

LA EVOLUCION SOCIOLOGICA DEL DERECHO SEGUN LA DOCTRINA SPENGLERIANA.

POR EL

DR. ERNESTO QUESADA

Conferencias pronunciadas por
el autor en la Universidad Nacional
de Córdoba.

I

Señores:

Mi último curso universitario en la cátedra de sociología de la Facultad de Filosofía y Letras, de la Capital, y en la de Ciencias Jurídicas y Sociales, de La Plata, versó en 1921 sobre la doctrina relativista spengleriana, y corre impreso en 1 vol. de 616 págs.: algunas de esas conferencias — las referentes al “simbolismo de la historia” — aparecieron precisamente en el “Boletín de la Facultad de Derecho, de Córdoba” (t. I. 130-205). Posteriormente tuve oportunidad de frecuentar la relación de Oswald Spengler, en Munich, durante 1922, cuando aparecía el t. II de su obra “La decadencia de Occidente”, donde aplica aquella doctrina a los diferentes fenómenos sociales; además, publicó entonces una nueva edición del t. I — que había servido de fundamento a mi recordado curso — e introdujo en él no pocas modificaciones. Cuando mi distinguido colega el profesor Orgaz, titular de la cátedra de sociología en la Facultad cordobesa, me insinuó la idea de que — no obstante mi reciente retiro de la docencia universitaria — viniera ante vosotros a explicar aquella definitiva faz de la doctrina spengleriana, observéle que la materia era de suyo tan vasta que requeriría un curso entero normal para ser críticamente analizada. Y como no era posible alejarme de mis tareas en la Capital sino por breves días, tuve que resolver — ya que me consideré obligado a corresponder a la invitación oficial, tan honrosa para mí, de ocupar un instante esta cátedra — el difícil dilema de elegir un aspecto aislado de la cuestión, a fin de poder rápidamente desen-

volverlo en una conferencia: aun cuando me vea obligado — por razón de pedagogía — a dividirla en dos. Por eso acepté en el acto complacido la insinuación que se me hizo de hablaros acerca de la evolución sociológica del derecho, a la luz de la doctrina del ya ilustre pensador germánico: tema que parece había ya despertado especial interés en el mundo universitario cordobés. Entro, pues, sin mas preámbulos *in medias res*.

Se trata, como veis, de una disciplina que ha sido tradicionalmente cultivada *cum amore* en esta venerable universidad argentina, siendo así que la fama de sus juristas, con su admirable clásico ergotismo, jamás ha sido discutida en el país entero. Ahora mismo, mientras las universidades del litoral suprimen — o casi suprimen — ciertas asignaturas como la del derecho romano, vosotros aquí todavía rodeáis a ésta del viejo prestigio. De modo, entonces, que el análisis en escorzo que debo hacer me eximirá de incurrir en ampliaciones que adivinareis fácilmente, ya que oyentes y confereciante nos encontramos en un terreno que a vosotros os es tan familiar. Es, pues, un asunto árido y técnico, que puede únicamente interesar a los estudiantes de esta Facultad y no al público académico de las otras, ni menos a la generalidad de las gentes, las cuales prefieren — con muchísima razón — lo que no exige una preparación demasiado especializada. La sociología, en su carácter de filosofía de las ciencias sociales, habríame permitido elegir cualquier otro problema, susceptible de ser tratado más bien del punto de vista literario y ser, por ende, más simpático a la generalidad: pero deliberadamente he querido escoger un tema escueto, que no se presta a despliegues oratorios pero que puede servir de piedra de toque para apreciar la excelencia de la nueva doctrina sociológica, la cual huye de las disquisiciones abstractas de ciertos sociólogos latinos del vilejo mundo, quienes voluntariamente se embriagan con el ruido de las palabras, las decoran con todos los colores imaginables, y escriben sendos tratados en el aire, mientras — involuntariamente sin duda — olvidan la realidad de la vida y el estudio práctico de los problemas sociales, tales cuales la humanidad, en sus distintos cielos culturales, los ha planteado y resuelto, Spengler, por el contrario, indaga a fondo esas manifestaciones de la vida social, desentraña su simbolismo, compara entre sí el análogo fenómeno en las diversas culturas y busca precisar el criterio relativo de cada una de estas, para mejor aquilatar la solución que a los eternos problemas ha dado la civilización de que formamos parte. Es, por ello, que estudiaré ahora con vosotros el problema especial elegido, aplicando el método spengleriano de la morfología social comparada.

La novísima sociología considera completamente inocua toda divagación puramente académica o teórica sobre formas sociales, como el investigador monográficamente una manifestación social dada, desde el origen de la humanidad hasta nuestros días: sostiene que lo que ha existido y existe son agrupaciones culturales, que se han desenvuelto y desenvuelven palingenésicamente con arreglo a las modalidades de lugar y momento, constituyendo verdaderos organismos metafísicos mas o menos extensos y de duración desigual, pero cada uno de los cuales forma un verdadero ciclo cultural, con su alma propia, su criterio especial, su manera típica de concebir los problemas de la vida y de encontrarles solución. Cada uno de estos ciclos es un macrocosmo determinado, con puntos de contacto con los demás o parte de ellos, o sin la menor relación con parte o todo de los mismos: así, el ciclo cultural egipcio visiblemente ha tenido tales tocamientos con el árabe y posteriormente éste con el europeo occidental; en cambio, la cultura incásica o azteca no los han tenido de ningún género con aquéllas, y solo se produce dicho contacto — en forma de violenta destrucción — con la civilización occidental al verificarse la conquista española. Cada ciclo cultural, por lo demás, haya o no sufrido la influencia — directa o indirecta — de otros anteriores, es un organismo metafísico, que, como los organismos físicos, nace, se desenvuelve y muere, teniendo su niñez, juventud, edad madura y vejez; posee, pues, su alma, su criterio, su modalidad, absolutamente propios. Y, en el decurso de su existencia por lo general más o menos multiseccular, desenvuelve un tipo sociológico determinado organizando a su manera los fenómenos sociales, desde el político, el religioso, el económico, etc., hasta la orientación intelectual, las diversas ramas del conocimiento, el criterio y los resultados adquiridos. Lo que cada ciclo ha realizado es, pues, lo que debe estudiarse, apreciándolo objetivamente con su propio criterio relativo y caracterizando todas las formas sociales que sean indudablemente típicas: verdaderos símbolos del alma del mismo. Este estudio del pasado, en semejante forma, se encuentra en sus comienzos, pero hay ya material suficiente para poder comparar los fenómenos simbólicos de un cierto número de tales ciclos — pues 8 de estos, por lo menos, han sido objeto de estudios detenidos—esa comparación morfológica permite darnos cuenta de cómo cada uno de aquellos ha encarado los problemas sociales, desde las costumbres e instituciones hasta las ideas y las creencias, a fin de comparar con ello lo que nuestro propio ciclo cultural realiza y determinar así cuál es el estadio de su existencia en que éste se encuentra. A medida que las disciplinas auxiliares de la sociología vayan depurando los

materiales relativos a los diversos ciclos aumentarán los elementos de juicio para la morfología comparada: así los precolombinos, que habían alcanzado esplendor tan grande en el momento del descubrimiento, no han sido aún estudiados con detalles suficientes como para poderlos comparar, p. e. con las culturas egipcias o greco-romana. Con todo, Spengler suele llegar a conclusiones sorprendentes al aplicar su método de morfología comparada en sus recientes perspectivas histórico mundiales; si bien tales conclusiones, basadas en los elementos de juicio reunidos hasta hoy, mas adelante podrán modificarse cuando se disponga de nuevo material que permita rectificar el juicio primero. El método spengleriano, es por ello, estrictamente científico y, a la vez, modesto, porque abomina el vacío dogmático y los prejuicios apriorísticos.

Pues, bien: aplicándolo al estudio de la evolución sociológica del derecho, no solo elimina toda disquisición arbitraria que no se base en datos reales, y deliberadamente se limita a la esfera del derecho privado sin querer ocuparse del público, sino que circunscribe la comparación a los cuatro o cinco ciclos culturales más o menos bien investigados. Todavía más: me ha parecido mas prudente — en el presente caso — limitar en lo posible los elementos de comparación, para poderme servir solo de aquel material que ha sido objeto de depuración cuasi definitiva. Por eso estudiaré dicha evolución en el ciclo cultural, grecoromano, en el posterior árabe oriental y en el actual europeo occidental: trataré de precisar las fases que presenta el fenómeno jurídico y comparar sus diversas manifestaciones simbólicas en esas tres características formas culturales: la apolínica, la mágica y la fáustica. He ahí, pues, lealmente limitado el objeto de este par de conferencias: deseo solo mostraros como se aplica el método spengleriano a una cuestión determinada.

El haber elegido un tema que os es familiar, me permite desde luego afirmar que, para vosotros, el derecho antiguo — en el ciclo cultural grecoromano — es un derecho creado por ciudadanos para ciudadanos, dando por sentada la forma gubernamental de la ciudad, la *polis* clásica, con su intensa vida pública en la que participaban todos los que eran tales ciudadanos, por lo cual el concepto de *persona* equivalía al de hombres identificados en su conjunto con la personalidad ideal del estado. De ahí que la persona represente, en aquel derecho, una específica designación que tiene significado y validez solo en determinada cultura y, dentro de esta, en una clase social dada. La vida política y civil era entonces típicamente municipal: cada ciudad era un estado, y el derecho regía dentro de sus solos límites, tanto que fuera de ellos lo que existía

era considerado como extranjero, enemigo y bárbaro, por lo cual el aforismo clásico decía: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*. Cada persona es, pues, un ciudadano de sangre y hueso, que sostiene a la *polis*; el derecho de las cosas, se refiere, por lo tanto, solo a él. Se extiende al derecho de las cosas, por un lado; al derecho divino, por el otro: por eso el esclavo es un hombre pero no es una persona, y el héroe se convierte en dios en las ciudades griegas y en las romanas, por lo cual los emperadores se transforman en *divi*. De ahí aquel singular concepto antiguo de la *capitis diminutio media*, que privaba a un habitante de sus derechos de ciudadano cesando de ser persona ante la ley: siendo así que quien no era ciudadano, *persona*, era forzosamente *res* y pertenecía al derecho de las cosas, se tratara de seres humanos o de objetos inanimados. Tal era el concepto del derecho en la ciudad antigua, llevado a su culminación en el mundo helénico y que el mundo romano no hizo sino acentuar, pues la llamada cultura antigua es típicamente griega y solo su vulgarización es romana: en todos los fenómenos sociales, por lo general, Grecia da la nota característica y Roma tan solo la subraya.

En el mundo antiguo, entonces, el concepto del fenómeno social jurídico era el de las reglas de la vida municipal de los ciudadanos, con las facultades de cada uno y el modo de ejercerlas, y con la sanción a sus transgresiones. El fenómeno social religioso era igualmente municipal, pues así como se reglaban las relaciones de derecho — en lo civil, mercantil y penal — de las personas y de las cosas, así se establecían las del culto y las de la divinidad: cada ciudad tenía sus dioses, como los tenía la familia de cada ciudadano. El culto y las cosas estaban, pues, en relación de derecho con las personas. Esto quiere decir que las reglas jurídicas no eran prescripciones abstractas ni obra de teorizadores, sino el resultado de la vida municipal en la cual todos participaban, de modo que la experiencia las fué formulando prácticamente antes de que hubiera una clase profesional de magistrados — verdadera casta sacerdotal de iniciados — dedicados a su estudio y a su aplicación. Todo ciudadano, en la ciudad antigua, era sucesivamente todo, desde jurista a capitán, o cabeza de administración, o encargado de las finanzas: se le hacía pretor cuando había recogido bastante experiencia en otros cargos y entonces pronunciaba decisiones judiciales en todos los casos controvertidos que se le sometían: a estilo llano, buena fe guardaba y verdad sabida. La ciudad antigua no conoció la judicatura letrada, que caracteriza a la cultura moderna. De ahí el rasgo característico del derecho antiguo: era netamente práctico, y su jurisprudencia legista consistía en la colección de casos resuel-

tos, sin técnica complicada y sin aplicación alguna de abstracciones jurídicas. El pretor resolvía lo que su experiencia de ciudadano y su honrado buen sentido le indicaban, sin atenerse a los preceptos previos ni a los precedentes. Nosotros, en la Argentina, podemos formarnos pálida idea del criterio romano a que me refiero recordando lo que era, en este país, hasta después de comenzada la segunda mitad del siglo anterior, la institución — originariamente colonial — del Consulado, para los asuntos mercantiles: eran comerciantes prácticos, sin la menor preparación jurídica, quienes resolvían todas las cuestiones que se suscitaban en el comercio, desde los pleitos por contratos escritos o verbales hasta la liquidación de las quiebras, y no tenían mas normas jurídicas que el precepto recordado: “a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”, sin códigos de millares de artículos ni colecciones interminables de elaborados fallos. En una palabra: el derecho del pretor era elástico, humano, de equidad; y, en cambio, nuestro actual derecho codificado es rígido, de letra muerta y no de vida real, de texto inmodificable aún cuando vaya contra la realidad misma.

El concepto griego del derecho, fraccionado *ad infinitum* por las múltiples ciudades helénicas, se convierte en una poderosísima unidad en el mundo romano, porque en este no había legalmente mas ciudad que Roma ni mas ciudadanos que los de dicha ciudad, siendo los demás habitantes solo cosas. De ahí el hondo significado del *civis romanus sum*: para él solo existía el derecho, porque él solo era persona. Por eso el *jus civile* no se aplica sino a los *quirites*: los esclavos, los extranjeros, los demás habitantes del imperio, viven fuera del concepto jurídico de persona y de ciudad, y son cosas sin derecho. Para esos habitantes que no eran ciudadanos se formó el *jus gentium*, que nada tiene que ver con nuestro concepto de derecho internacional. Roma logró dominar al mundo conocido de entonces, durante varios siglos, manteniéndose como la única ciudad y con el típico carácter de ser sus ciudadanos — los *paterfamilias*, únicos *sui juris* — las únicas personas ante la ley, y de considerar a los demás seres humanos como cosas. Los otros centros de población tenían su derecho municipal local, que los romanos toleraban mientras no se rozara con un *quirite*.

El fenómeno social jurídico se desenvuelve entonces paralelamente, evolucionando el derecho municipal no romano hasta formar conglomerados regionales, cual se caracterizó en las ciudades helénicas, privadas de poder político. Originariamente el derecho municipal griego — como lo demuestran las reglas de Solón — viene del egipcio, en sus prescripciones sobre la esclavitud por deudas, las obligaciones, el trabajo, etc.; pero aún cuando llegó a su

culminación no se tradujo en colección alguna de textos legales. Porque la esencia del derecho antiguo es su carácter de decisión para cada caso, en día y momento dados: fuera de ahí no hay regla de derecho abstracto. El alma apolínica de la cultura antigua solo concibe lo que ve y toca, lo del momento presente. En la ciudad romana el pretor, al recibirse de su cargo anual, expone la experiencia a que sujetará sus decisiones: pero quien le sucede expone a la vez la suya, teniendo o sin tener en cuenta la anterior. Por lo demás, el pretor no resolvía en realidad directamente todo caso: lo defería generalmente a jurados y solo les indicaba su criterio, como lo explica la *lex Aebutia*, de modo que en cada caso se exponía el derecho pertinente, del momento dado.

Spengler observa con razón que cada ciclo cultural tiene una personalidad propia, con su alma y su criterio, exclusivamente relativos al respectivo ciclo: por eso no se puede apreciar un fenómeno social en un ciclo cultural, que no es el nuestro, aplicando solo el concepto nuestro, pues los vocablos son los mismos pero la idea es absolutamente distinta. Así, el matrimonio, p. e. no significa lo mismo en la cultura occidental nuestra, o en la antigua grecolatina, o en la egipcia, o en la china, o en la incásica o en la azteca: más aún, en una misma época se le puede observar en sus formas mas variadas, como en la monogámica, usual en los pueblos que constituyen el ciclo cultural occidental, salvo la segurente excepción de la secta de los mormones en el territorio de Utah, en Estados Unidos, y los cuales practican la poligamia; mientras que los pueblos musulmanes, en Asia y Africa, son esencialmente poligámicos; a la vez que otros, como los budhistas del Tibet, son poliándricos; he podido, en las aldeas tibetanas del Himalaya, observar de cerca la poliandria, como, fuera de las ciudades turcas, he visto de cerca la poligamia en la Great Salt Lake City estadounidense, conviviendo esta allí con el tipo de familia monogámica. Es menester entonces, para comparar los símbolos sociales de las diferentes culturas entre sí, hacerlo con la adaptación mental al criterio relativo de cada ciclo cultural: así como Einstein ha demostrado que el mismísimo movimiento es un fenómeno completamente distinto para los diversos observadores que los contemplan, con arreglo al lugar y momento en que se encuentren, de modo que en realidad no podemos precisar el movimiento en sí, sino únicamente el relativo al observador, por lo cual es menester tener en cuenta esa modalidad de relatividad especial. De ahí que, dada la mentalidad nuestra en el presente ciclo cultural, no podamos tampoco apreciar el fenómeno jurídico de las decisiones judiciales en el derecho romano sino adaptamos mentalmente al punto de vista anti-

guo: para nosotros, el juez aplica siempre una ley anterior al caso sometido a su decisión, estándole expresamente prohibido aducir una *ex post facto*, y no debe tampoco apartarse del texto legal que aplica; para el antiguo, el pretor aplica a cada caso una regla que en ese preciso instante formula, creando así un nuevo derecho en dicho momento. Dentro de la cultura occidental solo aproximadamente podemos darnos cuenta de esa modalidad observando lo que pasa en Inglaterra, cuyos jueces también adaptan al momento la decisión que toman, creando indirectamente el derecho, cuando el caso nuevo se les antoja ser diferente de los anteriores: pero en el mundo antiguo ese elástico derecho nuevo moría ahí, con el caso, y la decisión siguiente se inspiraba en las modalidades del nuevo caso; mientras que en el mundo sajón la nueva decisión judicial se convierte en un precedente de cierta rigidez, que los jueces en adelante invocan y aplican, erigiéndolo en regla de derecho. En el mundo antiguo la serie de experiencias recogidas en las decisiones que se repiten más o menos constantemente es lo que cada pretor recoge en su edicto inaugural como símbolo de su criterio, para ahorrarse tener que analizar de nuevo cada caso cuando este es la repetición de otros anteriores casi idénticos. En el mundo moderno la legislación es una malla tupida que pretende prever, en cuanto cabe, todos los casos imaginables y posibles, de modo que la función judicial es solo la aplicación del criterio preestablecido, y cuando realmente el caso no ha sido previsto no puede juzgarlo con criterio nuevo sino aplicando siempre el cartabón viejo, aún cuando sea poco aplicable! Si me fuere permitido invocar mi experiencia personal como magistrado, recordaría que hace varios años — mucho antes de la nueva legislación social argentina — tuve que fallar, como juez, un caso de accidente de trabajo, cuando nuestras leyes no habían aún previsto casos tales ni imaginado la posibilidad de la responsabilidad patronal sin culpa individual y como solo efecto del trabajo: tal concepto era el polo opuesto del clásico criterio romano, recogido en nuestro Código Civil, respecto de culpa y responsabilidad, en una época en que nuestro país aún no tenía industrias y, por ende, tampoco derecho obrero, cosa que — en su forma actual — el docto Vélez ni en sueños imaginó. Tuve, pues, que apelar a verdaderos esfuerzos malabares de dialéctica jurídica para resolver el caso, dentro de nuestros deficientes textos legales, de acuerdo con el concepto moderno del trabajo: esa sentencia fué la primera dictada en el país sobre la materia. Hoy es este un asunto trillado. Pero recuerdo el caso únicamente para mostrar la dificultad con que se tropieza cuando hay que amoldar la vida real al hecho de Procusto de códigos preestablecidos y que

no han podido sospechar lo que el porvenir encierra: siendo así que, al revés, la ley es la que debe adaptarse a la realidad de la existencia.

Ahora bien: la recordada serie de edictos se fué poco a poco conservando y vinieron estos así a formar colecciones como la de las XII tablas, que no es sino la reunión — en cierto momento — de tales decisiones, que la experiencia comprobó prácticamente se repetían con determinada constancia. Las ciudades nuevas que se formaban solían adoptar una de esas colecciones como derecho propio: de ahí la sátira de Aristofanes, en sus *Pájaros*, sobre los fabricantes de leyes. Pero era ajeno el concepto jurídico del mundo antiguo la elaboración sistemática de un código abstracto. En el mundo moderno, sobre todo después de la manía codificadora napoleónica posterior a la revolución francesa, no se concibe la legislación sino como detalladísimos códigos teóricos, que obedecen a principios abstractos y ambicionan ser los recordados lechos de Procasto para la vida presente y futura, formulando en millares de artículos decisiones previas a todos los casos imaginables: tanto que hasta se pretendió prohibir que se explicara o comentara dicho código, al cual se deseaba envolver en el *noli me tangere* bíblico. En el mundo antiguo, el derecho era el del instante presente y determinado; en el mundo moderno, es el del porvenir absolutamente indeterminable.

En la evolución del fenómeno jurídico en el ciclo cultural grecoromano se tropieza con la leyenda de Lycurgo, Dracón y ciertos "reyes" etruscos y romanos, puesto que originariamente Roma fué una ciudad etrusca: el criterio occidental, interpretando dicha leyenda con nuestra mentalidad, habla de códigos, si bien en puridad de verdad no ha llegado a la posteridad texto alguno codificado de tales leyes. Mas adelante se menciona la legislación de Solón, como típica de la *politeia* helénica: pero no se trata de elaboración de un derecho nuevo, sino de la extensión del derecho de una ciudad dada a las otras que conquistaba y sometía. Spengler demuestra cuán craso es el error de lo que consideran ser posible existir entonces un derecho abstracto, flotante sobre las cosas reales, independiente de los intereses políticos y económicos, la "cosa en sí" kantiana: cabe así concebirlo, y así lo han concebido los espíritus para quienes, en política, las posibilidades equivalen a las realidades, o sea, los soñadores ideólogos. Pero, en los diversos ciclos culturales de la humanidad, en parte alguna se observa la aparición de semejante derecho de origen abstracto y ajeno a la realidad: históricamente es ello un contrasentido, pues cada derecho contiene en forma concentrada el concepto del mundo que se for-

ma el pueblo que lo formula, y cada idea del universo en la historia es el resultado de una tendencia política económica, la cual no es obra de lo que pudo teóricamente imaginarse un individuo dado sino de lo que una agrupación social prácticamente quiere cuando tiene en su mano el poder efectivo y, por ende, la creación del derecho.

Cada derecho es la expresión de una clase social determinada, si bien se dicta en nombre de la comunidad. El ironista francés Anatole France ha dicho que nuestro derecho, en igualdad majestuosa, prohíbe a ricos y pobres robar pan y pedir limosna en las esquinas de las calles... Con eso ha marcado a fuego el derecho de clase en la sociedad: eso explica que el marxismo doctrinario busque manifiestamente en la lucha de clases llegar a la fórmula de un derecho propio, también de clase! Porque la mas grande mistificación doctrinaria es la de la trinidad revolucionaria francesa: libertad, igualdad, fraternidad. Tal cosa jamás existió en el mundo antiguo, ni tampoco existe en el hecho en el mundo moderno, ni probablemente existirá en cielo cultural alguno, y cuando se la estampa en los textos legales es solo para echar tierra a los ojos de los ingenuos, pues no cabe razonablemente en ninguna sociedad, desde que en cualquier agrupación humana por fuerza hay diversas clases sociales, con actividades diferentes, con preparación distinta, viviendo en ambientes disimilares, con ideas y necesidades desiguales. La libertad es muy distinta para un millonario o para un proletario, la igualdad es diferente para quienes forman la clase dirigente y quienes constituyen la masa obrera; en cuanto a la fraternidad... inoficioso es poner en esto los puntos sobre las ies. La realidad de la vida demuestra, en cada ciclo cultural que toda casta social ha determinado por separado sus derechos y que la relación entre las diversas castas tiene su reglamentación propia: en el ciclo cultural hindú resalta esto a primera vista; en el egipcio, igualmente; en el grecoromano, también; en los demás está a las veces algo oculto, pero en el fondo el hecho cultural es que toda legislación es — y tiene que ser — de clase. Nuestro ciclo, que tanto se alaba a sí mismo, tiene toda su legislación basada en el sexo masculino, quien — por la sencilla razón del *quia nominor leo* — ha decretado que el sexo femenino es rotundamente incapaz o de capacidad restringida, y lo somete a perpétua tutela, cercenándole el ejercicio de sus facultades, y demostrando así que, en tal materia, no existe ni libertad ni igualdad ni fraternidad. No hace todavía medio siglo que la legislación de todos los pueblos del ciclo cultural nuestro desconocía los derechos más esenciales de la mayoría de los habitantes: vale decir, del proletariado, y la nueva le-

gislación social — cuyo primer impulso se debió, *mirabile dictu*, nada menos que a Bismarck, el famoso canciller de hierro y enemigo irreconciliable de la democracia social — todavía no ha sido incorporada a todas las naciones, tanto que la nuestra solo ha adoptado parte de la misma... si bien, cual en el ejemplo del bolschevikismo ruso, fácilmente pueda degenerar en legislación odiosamente privilegiada, opresora de las otras clases sociales, otrora dominantes.

Así eran las leyes en el mundo antiguo: de carácter político y de clase social. El *jus civile* era derecho de clase, solo para los ciudadanos: los demás habitantes, proletarios o millonarios, no tenían derecho, pues estaban fuera de él. Solón, al regularizar el predominio de Atenas sobre otras ciudades, dictó su constitución o *politeia*, en unión con el derecho común o *nomoi*; Dracón había hecho cosa parecida con su reglamentación oligárquica; los decemviro, en Roma, hicieron a su vez cosa análoga. Hoy no queda rastro auténtico de la ley de las XII tablas, pero ella representa solo la suplantación de la tiranía tarquina por la oligarquía senatorial, buscando asegurarla para en adelante. El derecho, pues, tanto público como privado se amolda ahí a un fenómeno político, tanto que Tácito ha calificado el acto de los decemviro como la última reacción patricia pura, *finis aoque juris*. Y así como en el mundo helénico el movimiento político de Solón es una reacción democrática contra la oligarquía draconiana, así, en el mundo romano la *lex rogata*, que nacía del pueblo, fué después la reacción contra el derecho de las XII tablas, que personificaba el patriciado. En Grecia los nombres de Dracón y Solón se vuelven gritos de guerra para oligarcas y demócratas, como en Roma el Senado y el Tribunal personifican análogas tendencias.

La ciudad de Roma, a medida que extendía su imperio por Italia y las religiones colindantes, fué perdiendo su primitivo carácter rural y transformándose en un centro urbano refinado: así que la evolución se perfila la *lex rogata*, expresión del derecho del pueblo, es paulatinamente reemplazada por la *lex data*, emanada de los pretores anuales: se pierde ya el recuerdo de las XII tablas y solo el edicto pretorial es lo que sirve de manzana de discordia a las agrupaciones políticas. El pretor, centro del derecho y de su aplicación, pronto tiene que desdoblarse dado el crecimiento sin cesar de Roma. el pretor urbano aplica el *jus civiles* a los ciudadanos, a los *quirités*; el pretor peregrino el *jus gentium* a los demás habitantes. A la larga el mundo entero conocido vino a constituir "los demás habitantes" y estar regido por el *jus gentium*, convertido así en un derecho imperial, organizando ficticiamente hasta

a los nómades beduinos y a las diseminadas poblaciones alpinas en *civitates* nominales, con derecho municipal para los casos en que el *jus gentium* no era aplicable. Dueños legales del mundo eran solo los *quirites* — un puñado de hombres — los únicos ciudadanos de Roma y los únicos para quienes existía el *jus civile*.

La forma imperial del fenómeno político en Roma trajo consigo a la larga la modificación del fenómeno jurídico, hasta que Adriano, en el segundo siglo de nuestra era, sancionó el *edictum perpetuum*, que puso fin al derecho pretoriano, modificando la esencia de los edictos anuales y dando a los mismos una forma definitiva, que se prohibió cambiar en adelante: el pretor, en su posterior edicto anual, se atenía al texto del perpétuo. Como el pensamiento jurídico presupone, como substancia propia, determinadas relaciones políticas y económicas, así como el pensar matemático representa conocimientos físicos y técnicos, Roma se convirtió en el centro de la jurisprudencia antigua. En América hemos tenido, en la época precolombina, fenómeno análogo: en el ciclo cultural azteca, la escuela de derecho de Tezcuco impuso al mundo mexicano el derecho de los vencedores; en el ciclo incásico, la del Cuzco unificó a todo el vasto imperio socialista de los incas, y la mayor parte del territorio que hoy es República Argentina vivía sometido a esa organización, que desconocía el comercio y la moneda, pero que no conocía ricos ni pobres, siendo común la propiedad de la tierra y velando la comunidad por el bienestar de toda la población, dándole trabajo mientras trabajar podía, y cuidando de su subsistencia en caso de accidente, enfermedad o vejez, es decir, el seguro social mas adelantado y *avant la lettre!* La unificación romana de su imperio fué análoga a la unificación cuzqueña en el imperio incásico, si bien con orientación sociológica completamente opuesta: Roma es la encaminación del individualismo quirita-rio, Cuzco lo es del socialismo incásico.

Tal fué el papel de Roma en el mundo antiguo: la jurisprudencia romana era la expresión del derecho. Comienzan en el atardecer de aquella cultura a mostrarse los tratadistas: Mucio Scevola por vez primera sistematiza el derecho, pero en forma de casos aislados y no como análisis de principios fundamentales: las diferentes clases de contratos, p. e. pero no el concepto mismo de contrato. Se trata de colecciones de casos prácticos, no de doctrina pura. Vienen después los sabimanos y proculianos, ya con tendencias filosóficas, y buscan amalgamar el *jus civile* con el *jus honorarium* pretorial. Las Institutas de Gaio, en 161, caracterizan esa faz de la evolución jurídica. Con arreglo a ellas, podemos decir que el derecho romano — hasta ese momento — era una estática jurídica,

un derecho de los cuerpos que se ven y tocan, que divide en lo que compone el mundo a personas corpóreas y a cosas corpóreas, determina con el criterio de las matemáticas euclideanas las relaciones entre aquellas en la vida común. El pensar jurídico es, pues, otra forma del pensar matemático: ambos tratan de concretar lo casualmente material de los sentidos, en los casos dados y apreciados con la visión; buscan la forma pura del hecho, el tipo puro de la situación, la relación pura de causa y efecto. Y como la vida antigua, en la forma y en la hechura, tal cual se ofrecía a la observación crítica de entonces, presenta rasgos euclideanos definidos, se desprende de ahí un cuadro de cuerpos, de relaciones de posición entre ellos y de recíprocas reacciones por empuje y contra empuje, como en los átomos de Demócrito. Es decir: un concepto absolutamente estático. Nosotros, educados en la cultura occidental, consideramos al fenómeno jurídico con un concepto dinámico y, por ello, corremos el peligro de apreciar erradamente el derecho romano encarándolo con un criterio diametralmente opuesto al suyo.

Cuando las Institutas de Gaio cristalizan por vez primera el derecho romano, hacía ya casi dos siglos que el mundo antiguo había pasado de la cultura a la civilización y lentamente se encaminaba a su decadencia: la larga juventud de aquel organismo cultural se había desarrollado con un período de estupenda madurez, durante el cual sojuzga al universo de entonces, pero la vejez se aproximaba, la senectud comenzaba a estampar su garra en el cuerpo social y visiblemente se iban extinguiendo las energías de otro tiempo, acercándose la decadencia inevitable y la muerte, como final obligado. A la vez comenzaba a desparramarse por el mundo el empuje de la propaganda del cristianismo, una nueva forma cultural, en ese estado de su evolución caracterizada por el concepto mágico del alma árabe. Era el nuevo cielo cultural que nacía, amamantándose a los pechos de la madre byzantina, ya un tanto decrepita: los balbucesos infantiles del nuevo y vigoroso organismo se mezclaban al *rictus* fatigado del otro, cuyas fuerzas mermaban a vista de ojos; de ahí esa compenetración de ambos ciclos, del nuevo — en su forma de cristianismo oriental árabe — en el viejo pagano, todavía resistente en Bizancio pero ya impotente en Roma. En el fenómeno jurídico la primera manifestación del alma mágica fué el concepto de las personas morales o jurídicas, totalmente desconocidas para el alma apolínica del derecho antiguo. El alma mágica sale del medio ambiente del Asia menor, de la Siria, la Mesopotamia, la Arabia y envuelve a Bizancio: todas esas poblaciones tenían otro concepto del derecho, el de la costumbre, oral o escrita; pero el derecho es, para ellos, una emanación del fenómeno re-

ligioso e independiente del vínculo político de la vida urbana: todos los creyentes de un mismo culto, en cualquier parte que se encuentren, tienen las mismas costumbres y, por ende, las mismas normas jurídicas. Es el *pneuma*, el espíritu igual, el idéntico saber y la común comprensión de la verdad única, lo que convierte a los creyentes de una religión en unidad de voluntad y de acción, y forman en totalidad una persona jurídica: esta es, pues, un ser colectivo — un organismo metafísico — que, como conjunto, tiene propósitos, toma resoluciones y carga con responsabilidades. Este concepto arabizante en Asia Menor, sobre todo en Siria y Mesopotamia, por lo cual estampa su sello en la comunidad cristiana en Jerusalem y se extiende, lógica e imperturbablemente, por doquier penetra el proselitismo de la nueva religión, mientras que, en Roma, se verifica a la vez una curiosa pseudomorfosis englobando elementos culturales nuevos dentro de las formas viejas de instituciones vacías.

Ha sido uno de los pensamientos geniales de Spengler el desdoblamiento de la era cristiana en dos ciclos culturales diferentes: el oriental mágico y el occidental fáustico, cuya vida milenaria permite seguir paso a paso su existencia, desde que nace cada uno de ellos, como se desarrolla su niñez, como se caracteriza su juventud, como se expande su edad madura, y cual fué la forma de la vejez del primero hasta que muere, de muerte natural, al producirse el estupendo movimiento social que caracteriza el histórico año 1000 y que el espíritu gótico encarna en las cruzadas; mientras que el segundo, o sea el nuestro, ha entrado ya en el período de la ancianidad, pero aún presenta vigor suficiente como para recorrer un siglo todavía, por lo menos — Spengler vaticina mas de un par de siglos — la trayectoria que lo separe de su desaparición. Solo que, a la vez, nace ciertamente un organismo cultural nuevo, que no podemos con seguridad precisar: Spengler sostiene que el núcleo ruso formará el germen de dicho organismo; a mí parece que, por el contrario, el núcleo americano desempeñará ese papel, porque la formación sucesiva de los ciclos culturales ha marchado siempre de Oriente a Occidente: la cultura china, primero; la hindú, después; la babilónica, mas tarde; la egipcia, en seguida; la grecoromana, a continuación; la árabe, extendiéndose a España y a la Galia del Atlántico; la europea occidental, ahora. Si el nuevo ciclo tuviera una característica eslava, sería el retroceso de Occidente a Oriente; si la tiene americana, seguirá en la directiva general: si bien no cabe negar que el alma rusa es mas virgen que la americana ayancada, y aquella parece mas predispuesta que esta a servir

de expersión a un nuevo concepto religioso, elemento psíquico determinante en el nacimiento de un nuevo organismo cultural.

Pero en el análisis del fenómeno jurídico en el pase del ciclo antiguo al árabe, queda fuera de duda que el imperio romano, en su faz byzantina, deja de ser apolínico y se convierte en mágico. Los edictos de Constantino, sus *Constituciones y Plácita*, si bien conservan la forma externa y tradicional del derecho de ciudad, se dictan propiamente para toda la comunidad creyente, la de la iglesia sincrética, que tiene la misma religiosidad sin estar ligada a la misma ciudad. En Roma subsistía el concepto occidental apolínico del derecho municipal; a medida que se extendía el imperio hacia el Oriente, ese concepto se esfumaba y se convertía en el mágico de la comunidad creyente. La reunión de creyentes — prescindiendo en esto del carácter cristiano o pagano de los mismos — en una comunidad jurídica se traduce en la forma del culto: el imperio byzantino mantenía el del emperador, que era de derecho divino. Las comunidades judías y cristianas, como creyentes de otros cultos, constituyen silenciosamente el suyo propio prescindiendo del derecho oficial: así la comunidad persa, con su culto de Mithras, forma análoga agrupación por su parte. Cada una de esas comunidades religiosas, obedeciendo a su sincretismo y con absoluto desarraigamiento de la ciudad antigua, forma su propio derecho, dentro del imperial común. Cuando el emperador Caracalla, en 212, da su *Constitutio Antonina*, por la cual confiere a todos los habitantes del imperio — con excepción de los *dediticii* — el derecho de ciudadanía, adopta simplemente una forma antigua tradicional para sancionar un estado de cosas completamente nuevo: la ciudad de Roma nominalmente se incorpora así como ciudadanos a todos los habitantes del imperio; a la vez el emperador, como el *divus* de la religión del estado, se convierte en la cabeza de todos los creyentes. Constantino no hizo, con orientación cristiana, sino repetir lo que realizó Caracalla, con directiva pagana: como objeto del derecho de califato imperial, en lugar de la religión pagana sincrética, colocó a la comunidad religiosa cristiana; constituyó así oficialmente la nación cristiana en la evolución sociológica moderna. Los conceptos de creyente y hereje cambiaron de la noche a la mañana: antes de Constantino, los paganos eran creyentes y los cristianos los herejes; después, los cristianos fueron los creyentes y los paganos los herejes. Y, en el fenómeno jurídico se produce análoga evolución: el derecho romano pagano, tal cual Gaio lo sintetiza, se convierte en derecho romano cristiano, que pronto Justiniano cristalizará. El derecho se vuelve religioso: corresponde a

todos los cristianos; y los que se convierten a dicha religión, asiáticos o germanos, en el acto quedan sujetos a él.

Las denominaciones continúan con los mismos nombres pero adquieren diferente significado porque obedecen a diversa idea. Así, en el derecho antiguo tradicional era imposible que un ciudadano de Roma se casara con una habitante de Capúa, por ejemplo, pues entre ambas ciudades no existía comunidad de derecho, ningun *connubium*: cosa tan estricta que las XII tablas lo prohibían dentro de la misma Roma, hasta entre patricios y plebeyos. En el derecho romano constantínico el problema cambia: el *connubium* no se entiende de clases sociales dentro de la misma ciudad, e imposible, por lo tanto, entre ciudades distintas, sino correspondiendo a miembros de comunidades religiosas dadas, como ser entre cristianos o entre judíos, prescindiendo de si era cualquiera de ellos romano, sirio o moro, no pudiendo casarse con una persona no creyente, cualquiera que fuera su culto, desde que en el concepto jurídico mágico no hay *connubium* entre creyentes de cultos diversos. Por eso que un celta o un germano se casara en Bizancio con una africana o asiática, siendo ambos cristianos, no implicaba dificultad legal alguna, pero si dos habitantes de una misma aldea siria, siendo uno monofisista y el otro nestoriano, querían casarse, la dificultad legal era insoluble porque, por mas que pudieran ambos pertenecer a una misma familia, hacían en realidad parte de dos comunidades distintas: ni el vínculo político ni el de sangre tenía importancia, sino el religioso.

El concepto mágico de nación, como comunidad de religión, se convierte así en un hecho nuevo trascendental. La línea divisoria entre nacional y extranjero, en la cultura apolónica, estaba entre dos ciudades: en la mágica, entre dos comunidades religiosas. Lo que para un romano tradicional era el *peregrinus*, el *hostis*, venía a ser para un cristiano, el pagano; o para un judío, el amharéz. De modo que la adquisición de la ciudadanía imperial romana se hizo depender del bautismo cristiano: verificado este, se hace parte de la nación dirigente y de la cultura predominante. Con igual concepto mágico los persas de la época de los Sassanidas — en contraposición con los del tiempo de los Achamenidas — no reconocen un pueblo persa como unidad de procedencia y lengua, sino como unidad de los creyentes mazda frente a los herejes de diversa denominación, aun cuando éstos, como en el caso de los nestorianos, fueran de purísima raza persa. Y con análogo criterio han procedido los judíos, después los mandeos y los maniqueos, mas adelante la iglesia nestoriana y la monofisista, considerándose to-

dos los creyentes del mismo culto como nación, como comunidad de derecho, como persona jurídica.

Esta transformación profunda del fenómeno jurídico trajo consecuencias significativas. Así, como en la cultura antigua había grupos de derechos diferentes según las ciudades, así también, en la cultura posterior mágica se formaron grupos de derechos diversos según las divisiones religiosas. En el imperio persa de los Sassanidas el derecho es zoroástrico y se cultiva en escuelas especiales: los judíos, en cualquier parte que habitaran, organizan el derecho del Talmud; cada iglesia tiene, independientemente de la circunscripción territorial donde se encuentra, su derecho privativo y su propio tribunal, cual todavía sucede hoy en Oriente, y solo cuando el pleito es entre creyentes de iglesias distintas es que lo decide el juez, que corresponde al país. Este concepto mágico del derecho es lo que explica el régimen oriental de las capitulaciones, vigente en Turquía hasta hoy, y que el telégrafo ha anunciado haber sido finalmente suprimido por el tratado de Lausana; no era, pues, una imposición de la Europa cristiana a la Turquía mahometana, sino sencillamente la supervivencia — en la mentalidad turca — de aquel criterio mágico, que concibe el derecho como emanación de la religión, por lo cual un cadí turco no comprendía como podía juzgar a un griego ortodoxo o a un cristiano de cualquier nación que fuera. De ahí que los cristianos tuvieran sus jueces y su derecho; los griegos, otro tanto; los turcos, por de contado: el tratado de Lausana sustituye el concepto mágico oriental por el fáustico europeo, y de hoy en adelante en las comarcas turcas no habrá — en principio — mas que una ley y unos tribunales, convirtiendo al fenómeno jurídico en emanación de la soberanía territorial, a la cual están sometidos ciudadanos y extranjeros, con prescindencia de su religión o de su nacionalidad. El último resto de supervivencia real del criterio mágico ha desaparecido, pues, a nuestra vista. Ahora bien, a los judíos jamás se les desconoció sus propios tribunales dentro del imperio romano, como a su vez los nestorianos y los monofisistas, así que se desprendieron de la iglesia madre, organizaron su derecho y sus jueces; de esa manera desde que cada comunidad religiosa tenía derecho y magistrados suyos, por eliminación no quedaron en el imperio byzantino sino los cristianos como sujetos del derecho imperial, porque pertenecían a la misma religión que el emperador. Y de ahí resulta un fenómeno curioso: la esfera de influencia de cada derecho y de los tribunales que lo aplican se extiende a todos los puntos donde existe comunidad de creyentes de la misma religión, de modo que el derecho imperial romano realmente no se aplicaba sino en una par-

te restringida del imperio: allí donde había comunidades cristianas, pues la iglesia imperial era la ortodoxa, pero eran tantos los heterodoxos que la convivencia de distintos derechos y diversos tribunales viene a convertir el fenómeno jurídico de la decadencia de la cultura romana, en el período cultural del arabismo mágico, en un mosaico curiosísimo. De ahí que cuando Mahoma extiende el islamismo por casi todo el mundo oriental, africano y europeo, el derecho musulmán no reemplace propiamente al romano byzantino sino al monofisista heterodoxo.

Esa interesante evolución del fenómeno jurídico en los primeros siglos de nuestra era, por lo general es omitida en toda historia universitaria del derecho. Porque los tratadistas por lo común siguen el esquema simplicista de la línea recta que, de la antigüedad, pasando por la edad media, los lleva a la edad moderna, y prescinden de lo demás como si no hubiera existido. El mismo Comte — el genial creador de la sociología — incurre en idéntico error, tanto que, a juzgar por las disquisiciones de su *Cours*, todavía parece concretar la existencia de la humanidad a la región del Mediterráneo y la línea recta del esquema predicho le parece fuera de duda. Los sociólogos comtistas — sobre todo los franceses, mas amantes de la generalización fácil que de la investigación difícil, con excepción de la severa escuela de Durkeim — también admiten la línea recta y el desenvolvimiento continuo de la Humanidad, con mayúscula, con lo cual simplifican y aún escamotean el problema, pues en esa humanidad sobreentienden todas las pigmentaciones, todas las razas, los habitantes de todos los continentes... Spengler reacciona vigorosamente contra semejante prejuicio y demuestra — como he tenido ocasión de exponerlo en mi curso universitario — que no hay ni ha habido sino ciclos culturales diversos e independientes entre sí. Por eso nuestros tratadistas no conocen sino el derecho tradicional romano y lo exponen como si se tratara de un cuerpo de legislación que hubiera regido durante siglos en el mundo, casi sin solución de continuidad, siendo así que los hechos verdaderos son completamente diferentes. Ha sido uno de los grandes méritos de la sociología relativista spengleriana haber puntualizado el criterio propio de cada grupo cultural, y haber caracterizado especialmente el ciclo mágico, posterior al apolónico antiguo y precediendo al fáustico moderno. Antes de Spengler — y eso lo podréis observar abriendo cualquiera de los textos de derecho romano a vuestro alcance — no se conocía ni siquiera la duda a este respecto: el derecho romano era “el derecho” por antonomasia, y sus compilaciones eran la expresión misma de los principios eternos del Derecho, con mayúscula. Por eso

se estudiaban dichos textos como si fueran una religión revelada, como expresión de la verdad abstracta, casi como las tablas de la ley entregadas a Moisés, en el Sinaí, y con absoluta prescindencia de la realidad y de cual fuera su acción en los pueblos de la época. El hecho sociológico es que el derecho justiniano representa una civilización en decadencia, injertada en una cultura juvenil y que estaba entonces en su primer período: se ha transmitido a la posteridad simplemente como literatura erudita. En cambio, el derecho del ciclo cultural árabe mágico no ha ejercido la misma influencia en el pensamiento jurídico de la cultura occidental, sencillamente porque la codificación justiniana desgraciadamente deslumbró a los juristas universitarios que la descubrieron y las generaciones siguientes, como los clásicos carneros de Panurgo, continuaron admirándola. Con todo, ese derecho mágico había compenetrado intensamente la compilación justiniana de una manera indirecta al través de los juristas helenistas, quienes predominaban en la corte de Bizancio, la cual era más asiática que europea, más árabe que romana, envuelta en el nimbo del fausto oriental y olvidando el visible desmoronamiento del caduco imperio ante el empuje juvenil de los bárbaros nordiscos, lo cual tenía menos importancia que las rivalidades de los "azules" y los "verdes" en las luchas de su circo — o de la ensordecedora algarabía provocada por el fatídico *pollice verso* en el combate de gladiadores y de lo cual da hoy idea aproximada el brutal entusiasmo del *ring* en un *match* de boxeadores — a los ojos de aquella ciudad descreída, decadente, verbalista, burlona, en plena molición senil. Porque el derecho del *Corpus juris* corresponde no poco al ciclo cultural árabe: escrito en su mayor parte en latín, tiene su radio de acción propio, como lo tiene la literatura judía, cristiana y persa de la época. Los juristas clásicos de 160 a 220, Papiniano, Ulpiano y Paulo, eran arameos; Ulpiano se ha llamado a sí mismo un fenicio de Tyro; pero venían del mismo mundo que los Tannaim judíos que confeccionaron la Mishna en 200, y que la mayoría de los apologistas cristianos, pues Tertuliano es de 160 a 223. Conjuntamente los sabios cristianos formaron y depuraron el cánon y texto del nuevo Testamento; los sabios judíos, el del Antiguo: ambas corrientes al sancionar el texto definitivo, destruyeron todos los manuscritos anteriores con la ambición fervorosa de convertir aquel en *ne varietur*: y lo mismo, en igual época, hicieron los sabios persas con el texto del Avesta. Es, pues, el período del florecimiento y culminación del saber árabe en ese primer período, anterior al islamismo. Los Digestos y Comentarios de todos esos juristas, respecto del derecho antiguo petrificado, están en análoga re-

lación que la de la Mischna a la Tora, de Moisés, y posteriormente el Hadith mahometano al Korán: son — como los denominan los judíos — “halacha”, nuevo derecho de la costumbre, que se confeccionó en forma de interpretación de la masa jurista autoritaria y tradicional. El método casuista es en todos ellos — romanos, judíos, persas, cristianos — idéntico. Los judíos babilónicos tenían su derecho civil desarrollado, que enseñaban en las escuelas de Surra y Pumbadita. Por doquier se formó una clase de juristas, los *prudentes* cristianos, los rabinos judíos, los ulemas y mallas islamitas: todos ellos redactaban dictámenes, *responsa* latinas o *fetwa* árabes, como los dictámenes o consultas de los jurisconsultos coetáneos. Así que, en el mundo mahometano, se da carácter oficial al ulema, se le transforma en nufti, o sea en el byzantino *ex autoritate principis*. Como se ve, es la misma evolución por doquier. Hacia 200 esa evolución jurídica se acentúa: los apologistas cristianos se transforman en padres de la iglesia; los tannain judíos en los amos: los grandes casuistas del *jus* en los comentadores de la *lex*, en su forma de constituciones imperiales. Estas, desde ese momento, se convierten en la fuente única del derecho todavía llamado incorrectamente romano, pero en realidad solo son una nueva “halacha” con respecto al contenido de los escritos de los juristas: corresponden, en el desenvolvimiento del derecho judío, al papel de la Gemara en relación con la Mischna. Ambas tendencias, por fin, toman su forma definitiva en el *Corpus juris* y en el *Talmud*.

Y ese *Corpus juris*, dictado cuando ya las regiones romanas originales estaban sumergidas bajo la inundación de las razas góticas durante la migración de los pueblos, comenzando esa lenta absorción que dejó el sedimento inferior romano — sobre todo en la Italia sud, en el mediodía de la actual Francia y en el norte de España: regiones todas que, todavía hoy, conservan inconscientemente un tinte pagano, cual se observa en la forma de su catolicismo militante, tan diverso del anglosajón o germánico — hasta que el idioma latino mismo se corrompió y perdió, en la avalancha de otras lenguas bárbaras cominantes, para renacer en el pseudo latín gótico de la Edad Media, que ya no era el clásico de Roma, como el rotundo latín humanista del renacimiento, con sus pretensiones ciceronianas, ha sido otra creación artificial hasta que, en el estadio actual de la civilización occidental, el latín es un idioma muerto, como el sánscrito y tantos otros, cuya pronunciación no podemos ya ni adivinar siquiera. El código justiniano expresa, pues, un espíritu que realmente ya no tenía vida cuando aquél fué confeccionado, pues Byzancio, que fué en su origen una penetración romana en el mundo oriental, se había ya convertido

en un exponente oriental, en un mundo que solo conservaba el recuerdo de haber sido romano. Y como la ley debe solo ser la cristalización de las costumbres, éstas ya no estaban reflejadas en el texto legal de los compiladores del *Corpus*: era este un cadáver jurídico impuesto a la vida brillante de su época y que la posteridad, por un hado singular, arrastra todavía consigo como si fuera su túnica de Neso!

... Véome forzado a interrumpir aquí esta exposición, pues el examen del *Corpus juris* no cabría ya hacerlo dentro del marco de esta conferencia, demasiado prolongada. Dejaré, pues, todo lo que aún resta del rapidísimo análisis que me propuse hacer ante vosotros, para la próxima y última conferencia. Solo me queda agradeceros la paciencia con que habeis querido oirme hasta aquí.

II

Señores:

La imposibilidad de prolongar mi estada en Córdoba me obliga a prescindir de una serie de probanzas de detalle, utilizando los textos legales mismos, para comprobar la exactitud de afirmaciones que, por tal causa, parecen a prima faz un tanto dogmáticas. Pero aquellas comprobaciones corresponden en realidad más bien a un curso de seminario, y seguro estoy de que cualquiera de vuestros profesores, de las disciplinas pertinentes, fácilmente os guiará en tal investigación: y, si a ello se resuelve, encontrará, al practicarla, por completo confirmado todo lo que os vengo exponiendo. Por lo demás, es cabalmente en los cursos cerrados, los que se denominan *privatissime*, donde realmente se hace ciencia y se trabaja con materia prima, mientras que en las conferencias abiertas o en los cursos *publice*, el profesor solo puede — como me pasa a mí ahora — concretarse a exponer secamente los resultados del estudio práctico, manifestando las conclusiones a que arriba.

La exposición de la conferencia anterior permite decir que, en el *Corpus* justiniano, resulta clarísima la antítesis mágica de *jus* y *lex*: Instituta y Digesto son *jus* y tienen el significado de textos canónicos: Constitutiones y Novelles son *leges*, derecho nuevo en forma de glosas. En parecida relación están los escritos canónicos del Nuevo Testamento con la tradición de la Patrística. Las múltiples Constitutiones del *Corpus* tienen un carácter oriental evidente: es un derecho romano que propiamente nada tiene que ver con Roma; es un derecho consuetudinario oriental, que bajo la presión política de la época se cristaliza en texto escrito. Es ese el significado exclusivo de los innumerables edictos de los regentes cristianos en Bizancio, como de los persas en Ktesiphon, o de los:

judíos — en la Resch Galuta — en Babilonia, o de los califas mahometanos en Bagdad o Granada.

El *Corpus Juris* es, pues, una mistificación jurídica: no es realmente derecho romano, sino más bien ya derecho oriental árabe. El Digesto, con sus escritos de juristas, que se aplicaban en vez de los antiguos textos romanos, introducía así en la vida del derecho, siquiera parcialmente, el espíritu nuevo de la cultura árabe del mundo oriental y su concepto mágico. Este antagonismo en el fenómeno jurídico, entre la orientación apolínica antigua y la nueva mágica, constituye uno de los instantes más interesantes en la evolución sociológica del derecho.

El rasgo fundamental de la evolución del fenómeno jurídico del ciclo cultural antiguo, con su mentalidad apolínica, al ciclo cultural árabe, con su criterio mágico, consiste en que, en aquel, el derecho era creado por ciudadanos de una ciudad exclusivamente para ellos y por motivos prácticos, mientras que, en este, se le considera emanado de Dios, revelado por el espíritu divino a los elegidos. Cesa, por lo tanto, aquella antítesis romana de *jus* y *fas*, puesto que todo el derecho — en lo mágico — viene de lo alto, *deo auctore*, como lo declaran las primeras palabras del Digesto justiniano. La autoridad del derecho antiguo se basa en su eficacia: la del otro, en la autoridad de quien lo formula. Por eso, en el derecho justiniano, es esencial conocer el nombre del jurista que justifica un apotegma, como en los Evangelios es indispensable citar el nombre del evangelista, o en todo texto musulmán, el del respectivo autor. El hombre de cultura apolínica ve en el derecho la expresión de la voluntad de sus semejantes; el de cultura mágica, la de la voluntad divina: en el primer caso, se somete de grado o por fuerza; en el segundo, se entrega por convicción. El mundo oriental mágico prescinde del objeto práctico de la ley que se aplica o de los fundamentos de la sentencia que se dicta: por eso la relación del cadí con el pueblo es muy distinta de la del pretor con los ciudadanos de la vieja Roma. El pretor invoca el criterio jurídico consagrado por la experiencia; el cadí, solo la voluntad divina en la prescripción legal; para aquel, el contenido de su edicto es la quintaesencia de la experiencia; para éste, el texto es oráculo sobrenatural, cuya intención se interpreta. Por eso, en el derecho del período mágico no se indaga la razón práctica de la disposición sino el sentido de la letra del precepto, desde que siendo fórmula divina hay que adaptar a la misma el caso judicial. El *Corpus juris* fué así aplicado en la práctica, como expresión de la verdad que no se discute — la Verdad, con mayúscula — y a la cual tiene que conformarse la realidad; mientras que, en el dere-

cho romano antiguo, la realidad requería en cada caso una fórmula jurídica que se conformara a la misma. Y no pudo el *Corpus* ser considerado de diversa manera, en la época en que fué confeccionado, porque ese era el concepto de la relación del espíritu con la letra, de la mística y de la apocalíptica judía, cristiana, persa, de la filosofía neopitagórica, de la Kabbala: ese era el criterio de la época, convencida de que el espíritu divino estaba contenido en el texto de los preceptos y debía desentrañarse de éstos. Por eso todos los cultos orientales forman su escritura propia y hermética, accesible solo a los iniciados, en la cual se redactaban los libros religiosos y constituía así el lazo común de todos los creyentes del mismo culto, que se consideraban a sí mismos como nación. Cuando existían diversos textos, el *consensus* de los intérpretes, la *idjma* era lo que establecía la verdad. Nosotros — en el actual ciclo cultural — difícilmente podemos apreciar ese criterio, pues buscamos individualmente desentrañar el significado de un texto mediante nuestra propia convicción pero el jurista árabe examina y pesa la opinión general de los creyentes, que considera no puede errar porque el espíritu de Dios es a la vez el espíritu de la comunidad. De ahí el concepto de la *idjma*, del *consensus*: establecer el consenso interpretativo de creencias, dogmas y preceptos. Es ese el significado de la famosa ley de Valentiniano III (426) sobre las citas de derecho: los tratadistas de nuestra cultura son acerbos al condenar burlescamente tal criterio, pero en realidad es el de cualquier concilio de la Iglesia. Porque Valentiniano selecciona y limita el número de los juristas que se puede citar, y los reduce a 5; no otra cosa ha hecho la iglesia cristiana al reducir a cifra determinada el número de los evangelistas, cuyos textos componen el Nuevo Testamento y que son los únicos que canónicamente pueden ser citados. En la ley de Valentiniano la mayoría de los juristas citados decide y, si hay empate, la opinión de Papiniano tiene doble valer. Respondiendo a ese criterio el jurista Triboniano lleva mas tarde a cabo sus innúmeras interpolaciones en el Digesto de Justiniano. En el concepto de la iglesia cristiana un texto canónico es la expresión de la verdad, independiente de tiempo y no susceptible de modificación. Solo que, con la variación del criterio de interpretación, se atribuye al espíritu diversa manera de manifestarse y de mantener exteriormente la inmutabilidad de los textos: por eso la ahí la técnica especialísima de las modificaciones secretas, para Biblia, sin modificar su texto, es objeto de interpretación diversa según sea el criterio del intérprete, y es conocido — a este respecto — el famoso proceso de la Inquisición a fray Luis de León,

el excelso poeta, después que el concilio tridentino hubo fijado la intangibilidad de la Vulgata.

La figura más importante, en la evolución del fenómeno jurídico en la época que se examina, es sin duda el emperador Justiniano: el Carlos V de su tiempo. Su sueño dorado fué la reconstrucción del gran imperio romano. Eso sí lo puede comprender nuestra cultura occidental porque desde Carlomagno, después Barbarossa y Carlos V, ha sido también el sueño dorado del alma fáustica, casi realizado — pero obedeciendo a una orientación completamente distinta — algunos siglos después por Napoleón I, que señala el comienzo del caos, como usurpador después de la revolución, mientras las otras encarnaciones son las del poder en formación ascendente: quizá hoy todavía posiblemente no pocos políticos idealistas creerán posible aquél propósito, confundiendo la fáustica aspiración a la monarquía universal con el personal cesarismo napoleónico ya que los grandes sacudimientos históricos terminan por lo general en el cesarismo. Pero ese sueño fué la fatalidad de Justiniano: en vez de contentarse con el mundo oriental de su imperio Bizantino, solo tenía presente a la lejana Roma: aún antes de subir al trono negociaba ya con el papa romano, que entonces era solo uno de tantos patriarcas de la iglesia, ni siquiera todavía el *primus inter pares*: para complacerlo, repudió el dogma monofisista y adoptó el símbolo diofisista de Calcedonia, perdiendo con ello a la larga las más ricas regiones del imperio, que de ortodoxas vinieron así a convertirse en heterodoxas. El cristianismo se había desenvuelto hasta entonces con mayor intensidad en Oriente que en Occidente, pero en el mundo oriental había adoptado a la fórmula monofisista o la nestoriana. El repudio de Justiniano dejó el campo libre para la propagación del islamismo como nueva religión, mientras que Mahoma lo concibió solo como corriente puritana dentro del cristianismo oriental, cual posteriormente Lutero encaró su reforma dentro del cristianismo, o, antes, la iglesia ortodoxa greco-rusa también dentro del cristianismo. Justiniano se propuso, además, codificar el derecho de la costumbre que reinaba en el mundo oriental, pero lo hizo en forma de un código latino que, en razón del idioma, no penetró en aquel mundo y, en razón de la situación política, tampoco tuvo acogida en el mundo occidental: de ahí que el nonnato *Corpus* justiniano haya sido un fracaso legislativo desde su origen, rechazado a la vez por ambas fracciones del imperio y convertido en simple monumento de literatura jurídica. Porque en la parte occidental del imperio en realidad eran visigodos, ostrogodos, borgoñones, longobardos y demás avalancha de la migración de los pueblos, quienes dominaban

de facto en las antiguas provincias romanas: en el siglo V, después de las estériles campañas de Belisario y Narses, las comarcas europeas, antes romanas, eran godas; si bien estos habían concedido a las poblaciones romanas conquistadas leyes latinas, que ellos mismos no usaban, por lo cual el *Corpus* justiniano no llegó jamás a ser ley real para todos los habitantes. En cambio, en la fracción oriental del imperio, la nación judía tenía su código del Talmud y solo los cristianos obedecían las leyes imperiales. La misma confección del *Corpus* es obra del criterio mágico árabe y la antítesis del criterio del derecho romano antiguo: es una creación religiosa, por lo cual la influencia cristiana paulatinamente le interpola una serie de prescripciones de derecho canónico, como las *Constitutiones* que se encuentran al final del código teodosiano y se ponen al comienzo del justiniano, además de las introducciones a la mayor parte de las Novelas. El *Corpus* no es, con todo, la expresión de una forma nueva del derecho sino, por el contrario, la terminación de la forma anterior; el mismo idioma latino ya comenzada a caer en desuso, tanto que la mayoría de las Novelas está redactada en griego. Queda como conjunto de doctrina, que los juristas comentan, dándole a veces nueva forma, como en la *Ekloga* del emperador Leo, en el siglo VIII, y en la recopilación del arzobispo persa Jesubocht, contemporáneo del gran jurista mahometano Abu Hanifa; corresponde, pues, al período de la evolución jurídica de la cultura mágica, que la iglesia cristiana, más tarde, llevará a su culminación con su análogo *Corpus juris canonici*.

Mientras terminaba así en el mundo byzantino esa faz de la evolución del fenómeno jurídico, en el mundo antes romano y a la sazón germánico el mismo fenómeno venía elaborándose en forma independiente y con criterios completamente distintos. Desgraciadamente para la ciencia del derecho el descubrimiento casual en 1050 del único ejemplar de las Pandectas de Justiniano que ha pasado a la posteridad, introduce el elemento perturbador de aquella otra forma jurídica, obediente a un criterio ajeno y desaparecido. En el mundo entonces teutónico, desde el Mediterráneo hasta el mar Báltico cada uno de los pueblos germánicos — visigodos, ostrogodos, longobardos, francos, borgoñones, sajones, alemanes, etc. — tenía sus reglas jurídicas, para su derecho de familia y de cosas, con su derecho feudal de señores y vasallos, como los vecinos urbanos, con características propias en esos tres grupos: señores, vasallos, burgueses. La sociedad europea medioeval es, en realidad absolutamente distinta de la grecoromana o la byzantina. El centro de la vida social no es la ciudad, como en el mundo antiguo apolínico, ni la religión, como en el mundo árabe mágico, sino la

nobleza feudal: los señores son los *quirites* del mundo feudal, que forman el eje al derredor del cual todo gira, pues las gentes del común son sus vasallos y están en relación de derecho con los mismos, como estos a su vez lo están con el monarca: sólo al aproximarse el renacimiento las ciudades comienzan a tener personalidad propia, como centros municipales del comercio y de artes y oficios, estando por lo general en relación de derecho o con el señor próximo o directamente con el monarca. El concepto feudal del derecho es, pues, distinto del romano o del árabe; la relación de derecho es de señorío y vasallaje, en territorio determinado, con privilegios y obligaciones desiguales: es la época del “derecho de la fuerza” que autorizaba a cada señor feudal a considerarse como mundo aparte y, en consecuencia, solo respetaba a los más fuertes y abusaba de los más débiles, apoderándose de los productos comerciales sin escrúpulo y sin reconocer más prescripciones legales que las que él propio dictaba. Nosotros, en América, hemos tenido organizada la sombra de ese derecho en las Leyes de Indias, con su régimen de encomiendas, en el cual el encomendero viene a ser un cuasi señor feudal y los indios encomendados, sus vasallos: la diferencia estriba en que la corona dictaba las prescripciones legales a que unos y otros debían someterse, buscando evitar la arbitrariedad, si bien en la práctica — como el rey estaba lejos y el encomendero, en cambio cerca — la voluntad del encomendero aplicaba o no los excelentes textos legales: pero eso pasaba ya en los siglos XVI y XVII cuando el feudalismo, en el mundo europeo, había por completo perdido la crudeza de los siglos anteriores, en pleno renacimiento y en medio del poderoso movimiento de la reforma, que modificó hondamente el fenómeno jurídico.

Inevitablemente, pues, el derecho toma la misma forma que en todos los ciclos culturales del pasado: se observa que es un fenómeno jurídico de clase, porque la comunidad estaba dividida en capas sociales que no se compenetraban, como las actuales castas de la India, y cada una de aquellas tenía sus normas legales propias. Entre estas, las que constituyen el derecho de la nobleza normanda se han perpetuado hasta nuestros días, pues se imponen en Inglaterra por los conquistadores en 1066, y la clase vencedora obliga a toda la población a no tener mas norma legal que la normanda: el fenómeno jurídico, así, evoluciona en la Gran Bretaña de la forma de derecho de clase a derecho de la nación, y que se ha conservado hasta ahora su esqueleto germánico feudal, y habiéndose trasplantado a todo el mundo sajón actual: Canadá, Estados Unidos, India, Australia, Africa del Sud. El rasgo típico del derecho normando es su carácter de derecho práctico, como el romano

antiguo: se compone de decisiones de casos que la experiencia colecciona, pero la teoría jurídica no ejerce influencia alguna en su formación. Hoy, todavía, quien asiste a una clase de derecho romano en Oxford o Cambridge se da cuenta de que se enseña allí una disciplina histórica, que nada tiene que ver con la legislación vigente: la nobleza inglesa, ya en Merton (1036) rechazó las Pandectas justinianeas. Por eso los jueces británicos proceden como los pretores de la antigua Roma: resuelven, con su personal criterio y teniendo en cuenta los precedentes, los casos que se presentan, y esas decisiones se reúnen en colecciones de casos, que son los textos donde se aprende el derecho en Inglaterra, desde la colección de Bractón de 1259. El derecho consuetudinario se perpetúa con la jurisprudencia y paralelamente con el derecho estatuario, compuesto de las leyes parlamentarias, por lo general basadas en la jurisprudencia anterior. En cambio en Francia el fenómeno jurídico, después de la conquista germánica, se desdobra en el *droit écrit* visigodo, predominante en el sud, y el *droit coutumier* franco del norte. En la península itálica — la cuna del clásico derecho romano antiguo — domina el derecho de los conquistadores longobardos: en Pavia se estudiaba el derecho germánico, cristalizado en la *Expositio* de 1070, y, después, en la *Lombarda*.

Fué entonces cuando el descubrimiento del único ejemplar conocido de las Pandectas — que no era, por lo tanto, derecho romano sino derecho bizantino — vino a ejercer una influencia nefasta, pues en la universidad de Bolonia el jurista Irnerius compuso (1100) la primera glosa y en seguida los demás juristas se ocuparon en comentar el código descubierto... En la vida moderna solo hay un ejemplo de perniciosa influencia análogo: el del Código Napoleón, que sirvió de lecho de Procusto no solo a la mayoría de las naciones europeas sino a todas las latinoamericanas.

El desenvolvimiento jurídico en Alemania — apesar de su cristalización en el Espéculo de Sajonia (1230) y en el de Suabia (1274) — fué volcado en los carriles itálicos por soñadores como el emperador Maximiliano: en Worms (1495) se adopta la forma italiana de tribunales y el “santo imperio romano de la nación germánica” se apresura a considerar el *Corpus* justiniano como derecho imperial: desde entonces, a la par del derecho regional de la costumbre, ha regido allí el derecho artificial de aquel código bizantino que, en su época, nació legislación nonnata y, por una singular ironía de la suerte, resucitó legislación vigente! Irnerius, al dar a conocer el manuscrito de las Pandectas, comentándolo con el método longobardo entonces en uso en las escuelas, sostuvo que la verdad del nuevo texto era la *ratio scripta* y que en su letra debía

creerse como se creía en la Biblia y en Aristóteles. De ahí que un *Corpus* que condensaba los conocimientos jurídicos de una sociedad ya enfermizante refinada y decadente, como la de Bizancio, vino a aplicarse a condiciones sociales totalmente diferentes, debido tan solo al ardor erudito de un jurista de gabinete, alejado de la vida práctica y viviendo en la atmósfera verbalista doctrinaria de los claustros universitarios de entonces. Los juristas eran, en aquellos tiempos, todos glosadores escolásticos, adoradores del realismo conceptual, y solo consideraban como realmente verdadero, como sustancia del mundo, no a las cosas mismas sino a los conceptos generales, por lo cual sostenían que el derecho verdadero provenía de la costumbre o del uso — como la *Lombarda*, tilhada de grosera y ordinaria — sino de la aplicación elegante y casuista de los conceptos abstractos: por eso decía Hugucio (1200) que los romanos tenían la *lex* pero los lombardos solo el *faex*. Esa escuela escolástica de los glosadores pedantes se arrojó abajo y de abajo arriba con un interés dialéctico sorprendente: el estudio académico de las Pandectas dominó por completo la actividad intelectual durante un par de siglos, si bien ninguno de esos juristas se propuso convertirlo en ley vigente, pues vivían embriagados con la hueca palabrería, discutiendo infatigables entre sí sobre los textos y su interpretación: antítesis absoluta del pretor romano o del eadí bizantino, verdaderas encarnaciones de una nefasta verborragia, divorciada de la realidad, discutiendo en el aire, hablando dogmáticamente de Derecho, de Verdad y otros términos análogos, siempre con la inevitable mayúscula, olvidados de la vida y de sus necesidades, de la organización social de su tiempo, de las modalidades económicas de la existencia; “ratas de biblioteca”, solo respiraban entre folios y no conocían otra cosa: la vida, para ellos, era lo fantástico, y los libros, lo único positivo... En 1300, sin embargo, la avalancha de glosadores comenzó a perturbar la aplicación del derecho lombardo. Bartolo — el “gran” Bartolo! — amalgama el derecho canónico y el germánico en un conjunto aplicable en la práctica: y esa obra, un tanto imbuída de espíritu germánico, es lo que España y Alemania consideraron como derecho romano, mientras que Francia se atuvo al texto bizantino justiniano, a través de los comentarios de Cuyacio y de Donnellus.

Junto con el descubrimiento de las Pandectas y la primera glosa de Irnerius, en 1100, coincide en la universidad de Bolonia la redacción de las famosas Decretales del monje Graciano, en 1140, quien vino así — a semejanza del *Corpus* justiniano — a dar cuerpo al derecho canónico, reduciéndolo a una compilación de doctrina espiritual, a la vez que sistematizaba el tradicional derecho

creerse como se creía en la Biblia y en Aristóteles. De ahí que un *Corpus* que condensaba los conocimientos jurídicos de una sociedad ya enfermizante refinada y decadente, como la de Bizancio, vino a aplicarse a condiciones sociales totalmente diferentes, debido tan solo al ardor erudito de un jurista de gabinete, alejado de la vida práctica y viviendo en la atmósfera verbalista doctrinaria de los claustros universitarios de entonces. Los juristas eran, en aquellos tiempos, todos glosadores escolásticos, adoradores del realismo conceptual, y solo consideraban como realmente verdadero, como sustancia del mundo, no a las cosas mismas sino a los conceptos generales, por lo cual sostenían que el derecho verdadero provenía de la costumbre o del uso — como la *Lombarda*, tildada de grosera y ordinaria — sino de la aplicación elegante y casuista de los conceptos abstractos: por eso decía Hugucio (1200) que los romanos tenían la *lex* pero los lombardos solo el *faex*. Esa escuela escolástica de los glosadores pedantes se arrojó abajo y de abajo arriba con un interés dialéctico sorprendente: el estudio académico de las Pandectas dominó por completo la actividad intelectual durante un par de siglos, si bien ninguno de esos juristas se propuso convertirlo en ley vigente, pues vivían embriagados con la hueca palabrería, discutiendo infatigables entre sí sobre los textos y su interpretación: antítesis absoluta del pretor romano o del cadí bizantino, verdaderas encarnaciones de una nefasta verbosidad, divorciada de la realidad, discutiendo en el aire, hablando dogmáticamente de Derecho, de Verdad y otros términos análogos, siempre con la inevitable mayúscula, olvidados de la vida y de sus necesidades, de la organización social de su tiempo, de las modalidades económicas de la existencia; “ratas de biblioteca”, solo respiraban entre infolios y no conocían otra cosa: la vida, para ellos, era lo fantástico, y los libros, lo único positivo... En 1300, sin embargo, la avalancha de glosadores comenzó a perturbar la aplicación del derecho lombardo. Bartolo — el “gran” Bartolo! — amalgama el derecho canónico y el germánico en un conjunto aplicable en la práctica: y esa obra, un tanto imbuída de espíritu germánico, es lo que España y Alemania consideraron como derecho romano, mientras que Francia se atuvo al texto bizantino justiniano, a través de los comentarios de Cuyacio y de Donnellus.

Junto con el descubrimiento de las Pandectas y la primera glosa de Irnerius, en 1100, coincide en la universidad de Bolonia la redacción de las famosas Decretales del monje Graciano, en 1140, quien vino así — a semejanza del *Corpus* justiniano — a dar cuerpo al derecho canónico, reduciéndolo a una compilación de doctrina espiritual, a la vez que sistematizaba el tradicional derecho

eclesiástico, con su orientación del alma mágica del ciclo cultural árabe, basándolo en el sacramento fundamental del bautismo: daba así a la comunidad religiosa cristiana su legislación común propia, independiente de raza, nacionalidad, país o lengua. El cristianismo occidental, imbuído ya en el alma cultural fáustica, se sirvió de esa codificación que utilizaba todo el resultado de la vieja orientación mágica, y convirtió a la cultura occidental en una comunidad de religión, basándola en el sacramento fundamental del altar y la consagración sacerdotal. Un siglo después, en 1234, el *Corpus juris canonici* estaba ya terminado: lo que el Imperio no había podido lograr — la formación de un *Corpus juris germanici* — lo realizó el Papado, con el *Corpus* de derecho canónico. El derecho feudal desaparecía así: la sociedad se había transformado, y los antiguos señores de horca y cuchillo, abroquelados en sus castillos inexpugnables y convertidos en aves de rapiña, pronto comenzarían a transformarse lentamente en galantes cortesanos de terciopelo y golilla, llenando las antesalas de los palacios reales hasta culminar en la nobleza parasitaria de las galerías versallescas del Rey sol, cuyas maneras, costumbres e ideales imitan servilmente todas las naciones durante el siglo XVIII, llevando así la cultura occidental hasta la crisis napoleónica, que la convierte en civilización y da el primer campanazo de la decadencia que se aproxima... Desaparece, pues, el concepto del derecho territorial feudal, con su servidumbre de la gleba: y la Iglesia, consecuente con el espíritu mágico de su época byzantina, se considera como la *Civitas Dei*, la comunidad universal, con un solo culto y una sola ley, porque la costumbre debía ser una, independiente de la raza, lengua, nacionalidad o territorio: el derecho canónico legisla entonces sobre todos los fenómenos sociales con un solo criterio; y, cualquiera que fuera el lugar, todos los fieles nacían recibidos por el bautismo, se casaban ante la iglesia y morían con el responso eclesiástico, comerciaban y prestaban su dinero y contraían y cumplían sus compromisos de acuerdo con las reglas canónicas que fijaban la tasa del interés y buscaban cuidar que ningún creyente sufriera menoscabo. La familia, en el derecho canónico, estaba explícitamente organizada como sacramento religioso, no solo en lo que se refiere al matrimonio sino a los hijos, pues nada se verificaba sin la intervención eclesiástica desde el nacimiento hasta la muerte: la Iglesia establecía los impedimentos, los consentimientos, las inscripciones de estado civil, iguales para todo país y a las cuales todos los creyentes estaban sometidos. En el derecho romano la familia se concebía solo como organización quiritaria, desde que se requería el *connubium*, que solo correspondía al grupo de ciu-

dadanos: los demás habitantes formaban concubinatos o contubernios, pero lo que constituía el *justum matrimonium* era lo que la costumbre sancionaba con la institución del *connubium*, vale decir, el estado ciudad cuidaba de que sus ciudadanos formasen familia solo entre iguales, de modo que no existía libertad de elección fuera de determinado grupo, manteniendo así el carácter típico de legislación de clase. Era, sin embargo, unión monogámica, de manera que las demás formas matrimoniales usadas en otras agrupaciones humanas — la promiscuidad, la poliandria, la poligamia, etc.— no fueron admitidas en el derecho romano: pero era una monogamia endogama, es decir, entre individuos de la misma agrupación social, de modo que la exogama, con individuos de grupos sociales diversos, era igualmente prohibida. Tal concepto, con modificaciones de detalle en cuanto a la elasticidad de prohibiciones e impedimentos, se mantiene en el derecho justiniano, si bien perdiendo el carácter municipal endogámico. El derecho canónico convierte a esa unión en un sacramento religioso, y el concilio tridentino la reglamenta minuciosamente, con impedimentos de todo género y denominación, pero independizándola de ligamentos territoriales, de modo que los cristianos, de cualquier país o clase social, estaban sometidos, para contraer matrimonio, a las mismas disposiciones. El derecho civil occidental ha quitado al casamiento el carácter religioso y solo reconoce su esencia contractual, si bien tiende a coartar la libertad de los contrayentes supeditándolos al bienestar común, como sucede en ciertas avanzadas legislaciones provinciales en Estados Unidos, en las cuales se exigen certificados médicos previos y se busca impedir que se formen uniones que puedan representar, ellas mismas o sus descendientes, una pesada hipoteca para la comunidad, obligando a esta a mantener asilos, hospitales, institutos de beneficencia, o escuelas de retardados, con el objeto de hacerse cargo de los resultados desgraciados de uniones contraídas con ligereza. El fenómeno jurídico de la familia evoluciona así, de la sola voluntad de los contrayentes y de su libertad para elegirse recíprocamente y formar unión, a la voluntad de la comunidad que requiere reglamentar el aumento de la población y tratar de que esta sea lo mejor posible y produzca las menos cargas imaginables para los demás: siendo curiosísimo observar que esta novísima tendencia de la legislación de la familia, en nuestro ciclo cultural, viene a proclamar tímidamente como un ideal social lo que, en el ciclo cultural precolombino y en la sociedad incásica, era la regla por todos acatada, pues las uniones se celebraban entonces por intervención de los curacas, quienes apareaban a los jóvenes de ambos sexos, de edad y salud apropiados, sin tener en cuenta

sus inclinaciones ni consultar su voluntad, sino como función social dentro de la comunidad; criterio sociológico que, en la Argentina y en las históricas Misiones jesuíticas, se observó imperturbablemente hasta fines del siglo XVIII, con éxito indiscutido. Los judíos, por su parte, encaran el fenómeno social del matrimonio como función de familia y de estirpe, prescindiendo de la voluntad de los contrayentes: son los padres respectivos, con los rabinos y determinados intermediarios, quienes conciertan el enlace y redactan el contrato nupcial, que los interesados aceptan sin observación. De modo que, en el derecho romano, los futuros contrayentes se eligen libremente, si bien con la limitación de ciudad y clase; en el derecho canónico, lo hacen igualmente, sin limitación de clase; territorio, raza o lengua, pero sí de religión y de impedimentos, debiendo requerir el consentimiento paterno antes de la mayoría; en el derecho occidental se mantiene el principio de la libre elección y se suprimen las trabas de religión y casi todos los impedimentos; en el derecho judío, es la familia quien elige, prescindiendo de los contrayentes, sin limitación de lugar pero sí de religión y fortuna, en el derecho musulmán se acepta la poligamia sin limitación de raza, religión o fortuna, y se prescinde del consentimiento de la mujer; en el derecho incásico precolombino, se prescindía de la voluntad de ambos contrayentes o de sus familias y era el estado, por el funcionario local, quien concertaba las parejas para formar nuevas familias, dándoles los elementos materiales de instalación del hogar y del trabajo, de acuerdo exclusivamente con la conveniencia de la comunidad. Se ve, pues, como el fenómeno social del matrimonio depende de las costumbres del ciclo cultural respectivo, y cómo el derecho que lo consagra cristaliza simplemente la costumbre reinante.

De modo que el *Corpus juris canonici*, durante varios siglos, pareció realizar el ideal de la monarquía universal dentro del cristianismo. Pero no fué de larga duración porque las sociedades modernas pronto reivindicaron su régimen autonómico nacional, con sus peculiaridades propias de territorio, raza, lengua y tradición, dictando así sus reglamentos soberanos. Coexistió un tiempo el derecho canónico junto con el derecho nacional: todavía hemos podido presenciar, en la Argentina, las luchas enconadas cuando se secularizó el estado civil, se pusieron los registros de nacimientos, matrimonios y defunciones, en manos de funcionarios laicos, se secularizaron los cementerios y se implantó el matrimonio civil; lo único que aún continúa sometido virtualmente al derecho canónico, en nuestro país, es la **indisolubilidad** del vínculo matrimonial, y aún no se ha librado esa última lucha, que conducirá al divorcio,

ya establecido en casi todo el mundo pero que nosotros — malgrado ser país de inmigración — no hemos todavía implantado. La edad media vino, pues, a tener un derecho general, dictado por la Iglesia, aplicable a todos los creyentes, para todas las relaciones de la vida civil, comercial, penal, procesal, emanado de los precedentes eclesiásticos y laicos: exponente genuino de la cultura mágica y polo opuesto de la apolínica. Ese derecho, llamado pseudo derecho romano al principio, inspira a Bartolo la necesidad de su glosa — como se ha dicho hace un instante — amalgamándolo con el derecho germánico, y en esa forma comienza a circular por las escuelas como el verdadero derecho romano. La tremenda querrela secular entre el Papado y el Imperio, entre el poder eclesiástico y el civil, se refleja así en la evolución del fenómeno jurídico. En el ciclo cultural árabe, dada su orientación mágica, no cabe la antítesis romana entre *jus* y *fas*; en el ciclo cultural occidental con su orientación fáustica, esa antítesis forma la esencia del conflicto formidable entre la Iglesia y el Estado. Ambos principios, güelfo y gibelino, son expresiones de la voluntad del poder sobre lo infinito: el derecho laico se apoya en la costumbre y posa su mano sobre las generaciones futuras; el derecho eclesiástico se basa en una certidumbre mística y formula una ley eterna e independiente de lugar y momento. La lucha entre ambos principios dura aún y en nuestros días es visible en el fenómeno social de la familia, entre el casamiento civil y el religioso, entre el matrimonio indisoluble y el divorcio.

El desenvolvimiento cultural del renacimiento da preeminencia a la forma jurídica de la vida urbana, con las instituciones comerciales y económicas, que exigieron nuevas formas de derecho, muy distintas de las que habían requerido las ciudades del mundo antiguo. Pero la evolución se verifica dentro del cauce gótico de la clase de juristas, única autorizada a formular, interpretar, aplicar, y reformar los textos legales. El urbanismo de la burguesía, con las nuevas necesidades de la vida de ciudad, reacciona contra la servidumbre doctrinaria de los juristas y los filósofos racionalistas del siglo XVIII le dan una fórmula emancipadora con la invocación de pretendidos derechos naturales, independientes de la religión, que sostienen ser preexistentes y superiores a todos los tecnicismos de los juristas. Tan extraordinario arraigo tomó esa singular doctrina de derechos naturales, superiores a religión, patria, raza, lengua, y solo correspondientes al concepto abstracto de humanidad, que ha costado sumo trabajo lograr que la opinión se convenga de la completa inanidad de concepto semejante, el cual todavía suele invocarse por algunos trasnochados. Mientras tanto, en los países

sajones la exclusión del derecho normando adaptado a las épocas sucesivas; en el continente europeo, la forma del derecho romano ha servido para las codiciaciones de los derechos regionales. Pero al convertirse la cultura occidental en civilización, el fenómeno jurídico toma dos formas definidas: la latina, en el Código Napoleón; la germánica, en el comentario inglés de Blackstone.

Para el objeto de mostrar la aplicación del método de comparación de los símbolos de diversos ciclos culturales, bastaría lo expuesto respecto de la evolución del fenómeno jurídico en las culturas apolínea, mágica y fáustica. Son tres fases diversas de una evolución que solo tiene de común en los textos legales el vínculo de lengua y la forma sintética, que cada cultura trasmite a la otra, disimulando así la diversidad de la orientación de las normas jurídicas en cada ciclo. Dos de estos corresponden al pasado: el tercero se acerca visiblemente a su final y pronto—posiblemente en un siglo más—habrá cesado de pertenecer al presente. Pero del punto de vista sociológico el examen comparativo practicado, permite desprender interesantes conclusiones.

En primer lugar, se observa constante la lucha entre el derecho y el hecho, el texto legal y la realidad desnuda, el libro y la vida. El texto romano no es oráculo ni precepto encantado ni tiene secreto mágico, sino sencillamente es un trozo de historia conservada, es el pasado comprimido, que quiere convertirse en porvenir por intermedio de quienes lo leen y dan así vida a su letra. Nosotros, miembros de la cultura fáustica, no miramos la vida como algo redondeado a nuestra vista, cual el hombre de la cultura apolínea, sino que concebimos la existencia como algo que continúa lo que antes existió y se prolongará en lo que más adelante ha de venir. El descubrimiento de la compilación justiniana le dió, como fondo del cuadro de su vida, el pasado de Roma, antigua y lejana y, por ende, respetable: si se hubiera descubierto una análoga compilación jurídica egipcia, habría sido Egipto lo que hubiera constituido aquel fondo del cuadro: o si se prefiriese la de Hammurabi, sería la legendaria Babilonia la que habría servido de tal fondo; pero tanto la compilación de Hammurabi, como la de Justiniano, solo exponen un estado cultural dado, diverso del nuestro, por manera que la incongruencia occidental de adoptar una de aquellas compilaciones como norma jurídica para sus legislaciones, salta a la vista y demuestra la absoluta inconsistencia de tal procedimiento.

En segundo lugar, la influencia del derecho romano, en su forma de codificación byzantina se ejerce como "recepción" libreca y universitaria, cual lo verificaron los eruditos con la obra de Aristóteles y la de Euclides, lo que perpetuó después el renacimien-

to; ha sido un fenómeno literario, que ha esclavizado la mente de nuestra cultura con una serie de conceptos que no solo no le traen nuevo sentimiento de vida sino que impiden que su propia existencia se desenvuelva libremente. El fenómeno jurídico se encierra en un molde extraño, mientras que el sano concepto del derecho se desprende de los hechos: en nuestro caso, los juristas no lo buscaron en las costumbres sociales y económicas sino en los textos byzantinos descubiertos. El jurista occidental se convierte así en un filólogo y reemplaza la sana experiencia de la vida real por un desmenuzamiento de simple lógica y por el comentario de conceptos ajenos, cuya razón de ser no discute. Mientras tanto, el derecho no es sino el espíritu de la existencia social y económica, de modo que cada faz de esta forzosamente tiene su expresión propia: la influencia de los glosadores de la compilación de Justiniano ha ofuscado de tal forma el criterio jurídico que se ha creído que las leyes podían dictarse teóricamente y con independencia de las exigencias prácticas, dando así nacimiento al Código Napoleón y la serie de códigos posteriores: tan así lo creyó Napoleón I que —repetiendo el procedimiento del espíritu oriental mágico del comienzo de la era cristiana— quiso prohibir a los juristas que comentaran su código, cuyo texto debía conservarse intangible como expresión de la sabiduría misma.... Entre nosotros, en la polémica suscitada al discutirse el Código Civil, Vélez representó el espíritu justiniano y napoleónico —pues el derecho es siempre la emanación del poder, sea de una persona (Napoleón) o de un partido (Justiniano)— “más sabe el libro que el autor,” solía contestar el codificador argentino a los que solicitaban alguna aclaración; mientras que su contrincante López sostuvo la tendencia sajona. Medio siglo después nuestro Código ha surido ya reformas parciales y se halla casi ahogado por la proliferación de una copiosa legislación complementaria, modificando arbitrariamente artículos sueltos y olvidando la armazón general, con lo que se da en parte razón a quienes entonces sostuvieron que no se podía inmovilizar a una sociedad y que el movimiento social requería reglamentación sucesiva, según fuera su orientación y modalidad. Alguna vez he tenido oportunidad de hacerlo así notar — E. Q. *La ciencia jurídica alemana: tendencia actual de sus civilistas* (B. A. 1912)— refiriéndome a la implantación de muy recientes perfeccionamientos de la vida, como el teléfono, la telegrafía sin hilos y la radiotelefonía, en su influencia sobre las convenciones; el novísimo factor del carbón, la hulla blanca y el petróleo, la proliferación del maquinismo, el automovilismo y la aviación, en cuanto a la producción industrial, el transporte de personas y cosas, y los accidentes

de todo género: todo lo cual ha exigido soluciones que se formulan por primera vez y que ha sido menester injertar *noles volens* dentro de textos legales que ni sospecharon la futura existencia de tales descubrimientos. Agregaba con ese motivo: “ el derecho y los axiomas jurídicos que, desde los romanos, parecían haber fijado para siempre — hasta se les denominó “la razón escrita.” — la noción abstracta de la justicia humana, resultan ahora tan sujeto a evolución como cualquier otro de los fenómenos sociales; cada pueblo y cada época introducen en ellos ciertas modificaciones, pues no son en realidad sino la fórmula cristalizada de las costumbres de la respectiva agrupación que los observa y sanciona, de modo que varían los criterios y, por ende, las leyes difieren al reglamentar las instituciones que forman la sociedad, desde el matrimonio, los contratos, las sucesiones, hasta la misma responsabilidad individual, cuya doctrina de la culpa — precisamente a mérito de la novísima legislación social, tan valientemente iniciada por Alemania en el último tercio del siglo anterior — ha venido hoy a convertirse en una imposición de la colectividad, independiente de los actos u omisiones del sujeto. En cada país esas instituciones se diferencian en algo, como que la vida social es desigual y lo que en la sociedad china o siamesa, p. e. es considerado pertinente, no lo es en la inglesa o argentina; más aún: en una misma nación esas instituciones cambian y a las veces en un breve período de tiempo, como ha sucedido entre nosotros con el recordado ejemplo del matrimonio, sometido exclusivamente al cánón eclesiástico por nuestro Código en 1871 y que ha sido menester independizarlo del mismo radicalmente por la ley especial de 1889. No hay, pues, criterios jurídicos absolutos, inmutables, preexistentes a toda organización social: son normas variables, precisamente porque cristalizan las costumbres de una sociedad en un momento dado; y cuando esas costumbres cambian con el andar de los años o con la diversa ubicación geográfica del grupo social respectivo, aquellas normas deben seguir esa evolución, produciendo esas modificaciones de criterio que suelen atemorizar y aún escandalizar a los que todavía creen en la existencia de un derecho natural, y mas aún a quienes lo consideran como emanación de la divinidad”. Estas ideas, expuestas en 1912, han venido a encontrar plena confirmación en las que Spengler manifiesta en 1922.

Puede, entonces, con bastante fundamento afirmarse que el fenómeno jurídico, por lo tanto, ha sido erróneamente desviado, conduciendo al expresivo resultado del frecuente divorcio entre el texto legal y la realidad viviente, con lo que o se viola dicho texto o se le disfraza deliberadamente. Nuestra legislación civil tie-

ne como fundamento aquel derecho romano, fruto de una economía social radicalmente diversa de la actual. El abismo que en nuestra cultura occidental divide al capitalismo y socialismo — esas dos manifestaciones siamesas del mismo anhelo, solo que el uno “tiene” y el otro “decía tener”, pero ambos piensan con igual criterio, reduciendo todo al concepto del dinero — proviene en gran parte del errado significado de persona, cosa y propiedad que consideramos con el criterio de la cultura romana, en la cual tiene un significado diametralmente opuesto al que le corresponde en la nuestra. El sacrosanto texto justiniano se levanta como barrera insalvable entre la realidad de los hechos y el significado de los conceptos jurídicos. El jurista contemporáneo piensa hoy con criterio romano o pseudo romano: el particular, que no es jurista, se siente así sometido a un criterio que no acierta a comprender, y el ingeniero — que tan típicamente encarna nuestra civilización — no vuelve de su asombro de que se pretenda reglamentar las acciones y funciones de su proteiforme actividad, con las leyes de una época que no las sospechó siquiera, si bien ambos observan la contradicción entre la vida real y el principio jurídico que se invoca. Hay en esto una incongruencia singular: en el derecho romano antiguo quien aplicaba el criterio legal era el pretor, y fuera este el urbano o el peregrino, siempre se trataba de funcionarios que hacían parte de la comunidad y tenían en vista las realidades de la vida en cada caso. El jurista actual necesita un texto legal, un sistema, una compilación, que haya previsto todos los casos futuros, pues no admite la posibilidad de resolver caso alguno sin aplicarle un texto preestablecido: solo en los países sajones se deja a la práctica la formación del derecho. Pero la compilación justiniana trae como consecuencia la formación de una especie de clase sacerdotal de iniciados que sepan interpretar la y aplicarla; de ahí la profesión de juristas, sean abogados o magistrados. Es decir, se confía el derecho a un gremio que, como tal y a la larga, no escapa a los prejuicios involuntarios de toda clase social de esa naturaleza: ya los franceses la denominaron *noblesse de robe*. Tal clase hermética y esotérica se divorcia con la realidad, porque desdeña la experiencia y solo admite la acción lógica del pensamiento: así cava un abismo entre ella y las demás capas sociales, en plena realidad de la vida, mientras que la jurista vive en constante abstracción doctrinaria. Aquel desgraciado manuscrito de las Pandectas, glosado por Irnerius, ha sido el causante de semejante situación: desde entonces el texto legal escrito es lo único real para el jurista, y si la vida verdadera no está de acuerdo con él tanto peor para la vida, pues la letra del texto legal debe prevalecer! Es

el fetiquismo más absoluto de la palabra escrita. En vano la existencia real suele decir a gritos que el texto legal obedece a otra clase de vida y no es aplicable: el jurista responde que entre el texto y la vida, es el texto escrito el que tiene razón y la vida quien está en error... Es este el escolasticismo más exagerado. El jurista no quiere estudiar la vida sino adorar la letra muerta del texto legal! Semejante situación es absurda, pero todavía no se ha producido la saludable reacción que obligue a estudiar la vida práctica y a amoldar a esta los textos legales: persistimos en el error de considerar a estos como si fueran la palabra divina y nos parece más lógico que la realidad de la vida se amolde a tan sacrosantos preceptos, muchas veces arcaicos y reñidos con lo que sucede. Hace cerca de medio siglo, uno de los actuales ministros nacionales con mucho acierto decía — *Nueva Revista de Buenos Aires* (B. A. 1881) I. 406 — que “hemos dejado muy atrás a los Gregorio López y Pothier, ingenuos apóstoles del viejo régimen absolutista que ni echaban de menos la libertad de pensar, persuadidos como estaban de que lo que el rey quiere Dios lo quiere: *quod principi placuit lex esto...* fué una palabra revolucionaria aquella definición de Montesquieu: leyes son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas... vivimos todavía pendientes de una decisión de las Siete Partidas de D. Alfonso o de las sentencias del pagano Papiniano, 15 siglos después que S. Jerónimo, comprendiendo la esencial diferencia entre el mundo pasado y el nuevo, escribía: las leyes de César no son las de Cristo; S. Pablo predica una doctrina y Papiniano otra... la venta, la locación, el contrato de sociedad, el préstamo, todos los contratos que versan sobre valores e intereses, caen bajo la jurisprudencia de la economía política, ciencia de hoy día que el jurista no encontrará en los textos romanos, donde nuestro codificador ha ido a beber principios, salvando siglos y siglos de distancia, como si durante ellos la humanidad hubiera permanecido estacionaria: ¿cómo pueden saber más sobre la naturaleza y papel social de la compra venta Papiniano y Pablo que Adam Smith y Bastiat? ¿qué podrían decirnos los antiguos romanos sobre el crédito, motor admirable que se mezcla en todas las transacciones, dando al hombre, por medio de la realización presente de los valores futuros, la posesión del porvenir? ¿qué noción científica del precio, en los contratos onerosos, pueden darnos ellos, que no han estudiado la moneda en su función de mercancía intermediaria en los cambios, fenómeno que por sí solo ha dado motivo para libros enteros? ¿cómo pueden ayudarnos a continuar un buen sistema de finanzas, prendas e hipotecas, ellos que no alcanzaron los actuales desenvolvimientos del crédito personal,

mobiliario y territorial? ¿de qué manera, por fin, conciliaríamos su incompleta teoría de la propiedad, usurpadora en su origen, con la moderna concepción de ese derecho, inseparable de la libertad personal, con la cual sirven de estímulo, base y condición ineludible, al movimiento incesante de la vida civil y comercial, de que las obligaciones y contratos son una manifestación?" La revolución en el pensar jurídico, por lo tanto, no se ha verificado aún: vivimos todavía en plena Edad Media. Toda la ciencia jurídica del siglo XIX, con la serie de codificaciones y la colosal biblioteca de comentadores y tratadistas, no ha logrado emancipaciones de la adoración fetiquista de los conceptos justinianos; ostensiblemente se ha producido la reacción contra su compilación y la ideología de los juristas romanos, pero el método y los prejuicios continúan inalterables. El derecho no debe estudiarse con criterio filológico, sino sociológico.

Cuando se examina la situación actual del fenómeno jurídico se observan cosas singulares. Nuestras legislaciones codificadas requieren ser a cada rato complementadas por leyes detalladas que buscan llenar vacíos. Así, las patentes requieren leyes especiales, porque no las concebimos como parte del derecho de las cosas; a la propiedad intelectual, tampoco dentro del derecho de propiedad; en las obras de arte, separamos la propiedad artística del original, de la producción industrial del mismo; el robo de una idea no tiene pena, pero sí el del papel en que está escrita: en una palabra, no concebimos las cosas sino como cosas corporales, tal cual los antiguos las comprendieron, con su concepto apolínico; mientras que la vida actual, con su criterio fáustico, las encara diversamente. En la vida actual la experiencia se basa en los conceptos funcionales de fuerza de trabajo, del espíritu de invención y de empresa, de condiciones, energías y talentos espirituales, corporales, artísticos, organizatarios. Pero nos servimos de términos jurídicos que obedecen a conceptos antiguos, cuando la vida no soñaba con la posibilidad de desenvolverse como lo hace hoy, y persistimos en que tales conceptos antiguos deben ser inmutables. La interdependencia de los textos puede acaso aclarar el uso lógico de los términos pero no la vida que los originó: la simplista metafísica de los viejos conceptos jurídicos no puede resucitar en el pensamiento de hombres de otras épocas, porque precisamente lo final y más profundo jamás se expresa en texto legal alguno, pues lo sobreen tienden quienes lo redactan. Porque cada derecho, en cualquier época, es solo derecho de la costumbre: por mas que la ley defina el texto, es la vida quien lo crea. De ahí que cuando el lenguaje jurídico y el significado de sus conceptos y la vida enmudece: el

derecho se convierte en una pesada carga en vez de ser una arma de defensa, y la realidad se desenvuelve fuera de tal derecho escrito. Y por eso es que, al lado de los códigos elaborados, se amontonan las leyes especiales, formando conglomerados a veces más complicados que el texto codificado. En tal montaña de textos legales de toda clase naufragan los conceptos clásicos de persona y cosa: hoy tal división apenas equivale a diferenciar al ser humano de lo inanimado, como clasificación de ciencias naturales. En cambio, el concepto de persona en el derecho romano implicaba toda una metafísica social: la diferencia entre el hombre y la divinidad, la esencia de la *polis*, del héroe, del esclavo, del cosmos, en materia y forma, cosas todas incomprensibles para la cultura actual. El concepto de propiedad responde a la antigua definición estática y está en contradicción con todas las aplicaciones del carácter dinámico de nuestra manera de vivir. Los tratadistas analizan abstractamente tales conceptos sin cuidarse de la existencia económica, que exige otra metafísica de dichos conceptos.

Es singular. No queremos darnos cuenta de que el derecho antiguo era un derecho de cuerpos, y que el derecho moderno debe serlo de funciones; que los romanos debieron crear una estática jurídica; pero que nosotros tenemos que formar una dinámica del derecho. Para nosotros las personas de derecho no son cuerpos sino unidades de fuerza y voluntad; como las cosas no son cuerpos sino objetivos, medios y creaciones de aquellas unidades. La antigua relación entre cuerpos era la situación, mientras que la relación entre fuerzas es el efecto. Para los romanos, el esclavo era una cosa que producía nuevas cosas. El concepto de propiedad intelectual no se le ocurrió jamás a un escritor como Cicerón, y mucho menos el de propiedad de una idea práctica o las posibilidades de un gran talento; para nosotros el organizador, el inventor, el empresario, constituyen fuerzas creadoras que obran sobre otras fuerzas ejecutadas dándoles dirección, medios y objetivos, para producir efectos propios; ambas categorías corresponden a la vida económica, no como dueñas de cosas sino como portadoras de energías. Seguro estoy de que ninguno de vosotros sostendría la herejía sociológica de ser la vida actual idéntica a la de Atenas, Roma o Bizancio: todos se dan cuenta de la diferencia visible en todas las formas sociales de la existencia, en las instituciones, en las costumbres, en las ideas. Son mundos completamente diferentes. Y, sin embargo por una aberración inexplicable nos parece muy natural que las leyes sean las mismas en uno y otro caso, que los principios del derecho romano sean los de nuestros códigos actuales, que las precripciones dictadas hace 2 ó 3000 años se apliquen hoy mu-

tatis mutandis... Es esta una incongruencia cuasi inconcebible y que solo se alcanza a comprender por el carácter involuntariamente filológico de la casta de juristas, acostumbrados al fetiquismo de los textos, a la veneración del precepto escrito y a considerar al derecho como una disciplina abstracta, independiente de tiempo y lugar, de manera que siendo los principios expresión de la verdad absoluta, deben aplicarse por doquier y en cualquier momento, debiendo amoldarse a ellos los hechos mismos. Pero esto es una ilusión que es hoy insostenible: lo único absoluto — dijo ya el fundador de la sociología — es que todo es relativo; y ahora que Einstein, en su renovación del pensamiento científico y filosófico, ha demostrado la relatividad del tiempo, del movimiento, de todos los conceptos, es menester encarar el fenómeno jurídico como expresión del instante, del lugar y de la modalidad social de una agrupación cultural, de modo que sus peculiaridades deben ser relativas a las necesidades de la respectiva sociedad en determinado momento. La vida nuestra actual tiene caracteres propios, que no son los de sociedades anteriores ni los de las de otros lugares: las relaciones de derecho deben, pues, ser reglamentadas con arreglo a dichas necesidades típicas y no con criterio que responde a otra forma de vida social: no hay una Humanidad — con mayúscula — igual siempre a sí misma, en todo tiempo y lugar, sino una serie de agrupaciones humanas, distintas entre sí, según sea la raza, la ubicación geográfica y el momento de su existencia, formando así ciclos culturales absolutamente diversos entre sí y con caracteres propios y típicos en cada caso, por manera que no hay cartabón apriorístico idéntico y aplicable a todas las sociedades en abstracto. Así, Spengler observa cómo el ingeniero — factor vital en la vida económica contemporánea — es la antípode del pensar jurídico romano, y tiende a formar un derecho propio, en el cual las fuerzas y las actividades tomen el lugar de personas y cosas; porque la existencia misma de la industria depende del técnico, cuyo pensamiento es la posibilidad mientras la maquinaria es la realidad. Por su parte el financista moderno es el polo opuesto del jurista romano, quien solo concebía el dinero como moneda acuñada mientras que aquél se maneja con cheques y cámaras compensadoras, en las cuales se liquidan millones sin verse un solo centavo; porque el pensar nuestro es dinámico, siendo así que el romano era estático, por lo cual para nosotros lo importante son las fuerzas, acciones, relaciones, condiciones — talento organizatorio, espíritu de invención, crédito, ideas, métodos, energías — y no la simple existencia de cosas corporales. Y nuestros códigos pretenden, con

la repetición de textos romanos estáticos, gobernar un mundo de vida exclusivamente dinámica!

La evolución sociológica del derecho, en el brevísimo análisis practicado, está demostrando esa incongruencia: en la cultura apolínica era un concepto estático, referente a lo corpóreo y limitado a lo municipal, constituyendo un derecho de clase privilegiado y considerando a los demás estantes y habitantes, dentro o fuera de la ciudad estado, como enemigos carentes de derecho; en la cultura mágica era un concepto espiritual, relativo a todos los creyentes de determinada religión, con prescindencia de clase social o de sexo, de territorio o nacionalidad, de raza o de lengua, tal cual el derecho canónico lo reglamentó en el mundo cristiano, o como el derecho musulmánico lo ha realizado en el mundo musulmán; en la cultura fáustica es un concepto dinámico, indiferente a lo corpóreo y solo atento a lo funcional, prescindente de religión o posición social, pero circunscripto estrictamente al territorio nacional, en el cual se aplica por igual a todos los estantes y habitantes, cualquiera que sea su nacionalidad, raza, lengua, creencia o clase. En la cultura apolínica el derecho es la expresión de la voluntad de los miembros de una agrupación social, y se dicta para su uso exclusivo; en la cultura mágica, es la manifestación de la voluntad divina y se impone a todos los creyentes, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, pero no impera sobre los herejes; en la cultura fáustica, es el criterio de la comunidad nacional que, dentro de su soberanía territorial, se aplica sin excepción a todos los que dentro de aquella viven. Pero, en toda cultura se comprueba que si bien para moral ideológica o religiosa, del bien y del mal, corresponde la diferenciación moral de lo justo y de lo injusto, en cambio para toda moral racial se requiere para ello la diferencia de clases sociales, entre los que otorgan y los que reciben el derecho, pues el espíritu de todo derecho es siempre espíritu de partido.

Es pues, una exigencia ineludible de la civilización actual, en su momento presente, la de rehacer todo el pensar jurídico análogamente a lo realizado en la física y matemática superior, obedeciendo al criterio estrictamente relativo de cada agrupación social que forme cuerpo de nación, con prescindencia de lo que antes hubieren podido pensar otros o de lo que hoy, en otras naciones, se pueda sostener. Es menester considerar en tal sentido al conjunto de vida social, económica y técnica. Posiblemente se requerirá mucho tiempo de hondo pensar jurídico para lograr ese objetivo, que exige cambiar del todo en todo la orientación de nuestra preparación de juristas y la transformación fundamental de todos los pre-

juicios dogmáticos que todavía se nos transmiten en las escuelas y que automáticamente repiten los textos de que nos servimos. Nuestras universidades están obligadas a contribuir a esa evolución haciendo que sus Facultades de Derecho orienten la enseñanza de todas las disciplinas en estos cinco sentidos: 1.º obtener una experiencia inmediata, extensa y práctica, de la vida del presente tanto social como política, tanto económica como intelectual; 2.º organizar el conocimiento detenido de la historia jurídica de nuestra cultura occidental, principalmente americana, comparando constantemente sus manifestaciones divergentes: sajona, latina y germánica; 3.º ahondar el estudio del derecho, tanto antiguo como moderno, no como modelo de los conceptos aplicables sino como brillante ejemplo de cómo la función social jurídica nace y se desenvuelve en la vida práctica de su tiempo; 4.º conciliar los criterios antagónicos de nuestra legislación común — civil, comercial y penal — vaciada en el molde romano del código napoleónico, con la legislación constitucional y la orientación parlamentaria, modelados en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, en su forma democrática estadounidense y que obedece a un concepto fundamentalmente opuesto al de aquella codificación imperialista; 5.º nacionalizar cuanto antes toda la legislación, tanto de derecho privado como público, depurándola de la superficial imitación servil extranjera, romana o anglosajona, y convirtiéndola exclusivamente en la cristalización neta de las costumbres republicanas argentinas, con arreglo a las exigencias de nuestro estado actual y de nuestro porvenir. Así podremos sensatamente remodelar el fenómeno jurídico, amoldándolo a la experiencia propia de nuestra vida social y a las necesidades típicas de nuestro medio ambiente.

... Debo poner aquí punto final a esta exposición. He tratado de mostrar cómo la evolución social del derecho es un fenómeno simbólico del ciclo cultural respectivo, y cómo sus manifestaciones deben responder al criterio del alma de la agrupación social cuyas necesidades reglamenta. Comparando entre sí los símbolos jurídicos de los ciclos apolíneo, mágico y fáustico, se observa como cada uno ha resuelto el problema con arreglo a su propia orientación. Por eso precisamente es deber nuestro, como miembros de una cultura determinada, modelar el fenómeno jurídico con arreglo a nuestras necesidades, libertándonos de prejuicios basados en el fetiquismo de los textos o en el dogmatismo de las ideologías. Tal es la conclusión de la doctrina spengleriana respecto de la evolución sociológica del derecho.
