

GENESIS DEL DERECHO

Siguiendo la tesis spenceriana, hoy lugar común de todos los autores, podemos asegurar que el Derecho estuvo primariamente confundido con el resto de las disciplinas científicas y ético-religiosas. En una etapa posterior, imposible de precisar con exactitud, el Derecho se constituyó independientemente diferenciando sus caracteres peculiares dentro del agregado social.

Es labor muy compleja determinar prolijamente cómo ha ido atravesando el Derecho sus diversas etapas de diferenciación; y es tanto más árdua cuanto que ni la Historia ni la Geografía Social han podido, hasta hoy, determinar la embriogenia de las instituciones humanas.

Con todo, basados en las investigaciones sociológicas practicadas en los pueblos de más atrasada cultura—rezagos del tiempo que hoy nos sirven como testimonio vivos—y con el auxilio de las ciencias históricas que han buceado algo en la noche milenaria del pasado, podemos intentar un ligero trazo del origen y proceso del Derecho. Pero antes debemos sentar como base elemental la afirmación de que el Derecho no ha sido condicionado por la influencia de agentes exteriores únicamente, sino por la evolución natural de sus propios principios. Esto aparte de que, en última instancia, no existe una disciplina ni un arte enteramente independiente de todos los demás. El espíritu humano se manifiesta entremezclando el Derecho, la Religión, la Moral y el Arte. Y en su más íntimo sér, todos están unidos por un vínculo no por sutil menos evidente.

La idea del Derecho nace cuando el desarrollo síquico se halla bastante adelantado; nace de la vida social y es determinada por los sentimientos que persiguen el bienestar del individuo, armonizando con el de la sociedad. El desenvolvimiento de la concepción matriz del Derecho supone un proceso paralelo del individuo y de la sociedad. En función de esta última se distinguen tres clases de sentimientos:

1) Egoístas, 2) Egoaltruístas o individuo-sociales, y 3) Altruístas, que son los propiamente sociales.

Se refieren los primeros al bienestar del individuo; los segundos, al del individuo combinado con el de la sociedad, y los terceros, al bienestar social. Innecesario sería anotar que los primeros en aparecer son los sentimientos egoístas o individuales pues están en relación inmediata con los hechos de conciencia.

Los principales sentimientos egoístas son: el de la conservación, el de la libertad y el de la propiedad. Tienen un origen claramente individual, pero con la convivencia social van transformándose en sentimientos ego-altruístas a fin de poder armonizar con el resto de los hombres.

Si el ser humano viviera aislado, desarrollaría su propia actividad hasta la máxima tensión egoísta con el propósito de procurarse mayor cantidad de placeres y evitar todo dolor; los sentimientos individuales se acentuarían hasta el infinito sin perder por ello su naturaleza. Cuando el hombre se reúne con sus semejantes con el objeto de conseguir la mejor satisfacción de sus necesidades morales y materiales, va modificando sus sentimientos individuales y convirtiéndolos en sentimientos individuo-sociales.

La conciencia jurídica se va formando en virtud de la coexistencia de varios intereses individuales dentro del agregado social. Las condiciones de la convivencia hacen necesaria una mútua limitación en la actividad de los individuos y un respeto a la ajena actividad. Nace la idea de lo que es conforme y de lo que es disconforme con las necesidades sociales, originándose, paralelamente, el sentido de lo justo y de lo injusto. La facultad de obrar dentro de los límites de lo justo se llama derecho en sentido *subjetivo*, y las normas que aseguran la coexistencia social, haciendo posible la vida de todo el organismo, constituyen el derecho en sentido *objetivo*. Sobre estos sentimientos, doblemente representativos, se forma un tercero eminentemente abstracto: el de la Justicia. X

La vida del Derecho está regida por las leyes de la tradición, el medio ambiente y la lucha jurídica. Son estas tres leyes las que regulan el desarrollo jurídico de los pueblos haciéndolos marchar al mismo ritmo de sus necesidades.

La ley de la costumbre es la única humana que puede concebirse en los tiempos primitivos; los hombres más salvajes acomodan

sus usos según la vida que observaron sus antepasados. Seguramente ha sido la costumbre la que ha impuesto las primeras normas de conducta y de gobierno al grupo social indiferenciado y rebelde. Venciendo la anarquía consiguiente al juego irrestricto de los instintos egoístas o puramente individuales, la costumbre, por simple gravitación hacia el pasado, fué reglando los actos individuales y colectivos.

Debió su formación la costumbre a dos fuerzas psicológicas de gran arraigo en la conciencia de los hombres: el hábito y la imitación. Al hábito, que no es sino la cómoda tendencia de seguir el camino trillado, y a la imitación, basada en la sugestión inconciente de una individualidad más poderosa, debió sus primeras leyes la sociedad.

Si tan grande es en la actualidad el poder de estas dos fuerzas psicológicas, cuál no sería su dominio sobre los hombres primitivos ambientados por un mundo cuyos secretos ignoraban. El hecho que se repite uniformemente y constantemente constituye una costumbre cuya fuerza radica en la autoridad del precedente. Hoy mismo, la fuerza del antecedente es una realidad innegable en la vida jurídica de las sociedades.

Además, la costumbre que se repite durante varias generaciones, robustece su autoridad a medida que se aleja de su origen, pues los hombres, conforme transcurre el tiempo, van vinculando a ella una serie de creencias supersticiosas. El salvaje o el bárbaro se imaginan al espíritu del muerto con las mismas cualidades que tuvo el vivo pero en un grado más temible. Figúrese vagando por la aldea o por la selva, agitando o aplacando la tempestad, atrayendo o espantando la caza, desatando la lluvia fecundante y causando males a sus enemigos o a sus descendientes innovadores.

Así, el respeto supersticioso por el pasado y el temor a los muertos van rodeando a la costumbre de mayores caracteres de intangibilidad. El atavismo costumbrista, llevado a su máxima imperterabilidad, ha creado estados como la China, cuya organización constituye una evidente traición a las leyes del tiempo.

Una de las formas más elementales de la justicia primitiva fué la venganza que se cumplía rigurosamente con extensión a todos los familiares, tal como subsiste actualmente en Córcega o Albania.

Elevada a la categoría de verdadera institución social, la venganza se substituye, más tarde, por el pacto o convenio que tiene la ventaja de eliminar la lucha; tal es el "vergheld" o componenda del medioevo germano. La reacción colectiva contra aquel que ha perturbado la paz necesaria para la vida del grupo origina la sanción social que puede ir desde la "friedloslegung" de los germanos hasta el "sacer esto" de las Doce Tablas, en la Roma esencialmente jurídica.

El imperio de la costumbre subsiste a través de largos períodos de progreso y llega, a veces, a ejercer gran influencia en la administración de la justicia. Así, el Common Law de la Inglaterra actual es una expresión de las costumbres del Reino Británico fijadas poco a poco. El Derecho Consuetudinario será siempre una norma a la que habrá de acudir el criterio de los hombres.

La ley, escrita o nó, es una fórmula de la autoridad de lo muerto sobre lo vivo. Las generaciones pasadas ejercen sobre las presentes el poder de las reglas de conducta que les han transmitido oralmente o por escrito. El organismo jurídico de un pueblo, que al nacer reviste formas sencillas, va desarrollándose gradualmente gracias a una lenta y continua superposición de partes que representa el aporte de cada generación.

El pasado, que ha costado tantos esfuerzos, no se destruye; sobreviven las sociedades que mejor se adaptan al ambiente sin abandonar el tesoro de sus tradiciones. Paralelamente al progreso de la sociedad se va realizando el de los individuos que la componen, y los hombres aprovechan el capital de las adquisiciones realizadas por sus antepasados, añadiéndole sus propios esfuerzos.

La humanidad no gozaría del cuerpo de derecho privado y público con que cuenta en la actualidad, si no hubiese heredado el monumento jurídico de Roma, y si nuestros antecesores, en la lucha del Feudalismo contra las comunas, no hubiesen afirmado el derecho consuetudinario, coetáneo con la aparición de la vida libre. Las costumbres latinas se plasmaron en la ley de las Doce Tablas, y éstas, mediante la labor secular de pretores y jurisconsultos habría de formarse Corpus Juris, base del Código Napoleón.

Expuesta ya la ley de la tradición o costumbre, haremos una breve referencia a la del ambiente. Las ideas jurídicas se transforman pero subsisten; su transformación obedece, preferentemente, a la necesidad de adaptarse al medio ambiente. Las condiciones en

que el hombre se ve obligado a vivir alteran sus hábitos y sus ideas; cada pueblo se forma un conjunto de normas que estén de acuerdo con su estado social.

Las leyes deben corresponder, y casi siempre corresponden, a las necesidades de aquella sociedad para la cual se legisla. El conjunto de usos, costumbres, tradiciones y ritos, la educación, las circunstancias climatéricas, los factores externos, todo contribuye a hacer variar incesantemente la estructura de un pueblo. Afirmaba, por eso, *Montaigne* que tres grados geográficos derriban por tierra toda jurisprudencia. A pesar de ser innegable este hecho, frecuentemente surgen utopistas, sobre todo en el Perú, que pretenden realizar mimesis imposibles.

No hay normas positivas de conducta que sean absolutas, aplicables a todos los tiempos y a todos los lugares. Las leyes varían según varía el ambiente. Por eso el Derecho, que responde a las exigencias de las horas, debe amoldarse a la vida de las sociedades en cada etapa de cultura.

A las dos leyes fundamentales que gobiernan la evolución jurídica, la tradición y el ambiente, debemos agregar una tercera y no menos fundamental: la de la lucha por el Derecho. En la obra así titulada, expone Rodolfo *Von Ihering* que el Derecho, en cuanto es impuesto coercitivamente, implica lucha entre los asociados. Y tal contienda no sólo asegura el respeto por las normas jurídicas sino también contribuye al mejoramiento social.

Observa Von Ihering que en tanto que el Derecho deba ser considerado bajo el aspecto de las agresiones que pueda sufrir no podrá menos que luchar. Pasó ya, como apunta *Oswaldo Spengler*, la edad del hombre-cordero, tesis roussoniana contraria a toda experiencia psicológica o histórica que predominó en el pasado siglo cientificista. El Derecho no puede subsistir si carece de medios coercitivos con que imponerse a los hombres cuyas conciencias no lo respetan.

Si se suprimiera la defensa del Derecho contra toda violación, este quedaría reducido a una negación intrínseca de sí mismo. Y cobra mayor valor esta afirmación si se piensa en el rol que desempeña el Estado dentro de la sociedad que no es otro que el de guardián del Derecho. La conservación del orden jurídico no representa otra cosa que

una lucha constante contra la tendencia humana a violarlo y desconocerlo.

Si consideramos esta lucha en su aspecto subjetivo y personal, no podremos menos de suscribir la nota de Ihering. Porque siempre que existe un derecho violado, cada uno de nosotros se alarma y cada ciudadano considera un deber contribuir al restablecimiento del equilibrio social mediante la reclusión del delincuente y la adopción de medidas preventivas de carácter eficaz. Y este deber de conservación moral se traduce en un estado de conciencia colectivo que tiende a la imposibilitación del delito.

El Derecho, pues, implica lucha, bien por parte del individuo que tiende a que se le reconozca su propio derecho, bien por parte de la sociedad y del poder social organizado que deben luchar contra la prepotencia individual y hacer reconocer y respetar el Derecho individual o colectivo.

La evolución del Derecho, en general, presenta tres etapas:

En una etapa primitiva, cuando aún no ha aparecido el derecho escrito, la sociedad se rige por medio de las prácticas que se han venido observando desde mucho tiempo atrás. También se respetan supersticiosamente ciertas máximas a las que se atribuye origen divino, creencia ésta que merecerá una mención posterior en el presente ensayo. El primer precepto es el de la obediencia ciega, absoluta, al jefe; este precepto fué sin duda necesario para tener sujeta a una multa indomable. Se elige un jefe o caudillo, generalmente el más fuerte, el más valeroso o el más astuto, y la autoridad de éste es acatada estrictamente por lo menos mientras dure la empresa de caza o de guerra para dirigir la cual se le eligió. En épocas de paz se puede designar un jefe que será, sinó el más valiente, el más rico de la tribu. Pero de todas maneras su autoridad, cuando nó la del hechicero, será indiscutida.

En esta primera fase, las relaciones entre particulares se hallan entremezcladas y confusamente regladas. La familia se afirma frente al poder común y, lentamente, la personalidad jurídica se establece en el padre de familia. Pero habrá de transcurrir mucho

tiempo antes que se constituya la "gens" romana, verdadero Estado dentro del Estado.

En la segunda etapa evolutiva, continúa la obediencia ciega al jefe, pero en cambio el Derecho Humano dá un gran paso porque se destierra el canibalismo; al enemigo vencido se le convierte en esclavo a fin de aumentar la fuerza interior de la tribu, multiplicando el número de brazos hábiles para el trabajo. Se comprenden, también, las ventajas que reporta la amistad entre pueblos vecinos, puesto que merced a ella se hace posible el intercambio de productos. La división del trabajo da origen a las castas y clases sociales.

Abandonado el pastoreo nómade y reducida la mayor parte de la tribu al trabajo agrícola, se hace necesaria una clase de personas que tengan por ocupación la función militar. Y otra clase sacerdotal, indispensable para el servicio del culto, que rápidamente adquiere la supremacía en razón de su mayor inteligencia y cultura.

En una tercera etapa, se realiza una labor de distribución social; en el interior de la sociedad comienza una lucha por la igualdad jurídica. Los primeros en reclamarla son los esclavos, considerados como cosas. Dentro de la familia, el padre vé limitada su autoridad despótica; la mujer no es ya una esclava que se compra: subsiste el símbolo de la compra, pero ésta no se efectúa. La autoridad absoluta del jefe del Estado se restringe y la lucha política lleva lentamente al triunfo del individualismo.

Entre las clases dominantes y las dominadas se empeña una lucha que conduce a triunfos parciales de las segundas sobre las primeras. El nivel de la mujer dentro de la familia y la sociedad se eleva gradualmente. Las sucesiones se regulan sobre una base de mayor igualdad, suprimiéndose la primogenitura y los mayorazgos. El Derecho Civil, a compás con las épocas, llama a los hijos naturales como herederos, y limita el derecho de disponer por testamento.

Y en el terreno del Derecho Político, al caudillo que es una autoridad de hecho, sucede el Estado que es una institución social autolimitada por ciertas normas. Así, en vez del carácter esencialmente guerrero que distingue al jefe o caudillo, la sociedad adopta un gobierno de carácter muy diverso: el Estado. Este desempeñará una función superior, convirtiéndose en órgano específico del Derecho y ministro único de la justicia.

En cuanto a la ley positiva, manifestación fiel del Derecho, puede afirmarse que nació después de la escritura pues sólo mediante ésta podía conservarse intacta y auténtica. Vino la ley a significar la exteriorización de la conciencia jurídica de la colectividad porque se dictó cuando ya se había formado en el espíritu de los hombres la convicción de que era necesaria una regla general, obligatoria para todos.

El derecho consuetudinario hubo de acompañar durante mucho tiempo a la ley escrita. Aún hoy mismo conservamos rezagos de él, como lo prueban las obligaciones naturales de nuestro Código Civil. Pero se separan, casi por completo, ambas formas jurídicas en el momento sico-sociológico en que el hombre adquiere la noción de la legalidad; cuando comprende que los que ejercen el poder político no deben adoptar arbitrariamente alguna disposición individual; cuando adquiere la conciencia de que está ligado sólo por la regla general, formulada de una manera abstracta y despersonalizada.

A partir de entonces, el individuo se siente fuertemente amparado contra la omnipotencia de los gobernantes, pues la regla general así entendida ofrece menos peligro de arbitrariedad que una decisión individual, susceptible de ser dictada por el odio, la simpatía o la venganza.

Este concepto de legalidad, vale decir de lo que representa el individuo, ha venido afirmándose cada vez más hasta la gran guerra. Hoy, en los países democráticos, se afirma la limitación de los poderes del Estado, inclusive cuando dispone de manera general. Una vez promulgada la ley, ningún órgano del Estado puede violarla, modificarla o trasgredirla.

La idea de la legalidad está vinculada con la de igualdad. Esta última, a partir del siglo XVIII, se orientó fundamentalmente contra el desnivel de los derechos en la sociedad estamental; su tendencia fué lograr la libertad mediante la igualdad. Y la Revolución Francesa—la tercera de las Revoluciones—creyó necesario unir estos dos conceptos agregándoles un tercero: el de fraternidad.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se basó en la tesis del contrato social de Jean Jacques *Rousseau*. Preconizaba éste que sólo es posible una libertad relativa y que el mismo principio de igualdad puede llevar a la destrucción del prime-

ro. Por eso, la fórmula exacta de una verdadera justicia es el término de fraternidad.

De este principio de igualdad que sustentó la Filosofía del Derecho se desprende el de la igualdad ante la ley; las leyes, cualquiera que sea su contenido e indiferentemente de las personas o intereses que afecten, aplicarse sin contemplación. *Haschek* fué el primero en afirmar que, tanto como la aplicación del derecho por igual, precisaba una prohibición de la desigualdad jurídica material. *Nawiasky*, manifiesta que la norma de igualdad no se agota con la aplicación uniforme de la ley, sino que afecta directamente al legislador prohibiéndole la concesión de privilegios, y el propio *Duguit* califica de inconstitucional toda ley que contrarie el principio igualitario.

Analizado el origen de las formas del Derecho, pasemos a estudiar el de su contenido social. Durante su primera y más larga etapa, estuvo ligado el Derecho con la Religión, la Moral y la Liturgia. Aquella fase que *Vico* llama divina ha sido común a todos los pueblos. Durante ella se reputaba divino el origen del Derecho y la casta sacerdotal ponía especial cuidado en la conservación de este carácter sagrado que hacía inviolable sus disposiciones.

Así los indúes llamaron "Dharma" al Derecho, y los griegos calificaron de "temistas", es decir, inspiradas por la diosa Temis, a las sentencias de sus magistrados. Los primeros códigos contenían normas religiosas y prescripciones rituales. No observar la norma jurídica equivalía a un sacrilegio. Luego, en una etapa superior de cultura, el Derecho se va, gradualmente, separando de la Religión. Grecia y Roma acentúan la separación que ya habían iniciado los chinos y los caldeo-asirios.

Con todo, la confusión de Religión y Derecho subsiste durante la Edad Media, con sus juicios de Dios y sus ordalías; se considera deber primordial del Estado el atender a la defensa de la fé y se execra el más infame de los delitos el de la heregía.

En la Edad Moderna reaparece el espíritu cristiano, que es afirmación íntima de la personalidad, y el Renacimiento y la Reforma exaltan desmedidamente al individuo. Etapa esta singularmente fecunda para la humanidad; en ella se extrema la tensión vital hasta

el punto de revivir el paganismo egoista. El hombre abandona a-
bandona apresuradamente el gremio y la comuna que lo vinculaban al
pasado, proyectándolo hacia el Porvenir, y rinde culto apasionado a
la vida dentro de un nacionalismo exacerbado.

Es entonces que se realiza la separación del Derecho y la Re-
ligión. Concedida a cada individuo la libertad de profesar las creen-
cias que tenga por conveniente, el Derecho no vé en los coasociados
otros tantos creyentes, sino tan sólo ciudadanos. En adelante, tendrá
el Derecho un contenido eminentemente externo, respetando el campo
íntimo de las conciencias.

Hoy día el Derecho está basado en la solidaridad o interdepen-
dencia social, y las nuevas doctrinas extremas declaran caduca la té-
sis liberal y nulos los derechos del individuo frente al Estado.

El Corporativismo fascista, la dictaura bolchevique y el Nazismo
hitlerista proclaman enérgicamente la tesis de un Estado absorbente
frente al cual individuo no vale sino en la medida que es productor.
En la Scala de Milán, Mussolini exhibió la partida de defunción de
la vieja democracia; Hitler la hace responsable de la ruina alemana,
y el pueblo del Volga, sufre la dictadura comunista que tiende a la
trituration del hombre por la maquinaria de un Estado omnipotente

Atraviesa hoy el Derecho una etapa de transición que correspon-
de a la incoherencia sepiritual del mundo contemporáneo; muy difí-
cil sería, pues, augurar cuál sea su próxima etapa. Haciendo un alto
en la encrucijada, sólo hemos pretendido estudiar algo de su pasado.
Y este estudio nos permite esperar aquella aurora jubilosa de la jus-
ticia, que se anuncia siempre sin arribar jamás íntegra a la Historia.

Raúl Ferrero Rebagliati.
