

CAPÍTULO VIII

MORAL SOCIAL: EL DERECHO

PRIMERA PARTE: NOCIONES SOCIOLOGICAS E HISTÓRICAS.

- I.—*Definiciones preliminares.*
- II.—*Evolución del derecho. Generalidades: A. Relaciones de la evolución del derecho con la evolución social.—B. Formación del derecho por la costumbre.—C. La formación jurídica y legislativa.—D. Universalización del derecho.*
- III.—*Transformaciones del contenido del derecho.—Derecho represivo y restitutivo.—El segundo se desarrolla cada día más a expensas del primero a medida que la sociedad se acerca al tipo actual.*
- IV.—*Sentido moral de esas transformaciones.—De ellas resulta un aumento de libertad individual y de cooperación (solidaridad orgánica) a expensas de la solidaridad mecánica.*
- V.—*Conclusiones generales.—El derecho y la justicia se amplifican respondiendo cada día más a las aspiraciones de la caridad.*

PRIMERA PARTE

NOCIONES SOCIOLOGICAS E HISTÓRICAS.

I. DEFINICIONES PRELIMINARES.

1.^a Las morales intuitivas y racionalistas se esfuerzan por definir el derecho apoyándose en el análisis de la conciencia moral: he aquí esa definición tradicional.

Cuando el hombre va a obrar, cuando juzga su acción y la de los demás, concibe una acción como

preferible a todas las demás. Le parece que *debe* ejecutarla. Y por eso es por lo que la acción que parece preferible se llama un *deber*.

La conciencia moral, es decir, todo lo que en la conciencia concierne a la acción, presenta, pues, siempre un cierto número de obligaciones o de deberes.

Paralelamente, al mismo tiempo que sus obligaciones frente a los demás, el agente moral tiene la noción de que los otros tienen con él obligaciones *recíprocas*. Tiene *derecho* a exigir que se cumplan. El derecho está, pues, íntimamente ligado con el deber. Y, en general, se puede siempre hacer corresponder un derecho a un deber. Se *debe* respetar la vida de sus semejantes. Se tiene *derecho* a que la nuestra sea respetada.]

El derecho es, pues, un poder ideal que la persona humana se atribuye frente a las demás, porque paralelamente se reconoce obligaciones, deberes para con los demás.

Así como la palabra deber tiene un sentido amplio (el conjunto de los deberes particulares) y un sentido restringido (cada obligación particular), así también el derecho tiene un sentido amplio: el conjunto de los derechos, y un sentido restringido: cada derecho particular.

2.^a Las ciencias sociales dan del derecho una definición más positiva y más precisa, apoyándose en la *observación de los hechos*. En toda sociedad un cierto número de reglas dirige la conducta de sus miembros. Esas reglas obligan, bajo las garantías de las sanciones de la justicia o de la opinión pública, a todo individuo a obrar de una cierta manera frente a los demás, y le aseguran recíprocamente el *derecho* de exigir de los demás ciertos modos de obrar. El conjunto de esas reglas, asignadas por la

costumbre y la ley, fijando los *derechos* de los individuos, se llama *derecho*, y ellas son las que engendran la noción de *derecho* en la conciencia humana.

En general, los derechos garantizados por la sociedad y los deberes a que se obliga no son todos los derechos y todos los deberes que el individuo concibe idealmente. La moral opone, pues, el derecho y el deber *ideal* al derecho *positivo*, que es el reconocido por las *leyes* sociales.

Ese derecho ideal puede aparecer del mismo modo al mayor número de las conciencias individuales. Es entonces la manifestación de la opinión pública. Puede también no ser, en algunas de sus afirmaciones, más que la expresión de la opinión de una minoría, a veces ínfima.

Se opone también el derecho *positivo* al natural. Este sería el conjunto de los derechos que aparecen a la conciencia universal como los fundamentos necesarios y eternos de todo derecho positivo. El derecho de cada sociedad debiera, pues, apoyarse en ese derecho natural y esforzarse por realizarlo en toda su extensión. (Declaración de los derechos del hombre.) Ese derecho natural tiene, como se ve, grandes relaciones con el derecho ideal, por el cual cada individuo completa el derecho positivo en nombre de la moral. Se distingue, sin embargo, de él en que no es más que el *minimum ideal* de los derechos que parecen pertenecer a todo individuo, sea cual fuere, mientras que el derecho ideal sería el *máximum*. El derecho natural se presenta, pues, como el *mínimum* moral que la persona humana puede reivindicar. Es, como se advierte, una noción metafísica.

Distínguese también el *derecho codificado* y el *derecho consuetudinario*, según que las prescripciones sociales son únicamente impuestas por la tradición

(que puede muy bien ser escrita) o por una voluntad legislativa (el soberano), para satisfacer a exigencias sociales, determinadas y conscientes. El derecho codificado tiene la pretensión de justificarse.

Se oponen también las *leyes escritas* a las leyes no escritas, exactamente en el mismo sentido que el derecho positivo al derecho ideal.

Distínguese también derecho *público* y derecho privado: «el primero se supone que regula las relaciones del individuo con el Estado; el segundo, las de los individuos entre sí. Pero en cuanto se intenta apurar los términos, bórrase la línea de separación. Todo derecho es privado en el sentido de que son siempre y en todas partes individuos quienes están en presencia y en acción; pero, sobre todo, todo derecho es público en el sentido de que es una función social, y todos los individuos son—aunque por diversos títulos—funcionarios de la sociedad». (Durkheim: *De la división del trabajo social*.)

Luego se verá otra división del derecho, mucho más interesante desde el punto de vista científico: la del derecho *represivo* y del *derecho restitutivo y cooperativo*.

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO: GENERALIDADES.

A) RELACIONES ENTRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO Y LA EVOLUCIÓN SOCIAL.—El derecho se desarrolla por una evolución necesaria: «Cada edad no forma su mundo a su gusto; lo crea en una unión indisoluble con el pasado. Reconoce y consagra un estado de cosas dado, que es, a la vez, necesario y libre: necesario, en que este estado no depende de las concepciones arbitrarias del tiempo presente; libre, en que no es debido a influencias, a órdenes ema-

nadas del exterior, sino que surge del carácter mismo del pueblo, desarrollándose en el curso de los tiempos en un estado de perpetua transformación y de constante evolución... No depende de nosotros; acepta o rechaza arbitrariamente, como buenas o malas, las condiciones históricas anteriores, pues esas condiciones se imponen a nosotros con una necesidad ineludible... Esas ideas se aplican esencialmente al derecho... En cuanto vemos una historia fundada en documentos, reconocemos un derecho con un carácter propio al pueblo a que se aplica, como su lengua y sus costumbres. El derecho no es un producto arbitrario que las circunstancias, el azar o la sabiduría de los hombres hubiera podido hacer diferente; nace de la conciencia común del pueblo, del espíritu general que lo anima... Sus desarrollos sucesivos, sometidos al mismo principio, siguen una marcha regular y obedecen a un encadenamiento de circunstancias invariables, que dependen cada una, por un lazo especial, de las diversas manifestaciones del espíritu de la nación. Esta conexión orgánica de las instituciones jurídicas con el carácter del pueblo se revela claramente en los rasgos fundamentales de las principales de entre ellas, como propiedad, matrimonio...»

B) FORMACIÓN DEL DERECHO POR LA COSTUMBRE.— «La costumbre es el producto puro de la conciencia nacional. No es una creación fortuita, debida a la simple repetición de casos resueltos primeramente según el azar o la fantasía del momento. La serie de actos uniformes que la constituyen, delata la fuente común de dónde deriva».

C) SU FORMACIÓN JURÍDICA Y LEGISLATIVA.— «Pero pronto, con la marcha del tiempo, no basta ya la costumbre, y la conciencia jurídica del pueblo se fija en nuevos órganos. Los desarrollos individuales

crecientes y desiguales, los conocimientos y las ocupaciones especiales que aislan los individuos, las condiciones diferentes, hacen la conciencia común menos perceptible y menos clara, y hacen más difícil el crecimiento espontáneo del derecho por el mero espíritu general de la nación. Las actividades del pueblo se dividen en este estado más adelantado de la cultura, y lo que era la obra de todos no corresponde ya más que a aquellos que una vocación especial ha preparado.

»Cuando semejante división se produce, los juristas aparecen. El derecho, que vivía en la conciencia del pueblo, cae en la de los hombres llamados a consagrar a su desarrollo su actividad particular y que representan a la comunidad en esta función. La legislación y la ciencia constituyen entonces los órganos del espíritu nacional, suscitados para crear las nuevas instituciones que se han hecho necesarias y modificar o anular las que no responden a las necesidades del tiempo. El derecho en esta nueva elaboración tiene una vida doble: primero como constituyendo una parte de la vida total del pueblo, con la cual no cesa de relacionarse; luego como una ciencia particular, entre las manos de los legisladores y juristas.

»La legislación es el signo exterior del derecho más aparente. Cuando el derecho positivo hubiese conseguido el más alto grado de evidencia y de certeza, podría aún tratar de sustraerse a él por ignorancia o mala voluntad. Puede ser, pues, necesario darle ese signo, que lo ponga fuera de toda discusión.

»La ley completa el derecho consuetudinario y lo ayuda en su desarrollo progresivo. Es benefactora, o aun indispensable, cuando el cambio de las costumbres, de las opiniones, de las necesidades,

exige imperiosamente el cambio del derecho. Esas modificaciones del derecho existente quedan a menudo más seguras por la ley que por las fuerzas invisibles que han creado el derecho primitivo, por causa de la lentitud con que esas fuerzas obran y del estado de incertidumbre jurídica que resulta de ellas.

»La legislación puede, además, ser útilmente llamada a coordinar y conciliar las reglas aplicables a diversas instituciones de derecho en la necesaria reacción que ejercen unas sobre otras. Pero la ley, sea cual sea su papel, no es siempre más que otra expresión del derecho popular. El legislador no está fuera del pueblo; está, por el contrario, colocado en el centro de la nación, cuyo espíritu, opiniones y necesidades se contenta con reflejar. Y este carácter del legislador es independiente de la forma dada al Poder legislativo por la constitución política del Estado.

»En resumen: el derecho positivo es siempre, en su origen, un derecho popular, bajo la forma de la costumbre, que la legislación viene a completar y garantizar, a menudo, muy pronto.

»Cuando, con los progresos de la civilización, los jurisperitos vienen a traer a él, a su vez, sus contribuciones, el derecho, representado primero por la sola costumbre, tiene dos nuevos órganos que viven con vida propia: la legislación y la ciencia. Si la fuerza generatriz del derecho, de donde salía directamente el derecho primitivo, viene a retirarse del pueblo, y si el derecho mismo es absorbido en los dos nuevos órganos en donde se concentra de ahora más esa fuerza creadora, pueden la legislación y la ciencia permanecer como las únicas formas visibles del orden jurídico. La legislación, sobre todo, que tiene una preponderancia tan grande por su autori-

dad exterior, puede fácilmente entonces ser tomada por la única fuente del derecho y no dejar aparecer los otros dos elementos que concurren a su formación más que como complementos secundarios. Pero esa absorción del derecho popular primitivo, y aun del derecho científico de los jurisperitos por la legislación, no debe ilusionarnos ni ocultar a nuestra vista los verdaderos orígenes, que están siempre en la acción directa o indirecta del espíritu de la nación, sea que se manifieste por la costumbre, por la legislación o por la ciencia». (Tanon: *Evolución del derecho.*)

D) UNIVERSALIDAD DEL DERECHO.—Una noción general surge del estudio evolutivo del derecho. Es la noción de *derecho común*, es decir, de una ley *consuetudinaria* que, en sus puntos esenciales, es lo mismo para todas las naciones, sea cual sea su fuerza y poder. Esta ley consuetudinaria tiende a tomar la forma de un derecho superior a la nación. Cada nación, después de haber considerado su ley, como un tesoro de sabiduría único, al entrar, sea por guerra o por comercio, en más estrechas relaciones con otras naciones, descubre que esa ley es, poco más o menos, análoga en todas partes. Piensa entonces que la ley está hecha con principios universales. Ese *derecho común*, aceptado por todas las naciones, no tarda en tomar la forma científica del *derecho natural*, es decir, de un conjunto de reglas que se imponen a la razón como condiciones necesarias de toda existencia individual y social: es la «suma razón que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo que no debe hacerse» (*Cicerón*). Es la «ley universal del mundo» (*Taylor*). Ese derecho universal, *científicamente establecido*, un eco del cual encontramos en las declaraciones de los derechos del hombre, de 1789 a 1793, ha sido particularmente ayudado en

su evolución por el hecho de que el derecho romano, que fué un momento, al final del Imperio, casi mundialmente aplicado, ha sido aceptado en sus bases por todas las naciones civilizadas; el derecho actual sale, en parte, del romano por el intermedio de la Iglesia y de los legistas de la Edad Media. Este hecho notable de *receptividad*, que todas las naciones actuales muestran por el derecho romano (*Fhering*), manifiesta las tendencias unitarias de la evolución de las conciencias humanas.

III. TRANSFORMACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO

Definamos primero dos aspectos generales que pueden revestir las reglas jurídicas: se distinguen ambos por las sanciones unidas a esas reglas.

1.º «Unas consisten esencialmente en un dolor, o, al menos en una disminución infligida al agente; ellas tienen por objeto perjudicarlo en su fortuna, en su honor o en su vida, en su libertad; privarlo de algo de que goza» (Derecho penal). Las reglas así sancionadas constituyen un *derecho represivo*.

2.º Otras no implican «necesariamente un sufrimiento del agente»; pero consisten «solamente en el restablecimiento de las cosas en su estado, de las relaciones turbadas en su forma normal, sea que el acto incriminado sea vuelto por fuerza al tipo de donde ha derivado, sea que ese acto quede anulado, es decir, privado de todo valor social». Es el *derecho restitutivo* (civil, mercantil, procesal, administrativo, constitucional, «hecha abstracción de las reglas penales que pueden hallarse aquí»). La mayor parte de este derecho restitutivo es *cooperativo*, que no puede existir más que en una sociedad en donde la solidaridad es del tipo orgánico (individuos *diferen-*

ciados cooperando), mientras que el derecho represivo se concibe muy bien y es de hecho el único que existe en las sociedades en donde la solidaridad es de tipo mecánico.

Durkheim ha insistido en esta división en su obra *De la división del trabajo social*. (Las citas que siguen están sacadas de ella.)

«En cuanto podemos juzgar del estado del derecho en las sociedades enteramente inferiores, parece ser todo él represivo. «El salvaje, dice *Lubbock*, »no es libre en parte alguna. En el mundo entero »la vida diaria del salvaje está regulada por una gran »cantidad de costumbres (tan imperiosas como le- »yes) complicadas y, a veces, muy incómodas, pro- »hibiciones y privilegios absurdos. Numerosos re- »glamentos muy severos, aunque no escritos, mar- »can su vida en todos sus actos». Se sabe, en efecto, con qué facilidad, en los pueblos primitivos, los modos de obrar se consolidan en prácticas tradicionales, y, por otra parte, cuán grande es entre ellos la fuerza de la tradición. Las costumbres ancestrales están rodeadas de tanto respeto, que no se puede faltar a ellas sin castigo.

Mas esas observaciones carecen necesariamente de precisión, porque nada es tan difícil de interpretar como esas costumbres flotantes. Para que nuestra experiencia sea conducida con método hay que hacerla versar, en lo posible, sobre derechos escritos.

Los cuatro últimos libros del Pentateuco: el *Exodo*, el *Levítico*, los *Números*, el *Deuteronomio*, representan el más antiguo monumento de este género que poseemos. De esos cuatro o cinco mil versículos sólo hay un número relativamente ínfimo en donde se expresen reglas que puedan pasar por no ser represivas.

«El derecho restitutivo y, sobre todo, el coopera-

tivo, se reduce, pues, a muy poca cosa». No es eso todo. Entre las reglas restitutivas, muchas no son tan extrañas al Derecho penal como podría creerse a primera vista, pues todas están marcadas con un carácter religioso. Todas dimanaban igualmente de la divinidad; violarlas es ofenderla, y esas ofensas son faltas que hay que expiar. El libro no distingue entre tales o cuales mandamientos; todas son palabras divinas que no pueden desobedecerse impunemente. «Si no te cuidas de hacer todas las palabras de esta ley que están escritas en este libro, por temor a ese nombre glorioso y terrible, el Eterno, tu Dios, entonces el Eterno te herirá a ti y a tu posteridad». La falta, aun por error, a un precepto cualquiera constituye un pecado y exige expiación. Amenazas del mismo género, cuya naturaleza penal no es dudosa, sancionan indirectamente algunas de esas reglas que hemos atribuido al derecho retributivo. Después de haber decidido que la mujer divorciada no podrá ser recogida por su marido si después de vuelta a casar se divorcia de nuevo, el texto añade: «Sería una abominación ante el Eterno; *así no cargarás con pecado alguno al país* que el Eterno tu Dios te da en herencia». De igual modo he aquí el versículo en donde se regula la manera cómo deben pagarse los salarios: «Le darás el salario el mismo día en que haya trabajado, antes de la puesta del sol, pues es pobre y su alma espera, *por miedo de que él no vaya a gritar contra ti al Eterno y que tú no peques*». Las indemnizaciones a las cuales dan origen los cuasidelitos, parecen igualmente presentarse como verdaderas expiaciones. Leemos en el *Levítico*: «Se castigará con la muerte al que haya herido de muerte a quien sea. El que haya herido de muerte una bestia, la restituirá; vida por vida..., rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente». La reparación del daño cau-

sado tiene todo el aspecto de asimilarse al castigo de la muerte y de ser considerada como una aplicación de la ley del Talión.

Es cierto que hay un número de preceptos cuya sanción no está específicamente indicada; pero ya sabemos que de cierto es penal. La naturaleza de las expresiones empleadas basta para probarlo. Además, la tradición nos enseña que un castigo corporal era infligido a quien violaba un precepto negativo, cuando la ley no especificaba formalmente la pena. En resumen: en grados diversos, el derecho hebreo, tal como el *Pentateuco* lo da a conocer, está marcado por un carácter esencialmente represivo, carácter más latente en unos sitios, menos en otros, pero que se siente siempre presente. Como todas las prescripciones que encierra son mandamientos de Dios, puestos, por decirlo así, bajo su garantía directa, deben todas a este origen un prestigio extraordinario que las hace sacrosantas; así, cuando son violadas, la conciencia pública no se contenta con una simple reparación, sino que exige una expiación en venganza. Puesto que lo que da su naturaleza al derecho penal es la autoridad extraordinaria de las reglas que sanciona, y que los hombres no han conocido nunca ni imaginado autoridad más alta que la que un creyente atribuye a su Dios, un derecho que supone ser la palabra divina, no puede dejar de ser esencialmente represivo. Hemos podido incluso decir que todo el derecho penal es más o menos religioso, pues lo que constituye su alma es un sentimiento de respeto por una fuerza superior al hombre individual, por una potencia en cierto modo trascendente, bajo cualquier símbolo con que se haga sentir a las conciencias, y ese sentimiento está también en la base de toda religiosidad. He ahí por qué de un modo

general la represión domina todo el derecho de las sociedades inferiores: es porque la religión penetra en toda la vida jurídica como en toda la social.

Así ese carácter está también muy marcado en las leyes de Manou. No hay más que ver el lugar eminente que dan a la justicia criminal en el conjunto de las instituciones nacionales. «Para ayudar al rey en sus funciones—dice Manou— el Señor produjo desde el principio el genio del castigo, protector de todos los seres, ejecutor de la justicia, su propio Hijo, y cuya esencia es divina. Es el temor del castigo lo que permite a todas las criaturas móviles e inmóviles gozar de lo que les es propio y lo que les impide apartarse de sus deberes... El castigo gobierna al género humano; el castigo lo protege, el castigo vela mientras que todo duerme; el castigo es la justicia, dicen los sabios... Todas las clases se romperían, todas las barreras quedarían rotas, el universo sería confusión si el castigo no cumpliera con su deber.»

La ley de las XII Tablas se refiere a una sociedad ya mucho más avanzada y más cercana a nosotros que el pueblo hebreo. Lo que nos lo prueba es que la sociedad romana no alcanzó el tipo de la ciudad sino después de haber pasado por el tipo en que la sociedad judía quedó fijada; más lejos tendremos la prueba de ello. Otros hechos, además, testimonian ese menor alejamiento. Primero se encuentran en la ley de las XII Tablas todos los principales gérmenes de nuestro derecho actual, mientras que entre el derecho hebraico y el nuestro no hay, por decirlo así, nada de común. Además, la ley de las XII Tablas es absolutamente laica. Si en la primitiva Roma, legisladores como Numa fueron considerados dignos de recibir su inspiración de la divinidad, y, por tanto, el derecho y la religión estaban entonces

íntimamente ligados, en el momento en que fueron compuestas las XII Tablas había seguramente cesado aquella alianza, pues ese monumento jurídico se ha presentado desde su origen como una obra humana que no se refería más que a relaciones humanas. No se encuentran en ellas más que algunas disposiciones concernientes a las ceremonias religiosas, y aun parecen haber sido admitidas allí en calidad de leyes suntuarias. Pues bien: el estado de disociación, más o menos completo entre el elemento jurídico y el religioso, es uno de los mejores signos con que puede reconocerse si una sociedad está más o menos desarrollada que otra.

Así ocurre que el derecho criminal no lo ocupa ya todo. Distingúense esta vez muy bien las reglas que están sancionadas con penas y las que no tienen más sanciones que las restitutivas. El derecho restitutivo se ha desprendido del represivo, que primitivamente lo absorbía; ahora tiene sus caracteres propios, su constitución personal, su individualidad. Existe como especie jurídica distinta, provista de órganos especiales, con procedimientos especiales. El mismo derecho cooperativo hace su aparición; se encuentra en las XII Tablas un derecho doméstico y un contractual.

Sin embargo, si el derecho penal ha perdido su primitiva preponderancia, su parte sigue siendo grande. De los 115 fragmentos de esa ley que *Voigt* ha conseguido reconstituir, no hay más que 66 que puedan atribuirse al derecho restitutivo, y 49 tienen un carácter penal acentuado. Por consiguiente, el derecho penal no está muy lejos de representar la mitad de ese código tal como ha llegado a nosotros, y, sin embargo, lo que nos queda nos puede sólo dar una idea muy incompleta de la importancia que tenía el derecho represivo en el momento de su re-

dación; pues las partes consagradas a este derecho son las que han debido perderse con mayor facilidad. Los fragmentos conservados los debemos casi exclusivamente a los jurisconsultos de la época clásica, los cuales se interesaban mucho más en los problemas del derecho civil que en los del penal. Este no se presta apenas a las hermosas controversias que, en todo tiempo, han sido la pasión de los juristas. Esta indiferencia general de que era objeto ha debido tener por efecto el sumir en el olvido una buena parte del antiguo derecho penal de Roma. Además el mismo texto auténtico y completo de las XII Tablas no lo contenía, seguramente, por entero. Pues esas leyes no hablaban ni de los crímenes religiosos, ni de los domésticos, juzgados unos y otros por tribunales particulares; ni de los atentados contra las costumbres. Hay que tener cuenta, en fin, de la pereza que el derecho penal tiene, por decirlo así, para codificarse. Como está grabado en todas las conciencias, no se experimenta la necesidad de escribirlo para darlo a conocer. Por todas esas razones puede presumirse que aun en el siglo IV de Roma el derecho penal representaba aún la mayor parte de las reglas jurídicas.

Esta preponderancia es mucho más cierta y marcada si se compara, no con todo el derecho restitutivo, sino con la parte de este derecho que corresponde a la solidaridad orgánica. En efecto, en este momento apenas hay más derecho que el doméstico, cuya organización esté ya bastante adelantada; el procedimiento, aun siendo molesto, no es ni variado ni complejo; el derecho contractual comienza solo a nacer. «El pequeño número de contratos que reconoce el antiguo derecho—dice *Voigt*—contrasta del modo más evidente con la multitud de obligaciones que nacen del delito». En cuanto al

derecho público, además de que aún es bastante sencillo, tiene en gran parte un carácter penal, por haber guardado un carácter religioso.

A partir de esta época, el derecho represivo no ha hecho más que perder su importancia relativa. Por una parte, aun suponiendo que no haya regresado en gran número de puntos, y que muchos actos considerados en el origen como criminales no hayan cesado poco a poco de ser reprimidos—y en lo que a los delitos religiosos atañe lo contrario es seguramente verdad—, al menos no se ha acrecentado sensiblemente; sabemos que desde la época de las XII Tablas los principales tipos criminológicos del Derecho romano están constituidos. Por el contrario, el derecho contractual, los procedimientos, el derecho público no han hecho más que tomar cada vez mayor extensión. A medida que se avanza se ven las fórmulas escasas y flacas que la ley de las XII Tablas comprendía en esos puntos, desarrollarse y multiplicarse hasta convertirse en los sistemas voluminosos de la época clásica. El derecho doméstico mismo se complica y diversifica a medida que al derecho civil primitivo viene poco a poco a añadirse el derecho pretoriano.

La historia de las sociedades cristianas nos ofrece otro ejemplo del mismo fenómeno. Ya *Summer-Maine* había conjeturado que comparando las diferentes leyes bárbaras, se encontraría tanta mayor extensión de derecho penal cuanto más antiguas fuesen. Los hechos confirman esa presunción.

La ley sálica se refiere a una sociedad menos desarrollada que la Roma del siglo IV. Pues si, como esta última, ha rebasado ya el tipo social en donde se detuvo el pueblo hebreo, no está, sin embargo, tan enteramente desligada de él. Las señales son mucho más aparentes, como más lejos veremos. Por eso el

derecho penal tiene una importancia mucho mayor. De los 293 artículos que componen el texto de la ley sálica, editado por Waitz, sólo unos 25 (es decir, un 9 por 100) carecen de carácter represivo: son los relativos a la constitución de la familia franca. El contrato no está aún libre del derecho penal, pues la negativa de ejecutar en el día fijado el compromiso contraído da lugar a multa. Y aun la ley sálica no contiene más que una parte del derecho penal de los francos, puesto que concierne únicamente los crímenes y delitos para los cuales está permitida la conciliación. Pero seguramente los había que no podían ser rescatados. Piénsese en que la ley no contiene palabra ni sobre los crímenes contra el Estado, ni los militares, ni los religiosos y aparecerá entonces más considerable aún la preponderancia del derecho represivo.

Menor es ya en la ley de los burgundos, más reciente. De 311 artículos, hemos contado 98, cerca de la tercera parte, que no tienen carácter penal alguno. Pero este aumento se refiere únicamente al derecho doméstico, más complicado, tanto en lo que se refiere al derecho de cosas como al de las personas. El derecho contractual no está mucho más desarrollado que en la ley sálica.

En fin, la ley de los visigodos, aún más reciente y que se refiere a un pueblo aún más culto, muestra un nuevo progreso en el mismo sentido. Aun cuando el derecho penal predomine aún en ella, el derecho restitutivo tiene casi igual importancia. Se encuentra, en efecto, todo un código de procedimientos (libs. I y II), un derecho matrimonial y un derecho doméstico ya muy desarrollados (lib. III, títs. I y IV; lib. VI). En fin, por primera vez, todo un libro, el V, está consagrado a las transacciones.

La ausencia de codificación no nos permite obser-

var con la misma precisión ese doble desarrollo en toda la marcha histórica; pero es indudable que ha continuado en igual dirección. Desde esa época, en efecto, el catálogo jurídico de crímenes y delitos es ya muy completo. Por el contrario, el derecho doméstico, el derecho contractual, el procedimiento, el derecho público, se han desarrollado sin interrupción, y, finalmente, la relación entre las dos partes del derecho que comparamos se ha encontrado invertida.

Basta, en efecto, lanzar una mirada a nuestros códigos para advertir el reducidísimo lugar que ocupa el derecho represivo con relación al cooperativo. ¿Qué es el primero junto al amplio sistema formado por el derecho doméstico, el contractual, mercantil, etc...? El conjunto de relaciones sometidas a una reglamentación penal no representa, pues, más que la mínima fracción de la vida general, y, por consiguiente, los lazos que nos unen a la sociedad y que derivan de la comunidad de las creencias y de los sentimientos son mucho menos numerosos que los que resultan de la división del trabajo.

Es cierto que, como ya lo hemos notado, la conciencia común y la solidaridad que ésta produce no se expresan enteramente por el derecho penal; la primera crea otros lazos además de aquellos cuya ruptura reprime. Hay estados menos fuertes o más vagos de la conciencia colectiva que hacen sentir su acción por medio de las costumbres, de la opinión pública, sin que ninguna sanción legal vaya unida con ellos, y, sin embargo, contribuyen a asegurar la cohesión de la sociedad. Pero tampoco el derecho cooperativo expresa todos los lazos engendrados por la división del trabajo, pues no nos da igualmente de toda esta parte de la vida social más que una representación esquemática. En una multitud

de casos, las relaciones de mutua dependencia que unen las funciones divididas están reguladas sólo por usos, y esas reglas no escritas superan seguramente en número a las que sirven de prolongación al derecho represivo, pues deben ser tan diversas como las funciones sociales mismas. La relación entre unas y otras es, pues, la misma que la de los dos derechos que ellas completan, y, por consiguiente, puede prescindirse de ellas sin que el resultado del cálculo esté modificado.

IV. SENTIDO MORAL DE ESAS TRANSFORMACIONES.

A) *Esas transformaciones constituyen un verdadero progreso moral y social.*—La sociedad ha sustituido poco a poco a reglas restringidas y brutales un derecho mucho más extenso, mucho más complejo, pero mucho más ágil y aplicable. Este derecho tiene, pues, un carácter doble: reglamenta más y es menos opresivo. ¿No tendrá, sin embargo, los defectos de sus cualidades? ¿No ha rebajado, por una parte, el lazo social, disminuido la fuerza moral de la solidaridad, y por otra parte multiplicado las trabas que—por ser menos duras que las antiguas prescripciones—no son, sin embargo, menos opresivas para el individuo a causa de su número mismo?

1.º A pesar de la crítica de una filosofía reaccionaria que deplora la debilitación del lazo social, la primera objeción parece superficial; cae ante un examen reflexivo:

«En efecto, lo que mide la fuerza relativa de dos lazos sociales es la desigual facilidad con que se rompen. El menos resistente es, desde luego, el que se rompe a la menor presión. Pues bien, en las sociedades inferiores, en donde la solidaridad por

semejanza es la única o casi la única, es donde esas rupturas son las más frecuentes y fáciles». «Al principio—dice *Spencer*—, aunque para el hombre sea una necesidad unirse a un grupo, no está obligado a permanecer unido a ese grupo mismo. Los calmuco y los mongoles abandonan su jefe cuando encuentran opresiva su autoridad y pasan a otros. Los abipones abandonan su jefe sin que éste se extrañe ni se disguste y se van con su familia adonde quieren». En el Africa del Sur los balondas pasan sin cesar de una parte del país a la otra. *Mac Culloch* ha notado hechos del mismo género entre los koukis. Entre los germanos, todo hombre que amaba la guerra podía hacerse soldado con un jefe a su elección. «Nada era más corriente ni parecía más legítimo. Un hombre se levantaba en mitad de una asamblea, anunciaba que iba a hacer una expedición en tal sitio contra tal enemigo; los que tenían confianza en él y deseaban botín lo aclamaban por jefe y lo seguían... El lazo social era muy débil para retener los hombres a pesar suyo contra las tentaciones de la vida errante y de la ganancia». *Waitz* dice de una manera general de las sociedades inferiores que, aun allí donde había un poder director constituido, cada individuo conserva bastante independencia para separarse en un instante de su jefe, «y alzarse contra él si es bastante poderoso para ello, sin que tal acto parezca criminal». Aun en los casos en que el Gobierno es despótico, cada uno tiene siempre libertad para separarse con su familia. La regla por la cual el romano prisionero cesaba de formar parte de la ciudad, ¿no se explica también por la facilidad para romper entonces el lazo social?

2.º A una solidaridad puramente mecánica, producida por fuertes coacciones que se ejercen en individuos próximamente semejantes todos, se ha

sustituído progresivamente una *solidaridad orgánica* que admite, con una mayor división del trabajo, *iniciativas infinitamente más numerosas y una libertad individual cada vez más considerable*. El equilibrio que se establece entre todas esas libertades, los lazos que limitan necesariamente esas iniciativas para que no se hagan nocivas para los demás, crean el derecho repositivo, con sus *innumerables disposiciones*; nuestros actuales Códigos son su mejor ejemplo.

Ese derecho repositivo se funda en las ideas de *fortuna y de equidad*. En el antiguo derecho la idea fundamental era, en el fondo, la de *expiación*, que se confunde con la fuerza y la coacción; no veía en el individuo más que el elemento del grupo, y no se ocupaba del individuo mismo y sus relaciones con los demás. No se puede decir que interviene la idea de justicia, por lo menos en el sentido moderno de la palabra. Lo que interviene es la fuerza ciega del grupo, la coacción autoritaria en lo que tiene de más brutal. Nadie se inquieta, por ejemplo, por saber si *Edipo* merece o no su castigo, si ha sido juguete de sucesos más fuertes que él. De hecho sus actos están en oposición con la ley penal del grupo; y por eso es herido. En el *derecho repositivo*, por el contrario, la idea fundamental es la de *justicia*: reparar todos los daños hechos a otro; *restituir a cada uno lo que le es debido; no hacer a los demás lo que no quisierais que os hicieran*.

Las leyes tienen por fin mantener en la sociedad un equilibrio que vuelva a poner las cosas en su estado, si ese equilibrio fué roto por un individuo. El *derecho penal*, la fuerza no se emplea más que cuando ha habido la voluntad de hacer daño. En todos los demás casos se buscará equitativamente lo que corresponde a cada uno.

Se ve ahora cuán falsa es la tesis de algunos filósofos, y no los peores, quienes, como *Spencer*, pretenden que nuestro derecho, complicándose al compás que crece el progreso de la civilización, pone nuevas trabas a la libertad individual y a la iniciativa privada. Por el contrario, en el momento en que el derecho sólo comprendía un *mínimum* de disposiciones y, por consiguiente, los actos del individuo se reducían a un pequeño número de hechos rutinarios, entonces era el derecho una *coacción*, una traba, y era nula la libertad individual. Pero a medida que el individuo se libera y adquiere más iniciativa, tiene que desaparecer la coacción, y un conjunto de leyes más amplio venir a equilibrar todas las libertades, todas las iniciativas, impedirles que choquen y restablecer los abusos de fuerza por un rodeo. Así una legislación más rica es a la vez *condición y efecto de una mayor libertad*.

V. CONCLUSIONES GENERALES.

No hay que creer, pues, que la solidaridad disminuye a medida que aumenta la libertad. Se hace *voluntaria y consciente* en vez de seguir siendo un efecto de la fuerza; ella enlaza los individuos por lazos infinitamente más numerosos, pero más ágiles, y esos lazos tienen como efecto, en lugar de trabar la libertad del individuo, el de hacerlo cada vez menos dependiente de las circunstancias fortuitas, el hacerlo más apto a desarrollarse según su gusto. La adaptación se sustituye a la constricción opresiva y tiende a hacerse concertada una *cooperación* cada vez mejor comprendida.

Así es como hoy se advierte que, por ciertas circunstancias independientes de la voluntad humana,

las cosas se turban a veces muy profundamente. En lugar de que se dé a cada cual lo que le es debido, los sucesos históricos y sociales, en medio de los cuales evoluciona la humanidad, consagran un reparto injusto y desigual del bien común y hasta del producto del trabajo individual, sin que este o aquel individuo pueda ser directamente causa responsable de ese hecho.

Primeramente se dejó a la iniciativa privada, a la *caridad*, el cuidado de *reformular las injusticias de la suerte*.

Pero la evolución del derecho muestra que a cada instante lo que es concebido como acto de beneficencia por la moral social se hace al instante siguiente una *obligación jurídica*.

Al lado de una justicia relativa que trata de restablecer el orden turbado por un individuo, se organiza una justicia más completa, una *equidad ideal*, que exige la reparación de los disturbios fortuitos que no se pueden imputar a tal o cual individuo y que ponen en responsabilidad la colectividad entera. *Así toda la libertad individual podrá ser dada a cada uno, establecerse el máximum de solidaridad moral y de cooperación*.

✠ «Es usual distinguir con cuidado la justicia y la caridad, es decir, el simple respeto de los derechos ajenos y todo acto que supere esa virtud puramente negativa. En esas dos especies de práctica se ven como dos capas independientes de la moral: la justicia por sí sola constituiría las fundamentales bases; la caridad sería la cúspide. La distinción es tan radical que, según los partidarios de cierta moral, la justicia sola sería necesaria para el buen funcionamiento de la vida social; el desinterés no sería más que una virtud privada que es bello perseguir, pero de la que la sociedad puede muy bien prescindir.

Muchos incluso la ven con inquietud intervenir en la vida pública. Se ve por lo que precede cuán en desacuerdo con los hechos está esa concepción; en realidad, para que los hombres reconozcan y garanticen mutuamente derechos, tienen que empezar por amarse, que por una razón cualquiera se sientan unidos entre sí y con una misma sociedad, de que forman parte. La Justicia está llena de Caridad».