por ejemplo, en el orden procesal por las leyes de don Alfonso el sabio, y contando como contamos con cinco siglos más de experiencia, tendríamos que renunciar a la facultad inamisible de recurrir a nuestro propio criterio para saber lo que más nos convenga⁵⁴.

De Cómo la Justicia Desarrolla el Derecho

En los párrafos que inmediatamente preceden, hemos establecido uno a continuación de otro ciertos hechos que han de servirnos de pie para adelantar nuestras investigaciones y que son: 1º que los pueblos más atrasados tienen un apego invencible a sus costumbres y normas jurídicas, repudiando en principio todo acto dirigido a cambiarlas; 2º que los de civilización media establecen sus primeras legislaciones con el carácter de irreformables y perpetuas; y 3º que en principio la irreformabilidad de las leyes y de las instituciones se ha mantenido hasta los grados superiores de la civilización.

Por otra parte, de los seis primeros capítulos de esta obra, infiérese un hecho general muy diferente, por no decir contrario, cual es, que las instituciones y las ramas fundamentales del derecho están naturalmente sujetas a la ley de una evolución permanente, como que su desarrollo jamás se ha paralizado ni aún bajo el pleno imperio del principio de la irreformabilidad.

Dados estos dos hechos, evidentemente contradictorios, por una parte el de la irreformabilidad absoluta, y por otra, el de una evolución permanente que supone cambios continuos y regulares ¿cómo se opera el desarrollo del derecho y de las instituciones?

Como quiera que durante la mayor parte de la vida de los pueblos no hay ni puede haber más derecho que el derecho consuetudinario, salvo los casos excepcionales de imposiciones autocráticas, apenas necesitamos observar que durante la misma época no se opera ni puede operarse el desarrollo jurídico sino por efecto de una sola causa, cual es el cambio espontáneo de los usos, prácticas y costumbres.

Verdad es que el sentimiento público, más bien que las autoridades, querría mantener absolutamente invariable el régimen consuetudinario y que con este propósito reprime con vigor cuantos actos parezcan dirigidos a infringirlo o modificarlo. Pero si esta represión logra en realidad impedir aquellos actos que ostensiblemente alterarían el orden establecido, no hay autoridad, ni fuerza, ni previsión que estorbe esas innovaciones insensibles e imperceptibles que a nadie alarman porque a los principios parecen respetar todos los derechos adquiridos y conformarse con todas las normas establecidas y porque sólo a la larga, cuando por efecto de la repetición se han convertido en costumbre y en derecho, dejan ver la brecha que han venido abriendo en la intangible fortaleza. De modo tan espontáneo e insensible se opera esta evolución que a menudo, según veremos, no la notan ni aún aquéllos que en la historia aparecen más empeñados en realizarla.

Todo sistema jurídico, sin exceptuar aquéllos que se establecen sobre la base de la irreformabilidad, se puede modificar: o bien deliberadamente, esto es, por acto del Estado, de ordinario por medio de leyes; o bien espontáneamente, sin intervención del legislador, por efecto del simple cambio de las ideas, sentimientos y costumbres del

⁵⁴ Bentham, *Oeuvres*, t. I, pag. 452.

pueblo. De los cambios legislativos, que de hecho suponen la abrogación del principio de la irreformabilidad, hablaremos más adelante. En cuanto a los cambios espontáneos, todos provocados por el cambio incesante de las necesidades sociales, se operan, se concretan y sintetizan o bien por obra de la jurisprudencia judicial, o bien por obra de la jurisprudencia teórica⁵⁵.

A primera vista se tiene por absurdo el suponer que la justicia puede modificar el derecho establecido. Como quiera que en todos los Estados cultos rige un principio constitucional que reduce las funciones judiciales a la mecánica aplicación de las leyes, no es fácil comprender cómo puedan los tribunales extralimitar esta órbita de sus atribuciones⁵⁶. Los jueces mismos protestan como protestarían contra una imputación criminal cuando se les advierte que en sus fallos han dado tales o cuales leyes sentidos que no se concilian con su espíritu genuino.

Aún en aquellos Estados que se rigen por la sola costumbre, los jueces viven bajo la ilusión de que en sus fallos nunca alteran el derechos tradicional, porque no hacen más que aplicar normas jurídicas que al través de los siglos permanecen siempre iguales a sí mismas.

Tal es la ilusión que durante largas centurias ha cegado a los jueces ingleses. Hasta los últimos tiempos, han vivido ellos en la certidumbre de que las sentencias de hoy eran iguales a las de ayer y han pretendido demostrar que no ha podido haber diferencias, porque habiendo fallado siempre en rigurosa conformidad con los precedentes judiciales, esto es, con las decisiones dictadas en siglos anteriores, nunca han tenido campo para la arbitrariedad⁵⁷.

Sin embargo, (observa un jurisconsulto del siglo XVI), no se necesita más que abrir los ojos cuánto las decisiones de los tiempos modernos se apartan de las antiguas. La misma observación repitió Bentham a principios del siglo XIX, cuando hizo notar que la llamada ley común, cuyos fieles intérpretes creen ser los jueces, no es ahora lo que fue antes, aunque el legislador nada haya hecho para modificarla⁵⁸. Resultado de estas discusiones es que al presente se admite que en Inglaterra la magistratura hace las veces de una verdadera legislatura y que el derecho inglés es en parte formado y reformado por los fallos judiciales⁵⁹.

Spencer cita dos casos en que los tribunales ingleses han modificado últimamente, sin darse cuenta, el derecho consuetudinario. En una se trataba de resolver si el marido puede o no retener por fuerza a su mujer; y en el otro, sin el maestro puede o no dar de varillazos a sus discípulos. En siglos anteriores, nunca se había puesto en duda ni la facultad del marido para proceder violentamente contra su mujer ni la del maestro para golpear por vía de corrección a sus discípulos. Pero es el hecho que bajo la sola inspiración de los sentimientos más cultos que hoy animan a la sociedad inglesa, sin que el legislador haya intervenido para suprimir prácticas tan groseras, las Cortes superiores han resuelto ambos casos negando al maestro y al marido facultades cuyo ejercicio secular nunca había suscitado antes protestas⁶⁰. En resumen, aunque los jueces ingleses protesten vivamente contra la calidad de innovadores que se les atribuye, no es dudoso, que de manera insensible e indeliberada van cambiando en cada día el derecho tradicional.

⁵⁵ Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. II, pag. 25.

⁵⁶ Lambert, *Fonction du Droit civil comparé*, pag. 162.

⁵⁷ Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag. 98. Lambert, *La Fonction du Droit civil comparé*, pag. 76.

⁵⁸ Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag. 98 et 113.

⁵⁹ Louis, *Notice sur un Projet de Code criminel Anglais*, pag. 3

⁶⁰ Spencer, *Justice*, * 43.

Lo mismo, absolutamente lo mismo, han hecho en todos los tiempos los jueces de todos los pueblos.

Si hay Estados donde no sea lícito a la justicia desentenderse de los preceptos legales, en ninguno es más rigurosa que en Chile esta restricción. Pero no pudiendo los jueces chilenos, como no lo pueden los de partes alguna, sustraerse al influjo incontrastable de la cultura social, abrogaron de hecho la parte más bárbara de la antigua legislación española mucho antes de que las leyes nacionales viniesen a derogarla. Por ejemplo aunque el derecho español incapacita a los herejes para servir de testigos e imponía penas inhumanas a ciertos delitos, no aguardaron los jueces chilenos a que se promulgaran el código procesal y el código penal para rehabilitar a los incrédulos y para repudiar medios tan bárbaros de represión.

A la verdad, carecería de fundamento el afirmar que siempre los jueces se hayan anticipado a los legisladores en la obra de eliminar los restos subsistentes de pasada barbarie. Por su naturaleza los casos citados de Chile y de Inglaterra han de ser excepcionales. Pero advirtámoslo: el que sean excepcionales no significa que sean poco numerosos. No hay pueblos donde no haya correspondido innumerables veces a la justicia la iniciativa de cambiar el derecho tradicional dejando sin aplicación aquellas partes que más repugnaban a los sentimientos morales y jurídicos. Así es como en muchos pueblos ha quedado suprimido el odiosísimo privilegio de la prelibación.

Según lo expusimos más arriba, son innumerables los pueblos bárbaros y semicivilizados donde ha regido la costumbre de que las doncellas de las clases inferiores fuesen desfloradas, no por sus maridos, sino por los poderosos o por los sacerdotes. Asimismo demostramos allí que durante los siglos medios, se arrogaron y usufructuaron este privilegio los señores feudales, y entre ellos, los prelados eclesiásticos. Pues bien, este privilegio, que en muchos pueblos fue abolido por cartas de franquicia y cédulas reales, desapareció en otros porque la justicia le negó su amparo. Yo mismo he visto en la Corte de Bourges (dice un autor citado por Letourneau) una apelación traída ante el metropolitano contra un párroco que pretendía tener, en virtud de la costumbre, derecho a la flor de las doncellas que se desposaran. No obstante lo establecido por la costumbre la demanda fue rechazada, con indignación; la práctica extirpada para siempre, y el sacerdote escandaloso, condenado a una multa⁶¹.

Dice Sumner Maine que si en la India se suprimiera la legislatura, lo que de cierto ocurriría sería, no que quedaría estancada la producción de derecho, sino que las Cortes judiciales, por poca que fuese la uniformidad de sus jurisprudencia, constituyeran con sus fallos día a día nuevas normas jurídicas⁶². En este punto no cabe duda razonable porque evidentemente la acción innovadora de la justicia ha de tener mayor intensidad en los pueblos de régimen consuetudinario, donde la costumbre gasta mucho tiempo para cambiar las normas jurídicas, que no en los pueblos de legislación escrita, donde con mucha frecuencia el legislador suele precipitarse en la obra de reformar el derecho establecido. Según los datos que encontramos en D'Arbois de Jubainville, gran parte del derecho céltico irlandés que ha llegado a nuestros días fue obra de los fallos judiciales, dictados ora por los reyes, ora por las asambleas populares⁶³.

Bajo la sugestión del principio meramente ideológico de la separación de los Poderes Públicos, hay en los pueblos más civilizados cierta predisposición contra la doctrina que reconoce a la justicia la facultad de cambiar, abrogar y desarrollar el dere-

⁶¹ Letourneau, *L'Évolution du Mariage et de la Famille*, chpa. III, pag. 60.

⁶² Sumner Maine, *Études d'histoire du Droit*, pag 316.

⁶³ D'Arbois de Jubainville, *Le Droit Celtique*, pag. 98.

cho, aún el derecho formulado por el legislador. Pero en el fondo, tal principio no es incompatible con tal doctrina, puesto que una cosa es legislar y otra muy diferente modificar, ampliar o restringir en las aplicaciones prácticas el alcance de las normas jurídicas para adaptarlas a los casos que se hayan de resolver. La Constitución reserva al Poder Legislativo la facultad de hacer leyes, pero no le reserva, no puede reservarle la de hacer derecho que corresponde a todo el mundo y que por igual ejercen los tres Poderes fundamentales, dictando el uno leyes, el otro decretos y el tercero sentencias⁶⁴.

En los pueblos antiguos, donde no se ejercía con tanta amplitud como ahora la facultad de legislar y 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. ¿Y qué otra cosa que declarar la costumbre era legislar según ya demostramos?

Esta confusión de funciones fue causa de que en los siglos más remotos de la antigüedad, no se distinguiesen bien los jueces de los legisladores. Para los egipcios primitivos, por ejemplo, Isis y Osiris, eran a la vez legisladores que hacían leyes dictando fallos, y jueces que administraban justicia dictando leyes. Por lo tocante a Israel, observa Lambert que nunca actuó allí un Poder permanente que tuviese la facultad de legislar, ni se conoció este medio de hacer derecho que llamamos ley; y agrega que la llamada legislación mosaica no es en gran parte más que una copia de fallos habiéndose dictado para resolver casos particulares, habían adquirido como precedentes, el carácter de normas jurídicas generales⁶⁵.

Una cosa análoga decimos de los griegos. Hase observado que en los siglos más remotos no tuvo el griego palabra que con exactitud respondiese a la idea de ley. En los poemas homéricos, que acaso no contaban más de diez siglos a la época en que empezó la Era cristiana, no se encuentra voz alguna que envuelva tal significado. Las primeras nociones de una norma jurídica que los griegos tuvieron (observa Grote) dejan colegir que la ley se formó a los principios por una serie de fallos judiciales y de órdenes particulares que por efecto de su uniformidad constituyeron a la larga una regla de conducta. Es lo que se infiere particularmente del sentido de las voces Zeus y thesmoi. Zeus no fue primitivamente dios legislador en el sentido que nosotros damos a esta palabra; fue un juez que asesorado por Themis dictaba unos fallos llamados themistas que se suponían ser simples declaraciones de la costumbre y que hacían las veces de reglas generales o leyes. De aquí provino que la voz thesmoi significasen a la vez ley y sentencia, porque a los principios (agrega el historiador) no se distinguían ambas ideas. Dracon fue el primer themisthetas a quien se encargó poner por escrito los thesmois y darles cierto carácter de generalidad⁶⁶.

El caso más notable de fecundidad jurídica que la justicia antigua nos ofrece es el de Roma. Durante muchos siglos, hasta después del derrumbe de la República, las

⁶⁴ Al hablar de la génesis del derecho hindú, dice Sumner Maine: «L'abolition de la Législature indienne n'arrêterait pas la législation... Si les ordres du Souverain ne se manifestent point point par cet organ spécial que l'on appelle Législature, des ordres d'un autre genre seront promulgués par les cours de justice... La difficulté que nous éprouvons à saisir cette vérité, pourtant élémentaire, vient probablement de notre habitude d'imaginer que la distinction ordinaire entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, est d'une jutesse absolue... Mais son défaut caché... empêche sérieusement aujourd'hui les idées juridiques d'arriver à l'exactitude; et entre autres choses, elle fait lordement obstacle aux recherches consciencieuses sur la véritable nature de ce procédé d'interprétation judiciaire qui produit constamment, en pratique, l'effet d'une législation». Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 316 et 317. Korkounov, *Théorie générale du Droit*, liv. IV. chap. I, pag. 45 et 460. Lambert, *Fonction du Droit Civil comparé*, pag. 162 à 167.

⁶⁵ Lambert, *Fonction au Droit Civil comparé*, pag. 236 à 246, 255, 264 et 264 et 278.

⁶⁶ Grote, *Histoire de Grèce*, t. IV, pag. 118 et 119.

leyes positivas no habían constituido allí más que una pequeña parte del derecho romano. En el Código de las Doce Tablas, que pretendía abrazar toda la vida jurídica y que rigió hasta la codificación de Justiniano, el derecho testamentario, el derecho de las obligaciones, el de las personas y el de las cosas estaban representados por un número de disposiciones no mayor que el de las que se cuentan en tres o cuatro títulos de nuestro Código Civil. Por efecto de esta escasez, cuando la vida jurídica hubo cobrado algún desarrollo, no habiendo en la legislación vigente solución posible para el número siempre creciente de casos nuevos, se encontró el pretor con que no podía resolverlo sino haciendo decir a la ley lo que no decía, esto es, atribuyéndole alcances y sentidos, limitaciones y restricciones que no pudo tener en sus orígenes⁶⁷.

Elegidos anualmente por el pueblo entero, pero estrechamente ligados a las tradiciones de la jurisprudencia, los pretores representaban a la vez el espíritu del pasado y el espíritu nuevo; y como dispensadores de las acciones judiciales (observa un autor), ablandaban la rigidez del derecho escrito estableciendo excepciones de equidad a la vez que sujetaban la misma equidad a las fórmulas rigurosas de los procedimientos tradicionales. Estaban convencidos de que no les era lícito alterar en lo mínimo el derecho vigente; pero al asumir la pretura, cada uno publicaba una especie de manifiesto, un edicto, en que exponía los principios y las reglas que le guiarían en el ejercicio de sus funciones judiciales; principios y reglas que en el fondo modificaban el derecho porque o lo adaptaban a situaciones que el legislador sin duda no había previsto, o lo dejaban sin aplicación en situaciones que sin duda había previsto el legislador. El derecho que así formaron (dice Paul Gide) combinó en feliz armonía las más opuestas cualidades, la unidad y la variedad, la amplitud de los principios y la precisión de las formas, el espíritu conservador y el espíritu progresista, quedando dotado de una adaptabilidad que le permitió de pronto regir todas las situaciones y a la larga, servir de fuente originaria (observa Sumner Maine) de casi todas las legislaciones europeas y de la mayor parte del vigente derecho de gentes. Cuando el emperador Adriano promulgó (poco antes del año 129) el Edicto Perpetuo, redactado por el jurisconsulto Salvio Juliano, no hizo más que poner el sello del Poder Legislativo a un cuerpo jurídico que de siglos atrás tenía tanta fuerza como el *jus civile* y que íntegramente había sido formado por la autoridad de los pretores⁶⁸.

⁶⁷ Meijer, *De la Codification*, pag. 67 à 70. Dice Lambert: «Le Qorân constitue, à raison des particularités de sa texture et de la lumière que projette sur lui le rapprochement des productions postérieures des écrivains arabes, le meilleur terrain d'étude des procédés de formation commun à toutes les compilations de droit primitif que nous décorons du nom de codes religieux. Étude utile pour nous prémunir contre la tentation d'aller chercher dans ces antiques monuments juridiques le germe, même lointain, de notre notion de loi; c'est-à-dire, de la réglementation raisonnée et réfléchie donnée par les organes de la collectivité aux rapports que les nécessités de la vie en société font naître entre les membres du même groupement humain. Elle nous révèle, aussi clairement qu'il est possible, que l'activité créatrice de la pratique judiciaire, fécondée souvent par l'intervention de l'hypothèse, a tout autant contribué à préparer l'éclosion de ces coutumiers divins que celle des coutumes non écrites. Le lien de dérivation qui rattache les anciens codes religieux aux jugements divinatoires, déjà si visible dans le Pentateuque, ressort avec plus d'évidence encore de l'examen du Qorân» Lambert, *Fonction du Droit Civil comparé*, pag. 34 et 35.

⁶⁸ Paul Gide, *La Femme*, liv. I, chap. V, pag. 143. Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. IV, pag. 163. Krueger, *Historie des Sources du Droit Romain*, * 5, pag. 40, * 6, pag. 59, ** 7, pag. 66 et * 13, pag. 116.

* Cette formation d'une législation nouvelle par les édités des magistrats (dice Krouger) semble difficilement conciliable avec le droit exclusif de légiférer réservé aux assemblées populaires; mais en réalité, il n'y avait pas incompatibilité entre ce principe constitutionnel et le rôle joué par magistrats; ceux de ces derniers qui étaient chargés de rendre la justice n'étaient point au-dessus des lois; ils devaient les respecter; seulement il est impossible que la pratique judiciaire ou extrajudiciaire reste sans influence sur le droit existant; en fait, le droit des Douze Tables s'était modifié et développé par la voie de l'interpretatio, sans que personne en eût été surpris. Krueger, *ob. cit.* * 5, pag. 43.

Ahora reiteremos una observación precedente; este inmenso derecho fue establecido sin que los pretores se diesen absolutamente cuenta de la trascendencia de la obra que realizaban. Ciertos de que no hacían más que interpretar las leyes vigentes, llegaron indeliberadamente, siguiendo un proceso lentísimo por cambios imperceptibles, crear de pies a cabeza un derecho procesal y un derecho civil, que merced a su mayor adaptabilidad, suplantaron por completo el derecho civil y el derecho procesal de las Doce Tablas.

Que una u otra vez los jueces innoven con deliberada premeditación, no hay que dudarlo. Fresco está el caso del juez Magnaud, que en pleno siglo XX, bajo el imperio de un régimen que no permite a los jueces enmendar la plana a los legisladores, se ha propuesto aplicar a la satisfacción de las aspiraciones populares y socialistas, normas jurídicas establecidas por una legislación individualista y oligárquica. Esto se llama, sin duda, crear de propósito deliberado un derecho nuevo, un derecho que no se soñaron los autores del Código Napoleón⁶⁹.

Empero, la regla general es que los jueces modifiquen indeliberadamente el derecho establecido, que lo modifiquen a pesar de su propósito de mantenerse absolutamente apegados a la letra de la ley, que lo modifiquen a pesar y despecho de su voluntad. ¿Por qué? porque estando encargados de aplicar las leyes, tienen que interpretarlas, esto es, tienen que decidir por sí y ante sí, si los casos nuevos están o no regidos por ellas; y teniendo que interpretarlas bajo el influjo de un ambiente que cambia sin cesar, es matemáticamente imposible que las den en todos los fallos el mismo alcance con que las dictara el legislador. En suma, el juez, que no tiene poder para reformar las leyes, va de siglo en siglo modificando su alcance, esto es, su sentido, a la vez que hace ostentación de respetarlas porque no toca su texto.

Cuando los términos de las leyes son claros y no repugna al sentimiento jurídico su rigurosa observancia, el juez las aplica literalmente sin imponerse el trabajo previo de interpretarlas. No se necesita, por lo general, interpretarlas sino cuando se pretende incluir en ellas casos que originariamente quedaron excluidos, o excluir casos que originariamente quedaron incluidos.

A la primera clase de interpretaciones se ha dado el nombre de construcciones forzadas, porque parece como que se hiciera fuerza en las leyes cuando se incluyen en ellas casos que a todas luces dejó excluidos el legislador. Ejemplos de esta clase de ficciones que so capa de interpretación, hace derecho nuevo abundan en todas las legislaciones, particularmente en las que han regido durante muchos siglos⁷⁰.

Parece ser que cuando se promulgó en Roma el Código de las Doce Tablas, los romanos no conocían la vid o no la tenían en su territorio, todavía estrecho. Por causa de esta circunstancia, se establecieron en él penas especiales para reprimir la destrucción intencional de árboles ajenos⁷¹; y se prescindió en absoluto de la de los arbustos propiamente tales. Apegados a la letra como son todos los pueblos atrasados, resultaba de esta omisión que cuando alguien era judicialmente perseguido por haber destruido una viña, el pretor tenía que absolver al reo y condenar al actor. Pero entonces recurrieron los jueces en amparo del derecho, al arbitrio de suponer que en la voz árbol estaban comprendidas las vides; y de esta manera pudieron resolver con mayor acierto los litigios, porque sin reformar la ley en la forma, la dieron mayor alcance en el fondo.

⁶⁹ Leyret, Las Sentencias del Magistrado Magnaud, pág. 8 y siguientes.

⁷⁰ Glotz, La Solidarité de la Famille, etc., etc., liv. II, chap. I, pag. 241.

⁷¹ Si elienam arbosem succidit, XXV poenas sunt. *Didice Tavole*, tab. VII.

En la vida jurídica de Chile, no obstante la mocedad de su legislación, hay casos típicos de construcciones forzadas, entre los cuales sobresale el de la interpretación del Art. 118 del Código Civil. Dispone este artículo que aquellos que profesando alguna religión diferente de la católica quieran contraer matrimonio, podrán hacerlo en tal y cual forma. Claramente se deduce de la letra del artículo que el legislador no otorgaba este beneficio a todos los no católicos; lo otorgaba exclusivamente a aquellos que no siendo católicos profesaban una religión cualquiera; y si se toma en cuenta el estado del sentimiento público a la época de la promulgación de dicho Código, no cabe imaginarse que los legisladores de 1856 quisieran dar las mismas facilidades a los ateos, a los librepensadores, a los positivistas y demás personas arreligiosas. Pues bien, no obstante que la letra de la disposición es muy clara y muy terminante y que nadie ignoraba cuál fuese su espíritu originario, el gobierno declaró en 1872 que en la frase: «los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio», etc., el Código quiere decir simplemente: «Los que no profesen la religión católica». De esta manera, mediante una interpretación forzada, se incluyeron en la ley casos nuevos que el legislador no previó, y que ciertamente él habría dejado excluidos si los hubiese previsto.

De la misma naturaleza son ciertas interpretaciones a que los pueblos bárbaros recurren espontáneamente cuando atribuyen a sus normas jurídicas, por razón de aparente analogía, un alcance que no les corresponde. Los usos que cada pueblo sigue son, por lo general, muy justificados y razonables en sus orígenes, porque emanan de su modo de ser y de vivir. Pero observados por bárbaros incapaces de comprender las razones que los justifican, propenden a desnaturalizarse generalizándose sin motivos plausibles. Prohibiciones y prescripciones, limitadas a los principios por razones obvias a unos pocos actos, se aplican más tarde a otros aparentemente análogos. Se prohíbe la carne de cerdo porque suele tener triquina y se incluyen en la prohibición carnes de otros animales completamente sanas⁷². Se establece la circuncisión por razones de higiene en un país cálido, y se la sigue practicando en países templados donde no se la necesita. Por causa del mayor alcance que constantemente se da a ciertas normas jurídicas, incluyendo en ellas casos que estaban excluidos, suele ofrecer dificultades insuperables el estudio de la etnografía jurídica, porque no siempre se acierta a descubrir por qué aquí o allá está prohibida tal o cual cosa y prescrita tal o cual otra.

A la segunda clase de interpretaciones corresponden las distinciones o excepciones, las cuales consisten en excluir de la regla general casos que originariamente quedaron regidos por ella⁷³.

Se recurre a estas interpretaciones principalmente cuando se trata de aplicar leyes que ora por su antigüedad, ora por su barbarie, ora por su intransigencia, repugnan hondamente al sentimiento jurídico dominante. Lo cual significa que en respeto al derecho se burla a ley.

Con arreglo al régimen hereditario sancionado por las Doce Tablas, el padre de familia podía, no tanto en ejercicio de los derechos anejos al dominio, cuanto en ejercicio de las facultades anejas a la patria potestad, desheredar absolutamente a sus hijos legítimos. Pero cuando la modificación de las costumbres hubo derribado el despotismo paterno, pareció inhumano tolerar situaciones en que los hijos podían perecer de hambre por obra de su propio padre. ¿Qué hacer? No pudiéndose derogar la ley que sancionaba la libertad de testar, porque en principio la legislación entera tenía carácter

⁷² Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. I, pag. 1 et 1.

⁷³ Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag 99 et 10.

de irreformable, no hubo más remedio que suspender sus efectos. Reconocían los pretores en principio que el padre de familia tenía la facultad de desheredar a sus hijos; pero en la práctica anulaban el desheredamiento suponiendo, cuando a su juicio no aparecía justificado, que el padre de familia no había podido hacerlo sino en estado de demencia⁷⁴.

Al mismo género de interpretación se recurrió ha pocos años, en un caso de resonancia mundial, con motivo del suicidio del príncipe heredero de Austria. Por regla general, no puede la iglesia católica con arreglo a sus cánones dar a los suicidas sepultura en sagrado. Pero en el estado actual de la cultura repugna tanto la observancia de semejante ley que por lo común los párrocos autorizan las inhumaciones fingiendo que no tienen noticia de los suicidios. En el caso resonante del Príncipe Rodolfo, cuando no se podía recurrir a este fingimiento, era más duro aplicar la ley, porque se iban a herir los sentimientos más delicados de una familia religiosa y dinástica. Entonces, para no negarle la sepultura en sagrado, se supuso gratuitamente que el finado no estaba en su sano juicio cuando se suicidó, y se concluyó que no habiendo sido intencional el suicidio, no era justo aplicarle la pena reservada a los culpables.

En Chile se ha recurrido de continuo a este género de interpretaciones para dejar sin efecto normas jurídicas que por una u otra causa habían envejecido. No de otra manera abrogó la justicia, antes de que interviniese el legislador, la parte más vetusta de las antiguas leyes españolas, esto es, aquélla que más repugnaba al régimen republicano y a la cultura nacional.

En caso de mayor resonancia ocurrido en la República es el de la interpretación del primitivo Art. 5 de la Constitución. Con arreglo a dicha disposición, había estado prohibido en Chile el ejercicio público de todo culto que no fuese el culto católico, y razonablemente siempre se había entendido que era ejercerlo públicamente el sostener cementerios propios y escuelas de propaganda, el erigir templos, el celebrar en ellos ente sus adeptos ceremonias religiosas, el defender y difundir la doctrina por la prensa, etc. Pero en respeto a los sentimientos de tolerancia, la ley declaratoria del 27 de Julio de 1865 hizo decir a dicho artículo, por vía de interpretación, algo absolutamente contrario a su letra y a su espíritu, a saber, que sin infringirlo pueden los disidentes sostener escuelas y practicar su culto en recintos de su propiedad particular.

De las precedentes observaciones, se infiere que ordinariamente las interpretaciones tienen por efecto más bien que por objeto alterar el alcance y el sentido de la ley para adaptarla a la solución de los nuevos casos jurídicos. Pero que los jueces hacen indeliberadamente estas alteraciones, lo prueba el hecho de que no se dan cuenta de ellas sino a la larga, cuando las encuentran acumuladas en un solo cuerpo constituyendo ya un derecho nuevo. Usada la interpretación como medio espontáneo de desarrollar el derecho reducido a fórmulas, es un error sin fundamento atribuir a ignorancia o mala fe los cambios que ella va operando, cuando en realidad no hacen los jueces más que obedecer, de ordinario indeliberadamente, muchas veces con viva resistencia, al impulso de las necesidades sociales.

Auxilio que la Jurisprudencia Presta a la Justicia y a la Legislación

Indispensables auxiliares de la justicia y empeñosos zapadores del desarrollo jurídico son los jurisconsultos.

Es raro, muy raro, encontrar jueces que se hayan capacitado, con sus solos estudios personales, para interpretar acertadamente las leyes. Aunque algunos de los

⁷⁴ Meijer, De la Codification, pag 57.

más grandes jurisconsultos se hayan formado en la tarea de administrar la justicia, lo más común, y quizás lo más conveniente es que los jueces fallen las más complejas cuestiones jurídicas estudiando, por un lado, las disertaciones y alegatos contradictorios de los litigantes, y por otro lado, aquellas obras de jurisprudencia que dilucidan en abstracto las mismas materias. Particularmente, en la solución de los casos nuevos, no habría porque esperar que los fallara con mucho acierto el juez que no contara con el auxilio de la jurisprudencia.

Cuando una legislación rige durante muy largo tiempo sin modificaciones, no puede conservar a través de los siglos el sentido y el alcance que tuvo el día de su promulgación. En la misma letra leyeron una cosa las generaciones antiguas, y leen otra, las actuales. Lo que en cada tiempo se deba leer en ella para que la justicia pueda aplicarlo corresponde a la jurisprudencia determinarlo.

Dictadas las leyes de cada país en diferentes épocas, bajo la inspiración de escuelas e intereses diversos, y a impulso de necesidades que cambian día a día dejando subsistente la norma jurídica establecida para satisfacerlas, hay en todo sistema jurídico disposiciones oscuras que no se pueden aplicar como no se las aclare, disposiciones redundantes que se deben concordar para que no aparezcan diferentes, disposiciones complementarias que aparecen incompletas mientras no se las reúne, disposiciones contradictorias que es menester armonizar para que se pueda cumplirlas: y labor tan compleja y delicada nunca se ejecutó con acierto sino por hombres que se habían dedicado al estudio desinteresado del derecho, esto es, por los jurisconsultos.

Son ellos los que mediante ampliaciones, limitaciones distinciones y explicaciones, amoldan el derecho a las circunstancias y lo conforman con el espíritu de los tiempos. Como quiera que, salvo los casos excepcionales de los privilegios, en el sentido etimológico de esta palabra, nunca se legisla sino para los géneros, nadie puede con más autoridad que los jurisconsultos averiguar si tales o cuales especies están o no comprendidas en tal o cual ley⁷⁵. Sin los estudios de la jurisprudencia, las leyes envejecerían y caducarían mucho más rápidamente, porque careciendo de aquella flexibilidad que ellos la prestan y que las sirven para amoldarse a las nuevas situaciones, conservarían la rigidez que la letra las impone, incompatible con las necesidades sucesivas del desarrollo social.

En parte alguna es tan indispensable el auxilio de la jurisprudencia como en aquellos pueblos semicivilizados donde rigen legislaciones inspiradas por los dioses, esto es, legislaciones irreformables. Estudiemos por vía de ejemplo el caso de Israel.

Fueron los israelitas un pueblo sobremanera orgulloso de sus instituciones. Teníanlas por obra de Jehová y creían que su irreformabilidad procedía juntamente de su origen divino y de su excelencia, por manera que sobre carecer el hombre de facultad para modificarlas, no había en ellas punto que enmendar.

⁷⁵ Meijer, *De la Codification*, pag. 147. Krueger, *Historie des Sources du Droit romain*, * 15, pag. 147 et passim.

Dice Ihering: «Les Romains appelèrent *jus civile* dans le sens étroit, le droit qui résulta de ce libre développement de la loi des XII Tables. La coopération des juristes à cette oeuvre se nommait *interpretatio*. Ce n'était pas une simple explication de la loi, mais comme le nom même l'indique (*interpres*, conciliateur, négociateur), une conciliation du droit écrit avec les exigences de la vie. Elle comprenait donc préparation du droit en vue de le faire valoir en justice.. Par l'interprétation proprement dite des dispositions de la loi, la jurisprudence sut aussi satisfaire aux nécessités croissantes de la vie, et maintenir la loi à la hauteur des progrès des temps... La jurisprudence, loin de considérer comme sa mission de se soumettre progresser et à étendre la portée. Sans parler de l'extension par analogie des dispositions de la loi, il y a un grand nombre de cas où les juristes ont introduit, contrairement aux termes de la loi, de nouvelles dispositions juridiques». Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. II, * 31, pag. 64 et 65.

Los mismos levitas que habían infundido y difundido este respeto supersticioso de las antiguas leyes nacionales, habían quedado inhabilitados, no obstante su enorme ascendiente, para alterarlas, mucho más para abrogarlas. Cuando notaban las deficiencias o la caducidad de la legislación mosaica, eludían el peligro de que el pueblo se irritase o abriese los ojos, recurriendo alternativamente a uno u otro de estos dos subterfugios: o al de fingir la eterna pérdida de un código ya envejecido o al de suponer el hallazgo de un libro antiguo que venía a remozar el derecho⁷⁶.

Empero, como las antiguas leyes, dictada para un pueblo que apenas salta de la barbarie, seguían, en general, vigentes 1,500 años después, la vida jurídica habría sido punto menos que imposible si la jurisprudencia no se hubiera encargado de amoldarlas a los nuevos estados sociales. A no contar con esta auxilio, ciertamente no habría podido el desarrollo jurídico concordarse con el desarrollo social.

Análogos servicios ha prestado la jurisprudencia en muchos otros pueblos. Dareste observa (confirmando nuestras observaciones sobre Israel) que la Mischna y los dos Thalmudes, obras de jurisprudencia escritas por los rabinos entre el II y el V siglo de nuestra Era, dieron fijeza a la legislación mosaica y fueron aceptadas como autoridades doctrinales en todas las comunidades judías; que en los dos primeros siglos de la hégira, el derecho civil del Corán, que era muy deficiente, se desarrolló y se formó no por la vía legislativa sino por obra de la autoridad científica de los juriconsultos; que ciertas obras de jurisprudencia compuestas desde el siglo XI adelante para aclarar los antiguos códigos hindúes constituyen hasta hoy la base del derecho aplicado por los tribunales en gran parte de la India; que cuando en Bohemia fracasaron las primeras tentativas hechas para escriturar el derecho consuetudinario, la falta de códigos fue suplida por ciertas obras de jurisprudencia, a una de las cuales se llegó a dar el nombre de ley nacional; que desde el siglo XV tuvo en Hungría la autoridad de un verdadero código, una recopilación hecha por un juriconsulto; que habiendo un juriconsulto escriturado en el siglo XIII las normas jurídicas consuetudinarias de Dinamarca, su recopilación se tuvo por la fiel expresión de las costumbres vigentes y llegó a ser sancionada por la corona, etc.⁷⁷. ¿Cómo se explican estos hechos? ¿Cómo se explica que en tantos pueblos las obras de jurisprudencia hayan usurpado la autoridad de verdaderos códigos? Se explica muy sencillamente: donde quiera que un cuerpo jurídico no puede por su vetustez, por sus deficiencias, por sus imperfecciones, por su estado anorgánico, seguir rigiendo expeditamente la vida del derecho, la justicia propende fatalmente a sustituirlo, con la sanción del sentimiento público, por las obras de jurisprudencia que lo comentan, que lo aclaran, que lo completan y que armonizan sus disposiciones contradictorias. ¿No vemos hoy mismo que ante los tribunales ingleses se cita lo que dice tal o cual juriconsulto en los mismos casos en que nosotros citamos lo que dispone tal o cual ley?

Pero la jurisprudencia presta servicios no sólo a los jueces, sino también a los legisladores. Con los mismos estudios que hace para fijar la inteligencia que se deba dar a las leyes, determina juntamente los vacíos que hay en ellas y los defectos, oscuri-

⁷⁶ Libro Cuarto de los Reyes, cap. XXII, * 8 a 18 y cap. XXIII, * 24. Lambert, *Fonction du Droit civil comparé*, pag. 251. Letelier, *La evolución de la Historia*. * 21.

⁷⁷ Dereste, *études d'histoire du Droit*, pag. 18, 54, , 161, 267 el 307. Savigny observa con mucha razón que la codificación del derecho vigente, como no se pretenda aprovecharla para establecer nuevas normas jurídicas, es una obra técnica más propia de los juriconsultos que de los legisladores. De aquí proviene que en el Antiguo Imperio Germánico, cuando todavía no se había adscrito a uno de los Poderes Público la prerrogativa de las leyes, había obras de jurisprudencia que por su autoridad no se distinguían ante los tribunales de un verdadero Código. Savigny, *De la Vocación de nuestro Siglo para el Derecho*, pág. 33.

dades y contradicciones que entorpecen su cumplimiento; esto es, señala en cada momento el campo donde con mayor urgencia se requiere el ejercicio de la acción legislativa y prepara los materiales de la futuras codificaciones.

Acaso ningún legislador apreció nunca tanto como Justiniano cuán inestimable es esta labor preparatoria de los jurisconsultos. El tributo que les sacó de sus obras para formar sus códigos fue enorme. Ciertamente de que con la suma total de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones y edictos no se completaba el derecho romano, dispuso que se lo integrase dando fuerza de ley a las mejores doctrinas de Papiniano, de Ulpiano, de Paulo, etc. La obra monumental que indistintamente se conoce con el nombre del Digesto o de las Pandectas no es más que una selección y quintaesencia de estas doctrinas. No satisfecho con este ramoneo general, se apropió una exposición científica que de tres o cuatro siglos atrás se conocía en las escuelas, como que si exceptuamos algunas modificaciones y sobre todo, algunas adiciones y eliminaciones requeridas por el gran desarrollo que el derecho había tenido en el tiempo intermedio, las Institutas de Justiniano no son otra cosa que las Institutas de Gaius⁷⁸.

Bajo el respecto de la legislación, el Imperio Británico de hoy se encuentra en el mismo pie en que hacia el siglo VI se encontraba el Imperio Romano. Su derecho, que nunca ha sido codificado, está formulado: 1º en leyes y decretos que en parte vienen de la época anglosajona y cuentan por consiguiente tanta edad como contaban las Doce Tablas en los tiempos de Justiniano; y 2º en las complicaciones de fallos y dictámenes que constituyen lo que los ingleses llaman la ley o el derecho común (Common Law) y que en el fondo es un cuerpo jurídico análogo al Edicto Pretorio. Pues bien, el insigne Bentham observa que las obras de jurisprudencia, después de haber contribuido a formar el derecho común, como habían contribuido las de Roma a formar el Edicto Perpetuo, constituyen hoy un arsenal que puede suministrar cuantos materiales se hayan menester para confeccionar un código general⁷⁹.

A través de toda la historia, los jurisconsultos aparecieron siempre cuando sobrevenían dificultades para entender y aplicar las fórmulas consagradas del derecho, y su labor más importante consistió siempre en poner de manifiesto, para excitar y dirigir la acción legislativa, los vacíos, los defectos, las oscuridades de las legislaciones vigentes. Que estas dificultades puedan sobrevenir a la siga de la promulgación, por ejemplo, cuando la fórmula es imperfecta, oscura, anfibológica, o de términos contradictorios, no habrá quién lo desconozca. Pero ellas son bien poca cosa en comparación de las que sobrevienen cuando envejecen las fórmulas jurídicas, esto es, cuando por

⁷⁸ Para componer las Pandectas, se pusieron a contribución los cinco grandes jurisconsultos de la época clásica entre Augusto y Alejandro Severo. A ello contribuyeron: Modestino, con 345 fragmentos; Gaius con 588; Papiniano con 596, Paulo con 2,087; y Ulpiano 2,461.

En las escuelas se conocían muchas Institutas, como si dijéramos Elementos de Derecho Romano, compuestas por diferentes jurisconsultos. Las que han llegado a nuestros días con las de Gaius adicionadas, modificadas y sancionadas por Justiniano. Grellet-Dumazeau, *Le Barreau Romain*, chap. XVIII, pag. 3 a 305.

La voz Pandectas viene de dos palabras griegas y literalmente significa receptáculo general. Traduciendo más bien la idea que la palabra, la podemos verter al castellano por Recopilación Universal.

Digesto no quiere decir sino digerido, esto es, cuerpo jurídico ordenado metódicamente.

Según Krueger, no hay en las Institutas de Justiniano, parte alguna que sea obra de su compilador Triboniano. Lo que en ellas no es simple transcripción de las Institutas de Gaius, se tomó de las Institutas de Florentino, de Ulpiano y de Marciano y de otras obras de jurisprudencia. Krueger, *Histoire des Sources du Droit romain*, * 44, pag. 455.

Sohm, *Historia e Instituciones de Derecho privado Romano*, * 21, pag. 172.

⁷⁹ Bethan, *Oeuvres*, t. III, pag. 10. Meijer, *De la Codification*, pag. 7 et 256.

haber cambiado el estado social cuyas necesidades vinieron a satisfacer, se ha oscurecido su inteligencia y entorpecido su aplicación. Pues bien, es en estos momentos, cuando para resolver cada caso se requieren los esfuerzos combinados de una basta erudición y de un talento penetrante, cuando se forman y aparecen los más grandes jurisconsultos como para preparar la obra de los legisladores.

Es una injusticia imputar a los jurisconsultos las interpretaciones contradictorias que oscurecen la ley, pues lo más general es que ellos no las inventen, sino que se concreten a exponerlas y fundarlas. Salvo casos excepcionales, las interpretaciones contradictorias germinan en las contiendas jurídicas y son obras espontáneas de los litigantes, porque en todas partes y en todos los tiempos, siempre que dos intereses incompatibles pretenden ampararse en una misma ley, desde antes que vengan ante el juez, el uno la interpreta de una manera, y de otra, el otro. ¿Qué mal hacen los jurisconsultos estudiándolas para determinar imparcialmente cuál deba preferirse en adelante?

No menor es la injusticia con que se les ataca cuando se les enrostra el prurito de las distinciones y de las clasificaciones. Consistiendo como consiste su misión en hacer viable un derecho caduco o imperfecto, tienen ellos que recurrir a estas operaciones metodológicas, porque sólo mediante ellas, clasificando especies, formando géneros y estableciendo excepciones es como pueden adaptar a los casos nuevos las normas jurídicas imperfectas y educar el espíritu de los legisladores para reaccionar contra la confusión de los códigos primitivos.

En las Doce Tablas de los romanos, había disposiciones de derecho sacro, de derecho público y de derecho privado; pero el código no distinguía las unas de las otras, todas las cuales aparecen entremezcladas y confundidas en cada una de las tablas. Cuando Dionisio de Halicarnaso hizo esta distinción, no la hizo sin duda⁸⁰ porque la hubiese encontrado hecha en aquel cuerpo jurídico, sino porque acaso la jurisprudencia la había establecido de antemano en atención a su diversa naturaleza.

En la exposición científica que Gaius hizo del derecho de su tiempo, observó que de las normas jurídicas unas atañen a las personas, otras a las cosas y otras a las acciones: *omnes jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*⁸¹. Pero hasta su tiempo, esto es, hasta el II siglo de nuestra Era, ninguna ley había todavía sancionado esta distinción hecha por la jurisprudencia. En cambio, siglos más tarde, ella sirvió sin duda mucho a Justiniano para evitar hasta cierto punto que sus códigos se resintiesen de la misma inextricable confusión que caracteriza a las legislaciones primitivas, y ha sido mucho después quizás el origen de la separación que todos los pueblos de mayor cultura jurídica han establecido entre el derecho procesal y el derecho sustantivo.

Legisladores ha habido, desde la más remota antigüedad, que movidos por el espíritu hostile contra los jurisconsultos, han creído posible y conveniente suprimir la jurisprudencia para lo futuro. No habiendo tenido idea de cómo los cambios sociales envejecen y oscurecen las fórmulas jurídicas y hacen necesarios los estudios de jurisprudencia, que no son más que estudios de adaptación, han procedido con la misma injusticia del vulgo, han imputado a las sutilezas de los jurisconsultos las oscuridades propias del derecho caduco y se han imaginado que una vez codificada la legislación nacional, se podría prescindir de la exégesis para lo futuro.

⁸⁰ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. VI. liv. XI, cap. VII, pag. 37.

⁸¹ Caius, *Comment. I*, *8. Esta clasificación aparece por primera vez en los Comentarios de Gaius, pero se ignora quién fuese el autor. Krueger, *Histoire des Sources du Droit romain*, * 24, pag. 252 el 253.

No otro fue sin duda el modo de pensar del inmortal codificador de la legislación romana. Que el intrincado enmarañamiento de una legislación que se había formado en el largo decurso de más de mil años explicaba a su juicio la labor de los jurisconsultos habían ejecutado en los pasados siglos, lo prueba de suyo el enorme tributo que les arrancó para integrar el cuerpo del derecho romano. Pero que a la vez creía que una vez hecha la codificación se podía prescindir de ellos y que por lo menos en parte se les imputaba las oscuridades del derecho vigente, lo prueba de haberles prohibido para lo futuro comentar las leyes (*nemo... audeat comentarios iisdem legibus adnectere*) y de haber asimilado, para los efectos penales, los comentarios a los falsarios. Así está dispuesto y establecido en el Prefacio del Digesto⁸².

Análoga tentativa se hizo en el siglo XVIII, en Prusia, porque al promulgarse el Código Nacional (*Landrecht* en 1794) de dicho reino, se prohibió bajo de severas penas, el comento de sus disposiciones. Si en aquel cuerpo jurídico había algún texto que pareciera oscuro, anfibológico o contradictorio, no podían los jurisconsultos determinar la voluntad del legislador. Aún a los profesores que ya gozaban de la *libertas philosophandi*, esto es, de la libertad de la cátedra, se les prohibió sugerir a los educandos so capa de consultar el espíritu de las leyes, ampliaciones, limitaciones o excepciones de ninguna naturaleza. La enseñanza se debía concretar estrictamente a exponer el sistema del Código y sus principios cardinales.

Rematóse aquel régimen con una disposición dirigida a impedir para lo futuro las interpretaciones interesadamente torcidas de las leyes, cual fue la de establecer, que en adelante cada cual litigara por sí mismo, sin intervención ni consejo de abogado. Mediante estas medidas, reforzadas con la codificación misma, el ilustre monarca, que fue Federico II, llegó a imaginarse según lo declaró en una ordenanza de 1780, haber reducido a nada la autoridad misteriosa de los jurisconsultos, cerrado las puertas a sus sutilezas y tornado inútil el cuerpo entero de los abogados⁸³.

Muy pocos años después se renovó la misma tentativa en Francia. Cuando la revolución acometió la empresa de codificar las leyes nacionales, uno de los principales propósitos que la movieron, fue el de ponerlas al alcance de todos, de suerte que en lo futuro nadie tuviera que recurrir, ora para aplicarlas, ora para defenderse, ni a la ciencia de los jurisconsultos ni el arte de los abogados⁸⁴.

Pues bien, ninguna de estas tentativas logró a la larga su objeto. En Francia y en Prusia reaparecieron al cabo de muy corto tiempo los abogados y los jurisconsultos; y por lo tocante al Imperio Romano, apenas habían transcurrido tres siglos cuando ya se estimaba que por efecto de los contradictorios comentarios de las leyes de Justiniano, era indispensable practicar de nuevo una revisión general de la legislación⁸⁵.

¿Por qué estos fracasos? Por una razón muy sencilla, cual es, que no está en la mano de los gobiernos impedir que los litigantes pidan auxilio a los abogados para defenderse, y los abogados, a los jurisconsultos para fundar científicamente sus defensas.

Cuando fuese posible prescindir de los jurisconsultos, no convendría acabar con ellos, porque no puede en general tallar la justicia entre derecho y derecho si antes no han fallado ellos entre doctrina y doctrina.

⁸² Según Deodoro de Sicilia, los jurisconsultos fueron también hostilizados por *Charondas* en *Thurium*; y según *Suetonio*, por *Calígula* en Roma. *Diodore de Sicile, Histoire Universelle*, t. I, pag 163 et t. III, pag 199. *Suetonio, Vida de los Doce Césares, Cayo-Calígula, XXXIV.*

⁸³ *Ginoulhiac, De la Codification*, pag. 36.

⁸⁴ *Meijer, De la Codification*, pag. 149.

⁸⁵ *Meijer, De la Codification*, pag. 163 et 164.

⁸⁶ *Étienne, Les Institutes de Justinien*, t. I, pag. 40. *Ginoulhiac, de la Codification*, pag. 37 et 38.

De Cómo la Jurisprudencia Desarrolla el Derecho

Las observaciones que inmediatamente preceden acerca de la inapreciable ayuda que los jurisconsultos prestan a la justicia nos preparan para comprender cómo acaezca que al mismo tiempo den impulso al desarrollo del derecho.

No es que tengan a su cargo dos tareas, la de interpretar las leyes para garantizar el acierto de los fallos judiciales, y la de establecer nuevas normas jurídicas para regir relaciones que antes no se conocían. Es que con unos mismos estudios producen tres frutos de diferente naturaleza, el de preparar nuevas leyes, el de ayudar a la justicia y el de desarrollar el derecho.

Cuando demuestran al juez cómo leyes dictadas para satisfacer necesidades sociales de otros tiempos pueden adaptarse para satisfacer las de nuestros días; cómo entre los casos jurídicos que el legislador se propuso regir se pueden comprender otros que no pudo prever, como mediante una distinción, se pueden eliminar del género establecido por la ley especies que hoy por hoy conviene sujetar a normas diferentes; cómo mediante una clasificación, se pueden sujetar especies completamente nuevas a una antigua regla general; cómo ampliando o restringiendo el sentido primitivo de tales o cuales palabras se pueden ampliar o restringir la aplicación de los preceptos legales; en todos estos casos, lo que en el fondo hacen es modificar el derecho para adaptarlo a nuevas necesidades sociales, esto es, desarrollarlo para que corra a parejas con el desarrollo de la sociedad entera.

Por de contado, no basta que una doctrina nueva aparezca en una nueva obra de jurisprudencia para que haya desarrollo jurídico. Es indispensable que antes se la estudie, se la discuta, se la aquilate, o sea, que pase triunfalmente por un período de prueba ganándose la adhesión general. Digamos en otros términos, que las doctrinas de los jurisconsultos sólo constituyen derecho cuando penetran en la conciencia nacional, cuando el pueblo las hace suyas amoldando a ellas sus actos, cuando merced a su enseñanza, se consigue que en ellas se inspiren los magistrados, los gobernantes y los legisladores. Particularmente bajo el respecto judicial una doctrina cualquiera contribuye derecho cuando por haberse uniformado las opiniones de los más reputados jurisconsultos, todos los jueces propenden espontáneamente a tomarla por base inconcusa de sus fallos antes de que el legislador la sancione.

El influjo que los jurisconsultos ejercen en el desarrollo jurídico de cada pueblo no se limita a modificar por la vía interpretativa el derecho contenido en las leyes vigentes. Cuando una legislación ha quedado subsistente hasta después de haber pasado su época, por mucho que sea la elasticidad de las fórmulas jurídicas, fatalmente llega un día en que agotada la fuente de la interpretación, deja de ser posible el seguir sujetando los casos nuevos a las normas antiguas. En tales circunstancias, esto es, cuando por efecto de la inacción del legislador, sobreviene la caducidad de una legislación dictada por otra época, no pudiendo quedar sustraída al régimen del derecho por parte alguna de la actividad social, los jurisconsultos recurren espontáneamente al arbitrio de establecer, de propia autoridad, nuevas normas jurídicas, para regir situaciones que el legislador no previó; normas que a semejanza de todo el derecho, adquieren vigor y fuerza por efecto del asentimiento general que las apoya. No otro es el origen del derecho de la equidad, del derecho natural y del *jus gentium*⁸⁶.

Los primeros gérmenes de estos sistemas ideológicos aparecieron en las obras de los grandes pensadores griegos, todos los cuales desempeñaron a la vez la triple

⁸⁶ Krueger, *Histoire des Sources du Droit romain*, pag. 53.

función de filósofos, de publicistas y de jurisconsultos. A la época en que afanosamente se buscaba el ideal de la Constitución perfecta, signo inequívoco del envejecimiento de las antiguas instituciones, ellos empezaron a enseñar que hay una justicia natural diferente de la justicia legal; que la justicia humana debe ceder ante una supuesta justicia absoluta; y que la ley no escrita, así llamada la ley natural, debe prevalecer contra la ley escrita⁸⁷. Indudablemente, lo que en aquellas circunstancias significó el apareamiento de estas doctrinas es que por no haberse desarrollado el derecho antiguo a la par de los ideales jurídicos, se sentía la necesidad de justificar la inobservancia de aquellos preceptos legales que más repugnaban al actual estado de la cultura helénica.

En circunstancias muy semejantes, esto es, en los momentos en que se empezaba a sentir la caducidad de las antiguas leyes, se adujeron análogas doctrinas ante los tribunales de Roma. El Código de las Doce Tablas, completado con muchas leyes anteriores y posteriores, había envejecido más rápidamente que cualquiera de los códigos griegos, porque habiendo sido dictado bajo el régimen del estatuto personal para el incipiente y pequeño Estado romano, se encontró a poco inadecuado para regir las relaciones jurídicas de la abigarrada población del grande Imperio que, merced a una serie de fulminantes conquistas, se había formado. Cuántos serían los apuros en el que el pretor se encontrase cuando tuvo que administrar justicia a extraños sin hacerles partícipes de los beneficios del derecho romano, apenas podemos concebirlo los que hemos nacido y vivido bajo el imperio del estatuto real; pero lo deja adivinar el apresuramiento con que se aferró a la tabla de salvación que la jurisprudencia le ofreció⁸⁸.

Sin duda, merced a estudios de derecho comparado, habían notado los jurisconsultos que en la legislación de todo pueblo hay una porción de normas jurídicas que le son peculiares, y otra de normas jurídicas que le pertenecen en comunidad con los demás pueblos. Las primeras constituyen el derecho civil, aplicable sólo a los nacionales; pero ninguna dificultad jurídica podía haber para que se aplicasen las segundas, que constituyen el *jus gentium*, esto es, el derecho general de los pueblos a regular la vida jurídica de los extraños⁸⁹.

La adopción del *jus gentium* se operó muy poco a poco, muy insensiblemente, sin sublevar protestas, ni alarmas, ni inquietudes. ¿Por qué? Porque se la hizo aparentando de pronto guardar el mayor respeto, tanto al orden legal como al orden consuetudinario. Como quiera que el *jus civile* no se podía aplicar sino para regir relaciones de romanos con romanos, ningún principio jurídico se infringía cuando se recurría al *jus gentium* para regir relaciones de extranjeros con extranjeros o de extranjeros con romanos.

No es dudoso (dice Sohm) que desde los tiempos primitivos hubiese en Roma, al lado de los actos jurídicos solemnes, cuya eficacia estaba sancionada por el *jus civile*,

⁸⁷ Xénophon, *Memoires sur Socrate*, liv. IV, chap. IV.

⁸⁸ Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. III, pag. 47.

⁸⁹ Gaius, *Comment. I*, * I.

«Ceux-ci (les jurisconsultes) comprennent dans les *jus gentium* les institutions juridiques qui s'appliquent indifféremment à tous ceux qui peuvent réclamer la protection des lois dans l'état romain, sans distinguer entre les citoyens et les non citoyens... On classait des lors dans le *jus gentium* les obligations dérivant de la vente, du louage, de la société, du prêt, du commodat, du gage, du précaire et une série d'exceptions dont on ne nous donne pas la liste, mais parmi lesquelles il faut compter les *exceptiones doli, metus, pacti, rei venditae et traditae* etc.

Krueger, *Histoire des Sources du Droit romain*, pag. 56. Sohm, *Historia e Instituciones de Derecho privado Romano*.

otros que se realizaran sin formalidad alguna. Como quiera que los extranjeros, sobre no estar obligados a respetar las solemnidades de la *mancipatio*, habrían incurrido en nulidad si hubieran tenido la ocurrencia de revestir con ellas sus contratos, es evidente que siempre se celebraron en Roma compraventa sin formalidades, tradiciones sin formalidades, préstamos sin formalidades, etc. Es igualmente evidente que dado que estos actos carecían de validez ante el derecho nacional, las relaciones que de ellos se derivaban eran relaciones sólo de hecho, que no daban acción para exigir el cumplimiento de lo pactado y que no tenían más amparo que el de la buena fe. Empero, como los extranjeros no se habían establecido en Roma para comerciar sólo entre sí, sino también y principalmente con los romanos, esta circunstancia fue parte a que unos y otros se interesaran por igual en el propósito de dar validez jurídica a tales actos. No se habría podido desarrollar, y ni aún mantener un comercio medianamente activo, si no se hubiese dado el carácter jurídico a las obligaciones recíprocas que él hiciera nacer. Por otra parte, no era obra muy difícil proveer a esta necesidad del comercio de la vida ordinaria, porque si el pretor tenía que ajustarse rigurosamente al *jus civile* en las causas de romanos con romanos, podía proceder discrecionalmente en las de romanos con extranjeros, y sobre todo, en las de extranjeros con extranjeros. Bajo la presión, pues, de esta premiosa necesidad, el pretor introdujo en Roma por esta puesta el nuevo cuerpo jurídico⁹⁰.

El *jus gentium* no fue, por consiguiente, en sus orígenes lo que es ahora, a saber un derecho internacional; fue un derecho civil que regía la vida jurídica de los extraños de la misma manera que el derecho de las Doce Tablas regía la de los romanos. Por efecto de las doctrinas de los jurisconsultos, reforzadas por la tendencia de los conquistadores a la asimilación universal y sancionadas por los fallos judiciales, el derecho privado de Roma se encontró de repente aumentado y enriquecido con el inestimable aporte del *jus gentium*.

Jamás se estableció en parte alguna sistema jurídico que tuviese a la larga tan profunda trascendencia. El *jus gentium*, que no pretendió en sus principios más que regir las relaciones de hecho, fue causa de que a la larga cayeran en desuso las engorrosas solemnidades de la *mancipatio* y de la *stipulatio*, y alcanzó tanta supremacía, que los emperadores lo adoptaron como norma en la empresa secular de la reforma del *jus civile*. Si el derecho romano llegó a convertirse en derecho universal y a perpetuarse en toda la cristiandad, ésta fue sin duda obra de la acción depuradora de *jus gentium*.

Pero si el *jus gentium* ensanchó enormemente la jurisdicción del derecho romano, no garantizó, no pudo garantizar el derecho escrito de las Doce Tablas contra la caducidad. Por efecto de las grandes conquistas que la República había consumado, Roma se había convertido en la capital del mundo con usos, prácticas, costumbres, sentimientos, ideas, aspiraciones, que siendo muy diferentes de los que la distinguían cuatro o cinco siglos antes, se avenían muy mal con el antiguo régimen jurídico. Mucha parte de las normas jurídicas formuladas por las Doce Tablas no tenían ya aplicación posible. Mucha parte de la vida jurídica nueva, de la que se había desarrollado por efecto de los cambios sociales, no podía ser regida por las antiguas leyes ni aún mediante las más forzadas interpretaciones. En estas circunstancias, no habiendo advertido el legislador a efectuar oportunamente la adaptación de las normas jurídicas a las nuevas necesidades sociales, ideó la jurisprudencia dos sistemas, uno de la equidad, para corregir en la práctica los defectos de la antigua legislación, y otro, el del derecho natural, para suplir sus deficiencias⁹¹.

⁹⁰ Sohm, *Historia e Instituciones del Derecho privado Romano*, pág. 93 a 103.

⁹¹ Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. III.

Que la equidad no fue del todo extraña al desarrollo jurídico de Roma, es cosa bien sabida. Sin hablar de otros aportes, más o menos considerables, se puede apreciar cuán importante fuese su contribución en este orden con sólo advertir que a ella se debió el derecho procesal, según Gaius, la institución de las cuatro acciones judiciales que suplantaron la *legis sacramenti*⁹². No obstante, hay que reconocer que la influencia de la equidad fue de carácter destructivo más bien que constructivo, porque generalmente, se concretó a moderar el rigor del derecho primitivo, a sustraer casos específicos de las reglas generales que los primeros legisladores habían establecido, y en una palabra, a justificar la inaplicación de aquellas leyes antiguas que más repugnaban a la cultura moral de los nuevos tiempos. Fue la equidad quien proclamó, en ejercicio de su acción deletérea, que nada hay más perjudicial que el derecho estricto: *summun jus, summa injuria*⁹³. Fue la equidad la que libró a los herederos de la carga de las deudas *ultra vires* otorgándoles de propia autoridad el *beneficium obstinendi*, esto es, el derecho de repudiación.

De naturaleza muy diferente fue la influencia que el derecho natural ejerció en el desarrollo jurídico de Roma, porque aun cuando también conspirase a dejar sin efecto la parte más envejecida de la primitiva legislación. Su obra consistió principalmente en forjar nuevas normas jurídicas para regir aquella parte de las relaciones sociales que se había desarrollado en los últimos tiempos que, según el común sentir, no podía dejarse sujeta a los antiguos preceptos legales.

Como quiera, que en la Edad Moderna, desde Grotius adelante ha habido poca diferencia entre el derecho natural y el internacional, se han imaginado algunos autores que originariamente hubo en Roma igual confusión entre el *jus gentium* y el *jus naturale*. Sumner Maine, por ejemplo, dice que fueron vanos los esfuerzos que en otro tiempo se hicieron para establecer alguna diferencia entre ambos sistemas⁹⁴.

En el mismo Imperio Romano, no siempre se mantuvo la distinción del uno y del otro. Cuando la expresión *jus naturale* se incorporó en el acervo jurídico del pueblo romano, los jurisconsultos, que no podían explicarse la conformidad de las legislaciones de tantos Estados por la semejanza de las condiciones sociales, se imaginaron (observa Sumner Maine) que el antiguo *jus gentium* era el código que los pensadores griegos habían buscado, el código perdido de la naturaleza⁹⁵. En conformidad con esta doctrina, Gaius no reconoció más que dos clase de derechos: el que cada pueblo impone a sí mismo, el derecho civil, y el que la razón impone a todos los pueblos, el *jus naturale*, llamado (dice) *jus gentium*⁹⁶.

A nuestro juicio, hay en esta confusión un error que proviene de nuestra indeliberada y doble inclinación a creer que las cosas actuales han sido siempre lo que son ahora y que las del pasado fueron iguales a las que hoy se conocen con el mismo nombre. El *jus gentium* y el *jus naturale* son sistemas de muy diversa naturaleza, que se forjaron en diferentes épocas para satisfacer diferentes necesidades.

De ambos sistemas, fue el *jus gentium* el primero que se incorporó en la jurisprudencia romana. Cuando todavía la legislación de las Doce Tablas no se resentía de mucho envejecimiento, la rápida conquista de Italia había puesto a Roma en la necesidad de crear un derecho que le sirviera de base para administrar la justicia a sus súbditos.

⁹² Gaius, *Comm. Inst.* IV. * II. Krueger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, pag. 167. Étienne, *Institutas de Justinien* t. II pag. 325.

⁹³ Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. II, * 33, pag. 0.

⁹⁴ Sumner Maine, *L' Ancien Droit*, chap. III, pag. 51.

⁹⁵ Sumner Maine, *L' Ancien Droit*, chap. III, pag. 55.

⁹⁶ Gaius, *Comment*, I, * I. Krueger, *Histoire des Sources du Droit romain*, pag. 164 a 167.

tos de sangre extraña. El *jus naturale* no se forjó sino mucho más tarde, cuando habiendo envejecido dicha legislación, se sintió otra necesidad, la de tener un nuevo derecho para regir aquella parte de las relaciones jurídicas entre romanos y romanos, que había quedado sustraída del antiguo régimen. El *jus gentium* era un derecho positivo puesto que se componía de aquellos principios que servían de base común a las legislaciones de los Estados italianos; el *jus naturale*, era un derecho puramente imaginario, puesto que se componía de aquellos principios ideológicos que la *cultra jurídica* proponía como fundamentos de las reformas legislativas y que según Cicerón, apenas se invocaban en las contiendas⁹⁷.

Fue presumiblemente Cicerón, discípulo de los griegos, el primer jurisconsulto romano que mencionase el *jus naturale*⁹⁸ y por cierto, no creyó que los romanos conocieran de antemano este sistema bajo el nombre de *jus gentium*. La idea que daba del *jus naturale*, del cual decía que es aquello (la religión, la piedad, la gratitud, la venganza, el cumplimiento del deber, la veracidad) que tenemos, no por obra de la opinión, sino por efecto de una fuerza innata (*quod non opinio genuit, sed quaedam innta vis inseriuit*) no se podía confundir en su espíritu con la idea del *jus gentium*, que para los romanos nunca fue otra cosa que la base común de las legislaciones de los pueblos de Italia. En suma, aparece tan claramente hecha esta distinción en las obras del insigne orador, que en justicia es a él a quien se debe atribuir la clasificación tripartita que las Institutas de Justiniano sancionaron distinguiendo el *jus civile*, el *jus gentium* y el *jus naturale*⁹⁹.

La importación helénica del *jus naturale* trajo consigo un enorme desarrollo jurídico. Habiendo aparecido en Roma cuando ya se sentía la caducidad de las antiguas leyes, los jurisconsultos se apresuraron a utilizarlo como instrumento adecuado para barrenar el derecho de las Doce Tablas e instituir nuevas normas jurídicas.

Con arreglo al derecho antiguo, no tenía uno más parientes ni más herederos que sus agnados; pero habiendo demostrado los jurisconsultos que ante la naturaleza son tan parientes los individuos de la línea uterina como los de la línea masculina, la justicia ideó arbitrios jurídicos para modificar el régimen hereditario. Cuando el cognado estaba en grado más próximo que el agnado, el pretor daba al agnado el título de heredero como la ley mandaba, y daba al cognado la posesión de la herencia como el derecho natural lo prescribía¹⁰⁰.

Con arreglo asimismo al derecho antiguo, sólo los hijos legítimos tenían padre y derecho en familia paterna. Por lo tocante a los hijos ilegítimos, nacían jurídicamente sin padre, y el varón que los había engendrado podía adoptarlos, pero no reconocerlos. Pero habiendo establecido la jurisprudencia que ante la naturaleza no puede haber hijos sin padre, se hizo costumbre que el progenitor adoptase a los hijos que había fuera de matrimonio reconociéndolos por naturales y que el pretor repartiese la herencia materna incluyendo a los bastardos entre los cognados, costumbre que posteriormente fue sancionada por la leyes¹⁰¹.

Con arreglo también al derecho antiguo, la estipulación de las obligaciones estaba sujeta a fórmulas engorrosas y sacramentales que, multiplicando los casos de

⁹⁷ Ciceron, *De Inventione*, lib. II, cap. XXII. Sohm, *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, pág. 12.

⁹⁸ Krueger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, pag. 53.

⁹⁹ Ciceron, *De Inventiones*, lib. cap. XXII el LIII. Étienne, *Institutes de Justinien*, lib. I, tit. II. Cicerón desarrolla particularmente su concepto de la ley natural en su tratado *De Legibus*, lib. II, cap. IV et V, pag. 81, 83 et 85.

¹⁰⁰ Étienne, *Institutes de Justinien*, t. I, lib. III, tit. XI.

¹⁰¹ Mispoulet, *Études d'Institutions Romaines*, pag. 266. Étienne, *Institute de Justinien*, t. I, liv. III, tit. V.

nulidad, abrían puertas a la mala fe y entorpecían los contratos y demás relaciones jurídicas. Pero los jurisconsultos enseñaron que toda obligación lisa y llana, estipulada libremente, era válida ante la ley natural, aun cuando por defectos de forma fuese nula ante la ley romana. No otro fue el origen de las obligaciones naturales y de los contratos consensuales¹⁰².

Con arreglo al derecho antiguo, las penas que castigaban al asesinato jamás se aplicaron al amo que mataba a su esclavo; pero los jurisconsultos enseñaron que ante la ley natural, la vida humana es siempre sagrada, independientemente de la condición del hombre. No otro fue el origen de la Constitución de Constantino que declaró reo de homicidio al amo que matase a su esclavo¹⁰³.

Sería inoficioso multiplicar los casos. El hecho es que los jurisconsultos constituyeron la doctrina del derecho natural, no con los principios positivos que servían de base común a las legislaciones de los pueblos de Italia, sino con unos principios ideales que en aquellas circunstancias constituían el summum de las aspiraciones de la nueva cultura moral de los romanos. Y notémoslo bien: en ninguna de estas reformas tuvo el menor influjo el *jus gentium*, que en estos puntos no difería esencialmente del derecho romano. Al empezar su enseñanza, los jurisconsultos no tuvieron presumiblemente otro propósito que el de preparar las nuevas reformas del derecho fijando el rumbo que se había de darlas para conformarlas con el desarrollo social. Pero desde antes que el legislador sancionase su obra, consiguieron, cambiando el sentimiento jurídico de la sociedad toda, que se tuviese el derecho natural por parte integrante del derecho romano, y más tarde, que los pretores lo aplicasen en sus fallos como si fuese integrante de la legislación positiva.

Influencia Limitada de la Legislación en el Desarrollo del Derecho

Habiendo determinado en los tres párrafos precedentes la manera y forma cómo se desarrolla espontáneamente el derecho, tócanos ahora determinar la manera y forma cómo se lo desarrolla deliberadamente.

En conformidad con la doctrina que venimos exponiendo, decimos que hay desarrollo deliberado del derecho cuando ora por medio de leyes, ora por medio de decretos, la autoridad altera las normas jurídicas tradicionales o establece otras nuevas. Para mayor comodidad, daremos el nombre genérico de ley a toda medida de carácter general dictada por cualquiera de los Poderes Públicos.

De esta definición, relacionada con lo que ya expusimos acerca de la naturaleza de las legislaciones primitivas, se infiere que en la vida de los pueblos semicivilizados hay largos períodos durante los cuales la ley no tiene arte ni parte en el desarrollo del derecho. En este punto no dejan lugar a duda las observaciones y datos que allí acopiamos, porque ellos prueban de manera irrefragable que para dichos pueblos legislar no es imponer por obra de autoridad un derecho nuevo; es declarar el derecho establecido; y dictar códigos no es sujetar a una legislación especial tal o cual orden de las relaciones humanas; es acopiar, escriturar y publicar aquellas normas jurídicas que de antemano haya establecido la costumbre.

Tenemos, por tanto, que en los tiempos primitivos de la actividad legislativa, cuando el legislador se concreta exclusivamente a formular las normas jurídicas consuetudinarias, él se mantiene extraño al desarrollo jurídico, sobre todo al desarrollo

¹⁰² Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. IX, pag. 318.

¹⁰³ Código de Justiniano, lib. IX. tit. XIV, ley 1.

deliberado, porque la simple escrituración de las costumbres ni aumenta ni disminuye ni cambia ni modifica los derechos y las obligaciones.

Este fenómeno, cual es, la publicación de leyes que en nada afectan al desarrollo jurídico, no es peculiar de los pueblos semicivilizados porque de las que día a día se dictan en los más civilizados, la mayor porción tiene la misma naturaleza. Infiérese esta inducción de las mismas observaciones que hicimos más arriba, porque si el legislador no puede generalmente prescindir por completo de la costumbre, no hay cómo eludir la siguiente conclusión: la mayor parte de las leyes que se dictan en los centros de mayor cultura no hace más que formular y declarar normas jurídicas preestablecidas.

Esta conclusión, que viene a chocar con ciertos prejuicios muy difundidos según los cuales toda ley hace derecho, se deriva directamente de la teoría, positiva de la legislación, que también hemos insinuado más arriba. En conformidad con esta teoría, no se puede legislar en abstracto ni realizar, por consiguiente, el ideal de una legislación universal y eterna; se debe legislar para un pueblo y para un estado social determinados. Siempre fracasaron en la historia, ocasionando graves trastornos en los pueblos, aquellas sectas y aquellos partidos que enamorados de principios absolutos, se imaginaron que el arte de legislar se prestaría sin inconvenientes al propósito de convertir en derecho sus ideologías. No hay más leyes posibles, o hablando con mayor propiedad, no hay más leyes que cuenten con el asentimiento social que aquellas que respetan, por lo menos, en lo fundamental el orden jurídico sancionado por las costumbres generales.

En conformidad con estos principios, se han dictado todas aquellas legislaciones que por efecto de su perfecta adaptación a los respectivos estados sociales, han prolongado su vida en la historia, apoyadas por una adhesión profunda de parte de los pueblos. Nos bastará recordar dos casos para comprobar nuestras palabras.

Dionisio de Halicarnaso, que vivió en el último siglo de la Era Antigua, cuando ya las Doce Tablas muy envejecidas eran objeto de muchas críticas, hace grandes alabanzas de este código y a continuación agrega: Por lo que toca a la especie de que hay en él disposiciones bárbaras y ridículas, creo yo que sólo se las critica porque no se las comprende o porque no se advierte que siendo las leyes como si dijéramos un remedio y un preservativo contra los vicios, se las debe dictar en forma que se adapten a las circunstancias de los tiempos, a las diferentes constituciones de los Estados, a las costumbres y a la utilidad del siglo en que empiecen a regir¹⁰⁴.

Dieciocho siglos más tarde, enseñaba la misma doctrina en diferentes términos el más insigne de los codificadores que la Revolución Francesa y Napoleón I tuvieron a su servicio. Observaba Portalis que las leyes no son simples actos de poder, sino actos de sabiduría, de razón y de justicia; que las novedades, o sea, las ideologías, apenas tienen cabida en los códigos, porque no son los hombres los que se hacen para las leyes, sino las leyes las que se hacen para los hombres; y que en el arte de legislar, la regla general es adaptar las leyes al carácter, a las costumbres y a la situación del pueblo para el cual se dictan¹⁰⁵.

En realidad, nunca hubo en parte alguna ningún gran legislador que pretendiese inventar el derecho. La idea contemporánea de que la supremacía de la costumbre implica una negación de las prerrogativas del legislador, es una aberración peligrosa que por un lado convierte el arte de legislar en un arte eurística extraña al ambiente social, y por otro, propende a erigir en el seno de los pueblos más democráticos la

¹⁰⁴ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. VI, liv. VI, chap. XI, pag. 317.

¹⁰⁵ Laferrière, *Histoire au Droit Français*, t. II, liv. VIII, chap. II, pag. 348.

autocracia arbitraria de los Poderes Legislativos. Por fortuna, esta reivindicación de las prerrogativas autocráticas del Poder Legislativo, que si alguna vez se ha hecho con buenos propósitos, nunca se ha hecho o para justificar la violación de derechos adquiridos o para convertir en derechos ideologías descabelladas; es una amenaza tan temible que jamás ha prosperado porque donde ha dado a conocer sus pretensiones ha tropezado con la resistencia instintiva e invencible del sentimiento jurídico. No; de los tres Poderes fundamentales del Estado es el Legislativo el que menos puede prescindir del medio ambiente porque no está en su mano crear el derecho legal como no empiece por respetar el derecho social.

¿Queremos concluir con esto que la ley nunca pueda hacer otra cosa que declarar el derecho establecido? ¿Queremos acaso sostener que nunca sea dado al legislador dictar leyes que impulsen el desarrollo jurídico, ora modificando las normas tradicionales, ora estableciendo otras diferentes?

La verdad es que no podríamos llegar a otras conclusiones si estuviéramos condenados a suscribir sin reservas ni modificación alguna a la teoría de la legislación que todos los grandes jurisconsultos y codificadores enseñaron siempre, cual es la que venimos exponiendo. Incurriendo en una exageración que despojaría a la ley de la facultad de desarrollar el derecho, todos ellos han ensañado que el arte de legislar debe concretarse a declarar y formular las normas jurídicas consuetudinarias, a precisarlas, a ordenarlas, a clarificarlas, a perfeccionarlas. Si los legisladores procedieran siempre con arreglo a esta teoría, no habría medio de desarrollar deliberadamente el derecho.

Pero a nuestro juicio, no concuerda por completo esta doctrina con la teoría positiva, esto es, con la teoría inductiva de la legislación. En todos los pueblos civilizados se dictan día a día leyes que, o modifican la costumbre, o establecen normas jurídicas completamente nuevas. Teoría de la legislación que no explique satisfactoriamente hecho en apariencia tan anómalo no tiene carácter científico. ¿Cuál es, pues, la teoría positiva de la legislación? Vamos a exponer nuestra doctrina.

Para nosotros, el arte de legislar no es ni más ni menos que una rama del arte político, cuyo fin más importante se reduce a satisfacer las necesidades sociales en cuanto el medio ambiente lo permita¹⁰⁶. Que por regla general deba la política respetar las costumbres establecidas no hay que dudarlo, puesto que se expone a irremediable fracaso cuando procede sin tener cuenta de las franquicias y elementos que el estado social le 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 sentimiento general, nada le impide seguir este camino.

En conformidad con estos principios se ha formado y desarrollado en nuestros días el derecho socialista. Hasta los últimos años, las legislaciones de los pueblos más civilizados casi no se preocupaban de la condición y de la suerte de los obreros, de los pobres, de los humildes, que constituyen la masa de las poblaciones. Habiéndose derivado de la legislación 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 y se agitaban tumultuosamente para reivindicar su parte en los beneficios del derecho. Muchos legisladores, alarmados con la efervescencia y descontento de los desheredados, han creído muy cuerdamente que para evitar trastornos y revoluciones, no les quedaba más camino que el de establecer un derecho nuevo, un

¹⁰⁶ Cogliolo, Estudios acerca de la Evolución del Derecho Privado, cap. V, pág. 53.

derecho que abrogara muchas de las normas tradicionales del derecho antiguo, el derecho socialista.

Que esta doctrina tenga carácter inductivo y desvanezca la ilusión de la autocracia legislativa lo prueba el hecho de que en ningún pueblo y en ningún tiempo han logrado convertirse en derecho aquellas leyes que bajo la inspiración de ideologías ora revolucionarias, ora reaccionarias, se han dictado sin tener cuenta ni del estado ni de las necesidades sociales, porque o han quedado en el papel como simples aspiraciones jurídicas del legislador, o no han regido sino mediante la presión de la fuerza y mientras han contado con ella. Nada hay más contrario a los hechos que la idea de que los grandes legisladores hayan inventado el derecho o de que los grandes autócratas lo hayan hecho. En todo el curso de la historia no ha habido más legislaciones que hayan nacido dotadas de vigor y vitalidad, afianzadas por el asentimiento de los pueblos, que aquellas que se han dictado para satisfacer necesidades sociales en la medida que los elementos y las franquicias del estado social lo permitía. Aún en el primer período de la actividad legislativa, cuando los legisladores son simples codificadores que se concretan a formular las normas jurídicas consuetudinarias, las leyes siempre se han dictado bajo la inspiración del empirismo que precede y suple a la ciencia, como si sus autores se hubiesen guiado conscientemente por la doctrina que prohíbe al arte de legislar curarse de cosa que no sea la de satisfacer las necesidades del orden social.

Cuándo y como empiecen los pueblos a dictar leyes que no se concreten a escriturar la costumbre, leyes que modifiquen, abroguen o subroguen las normas jurídicas tradicionales, es problema al cual podemos dar solución presumible, no histórica.

Cuando Platón proponía en su República que los legisladores se redujeran a dictar leyes sobre la construcción de templos, sobre los sacrificios, sobre el culto de los dioses, de los genios y de los héroes, sobre los funerales y las ceremonias que apaciguan los manes de los muertos; cuando insinuaba que se les prohibiera dictarlas sobre los contratos de compraventa, sobre las convenciones relativas al trabajo personal, sobre las injurias y las violencias, sobre la secuela de los procesos, sobre la organización judicial, etc.; evidentemente lo que el reaccionario filósofo quería era impedir que por medio de la acción legislativa se alterase el orden consuetudinario; era organizar el Estado en forma que la costumbre siguiera rigiendo el orden jurídico por sí sola y a perpetuidad, sin peligro de que se dictaran leyes que la abrogasen o modificasen¹⁰⁷. Por sí mismas dejan adivinar estas doctrinas que no siempre fue reconocido al Poder Legislativo la facultad de hacer derecho legislando. A nuestro juicio, sólo por obra de grandes revoluciones o bajo el impulso de autocracias absolutas o de teocracias progresistas es como se logra dar al arte de legislar esta amplitud que le permite cooperar al desarrollo del derecho.

Observa Spencer que ha sido práctica muy general en los pueblos semicivilizados la de imponer las leyes en nombre de la divinidad¹⁰⁸. Pero fuerza es entender que esta práctica no reza con todas las leyes sino con aquellas que envuelven normas jurídicas nuevas, porque aquellas que no hacen más que traducir el derecho consuetudinario, en todo tiempo y en todas partes, fueron respetadas independientemente de toda coerción religiosa.

No hay código primitivo alguno que dé más luz que el Pentateuco en la obra de determinar cómo las teocracias desarrollan el derecho. Cuando el legislador mosaico

¹⁰⁷ Platon, *La République*, liv. IV, chap I.

¹⁰⁸ Spencer, *Principe de Sociologie*, t. III.

empezó su tarea, los israelitas eran politeístas, tenían establecidas la práctica de los sacrificios humanos y de la venganza, y negaban a la mujer toda opción en la herencia de sus padres. Si las leyes hubieran respetado siempre el orden consuetudinario, no habría habido medio que hubiera permitido a este pueblo desprenderse de prácticas tan bárbaras antes de muchos siglos. Pero la legislación mosaica las atacó vigorosamente conminando con graves penas a los adoradores de dioses ajenos, reemplazando los sacrificios humanos por el del cordero, instituyendo el castigo y la purificación para los grandes crímenes, y otorgando a la mujer el derecho de heredar a falta de varones. Estos progresos jurídicos fueron tan enormes para su época que el pueblo israelita no los aceptó sino a duras penas, después de reaccionar cien veces a favor del régimen abrogado y sólo porque la teocracia se los impuso en nombre de la divinidad y bajo la reiterada conminación de provocar en caso de desobediencia la tremebunda ira de Jehová.

En todos los pueblos del Oriente hasta el Egipto inclusive, los legisladores parecen haber recurrido al mismo subterfugio, esto es, a la intervención de los dioses, para desarrollar el derecho modificando el orden consuetudinario. A la inversa, en los pueblos clásicos, a lo menos desde los principios de la historia, las modificaciones legislativas del derecho consuetudinario parecen haberse impuesto por obra de la dictadura o de la revolución. Armados de poderes dictatoriales fue como Licurgo, Dracón, Solón, etc., dictaron los primeros códigos que rigieron en Grecia.

Pero en pueblo alguno de la tierra aparecen tan de manifiesto como en Roma estos orígenes del derecho legislativo. Durante largos siglos vivieron comprometidos patricios y plebeyos en una no interrumpida contienda, en la cual los primeros defendían el derecho consuetudinario en amparo de sus privilegios, y los segundos exigían que para remedio de sus males, se establecieran nuevas normas jurídicas.

Diseñábanse estos dos principios, que sirven de pie a dos tendencias políticas antagónicas, ya en las acaloradas discusiones que precedieron a la institución del decenvirato que había de componer el Código de las Doce Tablas, porque según Dionisio de Halicarnaso, los patricios enrostraban a la plebe el propósito de alterar la organización política y de establecer novedades en el derecho, y la plebe se excusaba alegando que nada proponía que fuese ni injusto ni perjudicial, concretándose su propósito a obtener leyes que establecieran la igualdad entre todos los ciudadanos¹⁰⁹.

Este hecho nos sugiere una observación que se relaciona con la vida democrática de los pueblos. Estudiemos el fondo de las agitaciones democráticas de cualquier pueblo y veremos que en la mayor parte de las contiendas políticas de carácter jurídico, los contendores son siempre los mismos que fueron en Roma, a saber la tradición y la innovación, el orden y el progreso, la costumbre y la ley. Notemos asimismo que en todas partes los partidos conservadores se caracterizan por la pretensión de mantener incólume el orden consuetudinario, y los liberales por la de hacer prevalecer la ley contra la costumbre, esto es, la ideología generosa contra el hecho sin alma, indiferente al progreso y a los males sociales. Armonizar ambas tendencias reduciendo la acción del Estado, aún la acción más radical, a desarrollar el orden establecido es la obra de los grandes estadistas.

¹⁰⁹ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. VI, liv. X, chap. II, pag. 7 et 9. Para Lambert, que no cree que jamás se dictase en Roma el Código de las Doce Tablas, la evolución del derecho se operó exclusivamente por la jurisprudencia hasta una época muy posterior. Haciendo tabla rasa de toda la legislación de los fines de la República y de los principios del Imperio, llega a sostener que la intervención del legislador no suplantó a la *auctoritas prudentium* como fuente principal del derecho civil sino después de la época de los grandes jurisconsultos, esto es, después del siglo II de nuestra Era. Lambert, *La Fonction des Droit Civil Comparé*, pag. 695.

No otro fue el punto fundamental de la disidencia que en el curso del siglo XIX estalló entre dos insignes romanistas. Para Savigny, el derecho no nace en parte alguna ni por obra del acaso, ni por obra del capricho, ni aún por obra de la voluntad; es la simple expresión del alma nacional formado espontáneamente por efecto de las costumbres. A semejanza de las lenguas y a semejanza de la vida humana, el derecho jamás permanece estacionario ni vive sino en estado de permanente transformación. En conformidad con esta doctrina, nunca es lícito al Poder Legislativo establecer nuevas normas jurídicas; su función debe concretarse en todas partes a declarar las que haya establecido la costumbre¹¹⁰.

En abierta oposición con el que había sido su maestro, sostuvo Ihering que, en la vida de los pueblos nunca hay desarrollo espontáneo; que la humanidad entera con su moral y con su derecho es obra deliberada del hombre; que si el derecho de las primeras edades nos parece ser espontáneo es sólo por que no habiendo asistido a su formación originaria, la historia no ha conservado la razón de su establecimiento; que la costumbre misma, única ley de los pueblos atrasados, no se forma y establece sino por efecto de una serie de actos individuales perfectamente deliberados, etc. "A la teoría de la formación inconsciente del derecho (dice), opongo la de la creación consciente: el derecho no tiene más fuente que el Estado"¹¹¹.

¿Qué partido tomar entre tan insignes contendientes? A nuestro juicio, en la ciencia así como en la política el acierto está en la armonización de ambas doctrinas, cada una de las cuales contiene juntamente con una gran parte de verdad, que debemos aprovechar y una parte pequeña de error, que podemos eliminar.

Que los actos individuales con que se da principio a una costumbre cualquiera sean deliberados, no hay como negarlo. Pero tampoco se puede negar que cuando se los ejecuta antes de que la costumbre esté establecida, nadie piensa en ningún estado social que al ejecutarlos quede constituido en fundador de una nueva norma jurídica. Ejecutarlos sin miras ulteriores, movido por su propio interés y en conformidad con el derecho vigente, impotente para prever que a la larga, por efecto de su repetición se va a formar un derecho nuevo.

Cuando los padres de familias de los pueblos bárbaros y semicivilizados empiezan a disponer de sus bienes para después de sus días por medio de adopciones, de donaciones y de ventas simuladas, saben muy bien lo que hacen; pero sería absurdo suponer que al ejecutar estos actos, tengan conciencia de que con ellos echan las bases de un nuevo derecho, el derecho de testar, que no se establecerá sino siglos más tarde.

Cuando los comuneros de una sociedad atrasada empiezan a labrar, a cultivar, a plantar, a cercar, a edificar una parcela del terreno común ¿vamos a creer que proceden a tontas y a locas porque son bárbaros? De ninguna manera; muy de manifiesto aparece en todos estos trabajos el propósito deliberado de aumentar las riquezas, el bienestar, la comodidad del que los practica. En este punto no cabe duda. ¿Pero vamos por esto a creer que cuando se los ejecuta en las primeras edades de los pueblos, se los ejecute con el propósito de ir estableciendo antecedentes que al cabo de varios siglos sirvan de títulos para constituir el dominio exclusivo en favor de lejanos descendientes?

Podríamos multiplicar los ejemplos sin que se altere la conclusión que de éstos se infiere, cual es, que en el orden jurídico hay desarrollo espontáneo cuando se forma

¹¹⁰ Savigny, *Traité de Droit Romain*, t.I, liv. I, chap.

¹¹¹ Ihering, *Histoire du Développement du Droit Romain*, pag. 12 à 17 et 25. Ihering, *L'évolution du Droit*, chap. VIII, *145. Korkounov, *Théorie générale du Droit*, liv. I, chap. IV.

un derecho nuevo por efecto de la repetición de actos deliberados que se han empezado a ejecutar sin el menor propósito de alterar o de completar el derecho tradicional. En conformidad por un lado con esta doctrina, y por otro, con lo expuesto en el cuerpo entero de esta obra, no es dudoso para nosotros que la parte fundamental de todas las ramas del derecho se forma y se desarrolla espontáneamente, esto es, sin que los primeros agentes prevean ni vislumbren las consecuencias y cambios jurídicos que muy a la larga se derivarán de sus actos. En este punto damos la razón a Savigny, negándosela a Ihering.

Pero no todo el derecho se desarrolla espontáneamente, porque gran parte del que rige en los pueblos civilizados se ha establecido por obra deliberada de los legisladores, esto es, con el propósito manifiesto y a menudo declarado, de modificar o de completar el derecho tradicional. Entendidas así las cosas, no es dudoso que esta parte del derecho es creación consciente del Estado.

Vano sería objetar que la ley no constituye derecho, esto es, no rige sino cuando se concreta al papel de mero trasunto del derecho consuetudinario. Verdad es, según hemos visto más arriba, que en los primeros grados de la actividad legislativa, bajo el principio de la absoluta irreformabilidad de las normas jurídicas, no tiene excepciones esta regla. Pero en los pueblos más adelantados, donde los legisladores viven atentos a satisfacer las necesidades sociales, no es anomalía el que bajo la inspiración de este propósito, se dicten leyes que o prescindan de la costumbre o se dirijan a extirparla. Como sean adecuadas al estado social y traduzcan bien las aspiraciones jurídicas más o menos precisas de la opinión, no hay peligro de que queden en el papel¹¹².

Para demostrar que la práctica, esto es, que el hecho general justifica nuestra doctrina, bastará estudiar brevemente las dos situaciones principales en que los legisladores se sienten urgidos a desarrollar el derecho: una en que son llamados a establecer nuevas normas jurídicas, y otra en que son impulsados a derogar las normas consuetudinarias.

En todos aquellos Estados donde el desarrollo social se opera con alguna rapidez, surgen día a día necesidades nuevas que la costumbre establecida de antemano no siempre puede satisfacer y casos jurídicos igualmente nuevos que ninguna de las normas tradicionales comprende ni resuelve. En esta situación, donde cada día se siente la necesidad de crear un nuevo derecho para resolver casos no previstos ni por la ley ni por la costumbre, se encuentran particularmente los pueblos más civilizados de nuestros días. La práctica de la aerostación, la acción de los submarinos, la carrera de los automóviles, la de los ferrocarriles, la construcción y el uso de los teléfonos, la construcción y el uso de los telégrafos, sobre todo de los inalámbricos, etc. han sido innovaciones tan trascendentales y tan repentinas que ninguna norma tradicional sea escrita, sea consuetudinaria, ha podido regirlas. ¿Han hecho mal aquellos legisladores que sin aguardar a que la costumbre las sometiera a su ley se han puesto a la obra de establecer un derecho nuevo para regir la práctica de estos prodigiosos inventos?

¹¹² De aquí viene la necesidad de que los partidos radicales no olviden nunca que en la vida de los pueblos deben actuar como fuerzas sociales de propaganda más bien que como fuerzas políticas de gobierno. Fundados en el desarrollo general que las sociedades civilizadas llevan, ellos proclaman de continuo reformas que son actualmente prematuras, pero que se abren camino merced a la propaganda, que haciendo sentir su necesidad para impulsar el progreso nacional, cambian en su favor el sentimiento público. Sin esta ayuda de los partidos radicales, bien poco sería lo que tendrían que hacer los partidos medios, cuya misión social se concreta a realizar aquellos ideales políticos que ya han madurado principalmente por efecto de la propaganda radical.

En la misma situación se han encontrado cuando han tenido que resolver el más grave de los problemas de la política contemporánea, el que tontamente se ha llamado problema social. Decimos tontamente porque a nuestro juicio toda cuestión política dirigida a establecer nuevas normas jurídicas o a modificar las antiguas es en el fondo una cuestión social. Ningún estadista ha dejado de advertir que por efecto de causas sociales que no hay para que exponer en este momento, han quedado envejecidas, para seguir rigiendo las relaciones entre los empresarios y los obreros, todas las legislaciones derivadas del derecho romano. De un extremo a otro del mundo civilizado han comprendido las clases inferiores que el antiguo contrato de arrendamiento de servicios las hace víctimas de inicua explotación porque so capa de sancionar la libertad del trabajo y de las estipulaciones, pone a los menesterosos en el dilema de perecer de hambre o de capitular ante las exigencias de los patrones. En esta situación, los legisladores han tenido que optar entre estos dos caminos: o el de aguardar a que la costumbre, siempre lenta, viniese a poner orden de estas cosas después de un tiempo más o menos largo de agitaciones y anarquismo, o el de anticiparse a la costumbre estableciendo, siquiera fuese por vía de ensayo, nuevas normas jurídicas. ¿Han hecho mal los legisladores que dictando a favor de los menesterosos leyes de justicia y de amparo han procurado restablecer la paz social?

En el orden político es frecuente, cuando se proponen reformas, que los partidos conservadores las repudien por la sola y fundamental razón de no estar preparado el país para establecerlas. En el fondo, esta objeción es originada por la propensión que caracteriza la acción de los partidos liberales, cual es, la de dictar bajo el aguijón de los anhelos impacientes de progreso, leyes que se anticipen a la costumbre.

Pero las leyes pueden desarrollar el derecho no sólo anticipándose a la costumbre sino también abrogándola y subrogándola. En todos los pueblos ha habido siempre usos, prácticas y costumbres que teniendo sus orígenes en tiempos muy remotos, repugnaban al estado actual de la cultura y que no obstante esta repugnancia, habrían seguido subsistentes por siglos y siglos si el legislador no hubiese intervenido con una represión enérgica. Sólo cuando el legislador ha dado carácter coercitivo a la justicia, se ha extirpado la práctica de la venganza; la del duelo ha propendido más y más a desaparecer sólo desde que las leyes le han dado el carácter de delito; y la tramitación engorrosa que los litigios tienen en nuestros tribunales, establecida por la costumbre del foro, seguirá eternamente amparando la mala fe y el tinterillaje, si para reprimirla no se dictan leyes más eficaces que las vigentes.

Pollock observa que hasta ha pocos años las prácticas parlamentarias sancionaban en Inglaterra el derecho absoluto de los diputados a prolongar indefinidamente los debates y retardar hasta las kalendas griegas las más premiosas resoluciones, y que nunca se había limitado esta libertad porque ellos la habían ejercido siempre con discreción. Pero cuando apareció un partido que empezó a ejercerla, no para discutir latamente los asuntos sino para obstruir su despacho, no creyeron los legisladores británicos que su deber fuese aguardar a que germinasen nuevas prácticas dirigidas a reprimir el abuso y se apresuraron a dictar medidas reglamentarias dirigidas a impedir que una minoría poco escrupulosa se sobrepusiera a una mayoría demasiado paciente¹¹³.

Debemos observar, empero, que en este terreno es muy limitada la eficacia del Poder Legislativo, subordinado como tiene que actuar a la inamisible condición de respetar el estado social. No todas las costumbres que al legislador parecen condena-

¹¹³ Pollock, *Introduction à l'étude de la Science Politique*, pag. 263.

bles se pueden abrogar por medio de la ley. Sólo se pueden abrogar legislativamente, y esto es, con no poca dificultad, las costumbres expirantes, esto es, aquellas que no obstante su generalidad, han empezado a repugnar al sentimiento moral de la sociedad. Contra la costumbre que se encuentra todavía en pleno vigor, la ley es impotente.

Conclusiones: no hay fuerza que pueda mantener a perpetuidad una ley que choca contra la parte fundamental del orden consuetudinario; pero cuando las necesidades del estado social lo requieren, la ley puede abrogar sin inconveniente tal o cual norma jurídica que habiéndose establecido por efecto de una costumbre antigua, repugna a la cultura contemporánea. Grave error es, sin embargo, imaginarse que en este terreno se pueda proceder caprichosamente, pues cuando las leyes que se destinan a satisfacer necesidades sociales no se concretan a reflejar la costumbre, se dictan de hecho con carácter esencialmente provisional, como que antes de aplicarlas, nadie acierta a saber si repugnarán o no al sentimiento jurídico y si tendrán larga o corta vida.

Medios de Conservación del Derecho: las Oligarquías Jurídicas, el Aforismo y el Verso

Las dificultades con que se opera el desarrollo jurídico, sea espontáneo, sea deliberado, se aprecian mejor cuando se conocen los medios de que los pueblos se valen para conservar incólume el derecho.

Desde el estado de barbarie adelante, no ha habido sociedad que no haya tratado de preservar sus normas jurídicas contra el olvido, contra la tergiversación, contra las aplicaciones improcedentes.

Distínguense particularmente en este empeño los pueblos bárbaros y semivilizados que no conocen la escritura, empleando para lograr tal propósito dos medios de naturaleza muy diferente que se completan entre sí.

De estos dos medios consiste el primero en confiar a una clase, ora la aristocracia, ora la sacerdotal, el depósito de las normas jurídicas consuetudinarias, con cargo de transmitir las oralmente de generación en generación.

En la India correspondía a los brahmanes conservar la memoria de las leyes, y a nadie más le era lícito enseñarlas¹¹⁴; y entre los hebreos desempeñaban análoga misión los levitas.

Dionisio de Halicarnaso dice que antes de las Doce Tablas, sólo el patriciado conocía las leyes romanas porque el resto de la población vivía absorbido por las tareas de la agricultura y el comercio¹¹⁵; y según D'Arbois de Jubainville, hay en el *Senchus Mór* de los celtas irlandeses reminiscencias de una época en que correspondía a los filé el monopolio de la justicia y del conocimiento de las leyes¹¹⁶.

Las oligarquías jurídicas con tendencia a monopolizar el convencimiento de las leyes se forman en todas partes de manera completamente espontánea, porque componiéndose el derecho consuetudinario de una serie más o menos larga de precedentes reducidos a fórmulas, no es posible que guarden su recuerdo sino aquellos que por razón de oficio, esto es, por estar encargados de administrar la justicia, tienen que aplicarlas día a día. De esta misma práctica sin intervención alguna de parte del legislador, se deriva el monopolio, pues cuando una clase ha conservado durante largo tiempo el depósito de las normas jurídicas, todos bajo el influjo del principio predomi-

¹¹⁴ El Libro de las Leyes de Manú, lib. I.

¹¹⁵ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. VI, liv. 8, chap. I, pag. 3.

¹¹⁶ D'Arbois de Jubainville, *Le Senchus Mór*, pag. 10.

nante que atribuye fuerza de ley a los usos, prácticas y costumbre establecidos, propenden a tener esta misión por una prerrogativa que no se puede compartir.

Como quiera que el ejercicio de este monopolio pone en mano de las oligarquías jurídicas la hacienda, la vida y la honra de todos, dándoles enorme ascendiente sobre el pueblo entero, nada es más explicable que el celosísimo empeño que ellos gastan en la obra de mantener sustraído el derecho del conocimiento general. Con este propósito condenan la publicidad de las normas jurídicas como un sacrilegio, y no es raro que con el mismo propósito las conserven escritas en lenguas muertas, ya ininteligibles para el vulgo¹¹⁷. De Licurgo dice Plutarco haber dictado oralmente sus leyes y haber prohibido escriturarlas¹¹⁸.

En Israel los rabinos hicieron creer al pueblo, con sus interesadas enseñanzas, que era grave pecado poner por escrito las tradiciones jurídicas, guiados sin duda por el propósito de mantener en sus manos el monopolio del derecho¹¹⁹.

Con el mismo propósito, los patricios romanos y en particular pontífices mantuvieron en secreto durante muchos siglos las fórmulas jurídicas y la jurisprudencia. Cuando el año 314 antes de J. C. se publicó la obra titulada *Jus Civile Flavianum*, que contenía las *legis actiones*, la publicación se tuvo por un verdadero atentado contra las prerrogativas de la oligarquía¹²⁰.

El mismo monopolio encontramos amparado por igual ocultación entre los celtas irlandeses. Según D'Arbois de Jubainville, los jurisconsultos de aquel pueblo hablaban entre sí una lengua que el vulgo no entendía, y pretendían poseer secretos para discernir la verdad en los litigios y para vengarse de sus enemigos: litigante que se rebelaba contra sus dictámenes incurría en pena de excomunión¹²¹.

Pueblos hay donde las oligarquías han solido mantener este monopolio hasta grados muy altos de su cultura jurídica. En 1272, un rey de Bohemia quiso escriturar las normas jurídicas tradicionales, y los barones se opusieron estimando que era un atentado contra sus prerrogativas todo intento de poner por escrito el derecho. Años más tarde otro monarca renovó la misma tentativa promulgando el Código Majestas Carolina, que no era más que la costumbre escriturada, pero la oposición de la oligarquía fue tan viva que la corona hubo de renunciar a su empeño, suponiendo, para salvar el principio de autoridad, que el libro había sido consumido por un incendio¹²².

Que este monopolio se preste a múltiples abusos es un hecho que se puede comprobar en la historia de cada uno de aquellos pueblos donde ha estado instituido; pero si a pesar de los abusos se lo instituye y se lo mantiene, tenemos que admitir que responde a reales necesidades de determinados estados sociales. Es pretensión de las

¹¹⁷ Meijer, *De la Codification*, pag. 128.

¹¹⁸ Plutarque, *Vies des Hommes Illustres*, t. I, pag. 107.

¹¹⁹ Thonissen, *Droit Criminel des Peuples Anciens*, t. I, pag. 195.

¹²⁰ «Vers le milieu du cinquième siècle, une grave atteinte fut portée à l'influence du collège sur le développement du droit séculier par la publication du *Jus Civile Flavianum*, due au scribe Cn. Flavius... Pomponius prétend que le véritable auteur du livre était Appius Claudius Caecus, personnage mentionné ailleurs comme un jurisconsulte éminent; Flavius fils d'un affranchi d'Appius Claudius, le lui aurait soustrait et lui aurait publié malgré lui. Mais ce que nous savons du caractère et du rôle politique d'Appius donne lieu de supposer qu'il avait composé lui-même ce livre pour diminuer l'influence des classes supérieures en matière de droit; il est probable que la publication n'eut pas lieu contre son gré» Krüger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, pag. 10 et 39.

Meijer, *De la Codification*, pag. 66.

¹²¹ D'Arbois de Jubainville, *Le Senchus Mór*, pag. 100 à 103. D'Arbois, *Études sur le Droit Celtique*, t. I, 3ème Partie, chap. I, * 5.

¹²² Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 161.

oligarquías jurídicas, dice Sumner Maine, monopolizar el conocimiento de las leyes y en particular, de aquellos principios que sirvan para dirimir los litigios, y los documentos históricos no dejan lugar a dudas sobre que ellas han solido abusar de la confianza de los pueblos; pero antes de la invención de la escritura, no hay otro medio de conservar con alguna fijeza las normas jurídicas que el de confiar su depósito a una porción limitada de la comunidad¹²³.

Empero, mientras la guarda del derecho está confiada a la tradición oral, es tanta su imprecisión y sobre todo, es tan fácil alterarlo, que para mantener su fijeza no basta la institución de las oligarquías jurídicas. Lo que llamamos derecho consuetudinario se compone en sus orígenes de una serie siempre creciente de precedentes, sobre todo de precedentes judiciales, cuya suma total ninguna memoria podría retener si permanecieran en estado de hechos inconexos. Para vencer esta dificultad, recurren los pueblos, antes de la adopción de la escritura, a dos medios, no igualmente generales, pero sí, recíprocamente complementarios, cuales son: 1º el de quitar a dichos precedentes su naturaleza casuística, reduciéndolos a reglas generales; y 2º el de dar a estas reglas, para facilitar la retentiva, ora forma aforística, ora forma métrica.

De estas dos formas, que se encuentran usadas promiscuamente, tiene carácter de más primitiva la aforística. Sumner Maine dice que los libros jurídicos del sánscrito están escritos ora de aforismo, ora de una mezcla de aforismo y de versos, y agrega que según Max Müller las recopilaciones de aforismo son, a lo menos en la India, anteriores de fórmulas métricas. Así, por ejemplo, el Código de Manú, que íntegramente está compuesto en verso, es muy posterior a los Códigos de Apastamba y de Gautama, compuestos en prosa aforística¹²⁴.

El aforismo es una regla de conducta formulada por la sabiduría popular en términos breves, gráficos y cadenciosos, y que se usa en el orden moral, en el orden industrial, en el orden social entero tanto como en el orden jurídico. Encuéntrase difundido en pueblos de la más varia cultura, desde el estado de barbarie hasta el de mayor civilización. Aforismos son los adagios, proverbios y refranes en que las sociedades más civilizadas corren de boca en boca y se perpetúan de generación en generación sin que ninguna enseñanza escolar los difunda, sin que ninguna recopilación se cuide de conservarlos. Ellos completan y aclaran los preceptos de la moral y del derecho; los traducen en formas gráficas, breves y antitéticas, más inteligibles para el vulgo y más fáciles de retener; y a menudo (tanto es el influjo que ejercen en la conciencia popular) modifican y rectifican su alcance para amoldarlos al estado de la cultura general. En muchos pueblos bárbaros no ha regido más derechos que el de los aforismos.

Al mismo propósito, al propósito de facilitar la retentiva, se dirige la práctica, tan general en los pueblos semicivilizados, de versificar los preceptos del derecho.

Ya hemos observado que de los códigos de la India, los que no están compuestos en aforismos, lo están en verso. A la clase de los códigos en versos corresponde el de Manú, compuesto íntegramente en disticos¹²⁵. ¿Por qué en disticos y no en tercetos, quintillas u octavas? Por una razón muy sencilla: porque el distico es la forma métrica que más se asemeja a la prosa aforística que hace las veces de precursora.

Los griegos, que a semejanza de todos los pueblos antiguos, no conocieron a los principios la escritura y, dice Goquet, no tuvieron primitivamente otro medio de perpetuar sus recuerdos que el canto, y no otro fue el que emplearon para conservar el

¹²³ Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. I, pag 11 et 12.

¹²⁴ Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. I, pag 18 à 20.

¹²⁵ Dareste, *Étude d'histoire du Droit*, pag. 70.

de sus leyes. A falta de monumentos adecuados para conservarlas, los primeros legisladores las versificaron, movidos por el propósito de facilitar su retentiva. Una vez que fueron versificadas, el pueblo adoptó la práctica de cantarlas en las fiestas conmemorativas, de donde vino que en la lengua griega se diese un mismo nombre a los cantos y a las leyes, *nomoi*¹²⁶.

Por la misma causa encontramos el mismo fenómeno en la lengua latina: *carmen* significa verso, poesía, canto; y las leyes que se versifican y se cantaban se llamaban *carmina*¹²⁷.

De los turdetanos, vecinos del Betis, dice Strabon que se les reputaba por los más sabios de los iberos, porque tenían una literatura y anales de los tiempos antiguos, y poemas y leyes en verso que databan, según ellos, de 6.000 años¹²⁸.

Es presumible que también se valieran del verso los celtas de Irlanda para formular y perpetuar sus normas jurídicas. "La escuela irlandesa de nuestros días (dice Sumner Maine) ha descubierto que algunos pasajes del *Senchus Mór* están en verso; fenómeno que nada tiene de singular porque ya Grote había notado en Grecia la prioridad natural del verso sobre la prosa. No es dudoso, en efecto, que en los primeros tiempos de la escritura el uso general del verso sea una supervivencia de los antiguos, durante los cuales la memoria tiene que recurrir a la medida rítmica para sobrellevar la carga siempre creciente de los recuerdos"¹²⁹.

La Escrituración del Derecho

Los medios que en el precedente párrafo hemos estudiado, a saber, la institución de una oligarquía jurídica, el aforismo y el verso, son los únicos que antes de la invención o adopción de la escritura, emplean los pueblos con el doble fin de preservar el derecho contra la tergiversación y contra el olvido. Con la adopción de este arte, adquieren ellos ipso facto un medio mucho más eficaz de preservación.

Nos apartaríamos de la verdad si dijéramos que es todo uno conocerse la escritura y escriturarse el derecho consuetudinario. Eso no puede ser, porque en los pueblos atrasados, mucho más que en los civilizados, ha de transcurrir un largo intervalo antes que los grandes inventos rindan toda la utilidad de que son susceptibles. Con los escasos datos que la arqueología ofrece, podemos decir que a los principios se utiliza la escritura para componer obras fundamentales de historia, de ciencia, de imaginación o de jurisprudencia. Se utiliza exclusivamente en el grabado de inscripciones recordatorias. De los druidas de Irlanda, dice D'Arbois de Jubainville que no escribían libros, que conservaban el derecho por directa transmisión de una oreja a otra y que las más antiguas escrituras que se les atribuían eran simples inscripciones mágicas.

Los griegos conocieron el arte de escribir por lo menos desde los tiempos de Homero, puesto que en la *Ilíada* se habla de una tableta escrita, esto es, de una carta; pero sólo cuatro o cinco siglos más tarde empezaron a escriturar sus leyes. Asimismo, en Roma, según lo atestiguaban algunos monumentos, el arte de la escritura se conoció desde el tiempo de los reyes, pero sólo a mediados del quinto siglo antes de nuestra Era

¹²⁶ Goguet, *Origine des Lois*, etc., t. III, liv. I, art. 8, pag. 157. De aquí viene que antinomia signifique contradicción en las leyes «Queremos (decía Justiniano en las instrucciones que dio para componer el Digesto) que en ninguna parte de este Código se encuentre ninguna antinomia así llamaban los griegos la contradicción en las leyes) sino que todas estén concordes y ordenadas». Justiniano, *Cuerpo del Derecho Civil*, t. I, pág. 74.

¹²⁷ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, chap. XI.

¹²⁸ Strabon, *Géographie*, t. I, liv. III.

¹²⁹ Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. I, pag. 139. Letelier, *La Evolución de la Historia*, t. II.

se lo utilizó como medio de dar firmeza al derecho consuetudinario y de garantizar su guarda de perpetuidad.

Hasta las Doce Tablas, por efecto de cuya promulgación se convirtieron en leyes las costumbres, los romanos habían acostumbrado a conservar las unas por medio de la escritura, y por medio de la tradición oral las otras. De aquí había prevenido una distinción: el derecho consuetudinario que estaba confiado a la guarda celosa y exclusiva de los patricios, no era conocido y aplicado, sino por ellos, y el derecho legislativo, que estaba confiado a la escritura, no se mantenía, no se podía mantener reservado del público. Si se lo distinguió de la costumbre dándole el nombre de ley, fue acaso porque promulgándose siempre por escrito, se diferenciaba de ella en que se podía leer como que *lex, legis*, es simple raíz de *lego, legis legere, leer* ¹³⁰.

Cuando los plebeyos empezaron a exigir la escrituración del derecho consuetudinario, ya sabían, pues, muy bien cuánta es la firmeza que la escritura imprime a las normas jurídicas. Según el testimonio de los historiadores romanos, de siglos atrás había sido práctica constante la de grabar en tablas de madera, porque todavía no se conocían las de bronce (dice Dionisio de Halicarnaso) todas aquellas leyes que se habían venido dictando por el legislador. Las tradiciones recogidas por ellos pretendían aún acreditar que uno de los reyes había recopilado, grabado y expuesto en el foro todo los preceptos relativos al *jus sacrum* que Numa había dictado ¹³¹. Pero hasta mediados del siglo V (años 452-450 A. de J.C.) antes de nuestra Era, nunca se habían escriturado, mucho menos grabado, las reglas de jurisprudencia que constituían ley en el orden procesal, ni las normas consuetudinarias que constituían ley en los otros órdenes jurídicos. Escriturar esta parte del derecho era despojar al patriciado de antiquísimas prerrogativas, alterando el régimen tradicional; sin exagerar mucho decían los patricios que ello sería cambiar la forma de gobierno ¹³², y si atendemos a sus transcendentales

¹³⁰ Debemos advertir que los etimologistas no están de acuerdo sobre los orígenes de la palabra *ley*, y que la mayoría de ellos encabezada por Santo Tomás de Aquino, por Mommsen y por Ihering, los encuentra en la raíz de los verbos *legare* y *ligare*. En el sentir de esta escuela, *ley* sería el lazo de un contrato, porque sólo se la puede dictar por efecto de un convenio general. Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI, pág. 351. Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, pág. 218 et 219. Krueger, *Histoire des Sources au Droit Romain*, pag. 4. Saint Thomas, *La Somme Théologique*, t. VI, Q., XC, art. I, pág. 100.

Nosotros osamos disentir de tan reputados romanistas, porque presumiblemente la palabra *ley* se empezó a usar cuando no había más leyes que las establecidas por la autoridad absoluta de los monarcas. Véase Cicerón, *Les Lois*, liv. I, pag. 23.

Corroborando nuestra doctrina, observa Lambert que en la antigua Roma, la expresión *jus non scriptum* era sinónima de *mores* y significaba el derecho que se establecía sin intervención del legislador; y que a la inversa, la expresión *jus scriptum* era sinónima de *lex* como lo establece Cicerón cuando dice que *lege jus est, quod in co scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur*. Lambert. *La fonction au Droit civil comparé*, pag. 703 et 704.

Sobre este punto dice Littré en su Diccionario de la Lengua Francesa que los etimologistas traen la palabra *lex* no de *legere*, sino de *ligare*. «Mais l' e changé en i fait une grave difficulté aussi, mais moins grande, et le sens n' est guère satisfaisant. L' origine reste donc obscure». Littré dice sin duda que no satisface el que se dé a *lex* el sentido de cosa que se lee, porque no advierte la impresión que en el espíritu de los romanos ha de haber producido la diferencia entre la ley escrita que se podía leer y por consiguiente, conocer, y la ley consuetudinaria, cuyo conocimiento se mantenía sustraído del público.

¹³¹ Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. III, chap. XII. Tite-Live, *Histoire Romaine*, T. I, liv. I, chap. XXXII.

¹³² Denys d'Halicarnase, ob. cit., t. VI, liv. X, chap. I et II. A estarnos a lo que dice Revillout, la revolución no habría consistido en la adopción de nuevas normas jurídicas inventadas por los plebeyos, sino en la adopción de normas jurídicas tomadas de pueblos extraños. "Si le code attique de Solon (dice)... a fourni aux décmvirs certains éléments, le code égyptien d' Amasis en a fourni bien d' autres beaucoup plus importants et l' on peut affirmer que c' est la source principale de leur législation, toute d' emprunt". Revillout, *Rapports des quirites*

consecuencias, nosotros podemos decir que aquello fue una revolución: promulgando el Código de las Doce Tablas, el derecho, que hasta entonces había sido cosa exclusiva de los patricios, pasó a ser cosa de todos.

Apenas necesitamos advertir que no fueron los romanos los primeros que escrituraron sus costumbres, mucho menos los últimos; pero en el estudio de los progresos de la legislación, la codificación de las Doce Tablas nos interesa más que cualquiera otra codificación primitiva, porque a diferencia de las otras, conocemos sus orígenes y sus fines, las agitadas luchas que la empresa provocó, la resistencia intransigente de la clase privilegiada, y la invencible perseverancia que los plebeyos gastaron para alcanzar el logro de sus aspiraciones.

No podemos decir lo mismo de las codificaciones de los otros pueblos antiguos. Ignoramos en absoluto la historia de las de la India, de la Asiria y de Israel; Minos, de Creta, es más bien un mito que un personaje histórico; y de Licurgo, legislador de Esparta, dice Plutarco, que nada se sabe de cierto, porque son objetos de controversia su origen, sus viajes, su gobierno, sus leyes, la época en que vivió y su vida entera¹³³.

Igual es la oscuridad que hay sobre los orígenes de la obra de otros codificadores de raza helénica, Zaleuco de Locres, Charondas de Catania, Philolao de Thebas, Phaleas, Pittacus, Andromadas, etc.¹³⁴.

Muy escasos son también los datos que tenemos sobre Dracón, si bien ellos dejan adivinar que la primera codificación de Atenas se operó por obra de causas análogas a las que originaron la de Roma. Sabemos que Dracón vivía en la segunda mitad del siglo VII, antes de nuestra Era; que el año 624, en circunstancias en que desempeñaba el cargo de thesmothêtas, fue investido de poderes para estimularlos thesmoi, fallos judiciales que declaraban la costumbre y constituían derecho, y que especialmente se le recomendó que los diera a conocer del público, esto es, que los promulgase¹³⁵. De estos escasos datos han inferido con razón los historiadores: 1º Que hasta Dracón no estaba escriturado el derecho ateniense; 2º Que hasta la misma época, su guarda estaba confiada a los thesmothêtas y otros magistrados superiores, todos eupatridas; 3º Que esta oligarquía lo había mantenido reservado del resto del pueblo y había abusado de su monopolio; y 4º que por efecto de estos abusos se alzó la opinión

et des Égyptiens", pag. 115. Véase también su *Droit Égyptien*, t. II, pag. 882, donde sostiene que todo el derecho romano desde Numa hasta Constantino, fue copia servil de los derechos de otros pueblos.

¹³³ Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VII. Plutarque, *Vies de Hommes Illustres*, t. I, pag. 91.

¹³⁴ Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. IX.

Sobre las legislaciones de Charondas y de Zaleuco se encuentran unos pocos datos en Diodore de Sicile, *Histoire Universelle*, t. III, pag. 191 et 204.

El más antiguo de los códigos griegos parece haber sido el de la colonia de Thurium, escriturado por Charondas. Glotz, *La Solidarité de la Famille dans le Droit Criminel en Grèce*, liv. II, chap. I, pag. 242.

Pero según Dareste, el más antiguo monumento legislativo del mundo sería el Código de Hammurabi, descubierto en la Biblioteca de Arsurbanipal y publicado por Rawlinson en 1866. «La loi d' Hammurabi est de beaucoup le plus ancien texte législatif connu. Moïse a vécu cinq siècles plus tard. La loi de Gortine n' est guère plus ancienne que le Ve siècle avant notre ère. Quant à la loi de Manou qu' on avait cru d' abord remonter au XVe siècle avant notre ère, les indianistes paraissent aujourd' hui d' accord pour la placer tout au plus au XI siècle. La première rédaction du Code chinois est de la même époque. Le seul code de l' antiquité qui put être contemporain de celui d' Hammurabi est le Code égyptien que au témoignage de Diodore, était composé de huit livres... C' est malheureusement tout ce que nous en savons». Dareste, *Études d' histoire du Droit*, troisième série, p. 37 et 39.

¹³⁵ Grote, *Histoire de Grèce*, t. IV, pag. 119.

pública contra el monopolio exigiendo que se redujeran las leyes, se escrituraran y se promulgaran las normas jurídicas consuetudinarias¹³⁶

Cualesquiera que fuesen las circunstancias en que los pueblos antiguos procedieron a escriturar sus costumbres, esta empresa legislativa parece haber tenido para todos ellos efectos muy apreciables en el desenvolvimiento de la vida democrática. Merced a ella, se acabó el monopolio de las oligarquías jurídicas, los pueblos quedaron emancipados de la abusiva opresión que les había explotado, y se hizo más recta la administración de justicia fortificando en los corazones el sentimiento del derecho¹³⁷.

No creemos que se pueda decir exactamente lo mismo de todas las codificaciones primitivas. Cerca de mil años habían transcurrido desde la escrituración de las costumbres romanas cuando los bárbaros invasores renovaron, bajo la influencia de la cultura de Roma, la empresa de escriturar sus normas jurídicas. Ejecutaron sucesivamente esta obra los francos salios entre los años 453 y 486; los burgundias, entre los años 470 y 516, los visigodos entre los años de 586 y 601, los francos ripuarios bajo Teodorico I, los alamanes en 580, los lombardos en 643, los sajones en 802, etc.¹³⁸. Pero no hay datos de donde se infiera que estas codificaciones se hicieran por efecto de una reacción de los pueblos contra la opresión de las oligarquías. Aunque ellas propendiesen a cimentar el principio de la igualdad, porque la escrituración de las normas jurídicas por sí sola hace a cada cual dueño de su derecho, ello es que aquellas obras parecen haberse ejecutado menos por exigencias del espíritu democrático que por voluntad de los monarcas.

Antes de poner el punto final de este párrafo, observaremos que de las muchas costumbres de la más varia naturaleza que rigen en los pueblos atrasados, no se puede establecer en abstracto cuáles sean las que se deban escriturar y convertir en leyes. Como quiera que una legislación no es un cuerpo jurídico ideológico sino una armadura que se debe adaptar a un solo estado social, no habría cómo justificar una doctrina que pretendiese establecer que a tales y cuales costumbres se debieran dar carácter jurídico en todos los pueblos y a tales y cuales otras no. En conformidad con la doctrina general, son las necesidades sociales las que en cada caso deben indicar al legislador a cuáles de las costumbres vigentes se deba dar el carácter coercitivo que distingue a las normas jurídicas. En los pueblos atrasados donde no hay hábitos de aseo, de higiene y de hospitalidad, el legislador puede convertir en leyes las prácticas de las abluciones, de las purificaciones, de los ayunos y de la caridad. En los pueblos cultos, donde estos hábitos constituyen una herencia inalienable acumulada por el trabajo lento de los siglos, somos limpios y frugales, sin que haya ley que nos lo imponga, y aunque el legislador no prohíba recibir hostilmente a los extranjeros, no hay hostelero que de grado no se avenga a dar posada al peregrino.

Defensa de la Escrituración

No obstante la evidencia de los beneficios que la escrituración de las leyes trae consigo, esta operación ha sido vivamente combatida desde los siglos más remotos de la historia hasta nuestros propios días.

Hásela combatido en los pueblos más o menos atrasados por las oligarquías jurídicas interesadas en conservar el monopolio del derecho; y en los más cultos, por

¹³⁶ Grote, ob et loc. cit. Duruy, Historia de los griegos. t. I, cap. IX, pág. 199 y 200.

¹³⁷ Sumner Maine, L'Ancien Droit, chap. I, pag. 14 a 17.

¹³⁸ Schulte, Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne, * 23 a 37.

una escuela de juristas conservadores que temerosa de la acción innovadora de las leyes, ha querido establecer que la costumbre debe regir absolutamente y sin competencia. Esta escuela, que en el continente europeo fue encabezado por el insigne Savigny, ha prosperado principalmente en Inglaterra, donde la mayor parte del derecho vigente se deriva de antiguas costumbres declaradas por una serie secular de fallos judiciales. Es interesante el estudio de las sofisticadas doctrinas con que se combate el progreso, cual es la escrituración de las normas jurídicas, que por el hecho de ser efecto de la evolución social, se opera espontánea e incontrastablemente con o sin la ayuda de los legisladores.

Objétase, en primer lugar, que la escrituración de las leyes supone la abrogación de la costumbre cuando se sabe que no hay, que no ha habido, que no es posible que en futuro haya legislación escrita que abarque la íntegra totalidad de la vida jurídica¹³⁹. Sólo el derecho consuetudinario, cuyo campo y cuyo alcance no están limitados por fórmulas restrictivas, es completo y basta a todo, de suerte que bajo su imperio no hay, no puede haber caso que no sea regido por alguna norma. Las legislaciones escritas, que aun cuando tengan carácter genérico, nunca pueden verlo, preverlo y abarcarlo todo, adolecen de vacíos irremediables. En todas partes y en todos los tiempos ha sido todo uno: escriturarse el derecho y empezar a notarse sus deficiencias. En todas partes en todos los tiempos se ha seguido por esa causa a la escrituración del derecho un periodo de actividad legislativa que ha multiplicado sobremanera las leyes sin dar jamás abasto a todas las necesidades del orden jurídico.

Sobre que deja sustraída de las leyes mucha parte de la vida jurídica, la escrituración es ocasionada por naturaleza a perturbar la regularidad del desarrollo del derecho. La costumbre jamás causa perturbaciones, porque con suma docilidad cede, se amolda, se adapta al espíritu dominante de los tiempos y a las circunstancias¹⁴⁰; es como una ley que sólo rige mientras se conforma con el estado social y que se modifica espontáneamente conforme la sociedad misma va cambiando. A la inversa, la ley escrita es una regla inflexible que pretende permanecer, no se modifica sino después de haber estorbado largo tiempo los cambios sociales, cuando con la continuación de su observancia ha ocasionado perturbaciones más o menos graves. Los estudios exegéticos que sin duda alargan su vigencia por medio de interpretaciones y distinciones que la adaptan a necesidades nuevas, nunca lograr dotarla de aquella flexibilidad que caracteriza a la costumbre, la cual se modifica a sí misma en la medida y en el tiempo en que se necesita.

Se puede observar con Sumner Maine que en todas las naciones más civilizadas, donde el progreso es muy rápido, las necesidades sociales y el sentimiento jurídico van generalmente mucho más adelante que el derecho escrito. Los legisladores pueden acortar mucho esta distancia; suprimirla en absoluto, no¹⁴¹; entre otras razones, porque para dictar leyes nuevas deben aguardar a que la opinión se forme, se uniforma, las pida y las exija. A toda legislación escrita precede fatalmente un periodo de perturbaciones.

Especialmente en los pueblos nuevos de América, donde todo está en estado de crecimiento, de formación y de cambio, es donde más se agravan estos males, porque la escrituración da a las leyes cierta fijeza, siquiera sea transitoria, incompatible con la inestabilidad social.

¹³⁹ Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag. 94.

¹⁴⁰ Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag. 98.

¹⁴¹ Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. II, pag. 21 à 25.

Si estudiamos, por último, la cuestión bajo el respecto político, al punto notamos que en los pueblos democráticos apenas es posible que se vacile entre la ley y la costumbre. La costumbre, que se forma por efecto de una tendencia y una conformidad espontánea del pueblo entero, es la manera más democrática como el derecho se pueda desarrollarse. La ley, que no siempre se conforma con la costumbre, es a menudo una imposición autocrática, sea la autocracia unipersonal, sea multipersonal. De estas observaciones concluye Savigny que se debe evitar la escrituración a fin de que el derecho consuetudinario, a semejanza de la lengua nacional que se enriquece o empobrece conforme la sociedad prospera o decae, se desarrolle libremente, adaptándose en cada momento a las necesidades sociales¹⁴².

Todas estas doctrinas, doctrinas de escuela que nunca han encontrado acogida de parte de los pueblos, han sido victoriosamente impugnadas por notables juristas contemporáneos.

Es verdad que bajo el imperio del régimen consuetudinario, hay siempre normas para todos los casos; pero cuando ellos son nuevos, las normas que se les aplican no se derivan de la costumbre, que todavía no ha tenido tiempo de formarse, sino que se forman por efecto de los mismos fallos judiciales en mérito de consideraciones generales muy variables y muy poco uniformes de equidad y de justicia. Ahora bien, una ley que no se conoce de antemano es como una ley que no existe y declararla es como crearla, por manera que cuando los jueces que la declaran creen concretarse a interpretar la costumbre, en realidad desempeñan la función de verdaderos legisladores¹⁴³.

Que sean los magistrados judiciales los que legislen es ya de suyo muy grave; pero mucho más lo es que legislen extemporáneamente, infringiendo con el menor escrúpulo el principio capitalísimo de la irretroactividad. Porque en todos aquellos casos nuevos que no se pueden regir por las normas consuetudinarias, las declaraciones se hacen cuando ya el hecho está consumado; o sea; se establecen so capa de interpretar las costumbres, normas jurídicas que nunca se habían conocido y se las aplica con efecto retroactivo.

Grave mal es sin duda el que los legisladores impongan autocráticamente leyes que no se adapten al estado social; pero mal que en todos los pueblos civilizados, más o menos democráticos, se repara fácilmente mediante la elección de nuevos representantes que secunden con más acierto la opinión pública. En cambio, no hay remedio para abrogar las normas jurídicas absurdas declaradas por los jueces, porque de hecho empiezan a regir por el solo efecto de la declaración judicial, sin que los pueblos ni sus representantes hayan sido llamados a estudiarlas, discutir las y sancionarlas.

Como quiera que en cada Estado hay muchos jueces y un solo legislador, lo más corriente es que la ley garantice la unidad y la fijeza del derecho mucho mejor que las declaraciones judiciales. Por efecto de las diferencias de criterio, cambian ellas de tiempo en tiempo y de un lugar a otro. Para unos magistrados lo conforme con la equidad es esto; para otros aquello. Después de algunos siglos de administración judicial, los intereses mas contrapuestos creen tener de su parte el derecho, porque si en las obras de jurisprudencia hay una declaración que favorece al demandante, seguramente hay otra que favorece al demandado, lo cual significa que bajo el imperio del derecho consuetudinario, que a la larga se convierte en derecho judicial, el régimen normal de la justicia es la arbitrariedad.

¹⁴² Meijer, De la Codification, pag. 18, 19, 28 et 29.

¹⁴³ Bentham, Oeuvres, t. III, pag. 101 à 104. Meijer, De la Codification, pag. 216 et 217.

Para nosotros combatir la escrituración de las leyes es más o menos como negar el movimiento de la tierra alrededor del sol. ¿Acaso nuestro globo deja de girar cuando ante un auditorio ignorante se demuestra triunfalmente que está fijo en el espacio? No ¿Por qué? porque los hechos naturales no se efectúan subordinados al resultado de nuestras discusiones. Se puede lamentar, si se quiere, la escrituración de las normas jurídicas; pero en cuanto ella se opera por efecto de la evolución espontánea de la cultura social, no está en el poder del hombre impedirla.

Cuando algunos juristas ingleses y alemanes combatían la escrituración de las leyes a principio del siglo XIX, discurrían sobre la base de un principio falso, cual era el de suponer que tanto en las Islas Británicas como en el Imperio Germánico había dos derechos, uno escrito, el legislativo, y otro no escrito, el consuetudinario. Bajo esta suposición, se empeñaban en demostrar que por *a* más *b* no convenía escriturar el derecho consuetudinario.

Pero la verdad es que en ambas naciones, así como en el Imperio Romano Bajo de Justiniano, la totalidad del derecho, sin excepciones apreciables, estaba escrita y que ante los tribunales no era lícito fundar las acciones ni las defensas en normas jurídicas que no hubiesen sido de antemano establecidas o por el legislador o por lo precedentes judiciales. Dado este antecedente, claro es que el problema de la escrituración estaba concretado a determinar qué conviene más, que el derecho sea reducido a fórmulas por el legislador o que se mantenga impreciso y diluido en las obras de jurisprudencia¹⁴⁴.

Se habla a menudo del derecho declarado por la justicia inglesa (observa un insigne jurista) como si fuese un derecho no escrito; y según alguno teórico, si la jurisprudencia de los tribunales británicos se codificara, se transformaría en escrito un derecho que hasta hoy ha permanecido no escrito. Hay en este concepto un error de anacronismo. Es verdad que en siglos pasados se pudo llamar derecho no escrito al derecho consuetudinario de Inglaterra, pues los antiguos jueces presumían conocer por simple tradición oral reglas, principios y normas jurídicas que nunca se habrían escriturado. pero lo que al presente se llama derecho no escrito es un cuerpo de normas desparramadas en un número tal de documentos, sentencias, dictámenes y volúmenes que, según el sentir de sabios jurisconsultos, no se pueden conocer a fondo con menos de 20 años de estudio. Desde que los tribunales ingleses renunciaron a la práctica de fundar sus fallos en principios desconocidos para el público y adoptaron la de fundarlos en los precedentes judiciales acopiados en las obras de jurisprudencia, el derecho que se aplica por la justicia es un derecho escrito. Con mucha razón se ha observado que la ley llamada no escrita se conoce en Inglaterra de la misma manera que la escrita, por la lectura; y entre ambas no hay más diferencia sino que una está formulada en términos precisos, y que para conocer la otra se necesita consultar más de 1,500 volúmenes¹⁴⁵.

La Codificación

La codificación se hace, en el fondo, con el mismo objeto que se hace la escrituración, cual es el de facilitar el estudio del derecho para que sea cumplido, aplica-

¹⁴⁴ Meijer, *De la Codification*, pag. 134 à 139.

¹⁴⁵ Mil quinientos era el número de volúmenes calculado en 1866; ciento y tanto de ellos constituían la recopilación de las leyes vigentes que ascendían a 18,000; y mil trescientos ocho constituían una recopilación de fallos judiciales con más de 100.000 casos; recopilación que aumenta de 25 a 30 volúmenes por año. Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, pag. 323. Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. I, pag. 12. Bentham, *Oeuvres*, t. III, pag. 10 et 101. Meijer, *De la Codification*, pag. 128.

do y mantenido siempre en vigor, esto es, para preservarlo contra el doble peligro de la tergiversación y el olvido.

Mientras el derecho, por causa del atraso social, no cobra gran desarrollo, la simple escrituración basta para difundir el conocimiento de todas aquellas leyes y costumbres a que estén sujetos en cada pueblo los actos ordinarios del comercio y de la vida. Pero cuando el incesante desarrollo de la sociedad ha venido provocando, durante largas centurias, la actividad legislativa y la actividad judicial, el derecho no se conoce y por consiguiente no se conserva bien sino cuando se clasifican y se exponen las leyes con arreglo a los órdenes jurídicos, esto es, cuando se las codifica.

En sus orígenes, no tuvo la palabra *código* el mismo sentido que hoy le atribuimos, como que sólo envolvía la idea de escrituración hecha en tablas¹⁴⁶. Cuando los romanos la empezaron a usar para designar la primera recopilación que tuvieron de las normas jurídicas consuetudinarias, *caudex* no significa más que tronco de árbol, y sólo en sentido figurado pudieron dar el mismo nombre al ato de las Doce Tablas en que se habían grabado las leyes y que constituían un tronco. Originariamente, por tanto, una recopilación de normas jurídicas hecha sin orden ni concierto se tenía por un verdadero código, siempre que cumpliese la condición material de estar escrita en tablas.

Este sentido prevaleció durante larguísimo tiempo, con certeza durante más de mil años, esto es, hasta una época en que la tabla había sido completamente subrogada por el papiro en la escrituración de las leyes. En este sentido primitivo, no en el sentido actual, se dio el nombre de código al Código de Justiniano, que en el tecnicismo vigente de la ciencia de la legislación, no es más que una recopilación más o menos sistemática, enteramente análoga por naturaleza a cualquiera de las recopilaciones españolas, donde las leyes dictadas durante varios siglos por muchos monarcas aparecen acopiadas en su forma originaria sin articulación¹⁴⁷. Esto significa que en el sentido actual de la palabra, el código por excelencia de la cultura jurídica del mundo no es propiamente un código.

La codificación, que es el estado de mayor perfeccionamiento a que la forma externa de las legislaciones puede llegar, nada tiene que ver con los progresos del derecho. La legislación del derecho visigótico fue codificada en la sexta centuria de nuestra Era, cuando él contenía numerosas normas jurídicas propias de pueblos bárbaros; la del derecho inglés, derecho que en gran parte ha llegado al grado superior del desarrollo jurídico, permanece todavía en estado anorgánico.

¿Cómo se explica que la codificación no afecte de suyo al desarrollo jurídico? De una manera muy sencilla: la codificación no es por naturaleza legislativa que tenga por objeto crear, abrogar o modificar el derecho; es por naturaleza una obra técnica que muy a menudo se ejecutó en los siglos pasados por la autoridad privada de los jurisconsultos, y que en fondo se reduce a refundir, concordar y aclarar el derecho vigente; a eliminar las partes caducas, a restablecer el vigor de aquellas que injustificadamente han caído en desuso. Aunque generalmente los legisladores aprovechen la coyuntura para establecer nuevas normas jurídicas, ello es que cualquiera codificación se puede hacer sin modificar en nada el derecho vigente.

No siempre se necesita ni procede la codificación. Recurrese a ella cuando por haberse formulado las normas jurídicas, ora por la jurisprudencia, ora por el legislador, en larga serie de siglos, bajo la inspiración de propósitos y doctrinas, de intereses y necesidades diferentes, traen la confusión al derecho las redundancias, las antinomias,

¹⁴⁶ Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 407 et 408.

¹⁴⁷ Sohm, *Historia e Instituciones del Derecho privado Romano*, pag. 174.

y aquella oscuridad inextricable que se hace en las leyes, siempre que se pierde de vista el objeto con que se las dictase.

En circunstancias de esta naturaleza, se han acometido todas las grandes empresas de codificación.

Justiniano declara una y otra vez las razones justificadas de su empresa. Dictada la legislación romana, decía, en un largo período de más de 1,400 años desde Rómulo adelante, había en ella muchas leyes repetidas, muchas contradictorias, muchas desusadas y muchas que no se podían aplicar, porque no se las comprendía; todas las cuales habían traído al derecho una confusión tal "que su estudio se había hecho superior a la humana inteligencia"¹⁴⁸.

Igual confusión había en el derecho francés cuando se acometió la empresa de codificarlo. ¡Qué espectáculo se ofrecía a nuestra vista! exclamaba Portalis. Uno no veía ante sí más que una amalgama confusa e informe de leyes extranjeras y nacionales, de costumbres generales y locales, de ordenanzas abrogadas y vigentes, de normas jurídicas escritas y no escritas, de reglamentos contradictorios y de fallos fundados en principios opuestos. El orden jurídico entero no era más que un dédalo inextricable cuyo hilo se nos escapaba a cada momento y en el cual corríamos el peligro de extraviarnos a cada instante¹⁴⁹.

La última de las grandes empresas de codificación acabadas en el mundo es la del derecho civil del Imperio Alemán. Pues bien, la necesidad de codificarlo se había hecho sentir allí por efecto de las mismas causas. Cada Estado se había formado para su propio uso, un derecho nacional, y en ejercicio de las prerrogativas anejas a la autonomía, cada ciudad había dictado leyes que constituían un derecho local. En competencia con este derecho escrito, regía por todas partes el derecho consuetudinario, que nunca había sido igual entre dos lugares y que siempre había cambiado de una época a otra, dejando en los archivos judiciales precedentes contradictorios; y al lado de este derecho nacional, pretendían también regir la vida jurídica el derecho canónico, el derecho romano, el derecho lombardo, el derecho natural, etc. Había en la Suabia y en la Franconia varias aldeas divididas en dos o más jurisdicciones, cada una de las cuales se regía por un derecho especial; y, hacia 1868, regían en el reino de Baviera alrededor de cien legislaciones diferentes. La idea del derecho (observa Drioux) se había oscurecido en medio de tantos derechos¹⁵⁰.

Situaciones análogas siquiera no hayan sido tan graves han hecho sentir sus inconvenientes donde quiera que los legisladores han retardado la codificación del derecho. Era lo que pasaba en el antiguo Imperio Germánico entre los siglos IX y XI¹⁵¹.

¹⁴⁸ Justiniano, *Cuerpo del Derecho Civil*, t. I. Prefacio del Digesto pág. 73.

Ginoulhiac, *De la Codification*, pág. 23 à 24.

En la Aprobación de los Digestos dice Justiniano que la «legislación romana se hallaba esparcida en casi dos mil volúmenes que contenían más de 3.000.000 de párrafos o preceptos».

De los cuerpos jurídicos sancionados por Justiniano, las Institutas se promulgaron el 21 de noviembre del año 533; el Digesto o Pandectas el 16 de Diciembre del mismo año; el Código, el 16 de noviembre de 534 y las Novelas o leyes nuevas, entre los años de 535 y 565.

Es digno de notarse que Justiniano dio fuerza de ley no sólo al código, esto es, a la recopilación de leyes, sino también al Digesto, que es una recopilación de dictámenes y aun a las instituciones, que no son más que un texto de enseñanza, como si dijéramos unos Elementos de Derecho.

¹⁴⁹ Code Civil des Français suivi de l'Exposé des motifs, t. VII, pag. 175.

¹⁵⁰ Drioux, *Étude sur l'origine du Projet de Code Civil pour l'Empire d'Allemagne*, pag. 76 à 81 du Bulletin de la Société de Législation Comparée de 1899.

¹⁵¹ Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, * 48.

Es lo que a nuestra propia vista pasa al presente en Inglaterra. Fundado en informaciones muy fidedignas, acredita Sumner Maine que hacia 1866 se calculaba en 1.500 el número de recopilaciones que había que estudiar en aquel país para conocer por completo el derecho; que en 100 volúmenes de estos 1.500 estaban recopilada unas 18.000 leyes; que en 1.308 volúmenes de los restantes aparecían recopilados más de 100.000 decisiones judiciales y que esta enorme masa de literatura jurídica se aumenta anualmente con unos 1.500 fallos y con unos 50 volúmenes de jurisprudencia que hay que consultar también aún cuando no esté autorizada¹⁵². Pues bien, en una masa tan exorbitante de normas jurídicas declaradas la mayor parte del tiempo en vista de cada caso, no ha sido posible conservar la unidad, la armonía, la concordancia. Son tantas las antinomias, que sin mayor exageración puede decirse que no hay pleito en que no sea dable al demandado citar en su apoyo una norma jurídica enteramente contraria a la que sirve de fundamento al derecho del demandante. En tales condiciones, la arbitrariedad de los jueces, que siempre apoyados en precedentes autorizados pueden fallar blanco o pueden fallar negro, apenas tiene límites, tanto menos cuanto que el conocimiento de las normas jurídicas, acopiadas en la masa indigesta de centenares de recopilaciones, sólo está al alcance de los investigadores y de los eruditos de la jurisprudencia¹⁵³. Tal es en brevísimos resúmenes el estado a que las cosas han llegado en Inglaterra por el solo efecto de la no codificación de sus leyes.

En grado sin duda de mucha menor gravedad, era una situación de esta naturaleza la que se empezaba a formar en Chile cuando se acometió la empresa de codificar sus leyes. Decimos de mucha menor gravedad, porque la mayor parte del derecho español entonces vigente en la República, estaba o codificado o muy metódicamente recopilado. No obstante, circunstancia tan favorable, la multiplicación de las leyes sueltas había creado ya graves dificultades al estudio del derecho. En una moción que don José Alejo Eyzaguirre presentó al Congreso Constituyente de 1823, hacía notar la gravedad de estos inconvenientes. En vano se fatiga el Estado, decía, en la obra de dictar buenas leyes si a medida que se promulgaban caen en el olvido. Bajo el gobierno colonial, se sucedían unas a otras las reales cédulas, pero esparcidas como quedaban aquí y allá, no había medio de conocerlas ni por consiguiente, de observarlas. Igual suerte corren las leyes patrias (agregaba) porque no estando codificadas, ni la juventud sabe dónde estudiarlas, ni el juez cómo tenerlas presentes. Para remediar estos males, concluía proponiendo que, o se codificaran o se recopilaran metódicamente las leyes vigentes¹⁵⁴.

Las leyes civiles que nos rigen, decía Mora en 1829, forman una masa indigesta, incoherente, hecha a retazos en diferentes siglos, deteriorada por los intérpretes y los glosadores, corrompida por prácticas viciosas, adulterada por el espíritu de rutina, llena de disposiciones que repugnan a los principios de nuestra presente organización. No es fácil adquirir y reunir los diversos volúmenes que las contienen y discernir en ellos lo que está en actual vigor o lo que pueda estarlo en medio de la transformación que nuestra existencia social ha sufrido. Claro es que aún sin considerar otra ventaja que la de la economía, sería altamente provechoso reunir en un solo cuerpo las reglas que deben seguir los tribunales en todas las decisiones que han de pronunciar sobre nuestros más preciados derechos¹⁵⁵.

¹⁵² Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 223 et 411.

¹⁵³ Bentham, *oeuvres*, t. I, pag. 245 et t. III, pag. 96 et 113.

¹⁵⁴ Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. VIII, pag. 441.

¹⁵⁵ *El Mercurio Chileno*, del 15 de Junio de 1829

Esta misma necesidad era reconocida por don Andrés Bello en el mensaje con que el Gobierno acompañó al Congreso en 1856 el proyecto del Código Civil. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, dice, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos, y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para burlar las precauciones legales, provocan sin cesar providencias que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes, contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndolos en relación con las formas vivientes del orden social.

De estos antecedentes, que fácilmente podríamos multiplicar, se infiere que el objeto principal de las codificaciones es dar claridad y unidad, y por consiguiente, fijeza al derecho para garantizar su vigencia y evitar en lo posible ciertos abusos.

Las legislaciones no codificadas caen de continuo y por partes en desuso, y aquellas leyes que han sido una vez olvidadas, como jurídicamente siguen en vigor, se convierten en manantial de usurpaciones y arbitrariedades, porque la mala fe las busca en obras de difícil consulta o en archivos de difícil acceso y las restablece de repente para consumir y justificar obras de despojo o favoritismo. Bajo el régimen de las legislaciones que se mantienen en estado anorgánico, es imposible probar a los jueces las arbitrariedades que cometan, porque nunca dejan de encontrar, en empolvados mamotretos, antecedentes que las justifiquen. Pues bien, la codificación evita acaso por completo estos abusos y males. No puede la legislación codificada caer poco a poco en desuso porque, formando como forma un todo orgánico e invisible, sus partes coordinadas entre sí se prestan vida recíprocamente. No puede tampoco caer en olvido porque merced al plan metódico en que se exponen las normas jurídicas para facilitar su estudio y su inteligencia, la codificación hace las veces de un medio de promulgación permanente.

Observaremos, para terminar, que en el orden político ejerce la codificación una influencia benéfica, que prácticamente se traduce en un mejoramiento del estado general. Es evidente, en efecto, que por un lado, refundiendo los derechos locales en un solo derecho general, se extiende la aplicación del principio de la igualdad y se facilita el gobierno de los pueblos, y por otro lado, manteniendo permanentemente a la vista de todos como en un cuadro sinóptico la suma total de las normas jurídicas, el general conocimiento del derecho aviva en los corazones el sentimiento de la libertad e impone a los gobernantes la corrección y el respeto.

