

INTRODUCCION Y PARTE GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Conceptos fundamentales

§ 1.—*La vida social y sus normas*

Filomusi, Enc. § 14; Vanni, Lez. pág. 57; Brugi, Intr. § 8; Holtzendorff, Enc. I, pág. 6

Quien por primera vez emprende el estudio de las disciplinas jurídicas se representa la noción del Derecho como una esfera de actos circunscrita a los más graves y solemnes, de forma que la idea del Derecho en él es inseparable de tales actos; la ve aneja siempre a la contestación judicial, al proceso, al juez.

Nada más erróneo que esta concepción incompleta, propia no sólo de las mentes juveniles, sino también de aquellas otras cultivadas que carecen del hábito de considerar la vida en su aspecto jurídico. Por poco que así la contemplemos, el Derecho surge, se manifiesta en derredor de todo acto, puesto que la vida no se desenvuelve sino a través de una serie infinita de manifestaciones jurídicas.

En casi todos los actos de la vida cotidiana, incluso en aquellos que a primera vista aparecen como más insignificantes y banales, podemos descubrir el Derecho que resulta vivido y actuado continuamente por los hombres hasta cuando menos piensan o se proponen cumplir actos jurídicos. El que paseando por la playa recoge la concha preciosa allí arrojada por las olas del

mar, el fumador que deja caer el residuo de su cigarro y el campesino que sembrando su campo derrama simiente en el del vecino, ignoran que producen actos jurídicos; que el primero realiza una *occupatio*, es decir, adquiere la propiedad de una cosa *nullius*, que el segundo efectúa una *derelictio*, abandonando su propiedad en la cosa, que el tercero da lugar a una figura de accesión, la *satio*, esto es, hace al vecino propietario de la simiente vertida en su campo. Y entre nosotros mismos, ¿quién advierte la realización de actos jurídicos, al concluir, por ejemplo, un contrato de compra-venta cuando deposita la moneda en manos del dueño de un estanco para adquirir una caja de cerillas, o un contrato de arrendamiento al ocupar un automóvil público?

Lo cierto es que la vida está dominada por el Derecho, lo mismo en las manifestaciones más humildes que en las más solemnes, siendo infinitas las relaciones sometidas a él, ya sean relaciones de hombre a hombre, o entre el individuo y el grupo social, la familia, el municipio, el Estado a que pertenece, o los grupos entre sí.

Por el contrario, no es raro que aquellos que ignoran la esencia del fenómeno jurídico, asignen a ciertos actos que son extraños al Derecho, un contenido jurídico sólo porque en el lenguaje vulgar se suele emplear la palabra Derecho. Cuando alguien afirma, por ejemplo, tener derecho al saludo del amigo, o a considerarse ofendido por una falta de respeto con él cometida, o a la deferencia de su subordinado, pudiera ocurrir que creyera en la existencia de materia jurídica, en una forma de manifestación del derecho.

También esto es inexacto, porque si bien el Derecho domina y regula toda la vida de los hombres, no todo acto en particular es gobernado por aquél, pues hay algunos que le están sustraídos y son disciplinados y regulados por normas de condición muy diferentes a las jurídicas.

Hay, pues, en la vida social muchas normas o series de normas a las que el hombre se halla sometido, que regulan su conducta, ya sea en sus relaciones con los demás hombres o con los grupos mayores o menores en que aquéllos se asocian, sea en sus relaciones con los demás seres vivientes o con la divini-

dad, sea, en fin, fuera de toda relación externa, esto es en la conducta del individuo en sí misma contemplada, frente a su conciencia.

Estas normas, que regulan todo el mundo del espíritu y que son un producto directo de la vida social, son normas del indumento, de la conveniencia, de la etiqueta, de la moral, de la religión o del Derecho. Obedece a normas de la primera especie quien cumple uno de aquellos deberes que el decoro, el honor u otros sentimientos propios de un grupo social o de un determinado momento histórico imponen a los hombres y cuya violación ni lleva aparejada sanción religiosa o jurídica ni es considerada como acto inmoral por la conciencia común, sino que tan sólo es desaprobada como acto inconveniente en sí. Obedece a normas morales aquel que sin ser constreñido por un precepto divino o por una orden del Estado, exento de toda sanción civil o religiosa, se comporta en sus acciones como exige el sentimiento ético de la sociedad en que vive: esto es, obra en conformidad con las leyes de la honestidad por libre determinación interna de la conciencia, de modo que la desaprobación que también aquí ocasiona la conducta contraria, no se detiene en la forma exterior del comportamiento, como sucede cuando se viola la norma externa, sino que penetra más adentro; el juicio investiga la buena o mala voluntad del agente para desaprobala cuando se aparta del sentimiento ético general y exaltarla cuando se conforma a éste. Obedece a normas religiosas aquel que en su conducta se inspira en preceptos dictados por la divinidad, en aquellos preceptos que son comunes a los creyentes de una determinada confesión religiosa y que dimanen de los órganos de representación de la divinidad: normas cuya observancia viene impuesta por la fe y por el respeto a sus mandatos; la sanción viene constituída lo más frecuentemente por la promesa de premios o penas en la vida ultraterrena, y viene actuada por los órganos que representan la divinidad. Obedece, en fin, a normas jurídicas aquel que conforma su conducta a las reglas emanadas del Estado, a aquellos preceptos que emanan de los poderes constituídos del Estado, constituídos a este fin según una peculiar ordenación, como mandato que se impone necesariamente a

la voluntad y a la acción del particular y que puede adoptar la forma de un precepto positivo en cuanto es orden de hacer algo o la de un precepto negativo en cuanto es prohibición; o, finalmente, la de uno permisivo en cuanto es declaración de una pura facultad de poder hacer o no hacer.

Las relaciones entre sí de estas normas, que en su conjunto abrazan y regulan toda la humana actividad, ya sea la del pensamiento y la voluntad, ya de la acción, son naturalmente, distintas, según el grado de civilización y cultura de los pueblos.

En los tiempos en que el Derecho aún no se ha separado de la teología y la acción del Estado sobre los particulares no se desenvuelve de un modo autónomo e independiente, las normas religiosas se confunden con las jurídicas; fuera de las normas religiosas no hay otros preceptos (ya sean del Derecho o de la moral), porque fuera de aquello que la norma religiosa impone o prohíbe nada es impuesto o prohibido a los particulares; ella absorbe en sí toda la actividad de los hombres y la gobierna de modo exclusivo. Más tarde se separan las normas jurídicas de las religiosas, cuando el Estado, a quien se ha adjudicado la misión de disciplinar la conducta de los asociados, dicta, para éstos, preceptos que emanan de su autoridad, como de la idea divina derivaban las normas religiosas. De éstas una parte va fundida en lo jurídico; así sucederá que lo que la religión ordena o prohíbe lo ordene y prohíba el Derecho.

Posteriormente, las normas se separan de la moral.

Como las jurídicas y las religiosas, tienden también las morales a someter a su propio imperio la conducta de los hombres y a gobernarla. Por eso poseen esferas comunes, preceptos fundidos. Sucede que lo que el Derecho impone o prohíbe lo imponga y prohíba también la ley moral. El fenómeno de transfusión de los preceptos de un campo a otro es más intenso aquí, ya que muchos de los preceptos que antes eran morales han pasado hoy a ser jurídicos, y puede decirse que la tendencia es que sean absorbidos en la esfera del Derecho.

Ahora bien; de todas estas normas sociales, las más importantes son las jurídicas, es decir, aquellas que en un determinado momento histórico se diferencian de todas las otras por esta

doble característica; ante todo, porque en cuanto son impuestas por el Estado y obligatorias en su observancia tienen fuerza coactiva; en segundo lugar, porque mientras todas las demás normas no crean sino deberes (son unilaterales), las jurídicas crean al mismo tiempo deberes y pretensiones (son bilaterales).

Cuando haya adquirido este carácter la norma se convierte en jurídica y no interesa a la ciencia del Derecho la cuestión de si figura al mismo tiempo en otras esferas de normas.

Hay, en efecto, al lado de aquellas que son creadas directa y exclusivamente por el Derecho, otras normas que son jurídicas, pero al mismo tiempo son también morales o religiosas o contenidas en ciertos usos; porque la moral, la religión, los usos exigen una conducta no diversa de aquella que el Derecho exige. Así, el precepto divino y el moral, como el precepto jurídico, prohíben, por ejemplo, el robar o imponen a los padres la obligación de alimentar a sus hijos; es un uso y al propio tiempo una norma jurídica la exigencia de observar una cierta precedencia entre los cargos oficiales en las solemnidades; pero es fácil comprender que—cualquiera que sea el origen de la norma jurídica y la esfera a que pertenecía antes de su transformación en norma jurídica—cuando el precepto reviste la forma perfecta de norma coactiva, el haber pertenecido o pertenecer actualmente a otras esferas pierde importancia, puesto que lo que en el mundo jurídico se toma en consideración es solamente la naturaleza del precepto jurídico.

§ 2.—*Noción y fundamento del Derecho*

Filomusi Enc. §§ 5-13; Intr. §§ 7-14; Vanni, Lez. pág. 45; Holtzendorff, Enc. I, páginas 10, 72, 298; Lasson Rechtsphil., § 3, 5; Boistel Phil du dr. I, pág. 21, pág. 71; Regelsberger Pand. I, § 9 (1).

El Derecho es norma de las acciones humanas en la vida so-

(1) Ver también: Del Vecchio *Il concetto del Diritto*, Bologna, 1912. Ravá *Il Diritto come norma tecnica* (*St. econ. giur. di Cagliari III*, 1, 1911, página 33 y siguientes).

cial establecida por una organización soberana e impuesta coactivamente a la observancia de todos.

Surge como un producto de la vida social y como creación del espíritu humano; por los hombres es creado y a los hombres sirve, puesto que gobierna sus actos dirigiéndolos al fin supremo que es la realización del bien (1).

Su fundamento natural es la naturaleza humana. No hay, en efecto, posibilidad de concebir un conjunto de normas que regulen la vida de los demás seres inferiores que no sean leyes físicas, químicas o biológicas; y si alguno de los jurisconsultos romanos (2) pudo hablar de un Derecho natural que no es propio y exclusivo de los hombres sino común a éstos y a todos los animales, no hay que entender esto como verdaderas y propias normas jurídicas, sino más bien como reglas de la naturaleza, las cuales hacen que así como los hombres se unen en matrimonio procrean y educan los hijos, así también determinan el que los animales se emparejen obedeciendo al instinto de conservación de la especie y cuiden también de sus crías.

Sin embargo, pueden los animales ser también tomados en consideración por el Derecho, pero cuando esto sucede no se trata de una regulación de relaciones entre el hombre y los animales, puesto que la relación no puede darse más que de hombre a hombre: se trata, al contrario, de normas jurídicas preordenadas a fines sociales; como por ejemplo, las que prohíben maltratar a las bestias que tienden a elevar el sentimiento humano y

(1) El escrito citado de Ravá tiende a demostrar que el Derecho es una norma técnica en cuanto que lo mismo que otra norma técnica (cuya función es prescribir los medios para la consecución de un fin) la norma jurídica prescribe una conducta determinada para conseguir el fin de la conservación del consorcio social: no pertenece, por tanto, a las normas éticas, las cuales prescriben acciones determinadas como buenas en sí y no como preordenadas a un fin.

(2) Ulpiano I, 1 § 3, D. 1-1: «*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum pro creatio, hinc educatio: Videmus et enim cetera quoque animalia feras etiam istius juris peritiae censerit*».

a evitar el brutal espectáculo de una crueldad ejercida en seres sensibles.

La naturaleza humana, como base y fundamento del Derecho no es la del hombre en estado salvaje y de aislamiento. Para la consecución de los fines que la humanidad persigue, para la realización del bien y la actuación de su fin supremo, que es la perfección, el hombre tiene necesidad de vivir no en estado de aislamiento, sino en relación con sus semejantes. El hombre nace ya en el seno de la familia, es miembro de un grupo cada vez más amplio, el Estado, la sociedad entera. Es un ser social.

De esta naturaleza social del hombre brota el Derecho ya que aquellos fines que el individuo no podría realizar con solo sus fuerzas, los realiza por la convivencia social y por la cooperación de sus semejantes. En el seno de esta convivencia se integran las fuerzas de cada uno con las fuerzas de los demás y en este continuo proceso de integración se actúan los fines.

Pero no toda convivencia es idónea a actuarlos. La convivencia exige un *orden* para que las fuerzas individuales de cada uno puedan integrarse, complementarse, con las de los demás y todas, armónicamente coordinadas, dirigirse a la consecución del bien común.

Y el orden exige que las actividades individuales vengan disciplinadas, subordinadas entre sí, de modo que la de cada uno sea no sólo posible frente a las de los demás sino útil y provechosa en el resultado final. Esta exigencia del orden lleva como consecuencia, que la libertad, sobre la cual naturalmente el derecho reposa (puesto que aquella es supuesto indispensable de éste) debe resultar en el individuo más o menos limitada, en la medida que sea necesario para que puedan coexistir las libertades de todos, ya que es precisamente la coexistencia de las libertades particulares lo que hace posible aquel proceso de recíproca integración del cual depende la «actualidad» de los fines sociales. Ahora bien, la convivencia social regida por el orden, capaz de actuar tales fines no es una informe agrupación de hombres sino el agregado orgánico, sólidamente constituido, que dá al grupo social el carácter de unidad política y que halla su más alta expresión en la organización estatal.

De qué modo deban desenvolverse las actividades particulares de los asociados dentro de cada grupo político, en qué medida deban restringirse las libertades individuales para hacer posible su coexistencia, es una cuestión de hecho de carácter eminentemente político y contingente sometida a criterios variables, según las condiciones de civilización, de desenvolvimiento social de cada Estado. Lo que aquí precisa tener muy presente es que en toda organización estatal es necesaria una cierta limitación, siendo esta condición para la existencia misma del Derecho. El Derecho, por consiguiente reposa en los conceptos de *orden, coexistencia y libertad*.

Partiendo de los conceptos de orden y de armonía Dante definía el Derecho como *realis et personalis hominis ad hominem proportio quoe servata servat societatem, corrupta corrumpit* (1).

Aquí el Derecho es concebido como una proporción, una armonía, un orden que preside y tutela la vida social. Stahl (2) lo define como «el orden de las relaciones de vida que forman la existencia común de los hombres». Otros parten del concepto de la libertad y del principio de la condicionalidad; así por ejemplo Kant (3), quien lo concibe como el «conjunto de condiciones merced a las cuales la libertad de cada uno es compatible con la libertad de los demás, según un principio universal de libertad», y Krause (4), quien acentuando a la idea de condicionalidad lo define: «La totalidad de las condiciones dependientes de la libertad para la realización del propio destino». De todo lo cual se deduce que el Derecho es un *sistema de límites*.

Pero esta limitación de la esfera de libertad del individuo que es el medio único para que cada uno, ejercitando la propia actividad dentro de los límites que se le han asignado, puede conseguir el propio perfeccionamiento y contribuir al de los demás no

(1) De *Monarchia*, I, 5.

(2) *Die Philosophie des Rechts* II 1, pág. 191 y siguiente.

(3) *Metaphysische anfangsgründe en Kants Samtliche Werke*, Leipzig, 1838, IX, pág. 33 y siguiente.

(4) *System der Rechtsphilosophie*, pág. 50 y siguientes. Sobre el sentido filosófico de estas y otras definiciones, ver Filomusi, Enc., pág. 14 y siguientes.

puede concebirse en sus caracteres esenciales de obligatoriedad y universalidad sino en cuanto dimana de una autoridad soberana a la cual estén sometidos y presten obediencia los particulares.

Así surge la idea de la ley, de una norma obligatoria y universal que se impone a todos los asociados y disciplina su conducta en las relaciones externas, que surge de la voluntad general de los asociados, representada en los órganos del poder soberano, y cuya observancia viene tutelada y garantizada por el Estado. El concepto de la coacción o sea de la posibilidad de constreñir a los particulares a la observancia de la norma dictada por el poder soberano, resulta inseparable del concepto del Derecho.

De modo que al lado de las ideas de orden y de coexistencia hay que colocar las de tutela y garantía que se revelan como funciones específicas del derecho. Y el Derecho, bajo este aspecto ulterior puede definirse con Yhering (1) «la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en la forma de coacción».

§ 3.—*Derecho objetivo y Derecho subjetivo*

Filomusi, Enc §§ 1, 5-6; Vanni Lez. págs. 27, 109; Brugi, Int. § 14; Chironi y Abello Tratt. I, pág. 103; Coviello, Man., I, pág. 3; Regelsberger, Pand. I, pág. 60.

Hasta aquí hemos hablado del Derecho como norma impuesta a la conducta de los hombres por un poder soberano, cuya observancia es por éste garantizada y tutelada.

Pero la palabra «Derecho» tiene dos distintas significaciones.

Por la primera expresa la regla dictada a la conducta humana, la norma de conducta a la que el particular debe someterse y a cuya observancia puede ser forzado mediante un poder coercitivo, externo o físico (*ius est norma agendi*). En este sentido se emplea la palabra Derecho cuando se dice por ejemplo «el Derecho prohíbe apropiarse las cosas ajenas» «el Derecho impone al

(1) *Der Zweck im Recht* I, pág. 434.

cónyuge el deber de asistencia» «el Derecho me concede el poder de reclamar la cosa de quien injustamente la detente», etc.

En una segunda acepción designa una facultad reconocida a la persona por la ley, que le permite efectuar determinados actos (*ius est facultas agendi*). Y así se habla del «derecho del propietario a disponer de sus cosas», «del derecho de testar», del «derecho del acreedor respectivamente a su deudor», etc.

La primera acepción se designa en el lenguaje técnico *Derecho objetivo*, la segunda *Derecho subjetivo*.

Aplazando para más adelante el estudio preciso de ambas nociones, estudiemos ahora la relación en que se encuentran el Derecho objetivo y el subjetivo.

Ya se conciba el Derecho subjetivo como un señorío de la voluntad, como un poder de querer o como un interés humano jurídicamente protegido (tales conceptos se explicarán más adelante cuando se hable concretamente del derecho subjetivo), la relación en que se halla con respecto al derecho objetivo no es una relación antagónica de modo que uno se contraponga al otro, ni tampoco una relación cronológica de modo que uno preceda al otro.

El Derecho objetivo y el subjetivo nacen juntos de la acción del hombre; aquel como voluntad general, como acuerdo de las voluntades particulares; éste como voluntad particular que se concreta y actúa como parte de la voluntad general. Son, pues, aspectos de un concepto único y no figuras o formas diversas.

Por tanto, si el fenómeno se considera bajo un aspecto, en relación a la voluntad general, nos aparece como norma que regula la actividad del individuo y limitando su natural libertad coordina sus acciones con las de los demás y obtiene de este modo que su interés sea compatible con el interés de todos; si se considera, por el contrario, respectivamente al individuo, nos aparece como una facultad conferida a éste, de obrar en conformidad con la norma protegida y tutelada por el ordenamiento jurídico.

§ 4.—*El Derecho y la moral*

Filomusi, Enc. § 10; Vanni, Lez, pág. 94; Lasson Rechtsphil, § 1, 13; Merckel, Enc., § 68; Boistel, Phil du dr. I, pág. 21, 47; Coviello Man, I, § 2; Regelsberger Pand 1, § 10.

Se ha dicho anteriormente que no todas las acciones humanas son disciplinadas por el Derecho y que existen otras normas que no son jurídicas sino morales, religiosas, ceremoniales, etcétera, y que concurren con aquellas a regular la acción individual y social. Dejando a un lado las religiosas y las ceremoniales que tienen una importancia más limitada, precisa determinar en qué consiste la norma moral y qué relaciones existen entre ésta y la norma jurídica.

El asunto es de los más delicados porque mientras por una parte ambas normas están netamente separadas por otra tienen una íntima conexión, así que resulta difícil delimitar ambas esferas.

Esto deriva del hecho de que ambas tengan una base ética común; de lo que resulta que los dos campos si bien no se confunden, tienen zonas comunes. Así cuando el jurisconsulto (1) para designar el contenido de la norma jurídica afirma: *iuris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; la indicación del triple precepto no es la delimitación del campo jurídico, porque es indudable que el vivir honestamente, el no ofender a los demás, el dar a cada uno lo suyo son al mismo tiempo que normas jurídicas, normas fundamentales de la moral. El campo de la norma moral es más extenso que el de la jurídica y esto precisamente es lo que quiere expresar otro pasaje de las fuentes romanas (2) *non omne quod licet honestum est*. Pero tampoco este pasaje designa el límite de ambos campos, no traza la línea donde acaba la norma jurídica y empieza la moral.

(1) Ulpiano I, 10, § 1, D. I. I.

(2) Paulo I, 144, D. 50, 17.

Conviene no olvidar que toda acción humana se halla integrada por dos momentos: uno interno, psíquico, volitivo, el otro externo, físico; uno que es dado por la intención en que el acto se determina, el otro que es dado por el acto exterior. Ahora bien, mientras la norma moral se dirige al primero y lo gobierna, la norma jurídica se dirige al segundo.

Para la norma moral lo que verdaderamente tiene importancia no es el acto exterior considerado en sí, sino la intención del que obra; ella no valúa aquél, sino ésta, de modo que aun cuando el acto produzca efectos útiles, pierde todo su valor frente a la ley moral si no es determinado por la intención buena del agente.

Para la norma jurídica, por el contrario, lo que interesa es el acto en sí, en sus efectos externos, puesto que no se refiere al querer íntimo de los hombres, sino solamente a su actividad en sus relaciones con el mundo exterior.

Sin embargo, no debe creerse que el Derecho prescinda siempre y completamente de la consideración del elemento interno, ni que la moral prescinda del mismo modo del externo. El Derecho contempla también el momento interno cuando indaga si la voluntad del agente ha sido viciada por error o dolo, si el acto se ha realizado por una determinación de la voluntad o si el efecto concreto no ha sobrepasado la intención del agente.

A su vez, la moral se fija en el momento externo cuando indaga si a la intención ha correspondido y cómo la ejecución. Puede decirse, pues, que la moral toma en consideración prevalente el momento interno y el derecho el momento externo.

De aquí la diversa naturaleza de ambas normas por el distinto aspecto que consideran en el acto humano, y de aquí también la diversa sanción que acompaña a una y otra.

La norma jurídica, en cuanto se dirige a la acción externa y regula la actividad humana confinando la libertad del individuo en los límites que no es dado trasponer, necesita ir acompañada de una sanción física.

Esta sanción, que consiste en la posibilidad de coerción por la que el recalcitrante viene obligado por la fuerza a la observancia de las normas, es la coacción o, mejor, la *posibilidad de*

la coacción, como se dirá más adelante. La norma moral, dirigiéndose a la intención, es, naturalmente, incapaz de una coerción externa, que es incompatible con su concepto, porque valuando como valúa la moral, la bondad intrínseca del acto, fijándose en la espontaneidad del mismo, una coerción destruiría siempre este requisito esencial de la espontaneidad.

El criterio distintivo, por consiguiente, es la coercibilidad de la norma jurídica y la incoercibilidad de la moral, ya que esta última no tiene más sanción que la reprobación de la conciencia (remordimiento) o de la opinión pública.

Pero hay que hacer constar que de ser tan distintas las dos normas no deriva que sean totalmente opuestas y antitéticas. Existen múltiples relaciones entre ambas y nexos muy íntimos que son causados no sólo por el común origen (1)—la conciencia social—sino también por la constante evolución, en virtud de la cual las reglas éticas tienden a transformarse en jurídicas.

Si se prescinde de una serie de normas jurídicas que no interesan a la moral porque no afectan a la ética social y se refieren a un campo del exclusivo dominio del Derecho, como son, por ejemplo, las que regulan la forma de los actos, plazos, procedimientos, etc., por regla general lo que el derecho prescribe lo prescribe también la moral, ya que es inconcebible que el primero contenga mandatos o prohibiciones que repugnen al sentimiento ético. De donde resulta que es vastísimo el campo de las acciones humanas en que comparten su imperio ambas normas (no matar, no robar, respetar a los padres, etc.) Cuando por excepción ocurra que un precepto jurídico sea contrario a la moral (y esto puede verificarse en una ley que resulte anticuada y se halle en contradicción con el sentimiento moral correspondiente a un momento histórico más avanzado), ese precepto está condenado a desaparecer bajo la presión de la moralidad más elevada. Así desaparecieron muchas instituciones antiguas (esclavitud, venta del deudor insolvente, etc.), y así desaparecerán también muchos preceptos del Derecho positivo actual cuando aparezcan en pugna con una cultura más desarrollada.

(1) Sobre este punto ver Falchi, *Sulla differenziazione del Diritto dalla morale*, Perugia, 1904.

La recíproca, es decir, que lo que la moral prescribe lo prescribe también el Derecho, no es cierta, porque, como se ha dicho ya, aquélla es más comprensiva, más vasta que éste. El nexo resulta por la tendencia que tienen los preceptos morales a convertirse en jurídicos, tendencia que se actúa concretamente cuando la necesidad humana a que atiende el precepto moral se impone a la conciencia común como signo de una tutela más eficaz que la de la reprobación. Así, muchos deberes que antes eran solamente morales, se han transformado en jurídicos; por ejemplo, en Derecho romano el fideicomiso es primeramente un deber confiado a la conciencia y a la *fides* del heredero; luego se convierte en relación jurídica; en Derecho moderno la obligación del empresario de prestar asistencia al obrero accidentado, a sus empleados, se ha transformado en jurídica con la implantación del seguro obligatorio (31 Enero 1904) y del seguro contra la inutilidad y la vejez (Decreto-ley 21 Abril 1919) (1). Y muchos que son actualmente deberes morales podían más tarde ser atraídos a la esfera del Derecho (obligación de socorrer a los pobres, etc.).

Por lo demás, el Derecho, en cuanto está en gran parte fundado sobre los principios de la moral, no sólo cuenta con ésta para la observancia de los propios preceptos (la coacción es recurso extremo, no único, para obtener su cumplimiento), sino que se refiere a menudo a tales principios, elevándolos en todo o en parte a momentos fundamentales de la norma jurídica. Son substancialmente morales los preceptos de buenas costumbres que imponen el pudor, la honestidad del comportamiento, etc; pero el Derecho los adopta como preceptos suyos, ya sea castigando

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España la ley de 27 de Febrero de 1908 instituyó el régimen oficial de Retiros obreros y el decreto-ley de 11 de Marzo de 1919 fijó las bases con arreglo a las cuales debía establecerse el seguro obligatorio de vejez. En 21 de Enero de 1921 se aprobó por Real decreto del Ministerio del Trabajo el Reglamento para la aplicación del régimen obligatorio del Retiro obrero, propuesto por el Instituto Nacional de Previsión.

En materia de accidentes del trabajo se promulgó la ley de 30 de Enero de 1900 y su Reglamento de 28 de Julio de 1900, que fué modificada por la de 10 de Enero de 1922 y su Reglamento de 29 de Diciembre del mismo año. En la actualidad rige el articulado del libro III del Código del Trabajo aprobado por Real decreto de 23 de Agosto de 1926.

penalmente los actos contrarios (Código penal, art. 331 y siguientes) (1) o ya civilmente, declarando, por ejemplo, ilícita la causa de una obligación atentatoria a las buenas costumbres y, por consiguiente, nula la obligación (Código civil, art. 1.119) (2).

Una relación eminentemente moral es la de la gratitud y, sin embargo, el Derecho la tiene en cuenta cuando autoriza al donante a revocar una donación por causa de ingratitud en el donatario (Código civil, artículos 1.078, 1.081) (3); la amistad es una relación perteneciente al mundo ético, pero el Derecho recurre a ella cuando exige, como, por ejemplo, en la tutela, amistad o inexistencia de enemistad (Código civil, artículos 253, 254, 261) (4) o en la abstención y recusación de jueces y peritos (Código de Procedimiento civil, artículos 116, 119, 254) (5).

§ 5.—*El Derecho natural y el Derecho positivo*

Filomusi, Enc. § 15; Vanni Lez. págs. 254-267; Brugi, Intr. §§ 3-6; Holtzendorff. Enc. I, págs. 3, 293; Coviello Man, I § 3; Regelsberger, Pand, I, § 12.

El Derecho, como norma de las acciones humanas, se concreta y actúa en una serie de preceptos que derivan su autoridad de la voluntad de la comunidad, esto es, del Estado; su obligatoriedad deriva de la sanción directa o indirecta que el Estado asocia a sus preceptos. Estas reglas jurídicas contenidas en los artículos de la ley o en la práctica y constante observancia de una determinada línea de conducta, constituyen en cada pueblo un sistema propio del que se diferencian más o menos profundamente los sistemas de los demás pueblos, según sea mayor o menor la afinidad de su cultura. No sólo varía el sistema de uno a otro país, sino que en un mismo pueblo el sistema suele variar, según los tiempos; producto directo de la vida social sufre

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerdan con los artículos 448 y siguientes del Código penal español.

(2) Id.—Véase el art. 1.275 del Código civil español.

(3) Id.—Corresponde al art. 648 del Código civil español.

(4) Id.—Véase el art. 294 del Código civil español.

(5) Id.—Artículo 189 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil

las variaciones de ésta y su influjo a medida que las necesidades que protege aumentan o cambian; así que donde la vida social es pobre, el Derecho tiene un carácter primitivo y se agota su contenido en escasas reglas frecuentemente rígidas y formularias; donde aquélla es rica y ha evolucionado el Derecho es complejo y menos rígido y formal.

Este conjunto de reglas que realiza, en toda comunidad jurídicamente organizada y en los distintos momentos históricos por que ésta atraviesa, la idea del Derecho, según la representación que cada uno se forma de lo justo, es lo que se llama *Derecho positivo*. Este es de carácter esencialmente nacional e histórico, responde a las condiciones peculiares del pueblo que se lo forja y del momento histórico en que se forja. *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit*—dice un pasaje de las fuentes romanas—*id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis* (1). Así se habla del «Derecho italiano», del «Derecho musulmán» por las notas características nacionales del uno y del otro, de un «Derecho medioeval» o de un «Derecho moderno» en relación al tiempo en que se actuó cada uno.

Mas si la representación que cada uno se forma de lo justo es variable y contingente, la idea suprema del Derecho es universal y—desde el punto de vista teórico y abstracto—absoluta e inmutable. Con la concepción filosófica del valor inmutable y absoluto del Derecho se enlaza la idea de un Derecho que se contrapone al positivo y que, en cuanto reposa en la naturaleza de las cosas, se llama *Derecho natural*, y en cuanto responde a las exigencias de la razón se denomina también *Derecho racional* (2).

Reconocido ya por la sabiduría de los jurisconsultos romanos, la cual lo había tomado de la filosofía griega, ha devenido después el fundamento de toda una escuela (la escuela del Derecho natural que imperó en el siglo XVIII) y que ofrece muchas variedades.

(1) Gayo I. 7 D. 1. 1.

(2) Sobre la distinción más precisa entre *Derecho natural* y *racional*, ver Vanni Lezioni, págs. 260 y siguientes.

La misma jurisprudencia romana nos ofrece un ejemplo típico de la perplejidad e incerteza para definirlo cuando acepta ya la división tripartita del derecho *jus civile*, *ius naturale* y *jus gentium* o la bipartita en *ius civile* y *ius gentium* (1). De lo que resulta que mientras en la doctrina de la tripartición el *ius naturale*, contraponiéndose de un lado al *ius civile*, es decir, al Derecho propio y peculiar de la «civitas», y por otro al *jus gentium*, es decir, al Derecho positivo común a todos los pueblos, designa el derecho ideal que es conforme a las exigencias de la naturaleza humana, en la doctrina de la bipartición no se distingue del *jus gentium*, se identifica con éste y se entiende como el Derecho que la *naturalis ratio inter omnes hominis constituit* (2).

Prescindiendo de esta y otras doctrinas particulares, por regla general suele entenderse por Derecho natural el conjunto de reglas jurídicas dictadas por la razón humana que reposan en la naturaleza del hombre y que surgiendo de la conciencia colectiva de los pueblos se imponen a la universalidad. Son reglas que reveladas por la razón preceden al Derecho positivo, que basadas en la naturaleza humana tienen carácter universal y no particular, como los derechos constituídos, que representando la justicia perfecta constituyen el ideal de lo justo y son el modelo en que debe inspirarse toda legislación positiva.

Sus principios se imponen a todo legislador porque son de todo tiempo y de todos los pueblos; el principio, por ejemplo, de la personalidad humana, de la libertad, de la solidaridad social, etc. Acentuando una u otra de estas notas llega a ser con-

(1) Partidario de la tripartición fué Ulpiano (I. I § 2, 3, 4. D. I. I; 16); con él lo fueron Hermogeniano (I. 5. D. I, 1.) y Triboniano (I, 64. D. 12, 6; I, 31. D. 16. 3.); partidario de la teoría bipartita fué Gayo (I, II; I. I. D. 41. I., etc.) y otros. Las instituciones Justinianeas hablan de ambas doctrinas por haber sido compuestas con pasajes de Ulpiano, Hermogeniano y Gayo. Perozzi. *Ist di dirit rom.* I, pág. 65, ha negado que la doctrina de la tripartición fuese conocida de los clásicos y afirmado que tal teoría es una construcción bizantina, pero esto es muy discutido; ver Longo en Girard *Manuel elementaire die Droit rom*, pág. 13, núm. I sobre el *ius naturale* en Derecho romano; ver la obra del Voigt, *Die Lehre vom jus naturale equum et bonum und vom jus gentium der Römer*, Leipzig, 1846-75.

(2) § I 1. 2; Gayo I. I.

cebido por las escuelas filosóficas del siglo XVIII como un Derecho necesario, fijo, inmutable y eterno.

Esta última concepción, de la cual hay algún recuerdo en las fuentes romanas—ya Paulo definía el *ius naturale: id quod semper bonum et equum est* (1) y Justiniano declaraba que los *naturalia jura, quae apud omnes gentes per seque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* (2)—condujo a graves exageraciones que provocaron la fuerte reacción de la escuela histórica. Y con razón; puesto que si el derecho es un producto histórico, no puede hablarse de normas universales y eternas iguales para todos los agregados humanos y para todos los tiempos. Los filósofos que forjaron el derecho natural hicieron más bien, y sin darse cuenta de ello, como se ha observado actualmente (3), un Derecho sobrenatural fuera y por encima del hombre al que querían conformarlo.

Más templada es la concepción reciente de quienes configuran el Derecho como un conjunto de normas mutables y contingentes, según el tiempo y el lugar, normas que representan los supremos principios del Derecho y en los que el legislador debiera siempre inspirarse al dictar sus preceptos. Estos supremos principios, no perpetuos ni universales, sino movibles, variables, dotados de un movimiento bastante más lento que el del derecho positivo, constituyen la justicia ideal a la que debe mirar en un determinado momento el legislador de un determinado pueblo y de los cuales no es dable separarse sin elaborar leyes injustas. La determinación de esta justicia ideal no debe abandonarse al convencimiento íntimo y personal de los particulares; de lo contrario, habría infinitos ideales, variables según el sentimiento particular de quien, juzgando de la bondad intrínseca del Derecho positivo constituido, se forja a su capricho uno diverso del de los demás. Tal justicia reside en la convicción de la

(1) L. 11. D. I. I.

(2) § 11. Inst. 1. 2.

(3) Scialoja *L'arbitrio del legislatore nella formazione del Diritto positivo* (Scientia. Vol. VII a IV, 1910, pág. 132).

universalidad, en lo que ella siente que es justo y que responde a sus necesidades y a sus fines.

Pero según esta segunda concepción, el Derecho natural o racional no constituye en definitiva verdadero y propio Derecho. Cuando el sentimiento general de lo justo y de lo equitativo se ha traducido en preceptos positivos tenemos normas jurídicas, pero sólo en cuanto son dictadas por el poder soberano que ha reconocido la conciencia social; cuando no se ha traducido aun en aquellos no se podrá hablar de reglas de Derecho sino de reglas o principios morales o sociales que aspiran a convertirse en Derecho.

El Derecho natural es, pues, un concepto especulativo que, sin embargo, ha ejercido y ejerce grande influjo no sólo en la ciencia del Derecho sino también las legislaciones (1).

§ 6.—*La equidad*

Filomusi, Enc. § 28; Holtzendorff, Enc. I, pág. 299; Merkel, Enc. § 24; Warnkönig Enc. § 39; Pacifici, Ist. I, pág. 2; Chironi, Ist. pág. 13; Bruji, Ist. págs. 31-33; Coviello, Man. I, § 4; Regelsberger, Pand, I, § 11.

Un concepto que según algunos se aproxima mucho al del Derecho natural o entra en éste, y según otros se aproxima o entra en el de la moral, es la equidad cuya importancia es tan grande en el campo jurídico que da lugar a una cualificación del Derecho, *Derecho equitativo* contrapuesto a *Derecho estricto*. Pero la equidad no se confunde con los principios de la moral ni con los del Derecho natural si bien frecuentemente en las fuentes roma-

(1) Entre los Códigos modernos hay alguno que hace referencia al Derecho natural; así el austriaco § 7 ordena al juez que acuda al Derecho natural cuando para la resolución de un caso a él sometido, no haya en la legislación una norma que expresamente lo contemple. Sobre el concepto del Derecho natural en relación con el positivo, puede consultarse Filomusi, *Del concetto del scritto del naturale e del scritto positivo*, Nápoles 1874; Cathrein, *Recht Naturrecht und positives*, Recht, 1901. Falchi, *Intorno al concetto scientifico di Diritto naturale ed'equita*, Bologna, 1903.

nas se hable de una *aequitas naturalis* (I, I. D, 37 5: *hic titulus aequitatem quandam habet naturalem*; I. 66 D. 50, 17: *exceptionem justam nec ab aequitate naturali abhorrentem*) y se aluda a los principios del Derecho natural y hasta la equidad misma se identifique con ellos (I. 11 D. I. I: *id quod semper aequum et bonum est, ius dicitur: ut est ius naturale*) (1).

El concepto de la equidad, que para los romanos significa algo diverso de lo que para el Derecho moderno significa (2), se basa en la idea fundamental de la igualdad de trato (igual en causa igual), de la verdadera justicia en el caso dado. Según la definición que da Windscheid (3) «es equitativo el Derecho adaptado a las relaciones de hecho; es decir, aquel en el que todo momento de la relación de hecho que merece ser tenido en cuenta lo es efectivamente y no es tenido en cuenta el que no lo merece, y cada uno de estos es considerado según su índole».

El Derecho positivo en efecto no puede proceder sino por preceptos y disposiciones de carácter general porque no puede contemplar concretamente cada caso particular y las circunstan-

(1) También el Código civil italiano ordena al juez que acuda a la equidad en ciertos casos; habla de una equidad natural como por ejemplo en el art. 463 a propósito del derecho de accesión cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes a distintos propietarios y algunos lo entienden como una llamada al Derecho natural (ver *Pacifici. Ist I*, página 5, núm. 3) pero esto es falso (ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand I*, pág. 136).

(2) Los romanos hablan de una *aequitas naturalis* y de una *aequitas civilis*, designando con la primera denominación la justicia ideal que determina las modificaciones, las inovaciones y la suavización del Derecho existente y por lo que precisamente aspira a convertirse en Derecho; con la segunda, aquella parte de la misma que se ha convertido ya en Derecho vigente. Refiriéndose luego al órgano más importante de la constitución romana que actúa la equidad, hablan de la *aequitas praetoria*. El concepto moderno de la equidad corresponde más bien a aquél que los romanos designan con los nombres de «humanitas», «benignitas». Sobre la terminología y doctrinas romanas véase Scialoja, *Del Diritto positivo e dell'equita*, Camerino 1880; Fadda, *L'equita e il metodo nel concetto dei giureconsulti romani*, Macerata 1881; Bonfante, *Ist. di Dir. rom.*, pág. 8, Perozzi, *Ist. di Dir. rom.*, I, pág. 81 y siguientes.

(3) *Pand I*, pág. 82.

cias especiales de cada relación de hecho, regula lo que sucede por regla general y en vía normal (*id quod plerumque accidit*) y sobre la base de la media de los casos que más frecuentemente se presentan; formula por abstracción, y como realizando una operación estadística, la norma fija y universal a la que deberán someterse todos los casos que en el futuro se produzcan. Pero como la norma por necesidad lógica es universal y fija y no puede prever todas las circunstancias particulares que se dan en cada caso concreto, no es raro que el caso concreto presente peculiaridades diversas de las previstas o a más de las previstas, otras que no lo fueron; de donde resulta que si el Juez aplicase rígidamente la fórmula del precepto, tal aplicación resultaría una injusticia y el resultado repugnaría al sentimiento por la desigualdad que implicaría. Entonces es cuando interviene el criterio de la equidad que fuerza al Juez a tomar en consideración las diversas circunstancias y a adaptarse a ellas en la aplicación del precepto de modo que resulte salvo el principio de la igualdad en el que la norma misma se inspira.

La equidad tiende, pues, a suprimir toda posible disonancia entre la norma jurídica y su actuación o aplicación, merced a la amplia potestad de apreciación que al Juez es conferida.

Esto no debe inducir a la falsa creencia de que el principio de equidad autorice al Juez a no aplicar o a modificar las normas positivas de Derecho. Llamado a aplicar las leyes y no a juzgar de su intrínseca bondad cometería una arbitrariedad si bajo el pretexto de adaptar la norma al caso concreto y realizar la equidad, no aplicare el precepto o crease uno distinto. Por ello no se puede recurrir a la equidad sino cuando el legislador lo autorice expresamente.

Nuestro Código lo autoriza en algunas ocasiones (ver además del citado art. 463 los 578, 1.124, 1.652, 1.718) (1) y lo mis-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La palabra equidad no es utilizada en nuestro Código con tanta frecuencia como en el italiano; prácticamente resulta, sin embargo, invocada en diferentes ocasiones; tal ocurre en el art. 1.258 que sustancialmente equivale al 1.124 del italiano. En el 1.061 y en otros varios pueden asimismo encontrarse aplicaciones concretas de normas equitativas. En los artículos 1.154 y 1.690, expresamente se invoca la equidad.

mo algunas leyes especiales (ley de Obras públicas de 20 de Marzo de 1865, art. 162; varios de los Reales decretos emanados con ocasión del terremoto siciliano-calabrés de 28 de Diciembre de 1908, el Real decreto de 13 de Enero de 1909 para la readquisición, conservación y posesión de los bienes en los municipios damnificados, artículos 6 y 8; Real decreto de 5 de Febrero de 1909 para la reorganización de la justicia ordinaria en las provincias de Messina y Reggio, artículos 5, 6 y 11).

Cuando esta facultad sea excluida podrá llegarse a un resultado deplorable (*Summum ius summa iniuria*) pero esto es siempre preferible a dejar al libre arbitrio del Juez la determinación de los casos en que pueda, templando, suavizando las asperezas de la norma, modificarla o no aplicarla.

Con lo cual queda bastante aclarado cuál sea la relación que mantengan en el Derecho moderno el derecho y la equidad. Si frente a la concepción romana la equidad podía presentarse como antitética del Derecho y de aquí el constante esfuerzo del pretor para conducir el Derecho en alas de la equidad, en nuestro Derecho tal antítesis ha desaparecido porque la equidad en cuanto en ocasiones es autorizada por el propio legislador, es elemento del Derecho positivo y criterio de interpretación en determinadas materias en lugar de ser un principio extraño y en pugna con él (1).

(1) Sobre la materia ver *Uber Recht und Billigkeit*, 1887; Viazzi, *L'equita nella filosofia, nella storia e nella pratica del Diritto*, Milano 1902. Falchi, *In torno al concetto scientifico di Diritto naturale e di equita* Bologna, 1903. Miceli, *Sul principio di equita* (*St. ner Scialoja*, II, páginas 83 y siguientes).