

I. Las costumbres originan el derecho. Es decir, el derecho es una diferenciación de las costumbres. La moral, como el derecho, de ellas procede. La costumbre es un fenómeno social universal. Corresponde, en la vida de las sociedades, a la voluntad y la acción en la de los individuos. Así como no hay vida individual sin actos, no existe vida social sin costumbres. El derecho consuetudinario no es la única práctica consuetudinaria. Otras hay, a su lado, y hubo antes de él. Cuando surge el fenómeno jurídico, propiamente dicho, el Estado se define por modo concomitante. Derecho y Estado son dos categorías de hechos sociales de constante y recíproca influencia.

El estudio de las costumbres es común al sociólogo, al moralista y al jurisconsulto. Para el sociólogo, el punto de vista en que se sitúa Wundt, en la primera parte de su *Ética*, es exacto. No se trata de *instintos*, ya que en todas las razas, la estructura de los nervios y el cerebro es semejante. Las costumbres proceden de estados de conciencia menos definidos, menos sintetizados, menos ligados a la vida individual y colectiva que los instintos. Son las *creencias y tradiciones* de los grupos humanos. En tanto que el animal no puede apartarse del instinto, porque sucumbe, el hombre puede apartarse de las costumbres de la sociedad a que pertenece; puede, también, violarlas, modificarlas, hacerlas progresar o retroceder. Si los pueblos no tuvieran un modo de ser propio, las costumbres no tendrían la estabilidad que manifiestan; por eso en ellas se revela el carácter de las naciones.

La influencia del *mito* en las costumbres es preponderante, como lo es la del *sentimiento* sobre la acción individual. La creencia colectiva mantiene siempre, en sí misma, un fondo esencial de actividad religiosa.

Dos leyes rigen la evolución de las costumbres. Conforme a la primera (que Wundt denomina *ley de los tres estadios*), las costum-

bres se forman en los pueblos naturales, a pesar de las inclinaciones egoístas de los individuos, merced a la influencia de motivos religiosos, al principio, y después morales. Este es el *primer estadio*. El *segundo se caracteriza por la organización de las relaciones sociales*. El motivo moral y el religioso comienzan entonces a diferenciarse. En el *tercer estadio, las costumbres, el derecho y la moralidad se distinguen completamente entre sí*.

Conforme a la *ley de la heterogénesis de los fines*, las costumbres sobreviven a los motivos que las engendraron, y producen efectos diferentes, menos y menos relacionados, cada vez, con los motivos de que originariamente procedieron. El hecho consuetudinario, corriente hoy, de hacer chocar las copas de los comensales en los festines, es consecuencia remota del rito mítico en virtud del que se hacían libaciones, consagradas en la copa común, que al circular por entre los bebedores era prenda de alianza y fraternidad. Este es un caso concreto, entre otros muchos, de *heterogénesis de los fines*. Fácil sería menudear los ejemplos de supervivencias consuetudinarias, semejantes a la puntualizada, que resultarían inexplicables sin atender a sus antecedentes míticos.

Hoy las costumbres son “*normas del obrar libre, predominantes en comunidad de descendencia (populares); o sea, normas no obligatorias por órdenes y por castigos establecidos contra su no cumplimiento*”.¹

Las costumbres se diversifican, dejando al derecho los *medios exteriores*, de fuerza, y reservándose, para sí propias, los *medios suaves* de la imitación y la presión ejercida sobre los individuos por la opinión pública. Pero el hábito es común, durante mucho tiempo, a las costumbres y el derecho. Sólo mucho después nace el derecho consuetudinario, el derecho escrito: la ley (*lex*). La acción injusta y la inmoral chocan, simultáneamente, contra la costumbre, tronco común de ambas diferenciaciones sociales.

II. La solidaridad social es un fenómeno psicológico que en sí mismo no se presta a ser pesado ni medido; pero, como dice Durkheim, tiene un *símbolo visible: el derecho*. Dondequiera que la

¹ W. Wundt, *Ética* (primera parte).

vida social existe, tiende a definirse y organizarse: surge el derecho, entonces, como organización y definición de lo social. Si la vida superorgánica se extiende por un dominio nuevo, el derecho la acompaña. Por tanto, *en el derecho se reflejan todas las variedades esenciales de la solidaridad social.*²

Todo precepto jurídico es una regla de conducta sancionada. Se puede, por tanto, clasificar las normas jurídicas por sus sanciones. Éstas, según Durkheim, son de dos especies: *represivas*, si se trata de derecho penal, y *restitutivas*, si se trata de las demás ramas del derecho (civil, mercantil, procesal, administrativo o constitucional). La *sanción represiva* implica un dolor para el agente del derecho: la pena. La *sanción restitutiva* restablece la relación jurídica perturbada (por medio de la fuerza, en unos casos, y, en otros, por medio de la anulación de los actos).

De lo anterior se deduce que *el derecho es la forma de la solidaridad*, su forma más definida. *Todo acto jurídico es formal*; implica, para ser inteligible, la vida social a que pertenece, y que expresa o formula.

El derecho penal, de origen mítico, y cuya fórmula religiosa es el *tabú* de hacer o de no hacer (derivación clara e inmediata de la creencia y la tradición), corresponde, originariamente, a la *fase totemista* de la sociedad. Ya existe, entonces, el delito, si se practicara lo prohibido o si se dejara de hacer lo mandado. Ninguna sociedad humana habría podido subsistir sin la prohibición del asesinato; prohibición o costumbre interna de la tribu, que la conserva apta para la defensa propia.

La solidaridad doméstica del parentesco se mantiene gracias a los tabús que originan el totemismo; pero, poco a poco, merced a la división del trabajo social, la uniformidad primitiva de los grupos se disuelve, y los individuos se diferencian entre sí, al diferenciarse las tareas a que se entregan. Entonces, en vez de referirse los individuos al grupo social, se relacionan entre sí más libremente, a medida que se va definiendo su personalidad; por-

² *De la división du travail social*, pp. 25-34.

que, antes, en la asociación tribal, la única personalidad manifiesta es la de la tribu en su conjunto; por eso la tribu es la única propietaria y la soberana exclusiva. El derecho civil implica, para su desarrollo, el florecimiento y reconocimiento de la individualidad humana, de la profesionalidad. El *contrato* afirma la existencia y el acuerdo de personalidades autónomas, mientras que el *Estado* asume la representación de la sociedad, y se conjuga, constantemente, en las relaciones jurídicas, con los particulares cuyos actos le quedan sometidos, en parte. *Sociedad, Estado e individuo son los tres sujetos del derecho, los elementos constantes de la solidaridad jurídica.*

III. La solidaridad económica y la solidaridad jurídica mantienen una correlación indudable. A tal forma definida de la división del trabajo social corresponde un conjunto de normas jurídicas dado. Si la solidaridad económica se complica, el derecho la sigue como la forma a la materia o el cuerpo al espíritu. Sólo por abstracción puede separarse, por ejemplo, el gran género económico del *cambio*, cuyo estudio es del resorte de la economía política, del de los *contratos*, cuya investigación es actividad propia de los jurisconsultos.

Gastón Richard ha estudiado profundamente en su *Sociologie générale* la relación de dos grandes leyes empírico-sociales, formuladas por el economista K. Bücher y el jurisconsulto Sumner Maine. Bücher distingue tres estadios de la producción y circulación de los bienes económicos: la *economía doméstica*, la *economía urbana* o municipal y la *economía nacional*. En el primero, la familia (comprendiendo los esclavos), propende a cubrir todas sus necesidades por la sola actividad de sus miembros. La división del trabajo y el comercio son incipientes, apenas. Éste fue, por mucho tiempo, el ideal reflejado en las doctrinas de los moralistas griegos. En seguida, la economía urbana o municipal se distingue por el hecho característico de que un grupo de trabajadores (*corporaciones*) cuyos miembros laboran unos por otros, comercian con consumidores conocidos (los consumidores de la ciudad o el municipio). Ésta fue la economía de las ciudades en la Edad Media. Más tarde, las corporaciones se disuelven, y surge la em-

presa libre. El empresario produce auxiliado de obreros libres y para un mercado extensísimo, cuyas necesidades son variables. El consumidor, cada vez más desconocido, sólo puede ponerse en relación con el empresario por medio del comerciante. La misma economía nacional tiende a convertirse en mundial. En este caso, el productor se refiere a un mercado que abarca a la humanidad entera.

Sumner Maine formuló en su célebre libro rotulado *El antiguo derecho*, la *ley de sucesión de los tipos jurídicos*. Conforme a esta ley, la evolución del derecho privado es el tránsito regular del *estatuto al contrato*; esto es, de un estado en que predomina la costumbre invariable, a otro en que la condición de las personas se rige por contratos voluntariamente celebrados y legalmente sancionados.

Imposible es no reconocer un paralelismo evidente entre la evolución económica, descrita por Bücher, y la jurídica, sintetizada por Maine. En tanto que la economía se universaliza y universifica, el derecho se diversifica y difunde también. Diferéncianse el derecho penal y el civil, y el individuo se liberta y exalta. El *estatuto* romano y medieval, que constriñe al trabajador en las corporaciones, cede su puesto al *contrato*; en tanto que la economía pasa a ser nacional, y después universal, de familiar y municipal que antes fuera.

IV. Pero si el derecho mantiene íntima relación con los hechos religiosos y económicos (y no es sino una desvinculación de las costumbres, y, por ello, un aspecto del alma colectiva, en que puede estudiarse la psicología de un pueblo dado), lígase también, en el más estrecho consorcio, con los fenómenos políticos y la vida del Estado. Tal vez, de todos los sociólogos, sea Gumpowicz, quien mejor, y más enérgicamente, ha expresado esta correlación; aun cuando, por desgracia, dentro de su propio sistema unilateral, que él mismo sintetizó en audaz modificación de un célebre verso de Dante: “Lasciate ogni sentimento voi ch’ entrate”.

Dice así el autor de *La lucha de razas*:

Solamente en el Estado puede producirse el derecho. Fuera de él no hay derecho, porque el derecho es una institución eminentemente política, es decir, eminentemente propia del Estado. Es carne de su carne y sangre de su sangre. Todo derecho es un fragmento del Estado, y contiene, en alguna forma, una partícula de soberanía. ¿De dónde procedería esta partícula de soberanía que entra en el derecho, si no del gran receptáculo de soberanía que llamamos el poder del Estado, la fuerza pública? De esta gran fuente, la soberanía se esparce en el derecho que es como una gran canalización que la distribuye. No se tiene sino que dar la vuelta a la llave ejecutiva, y la soberanía, la fuerza pública, aparece. ¿Se puede, por ventura, imaginar un derecho sin Estado? No, como no es posible imaginar un caño sin receptáculo en su origen; y, ¿para qué serviría el receptáculo sin la canalización, la cañería y la llave?

La teoría de Gumplowicz es un materialismo sociológico. Como todo materialismo, es falsa y clara. Su ventaja es la claridad; su desventaja, la falaz simplificación de la realidad social. Es cierto, y no se podría decir de modo más enérgico que lo declara el profesor polaco, que existe una conexión indestructible entre el Estado y el derecho; es verdad, también, que el derecho es una creación social, una forma de la vida en común; pero no puede admitirse que el derecho tenga como único contenido la soberanía del Estado. El contenido del derecho abarca, como se ha visto antes, toda la vida social, porque se origina de las costumbres, como el Estado mismo; y las costumbres son creencias y tradiciones. El orden jurídico y el político se unifican en la sanción represiva o restitutiva; pero, en lo demás, en tanto que la esencia del Estado es el poder, la soberanía, como dice Gumplowicz, la del derecho es la moralidad social; esto es, las tradiciones, las creencias y los ideales de la comunidad.

Como Gumplowicz solamente ha visto el origen del Estado en guerra y la lucha de los grupos humanos, no da cabida al sentimiento en su hipótesis; es decir, se veda a sí propio el conoci-

miento y la consideración adecuada del otro inmenso campo de actividades sociales que representan el mito y la moral.

En una sociedad dada, sea cual fuere, ya se trate de pueblos naturales o civilizados, hay valladares para la acción humana, limitaciones de orden religioso y consuetudinario. El tabú de la sangre influye en la formación jurídica posterior, y la soberanía del Estado no hace sino perfeccionar, formular, solidificar, *estatuir* sobre datos que no proceden de la propia soberanía, sino que la exceden tanto como excede la sociedad, la comunidad humana, a la restringida comunidad, propiamente política. Porque el ideal y el sentimiento no quedan nunca inexpressados; son, como diría Leibniz, *conativos*, es decir, principios de acción, *ideas-fuerzas* concurrentes con el poder político.

Al lado de la lucha, de la pugna de los grupos, de la guerra y la sinergia social, de la actividad violenta del hombre contra el hombre, existe la simpatía, la conciencia de la especie, el sentimiento de afinidad que segrega y une lo semejante. Por eso nadie reivindica *su interés*, sino *su derecho*, que es, en el fondo, el interés mismo, pero en función de la simpatía y la solidaridad.

El derecho expresa, como una forma universal de la vida social, esta solidaridad, esta simpatía, esta conciencia de la especie. Gumplowicz nos entrega un *derecho sin simpatía*, puramente sinérgico y zoológico, y no tiene en cuenta el papel de la imitación y la invención en el derecho y el Estado. No todo es guerra y consecuencia de la guerra. No todo es, en el derecho mismo, soberanía y *conductos distribuidores* de la soberanía. Otra cosa alienta, además, en las instituciones jurídicas, y es, si no nos equivocamos, la espontaneidad de la vida social que, lejos de reducirse al *estatuto*, tiende constantemente a modificarlo, merced a las creencias y los ideales inmanentes en la convivencia humana.

Gumplowicz llega a decir: “El mantenimiento de la desigualdad es el principio, el alma misma de todo derecho”. Tan unilateral es la concepción del que fue eminente profesor de ciencias políticas en la Universidad de Graz, que su frase puede invertirse, y nos parece igualmente verdadera: “El mantenimiento de la

igualdad es el verdadero principio, el alma misma del derecho”. Nosotros creemos que ni una ni otra frase agotan la esencia de lo jurídico, sino más bien, la síntesis de ambas; esto es, el llamamiento universal a los débiles, a los oprimidos, a las mujeres, a los esclavos, a los niños, para su ingreso en el campo jurídico, con la intervención, claro está, del *poder*, de la *autoridad*, de la *soberanía*, del Estado; pero no de un solo golpe, sino como ha venido acaeciendo en la historia, en virtud de las modificaciones que van sufriendo las *costumbres y tradiciones* de los pueblos. *De esta manera, las desigualdades estatuidas y las igualaciones proyectadas engendran la síntesis jurídica de cada siglo y cada país, en cuya vida las tesis del presente y las antítesis del porvenir se van organizando hasta unificarse y desaparecer.*

Por eso el derecho cumple, en los pueblos civilizados, con los fines de una doble acción. Afianza su imperio sobre la realidad y mira hacia el ideal. Una disposición jurídica que se contrae a sancionar los aspectos actuales de la vida social, y no tiende a introducir la mejoría de las relaciones humanas, interpretando los ideales inmanentes en la misma convivencia (*valores*), es, por deficiente, caduca; pero un derecho que de tal modo se eleva sobre las condiciones del momento histórico, pregonando síntesis inasequibles, es, cuando más, una utopía, y puede convertirse en rémora o estorbo del movimiento realmente progresivo. La misión del derecho estriba en ir encarnando, paulatinamente, en su esfuerzo, no el ideal abstracto, irreal, sino el ideal implícito en las costumbres y las creencias colectivas. El derecho sin arraigo en la vida es absurdo; pero las formas jurídicas que se ciñen sin discrepancia a la existente y no procuran perfeccionarlo, también lo son. La norma ejemplar funciona como estímulo de mejoramiento, sin desdeñar, pero sin confesar como algo absoluto el presente, nunca perfecto, siempre perfectible. Es decir, la verdadera ninfa Egeria del derecho es la prudencia (*Jurisprudencia*). Ni Sancho ni Quijote; ni grillete que impida andar, ni explosivo que desbarate, sino ánimo firme y constante (*constans et perpetua voluntas*) de lograr algo mejor, sabiendo que la victoria verdadera se va alcanzando todos los días, si se sabe poner *plomo a las alas*.

Los jurisconsultos romanos, cuyas decisiones se integraron, según es sabido, en la corriente del derecho civil, definieron la actividad jurídica como *lo que siempre es bueno y equitativo, como el arte de lo bueno y lo equitativo*. A la orden imperativa y severa, al arma aristocrática, que fue, en un principio, el derecho (*ius, jussum*); a la medida inflexible y la regla impuesta y absoluta, dimanada de la autoridad, de la *soberanía* del Estado, como diría Gumplowicz, se agregó la *razón*; esto es, la idea moral del derecho, el ideal del derecho para la vida; y aun la misma legislación de las Doce Tablas significa un triunfo soberano de la justicia, que transformó la costumbre esotérica en ley. Jamás ha sido, por tanto, el derecho, una pura consagración de la fuerza y la desigualdad proveniente de la guerra. Lo dijimos antes: el materialismo jurídico es claro, exacto y falso. A su *falsa y clara exactitud hay que sustituir la difícil inexactitud*, pero muy compleja, muy real y muy amplia, de la solidaridad social, cuyo *símbolo visible*, como dice Durkheim, es el derecho. “Porque cultivamos la justicia, enseña Ulpiano, la ciencia del bien y la equidad, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, *deseando hacer a los hombres buenos, no solo por temor a las penas, sino por el estímulo de las recompensas. ¡Verdadera filosofía, si no me engaño, y no aparente!*”.

En el seno de las sociedad, dice Stammler, o lo que es lo mismo, en medio de los fenómenos de masa, surgen aspiraciones que tienden a la transformación del orden jurídico vigente. Estas aspiraciones chocan con las que tienden a conservar el orden jurídico establecido. Si las primeras triunfan, el orden jurídico actual se derrumba para dejar su puesto a un nuevo derecho positivo. Pero, dentro de esta nueva ordenación no tardan en aparecer nuevos fenómenos que representan el desenvolvimiento homogéneo del orden jurídico. Y nuevamente provocarán estos fenómenos aspiraciones de transformación, que acabarán por imponerse si alcanzan para ello fuerza bastante. Así el curso de la vida social se va desarrollando de un modo incesante.³

³ *La génesis del derecho*, versión de W. Roces.

En este punto nos parece que la sociología jurídica ayuda a entender y resolver la disputa secular entre los partidarios del llamado *derecho natural* y quienes no admiten sino la fórmula histórica del que denominan *derecho positivo*. Los materialistas, como Gumpłowicz, niegan el derecho natural y afirman sólo el derecho positivo, emanación del Estado. Los partidarios del derecho natural dicen: un derecho que no se ajusta a la razón, no es tal derecho, sino un hecho, simplemente. La verdad es que, derivándose el derecho de las tradiciones y las costumbres, de las *creencias y deseos*, como diría Tarde, expresa, en un momento dado de la vida social, ese ideal inmanente, que constituye la esencia social del derecho natural, así como el conjunto de prácticas que con las creencias y los ideales se sintetiza. Es decir, el derecho natural y el positivo son dos aspectos siempre enlazados del derecho, y que encarnan en los hechos inseparables de la solidaridad humana. También una teoría idealista exclusiva, que hiciera punto omiso de lo que de político hay en el derecho, claudicaría por su base; porque *derecho natural y derecho positivo constituyen una sola entidad, dentro de la concepción sociológica del derecho*.

Y así se observa cómo la ley suprema de la evolución jurídica consiste en un doble movimiento intensivo y extensivo que se mantiene “por la lucha”, como ha dicho Ihering, y “se impone tras duro combate”. A medida que la ciudad de Roma conquista el mundo antiguo, el derecho quirritario, primitivo, va extendiéndose sobre los pueblos, hasta que se llama a todos los pobladores del Imperio a participar de la ciudadanía; pero, al mismo tiempo, la mujer, el hijo y el esclavo van dejando de ser propiedad exclusiva, como la tierra, del padre de familia. Cuando el cristianismo y la filosofía estoica realizan la humanización del derecho, iníciase un nuevo orden social que no ha hecho sino desenvolverse hasta nuestros días. Hoy, los proletarios del mundo reclaman, unidos, sus prerrogativas, después de haberlas reclamado la burguesía en los episodios de la Revolución francesa. Es decir, al extenderse la vida jurídica se ha intensificado. La fórmula esotérica y aristocrática se vuelve la forma universal, ampliamente esotérica y de-

mocrática. ¿Peligraría con esto la cultura? ¡Quién sabe!, pero lo que resulta indudable es la constante difusión y penetración social del derecho. La *Sociedad de Naciones* y el bolcheviquismo ruso definen uno de los sincronismos profundos de la historia. Una es la *denotación* y otro la *connotación* máximas de la evolución jurídica contemporánea. ¿Cuáles serán las de mañana? La evolución jurídica se realiza en todas las *dimensiones morales*, tanto en extensión como en profundidad. A ello colaboran, como en todo fenómeno social, la lucha y la simpatía, el sentimiento y la voluntad guiados por la inteligencia.