

Y
0451
1892

UNIVERSIDAD EAFIT®



Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial

UNIVERSIDAD
EAFIT®



Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial

0451
1892 " EXTERNADO " DE COLOMBIA

EL ORIGEN Y LA FUENTE DEL DERECHO

TESIS LEIDA Y SOSTENIDA

ANTE EL CONSEJO DE PROFESORES

POR EL ALUMNO

ENRIQUE MILLAN O.

PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA



BOGOTA (COLOMBIA)

Imprenta de Echeverría Hermanos

1892

UNIVERSIDAD EAFIT



Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial

A MI PADRE
dedico esta Tesis



UNIVERSIDAD EAFIT
Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial

Al avanzado Catedrático de Legislación é ilustre ex-
profesor de Derecho internacional, señor doctor don
Alejo de la Torre.

Con el cariño y respeto debidos la dedico igualmente
al señor doctor don Jesús Rozo Ospina.

A uno de mis más queridos maestros, el distinguido
literato señor don Roberto Mc Douall.

Honorable Consejo de Profesores señores doctores Santiago Pérez, Nicolás Pinzón W., Salvador Camacho Roldán, Alejo de la Torre, Juan Félix de León, Aníbal Galindo, Francisco Montaña, Felipe Silva, Juan D. Herrera, Leoncio Barreto, Isaías Castro, Santiago Ospina, José Camacho, Juan M. Rudas é Ignacio V. Espinosa.

Este humilde trabajo que os presento no hace mas que reflejar el cúmulo de principios que merced á vuestras doctas enseñanzas se han grabado en mi cerebro.

De la misma manera que los rayos solares inician y determinan las redistribuciones moleculares en la materia, igualmente los destellos de vuestras inteligencias al influir sobre el sistema nervioso de vuestros discípulos — masa de materia orgánica — no hacen sino modificar multiplicadamente la mayor ó menor impresionabilidad de ese sistema.

En un cuerpo inorgánico cualquiera encontramos que hay porciones de materia mejor combinadas ó más susceptibles de ser modificadas que las otras; en la masa orgánica la porción superiormente combinada es la que constituye al hombre; ¿pero en el fondo qué hay? materia y fuerza. La inteligencia, la moralidad y demás cualidades del hombre ó de los animales no son sino resultados más ó menos complicados de ese matrimonio de la materia con la fuerza.

Vuestras enseñanzas son fuerzas que caen sobre y modifican la materia que compone y caracteriza á todos y cada uno de vuestros discípulos, para adaptarla á reaccionar mejor.

La reacción de la materia humana, el movimiento celular que determina el ejercicio de las facultades para los fines que constituyen la vida, más ó menos reconocido entre los hombres, es lo que me ocupa á continuación.

UNIVERSIDAD EAFIT

Abierta al mundo

Biblioteca Sala Patrimonial



EL ORIGEN Y LA FUENTE DEL DERECHO

Los estudios biológicos y sociológicos nos enseñan que el hombre no es la criatura hecha á imagen y semejanza de Dios; y la ciencia, al desmentir su especialidad en la existencia y al despojarlo de los privilegios con que las religiones lo dotaron, le ha asignado su verdadero lugar en la naturaleza.

La estructura orgánica del hombre examinada á la luz de la morfología y de la fisiología comparadas, nos demuestra cuán errónea es la vieja concepción respecto á su existencia y destino; y la zoología, si bien lo coloca en la parte más culminante de la escala, no lo muestra como independiente sino relacionado con los demás animales desde luego que es el *summus* de la evolución de las especies.

Aun cuando se halle vestido con la capa de la civilización, aun cuando la educación moral é intelectual hayan hecho de él aparentemente un sér distinto, siempre bajo esa corteza se encuentra el animal cuyos instintos y pasiones permanecen como en estado latente.

Formado sobre una base de igualdad con los demás animales, puesto que posee una serie de funciones en común con ellos; por la semejanza más ó menos real de su esqueleto y de sus órganos con los organismos superiores; y por su parentesco próximo con el gorila, el chimpancé, el gibbón, el orangután y demás antropomorfos, es por lo que ha sido clasificado como un vertebrado mamífero bímano.

El hombre es un agregado celular cuyos elementos viven en movimiento continuo. La materia orgánica, como la inorgánica, experimenta redistribuciones principales y secundarias bajo el imperio de leyes generales; sin embargo, los fenómenos que origina la actividad molecular van siendo más complejos á medida que sea mayor la coherencia y la complejidad de los elementos combinados, y la individualización de la masa depende de su heterogeneidad que complica las fuerzas en acción, imprimiendo de este modo una serie de redistribuciones secundarias que determinan su carácter especial.

Dicha materia orgánica es superior en composición á la inorgánica; por consiguiente, las fuerzas que obran sobre la primera tienen que ir en proporción ó en relación con ella, y las reacciones consecuenciales estarán de acuerdo con la combinación simple ó compuesta de sus factores.

Mirados en detalle los organismos y comparados unos con

otros, hallamos diferencias que serán tanto mayores á medida que los cuerpos comparados sean más desemejantes. Ahora, ¿cuál es el hecho que nos determina á mirar á uno de ellos como diferente de otro, ó á asignarle al primero una superioridad ó inferioridad respecto al segundo ?

Supongamos que nos encontramos en presencia de dos individuos de especies desconocidas pero cuyos movimientos nos fuera fácil observar. Evidentemente, en este caso, favoreceríamos á aquel cuyos movimientos fuesen más complicados y coherentes, ó en otros términos, más adaptados á fines.

Es cierto que la complejidad de dichos movimientos depende de la complejidad del sistema nervioso del individuo que los desarrolla, y así como en la escala zoológica la jerarquía de cada organismo es relativa, así también la coherencia y la complicación de sus actos son igualmente relativas.

Todo individuo dispone de fuerzas para conservar la vida; entre los actos orgánicos que mediante esas fuerzas ejecuta, hay algunos que pasan desconocidos para él ó son los únicos cuyo conjunto constituye su existencia y se denominan acciones reflejas propias de la serie orgánica en general; hay, además, otros actos que toman el nombre de instintivos y que se pueden describir como compuestos de acciones reflejas complejas ejecutadas por la mayoría de los organismos de la rama vertebrada; y por último, los actos conscientes, los cuales son percibidos por el individuo y peculiares á los animales más elevados de la escala y en especialidad al hombre.

En general, los actos de cualquiera naturaleza que sean, cumplidos por un organismo, tienen el doble fin de conservar y desarrollar la vida; pero como hemos visto, entre individuos distintos no hay semejanza completa de estructuras, así también no hay completa semejanza de funciones, y á medida que las estructuras crezcan en complejidad, las actividades desarrolladas irán siendo, en el ascenso animal, cada vez más complicadas y coherentes. Así, pues, si considerásemos la vida de los organismos aisladamente, tendríamos que ella está constituida por un grupo de acciones que han partido de un centro — el individuo A ó B — y que se han extendido hacia el exterior en un radio más ó menos grande; en conjunto, la vida orgánica se nos presentaría como una grande esfera, en cuyo seno giran otras cuya extensión es mayor ó menor, según lo más ó menos complejo del centro á que cada una corresponda.

El movimiento general de las células de un organismo da por resultado un gasto orgánico; esta constante desintegración, que es la causa de las necesidades, es también la causa del ejercicio de las actividades para la serie de reintegraciones que exige á cada momento el organismo; como vemos, pues, á consecuencia de ese movimiento interno de composición y descomposición á la vez general y continuo que, según la definición de Blainville, constituye la vida vegetativa, se producen en el

organismo las necesidades de primer orden y que son propias de todos los seres orgánicos.

El hombre, como todos los demás animales, está compuesto de órganos, cada uno de los cuales desempeña una función; pero como su sistema nervioso es el más desarrollado y su estructura la más compleja, resulta que entre los órganos y las funciones existe una correspondencia á que no han llegado los organismos de las demás especies; de aquí que los actos humanos sean más adaptados á fines que los actos de los individuos de otras especies, y que en los primeros haya mayor correspondencia como medios respecto á los fines propuestos que en los segundos; por consiguiente, el hombre satisface sus necesidades de una manera mejor que los demás animales.

Esta mejor satisfacción de las necesidades físicas en el hombre permite el nacimiento ó el desarrollo de las intelectuales y morales, las cuales, si bien se bosquejan en los animales superiores, no puede decirse que las tengan y las satisfagan de una manera completa; de modo que el hombre es el único sér á quien realmente corresponde la superioridad por su inteligencia y su moralidad.

La esfera de acción relativa de la vida de los animales, ó en otros términos, de los movimientos ejecutados por cada uno para conservarla, existe y se observa entre los individuos de la especie humana, y cuando esa relatividad se reconoce y se sanciona, entre éstos, se denomina igualdad. (1)

Ahora, si nos concretamos sólo al hombre, tenemos que en el campo de la igualdad, tal como la hemos establecido, cada individuo, aparte de las necesidades físicas generales, tiene otras que se denominan intelectuales y morales, que satisface en mayor ó menor grado. Hemos dicho que las necesidades nacen en virtud de gastos orgánicos, pero las actividades desarrolladas, las facultades ejercitadas no dan por resultado medios igualmente adaptados, de donde resulta que variando en número ó en intensidad las acciones ejecutadas por los individuos, los derechos ó las condiciones de vida serán variadas en número é intensidad.

Pero para que el hombre pueda ejercitar sus facultades necesita ser libre, ó en otros términos, el derecho sería imposible sin la libertad, siendo así que el uno es la regla y la medida de la otra. Sin embargo, aquí no tomamos al hombre aislado sino en el estado social; por consiguiente, si se reconoce y sanciona la igualdad, el derecho de cada cual debe igualmente ser reconocido y sancionado, y entonces la libertad de cada hombre no tiene otro límite que la libertad de los demás.

Según esto, ¿qué debemos entender por derecho? En el hombre no hay sino órganos y facultades; él tiene una tendencia continua á conservarse y desarrollarse; para llegar á este

(1) Esta es mi idea de la igualdad civil: "El reconocimiento y sanción por parte de la ley de las desigualdades naturales."

objeto ejercita las facultades en cierta dirección, va derecho á su fin. Así, pues, podemos definir el derecho de un modo general, diciendo que "es el conjunto de condiciones necesarias para conservar y desarrollar la vida del hombre."

"Los que conceden algún valor á la vida, dice Spencer, suponen implícitamente que los hombres no deben ser cohibidos en el ejercicio de las actividades necesarias á su sostenimiento. En otros términos: si se admite que es *justo* que estas actividades se ejecuten, hay que admitir que existe un derecho para ejercitarlas." (1) Ahora bien: ese "derecho" que se admite para ejercitar las actividades no es otra cosa que el conjunto de condiciones indispensables para la conservación y el desarrollo de la vida. "Evidentemente, la concepción de los 'derechos naturales' se origina en la verdad de que si la existencia es justificable, debe haber una justificación para el cumplimiento de los actos necesarios á su sostenimiento, y por consecuencia, para las libertades y derechos que hagan estos actos posibles." (2)

Muchas de las funciones del organismo humano no son peculiares á él, pues existen igualmente en los organismos inferiores, lo mismo que gran parte de nuestros sentimientos, instintos etc.; así, el sentimiento de la propiedad, esto es, el vínculo que liga al hombre con la cosa de que es dueño, se encuentra más ó menos desarrollado en los animales inferiores. De suerte que nuestras facultades ó derechos naturales no encuentran su nacimiento en la naturaleza humana; esas condiciones de vida se perpetúan al través de todas las especies, salvo que en el hombre su desarrollo es superior y admiten un sinnúmero de modificaciones.

"Pero esta proposición (2) carece de carácter moral no tratándose del hombre, aunque sea respecto de otros seres tan verdadera como para él. El carácter moral nace tan sólo de la distinción entre lo que es *permitido* hacer al hombre al aplicar las actividades necesarias al sostenimiento de la vida y lo que *no le es permitido* hacer. Esta limitación resulta evidentemente de la presencia de otros hombres." (3) En los animales inferiores observamos sus movimientos como dirigidos á ejecutar ciertos actos, pero no los tomamos en cuenta para apreciar el carácter moral ó inmoral que reflejen dichos actos, puesto que ellos no influyen en nuestra acción superorgánica. Hallándose el hombre asociado, sus actos, de cualquiera naturaleza que sean, ejercen una influencia más ó menos directa sobre los demás individuos; y como es imposible admitir que sea la ley del más fuerte la única que predomine, porque no subsistiría el grupo social, es evidente que todos los individuos gozan de facultades más ó menos amplias, de donde resulta que la esfera

(1) H. Spencer. El individuo contra el Estado. Página 195.

(2) H. Spencer. El individuo contra el Estado. Página 195.

(3) H. Spencer. El individuo contra el Estado. Página 195.

de acción de los unos se halla limitada por la esfera de acción de los otros ó por un poder coercitivo que les impide moverse en un determinado sentido ; al haber yá una limitación, la conducta sigue una línea un tanto determinada y “ pasará de la forma no ética á la forma ética cuando se haya reconocido la diferencia entre los actos lícitos y los no lícitos.” (4) Considerada la cuestión en este campo, la idea “ derecho ” se alindera perfectamente, y la definiremos diciendo que “ es el conjunto de condiciones indispensables para conservar y desarrollar la vida en cuanto le sean permitidas al individuo.”

Pero esta idea del derecho natural no ha sido aceptada en especialidad por la escuela inglesa. Bentham, particularmente, la debate y la considera como una ficción ó metáfora. Su error ha consistido principalmente en hacer el derecho “ creación de la ley,” ó más bien en considerar á ésta como anterior á todo derecho : “ La palabra *derecho*, del mismo modo que la palabra *ley*, tiene dos sentidos, el uno propio y el otro metafórico. El *derecho* propiamente dicho es la criatura de la *ley* propiamente dicha.” Más adelante dice : “ Lo que hay de natural en el hombre son medios, facultades ; pero llamar *derechos naturales* á estos medios y á estas facultades, es poner otra vez la lengua en oposición con ella misma ; porque los *derechos* son establecidos para asegurar el ejercicio de los medios y de las facultades....” (5) Aquí critica Spencer, y con muchísima razón, al jurisconsulto inglés. “ El Gobierno, dice, llena su misión ‘ creando derechos.’ Dos significaciones puede darse á la palabra *crear*. Puede entenderse como el acto de sacar algo de la nada, ó bien como el acto de dar forma y estructura á una cosa yá preexistente.” (6) Más adelante dice : “ Si fuera verdad, como Bentham sostiene, que el gobierno llena su cometido ‘ creando derechos que confiere á los individuos ’ entonces no se observaría uniformidad ninguna entre los derechos conferidos por gobiernos diferentes. En ausencia de una causa determinante que regulara las decisiones de todos ellos, habría muchas probabilidades contra una de que aquéllas no concordaran entre sí. Ahora bien : hay entre dichas decisiones gran correspondencia.” (7)

Si estudiamos el desarrollo social desde sus primeras etapas, encontramos que el sistema que sirve como de código para permitir ó prohibir ciertos actos no es sino el conjunto de reglas de costumbre que reconoce ciertos derechos individuales, derechos á obrar libremente en ciertas esferas y á poseer ciertas cosas. Pero el origen de dichas costumbres, ó más bien el hecho determinante para adquirir el carácter de tales, se en-

(4) H. Spencer. El individuo contra el Estado. Página 196.

(5) Bentham. Legislación Civil y Penal, traducida por R. Salas, tomo I, páginas 295-6.

(6) El individuo contra el Estado. Spencer. Página 181.

(7) El individuo contra el Estado. Spencer. Página 187.

cuentra en las épocas remotas de los primeros síntomas de organización social y del desarrollo psíquico de los individuos del grupo. Por esta razón es por lo que encontramos amalgamados principios ó embriones de costumbres que afectan carácter religioso, moral y político. Así, los salvajes no consideran la insensibilidad de la muerte sino como parecida á la del sueño y, por tanto, de duración limitada; después de golpear el cadáver y gritar para que se despierte, y aun injurarlo y maltratarlo, lo reprochan por haber partido. Fundados en esta creencia primitiva de una nueva vida y de una inmortalidad para el hombre, imaginan que él continuará como antes, y para que no vaya á perecer en el viaje colocan en su sepultura bebidas, alimentos, armas y demás utensilios de que el difunto se servía en vida. Aquí vemos, pues, yá un origen de costumbre que con el trascurso del tiempo y mayor desarrollo del grupo va modificándose y adquiriendo mayor fuerza. De la misma manera, el progreso psíquico en sus diferentes formas va preparando las bases á lo que más tarde viene á constituir el sentimiento religioso en su forma más compleja, y por consiguiente las ideas sobre los agentes naturales, sus lugares sagrados, su ceremonial etc., van siendo causa de un orden de hechos que influye en la conducta posterior y que, como dijimos, sucesivamente adquiere una fuerza superior aun á la voluntad del mismo jefe. La organización social se ofrece, asimismo, como una fuente de costumbre, pero que difiere del desarrollo psíquico en que las costumbres que origina aquélla presentan un carácter que tiende á favorecer la conservación y el desarrollo del individuo, indirectamente reconociendo algunos de sus derechos naturales para obrar de cierta manera y para poseer ciertas cosas. Estos derechos naturales se reconocen por el grupo, pero cuando no existe una autoridad permanente, los derechos del individuo son mantenidos por él mismo ó por su familia. “En las razas inferiores, los jefes apenas se cuidan de los delitos mientras no afectan, ó se supone que no afectan, los intereses generales de la comunidad. En cuanto á daños particulares, á cada cual le toca protegerse ó vengarse por sí mismo. Entre los caribes, dice Du Tertre, la ‘administración de justicia no corre á cargo del jefe ni de ningún magistrado, sino que el que se considera agraviado logra de su adversario la satisfacción que su pasión le dicta y sus fuerzas le permiten.’” (8) Esta necesidad de responder á una violencia con otra violencia dió origen á una clase de regla moral que vino á ser denominada: la ley del Talió. En el hombre como en el animal el deseo de corresponder golpe por golpe es innato; “hay en ese sentimiento un mecanismo reflejo que resulta del primordial instinto de la conservación.” (9) Quizá en su principio el grupo social no intervino ni para amparar ni para vengar á los individuos,

(8) Lubbock. Orig. of Civil. Du Tertre. History of Caribby Islands.

(9) Ch. Letourneau. Evol. de la morale. Página 168.

pero reconocía á éstos el derecho de hacerlo. Si pudiéramos examinar un sistema de costumbres de una tribu atrasada y lo comparáramos con los de las demás tribus de una condición semejante, hallaríamos que en dichos sistemas se obedecen primordialmente algunos principios; tales principios pueden ser reducidos en general á dos: 1º obediencia al jefe en todo y por todo; y 2º respetar más ó menos la propiedad de los demás. Esta segunda regla de conducta, como la primera, impone al que la viola una pena que generalmente es la muerte del infractor. Así, el robo, el adulterio no autorizado, considerado como robo, son los grandes crímenes en las islas Vití. (1) Los cafres respetan mucho la propiedad, y entre ellos el robo es castigado con la pena de muerte. (2) Entre otras tribus condenan al ladrón al pago de una suma y, además, le cortan la mano ó un dedo. El adulterio se castiga como un robo por la razón de que la mujer en las sociedades primitivas es tratada como propiedad del marido.

Si, como hemos visto, el derecho á la vida es reconocido al individuo por el grupo á que pertenece, lo mismo que su derecho á la propiedad, ¿cuál es la causa que ha determinado para que se reconozcan al individuo dichos derechos?

El individuo tiende en primer lugar á conservarse y á la conservación de la especie; en ambos casos sus actos, sus movimientos, van dirigidos á ese objeto; dentro del grupo familiar no pueden tener lugar las agresiones, porque eso sería suponer su desorganización; ahora, la necesidad de la defensa exterior hace que la esfera de acción del grupo se delimite en lo posible y los sentimientos y las ideas de sus miembros sigan la línea del interés mayor. Esto no podría conseguirse si los individuos no se reconocieran recíprocamente sus respectivos derechos. Además, hemos visto que en el hombre primitivo se bosqueja un cierto sentimiento de justicia social, sentimiento que tiene su origen en la violencia misma; el deseo de corresponder daño por daño se puede decir que es innato; pero esta ley del Talió que es universal en todos los pueblos, apenas se ejerce entre los miembros de un mismo grupo; todos los ataques van más bien dirigidos contra los individuos de los otros grupos, y esto porque dichos grupos se hallan organizados sobre la base de la familia, y es en ella donde la agresión dirigida á uno cualquiera de sus miembros es castigada ó por el ofendido ó por otro de sus parientes; de modo que los derechos á la vida y á la propiedad perfeccionados en la familia y reconocidos en ella, siguen su curso de desarrollo y van adquiriendo mayor fuerza á medida que el grupo aumenta por la reunión de las familias que se vayan desprendiendo del tronco principal.

Hemos tratado yá de los derechos naturales como condi-

(1) Williams. Fiji and the Fijians. Tomo I, página 28.

(2) Ch. Letourneau. Evol. de la morale. Página 161.

ciones de vida, y hemos visto, aunque ligeramente, que esas condiciones de vida, reconocidas y sancionadas por el grupo, vienen á ser consideradas como principios que adquieren con el desarrollo social una fuerza tal, que hace que yá su violación no sea en circunstancias normales tan frecuente. Vamos á estudiar ahora la costumbre en las diversas facetas de evolución social.

Aun cuando algunos sociologistas convienen en el hecho de que el estado más grosero de la humanidad ha sido el de promiscuidad, sin embargo están de acuerdo en no considerarlo como absoluto, y creen que más bien los casos en que la ha habido se pueden tener como excepcionales. (3)

Durante dicho estado, la debilidad de los vínculos de parentesco y la poca extensión de dichos vínculos hacen que la cohesión entre los miembros del grupo no exista, y por tanto, puede decirse que no hay ley social de ninguna clase. "He indicado anteriormente, dice Spencer, que en el estado social primitivo no deben haber existido leyes sociales. Las leyes sociales presuponen una existencia social continua, y una existencia social continua presupone la reproducción de generaciones sucesivas. No se puede admitir, pues, *a priori* una ley social como la de matrimonio comunista, según la cual los hombres y las mujeres de una comunidad pequeña fuesen reputados como igualmente casados los unos con las otras; (4) la concepción 'derechos de un matrimonio comunista' no puede haber existido. Me parece que las palabras 'matrimonio' y 'derechos' aplicadas á tal orden social pueden inducir á error." (5)

De suerte que dicho estado social, á más de ser tan atrasado, es por naturaleza excepcional, puesto que la tendencia general de los vertebrados superiores, y en especialidad la de nuestros probables antepasados, los monos antropomorfos, es á la unión poligámica y monogámica. (6) La poliandria tiene muchos caracteres comunes con la promiscuidad, pero es una forma más definida.

Sin embargo, las uniones poligámicas y monogámicas son las más comunes y las que han persistido al través del desarrollo primitivo social; la primera puede ser considerada como la forma rudimentaria verdadera de la familia, y es sin duda más adelantada que las dos anteriores. La poligamia permite que los vínculos de parentesco se hagan más y más definidos. En la promiscuidad y en la poliandria no sucede lo mismo, porque

(3) H. Spencer. Sociologie, Traduit en français par M. M. Cazelles et J. Gerschel, tomo I, página 251-52. Ch. Letourneau. Evolution du mariage et de la famille, página 67.

(4) El nombre de "matrimonio comunista" fué propuesto por John Lubbock para esta clase de uniones sexuales, como implicando obligaciones y derechos reconocidos.

(5) H. Spencer. Sociologie, página 252, tomo II.

(6) Ch. Letourneau. Evol. du mariage et de la famille, página 67.

en la primera la sangre de la madre es apenas conocida, y en la segunda raras veces lo es la del padre, mientras que en la poligamia tanto la maternidad como la paternidad se manifiestan igualmente. A medida que el vínculo entre el padre y los hijos se desarrolle, la organización de la familia se hará más estable. (7)

Spencer cree que la monogamia se remonta á las primitivas sociedades lo mismo que las otras relaciones matrimoniales. Sin embargo, merced á muchas causas, es probable que la unión monogámica en su principio haya sido muy inestable, y no haya podido subsistir.

Desde el momento en que hay hechos para probar la existencia de la monogamia en las razas inferiores, como entre los Veddas de las montañas de Ceylan, entre los Boschimanos del Sur del Africa, (8) entre ciertos aborígenes de la India (9) y otros, no podemos decir que la unión monogámica sea sólo propia de las razas superiores. No obstante, el caso es más bien especial que general, y la costumbre de las uniones monógamas de carácter permanente no se ha venido á establecer sino de una manera insensible. (10)

La familia monógama ocupa sin duda un puesto distinguido en la evolución social. En la poligamia los vínculos de parentesco son un tanto definidos, pero lo son evidentemente mucho más en la monogamia, porque los hijos conservan vínculo igual en la línea ascendente y en la lateral. De modo que la cohesión entre los miembros es mayor; de donde resulta que sobre esa base de organización social el grupo avanza en el camino del progreso.

Yá hemos hablado de las cuatro principales formas del matrimonio. Vamos á estudiar otra que parece hallarse, por la concepción que de ella se ha hecho, entre la monogamia y la poligamia, ó más bien, que dicha forma puede nacer, ó en la familia monógama, ó en la polígama; tal es, pues, el patriarcado.

Sumner Maine lo define así: "Es una teoría que establece el origen de la sociedad en familias distintas, cuyos miembros permanecen unidos bajo la autoridad y bajo la protección del más anciano de los ascendientes machos entre los más válidos. El macho de más prudencia y de más valor es el que gobierna. El vigila con celo á su mujer ó á sus mujeres; todos aquellos sobre quienes se extiende su protección viven en un mismo pie de igualdad. El niño de fuera que es amparado por ella, el extranjero á quien las circunstancias obligan á entrar en el servicio de la familia, no se distinguen del niño nacido en su mismo seno. Pero cualquiera que se sustraiga—mujer, hijo, esclavo—pierde la protección de que antes gozaba y suspende sus rela-

(7) Spencer. Sociologie, tomo II, página 297.

(8) Spencer. Sociologie, tomo II, página 299.

(9) Dalton. Ethnol of Bengal, página 41.

(10) H. Spencer. Sociologie, tomo II, página 300.

ciones con el grupo.” (11) Según la teoría de Sir Henry Maine, el patriarcado puede estar constituido sobre una forma poligámica ó monogámica, pero en todo caso, es su fundamento la descendencia masculina.

Como nos es de capital importancia determinar un estado social para estudiar el curso de desarrollo de la costumbre primitiva, fuente del derecho positivo antiguo, nos detendremos un momento en las críticas que á la teoría patriarcal se han hecho.

Según lo yá dicho, no es la forma monogámica la primitiva, al menos hablando en general; pero Maine sí hace ascender el estado patriarcal á los tiempos primitivos de la familia humana; y así dice: “Pero los grupos de familia que comprende la teoría son más bárbaros; ellos son extraordinariamente salvajes; se les puede aplicar el criterio de analogía con los animales.”

De suerte que unido este punto de la antigüedad del sistema con los de matrimonio y poder marital, la teoría viene á caer en contradicción con los hechos.

Si, como dice Spencer, se entiende por “sociedades antiguas” aquellas que conocemos en los albores de la historia, entonces la teoría de Sir Henry Maine es incontestable; pero como no sólo esas sociedades arcaicas de las razas Semitas y Arias han existido, extendida la proposición á las otras, queda insostenible. Así, entre muchas tribus australianas no se conoce vínculo de parentesco, y se someten temporalmente á un jefe para hacer la guerra. Cita Spencer otro hecho que él considera como de suma importancia. “Entre los *Iroqueses*, cuyas tribus se han formado por la reunión de claves diferentes, á fuerza de unirse para combatir á sus enemigos, han acabado por constituir una liga de cinco ó seis naciones bajo un gobierno republicano.” (12) Desde otros puntos de vista flaquea la teoría del patriarcado tal como la concibió Henry Maine, y especialmente si se la considera como la base de la organización política. Más adelante veremos de qué manera y con cuáles restricciones la podemos admitir.

M. Morgan la reemplazó por otra; dice así: “el clan, ó sea los agregados cuyo parentesco no forma el vínculo real, no puede haber salido de la familia, porque la exogamia le impide el que se confunda absolutamente con el clan. El clan es homogéneo, permanente, y por tanto, él forma la base natural de una organización social. La familia monógama, cualquiera que sea su situación en el interior del clan, no es un elemento que él pueda reconocer.” Por último, concluye diciendo que el clan forma la unidad primitiva. (13)

(11) Sumner Maine. *L'ancien Droit et la coutume primitive*. Paris, Thorin, página 263-67.

(12) H. Spencer. *Sociologie*, tomo II. páginas 321-22.

(13) M. Morgan. *Anc. Soc.*, página 227.

Starcke tampoco admite la teoría patriarcal, y conviene igualmente en que el clan (14) forma la unidad social. La tribu y el clan son distintos: el uno es la parte y la otra es el todo; la tribu se opone á las tribus enemigas; el clan se opone al clan, pero sin haber separación ni independencia absoluta; los clanes permanecen ligados los unos á los otros por intereses comunes, y su reunión forma la tribu. Pero la familia es un grupo autónomo que surge de la tribu como del clan, y que no pertenece á un jefe, sino que obedece á un señor, á un amo. El patriarca primitivo aparece como el propietario de la familia. El implora el auxilio del clan cuando sus derechos de padre ó esposo están amenazados. Pero desde que la familia aumente, sus límites naturales se alteran, y empieza entonces á ocurrir un cambio de fuerzas que se anuncia por la usurpación de las atribuciones al clan, hasta que al fin se confunde con él. (15)

Hemos estudiado el patriarcado en una forma teórica; antes de seguir adelante examinémoslo en sus relaciones con la poligamia y la monogamia.

Dijimos que el fundamento del patriarcado es la filiación paterna. Por las relaciones de la familia patriarcal con la poligamia y la monogamia y por el hecho que la caracteriza, no puede haber existido sino en cierto estado de organización social, esto es, en un estado suficientemente adelantado.

Entremos á estudiar la costumbre en cada una de estas faces de la evolución social. Durante la promiscuidad dijimos que no hay ni leyes ni derechos: la voluntad del fuerte es la que gobierna; si se reconocen algunos derechos al individuo es bajo una forma precaria, y no hay estabilidad ninguna, la imperfección es completa. En la poliandria la relajación de las costumbres es extremada, y no habiendo autoridad definida en la familia ni en el clan, el estado del grupo es casi semejante en su inestabilidad al promiscuo. La familia polígama está sometida á influencias distintas: sus bases son más sólidas y su organización más coherente; establecida la paternidad, los derechos y las obligaciones que nacen del estado de familia se empiezan á definir, y el establecimiento de la descendencia masculina contribuye á la mayor estabilidad política del grupo. Además la descendencia definida en la línea masculina ayuda al desarrollo del culto de los antepasados. Las reglas y las prohibiciones, los mandatos y las restricciones á la esfera de acción de los individuos establecidas por los jefes ó padres que han muerto, vienen á revestir un carácter sagrado, de lo cual resulta un sistema de costumbres que al cabo de muchas generaciones llega á cristalizarse en la sociedad primitiva, y adquieren esas costumbres una fuerza superior á la ley de los civilizados.

(14) *Clan*, palabra de origen céltico que significa una colección de familias que obedecen á un jefe, tienen un antepasado común y llevan el mismo apellido. Webster's. Complete English Dictionary. Last Edition. Página 235.

(15) C. N. Starcke. "La famille primitive," página 268.

La costumbre de vengar la sangre derramada, especie de reconocimiento al derecho á vivir, nace allí donde los vínculos de familia sean estrechos y definidos; el modo de sucesión hereditaria, aunque imperfecto, se regula por la costumbre nacida en la misma familia. Las diversas maneras de trasmisión de la propiedad vienen á definirse un tanto en el clan, y las formas de compra y de venta se someten á una serie de costumbres que tienden á favorecer entre las partes sus respectivos derechos.

En la monogamia los mismos hechos se cumplen, pero bajo una forma más completa y en un círculo más definido. El mismo establecimiento de las uniones monógamas ha sido el desarrollo de la concepción de la propiedad con las prácticas de la compra y de la venta (16) y la institución de la propiedad hereditaria. (17) El mismo carácter moral que caracteriza á la familia monógama, carácter de que carece en mucho la polígama, influye notablemente en el desarrollo y en la modificación favorable de la costumbre, porque la idea de justicia se perfecciona cada vez más.

Pasemos ahora á tratar la familia patriarcal, es decir, aquel grupo formado por los descendientes comunes del matrimonio monógamo, especialmente en sus relaciones con el sistema consuetudinario más arreglado, como que el perfeccionamiento de éste es correlativo de la mejor organización social.

Por la misma razón que la poliandria es un estado inferior á la poligamia, la filiación uterina ocupa un puesto inferior á la masculina. Al mismo tiempo que la endogamia y la filiación uterina no permiten que el grupo progrese, la exogamia y la filiación masculina colocan á éste en condiciones de adelanto favorables. Entre los Pielas Rojas muchos subsisten en filiación uterina, mientras que los otros caminan hacia la masculina. (18) Entre los Tinklites de la América Rusa los jefes dan á sus hijos el nombre paterno, pero las gentes de la clase inferior han permanecido en la filiación uterina. (19)

En Méjico la evolución familiar estaba más adelantada; la personalidad paterna predominaba; el padre dictaba á sus hijos reglas de conducta, preceptos de moral. (20) La filiación materna estuvo en uso en el Perú, pero la paterna yá era un tanto general. (21)

El estudio de la filiación es por extremo importante, porque sobre ella reposa la constitución de la familia patriarcal. Sir Henry Maine, apoyado en la lingüística, sostiene la hipóte-

(16) H. Spencer. Sociologie. Tomo II, página 300.

(17) Ch. Letourneau. Evol. du mariage. Página 213.

(18) Giraud-Teulon. Les Origines du mariage et de la famille. Página 196.

(19) Holmberg. Skizzen über die Völker des Russischen Amerika. Página 32.

Letourneau. Página 364.

(20) Ch. Letourneau. Evol. de la famille. Página 365.

(21) Ch. Letourneau. Evol. de la famille. Página 364.

sis de que la familia aria primitiva fué y ha sido exclusivamente agnada. Pero Mc. Lenan, Bachhofen, Spencer y otros sostienen que los primitivos arios vivieron en un estado de promiscuidad completo, y que sólo les era conocida la filiación uterina. Yá hicimos notar lo que al efecto observa H. Spencer sobre la teoría de Maine, de modo que la palabra causa de la controversia es la palabra "primitivo."

El tipo elemental de las sociedades arias y semitas es el grupo de familias, esto es, una aglomeración de personas que viven bajo el mismo techo, poseen la tierra en colectividad y veneran el mismo antepasado común. (0) En tanto que el grupo familiar conserve su unidad es gobernado por el más anciano de la rama primogénita. Los rasgos principales que en general caracterizan la familia patriarcal son: el poder del padre de familia se puede decir que es absoluto, pues se extiende á la vida y á la libertad de todos aquellos que le están sometidos. El único freno que reconocen sus actos es el respeto al poder de los otros jefes de familia. La costumbre y la tradición se le impusieron, y él se sentía responsable ante el espíritu de familia. (1) Este progreso al culto por los antepasados influyó particularmente en beneficio de la mujer; el marido no se atrevió á matarla sino después de haberla acusado ante el tribunal formado por los miembros de la familia. El patriarca era al mismo tiempo juez, pero sus decisiones se amoldaban á la costumbre. Su condición como propietario se trasformó cuando el aumento de la familia fué considerable; desde entonces el patriarca era mirado como administrador de los bienes comunes, y su herencia en vez de ser un beneficio se convirtió en una carga. (2) Otro hecho que distingue el patriarcado es la costumbre sobre el modo de suceder: el patriarca en la línea paterna es el señor absoluto y el único propietario.

Entre los tipos de organización social primitiva, el patriarcado se presenta como el más coherente y como el más definido; dicho estado ha sido el más común y el principio de todas las sociedades que han alcanzado un alto grado de civilización.

Situémonos ahora en los horizontes de la historia y consideremos algunas de las colectividades que en ella aparecen.

PUEBLO HEBREO

Este pueblo, como todos los demás de la antigüedad, tuvo que recorrer un curso de trasformaciones y pasar por una serie de cambios más ó menos semejantes á los de las distintas sociedades humanas. Por lo que nos refiere la leyenda bíblica, se ve que el pueblo hebreo adoptó desde sus tiempos tradicionales la filiación paterna, y la familia patriarcal hebraica estuvo consti-

(0) C. N. Starcke. *La famille primitive*. Página 95.

(1) Hearn. *The Aryan Household*. Página 97.

(2) C. N. Starcke. *La famille primitive*. Página 96.—Hearn. Página 28.

tuida sobre las mismas bases que caracterizan al patriarcado en general. Aun cuando la poligamia era permitida, se ve que la tendencia de los primeros patriarcas era hacia la monogamia; así vemos que Abraham tenía una esposa Sarai y sólo al cabo de cierto tiempo tuvo por concubina á Agar, á quien muy pronto repudió.

La familia del jefe ó patriarca hebreo se componía de sus hijos, de sus mujeres y de sus esclavos; todos estos individuos estaban sometidos al señor de una manera casi absoluta, pues éste tenía derecho de vida y de muerte sobre todos ellos. Así, al hijo rebelde podía presentarlo ante los jueces y luego hacerlo apedrear por los hombres del pueblo hasta matarlo. (3) La mujer era repudiada con la mayor facilidad y por los motivos más leves; el adulterio se castigaba severamente, de modo que la mujer infiel y sus cómplices podían ser condenados á muerte. (4) La hija púber podía ofrecerse en sacrificio á Jehová (5) ó ser vendida como esclava. (6) En cuanto á los derechos individuales, eran reconocidos en una extensión más lata, y su violación, cuando se ejecutaba premeditadamente, era castigada de un modo severo. Así, el homicidio se castigaba con la pena capital, y la ley del Tali6n imperaba de la misma manera que en todas las sociedades primitivas: "ojo por ojo y diente por diente, mano por mano y pié por pié." (7)

Algunos de los preceptos del decálogo no son otra cosa que principios que reconocían á los miembros de las tribus hebreas el derecho de obrar en ciertas esferas por medio de las obligaciones y de los deberes impuestos por él. "No matarás," "no cometerás adulterio," "no hurtarás," "no dirás falso testimonio contra el prójimo," (8) son restricciones morales que al obrar de una manera directa, favorecían indirectamente la acci6n de los demás y sus derechos á la vida, á la propiedad y á la familia. El robo se castigaba pero no tan severamente: el que hurtaba una oveja tenía que devolver cuatro, y si era un buey, restituir cinco. (9) En algunos casos había derecho para matar al ladr6n. El testigo falso sufría la misma pena que al inocente acusado por él se le había impuesto. (10) Las injurias á los sordos ó á los ciegos eran prohibidas. (11)

Respecto á la propiedad, parece que desde un principio fué individual más bien que colectiva; (12) para la trasmisi6n de la herencia se tenía en cuenta la primogenitura, y este derecho

(3) Deuteronomio. XXI.

(4) Deuteronomio. XXIV.

(5) Jueces. XII.

(6) Exodo. XXI.—7-11.

(7) Exodo. XXI.—12-24-25.

(8) Exodo. XX.—13-14-15-16.

(9) Levítico. XXI.—1-6.

(10) Deuteronomio. XIX.—16-21.

(11) Levítico. XIX.—14.

(12) Génesis. XXIII.—13.

de primogenitura no podía ser traspasado del hijo mayor. (13) El matrimonio no era permitido entre miembros de tribus distintas, con el fin de que la herencia de una tribu no se confundiera con la de la otra. (14)

En cuanto á los servicios prestados, su pago se regulaba mediante ciertas reglas; así, el colono y el obrero debían ser remunerados al oscurecer. (15) El deudor gozaba de ciertas prerrogativas, como las de que el acreedor no pudiera apoderarse de la piedra de amolar y de los objetos indispensables para el mantenimiento de su vida. (16)

Sin embargo de que estos deberes y derechos no eran reconocidos sino dentro del radio de la tribu, y de que un delito no era reputado tál y castigado sino cuando se cometía sobre un individuo miembro del mismo grupo, se ve que á pesar del estado de ignorancia en que vivían dichos pueblos, las costumbres iban formando un sistema que luégo llegó á imponerse como ley aun sobre el mismo jefe ó patriarca. Como la autoridad ó potestad del padre se ejercía con una rudeza extremada, apenas se concedían á la mujer y á los hijos ciertos derechos; no obstante, el poder del patriarca sufrió sus restricciones con respecto al derecho que tenía sobre la vida de los individuos sometidos á su autoridad, y aparte de la potestad del padre, cualquier ofensa ó delito cometido por otro era castigado previo sometimiento del delincuente á un tribunal de jueces.

Los libros hebreos no contienen otra cosa que principios compendiados, reducidos á fórmulas generales, y que recopilados por alguno de sus legisladores vinieron á constituir la ley. Dichas fórmulas no llegaron á expresar un valor general sobre un determinado orden de hechos sino al cabo de mucho tiempo y de muchas generaciones. Entre los pueblos primitivos se observa, por los documentos que nos han quedado, como la Biblia, el Código de Manú y otros, y aun en nuestras sociedades modernas, que un adagio, una regla de conducta, un precepto encierra tesoros de experiencia que han ido acumulándose lentamente, hasta que al fin nace el proverbio, que en realidad tiene el valor de una verdad filosófica. Las tradiciones bíblicas reflejan, pues, un sistema de costumbres que examinadas á fondo y despojadas del barniz religioso que en todas se nota, no vienen á ser algunas de entre ellas sino principios y reglas de derecho que permiten al individuo ejecutar tales actos ó prohibirle tales otros; reglas de legislación penal etc.

Ligeramente acabamos de tratar lo que fué la costumbre en el pueblo hebreo, el cual, por otra parte, ha tomado un puesto importante en la historia de la humanidad por la influencia de su religión, cuyas consecuencias han sido trascen-

(13) Deuteronomio. XXI.—17.

(14) Números XXXVI.—4-8.

(15) Deuteronomio. XIII.—15.

(16) Deuteronomio. XXIV.—12-13.

dentales; tócanos tratar el punto con relación á otra sociedad cuya organización, historia, instituciones, costumbres y leyes reflejan un brillo muy vivo, que palidece hacia el pasado, pero que sin embargo nos permite ver los restos de antiguas civilizaciones en las cuales se verificó la elaboración de los sistemas de moral, de religión y de derecho.

LA INDIA

Merced á los importantes estudios y á las investigaciones que en esta península han hecho especialmente Sir William Jones, Henry Sumner Maine y otros, se ha llegado á conocer con bastante precisión el carácter de la organización social y política del pueblo Hindu.

La sociedad de la India, tal como hoy existe, no es sino el resultado de una larga y complicada evolución que en el trascurso de los tiempos ha revestido modificaciones notables y pasado por faces distintas; á consecuencia de estas transformaciones su estudio se dificulta en gran manera por el sinnúmero de elementos y de factores que hay que tomar en cuenta, pero es de capital importancia desde el punto de vista del derecho.

Cuatro castas dividen la sociedad: la Brahamánica, la de los Chatrias, los Vasias y los Sudras; aun cuando el origen de esta división no está determinado, ella ejerce una influencia poderosa sobre la moral y sobre la condición más ó menos subalterna de los últimos.

Para tener ideas precisas sobre el régimen de la sociedad India es necesario recurrir á sus códigos, en los cuales se hallan compilados principios que examinados á fondo, y atendida la antigüedad de ellos, nos reflejan mucha luz acerca de las primitivas costumbres de dicha sociedad.

En la India se ha practicado la monogamia más que la poligamia y el concubinato, los cuales han sido privilegio de las dos castas superiores; de modo, pues, que la filiación paterna está allí definitivamente establecida. La organización de la familia es esencialmente patriarcal; las hijas no ocupan la supremacía, sino que por el hecho de ser mujeres se consideran como seres inferiores y humildes; el hijo, por el contrario, parece que se halla coronado por la religión con las mayores distinciones y prerrogativas, principalmente cuando es primogénito ó nieto. “Por un hijo, dice el Código de Manú, un hombre gana los mundos celestes; por el hijo de un hijo, él obtiene la inmortalidad, y por su biznieto se eleva á la morada del sol.” (1) Sin embargo, los hijos no tienen iguales derechos en el seno de la familia; el primogénito goza en ella la supremacía á la muerte de su padre, extendiéndose su autoridad sobre sus hermanos, quienes deben respetarla como si viviesen bajo la del padre; (2)

(1) Código de Manú. IX.—137.

(2) Código de Manú. 105-106.

no obstante, el primogénito no ocupa el puesto superior sino cuando la casta á la cual pertenece su madre es elevada; así, el hijo de una brahama jamás cedería su derecho al hijo de una chatria.

Por las costumbres escritas de la India se reconoce una ficción de paternidad, ó más claro, una adopción. Como el hombre que no ha tenido hijos se considera como un desgraciado, tiene un medio de cambiar esta condición; si el hombre no ha tenido sino hijas, puede obviar esta gran desgracia encargándoles á ellas la procreación de un hijo. Para esto le basta decirse mentalmente á sí mismo: “que el hijo que ella dé al mundo sea mío y cumpla en honor mío la ceremonia fúnebre.” (3) El hijo así engendrado por incesto mental y por una especie de sugestión es perfectamente legítimo.

El primogénito á la muerte del padre queda como tenedor más bien que como propietario de los bienes de éste; sin embargo, las hijas no son totalmente desheredadas; los hermanos deben dar á sus hermanas por padre solamente, la cuarta de su haber, á fin de que puedan casarse; esta obligación se impone á los hermanos so pena de degradación. (4)

El derecho del padre de familia no es igual en todas las partes de la India; hacia el Norte parece estar un poco debilitada su autoridad, pero hacia el Sur, donde la ola de hinduismo sacerdotal no ofrece sino una profundidad pequeña, la *patria potestad* figura como de las más importantes y de las más sólidas instituciones de los hindus. “Es un hecho indudable, dice M. Nelson, que el padre es mirado entre los pretendidos hindus de la provincia de Madrás como el *radjah* ó soberano absoluto de la familia que mantiene bajo su dependencia. El tiene derecho á ser respetado durante su vida, como tendrá derecho á ser venerado después de su muerte. Su palabra es una ley á la cual se obedece sin distinción y sin vacilar. Él es realmente el amo de su familia—de su mujer, de sus hijos, de sus esclavos—y de su fortuna; cualquiera resistencia á una de sus órdenes paternas es mirada como una monstruosidad.” (5)

La ley de Manú parece sostener esa autoridad del padre en todo caso, favoreciendo á éste con respecto á las adquisiciones personales que hagan la mujer, el hijo y el esclavo; de modo que el haber que resulta de sus ganancias lo adquiere aquél á quien dichas personas pertenecen. (6)

Vamos á tratar ahora del sistema de la comunidad, dentro de la cual vive la familia, nacen y se desarrollan las costumbres, la aplicación de éstas en los asuntos del grupo, y por último, estudiaremos el derecho escrito.

(3) Manú. 127.—Ch. Letourneau. Página 415.

(4) Manú. 118.

(5) M. Nelson. View of the hindu law. Páginas 56-38.—H. S. Maine. L'ancien Droit et la Coutume primitive. Página 166.

(6) Manú. VIII.—416.

Se ha fijado como causa determinante de la formación de las comunidades de aldea la siguiente: en los lugares en que la extensión de la tierra común es limitada es necesario regular su goce; pero cuando la extensión de esa tierra es tal que cada uno puede tomar cuanta quiera, entonces nadie se sujeta á regla ninguna sobre su ocupación y apropiación; en este caso la formación de grupos indisolubles es difícil, mientras que en el primero, por el aumento de la población y por la disminución de las tierras vacantes, se forman grupos compactos que han venido á tomar el nombre de comunidades de aldea. (7) Estas aldeas se componen de habitaciones sometidas cada una á la autoridad despótica de un padre de familia; cada habitación se encuentra separada de las otras, y ninguna persona de sangre extranjera puede franquear libremente el umbral de la puerta. Hay aquí cierta semejanza con la marca teutónica ó el *township*, pues el domicilio teutónico goza de una inmunidad extrema, lo mismo que el domicilio inglés; (8) pero las razones que explican tal inmunidad en Oriente y en Occidente no son las mismas; así, en la India el rasgo característico que acompaña la autonomía y el respeto á la habitación paterna, es el misterio extraordinario como se desarrolla la vida de familia, misterio que se nota aun entre los grupos más humildes del interior. Hoy mismo, aun cuando la sociedad india participa de un carácter primitivo, cualquiera tentativa, por mínima que sea, bien provenga del legislador ó del juez, para penetrar en el recinto de la familia ó para entablar la autoridad patriarcal, causaría un escándalo muy grave y una viva repulsión.

En estas comunidades se observan dos reglas para decidir y dirigir los asuntos de sus miembros: la costumbre y el derecho escrito. En cada una de las diversas localidades en que está dividida la India se encuentra un sistema de costumbres que á primera vista parece diferenciarse totalmente de los de las otras; sin embargo, en sus rasgos fundamentales unos con otros guardan íntimas relaciones, de modo que puede decirse en tesis general que la costumbre es uniforme en dicho país. Hemos dicho anteriormente que la organización social ejerce una influencia considerable sobre el origen y desarrollo de la costumbre; ahora podremos agregar que si en una extensión de territorio hay varias comunidades de constitución semejante ó idéntica, la costumbre guarda para todas una uniformidad regular. Sin embargo, el sistema rutinario no escrito de la India puede contener principios ó reglas de costumbre cuya aplicación en un caso dado no sea bien aceptada, ó más bien no se acuerde con los negocios prácticos; en este caso dicha costumbre va perdiendo su valor hasta que al fin desaparece por com-

(7) J. D. Maine. *Treatise on hindu law and usage*. Página 198.—Starcke. Página 97.

(8) Maurer. *Einleitung zur Geschichte des Mark, Hof, Dorf und Stadt Verfassung und der öffentlichen Gewalt*.

pleto. Pero entretanto, hay necesidad de buscar otra regla que sea pertinente; entonces, como en la comunidad, existe un consejo de jueces ó de ancianos nombrados entre sus miembros, éste dicta un fallo que decida el asunto, fallo que pasa al uso para todos los demás casos semejantes y se convierte en costumbre. Esto nos da á entender que dichas comunidades gozan de una autonomía especial y que propiamente en sus asuntos particulares disponen de libertades más ó menos amplias; en verdad, este hecho se ve mejor comprobado si se tiene en cuenta que el oriental se apega más á las costumbres de su localidad que á las leyes y preceptos del derecho escrito. Muchos de los jueces de las cortes inglesas, especialmente de las provincias del Noroeste, están profundamente convencidos de que si aplicarían la ley escrita de una manera estricta y uniforme, cometerían graves injusticias, siendo la costumbre más respetada y más tomada en cuenta para las decisiones. (9)

Entre los hindus el origen de la costumbre puede reconocer muchas causas; sin embargo, el sistema de cada localidad está formado por las reglas seguidas ó dentro de cada grupo familiar, ó por los negocios y contratos entre las varias familias; en resumen, podemos atribuir como origen principal un deber de parentesco sancionado por la autoridad patriarcal. Sumner Maine, de una manera semejante, reconoce como fuentes por excelencia del derecho, la autoridad, la costumbre y la casualidad. (10) De manera que según lo que hemos visto yá sobre la costumbre, podemos entrar á estudiar lo que es el derecho escrito de la India. Respecto á lo que dice Henry Maine, de que la autoridad sea la fuente del derecho en algunos casos, podemos argüir que si eso es evidente, es porque dicha autoridad, patriarca ó príncipe, no hace sino reconocer la necesidad del nuevo principio que se deja sentir en las capas sociales. En cuanto á la tercera fuente, el escritor la deduce de los procedimientos que emplean los miembros de la comunidad para arreglar según sorteo las diferencias que se suscitan relativamente á los derechos de los cultivadores para los riegos de los campos. En último análisis, podemos concluir diciendo que la costumbre es la verdadera fuente ó el origen del derecho positivo, en el cual nos ocuparemos en seguida.

El derecho hindu está condensado en teoría en el libro de Manú; sin embargo, no puede decirse que carezca de otros elementos, porque se apoya igualmente en los escritos de los juristas que lo han comentado y que se han comentado mutuamente.

Desde el punto de vista legal, esta serie de comentarios sucesivos es de una alta importancia para el desarrollo del derecho y para interpretar é iluminar los casos dudosos.

Así, pues, en el derecho hindu entran como elementos esen-

(9) Sumner Maine. *Histoire du Droit*. Página 73.

(10) Sumner Maine. *Village Communities in the East and West*.

ciales en primer lugar las Institutas de Manú, obra de pretendida inspiración divina, pero cuyo grado y valor es difícil de apreciar, y la serie de comentarios de la escuela cuyas ideas estaban más en boga; se componía, además, de una recopilación bastante voluminosa que fijaba las relaciones de las diferentes clases sociales, sobre todo en lo que se refería á las prohibiciones matrimoniales; contenía otra recopilación de preceptos importantes sobre la organización de la familia y, por consiguiente, trataba largamente del modo de sucesión hereditaria; por último, de una gran cantidad de reglas relativas á la tenencia de la propiedad común á muchas familias, y que consideraban la manera como se afectaba el derecho de cada una por su separación, así como la facultad que se le concedía al individuo para poseer un bien aparte como adquisición personal. (1) También había algunos principios sobre los contratos y sobre la criminalidad.

Un hecho resalta notablemente en este sistema de derecho hindu: como en lo general, á todos esos libros de derecho se les ha pretendido asignar un origen divino, á causa de que su compilación ha quedado á cargo del colegio de sacerdotes, las penas que se imponen al que viole un derecho ajeno ó al que no cumpla un deber prescrito en dichos códigos van á tener su cumplimiento en la otra vida; la creencia en la trasmigración de las almas ocupa uno de los puestos fundamentales en el sistema religioso hindu; el espíritu de cada ser impuro que muere atraviesa por una serie de purgatorios; cuando ha salido del último de éstos, empieza á revestir una por una las formas animales, hasta que al fin se encarna bajo una figura humana que probablemente será la de un ser débil ó maldito. "Los criminales del grado más alto revisten sucesivamente las formas de todas las plantas. Los que han pecado mortalmente entran en el cuerpo de los gusanos ó de los insectos; los que son culpables de menores ofensas entran en el cuerpo de las aves. Los criminales del cuarto grado entran en el cuerpo de los animales acuáticos. Aquellos que por un crimen pierden el derecho á permanecer en su casta entran en el cuerpo de los anfibios." (2) Así, pues, la religión entre los hindus juega un gran papel y su influencia se extiende hasta los rincones más humildes de la masa social; por esto no se nos hará extraño ver que los delitos sean castigados con penas futuras y que en general se imaginen la existencia como una rueda que gira, á uno de cuyos lados está el cielo, al otro el infierno, en una parte el hombre y enfrente los animales, y que en esa sucesión de cambios el hombre, por una serie de mutaciones, ocupe cada uno de los grados en que la existencia se divide para purificar su espíritu.

En el Pendjab, donde la corriente de hinduismo sacerdotal ha sido muy débil, existe un derecho consuetudinario muy se-

(1) Sir H. Maine. Les sources du Droit hindu. Página 71.

(2) Vishnú. XLIV.—2.

mejante al derecho escrito del Norte, más en el fondo que en los detalles; esta relación de semejanza nos hace presumir que en realidad los códigos de la India, aun cuando hayan sido compilados por el colegio de sacerdotes, no encierran, en la mayor parte de su contenido, sino un sistema de costumbres y de usos que han venido á ser reconocidos á virtud de una larga serie de observaciones efectivas. (3)

De la misma manera que entre los hebreos, en la India el derecho positivo no es, en último análisis, en lo que se refiere á la familia y á la propiedad, al individuo y al grupo, sino un sistema de principios, costumbres ó usos, favorables al mantenimiento y desarrollo de la vida y á la mayor cohesión del cuerpo social.

Un conocimiento más profundo de las instituciones hindus nos suministraría muchos datos valiosos para el estudio histórico y filosófico del derecho, y tanto más cuanto que en dicho país se encuentran reunidos, como en un inmenso y rico museo, todos los fenómenos de antiguos usos y de antiguas tradiciones, cuyo cumplimiento puede estar verificándose todavía en el seno de esa enorme sociedad.

Pasemos ahora á estudiar el origen y las fuentes del derecho en la nación más importante de la antigüedad, nación que pasó su vida conquistando, desarrollando y perfeccionando la igualdad civil, factor indispensable para la unidad del derecho positivo.

ROMA

Italia, antes de la fundación de Roma, estaba ocupada por una multitud de pueblos que si bien de un origen común, tenían organización y costumbres distintas entre sí.

(3) Un hecho nos parece de alta importancia y lo consideraremos ahora que estamos tratando de la India, porque fué donde especialmente se observó. En el régimen de la libertad y de la igualdad, el derecho nace y se desarrolla como una necesidad ordinaria; pero en aquellas sociedades en donde faltan esas instituciones, es menester para que ellas aparezcan iniciar al pueblo en la noción del derecho individual. "A menudo se olvida, dice M. Rattigan, que el pueblo no siente el perjuicio de una infracción á sus derechos sino cuando posee la noción del *derecho* natural. Antes de nuestra adquisición de las provincias que pertenecían á los príncipes mogoles, la idea del derecho individual tenía muy poca consistencia para ser apreciada; y verdaderamente, para el pobre no había tribunal alguno á que pudiese apelar con la esperanza de obtener un fallo imparcial; de modo, pues, que él se sometía pacientemente á la voluntad de sus señores musulmanes. Pero una vez iniciado por el régimen inglés en el goce de ciertos derechos que pudo estimar, no tardó en quejarse de las faltas de los subalternos de que por la necesidad se habían servido los funcionarios ingleses." *The Land Laws of India*. (*Law Magazine*, août 1886, página 236.)— *Village Communities in the East and West*, by H. S. Maine. De suerte que, según esto, hay casos en que hay que principiar por hacer conocer al pueblo lo que es el derecho y desarrollar con él la idea de justicia. A nuestro modo de ver nos parece que la historia comprueba este hecho preferentemente que el contrario.

Uno de ellos, el más adelantado quizá, el pueblo Etrusco, ha venido á ser importante por la poderosa influencia que ejerció sobre Roma y por haber sido el primero en hacerse distinguir por su civilización tan avanzada.

Al Sur de la Etruria quedaba el Lacio, región ocupada por los latinos, gente pacífica y dedicada á la agricultura, pero que no estaba tan adelantada como sus vecinos del Norte.

Al Noreste de éstos habitaban los sabinos, pueblo mucho más importante, y en el cual predominaban la fuerza y la independencia montañosas; no eran dados á los augurios como los etruscos, pero su sentimiento religioso era más elevado.

Estos tres pueblos, etrusco, latino y sabino, fueron las tres grandes columnas sobre las cuales se levantó el coloso romano: el uno era el representante de la civilización, el otro aportó su territorio y el último era la encarnación del poder, de la fuerza y de la libertad. Estos tres elementos tan heterogéneos, puesto que la composición de cada uno de ellos era tan distinta, debían, al mezclarse, producir resultados complicados. Así, pues, la ley biológica de la herencia aplicada al organismo social obró aquí sus efectos: el óvulo que mediante el desarrollo se transformó en gigante, llevaba en su composición los elementos heterogéneos de sus factores.

A consecuencia de esto, su organización primitiva fué muy complicada. Si damos crédito á las leyendas, la Roma del horizonte histórico no estaba en los rudimentos de su progreso sino en los albores de su civilización; por consiguiente, si apenas se nos dibuja débilmente rodeada de sombras en los confines de los tiempos tradicionales, el cuadro que nos presenta no es la obra de hombres primitivos, sino la creación de los Dioses del Olimpo.

Cada uno de esos pueblos había elaborado su civilización, y al reunirse, colocaron con sus instituciones, sus artes, sus usos y sus costumbres, las bases sobre que debía levantarse Roma, cuya vida fué consagrada á la conquista y al derecho, al engrandecimiento y á la perfección.

Muchas de las tradiciones romanas no eran sino las tradiciones etruscas, sabinas y latinas, que al tiempo de fundarse Roma llevaron á ella sus diversos elementos y fueron adoptadas; por ellas se entrevé cuáles fueron probablemente los primeros pasos de dichas naciones, sus primitivas costumbres y su organización. Así, pues, en los límites de la oscuridad prehistórica, Roma, la agrupación latina, estaba en un estado de atraso semejante á sus demás vecinos; y si en los comienzos de la historia la filiación paterna era la establecida, hay muchas razones para presumir que ésta apareció después de la filiación uterina.

Las mismas tradiciones nos llevan á imaginar que la familia no existió verdaderamente en un principio, porque estudiando la constitución del primer grupo que se nos presenta, la

gens, estaba compuesta de consanguíneos reales ó ficticios que vivían bajo la protección y autoridad de un jefe elegido, y llevaban su mismo nombre; además, según Bachhofen, el parentesco fué confuso en su principio dentro del *clan* latino.

La reunión de varios clanes formaba la *curia*; la agrupación de estas *curias* constituía la tribu, y la reunión de varias tribus la nación que se denominó Roma. Sin embargo, aun cuando la familia no hubiera aparecido sino hasta mucho después, una cosa la representaba y se le asemejaba en varios respectos, y ésta era el *clan* ó *gens*.

El pueblo romano estaba dividido en dos clases: patricios y plebeyos. En la sociedad romana, como en todas las de la antigüedad, la condición de los individuos no era igual: había un cuerpo esclavo del otro; una aristocracia y una servidumbre. Así, los patricios formaban una clase superior y dominante, con matrimonios y ritos distintos y su derecho privilegiado, siéndoles únicamente permitido á ellos encargarse de las funciones sacerdotales, políticas y judiciales. La clase inferior que vivía distribuida de familia en familia por los vínculos de la clientela, estaba excluida de todos aquellos derechos y prerrogativas de que gozaba la primera, y comprendía á los plebeyos.

Por último, otra población, que no formaba parte de la ciudad, sin representación y sin más derechos que los que se les conceden á los animales, que no eran mirados como personas sino como cosas, comprendía los esclavos.

Aparte de la división del pueblo en tribus, había otra distinción: la de las treinta *curias*; es probable que en cada *curia* hubiera sido la clase aristocrática la dominante, absorbiendo hacia sí á la clase plebeya, su subordinada.

Lo dicho nos lleva á pensar sobre la composición heterogénea del clan romano, el cual tiene un elemento principal: la familia patricia, á cuya cabeza estaba el jefe ó padre; y otro elemento de menor importancia: la familia plebeya, el cliente y su decendencia; más bien puede decirse que la *gens* patricia subordinaba á la *gens* plebeya.

El patricio ó patrón tenía una autoridad ilimitada sobre los individuos sometidos á ella; la mujer podía ser condenada y los hijos vendidos como esclavos; éstos le estaban sometidos de una manera más absoluta, teniendo derecho de vida y muerte sobre ellos. Los romanos eran los *quirites*, los hombres de la lanza con la cual adquirieron su territorio, sus bienes y sus mujeres; la lanza, entre ellos, simbolizaba la propiedad; sus mujeres y sus esclavos eran considerados como un botín, y sus hijos como el producto de él.

En Roma la familia no fué en su principio estrictamente consanguínea, puesto que comprendía una diversidad de elementos distintos, y la agnación tenía por base la *patria potestas*. “Los agnados eran aquellos que estaban sometidos al mismo poder paterno ó lo hubieran estado si su antepasado hubiese

podido vivir bastante tiempo para ejercer el imperio paterno. Allí donde el poder paterno comienza, empieza el parentesco. Los hijos adoptivos eran parientes. Un hijo emancipado por su padre perdía sus derechos de agnación." (1) El padre de familia era considerado como el sacerdote y el jefe supremo de ella, y á su muerte el agnado más próximo tomaba á su cargo la familia. (2)

Esta era, pues, la forma orgánica de la familia romana; como vemos, en los tiempos históricos ella revistió el carácter patriarcal.

En cuanto á la propiedad, vimos que la lanza la simbolizaba, y que las mujeres, los hijos y los esclavos eran, se puede decir, la propiedad mueble del padre ó jefe del clan.

La propiedad territorial debió, en un principio, haber sido comunal; así parece demostrarlo la posesión del *ager publicus*, que era aquel terreno conquistado que se denominaba de ese modo antes de ser repartido á los particulares; de propiedad del Estado y perteneciente al pueblo colectivamente; campos reservados para ser destinados á usos comunes ó que el Estado concedía en usufructo gratuito ó mediante una retribución.

Yá cuando Roma se nos presenta mostrándonos una organización más determinable y conocida, la propiedad del suelo era individual; fijando nuestra atención en el *ager romanus* encontramos que el campo romano, el único susceptible de la aplicación del derecho quiritaro y que sólo se concedía en goce á los ciudadanos romanos, vino á ser propiedad particular desde los primitivos tiempos de Roma, según la opinión de los historiadores; la distribución la hacía el rey tomando en cuenta la distribución política por curias ó por cabeza.

Una forma civil muy notable y que representaba un papel muy activo en las relaciones privadas, tanto para operar la traslación pacífica del poder como la de la propiedad, era la solemnidad por la pieza de bronce y por la balanza. Un *libripens* llevaba la balanza; cinco ciudadanos servían de testigos; las barras se entregaban después de pesadas y se proferían unas palabras que contenían la fórmula y la fe del contrato, y así el poder era transmitido de unas manos á otras; de suerte, pues, que esta solemnidad era la forma principal, según la cual se adquirían, se modificaban ó se extinguían los derechos. Por medio de ella se llegaba á la propiedad de las fincas urbanas ó rústicas, se adquirían las bestias ó se constituía dominio sobre los esclavos, poder sobre la mujer y sobre el hombre libre; por medio de ella se contraían los lazos de la obligación civil, y por medio de ella se hacían los testamentos.

Esta solemnidad no era, en lo general, sino de un uso enteramente plebeyo, puesto que la casta patricia alcanzaba los mismos resultados pero por medios más nobles.

(1) H. S. Maine. *L'Ancien Droit*. Páginas 141-142.

(2) Ch. Letourneau. *Página* 421.

El plebeyo adquiría su mujer por la pieza de bronce y la balanza; el patricio se hacía á ella por una ceremonia religiosa, la *confarreatio*, cuyo carácter y símbolo estaban llenos de dignidad y de nobleza. El testamento del plebeyo consistía, igualmente, en hacer uso de la solemnidad *per as et libram*, vendiendo su patrimonio para lo futuro, mientras que el del patricio se hacía convocando los comicios curiados con el fin de decidir si convenía ó nó el heredero propuesto por el testador etc.

La misma solemnidad de la pieza de bronce y la balanza servía al plebeyo para pagar á sus acreedores ó para tomar prestado y garantizar la deuda, sometiendo su propia persona, las de sus hijos ó emancipados.

Volvamos entretanto á la familia, origen de los derechos privados especialmente. Vimos que el padre ejercía un poder absoluto, único sér capaz de poseer y de tener derechos; bajo su inmediato poder estaban su mujer y sus hijos, y al rededor suyo se colocaban — cuando el jefe era patricio — los clientes y la descendencia de éstos, quienes estaban sometidos al patrón pero de una manera menos directa. En el seno de esta *gens* nacieron una serie de instituciones que tuvieron una aplicación perpetua en el derecho civil relativo á las personas. Así, el jefe extendía su autoridad sobre los esclavos, sobre los hijos y nietos, comprendiendo hasta el haber de éstos; sobre la mujer, poder quizá menos severo, porque debió ser moderado por la influencia de los padres de ésta; poder sobre los hombres libres, que aun cuando eran libres en la ciudad, en la familia estaban sometidos al jefe; poder sobre los emancipados que pasaban del estado de esclavitud al de hombres libres, pero dependientes de su primitivo amo; y, por último, poder sobre la clientela, el cual se resolvía más bien en una especie de convención entre el cliente y el jefe ó padre, en virtud de la cual aquél se sometía al culto privado de éste, y la sucesión, cuando no había herederos en la familia de aquél, pasaba á la *gens* del patrono. Asimismo éste protegía á su cliente dirigiéndolo en sus negocios, ayudándolo con su crédito; el cliente al recibir de su patrono auxilios, medios de trabajo y subsistencia, y en algunas ocasiones tierras para el cultivo, estaba obligado á contribuir hasta con su fortuna á los gastos que al patrono podían originársele en las grandes ocasiones. Puede decirse que al cliente y al patrono los unía un vínculo sagrado.

Hemos visto, pues, el modo como estaba constituida la familia y la propiedad; como se trasmitía la propiedad por convención y por sucesión hereditaria. Ahora, ¿qué leyes ó qué reglas existían aplicables á todos estos casos? Pomponio nos cuenta que las leyes curiatas dadas por Rómulo y sus sucesores, llamadas leyes reales, fueron recopiladas por el Pontífice sexto Papirio, recopilación que recibió el nombre de Derecho Civil Papiriano. Sin embargo, se ha puesto en tela de duda la existencia de aquellas leyes y, por consiguiente, la recopilación

de Papirio, porque no se sabe qué contenía, cuál era su carácter, sus limitaciones etc.; si se reducían á exponer las costumbres dichas leyes ó si se extendían á materias civiles. En general, aun cuando la historia atribuye á los reyes de Roma leyes importantes sobre el matrimonio, la patria potestad y los derechos de los acreedores sobre los deudores, esas relaciones históricas carecen de importancia desde el punto de vista científico; no habiendo leyes escritas, el derecho privado de aquella época consistía en los usos y las costumbres reconocidas.

Cuando la monarquía se derrumbó y sobre sus ruinas se levantó la república, la organización política cambió y, por consiguiente, se modificó la condición de las clases; nuevas instituciones surgieron, nuevos principios, nuevas reglas, y cada día el derecho del plebeyo se extendía más, reduciendo las prerrogativas del patricio, porque siempre en los fenómenos sociales la ley de equivalencia de las fuerzas se cumple del mismo modo que en los demás fenómenos universales.

La desigualdad no podía subsistir en Roma; la tendencia natural de cada hombre á desarrollarse, á modificarse, se reducía y se estrechaba en esa cárcel de la desigualdad política, y el individuo esforzándose cada vez más por romper sus ligaduras, al verse libre de ellas se encontraba en su verdadero campo, y yá sin tropiezos podía marchar sereno y seguro en busca de su integración moral é intelectual. A cada paso que daba el plebeyo en el camino del derecho, llenaba una condición de su existencia; pero las necesidades surgían, se multiplicaban y perfeccionaban; de aquí que nuevos usos surgieran igualmente, y luégo nuevas costumbres, que precedían á nuevas leyes.

El derecho positivo en Roma no comenzó la éra de su existencia sino durante el período republicano con las leyes de las XII tablas. Por los fragmentos que los expositores del derecho romano nos han trasmitido de dichas leyes notamos que su carácter era evidentemente una exposición de costumbres, y que aun cuando no establecían sino principios, se encuentra en tales tablas el germen de un gran número de instituciones desarrolladas en el derecho posterior.

TEUTONES (3)

El elemento teutónico no vino á ser conocido verdaderamente sino después de varios siglos de la caída de Roma y cuando se estableció el Imperio de Oriente; sin embargo, durante este tiempo la inestabilidad política de las razas que se habían escapado á la dominación romana era general, y sólo cuando el equilibrio comenzó á establecerse empezaron á revestir organizaciones políticas de un carácter regular.

(3) La estirpe teutónica dominaba en las orillas del Elba y del Rhin siglos antes de la éra cristiana. Posteriormente se dividió este elemento en alto y bajo: el uno comprendía el bávaro, el franco y el lombardo, y el otro se dividió en alto-sajón, bajo-sajón y frisón. (Siglos IX y X, XIII de la éra cristiana.)

Debido quizá al influjo de Roma, la filiación masculina era la usada entre dichos pueblos, según nos lo cuentan los historiadores; y á virtud de las investigaciones modernas acerca de las leyes bárbaras y de los pasajes de los escritores antiguos, se ha logrado llegar á un conocimiento más evidente sobre la constitución de la familia y de la propiedad teutónicas.

El tipo patriarcal era el predominante en las familias bárbaras durante las primeras épocas de la era cristiana, y aun mucho después subsistió por largo tiempo en algunas comunidades de Dinamarca, Alemania, Suecia é Irlanda.

Las antiguas comunidades agrícolas de los teutones de Alemania, que han sido las más estudiadas, estaban organizadas de la manera que sigue: cada comunidad se componía de un grupo de familias que ocupaba en calidad de propietario un distrito dividido en tres partes: la *marca* del *township* ó aldea; la *marca* común ó tierras baldías, y la *marca* labrantía ó tierra cultivada. La comunidad habitaba en la *marca* del *township* y ocupaba la *marca* común á título de propiedad mixta; la tercera porción, que era la tierra cultivada, se dividía en lotes apropiados á las necesidades de cada familia y se le entregaba á cada jefe ó padre su parte de terreno, á título de propiedad individual, por un plazo de tres años, al cabo del cual se hacía una nueva repartición. (1)

En cuanto á la familia, era gobernada libremente por su jefe ó *paterfamilias*, y á consecuencia de la autoridad absoluta de éste, cada familia gozaba verdaderamente de una autonomía casi completa; el jefe era el único que libremente podía franquear el umbral de la puerta, y la entrada á la habitación no era permitida ni aun á los ministros de la justicia.

El hombre libre entre los teutones es á la vez señor (*lord*) y simple ciudadano (*commoner*.) Su autoridad es ilimitada en su propio domicilio, pero fuera de él su posición es igual á la de cualquiera otro de su condición, hallándose en cierta manera refrenado su poder por el de los otros jefes de casa. Visto este aspecto común en el cual se nos presentan los clanes teutónicos, tanto en lo que se refiere á la familia como á la propiedad, analicemos otras cuestiones secundarias.

Mientras la propiedad individual de la *marca* labrantía fué por tiempo limitado, la tradición de ésta no podía verificarse en manera alguna, de suerte que el contrato y las leyes consiguientes no pudieron existir mientras la tierra no fué poseída á perpetuidad. Las reglas, tan minuciosas y abundantes sobre la propiedad raíz, no trataban sino del modo de dividirla y de repartirla entre los jefes de las familias. Establecida definitivamente la propiedad de los lotes por tiempo perpetuo, los derechos de las familias cambiaron y nacieron otros nuevos; desde

(1) Véase G. L. von Maurer.—Geschichte der Markenverfassung in Deutschland y Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöf, and der Hofverfassung in Deutschland.

ese momento la tierra podía ser vendida ó cambiada ó repartida entre los hijos ó parientes.

La sucesión en caso de muerte del padre comprendía bienes cuya posesión por los herederos no estaba sujeta á condición de plazo de ninguna clase. En este caso vemos claro este hecho: el sistema de costumbres cuyos principios se aplicaban para decidir las cuestiones por el consejo ó tribunal de ancianos de la comunidad, sufrió modificaciones notables cuando la propiedad pasó á ser adquirida por tiempo indefinido; aquí, como siempre, hacemos notar que la necesidad impone nuevos usos, que originan nuevas costumbres. El imperio del derecho consuetudinario no se extendía solamente sobre la familia, sino que determinaba las relaciones entre dos familias ó entre cada familia y el resto de la comunidad. Respecto á las relaciones entre los propietarios, la acción individual de cada uno estaba limitada por los derechos de los demás; los jueces que componían el tribunal de cada comunidad no hacían sino decidir conforme á la costumbre más establecida.

Cuando por orden del Gobierno irlandés se hizo la traducción de las antiguas leyes de Irlanda, se encontró que aun cuando el fondo de esa legislación era bastante árido, los detalles eran abundantísimos y las reglas eran minuciosas; ahora, dicha legislación no hacía sino reconocer principios de derecho rutinario sobre la familia, la propiedad y la condición de las personas.

El tipo patriarcal ocupa uno de los puestos más avanzados en el curso de la evolución social; por consiguiente, ninguno de los pueblos semitas ó arias de la antigüedad y de los tiempos modernos, cuya organización familiar sea el patriarcado, puede considerarse como atrasado, sino por el contrario, como que yá ha recorrido las faces rudimentarias del progreso social. Téngase, sin embargo, presente, que si optamos por la teoría patriarcal en esta tesis, no es porque la consideremos como Sir Henry Maine, como la base ó unidad de la organización política, sino porque, desde otro punto de vista, nos parece de una alta importancia, pues sólo cuando se ha establecido la filiación masculina, cuando hay una autoridad que es respetada y obedecida, en fin, cuando á consecuencia del culto de los antepasados el clan familiar se hace más estable y más coherente, es cuando surgen los elementos que dan origen á y facilitan el desarrollo del parentesco, de la religión, de la moral y del derecho.

Condecoradas las diversas relaciones que nacen del patriarcado con los nombres romanos de *patria potestas*, *manus*, *dominium*, *adopción*, *divorcio*, *ognación* y *emancipación*, (2) tenemos que en dicha forma se reúnen los elementos esenciales del derecho civil privado.

(2) H. Maine. L'Ancien Droit et la Cout. primit. Página 264.

Al estudiar el patriarcado hemos estudiado las dos grandes instituciones sobre las cuales se basa el derecho civil y que son como los ejes indestructibles sobre que giran las sociedades humanas: la familia y la propiedad; ambas corresponden á dos leyes de nuestra naturaleza: la de reproducción de la especie y la de conservación y desarrollo de ésta, leyes que complementándose y hallándose en íntima unión, imprimen el primer movimiento al hombre hacia su perfeccionamiento. Al lado de ellas se colocan otras dos no menos importantes, y son: la convención y el modo de sucesión hereditaria, hijas, igualmente, de otras dos leyes de nuestra naturaleza: la de ineptitud é incapacidad del hombre para bastarse por sí mismo, que da por resultado el tener que ayudar á la mutua cooperación; y la de continuidad para perpetuar el patrimonio moral y material que nuestra actividad ha acumulado.

En una sociedad cualquiera, á medida que el desarrollo y el perfeccionamiento individual vayan siendo mayores, las necesidades se multiplican y perfeccionan igualmente; de esto resulta una tendencia favorable para el desarrollo social, porque las actividades se ejercitan de diversas maneras, y por consiguiente el hombre se aleja cada vez más del círculo en que en un principio giraba impulsado por las necesidades animales, para elevarse al campo del pensamiento y de la idea.

Así, cuando á consecuencia de una nueva necesidad surge una nueva tendencia, un modo distinto de ejercitar nuestras facultades, entonces puede decirse que el derecho individual se ha presentado por otro aspecto diferente; de aquí que el hecho en germen se haga notar débilmente por un uso que se va extendiendo y que al fin degenera en costumbre, la cual llega á adquirir una fuerza superior á la de la ley.

Vimos anteriormente que todo derecho escrito no es sino una exposición de costumbres conservadas por la tradición; recíprocamente reducidas dichas costumbres á la forma escrita, constituyen el derecho positivo, que en resumen no es sino el conjunto de principios por los cuales el legislador humano da una sanción eficaz á los preceptos del derecho natural.

Siendo la vida humana una sucesión de cambios simultáneos y heterogéneos, el origen del derecho se halla, puede decirse, en cada momento en que una sociedad sea determinada por una nueva modificación de carácter persistente; por eso, como dice Spencer, "aun cuando en el curso de la civilización la ley escrita tienda á reemplazar á la costumbre tradicional, ella nunca la reemplazará de una manera completa." El derecho positivo tiene, pues, su origen en el pueblo, ó más bien cada pueblo es el creador y el sujeto de su derecho positivo, el cual en su principio se expresa por la costumbre. El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el mismo espíritu humano; por esta razón, aun cuando los diversos sistemas de derecho positivo difieran

en sus particularidades, siempre en el fondo son, cuando no idénticos, semejantes. El derecho de cada nación tiene ciertos rasgos peculiares á la nación y otros comunes á todos los pueblos. Así, los romanos comprendían con el nombre de *jus gentium* estos elementos generales del derecho (1).

La costumbre fué la fuente primera del derecho positivo: antes de que existiera un legislador reconocido las agrupaciones de hombres obedecían á los principios del derecho rutinario; así, en las sociedades atrasadas no siempre el individuo está sometido á la autoridad arbitraria de un jefe, sino que por encima de éste se halla el poder y la fuerza de la costumbre. En la India cada cual es esclavo de las costumbres del grupo á que pertenece. (2) En las aldeas de la parte occidental de Africa no es un poder arbitrario el que rige, sino que más bien el jefe tiene una autoridad limitada por los preceptos de la costumbre tradicional. (3) Nada más común, dice Wellington, que representarse á los neo-zelandeses como un pueblo sin orden y sin ley. Han sido y son esclavos de las leyes, de las costumbres y de los precedentes. (4) Yá vimos que entre los romanos y los teutones la fuerza de la costumbre fué la ley primitiva, y probablemente imperó desde los tiempos remotos de la fundación de Roma hasta la promulgación de las leyes de las XII tablas. Los rasgos fundamentales de los sistemas consuetudinarios de los diversos pueblos revisten una semejanza común; sin embargo, los detalles son sumamente diferentes; por eso dice un escritor: "la costumbre para el pueblo que la establece es un espejo en donde él se reconoce." (5)

No obstante, en los pueblos cuya organización es muy rudimentaria, la costumbre no ha decidido en todo caso; así, entre los tahitianos la manera como el Dios hace conocer su voluntad es entrando en el cuerpo del sacerdote, quien entonces habla bajo la influencia sobrenatural. (6) En otras partes, el sacerdote es quien decide en los casos de disputa entre los individuos por sus mujeres, sus bueyes etc. (7)

Hemos estudiado las costumbres: la semejanza de éstas en todos los pueblos que se hallan en una condición de progreso social semejante nos acaba de comprobar la ley que establecimos en la primera parte: "toda sociedad recorre faces de desarrollo semejantes á las demás sociedades"; (8) situados en la verdad de esta ley, el derecho en todos los pueblos tiene y tendrá los mismos principios, los mismos orígenes y las mismas fuentes.

(1) Savigny. El Derecho Romano actual. Página 8.

(2) H. Maine. Les communautés de Village.

(3) Hartmann. Les peuples de l'Afrique. Página 208.

(4) Wellington. Trans. Ethn. Soc. Página 367.—Citado por Lubbock.

(5) G. Puchta. Das Gewohnheitsrecht. Tomo XI. Páginas 8-9.

(6) Ellis. Polynesian Researches. Página 235.

(7) Metz. Tribes inhabiting the Milgherry hills. 17.— Spencer, Sociologie. Página 690.

(8) Me refiero á un estudio que hice sobre el hombre, que no se imprimió.

UNIVERSIDAD
EAFIT®



Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial

BIBLIOTECA
Universidad Eafit



62000001711158

UNIVERSIDAD EAFIT®



Abierta al mundo
Biblioteca Sala Patrimonial