

SECCION SEGUNDA

## SOCIOLOGIA JURIDICA

*Derecho, Sociedad y Cultura.*

*Dr. Humberto García Ortíz.*

# DERECHO, SOCIEDAD Y CULTURA

*Dr. Humberto García Ortíz*

Profesor de Filosofía e Historia del  
Derecho en la Universidad Central  
del Ecuador.

Ante todo, cuando se habla de *sociedad*, nos referimos a algo que tiene un valor objetivo, o se trata únicamente de una formación concien- cial del individuo? Si aplicamos un criterio realista a este examen, tendríamos que afirmar el segundo término de la cuestión. Pero no so- lamente aquello que pertenece al mundo sensible tiene un valor *objetivo*; también lo tienen muchas concepciones mentales que se construyen con elementos suministrados por la realidad exterior. Cosa igual sucede con la *sociedad*, pues su elemento primario —el hombre— es absolutamente real.

Conviene, en segundo lugar, que establezcamos ciertas distincio- nes relativas al vocablo *sociedad*, del punto de vista de la extensión y de la comprensión:

a) Puede referirse a toda la sociedad humana, en cuyo caso se con- funde con el concepto de *humanidad*; puede referirse a una colectividad cualquiera, genéricamente entendida (sociedad en general); y c) se re- fiere a una sociedad determinada, específicamente considerada (socie- dad ecuatoriana), y en este caso nos hallamos frente a un pueblo dado.

En el momento presente nos queremos referir a la sociedad en ge-

neral. Y dentro de este criterio, intentemos la búsqueda de los elementos que, a nuestro juicio, tengan cierto carácter esencial para la elaboración del concepto genérico de sociedad. Tales elementos parecen ser:

A).- El *grupo* humano, que es algo de valor primario en la construcción de la sociedad; B).- *Un fondo psíquico común*. El elemento humano concreto se renueva constantemente, hasta tal punto que, así como el organismo individual, transcurrido cierto número de años, se ha renovado totalmente, del punto de vista filosófico, la sociedad también en determinado período de tiempo, ha cambiado en absoluto sus componentes. Pero, a pesar de ello, sigue siendo la misma: tal, por ejemplo, nuestra sociedad, cuyos componentes individuales de hace un siglo han sido reemplazados totalmente. Sin embargo, hay algo que subsiste detrás de estas continuas mutaciones: ese algo, ciertamente, son las *instituciones*, pero, a su vez, ellas requieren un respaldo, un contenido de carácter psíquico, que de lo contrario no encerrarían un significado vital, como en verdad lo encierran. Ese contenido espiritual es, por consiguiente, lo que informa toda formación histórica y social, y viene a constituir aquello que hemos denominado "*fondo psíquico común*, sin lo cual tampoco es posible imaginar una sociedad, toda vez que esta no implica solamente *hombres*, sino también *ideas* e *instituciones*, y una y otras pertenecen al plano del espíritu.

Este fondo psíquico, por otra parte, se agiganta y crece a medida que transcurre el tiempo, y, a veces, llega a ser tan fuerte que puede aún suplir, no sin ventaja, toda otra especie de vinculación entre los hombres, incluso la que proporciona la posesión de un mismo suelo, como se puede observar, por ejemplo, en el caso del pueblo judío, que se mantiene firme y erguido en la historia, frente a toda contingencia de otro orden.

En casos como este, justamente, lo que sucede es que, a falta de vinculación territorial tales pueblos se aferran tenazmente a su "*atmósfera psíquica*", conservada y transmitida en leyes, preceptos, usos y costumbres, etc. que es de lo que suelen asirse para poder permanecer. Esta *atmósfera* es, sin duda, formación espiritual, expresiva del pasado histórico de un pueblo, por lo que con exacta certidumbre, puede afirmarse que, así como una *nación*, un pueblo, una sociedad dada, es más obra de *muertos* que de *vivos*.

C).- Interdependencia de los componentes de la sociedad, a causa de intereses comunes y semejantes. Con ello nos referimos a los lazos de carácter económico que se establecen en toda sociedad, principalmen-

te, tan pronto como surgen las necesidades individuales y colectivas, por un lado y los medios para satisfacerlas por otro.

D).- *Organización*. La organización surge espontáneamente de la *convivencia* y va implícita en ella la aparición de una *regla o norma* (derecho objetivo?), por elemental que sea.

E).- *Tendencia hacia una finalidad*. Interviene, por último un elemento *teleológico*: la dirección a una finalidad determinada. Al expresarnos de este modo queremos que se entienda en el sentido de Ward, según el cual la obra *télica* es querida, deliberada y prevista.

Indudablemente toda sociedad tiende a una finalidad, y esta puede ser señalada como la misma para todas las sociedades: ella es el mejoramiento, la *perfección*. Esta tendencia, por ser colectiva, es considerada por nosotros como *inconsciente*, pues es exagerado hablar de conciencia *colectiva* o *social*, idéntica a la conciencia individual, cuyo principal atributo, la *determinación* a la *acción* (acto de voluntad) es irrealizable en las sociedades.

Por lo tanto, cuando hablamos de tendencia, de dirección, nos referimos a aquellas propiedades espontáneas de las colectividades, en virtud de las cuales estas realizan inevitablemente un *proceso*, el *proceso social*. Y todo proceso, por instintivo que sea, tiende a culminar en formaciones cada vez más valiosas.

De todo cuanto se ha expuesto fluye lo que podríamos llamar una justa definición de *sociedad*, en el siguiente sentido: "Una agrupación humana, dotada de un fondo psíquico común, cuyos componentes se hallan unidos por intereses comunes y semejantes, organizada y dirigida hacia un perfeccionamiento".

— O —

## EL PROBLEMA DEL ORIGEN DE LA SOCIEDAD.

Este problema ha dado lugar a un sinnúmero de conjeturas, pero de lo que se trata es de comprender *cuál* fue el proceso que produjo esta formación llamada sociedad. Su raigambre está en el mundo animal y probablemente hubo un tiempo en que no existían notables diferencias entre un *grupo* humano o pre-humano y una simple agrupación animal.

Todas las agrupaciones animales, a su vez, tienen que ser referidas al libre juego de impulsos biológicos naturales, que pueden comprenderse dentro de aquello que se ha llamado el "*instinto de la especie*", prin-

cipio explicativo y hecho mínimo fundamental social, de acuerdo con Giddings.

Empero, si todas las agrupaciones animales tienen que ser referidas al "instinto", e incluso en sus comienzos, también la humana, más tarde, van apareciendo en ésta ciertas *construccionnes* específicas, inherentes a ella, que no pueden ser explicadas del solo punto de vista biológico. Fuerza es, por consiguiente, admitir la aparición de un nuevo elemento de orden superior, al cual atribuir estas construcciones. Tal elemento, específicamente humano, es la *conciencia*, aquella facultad en virtud de la cual el hombre se descubre a sí mismo, llega a ser tal por obra del impulso creador, inherente a su especie; y descubre, además, la existencia de un grupo del cual forma parte, al que siente hallarse ligado por múltiples y fuertes lazos, aunque más no fuera, en primera instancia, que por aquellos vínculos pertenecientes a un orden y a un mundo eminentemente materiales.

En consecuencia, como se puede observar, lo que caracteriza a la sociedad es justamente el elemento *psicológico*, del que depende la formación del fondo común espiritual del grupo. Merced a este elemento, el grupo simplemente instintivo se transforma en sociedad; pero, a su vez, es la vida del grupo la que hace surgir y crecer el factor concienzial individual. En tal virtud, el *individuo* es en realidad, obra social y tenía razón Roberty cuando afirmaba que la elaboración de la personalidad se ha llevado a cabo dentro del grupo.

Si se entiende bien lo que acabamos de exponer, no se puede menos de convenir en que cuando se plantea el problema de si el hombre es o no *sociable* por naturaleza, en realidad se plantea mal el problema o no lo hay. Porque si, efectivamente, el individuo ha surgido del grupo, se ha formado dentro de la vida social, está por demás indagar aquella cuestión. Ni el individuo, ni siquiera la familia constituyen lo primario en la sociedad.

El grupo como tal es lo relamente primario, pues es lo inmediatamente dado en la Naturaleza.

Preocupados hasta ahora muchos autores, más que de comprender un tal proceso, de la dilucidación acerca de la *sociabilidad* o no *sociabilidad* del hombre, se han dado a construir hipótesis fantásticas, entre las cuales hay que citar, por lo menos, la *teocrática*, según la cual la sociabilidad, bien mirada, vendría a ser una cualidad infundida directamente por Dios en el hombre; la individualista, que supone un estado salvaje, paradisíaco, en que el hombre vivió solo y no necesitó de sociedad, habiendo llegado a esta casi diríamos por conveniencia y, en todo caso,

mediante un convenio; y en tercer lugar, la socialista, que parte de bases y fundamentos similares a los estructurados por nosotros.

Después de todo, si por social se entiende la tendencia del hombre a vivir siempre en estrecha relación con sus semejantes, evidentemente el hombre siempre ha sido y es social; pero esta sociabilidad se ve limitada por la tendencia a escapar a la absorción total por parte del grupo, a la que tiende toda sociedad. El hombre tiene, pues, una naturaleza dualista, bipolar, que lo mismo lo coloca dentro y fuera de la sociedad, como ha dicho con gran vigor Recaséns Siches. "Por una parte —dice— el hombre constituye un ingrediente de la sociedad; y además lleva lo colectivo dentro de su misma estructura humana. Pero, de otro lado, puede oponerse a la sociedad, como contemplador de ella, como su crítico y aún reformador".

El hombre para realizar, efectivamente, su esencia humana, tiene que hallarse socializado en no pequeña parte. Pero, de otro lado, para ser efectivamente un ente humano, tiene también que conservar fuera de lo social la raíz de su propia individualidad y tiene que cultivar las fuentes creadoras de ésta.

"El hombre está solo y al mismo tiempo está relacionado —dice Erich Fromm—. Está solo, en tanto en cuanto que es una entidad única, no idéntico a ningún otro, y que tiene conciencia de su propio yo como una entidad separada. Y, sin embargo, no puede soportar una soledad total, un no estar en relación con sus prójimos".

"Empero —añade MORRIS GINSBERG—, a propósito de este mismo tema, no es sociabilidad la que distingue al hombre de los animales que poseen una completa vida social (vida en común, diríamos nosotros); lo que hace única suposición es su combinación notable de individualidad y sociabilidad, su capacidad de rebelarse contra la voluntad de la comunidad y de ganar una independencia interna que le permite reaccionar, a su vez, sobre la comunidad".

Y, de esta manera, puede afirmarse como conclusión final que el hombre es a la vez social e insocial, lo cual ya fue bien expresado por Kant cuando habló de la "insocial sociabilidad del hombre".

## GENESIS Y TELESIS SOCIALES

Una sociedad, naturalmente, está sujeta a un proceso de constante transformación, que se denomina *evolución social*. Esta evolución se comprende mejor como transformación de las instituciones, obra de la energía social. Este proceso puede ser determinado de dos maneras: genética y teleológicamente.

Por *génesis* puede entenderse el origen mismo de un hecho o fenómeno o el proceso realizado previamente a la aparición de tal hecho o fenómeno. Es en esta segunda acepción en la que tomamos dicho vocablo. Del mismo modo, por *télesis* se puede interpretar la finalidad considerada en sí misma, o también el proceso *télico*, dirigido deliberadamente hacia esa finalidad. Lo *genético*, por consiguiente, abarca la faz espontánea y natural del proceso de evolución social, debido a las solas fuerzas de la Naturaleza; lo *télico*, en cambio, implica aquello que depende del esfuerzo individual o colectivo, caracterizado por su dirección hacia un fin preconcebido.

Si la evolución social comprende la transformación de las instituciones y si, por otra parte, el proceso evolutivo es, ante todo, genético, quiere decir que en las mismas instituciones se halla involucrado el factor primordial que las impele a sufrir esa continua aunque lenta transformación. Tal factor no es otro que la energía social, tan real como la energía vital (*vis plastica*) y, en último término, como la energía *cósmica*.

#### DIVERSAS CONCEPCIONES ACERCA DE LA SOCIEDAD.

Cada vez más, la importancia conceptual de la sociedad va aumentando, a medida que ha decaído la del Estado, a tal punto que podemos considerar que el *Estado* tendrá que incorporarse en la *Sociedad*.

En la interpretación de estos dos conceptos han ocurrido tres grandes momentos: a) el "Estado" engloba a la sociedad haciéndola desaparecer en él; b) se establece una diferencia específica entre el Estado y la sociedad, en virtud de la cual ésta adquiere mayor valor que aquél, cuya significación se reduce a la de un órgano de la estructura social; y c) el Estado tiende a fundirse en la sociedad, cuyos caracteres de permanencia y espontaneidad mayores le dan un valor esencial. Según esto, se retorna a una integración del Estado y la sociedad, centralizándose la importancia en la sociedad.

Ahora bien, cualquiera que sea la orientación que se tome a este respecto, debemos recordar que una de las concepciones que mayor éxito han tenido acerca de la sociedad es la concepción orgánica, cuya influencia en el campo de la misma sociología es, en verdad, inmensa.

El mismo Platón había tratado de establecer cierto parangón entre la sociedad y la persona humana, aseguñando que aquella es tanto más perfecta cuanto más se asemeja a ésta. Las tres clases en que divide la sociedad son comparables a las tres facultades del hombre: los gobernantes

representan la *razón*; los guerreros, el *valor*; y los trabajadores, el *deseo*.

En la Edad Media, existe también una tendencia a concebir orgánicamente la sociedad. De parte de la Iglesia Católica, sobre todo, se aspiraba a que toda la Humanidad, no ya solamente una sociedad, formase un solo cuerpo, el famoso *corpus mysticum*, en el nombre de Cristo, con una sola cabeza visible, el Papa.

Posteriormente, Hobbes hablaba del Estado como de un *Leviathan*, en cuyo seno los individuos y las corporaciones no eran sino como "gusanos en el vientre gigante". Según Fichte, el Estado es un "*naturprodukt*" o unidad orgánica, y de acuerdo con tal creencia, se expresa así: "En la entidad orgánica, cada parte integra y sostiene constantemente al todo, y de existencia de este, por consiguiente, depende la vida de aquella: una posición semejante ocupa el individuo dentro del Estado".

Todas estas concepciones, desde luego, estaban caracterizadas por un sentido idealista. Consideraban a la sociedad, (Estado) como una persona, es verdad, pero como una persona moral, como una persona en *abstracto*. No hay que olvidar que, según lo que acabamos de exponer, dichas concepciones se referían más al Estado que a la sociedad.

La concepción orgánica, de este modo, adquirió pronto un matiz biológico, debido al incremento tomado por la Biología. La sociedad, dentro de este criterio, vino a ser considerada como un organismo comparable a los organismos animales. Esta posición doctrinaria corresponde principalmente al continuador de Comte, a Herbert Spencer. Según Comte mismo, la sociedad debe ser estudiada con un criterio positivista, siendo para él la Sociología y la Biología "dos ramas de una sola Ciencia". De aquí se desprende que la sociedad considerada como un ser vivo, se caracteriza también en sus funciones, en el curso de su desarrollo, y hasta en las "anormalidades de su estructura", como un real organismo. "El progreso social, como todo desarrollo orgánico, se caracteriza por la especialización incesante de las funciones, en correspondencia con la mayor perfección en la evolución de los órganos particulares".

En Comte es particularmente interesante la ley de los tres estadios, esto es, su "filosofía de la historia", como se la llama comúnmente. La Humanidad, según dicha ley, ha recorrido tres principales etapas en su evolución: a) la *teológica*, b) la *metafísica* y c) la *positiva*. La teológica, dentro de la cual aparecen sucesivamente las fases *fetichista*, *politeísta* y *monoteísta*, se caracteriza por el predominio de la fuerza; la "conquista es la preocupación fundamental de la sociedad; la esclavitud,

el fundamento en que descansa la producción; y la industria reduce su esfera a la satisfacción de las necesidades más apremiantes de la vida". Esta época, además, es la época de la *teocracia*, como forma de gobierno. La *metafísica* es, según Comte, una época de transición, una época crítica. Predominan en ella el gobierno de los juriconsultos, la "teoría del pacto social y de los derechos naturales"; la servidumbre reemplaza a la esclavitud y se inicia el progreso industrial.

La tercera etapa, o sea, la *positiva*, se distingue por su carácter científico e industrial. Los sabios estudian los hechos positivamente, y aparecen los *técnicos*, a los que corresponde cada vez más la dirección de la sociedad.

En cuanto a la sociología spenceriana, hay que señalar aquella tendencia conciliadora de los "derechos del individuo" con la "unidad orgánica de la sociedad". Según Spencer, la sociedad es un organismo; pero entre el organismo animal y el organismo social pueden establecerse las siguientes notas diferenciales: a) la sociedad humana no tiene forma externa definida; b) el organismo social es *discontinuo*; c) en el organismo social, hasta los últimos elementos se hallan dotados de *movilidad*; y d) igualmente dichos elementos están dotados de *sensibilidad*.

"Como los utilitaristas, Spencer no distingue el Estado de la sociedad en general. La sociedad es un organismo parecido a los cuerpos dotados de vida; las instituciones gubernamentales no son más que otras tantas estructuras diferenciadas, en vista de un fin concreto, mediante la evolución".

Por lo general, después de Comte y Spencer muchos tratadistas se inclinan hacia una concepción orgánica de la sociedad. Sobresalen, entre otros, Worms en Francia, Lilienfeld en Alemania y Schaffle en Austria. Para Worms, la sociedad es un "organismo viviente compuesto de partes ellas mismas vivientes". La estructura y funciones de la sociedad son semejantes a la estructura y funciones del organismo animal. Lilienfeld establece una serie de analogías entre una sociedad y un ser vivo. El gobierno es como el cerebro de la sociedad; y "como los demás organismos, también está sujeto el Estado a las enfermedades y a la decadencia". Según Schaffle, "leyes idénticas dirigen y presiden la existencia de todos los fenómenos orgánicos, inorgánicos y sociales". Producción, transporte y comercio se refieren a la "vida nacional externa", constituyendo un primer grupo de instituciones; educación, cultura y religión se refieren a la "vida nacional interna", formando el segundo grupo de instituciones; y por fin, el Estado, es la institución que compendia entrambos grupos.

Por otro lado, la concepción orgánica de la sociedad tuvo también sus derivaciones psíquicas. De esta tendencia pueden considerarse como los representantes los *idealistas* alemanes, en especial, Hegel y Fichte. Así, pues, según ellos el Estado está dotado de una *conciencia* y una *voluntad* propias (caracteres inherentes a la persona individual).

Hasta aquí la mayor parte de estas concepciones estaba dedicada al problema del *ser* social; posteriormente, se va a prestar mayor atención al problema del *proceder* social, del *hacer* social. Desde luego, es preciso hacer una aclaración. También anteriormente, según se ha visto, más de un autor aplicó los criterios psicológicos a la sociedad, considerándola como un *ser psíquico*; pero estos eran los que, de acuerdo con una antigua doctrina psicológica establecían una separación irreductible entre "el cuerpo" y el "alma". Solamente las investigaciones posteriores fueron capaces de hacer variar fundamentalmente el problema, al extremo de obtener conclusiones harto diferentes a las anteriores.

Siguieron esta tendencia dos notables grupos de pensadores, en Inglaterra y Francia: en la primera Wallas, Mac Douglas y Trotter; en la segunda, Tarde, Durkheim y Le bon.

Wallas cree que la política, así como las demás construcciones sociales, no se debe sino en pequeña parte a la razón. El hábito y el instinto, la sugestión y la imitación son poderosos factores que condicionan y determinan el desarrollo de la vida política del grupo. Concede decisiva eficacia a los elementos "no-rationales"; y en resumen se declara abiertamente "anti-intelectualista".

En opinión de Mc. Dougall, el *instituto* es el punto de referencia de todas las actividades humanas. Un tanto inclinado al conservadorismo, cree en una *conciencia social*, aunque afirma también la importancia de las tendencias complejas e instintivas del hombre. "Las acciones humanas son una consecuencia de los impulsos que proporciona el instinto y de los hábitos que se derivan de éste".

Si para Mc. Dougall el instinto en general es la clave de las acciones humanas, para Trotter, más todavía, es a un instinto determinado, al *gregario*, al que hay que referir las construcciones sociales. Según él estas son debidas al poder ejercido por la muchedumbre y a la fuerte inclinación del individuo a someterse a él. Cuatro son para Trotter los instintos primarios del hombre: el instinto sexual, el de nutrición, el de conservación y el *gregario*.

Gabriel Tarde es quien, impresionado por las doctrinas del inglés Bagehot, pretende que la imitación es el "principio básico de la existencia social" y, por ende, de todas las manifestaciones de la sociedad.

Emilio Durkheim cree en la división de los intereses de los miembros de la sociedad; por lo mismo, parte del reconocimiento del principio de la división del trabajo social y se dirige, ideológicamente, hacia formas político-sociales de carácter sindical.

“El Estado debe legislar —dice—, simplemente, en las cuestiones de política general, con el complemento necesario de órganos administrativos, especiales y autónomos que le suplan en su misión”. Favorece el desarrollo de los grupos profesionales, en los que quiere ver localizado el verdadero “poder” del Estado.

Gustavo Le Bon ha dedicado su atención al estudio de la psicología de las masas, en cuyas actividades cree ver siempre un retorno a los caracteres inherentes a los grupos primitivos (grey, horda, etc).

Toda sociedad lleva dentro de sí la fuerza, la energía, que la va transformando mediante un proceso genético.

Si consideramos que las *instituciones* —formaciones sociales— involucran esa energía, Durkheim tiene razón cuando afirma que la Sociología podría definirse “como la ciencia de las instituciones, de su génesis y de su funcionamiento”. Y si, por otra parte, tenemos en cuenta que la misma energía social es la causa eficiente de esa transformación bien podemos concluir que la llamada “evolución social” no es esencialmente otra cosa que la transformación de las instituciones, pues la evolución es producto de la energía social. Pero la energía, originariamente única y singular, se pluraliza, al encauzarse por variados canales, informa diversos grupos institucionales; y siguiendo el ritmo de una diferenciación constante, va concretándose en los diferentes sectores en que se manifiesta toda la actividad social. Cada grupo institucional acaba por ser considerado como un específico fenómeno social.

— O —

## EL FENOMENO JURIDICO ESPECIALMENTE CONSIDERADO

Hasta el siglo XVIII se tuvo como evidente la existencia de un Derecho natural, ideal, de caracteres absolutos, que podía y *debía* aplicarse a todos los hombres por igual. Sea que para justificar su existencia se remitiesen a la Divinidad, a la calidad del *sér humano*, a la Razón, etc., el caso es que no hubo la menor discrepancia en cuanto a ulteriores deducciones. Lo esencial era que ese derecho —norma o conjunto de normas universal y eterno— debía regir válidamente sobre todos los hombres.

Correspondió al siglo XIX revisar esta doctrina y hallándola falta de fundamento científico, echarla a rodar. En gran parte fue la Escuela Histórica del Derecho la que consumó la obra. Y, dentro de esta escuela, es Federico Carlos de Savigny quien debe ser considerado como su más preclaro representante.

En síntesis puede decirse que la Escuela Histórica, adoptando un método histórico-comparado llega a sentar las siguientes conclusiones: a) el derecho es un fenómeno histórico-social sujeto como todos los demás, a las contingencias del *devenir* social; b) el derecho es, por tanto, una obra colectiva, manifestación concreta de los diversos factores y de las circunstancias variables que actúan en un grupo social dado; c) puede afirmarse, por lo mismo, que la “vida y carácter” del pueblo tienen particular influencia sobre la construcción del fenómeno *jurídico*; y d) siendo el derecho un producto espontáneo, un resultado *natural* de un proceso de elaboración inconsciente, es la *costumbre* la primitiva fase de la vida del Derecho. Comentando esta escuela ha podido decir Sternberg: “La idea de la naturaleza histórica del Derecho ha acabado para siempre con el Derecho *natural*”.

*Derecho considerado individual o socialmente.* La concepción del Derecho varía según la primacía que se le dé a uno de estos puntos de vista mencionados: individual y social.

La primera de estas dos posiciones deriva de aquella hipótesis que supone la existencia del hombre con anterioridad a la de la sociedad. La fundamentación teórica de esta doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

a) El hombre como sujeto de derechos ha existido aún antes de formar sociedad, en estado de naturaleza (supuesto metafísico);

b) El derecho es conferido al individuo “a causa de la eminente dignidad de la persona humana”, por ser hombre simplemente. Todos los hombres, por ende, son originalmente iguales; y

c) este conjunto de derechos, del que goza todo individuo, lo forman los llamados “derechos naturales, individuales, e inalienables del hombre (Hobbes, Locke, Rousseau, etc).

De acuerdo con esta doctrina se ve aparecer primariamente el derecho *subjetivo*, cuyo fundamento es la persona humana misma. Como el hombre, merced al pacto, entra a vivir en sociedad, es necesario que se limiten los derechos individuales de cada uno para que todos puedan ejercerlos, apareciendo, entonces, la regla social (derecho *objetivo*) cuya única finalidad consiste en favorecer, en proteger el ejercicio de los derechos individuales, en hacer posible la vida en común.

La crítica de esta doctrina requiere tan sólo ser dirigida al punto de partida. En efecto, si admitimos que el individuo, en su calidad de hombre, no sólo ha sido anterior a la sociedad, sino que más bien es su obra; si aceptamos, por tanto, que el grupo social es el hecho primario resulta evidente que toda la doctrina de los "derechos individuales, anteriores y superiores a la sociedad y al Estado se halla erigida sobre un postulado falso. Y más bien se descubre que la teoría de un Derecho universal, ideal, racional, que implique todo el conjunto de conquistas jurídicas definitivas y consagradas, que formen lo que se ha llamado el patrimonio jurídico del hombre" es un punto de llegada antes que un punto de partida, dentro de toda filosofía del Derecho.

Doctrina del Profesor Duguit.- Es forzoso reconocer que la doctrina citada se apoya sobre un fundamento sociológico, el suministrado por Durkheim en su libro "*La división del Trabajo social*". Durkheim había establecido que todo grupo social se caracteriza por la *solidaridad* que une a todos sus miembros. Esta solidaridad es doble: *mecánica* o por similitudes y *orgánica* o por división del trabajo. La primera se refiere a las "necesidades comunes que sólo pueden ser satisfechas por medio de la vida en común"; la segunda, a las "necesidades diferentes y aptitud-diferentes, que suponen servicios recíprocos, debido al desenvolvimiento y al empleo de aquellas aptitudes.

Los puntos capitales del pensamiento de Duguit son:

- 1) Reconocimiento de que la sociedad, y no el individuo, es el hecho primario y fundamental;
- 2) Lo que mantiene unidos a los hombres es la solidaridad a la que Duguit llama "*interdependencia social*";
- 3) De acuerdo con lo establecido por Durkheim, admite Duguit la doble clase de solidaridad:
- 4) La solidaridad, así entendida, es el fundamento del Derecho; pues desde el momento en que existe esta "una regla de conducta se impone al hombre social", condensándose en esta regla "todo el derecho *objetivo* y la ley positiva, para ser legítima, deberá ser la expresión de este principio";
- 5) El llamado derecho *subjetivo* no es sino una derivación del *objetivo*;
- 6) Los derechos *subjetivos*, como se desprende de lo dicho, "no son prerrogativas que le pertenezcan al individuo en su calidad de hombre; son sencillamente facultades que le corresponden, porque, como hombre social, tiene deberes que cumplir y debe tener necesariamente la facultad de poder cumplirlos", con lo que justifica, dicho sea de paso, la

famosa frase de Comte: "nadie tiene otro derecho que el de cumplir con su deber".

Aunque reconocemos la eficacia de la doctrina del profesor Duguit, debemos insinuar que, acaso, el concepto fundamental de solidaridad, sobre todo, en su forma de solidaridad orgánica, encierra ya virtualmente un contenido jurídico, y, por ende, debe buscarse algo que venga a servir de fundamento a la misma solidaridad.

Para esclarecer este punto, nos serviremos de las ideas de otro distinguido maestro, el profesor Orlando, cuya doctrina puede reducirse a los siguientes:

- a) Toda "pluralidad de hombres convivientes tiende irresistiblemente a darse una organización y esta organización implica una ley, que haga posible la vida en común, por lo menos;
- b) Esta *ley* (norma, regla de conducta, derecho *objetivo*) "es el derecho en su forma inicial y es, al desarrollo completo del Derecho, lo que la célula al organismo animal completo";
- c) En toda "forma de organización", por rudimentaria que sea, hay, por consiguiente, un derecho *ínsito*, igualmente elemental; y
- d) El fundamento del Derecho, en consecuencia, es el hecho simple y categórico, de la convivencia social, dicho mejor, de la *coexistencia*. La convivencia trae la organización y la organización trae la norma.

EN POS DE UN ELEMENTO RADICAL PARA EL DERECHO.- Si miramos desde otro punto de vista y queremos indagar por el elemento radical del Derecho, podemos afirmar que su *raíz* se encuentra en las necesidades fundamentales del hombre, a cuya satisfacción tiende el individuo impulsado por poderosas fuerzas instintivas.

Al parecer, ya en los animales existe una tendencia hacia una regularización de la vida en común; sorprendentes son, por ejemplo, los casos de las abejas, y de las hormigas, en las cuales aparecen aún los principios de la división del trabajo y de la cooperación en su cabal cumplimiento.

Pero hay que advertir que el elemento *instintivo*, sí poderoso, no tiene aún carácter jurídico, pues lo jurídico como tal sólo es producto de las fuerzas psíquicas del ser humano.

Ahora bien, dentro del proceso genético del Derecho, es indiscutible que la más primitiva *fase* por la que ha atravesado el Derecho ha sido en todos los pueblos la *costumbre*. Las costumbres, modos de obrar, de proceder social, son un producto natural, espontáneo, del intercambio psíquico de las diferentes psiquis individuales de los miembros de un grupo social. En este sentido, las costumbres se diferencian de los mo-



dos de obrar de los animales en que estos no tienen conciencia de tales modos de obrar, en tanto que el hombre tiene el suficiente conocimiento, la conciencia de sus costumbres.

Empero, como se sabe, no todas las costumbres son costumbres con fuerza jurídica, evidentemente, hay usos sociales que, aunque consagrados por el tiempo y la práctica constante, están desprovistos de valor jurídico. ¿En qué consiste la costumbre jurídica? Para ser tal, la costumbre ha de llenar los siguientes requisitos: a) *habitualidad*, es decir, la “práctica repetida —durante el mayor número de años posible— del mismo principio (una vez, dos veces, no son costumbre); b) *generalidad*, o sea, ésta práctica debe ser realizada por todos, debe ser realmente popular, y no la práctica de un determinado sector social únicamente; c) la costumbre debe ser “de necesidad”, esto es, que los que la practican reconozcan que es necesaria, que no puede dejar de ser, en lo que reside justamente su *vis jurídica*.

Rastreando la etapa primitiva del Derecho, puede decirse que, por lo general, se halla caracterizado por las siguientes notas: a) el derecho, no suficientemente diferenciado, suele confundir sus notas con las de la Religión y de la Moral; b) dentro del cuerpo del Derecho, tampoco existen las diversificaciones relativas a la *materia* del Derecho. No existe ninguna distinción clara, por ejemplo, entre lo *civil* y lo *penal*, pudiendo encontrarse casos en que el incumplimiento de una obligación de tipo civil acarrea una sanción, un castigo. Así, en Roma, aún en la época de las Doce Tablas todavía se prescribía que el acreedor de un deudor insolvente podía no sólo esclavizarlo, sino también descuartizarlo. De este modo la obligación era una *culpa* y el deudor un *criminal*; c) como en los primeros tiempos el *individuo* no se destacaba suficientemente del grupo, el derecho toma cierto matiz *colectivo*. Así las ofensas irrogadas por el miembro de una tribu, por ejemplo, despiertan la reacción de la tribu ofendida contra toda la tribu del ofensor. En esta época los *procedimientos* de Derecho en nada se diferenciaban todavía de los procedimientos de fuerza, lo que caracteriza a todo el derecho primitivo; d) las principales y más comunes manifestaciones de este Despacho se deben, por tanto, al sentimiento de *venganza*, no *individual*, sino *colectiva*. La venganza, sin embargo, puede ser ejercitada contra un individuo de la misma agrupación o contra una agrupación extraña. En el primer caso, se origina la *institución judicial* (relaciones internas del grupo); en el segundo, la guerra, relaciones externas del grupo); e) más tarde, a la venganza reemplaza la reparación (generalmente económica), o sea, el *wergel* germánico, la *compositio* romana. Es en este momento cuando aparece la idea de *proceso*

jurídico; f) en el derecho primitivo prevalece lo *formal*, justamente porque la facultad de abstraer no se ha desarrollado todavía lo bastante. En tal virtud, las palabras, las frases (magia, simbolismo) tienen más valor que el contenido real. Es un formalismo *intuitivo* (por contraposición al formalismo lógico) que cree en el prestigio de las fórmulas; g) los dioses intervienen (alianza del Derecho con la Religión) decididamente en la práctica jurídica. Se les invocaba como a *testigos* (origen del juramento), cuando no se dejaba al fallo divino la resolución y la sentencia (origen de las pruebas de Dios); h) en el derecho primitivo, por consiguiente, las atribuciones del Juez se confunden generalmente con las del sacerdote o pontífice, quienes fueron los primeros en monopolizar el conocimiento del Derecho, convirtiéndolo en medio de explotación del pueblo, y haciendo surgir la *casta sacerdotal*, en cuyas manos reposaban los misterios de la Religión y del Derecho.

Una segunda fase recorrida por el Derecho constituye la *ley* (derecho escrito) que llega a reemplazar a la costumbre. Vuelto inaccesible el derecho para el común de las gentes, les bastaba a éstas saber el mandamiento o edicto dado por el rey o el jefe, desapareciendo el prestigio de la norma, para ser reemplazado por el *personal* del rey legislador o codificador. Desde entonces el derecho viene a confundirse con la ley, y esta tiende a reemplazar a la costumbre, unas veces para mejorarla, pero en otras también para empeorarla. Se inicia un proceso de explotación y dominación a través del Derecho, del derecho escrito especialmente.

Pero el Derecho, como la Religión, tuvo también sus mártires, como aquel rey egipcio Bok-en-Ranf, que, por hacer una codificación de Derecho de carácter público, “fue delatado por los sacerdotes al rey de los etíopes, cuyo yugo había sacudido, y siendo vencido, hecho prisionero y quemado por éste.

Como consecuencia del derecho escrito aparece la jurisprudencia, (práctica del derecho), o sea, el “conjunto de decisiones adoptadas por los tribunales en los casos particulares”. Influye vigorosamente en la vida del Derecho, hasta el punto de llegar a ser una *fuentes* del Derecho.

**JURISPRUDENCIA vs. COSTUMBRE.**— Se ha discutido acerca de la primacía de una de estas dos fuentes o modos de elaboración del Derecho, y han existido defensores de una y otra. Lambert, por ejemplo, ha sostenido que las costumbres se han apoyado sobre la jurisprudencia y que, en todo caso, la repetición de los fallos jurisprudenciales viene a ser el antecedente necesario de la costumbre.

Frente a esto basta argumentar que un fallo o sentencia no puede menos de dictarse sobre la base de alguna costumbre ya existente, toda

vez que no podía ser una invención de ese momento por parte del Juez y la existencia de costumbres con fuerza obligatoria, es un hecho comprobado en la historia del Derecho de todos los pueblos.

Por otro lado, es preciso advertir que la distinción más acertada que puede establecerse es esta: la costumbre es un modo *colectivo* de elaboración del Derecho, modo impersonal, popular, en tanto que la jurisprudencia es un modo individual de elaboración del mismo, porque es el resultado de la opinión de un Juez o Tribunal.

Pero una y otra constituyen fuentes del Derecho, que continuamente se entrecruzan y se apoyan mutuamente: la costumbre engendra la jurisprudencia y ésta, a su vez, va dando origen a nuevas costumbres.

Las dos grandes fases por las que ha recorrido el Derecho son, pues, la del derecho consuetudinario y del derecho escrito. El tránsito entre estas dos etapas se halla perfectamente caracterizado: en la primera etapa se anotan los siguientes caracteres: a) predominio del derecho consuetudinario; b) predominio del tipo *gentilicio* de vinculación social; c) predominio del tipo de cultura aldeano-campesino; d) ausencia de escritura; e) ausencia de Estado. En la segunda etapa, al contrario, se anotan los caracteres opuestos: a) predominio del Derecho escrito; b) predominio del tipo territorial de vinculación social; c) predominio del tipo de cultura urbana; d) presencia del Estado; e) aparición de la escritura.

Es posible que estemos ahora confrontando la posibilidad de un tercer tipo de vinculación social, basado en la comunidad de trabajos, pues el trabajo ha adquirido en nuestro tiempo la categoría fundamental de condición básica de la vida colectiva.

Ahora bien, supuesto que el Derecho ha evolucionado y evoluciona, es preciso preguntarse si esa evolución constituye e implica en sí misma un *progreso*.

**EVOLUCION Y PROGRESO.**- Por mucho que se usen dos términos indistintamente, la verdad es que se hace necesario deslindarlos cuidadosamente. La idea y la ley de evolución tienen su primera y virtual consagración en Herbert Spencer, quien trazó los cuadros generales dentro de los cuales debe ser comprendida. Al hablar de evolución, entendemos un proceso cuya última finalidad si la hay es desconocida para la mente humana, por lo que puede decirse que es ciega. En cambio, la idea de progreso entraña la consideración teológica, de modo ineludible, dándonos la imagen de un proceso encaminado en cierta dirección, hacia determinadas metas y con propósitos deliberados. No podríamos garantizar que toda evolución haya de producir necesariamente un progreso;

pero la inversa si es verdadera, pues todo progreso supone fundamentalmente evolución.

Hemos visto ya que la evolución social se lleva a cabo por dos vías: genética y teleológicamente (WAED); pues bien, si a través del primer método puede descartarse el elemento finalista, el segundo no puede desconocérselo, y antes bien, lo implica típicamente.

La evolución social abarca, como es lógico, la de sus instituciones, y entre estas, las jurídicas; pero si esta evolución, en sus primeras fases, pudo haberse realizado bajo la hegemonía del método genético, hoy está dominada por el método teleológico, toda vez que la transformación de aquellas instituciones va siendo cada vez más el resultado de la aceptación de los puntos de vista, de las demandas, de las necesidades y aspiraciones de los grupos sociales hasta ahora menos favorecidos.

Dentro de la actual dinámica del Derecho prevalecen las ideas Justicia y Libertad con mayor fuerza que en ninguna otra época, como si consituyeran, en efecto, el constante *ritornelo* del género humano; y justamente porque han sido alcanzadas en gran parte, es por lo que se estima, y con razón, que la esencia misma del derecho consiste en la progresiva realización de esos dos grandes valores absolutos, sin que pueda fijarse límite para su expansión, toda vez que el desenvolvimiento del derecho se realiza también en forma dialéctica. Fundados en esto, podemos asegurar que la evolución jurídica entraña ciertamente un progreso, y que el progreso del derecho es el progreso mismo de la Humanidad, a la vez que la realización del destino del hombre sobre la tierra.

Vista desde esta perspectiva la evolución, el Derecho adquiere sus verdaderas dimensiones, o sea, se confunde con la evolución cultural de la especie y se sitúa lógica y ontológicamente en la escala axiológica como el gran instrumento realizador de la Justicia y de la Libertad.

Siendo esto así, se comprende que el hombre esté tan identificado con el derecho que no puede vivir sin él, ni renunciar a él, a tal punto que, rectificando un tanto la definición de Aristóteles, podríamos decir que el hombre es un "animal jurídico", a pesar de que, para este efecto, el empleo de los calificativos "político", "social", etc. produce el mismo resultado. La idea central consiste en que el hombre no puede menos de vivir en sociedad y vivir bajo cierta fórmula de convivencia social, que no es otra cosa que el Derecho.

Si entendemos la cultura como un *quehacer*, a la manera de Ortega, es evidente que sólo el hombre es capaz de cultura, como sólo el hombre es capaz de arte y capaz de derecho. El desarrollo cultural es relativamente lento y ha venido haciéndose en medio de un sin fin de ensayos,

de tanteos, de vacilaciones y de tropiezos; pero lo característico es que siempre es obra del esfuerzo humano, aunque requiera del concurso de otros factores y elementos, como la misma Naturaleza, por ejemplo.

Por espiritualizada que parezca la obra cultural, ella arranca de lo más hondo del *substratum* vital, proviene de un impulso original animal, que por cierto tuvo la específica cualidad de erguirse sobre sí mismo, en el hombre, adquiriendo, como si dijéramos conciencia de sí en un momento dado. Es el instante en que el hombre detiene, paraliza la evolución ciega de las especies para asumir él su papel de rey de la Creación y de meta final de aquella, abriéndose desde entonces la vía ancha del progreso, que de este modo implica cierta torcedura de la línea rígida de la Naturaleza.

Existe en casi todos los pueblos la leyenda del pecado original, y ninguna interpretación más acertada que la dada por Hauriou, quien en su libro "*La Ciencia Social Tradicional*", nos la explica justamente del modo que dejamos expuesto.

"El progreso tiende a la fijación del tipo humano", dice el autor citado. "Por lo mismo, es contrapuesto a la *evolución*". La contradicción de progreso y evolución se concibe fácilmente. El progreso aparece prácticamente bajo la forma de un ideal social; pero el ideal implica concepto del hombre o de la sociedad, y como todo concepto es limitado, tiende a restringir la variabilidad evolutiva de la especie humana reforzando el tipo humano". "Mientras que la *evolución* impulsa al hombre indefinidamente y, si ella actuase sola, lo haría salir de la humanidad, el progreso lucha por mantener al hombre dentro de la humanidad *racionalmente* concebida".

Empero —añade el mismo— "el progreso, que por sí mismo tiende al desenvolvimiento del tipo humano y a su *fijación*, debe sin embargo conducir al *sacrificio* voluntario de este mismo tipo humano. Es decir que la visión sintética del progreso implica *contradicción*".

Un segundo punto importante del relato bíblico es el rol jugado en el drama de la caída por los tres personajes puestos en escena, la serpiente, la mujer y el hombre. Es el hombre que consume irremediablemente la falta, puesto que, en efecto, es él quien representa el tipo humano y, a este título, el que ha debido determinar definitivamente la formación de la especie humana; pero es la mujer quien primeramente ha querido la falta y que ha arrastrado al hombre, es decir es la misma fuerza evolutiva que existía en el hombre la que ha impulsado al sér a rebelarse, y que se ha suicidado, por decirlo así; en fin, la mujer ha sido seducida por la serpiente, pero es notable que la serpiente es una suerte

de figura del sér de transición, tiene rudimentos de patas disimuladas bajo la piel, no se sabe si es ovípara o vivípara, en fin, ciertos reptiles han servido ciertamente de transición para algunos pájaros, la continuación del relato, la condenación de la serpiente a reptar sobre su vientre, muestra bien que este animal ha sido escogido como símbolo a causa de sus particularidades físicas; es pues, finalmente del hombre como sér de transición de donde ha venido el primer soplo de rebelión, es en el sér de transición que el espíritu del *mal* ha obrado y el drama se resume así: el hombre, sér de transición, ha utilizado sus energías evolutivas para realizar el tipo *hombre* y detenerse allí, deteniendo también la evolución".

"Y como si hiciese falta un último rasgo, —finaliza el ilustre autor— Adán —al momento mismo de ser expulsado del Edén— da a su mujer el nombre de Eva, pues, añade el texto, ella ha sido la madre de todos los vivientes. Por desgracia, en efecto, el hombre podía ya en tal momento hallar un nombre para la vida (Eva significa vida) pues la vida que antes había sido ilimitada, convertíase en cosa finita y limitada, por consiguiente, nominable".

De aceptarse esta interpretación, tendríamos, en verdad, la posibilidad de que el hombre haya probado del árbol del "bien y del mal", lo que significaría que despertó su conciencia para el conocimiento y para el obrar, estableciéndose, desde entonces, ese dualismo que durará indefinidamente, entre la verdad y el error, lo lícito y lo ilícito, lo bueno y lo malo. Este dualismo que, en el fondo, revela la más profunda textura psicológica del hombre, es el último fundamento de toda regulación y de toda vida social. Sobre estas bases se edifica el derecho, como se edifican la moral, los usos sociales, etc.; pero el derecho, además, por hallarse tan ligado al Estado, representa él mismo un término medio entre el *interés* que es el móvil ordinario de la conducta en la sociedad positiva, y el *sacrificio*, recomendado en la sociedad religiosa; representa la transacción, el sacrificio limitado a la igualdad", según la hermosa imagen expresada por el Profesor Hauriou.

Quito, mayo de 1.964