

## ORIGEN Y EVOLUCION DEL DERECHO

Un doble objeto tiene el estudio del origen y desarrollo del Derecho, ya sea considerándolo como norma que regula las relaciones humanas, o sea el derecho objetivo, ya como la facultad de hacer o exigir algo, es decir, el derecho subjetivo. Es de gran importancia completar su noción, complementando, por el estudio de las diversas causas de su origen y desenvolvimiento, de los factores que han influido en su desarrollo, y del aspecto histórico de éste, la noción que del Derecho nos da el estudio de su estado actual. Es igualmente interesante observar las relaciones de la vida jurídica con la cultura en general y las influencias que mutuamente desarrollan.

Antiguos alumnos del doctor Huidobro, uno de los fundadores de nuestra Universidad, y viendo con dolor que el tiempo va borrando la huella de su paso por nuestras aulas, no carecerá de importancia el recordar sus lecciones, poniéndolas al alcance de las nuevas generaciones estudiosas. Tal es el objeto de este trabajo, que tendrá así seguramente, un mérito, el de un recuerdo grato.

Orientados en sus preceptos, que nos llevan a no despreciar cualquier sistema filosófico-jurídico, sin antes haberlo estudiado, pensando que aún en los sistemas más erróneos, se puede encontrar una idea aprovechable, antes de entrar directamente a la génesis y desarrollo del Derecho, estudiaremos la forma como ha sido concebido por los diversos sistemas a través de la historia de la humanidad. Un estudio, aunque sea breve de ellos, nos permitirá captar sugerencias de importancia, que contribuyan a aclarar el estudio del tema.

---

No todos los juristas y filósofos han visto de la misma manera el origen y desenvolvimiento del Derecho. Sobre todo, el problema filosófico, de las causas que lo han hecho aparecer y desarrollarse, ha dado margen a diversos sistemas, inspirando doctrina sobre la esencia del Derecho, al tomarse como punto de partida su origen histórico.

Para la Escolástica, su origen está en la Divinidad. No es que, como se ha dicho, atribuyera un origen divino a las instituciones jurídicas, sino considerándolo a Dios como causa primera y razón última de todas las cosas. Para los escolásticos, el derecho tiene su origen en la naturaleza humana, naciendo como consecuencia de hechos jurídicos, naturales los unos, y voluntarios otros; en seguida viene el razonamiento lógico y se considera que siendo Dios el autor de la naturaleza humana, hecha a imagen y semejanza de la divina, la esencia divina es la razón última del Derecho, como es la razón última de la naturaleza humana. En la esencia divina está el permitir lo bueno y prohibir lo malo; esta es la ley eterna; al crear al hombre pone en su naturaleza el conocimiento de lo bueno y lo malo, por su razón, y esta como promulgación, de la ley eterna, es la ley natural, ley que, conforme a la naturaleza humana, es libre, no necesaria y fatal como la ley física, sino que debe ser seguida libremente. Al lado de ese derecho natural, existe también el derecho civil, emanado del legislador humano, y el derecho de gentes, cuya esencia da lugar a discusiones que no son del caso.

Grecio, siguiendo a parte de los escolásticos, como a Duns Scotto, declara que aunque no hubiera Dios, o no fuera providente, habría una ley natural y una moral natural. Suprime, pues, la intervención de la divinidad, sentando el principio de que, siendo el derecho algo humano, no hay para que buscar su origen más allá de la humana naturaleza.

Después de Grecio, y en cierto modo como continuadores de su doctrina, aunque varían su orientación, tenemos a Hobbes y Rousseau. Ambos admiten un derecho natural, que según ellos es que todos los hombres tienen derecho a todo, por su naturaleza; pero el medio de ejecución de ese derecho es la fuerza, y llega un momento en que los más fuertes imponen su derecho. Se produce entonces el pacto social; los más débiles se reúnen para hacer respetar sus derechos, y por esa unión limitan sus facultades y se someten a jefes y a reglas. Las reglas nacidas de este pacto, son reglas jurídicas.

Para nuestro objeto no importa que para Hobbes el estado natural sea la guerra y para Rousseau la felicidad en la naturale-

za, precursora del nudismo: sólo nos interesa ver que ambos coloquen el origen del derecho en el contrato social; mientras que Grocio, no admite un estado pre-social, pero sí un convenio tácito que da origen al derecho civil, que para ser bueno, debe respetar aquellos derechos naturales, inalienables. De allí la libertad, la igualdad y la fraternidad: principios inalienables, como lema de la Revolución.

Spinoza avanza más todavía. Si la ejecución del derecho natural, se hace por la fuerza, ésta será la medida del derecho. El deseo de la paz hace nacer la sociedad, pero en ella se impone el más fuerte, él dá la ley, y así ésta, como el derecho, será la expresión de la voluntad de él o los más fuertes que rijan la sociedad. En éste se opone a Rousseau, que de su doctrina saca como consecuencia que el derecho será la voluntad de la mayoría, que debe respetar el jefe de la sociedad, que no es más que un mandatario de esa mayoría. Ella será la que cree lo bueno y lo malo, la moral y el derecho.

Contra estas tendencias que ponen el origen del derecho en la voluntad humana, surge Kant. Para él el derecho y la moral, como productos humanos, deben buscarse en la naturaleza racional del hombre, en su razón. Como la razón es libre, la base del derecho es la libertad, y halla su origen en la necesidad de hacer respetar esa libertad. Pero mientras la moral tiende a salvaguardar la libertad interna, separando la razón de todo motivo exterior, el derecho vela por la libertad externa, corolario de la interna, mediante una norma coactiva. Nace pues, el derecho, cuando se hace necesaria la coacción para hacer respetar la libertad. Debe ser el conjunto de condiciones que garanticen la libertad humana. Como estas condiciones sólo las puede determinar la razón, ésta es el centro del derecho en el sistema kantiano.

Admite también que en el derecho actual, se ve la consecuencia de un pacto social, pues siendo los hombres libres, cualquier limitación a esa libertad sólo se explica por un pacto hecho libremente; pero este pacto no crea el derecho, no es su fuente, por el contrario, lo presupone, y debe respetarlo.

La interpretación de Fichte, nos aclara aún más el concepto kantiano, en el que se inspira. La libertad, considerada abstrac-

tamente, es ilimitada. Pero, al contacto de diversos "yo" de libertad ilimitada, se crea una relación entre ellos, que tiene como consecuencia, que la razón haga ver necesaria la limitación de su propia libertad; que debe hacerse en la misma medida en que los otros "yo" libres, restrinjan la suya. La sociedad exige un mutuo reconocimiento, que sólo puede originar un pacto libre. El derecho en la norma señalada en el pacto, pero sólo en cuanto se ajusta a la razón, que exige respetar la libertad de cada uno. Voluntariamente, en el pacto, cada uno restringe parte de sus derechos, pero no todos, y para hacerlos respetar debe surgir el poder civil, cuyas disposiciones que tienden a velar por la libertad, deberán ser obedecidas.

Pero estas doctrinas crean en el derecho un dualismo inconciliable. En ellas el derecho natural y el positivo son inconciliables y opuestos; en Hobbes y Rousseau el derecho natural es lo opuesto al positivo, que nace del engaño, o de la fuerza. La pura libertad de Kant y Fichte, es incompatible con el derecho positivo que limita esa libertad. Para conciliar ese dualismo surgen diversas escuelas, destacando dos: la histórica y la filosófica. La primera, no concilia el dualismo; lo suprime. Declara que no se puede hablar de un derecho natural, porque no existen principios absolutos de justicia, que no pueden formarse a priori, mientras la historia nos muestra la más absoluta variedad jurídica. El derecho es obra del espíritu de cada pueblo, se va formando a través de su vida, influido por las diversas circunstancias que la van alterando. Es un producto social, formado lentamente por causas ajenas a la voluntad de los hombres; es cambiante, porque esas causas cambian, y de ahí las diferencias jurídicas entre los diversos pueblos. ¡Cada momento histórico en la vida de un pueblo, tiene su conciencia propia y su propio derecho, basado en el momento anterior, y así, poco a poco se va formando el derecho, que se justifica por la experiencia de los hechos históricos. El derecho es fuente de la conciencia nacional; ésta es ante todo consuetudinaria, precede a la ciencia jurídica, y ésta, como la legislación debe ceñirse a aquellas.

Tiene esta escuela el indiscutible mérito de haber señalado la costumbre como fuente del derecho; pero como lógica reac-

ción, extremó la nota, olvidando que, si el derecho es distinto en los diferentes pueblos, tiene siempre puntos de contacto, inexplicables por causas externas idénticas, sino por identidad de naturaleza. Le falta un principio, sin el cual resulta inexplicable el fenómeno.

Fuera de la escuela teológica de Maistre, que pone ese principio en Dios, la escuela de Schelling y Hegel lo pone en la Idea absoluta, razón objetiva y universal, en perpetuo devenir y evolución. El mundo físico, como el espiritual, no son sino evoluciones sucesivas de esa Idea, y están sometidos a las leyes necesarias de esa evolución. El Derecho, como el Estado, están sometidos a esa ley, que no pueden eludir. El Derecho no es inmutable, es transición y cambio, de una Idea absoluta. Quedan explicadas sus variaciones, y sus principios permanentes. Todos los derechos nacen por la evolución de la personalidad.

Una de las doctrinas que, a nuestro juicio, más cerca se halla de la verdad, es la de Krause. Para él, el origen del Derecho es doble: uno natural y otro variable. Tiene como punto de partida la necesidad de satisfacer diversos objetos racionales y hacer posible la vida social.

Y como característica de la actual tendencia socialista del Derecho, vamos a exponer brevemente una interesante y moderna teoría, la de la **solidaridad**, de Duguit.

Su primer principio es, que no puede haber derecho subjetivo. El hombre es un ser social, y no se puede hablar de derechos individuales. (Este principio nos recuerda el del fascismo, según el propio Mussolini: el hombre fuera de sociedad no existe, ni ha existido; sólo existe en, por y para la sociedad, y por eso sólo se puede hablar de sus derechos, en cuanto es miembro de la comunidad. (Mussolini. *Le Fascismo*. París. 1930).

El derecho objetivo, tiene su origen en la sociedad misma y tiende a imponer al individuo una serie de obligaciones para la vida social, y tiene como sanción la reacción del grupo, cuando esas obligaciones son violadas. Por el hecho de vivir en sociedad, se impone al hombre una ley, ley de fin, norma del desarrollo del individuo para conseguir su fin social, sin modificar su ser ni establecer jerarquía de voluntades. Los hombres son interdepen-

dientes, solidarios, y es la solidaridad la que crea esas reglas. (Análogo al concepto fascista de que el derecho y toda la vida social debe tender al progreso social).

Esta norma, al principio, no es jurídica sino social. Y se hace jurídica cuando el grupo reacciona contra su violación; no por voluntad del Estado sino porque el grupo adquiere conciencia de la necesidad de evitar su violación. (Mussolini nos diría: cuando se ha creado una conciencia nacional. Ver la obra citada). El derecho es para Duguit (igualmente que para el fascismo) un producto de la conciencia jurídica de la época y del grupo, siendo la costumbre, la ley y la jurisprudencia, sus manifestaciones. Para él, la norma jurídica es anterior a la sanción estatal.

Aceptamos de esta doctrina: la preexistencia del derecho a la ley positiva, la que debe ajustarse a la norma preexistente, proveniente ya de la naturaleza, ya de la conciencia del grupo. Desechamos su carácter absoluto, pues existen normas jurídicas que tienen su origen en el Estado mismo; y su carácter de negar al individuo derechos, fuera de los reconocidos por la solidaridad social.

Terminamos con ésto la breve reseña. Al desarrollar el tema, las alusiones que tendremos que hacer a estos sistemas, explicarán la importancia de ella, al evitarnos repeticiones enojosas.

### **Génesis del derecho subjetivo**

Entendemos por derecho subjetivo, la facultad de hacer o exigir algo. Esta facultad puede tener un doble origen: uno, voluntario, consecuencia de un hecho querido por nosotros; otro, ajeno a nuestra voluntad, consecuencia de un hecho externo.

De todos modos, el derecho subjetivo tiene su origen en un hecho generador: el hecho jurígeno, o jurisgénico. Este hecho puede ser natural, extraño a nuestra voluntad, o un acto de auto-determinación. Puede ser también originado por un hecho no natural, ni voluntario, sino por imposición de una norma jurídica proveniente de hechos externos, no naturales. Pero mientras en los dos primeros casos, la norma jurídica tendrá que respetar el

derecho subjetivo preexistente, en el tercero, es ella la que crea el derecho.

Hecho jurígeno, es todo aquel que hace nacer un derecho subjetivo. Del hecho del nacimiento, hecho natural, se deriva el derecho del hijo a ser mantenido por el padre; del hecho natural de la dependencia del hijo respecto del padre, nace la patria potestad. Aunque no hubiera una norma jurídica que diese, al hijo el derecho de ser alimentado, y al padre la patria potestad, ambos tendrían esos derechos, en virtud de los hechos jurídicos que los crean.

Por otra parte, existen derechos subjetivos provenientes de un hecho voluntario. Cuando nosotros, voluntariamente, nos comprometemos a hacer determinada prestación, creamos un derecho subjetivo, para la persona en favor de la cual nos hemos comprometido, de exigirnos el cumplimiento de esa prestación.

Este hecho jurígeno, puede ser también la ley. Por ejemplo, si la ley señala obligaciones a los depositarios judiciales, esa norma jurídica, está creando un derecho subjetivo: el de esos depositarios a los medios necesarios para cumplir las obligaciones impuestas, y les confiere diversas acciones.

Del hecho jurígeno, nace, pues, el derecho subjetivo, que puede ser anterior o posterior a la norma objetiva; anterior, cuando el hecho jurígeno sea natural o voluntario; posterior, si el hecho jurígeno es una norma de derecho positivo.

El doctor Huidobro sostiene la siguiente relación en cuanto a la génesis del derecho, tanto el subjetivo como el objetivo:

Naturaleza	
fin	
deber	
	derecho subjetivo
	}derecho objetivo.

Se parte de un hecho natural; este hecho natural tiene necesariamente una finalidad, finalidad que impone un deber. De la necesidad de cumplir ese deber, nace un derecho subjetivo y por último viene la norma jurídica, que sanciona el derecho preexistente.

Un ejemplo aclara la graduación. Del hecho natural del na-

cimiento, se deriva la escala. El fin de este fenómeno natural es la propagación de la especie. Esa finalidad, crea en el padre una obligación, un deber, el de cuidar la vida del nacido; este deber origina dos derechos subjetivos: el del hijo al cuidado del padre, y el de éste, de tener al hijo bajo su inmediata autoridad, para poder cumplir el deber que la naturaleza le impone. Luego vendrá la norma jurídica que recogerá ese derecho y le sancionará. Determinamos así, la procedencia de la norma objetiva, pero ¿cómo surge esa norma? Problema que trataremos de solucionar al ocuparnos de la

### **Génesis del derecho objetivo o norma jurídica**

Su estudio completo debe ser doble: el del proceso histórico de su génesis y desarrollo, que podríamos llamar su forma extrínseca, y el de los factores que han intervenido en su nacimiento y evolución, determinándola, o sea, sus causas intrínsecas.

Creemos que el derecho nace con las relaciones entre los hombres. Desde que éstas aparecieron hubo, necesariamente, una regla que las normara. Aparecido el hombre sobre la tierra, antes de que pudieran formarse las costumbres, se relacionan unos con otros, mediante vínculos de diversa naturaleza, ya de simple unión, como sostienen los partidarios de la horda como primera sociedad, ya de parentesco y consanguinidad, como pensamos nosotros, de acuerdo con los defensores de la familia como primera célula social.

En un primer momento, esas relaciones se reglaban por una serie de ideas y tendencias, innatas a la naturaleza humana, el amor a la madre, el instinto de conservación, etc. Pero esas normas no eran jurídicas, sino que en ellas se confundía el derecho con la moral y las ideas religiosas. La forma de hacer valer esas normas internas, no era otra que la fuerza, ya que no existía el concepto jurídico de la exigibilidad. Era la defensa de lo propio, y aún de la vida, por la fuerza.

Esta situación no puede durar. Los más débiles se unen para poder resistir a los más fuertes y de esa unión surgen ciertos derechos reconocidos, que bajo la influencia del totemismo se presentan con un carácter religioso. Las discrepancias entre los



miembros de esas comunidades, se tratan de solucionar en forma pacífica y amistosa: aparece el arbitraje, que es lógico suponer se confiaba a los más ancianos, por su experiencia y madurez, o al que había destacado por su talento, fuerza o destreza.

Pero, ¿cuál era el derecho, la regla aplicada por esos árbitros? No la costumbre, que recién se estaba formando; reglas escritas no existían. Se puede suponer fundadamente que se basaron en lo que les dictaba su razón, en lo que les parecía justo, guiados por su tendencia natural y la innata percepción de lo bueno y lo malo, y aparecen así los primeros principios de derecho, confundidos aún con los religiosos y morales, pero ya conforme a la razón natural.

Del conjunto de estos fallos, nace la costumbre. La tradición, elemento de gran fuerza en agrupaciones primitivas, conserva el recuerdo de como se resolvieron tales y cuales casos; se va formando la costumbre de resolver los conflictos en determinado sentido.

Influye también en esta génesis, la iniciativa individual. Desde el primer momento hubo hombres que destacaron. La influencia de esos hombres superiores, ya por su valor y su fuerza, o por sus dotes intelectuales, hace aparecer, como una emulación, un deseo de seguir sus ideas, sus sistemas. Ortega y Gasset, en su "España invertebrada" nos explica el fenómeno con su elocuente palabra: "si vemos que un hombre tiene una idea superior, un sentimiento bello, sentimos el ansia de emulación, el deseo de sentir esa idea, ese sentimiento." Es algo más que una simple imitación, es la tendencia humana hacia lo mejor, diríamos nosotros. La influencia de las opiniones y de los actos de esos seres destacados, es decisiva en la multitud anónima e interviene directamente en la formación de la costumbre, por la repetición de sus actos y opiniones.

De estos elementos se forma la costumbre. En ella están confundidas toda clase de normas. Ha nacido el derecho; comienza la historia de su evolución, por un proceso de diferenciación, que crea un derecho empírico, para crear, de éste, un derecho científico.

También el órgano del derecho, que va a dar valor positivo a

esa costumbre, el Estado nace y se desarrolla en forma análoga. Diversas teorías explican su aparición. Para nosotros, no puede hablarse de una evolución exactamente igual en todos los pueblos, pues si el hombre es en esencia, idéntico, varía en sus caracteres étnicos e intelectuales. Su proceso de evolución varía, si bien presenta caracteres comunes, como se puede apreciar comparando nuestro "ayllo" con la "gens" europea. Ninguna de las teorías será aplicable exclusivamente, y podemos admitirlas como diversos aspectos de la evolución.

La teoría patriarcal, fundándose en el testimonio de la Biblia, considerada, como obra histórica más que de revelación, sostiene que el primer jefe es el patriarca, tronco común de la numerosa descendencia, al mismo tiempo que es el primer juez. El valor histórico de la Biblia es incuestionable y prueba la exactitud de la teoría.

La sociología, se basa en la influencia de los hombres superiores de que habla Ortge y Gasset. Proclama al más hábil, al más audaz, imponiéndose a los demás por sus cualidades. Sería el caso de Moisés dirigiendo al pueblo judío. La voluntaria, a nuestro juicio más difícil y menos frecuente, hace nacer el Estado de agrupaciones voluntarias; y por fin, la interesante teoría dinámica de Spencer, tan de acuerdo con la naturaleza del hombre, que nos muestra en interesante evolución, como las necesidades de la lucha hacen elegir un jefe; como, terminada la guerra, el prestigio adquirido por el jefe, al darse cuenta de las ventajas de la unidad de dirección, convierten al jefe militar en político (en las primitivas tribus ibéricas existían dos jefes, uno militar y el otro político); y robustecido ese prestigio, rodeado de la aureola religiosa, fácil de adquirir en mentes atrasadas, se le encomiendan también los asuntos civiles, las discordias, y queda convertido en jefe absoluto, en la paz y en la guerra.

Vamos ahora a la evolución del derecho. Lentamente se van diferenciando las costumbres, se van haciendo normas por la influencia de los más aptos, la fuerza del precedente, el hábito, la conciencia de la necesidad de respetar ciertas normas, y la influencia misma de la razón humana y sus tendencias. Se van separando las normas religiosas de las morales y las jurídicas, sur-

ge la idea del derecho, y aparece éste distintamente, en forma empírica. Ese proceso de diferenciación es lento y a veces dura siglos, y vemos así como en el derecho medioeval, por ejemplo en la legislación foral en España, en ciertos puntos las normas jurídicas se confunden con las religiosas.

En esa costumbre no entra todavía la ciencia. Pero de ella nace la ley escrita, el derecho positivo. Creado ya el Estado, consolidado el prestigio del jefe, éste sufre también la influencia de la costumbre. Cediendo a ésta, o a veces iluminados también por su genio, como Solón o Licurgo, dan la ley, norma cuya ejecución y cuidado depende del Estado. Entonces aparece también el derecho adjetivo, un conjunto de reglas para la aplicación de las normas objetivas sustantivas. El jefe ya no se basta para resolver los problemas; delega su poder, para los conflictos entre particulares, y aparecen los jueces, los procedimientos. La justicia, que en el clan no tenía más órgano que la venganza privada y luego el castigo del Jefe, tiene ya un órgano propio, que aplica la ley.

Muy acertadamente nos parece la comparación del Dr. Huidobro, al sostener que la evolución del Derecho se verificó en forma análoga a la que hoy día se verifica en el Derecho Internacional. Adquiere primero el hombre conciencia de sus derechos; mas para hacerlos respetar no tiene más que la fuerza. La guerra en el Derecho Internacional. Surgen tribunales arbitrales, tal es el estado actual de las naciones, con la Liga y el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya; pero no tienen fuerza coercitiva. Pero mientras en ese período está el Derecho Internacional, el derecho privado continuó su evolución, y se organiza debidamente el Poder coercitivo.

Establecida la ley escrita y en funciones los jueces, surge un nuevo aspecto jurídico: el derecho científico. Primero los jueces, al aplicar a interpretar la ley; luego los que discuten sus derechos, y por fin los estudiosos, que encuentran en las dificultades legales un amplio campo a su afán de especulación filosófica y de saber, comienzan a criticar la ley y surge la jurisprudencia, la ciencia de la justicia y del Derecho. Se analizan sus elementos, se indican sus defectos, se señalan sus remedios y viene el fenó-

mno contrario: la ciencia jurídica influye en las leyes y en las costumbres; el derecho va progresando, de acuerdo con la ciencia y tiene ya una base más sólida; lenta, pero seguramente, la labor de los jurisconsultos va dejando en la legislación su huella fecunda.

Un ejemplo clásico nos ofrece el Derecho Romano. En él, como en el derecho primitivo, lo encontramos todo mezclado; el derecho y la fórmula se confunden, y su sistema jurídico, cristalizado en las Doce Tablas es rígido y formalista. Surge luego el funcionario judicial, el Pretor, el cual, teniendo la facultad de indicar el procedimiento que va a seguir durante su administración, aprovecha de ella para extender el derecho a los que no eran ciudadanos romanos, suavizar la rigidez legal e introducir formas y derechos nuevos. Al cabo de los siglos este derecho, más justo, más humano, desaloja al antiguo, y encontramos su culminación en el Edictum perpetuum de Salvio Juliano. Aparecen luego los jurisconsultos, proculianos y sabinianos, Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano, en brillante pléyade, en los últimos días del imperio; y con ellos la ciencia jurídica influye en el Derecho, el "jus" y las "leges" se confunden y el Derecho Romano, halla su gloriosa consagración en la obra de Justiniano. Es en la obra de los jurisconsultos, donde ha hallado su gloria y su permanencia.

Sin embargo se ha atacado a los jurisconsultos, llamándoles investigadores de biblioteca. Puede ser justificado para quien estudie el derecho en forma abstracta, sin buscar el contacto con la realidad. Pero ese no es un jurisconsulto, porque siendo el derecho realidad, vida, sólo será jurisconsulto el que viva y estudie esa realidad, y esa vida. Es así como pueden influir decisivamente en la ciencia jurídica, de la que el Derecho saca su perfección y su progreso.

Tal es el desarrollo externo del Derecho. Veamos ahora los elementos que han influido en su nacimiento y evolución.

Sin entrar en discusiones filosóficas, ajenas a la índole de este trabajo, e incompatibles con su extensión, diremos, que para nosotros, reuniendo datos de las diversas escuelas que hemos estudiado, creemos encontrar la solución del problema. Nos parece evidente que la norma jurídica es anterior a la sanción estatal,

pues no siempre ha habido Estado, y siempre hubo Derecho, norma. Se dice que esa norma sólo se hace jurídica con la sanción estatal. Para nuestra opinión, la norma jurídica se diferencia de la moral, en su exigibilidad. La caridad es mera norma moral; la patria potestad, además de su fundamento moral, es norma jurídica, porque es exigible, mientras no lo es la caridad. El derecho cabe dentro de la moral, con ese carácter nuevo, la exigibilidad. Toda norma jurídica, es, pues, moral, pero sólo algunas normas morales son jurídicas. Si la norma se hace jurídica al ser exigible, no es necesario para ello el Estado, pues sería confundir el derecho con la fuerza para imponerlo. Le norma se hace exigible en cuanto se forma la conciencia social, en cuanto la sociedad se percata de la necesidad de la norma; entendiendo como conciencia social, no la suma de las conciencias individuales, sino su síntesis. En ello estamos de acuerdo con Duguit y la escuela histórica, pero nosotros admitimos además, un elemento estable que la conciencia social no puede dejar de percibir: el derecho natural. Derecho que debemos conocer mediante la razón, por ser racional la naturaleza del hombre, de acuerdo con la tendencia kantiana, de la que no aceptamos el carácter monista.

Siendo el derecho un producto humano, hay que estudiarlo en su naturaleza. En ella vemos caracteres idénticos en todos los hombres, su racionalidad, sociabilidad, etc.; al lado de caracteres formales variables, raza, religión, temperamento, etc. Del mismo modo en el Derecho encontramos elementos inmutables, intrínsecos en el hombre y, también normas variables que hace cierta la tesis de la escuela histórica de que cada raza y cada época tiene su derecho. Hay, pues, un derecho natural y un derecho histórico; y las normas de ambos pueden llamarse jurídicas, no desde que una fuerza las respalda, sino desde que adquieren exigibilidad, por su percepción en la razón humana y la conciencia social.

Estos factores intervienen también en la evolución del derecho. En su aspecto histórico, entran factores externos e internos, que vamos a estudiar en seguida.

1.º **Factores físicos. El clima y el territorio.**—Las leyes deben estar de acuerdo con las condiciones de aquellos a quienes

van a dirigir, con su temperamento y carácter. Y como éstos, son influidos por el clima, éste indirectamente influye en el Derecho. Desde Montesquieu se nota esta influencia, y ese escritor atribuyó al clima, el rigor de las leyes japonesas y la dulzura de las indias. También el territorio, por sus condiciones geográficas y productivas, determina la economía, la constitución política, y el derecho.

2.º **Factores síquicos.**—Por la **inventiva**, el genio del hombre busca continuamente la solución de sus problemas. A cada nueva dificultad, surgen soluciones. Es un factor de originalidad, posible en juristas de genio.

**El mimetismo** o imitación, tendencia del hombre a imitar lo que ve en otros hombres. Si se observan buenos resultados de una institución jurídica en un país extranjero, sentimos la inclinación de probarla en el nuestro. Su exageración es uno de los más grandes males, que impiden que el derecho se ajuste a la realidad nacional.

**La dominación extranjera**, deja muchas enseñanzas, y establece numerosas instituciones. No tenemos que ir muy lejos para encontrar el ejemplo, pues nos basta mirar nuestro derecho, tan íntimamente ligado al español.

3.º **Factores sicofísicos.**—Son producto de influencias externas, junto con las condiciones interiores. La raza y la herencia o atavismo, tiene importancia enorme. La primera impone diferencias de temperamento e ideología. La legislación consuetudinaria inglesa, tan digna de admiración, sería un rotundo fracaso si se aplicara en España o entre nosotros.

La herencia—dice Huidobro—“por la fuerza de la tradición, hace que el derecho presente una historicidad y una continuidad”.

4.º **Factores sociales.**—Son diversos factores que intervienen en toda la vida social, y, por consiguiente, en el Derecho. El factor económico, el religioso. La vida social es unidad, siendo sus elementos solidarios entre sí, y el derecho varía según el sistema social.

Los factores internos influyen por la motricidad de las ideas y su lógica coherencia. Como el fenómeno social es muy complejo, todas estas causas interdependen entre sí, lo que aumenta la dificultad de señalar que parte se debe a cada una de ellas, y cabe anotar que, sin en el tiempo aparecen primero los factores naturales, los síquicos terminan por ejercer un predominio sobre ellos.

La evolución del derecho, es obra de la conciencia social, entidad psicológica, resultante de la combinación de las mutuas influencias entre los miembros de la comunidad. En su formación encontramos la intervención de los factores que acabamos de estudiar.

En toda sociedad se forman, ideas, voliciones, y sentimientos convergentes, por la influencia natural, al mismo tiempo que de las influencias externas. Esos estados de conciencia se fijan y exteriorizan por la costumbre; primeramente, al hacer la costumbre ley; y después, porque la conciencia social influye sobre los juristas y éstos sobre el legislador; y a su vez, éste, y los juristas influyen en la conciencia social. La resultante de este juego de influencias determina el derecho de cada etapa, respetando sólo los principios invariables. Las exigencias del momento, las experiencias favorables o desfavorables de los hechos, van determinando enseñanzas y reglas.

La invención de unos cuantos, y la imitación de los demás crean otras reglas. Influencias extranjeras, prejuicios, supersticiones, la falsa analogía de una institución extranjera con el espíritu nacional, determinan orientaciones equivocadas.

Es, pues, doble, la causa de la evolución. Una subjetiva, la conciencia social y otra objetiva, las influencias que la determinan.

Decía Pascal que "la justicia y el derecho varían con los grados de latitud." Es un tanto exagerada la afirmación, pues el estudio del Derecho comparado nos hace ver elementos casi constantes o constantes, sobre todo en materias de derecho privado, en que hay más permanencia que en el público. ¡En esto se funda, precisamente, el estudio del derecho comparado. Hay, pues, un límite a la variabilidad, que a nuestro juicio es doble: la identidad de la naturaleza racional y la similitud de condiciones externas, ya que el campo de su evolución es siempre la Tierra.

No es tampoco completa la tesis del derecho nacional. Si bien la nacionalidad actúa sobre el derecho decisivamente, hay derechos que tienen, precisamente, un carácter internacional; así el derecho de este nombre y el mercantil. Es también indiscutible que el contacto de los pueblos universaliza ciertas normas jurídicas, como lo ha hecho el Derecho Romano.

Resumiendo: "el motor de la evolución jurídica es síquico, al que añaden mucho la historicidad o transmisión del derecho. Se verifica por tránsito de la espontaneidad a la reflexión, el paso del derecho empírico al científico" (Huidobro).

Es así como el Derecho sigue evolucionando, a la doble luz de la razón y la experiencia; influido por las circunstancias extrínsecas, pero manteniendo siempre incólume la luz de los principios supremos de razón, puestos por el Hacedor como norma directiva de la naturaleza humana.

Lima, 27 de agosto de 1934.

**Jorge L. Young Bazo.**