



BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

Alta 5201892

Dr. Enrique Coello García
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA-
DE DERECHO



TOMO PRIMERO

QUITO-ECUADOR - 1985

59611
1985
Ecuador

AGENCIA DE INVESTIGACION
BIBLIOTECAS
DE DERECHO



Dr. Enrique Coello García
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DEL ECUADOR

344.0421 P81

C67.2

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



BIBLIOTECA
DE DERECHO



TOMO PRIMERO

QUITO-ECUADOR - 1985

UNIVERSIDAD CENTRAL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES.

I

DECANATO

Ciudad Universitaria
Quito - Ecuador

Oficio No. 284-DJ

Junio 18 de 1.981

Señor Doctor
Enrique Coello García
PROFESOR DE CODIGO CIVIL DE LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
Presente.-

Señor Profesor:

A petición suya, respecto a mi criterio sobre su -
tratado de Derecho Civil, expreso lo siguiente:

Considero de especial importancia su mencionada obra por su contenido y por el afán renovador tendiente a actualizar el Derecho, cuyas institucionales fundamentales en materia Civil se - inspiran todavía, entre otras fuentes, en el Derecho Romano, el Código Napoleón y el Código Español. Este último Código, por ejemplo, es fuente principal del régimen matrimonial, como innegable - herencia de las leyes que nos rigieron en la época colonial.

Su estudio no es sólo de interés nacional. No se - comenta el articulado del Código Civil Ecuatoriano, sino las instituciones básicas del Derecho Civil.

Por lo mismo, tiene importancia internacional. En cualquier país de nuestra cultura el estudio que usted hace de las instituciones que integran el Derecho de Familia, el Derecho Patrimonial y otras materias, son de interés similar en la América Latina que trata de integrarse como en la vieja Europa.

Por otra parte, en su trabajo hace constantes referencias al Derecho Español, al Francés, al Alemán y a otros, buscando en sus disposiciones positivas la consecución de soluciones válidas para cualquier lugar.

Quito - 1985

Con esta oportunidad reit ro el testimonio de -
mi especial consideración y me suscribo de usted muy atentamente.

Dr. César Muñoz Llerena
DECANO



Quito, Mayo 4 de 1.981

Señor doctor don
César Muñoz Llerena, Decano de la Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales.
Presente.-

De nuestras consideraciones:

Usted se ha dignado someter a nuestra consideración, para su estudio e informe, la obra que, sobre "Derecho Civil", como así se titula, ha presentado el señor doctor - Enrique Coello García, Profesor Principal de nuestra Facultad.

En la introducción de la obra se revela, a las claras, la personalidad inquieta y robusta del autor, madurada en la experiencia y la cultura. Allí nos da a conocer, en idioma claro, preciso y justo, cuáles son sus propósitos y sus objetivos, cuáles sus anhelos y sus metas, al hacer la presentación de una obra de tanta valía y de tanta significación.

Allí encontramos su propósito laudable, trasunto de su afán renovador, que conlleva el ideal de transformaciones de orden fundamental en nuestro sistema jurídico. Compartimos con él, en todo, los planteamientos que dicen relación a la necesidad de que ciertas materias, siendo tan importantes y que están dispersas en nuestro Código Civil, se las ordene mejor, se las catalogue mejor para sentar, desde la iniciación del estudio del Derecho Civil, conceptos claros, básicos, precisos y fundamentales, que han de servir de guía y orientación en estudios posteriores, fijando así un justo ordenamiento lógico, con cierto orden prioritario en el aprendizaje. Así lo insinúa en la primera parte, - relativa a Disposiciones Generales. Compartimos también con él en sus nobles propósitos en que el Derecho Civil, a través de las normas reguladoras de la familia, de su constitución, de la propiedad y de las formas de transmitirse el dominio, etc. etc. se adecúen mejor a la hora que vivimos y a las circunstancias in soslayables en que se desenvuelve el mundo actual, para pasar de un derecho esencialmente individualista a un derecho social, en

el que el derecho de los demás, o el de todos, diremos mejor, es te antes y sobre el derecho de la persona, con lo cual el derecho social, que es una justa aspiración de todos los pueblos, entre pronto en vigencia y limite, al máximo, el derecho del individuo. por egoista y por injusto.

El autor, al exponer el plan de su obra, considera - cuatro partes:

- 1), Una parte general, de Introducción.
- 2), El Derecho de Familia;
- 3), El Derecho Patrimonial; y,
- 4), El Derecho de las Obligaciones.

Este gran plan está previsto desarrollarlo en veinti cinco tomos. Son tres, por el momento, los tomos que su autor ha escrito, que constan de dos volúmenes cada uno, por lo que estimamos que la obra completa, llamada a totalizar el estudio de nuestro Derecho Civil, deberá tener, en todo caso, más de veinti cinco volúmenes.

Al realizar el estudio de estos seis volúmenes, se puede apreciar que cada materia está tratada en una forma extensa, erudita, tratando cada institución y cada pasaje de la Ley con mucho detenimiento y hondura.

En su exposición, guarda una lógica singular y lo hace en idioma castizo y claro, comprensible y fácil, dándole mucha variedad y amenidad a su trabajo, con lo cual consigue que se rompa la tediosa monotonía de otras obras similares. Por eso estimamos que su obra, de comprensión cabal, cumplirá el objetivo que se propone su autor: producir una obra que sea leída por todos y comprendida por todos.

Se trata, señor Decano, a nuestro juicio, de una obra imponderablemente valiosa, extraordinaria, si se quiere, donde se aprecia, en toda su magnitud, el dominio del autor sobre materias tan extensas como complejas, explicando su explicación en el hecho de ser su autor un catedrático distinguido, que ha probado su ficientemente su vocación de maestro y de tratadista, a lo largo

de un lucido desempeño de la cátedra, de otras obras publicadas ya, así como de su elevado y digno ejercicio de su profesión.

Es que el doctor Enrique Coello García es un erudito, consagrado siempre al estudio de la realidad jurídica de nuestra Patria. Por eso es que su obra, aparte de completa, es madura, y nos ha correspondido a todos nosotros, con la más íntima satisfacción, asistir a la cosecha de esa mies, sembrada en la tierra abonada de su claro talento; pues que la obra que comentamos es, nada menos, que la culminación de un esfuerzo loable de quien, - como su autor, ha dedicado su vida a la investigación jurídica y al ordenamiento de los problemas que conforman una materia tan vasta.

Juzgamos, por lo dicho, que la obra del señor doctor Enrique Coello García merece el aplauso de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales y la mas calurosa con - gratulación nuestra. Y merece también el mejor de los estímulos, en cuanto signifiquen hacer justicia a los merecimientos de quien, ya tiene, en el haber de su vida, el honroso título de maestro de juventudes y jurista connotado.

Creemos, además, que esta obra será digna de la gratitud de estudiantes, de abogados, de maestros, de jueces, magistrados y estudiosos del Derecho, cuando, en justo afán de consulta, lleguemos en su búsqueda, a abreviar la ciencia del Derecho en la búsqueda permanente de la verdad jurídica, que brilla en las páginas de la obra de nuestra referencia.

Así dejamos, señor Decano, cumplido el mandato de usted.

Del señor Decano, muy atenta y respetuosamente,

Dr. Ernesto Ruiz Arturo

Dr. Aníbal Muñoz Quirola



VI
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

=====

Quito, 7 de Mayo de 1.981

Señor doctor
Enrique Coello
PROFESOR DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.-

Señor Profesor:

Por resolución del H. Consejo Directivo y por unanimidad, se aprobó el informe presentado por los señores doctores Ernesto Ruiz Arturo y Aníbal Muñoz Quiroja, sobre su obra de Derecho Civil y se ha solicitado la publicación a través de la Editorial Universitaria.

El H. Consejo Directivo deja expresa constancia que su magistral obra será de positivo beneficio para los estudiantes y especialistas de Derecho Civil.

De Ud., muy atentamente,

Dr. Walter Enríquez V.,
SECRETARIO

INTRODUCCION

Nos creemos obligados, como todo el que se siente responsable ante la humanidad, a proponer fórmulas que permitan una más justa convivencia entre los hombres; fórmulas que impliquen la lógica limitación de los que por una serie de circunstancias naturales, hereditarias, de más amplia capacitación, han podido obtener de la vida de la sociedad fructífera en crear diferencias, una situación de privilegio.

No pensamos que el más capaz, el de mejores condiciones de vida, merezca un tratamiento discriminatorio; que se lo deba perseguir como a una peste; que frente a su triunfo en una sociedad organizada, merezca un castigo. No. Creemos que ese hombre que se ha superado ante sus semejantes merece respeto, en tanto esté dispuesto a colaborar para el bienestar general, de modo que la desigualdad que existe y existirá siempre como condición necesaria de la humanidad, no implique sin embargo, la miseria de unos frente al desenfrenado despilfarro, poderío y abuso de los otros.

Es claro que si no hay esa colaboración, la autoridad pública tiene que dictar limitaciones y hacerlas cumplir mediante la fuerza del Derecho.

Por eso, las fórmulas que propondremos no son penalidades o injurias; son medidas de convivencia civilizada.

La autoridad no puede cerrar los ojos ante la angustia de ciertos estratos de la sociedad; tiene que actuar; pero, los bien intencionados pueden escapar de las medidas sometiéndose anticipadamente a ese estatus de convivencia, sin necesidad de esperar el imperio de la autoridad.

Los que disfruten de bienestar obtenido con su esfuerzo deben, sin embargo, una retribución a la sociedad, cuando menos, porque esa sociedad les ha creado un medio de respeto, de protección, les ha otorgado los canales necesarios para gozar de los frutos de una actividad creadora.

El menos capaz no puede constituir una carga permanente. Hay que educarlo. Crearle el ambiente necesario para que pueda actuar de acuerdo a sus facultades limitadas, en su propio beneficio y en beneficio de los demás.

Y, si la sociedad ya cumplió con su deber y no obtuvo la respuesta deseada, ha de valerse de la fuerza depositada en la autoridad para encaminar al remiso de la superación, desde luego, si el remiso no ha sobrepasado las fronteras del delito, en cuyo caso la sociedad tiene que dictar medidas más drásticas en procura de su reeducación, de su reincorporación como un elemento activamente beneficioso.

Cada hombre tiene una misión que cumplir en la vida. Mi misión, tal como las circunstancias la han determinado y como, en lo que dependa de mi voluntad, me la he impuesto, es buscar fórmulas de convivencia humana.

El campo en que ese propósito puede ser cumplido, desde el punto de vista de mi formación personal y profesional, es el del basto y universal del Derecho Civil, que ha comprendido tradicionalmente no sólo lo relacionado con el nacimiento de una persona, sino con su origen remoto cuando se produce el más grande e impresionante de los milagros: la concepción. Las más variadas y trascendentales relaciones, como la del matrimonio y la familia, célula y origen de la sociedad y del Estado; la intimidad y la dicha de dos carnes que son solamente una; la reproducción de materia y espíritu en los hijos para quienes hay -o debe haber- espejos vivientes en que habrán de mirarse largos años.

Comprende también las relaciones económicas, aquel sustento físico que responde a uno de los dos impulsos instintivos, al de la conservación de la vida: alimento; defensa contra las inclemencias de la naturaleza; vivienda bajo techo en condiciones de salubridad, y, al otro impulso, el de la conservación de la especie, que comprende todo lo que patrimonialmente pueda conducir a la atracción más física que intelectual de un hombre y una mujer.

El Derecho Civil tratará de la muerte, aquello que se llama muerte, aunque nadie sabe de lo que se trata. Ocasiona casi siempre un indescriptible dolor para los que quedan y una liberación para el que se va. Pero, en realidad se va?. Y aún ese Derecho ha de transmontar la muerte misma, tratando de perpetuar la personalidad del difunto en sus herederos, como si hubiese una reencarnación.

Posiblemente esos impulsos instintivos sean los únicos móviles de la vida, a menos que se sepa una verdad y se la profese: la de una obligación hacia los demás: hermanos todos ellos, prójimos, para quienes hay un permanente deber de procurarles una vida mejor, guiados por la solidaridad humana.

Esa obligación es, pues, una de las razones fundamentales de esta obra.

Hay otras razones también, altruistas y egoistas.

La obligación de compartir el pensamiento: ese mundo - nuestro, en parte, y en buena parte ajeno, propiedad ajena a la que los catedráticos asaltamos todos los días.

Compartir esos mundos con la juventud universitaria, con la que me ha tocado el privilegio de convivir durante - largos años de cátedra: alumnos y profesor pensando, tratando de comprender los grandes problemas de la vida, de lograr soluciones que nos hagan menos imperfectos y más felices.

El profesor comandando esa búsqueda, por un poco más - de experiencia y de tráfico por la vida.

Y, un propósito egoísta: la supervivencia en este mismo mundo; en esta tierra; entre los que habitan una insignificante porción del cosmos. Spervive, se reencarna, el que puede materializar su pensamiento en una obra científica, literaria, en un libro, una pintura, una partitura musical. Esa es mi aspiración egoísta.

Esta obra, en cierta forma, será algo como un texto para los estudiantes universitarios -sin que crea que a un alumno se le pueda someter a un texto-; de modo que cuando me ausente definitivamente de las aulas, algo - de mí quede aprisionado entre las paredes de la Casona.

Por ello este libro habrá de considerar la totalidad - de la materia contenida en los planes y programas de - enseñanza (los vigentes al momento en que escriba cada tomo) aunque muchas materias, tal como constan de la - ley, las considere definitivamente desterradas de esta época contemporánea, en la que ha declinado la autonomía de la voluntad; el individualismo liberal y la libertad, ya no son la panacea para todo mal. A ese individualismo y a esa libertad del siglo XVIII, hay que - encerrarlos en marco de hierro forjado para que no se conviertan en fuente de abuso y dominación.

La libertad absoluta no existe, pues aún los cuerpos - en el espacio se hallan sometidos a las leyes de la gravedad de Newton o al campo unificado de Einstein.

En el mundo de la cultura tampoco existe la libertad - absoluta: debe detenerse ante la esfera de la libertad de los otros hombres con quienes convivimos.

La libertad es, pues, una entidad relativa.

En el mundo del hombre, que está solo en una sociedad desgarrada por egoísmos, que es antisolidaria, el hombre busca dejar su libertad, a cambio de seguridad.

Es necesario actuar con pensamiento revolucionario. Hay que reencontrar el verdadero concepto de revolución, - tan manoseado y repetido, que realmente parece ya no significar nada, para conseguir, que en su auténtico - significado de metancia o cambio de conciencia y mentalidad, se reencarne en fórmulas, en normas escritas y positivas de convivencia.

La humanidad vive actualmente una verdadera revolución. "El ritmo de cambios se sujeta a la ley de la aceleración. Cambios que exigieron 50.000 años en la fase inicial del Paleolítico, se realizaron en un solo milenio al final de ese período. Un millón de años tardó el hombre desde la época de la piedra tallada, hasta inventar la escritura; diez mil años para que se iniciara la máquina a vapor. La era atómica alborea a sólo 150 años de ese fenómeno. La era espacial a los 15 años. En los últimos tiempos el proceso de asimilación, se ha reducido a menos de una década".

"El ajuste tanto personal como social ya no dura la vida de una generación. El hombre que se transportaba por sus propios medios o sobre el lomo de una mula, entró en una lucha arrebatadora contra los límites temporoespaciales".

Ha franqueado las barreras del sonido y esa velocidad trae aparejada cambios intelectuales y sensibles.

Se advierte un menosprecio al individuo. El lema parece ser: ninguna solución es válida, si no alcanza las necesidades de la masa.

En síntesis: vivimos en un universo infinitamente pequeño o atómico; infinitamente grande o estelar.

¿Frente a esa ansia de velocidad y cambios, que parecen conducirnos en vehículos supersónicos a los terroríficos acontecimientos narrados en el Apocalipsis, cuánto ha cambiado la normatividad aplicable a las relaciones entre los hombres, en búsqueda de los ideales de la justicia, de esa ansiada justicia social?.

¿Todavía rigen sobre el nacimiento y los derechos de la personalidad; sobre el matrimonio y la familia; sobre la propiedad privada, el derecho patrimonial y el sucesorio; sobre las obligaciones y los contratos, las mismas normas que se originaron en la Roma eterna en el campo del Derecho, o en la Edad Media, de propiedad privada del feudalismo?

Parece que la velocidad contemporánea, no se ha adueñado de los filósofos del Derecho. Cambios se han operado, es verdad: los acreedores ya no se dividen el cuerpo del deudor que no puede pagar, ni esperan junto al cadáver para impedir que se le de sepultura. Pero, buenas medidas de dominación e injusticia tienen todavía en sus manos.

Mayorazgos y otras vinculaciones han desaparecido. Pero todavía el heredero sigue siendo el continuador de la personalidad del causante, al que ha de facilitarse le por todo medio el otorgar su testamento para que destruya cualquier principio social de la propiedad, que ha de someterse a la voluntad soberana y caprichosa del testador.

En conclusión: no se han producido los cambios deseados. El Derecho no ha "revolucionado" lo suficiente, y es un deber fundamental ir en procura de esa revolución.

He aquí gran parte del objeto de esta obra.

Quito, 1.979

Dr. Enrique Coello García.

PLAN DE LA OBRA

Básicamente la obra que me propongo comprenderá un estudio institucional de las materias que integran el Código Civil vigente. Pero no sólo ese estudio. La tarea deseada -no estará sólo en desentrañar el contenido, el espíritu de las normas e instituciones. El mérito principal -si alguno logro conseguir- va mucho más allá.

Mi pensamiento está dominado por la idea de cambios fundamentales; por la necesidad de adecuar el viejo Código de Napoleón o el de Bello a la época presente, tan distinta del mundo en que vivieron Tronchet, Bigot de Preameneau, Portalis, Malleville y Napoleón; Bello, En gaña y Manuel Montt.

Los cambios se referirán tanto a la metodología externa, esto es, a la ubicación de las materias en el Código, como a la filosofía y contenido de la mayor parte de las instituciones.

Sin que éste sea el lugar adecuado para mencionar todos y cada uno de los cambios que habré de sugerir, sólo a manera de ejemplo, cito uno relacionado con el reordenamiento del Código y otro con el alcance y contenido institucional.

Ejemplo de lo primero: En el Código actual, todas las disposiciones relativas a la validez de los actos jurídicos y contratos (capacidad, consentimiento, causa, objeto), se hallan relegadas en el Libro IV.

¿Cómo comprender la teoría y las disposiciones sobre la validez, existencia, inexistencia o nulidad del matrimonio; sobre el consentimiento exigido para la tradición; sobre la validez o nulidad de los testamentos, si sólo después de agotar el articulado del Derecho de Familia y del Derecho Patrimonial, con las innumerables normas sobre sucesión por causa de muerte (es decir, el

estudio de las personas, de los bienes y de su dominio, posesión uso y goce, y de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos), y ya adelantando el estudio del Libro IV, se considera y estudia por primera vez la validez, existencia o nulidad de los actos?

Esa materia tiene que estar ubicada en una parte general, de introducción al estudio de todo el Código, es decir, antes del Libro I.-

Buenos antecedentes de este criterio encontramos en la legislación comparada, que serán citados en el lugar correspondiente. *

Ejemplo de lo segundo: La propiedad privada, el dominio, sigue siendo todavía -con todo el egoísmo e inconveniencia social que ello implica- un derecho absoluto, exclusivo, perpetuo. Perdura en nuestro Código vigente el mismo criterio teórico y práctico que imperó en la Roma de los Césares o en la Edad Media de los feudistas.

Después de más de un siglo de vigencia, a ese concepto de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer -perpetua, exclusiva y arbitrariamente de las cosas; de producir grandes concentraciones de riqueza, poderío e injusticias a favor de grupos minoritarios dominantes, se elimina el término "arbitrariamente" y se agrega la palabra "social", como una gran conquista. Todo lo demás queda igual. Las famosas y únicas limitaciones de la propiedad que contempla el tradicional Código Civil, no son sino la confirmación del señorío absoluto del propietario.

En efecto, la propiedad fiduciaria no es otra cosa que la disposición de bienes por la voluntad libérrima del propietario, que por su capricho somete al adquirente al evento de una condición, de su sojuzgamiento. El usufructo no es sino el imperio del señor que a su gusto divide el dominio entre el usufructuario y el nudo propietario, para satisfacción de su personal deseo. Las servidumbres no son limitaciones sino gravámenes de predio a predio, para hacerlos más útiles y explotables.

Quizá, de todo lo que la ley llama limitaciones, algún contenido social y humano, tiene el patrimonio familiar, que rige, desde luego para los que tienen patrimonio, no para los desposeídos.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de leyes especiales expeditas fuera del Código Civil y ya con otra filosofía.

En el sistema que nos proponemos sugerir, deberá mantenerse la propiedad privada, porque los ensayos para eliminarla han fracasado. Pero, limitada fuertemente, al extremo de que, muchos habrán de pregonar: "Qué propiedad ésta; de lo que se trata es más bien de un usufructo".

La obra estará dividida en cuatro partes:

1. Una parte general, de introducción, si se quiere.
2. El Derecho de Familia
3. El Derecho Patrimonial; y,
4. El Derecho de las Obligaciones.

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

El Código debe comenzar con disposiciones, de aplicación a las otras instituciones que vengan luego y cuyo conocimiento sea necesario para poder comprender y aplicar las subsiguientes normas.

Es decir, un grupo de normas positivas que en los programas universitarios se estudia bajo la denominación de INTRODUCCION AL DERECHO.

Las investigaciones sobre esta materia, se realizan en el ámbito de Latino América, a través de las siguientes cátedras universitarias:

Cuba, desde 1.939, Introducción a la Ciencia del Derecho; México, desde 1.934, Introducción al Estudio del Derecho; Uruguay, desde 1.958, Introducción al Estudio y a la Investigación Jurídica; Chile, en 1.832, introdujo la cátedra, Principios de Derecho Universal, que desempeñaron Don Andrés Bello y José Victoriano Lastarria.

El Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos de Montivideo de 1.908, acordó patrocinar que los estudios de Derecho se inicien con la disciplina de INTRODUCCION.

En otras universidades esa cátedra se denomina: Enciclopedia Jurídica, Teoría General del Derecho, Metodología Jurídica, Dogmática Jurídica, Derecho General, Principios de Legislación, Introducción General al Estudio del Derecho, etc.

A ese grupo de reglas con que debe comenzar la estructura del Código, bajo la denominación de DISPOSICIONES GENERALES, y al estudio de la materia en nuestra obra la hemos dividido en tres tomos:

TOMO PRIMERO: DERECHO

Se referirá a la Teoría General del Derecho, a la normatividad, al ideal de justicia. A las clasificaciones del Derecho, hasta llegar al Derecho Civil, como Derecho Privado Interno, sin olvidar en ese recorrido la discutida y apasionante problemática del Derecho Natural.

Luego concretaremos nuestra atención a las fuentes del Código Civil que son, entre las mediatas el Derecho Romano y los Códigos Napoleón y el Español, fundamentalmente, y entre las inmediatas, el Código de Bello, con tanta referencia como nos sea posible a la historia de la legislación civil en el Ecuador.

El tomo concluirá con el estudio de la teoría del abuso del derecho, que lamentablemente se la ha querido circunscribir al derecho de propiedad privada, pero que en realidad tiene un ámbito mucho mayor.

La página final sugerirá el texto de un artículo que habría de ser el primero del Código, en reemplazo del artículo 1º actual (que contiene una definición impropia para un Código, admisible para la doctrina de los tratadistas). Nuestro Artículo 1º condenará el abuso del derecho.

TOMO SEGUNDO: FUENTES DEL DERECHO

Las fuentes que se consideren, son las tradicionalmente admitidas, es decir, la Ley, la costumbre y la jurisprudencia.

En nuestro estudio sobre la Ley, y en el capítulo de sus conflictos en el tiempo, haremos todo esfuerzo para conseguir bases sólidas que justifiquen nuestro criterio: la retroactividad de la ley, no se presenta ya como un caso de estricta excepción. La retroactividad va en camino de convertirse en la regla, porque sólo así es posible la transformación radical, revolucionaria, de las instituciones.

Después de estudiar a la jurisprudencia en sí, en todo el curso del trabajo daremos especial atención a los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, transcribiendo el texto original de la parte de la sentencia que nos parezca relacionada directamente con la materia, a pesar de la multiplicidad de fallos contradictorios existentes, que inclusive han obligado a otorgar facultades legislativas al máximo Tribunal, cuando en pleno dirime esos fallos. Sin embargo de esto, los fallos de la Suprema Corte, siempre han merecido nuestra permanente consulta y respeto.

Concluirá el tomo con breves consideraciones sobre la -nobilísima, desprestigiada, es cierto, pero también incomprendida función de Jurisconsulto.

Es obvio que conste el articulado que debería regir en el Código Civil, según nuestro concepto, lo cual ocurrirá también con la materia que integre los tomos posteriores.

TOMO TERCERO: ACTOS JURIDICOS

Este tercer tomo tratará de la teoría general de los actos y hechos jurídicos, en sus aspectos básicos y fundamentales, especialmente en cuanto a sus condiciones de existencia, validez, inexistencia, nulidad y anulación.

Es decir, que con este capítulo comenzamos un reordenamiento básico de las materias que integran el Código Civil.

Tiene que formar parte de este capítulo, la teoría del consentimiento, de los vicios que lo invalidan; de las modernas tendencias sobre el estado de necesidad y la imprevisión; la teoría de la culpa; del caso fortuito y de la fuerza mayor; del objeto, de la causa o causalismo y anticausalismo y de la simulación.

También estableceremos el sentido de ciertos términos de uso general en todas las instituciones civiles, y - aún aplicables a otras materias, como condición, plazo, modo, representación, culpa, dolo, etc.

Finalmente se harán consideraciones sobre la prueba, que, sin la suficiente delimitación, entre lo que es de sustancia o de fondo, o de mero procedimiento, forma parte actualmente del Libro Cuarto, junto a las obligaciones y contratos.

SEGUNDA PARTE: DERECHO DE FAMILIA

Largamente se ha meditado si el Derecho de Familia debe continuar formando parte del Derecho Privado por excelencia, y con indudable trasunto de individualismo liberal, como es el Derecho Civil; si tan trascendental materia debe continuar en el Código Civil, o independizarse, como ya lo hizo el Derecho de los Trabajadores, el de Comercio y otras materias.

El Derecho de Familia tiene indudables matices de Derecho Social y Público, es institucional por excelencia. Buenos antecedentes de este desmembramiento existen ya en legislaciones de otros países, como la Unión Soviética y el nacionalista Estado de México.

Sin embargo, y talvés para no contribuir con nuestro modesto trabajo a la liquidación definitiva del Código, del cual, extraído el Derecho de Familia, por una parte, y con similares razonamientos, el de Propiedad o Derecho Patrimonial, ya prácticamente no quedaría con nada. Para evitar la liquidación del Derecho Civil, en indudable crisis, hemos preferido tratar las materias mencionadas como parte del Código Civil.

El estudio de esta materia, haremos a través de los siguientes tomos:

TOMO CUARTO: SUJETO DEL DERECHO

Será objeto de este tomo el estudio del sujeto del Derecho, es decir, la persona humana y las ficciones - creadas por las normas positivas, de existencia artificial, pero necesaria, llamadas personas morales o jurídicas.

La persona natural es la razón de ser del Derecho de Familia. El hombre no puede vivir aislado. El lugar ideal para que nazca, se forme y se realice, es la familia, preferentemente la consagrada por el matrimonio. El hombre, a cuyo alrededor gira toda la problemática normativa; su esencia, sus fines y su destino, cuyo estudio, desde luego, excede la capacidad del autor y seguramente de la misma capacidad humana, limitada por su naturaleza.

Y, aún cuando la persona jurídica no tiene nada que ver con el Derecho de Familia, habrá que estudiarla en este lugar, tanto para no apartarnos demasiado del plan orgánico del Código, como por ser las corporaciones - también sujetos del Derecho.

En cuanto al principio de la existencia de las personas naturales, es necesario realizar cambios fundamentales. No creemos adecuado el sistema de la viabilidad que sigue nuestro Código, ni que la personalidad comienza con el nacimiento y supervivencia de 24 horas. Hay, a nuestro juicio, personalidad desde la concepción misma. Oportunidad tendremos para analizar detenidamente este criterio.

Debe estudiarse también en este lugar el estado civil, el estado de familia; el estado individual y político. Los atributos de la personalidad, es decir, el nombre y todos los derechos fundamentales inherentes al hombre, entre los que se destaca la libertad, como atributo relativo; el derecho a poseer, dentro de la sociedad, los bienes intelectuales y materiales que le permitan una existencia compatible con la dignidad humana.

Son también atributos de la personalidad, y por tanto , objeto de nuestro estudio, el domicilio y la nacionalidad.

Termina la existencia de la persona natural, de los seres de carne y hueso, con la muerte, problema inescrutado, incomprensible, infinito.

En cuanto a las personas jurídicas, muy poco habrá que tratar. Su estudio se ha desvinulado del Código para radicarse en el Derecho Administrativo y en leyes especiales, como la de Compañías. Sin embargo, se considerará lo fundamental sobre esta materia.

TOMO QUINTO: LA FAMILIA

Esta parte de nuestra obra comenzará, a manera de introducción con consideraciones generales sobre el Derecho de Familia que, a nuestro juicio tiene suficiente autonomía. Sus postulados básicos son de un carácter preminentemente moral. Además en sus normas predomina el orden público, por ser básicas para la organización de la sociedad.

Luego concretaremos nuestra atención a la familia , en sus distintas formas, es decir, no sólo a la que está constituida por el matrimonio. Debe estarlo, pero en la realidad no siempre lo está. El estudio de la familia , desde el punto de vista de su doble formación o estructura es muy difícil y conflictivo; pero se lo avocará con decisión, en búsqueda de mayor justicia en las relaciones entre los hombres.

El legislador, el jurista, tienen que mirar la realidad: tratar de perfeccionarla; pero no se puede, por falsos escrúpulos, cerrar los ojos ante los hechos vivientes y regular sólo aquellas relaciones que parecen buenas, imitando al avestruz, que ante la inminencia de un hecho esconde la cabeza.

Me estoy refiriendo concretamente a algo verdadero -lamentablemente de gran volumen en las sociedades- que es la unión libre o las uniones extramatrimoniales, que no son dignas de protección, pero que producen efectos trascendentales, como la procreación y la formación de sociedades económicas de hecho, ante las cuales hay que actuar. ¿Como? ¿Olvidándolas, desconociéndolas? ¿Naciendo como los legisladores del pasado para quienes un hijo -ser más inocente que un ángel de los cielos - si era nacido de relaciones "pecaminosas" era un gran pecador, in digno de un poco de misericordia?

A la realidad hay que reconocerla, no esconderla. Hay -que encararla decididamente. El Código debe contener -cuantas disposiciones fueren necesarias para normar esas situaciones irregulares.

Pero, entiéndase bien: a nuestro juicio, sólo la unión legítima es la deseable. Las otras deben eliminarse, como meta. Es decir, que es fin primordial del Estado conseguir que, mediante la actividad diaria, la educación, la promoción y el uso de cuanto medio fuese posible, se conviertan a todas las uniones sexuales en lícitas, en matrimoniales. Pero mientras esto ocurra, ha de reconocerse la realidad viviente y se la ha de regular con su suficiente amplitud.

No creemos que tengan razón todos los filósofos y juristas que han dedicado su privilegiada inteligencia a destruir la familia matrimonial, con la intransigente defensa del divorcio y la consagración de la unión libre como una buena institución. No tienen razón tampoco ciertos códigos materialistas que han tendido al mismo fin. El gran Imperio Romano cayó hecho pedazos cuando atacó la estabilidad de la familia y abrió las puertas a la concupiscencia.

Pero, sabiendo que es fin primordial del Estado eliminar por la educación y otros medios a las relaciones extramatrimoniales, ellas merecen, mientras sean una realidad palpable, la suficiente atención del Derecho, de la doctrina, tanto más que en el Ecuador, la última de sus numerosas constituciones, la denominada "la Nueva Constitución", contiene disposiciones de verdadero impacto respecto a la unión libre.

TOMO SEXTO: LA FILIACION

Hemos separado un tomo completo e independiente para - tratar sobre la filiación, es decir, la relación de de recho, firme, que existe entre los padres y el hijo y que, específicamente, se denomina paternidad y materni dad.

La filiación del hijo concebido o nacido dentro de matrimonio, no presenta problemas mayores. En cambio, la filiación del hijo extramatrimonial, ha sido histórica mente tratada con brutal injusticia, nacida de prejuicios e ignorancia.

Nuestra posición no puede ser otra que la de reconocer una verdad: todo hijo es, simple y llanamente, un hijo.

Todo hijo tiene un padre y una madre. Nadie ha podido - alterar esta realidad, cuyas raíces están profundamente enterradas en la naturaleza.

Y, sin embargo, en épocas pasadas, vergonzosas, que to davía no han sido superadas definitivamente, habían hi jos merecedores de todo derecho, del amor y de la pro tección de sus padres. Hijos bajados del mismo cielo - para la indescriptible felicidad de sus padres. Estos, los nacidos bajo la santidad del matrimonio.

Habían y todavía los hay para algunas mentalidades oscurantistas y sobre todo para la realidad viviente, hijos sin padre, como si esto fuere posible; hijos ilegí ti mos y naturales; de dañado y punible ayuntamiento; adulterinos, sacrílegos, bastardos, nefarios, incestuosos, maceros y calificados con otros nombres de igual calaña.

A estos últimos, en muchas épocas de la historia oscura de los tiempos pasados, no se les concedía ni el con suelo de la misericordia.

Nuestras últimas constituciones y leyes han establecido igualdad, (a veces limitativa) entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio; se ha tratado de proporcionar toda denominación infamante y de igualarlos en el goce de derechos.

Pero, ese buen deseo, en muchísimos casos, ha sido ley muerta. Mientras los hijos concebidos dentro de matrimonio, tienen a su favor una presunción de paternidad y por lo mismo, aparecen a la vida con nombres y apellidos claros y con todos los derechos, pudiendo los padres impugnar - casi siempre sin éxito - esa paternidad presumida por la ley, los hijos de fuera de matrimonio nacen para la vergüenza de sus padres - porque padres habrán de tener y no puede ser de otro modo - y de la sociedad, sin nombres, ni apellidos, ni ningún otro derecho.

Y esas criaturas indefensas, sin otra facultad que la de llorar, están obligadas a luchar contra seres maduros y a veces pervertidos para lograr establecer la filiación y casi siempre sin éxito.

Cuando pienso en esta realidad, creo sinceramente que soy víctima de una pesadilla.

Ello no puede continuar. Mi mayor esfuerzo será el de sugerir fórmulas que terminen con esa injusticia y conseguir que todo hijo, cualquiera que sea su cuna - que además nadie la escoge - tenga padres, nombres y apellidos, todos los derechos que le corresponden por la naturaleza.

Es decir, que todo hijo sea hijo del cielo, y no como sucede hoy que hay unos solamente que de allí provienen y otros que parecen - para las mentalidades oscuras - que han sido arrojados por los mismos infiernos.

Se considerará también en este tomo las relaciones entre los padres y los hijos. Esa autoridad paterna que en el pasado fue firme, un derecho casi dictatorial y abusivo, hoy ha pasado exactamente al otro extremo.

La patria potestad que fue conjunto de derechos sobre la persona y bienes del hijo, hoy, ventajosamente, es conjunto de deberes y obligaciones, aún cuando no siempre se los puede ejercer, ni teniendo el mejor de los propósitos.

Hay que fortalecer los lazos paterno-filiales; robustecer una autoridad paterna, preñada de deberes, si, pero con autoridad.

Por último, pondremos nuestra atención en esa bella y humanitaria institución llamada de la adopción que permite, a los esposos a quienes la naturaleza egoístamente les negó un hijo, tenerlo, y dar un hogar a las infortunadas criaturas a las que la maldad de los hombres les impidió conocer y amar a sus padres.

TOMO SEPTIMO: GUARDAS Y ALIMENTOS

El título que usamos en este tomo demuestra claramente nuestra inconformidad con la innecesaria división de las guardas en tutelas y curadurías. Debe unificarse la materia bajo la denominación genérica de guardas.

El estudio de esta institución es de indudable interés. Todos los pueblos civilizados han reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección de los incapaces y especialmente de los impúberes.

La guarda puede referirse tanto a la persona del incapaz, como a la administración de sus bienes. La primera clase de protección, es la que nos interesa fundamentalmente: aquel ser humano que carece en forma total de alguien que vele por su supervivencia, su formación, educación y superación, para poder tener una vida digna y útil a la sociedad. La intervención de guardadores o curadores de bienes para administrar los que hayan sido asignados a los incapaces, con la condición de que no lo hagan sus padres, presenta menor interés socio-económico, y sin embargo, esa materia será también cuidadosamente considerada.

Entre esos dos extremos, se presentan varios matices, u nos de mayor o menor interés que otros.

El problema de fondo que nos tocará abordar - emitiendo nuestro pronunciamiento radical - será el relativo a si la guarda debe o no convertirse en una función pública, estatal, desplazándola del campo privado.

Buena oportunidad tendremos de establecer las bases en que se funde nuestra opinión.

No hay deber más noble ni necesario, que la prestación de alimentos.

TOMO OCTAVO
PATRIMONIO FAMILIAR

La materia de que se tratará en esta parte de la obra - a nuestro juicio - es de una importancia tal, que podría por sí sola contribuir a un cambio estructural definitivo en el seno de la sociedad.

Trataremos en la primera parte de construir una verdadera institución de la propiedad de la familia, a la que se denominará el patrimonio familiar.

Actualmente se halla introducida esa institución en el Código vigente, pero en forma insuficiente, un tanto confusa y a veces inconveniente.

Por ello, nuestro criterio va mucho más allá: creemos - que la propiedad familiar es el término medio exacto entre la abusiva propiedad individual o privada y la inconveniente propiedad estatal, colectiva, común o comunitaria o como mejor convenga llamarla.

Creemos también que en su debida estructura puede encontrarse la solución largamente buscada y acariciada por pensadores de mentalidad creadora que han ansiado sinceramente y tesoneramente conseguir que se imponga el bien común.

Pero aún esa propiedad familiar tendrá que estar fuertemente limitada, para evitar que los bienes que la conformen dejen de servir al fin específico y se transformen en medios de dominación.

Los hombres, en estricto sentido de justicia, de Derecho Divino o de Derecho Natural, si se quiere, no son sino administradores de los bienes que llegaron a sus manos, administración de bienes ajenos de la cual se es responsable hasta en la culpa leve y de la misma que habrá que rendir cuentas.

Por otra parte, desde un punto de vista de la realidad social y económica de los pueblos, no puede admitirse un día más, que existan familias privilegiadas, poco numerosas que viven en la opulencia, el despilfarro, a veces en el vicio y en la concupiscencia, mal educando y formando a los hijos, frente a las familias más numerosas que viven en la miseria; que no pueden alimentar y formar a los hijos, y que por fatal coincidencia, están altamente propensas a engrosar también el grupo de los que van atrás del vicio y la concupiscencia.

Se dirá que hay una clase media, cuyo desarrollo es la solución de las sociedades futuras.

La existencia de esa clase media es tan evidente, que nos consideramos incluidos en ella. Pero es una clase ansiosa de salir de ese estado intermedio, para engrosar el número de los poderosos. Por lo que, la solución es otra, de carácter más radical.

La última parte del tomo estudiará los regímenes matrimoniales, es decir las diversas formas de administración de los bienes de los cónyuges, de los concubinos, o de bienes comunes, y la responsabilidad de cada uno de ellos frente a las cargas económicas de la familia.

En este último estudio, merecerá especial atención el régimen llamado de la sociedad conyugal que es el sistema legal impuesto por nuestro Código y que rige por el sólo hecho del matrimonio, a menos que se establezca cualquier otro sistema en las capitulaciones matrimoniales.

TOMO NOVENO: DISOLUCION DE LA FAMILIA

Todo lo humano es esencialmente finito, como lo es la vida misma de los hombres en este planeta, o en el estado que las cosas se presentan a nuestros sentidos. Por ello la humana institución del matrimonio, de la familia, es finita también.

Y, aún cuando la preciosa definición de Don Andrés Bello diga que el matrimonio es una unión indisoluble y por toda la vida, con pleonismo, esa unión no dura, frecuentemente, ni siquiera la vida de una persona. La definición de Bello nos evoca la que Santo Tomás nos dio para la ley, como la ordenación de la razón humana para el bien común. Ambas definiciones son deontológicas, es decir, lo que debe ser; pero no responden a un criterio ontológico, es decir, a lo que es fatalmente, en la realidad.

El matrimonio es, pues, una institución hasta cierto punto transitoria, que termina por varias causas.

¿Qué decir de la familia organizada o desorganizada bajo el régimen de la unión libre o de relaciones extramatrimoniales?

Hay uniones libres que pueden servir de ejemplo a matrimonios consagrados por la Iglesia o por la Ley, escierto; pero esas uniones no constituyen la regla. Por ello, la disolución de la familia al tratarse de esas relaciones o uniones irregulares es más frecuente y presenta problemas de mayor envergadura, porque el legislador no se ha preocupado de dictar normas aplicables a esa disolución.

El matrimonio, la familia, en fin, terminan por la muerte de uno de los cónyuges o convivientes.

¿Qué decir sobre la muerte? "El dramático conflicto entre el yo que tiende a perpetuarse y lo desconocido que lo envuelve, lo absorbe y lo subyuga. Un ineluctable principio de conservación, un axioma fundamental de la razón humana, hacen que ésta se resista a admitir, que

las potencias creadoras del espíritu se extingan definitivamente con la muerte".

"Ante la muerte, en el plano emocional de la fe, en el plano intelectual del conocimiento, todos los conceptos vacilan, todas las teorías quedan reducidas a una mera hipótesis, a un simple supuesto, cuyas posibles demostraciones, aún admitidas en los planos más profundos del alma, carecen en última instancia de fundamentación lógica".

Para la materia que nos ocupa diremos solamente, entonces, que la muerte termina con el matrimonio.

Tenemos luego la nulidad, como otra de las formas de disolver la familia, el matrimonio. Este es un problema que se nos presenta complejo, ya por las disposiciones incompletas de nuestro Código, ya por las modernas teorías sobre la validez y existencia de actos, contratos e instituciones.

La nulidad no podría terminar con el matrimonio, si se acepta el criterio un tanto clásico de que la nulidad equivale a la inexistencia; o, dicho de otro modo, por el efecto retroactivo de la nulidad, un acto nulo nunca tuvo vida en el campo del Derecho.

Más definitivo resultaría el pronunciamiento si se admite, como lo hacemos nosotros, la presencia en el Derecho Matrimonial de la teoría de la inexistencia.

Por último, ¿hay en realidad diferencia fundamental entre lo nulo y lo anulable?. ¿Hay nulidad absoluta y relativa en el Derecho Matrimonial?

Todos estos problemas procuraremos tratar con la única profundidad que poseemos.

Nuestra consideración seguirá encaminada hacia el divorcio. Bien quisiéramos mantener la indisolubilidad del matrimonio y la supresión del divorcio. Pero esta obra es en parte didáctica; es para estudiantes de Derecho.

El catedrático no puede dejar de mirar lo que ocurre en el mundo en que vive, y menos puede hacerlo el legislador. Hay grandes sectores, acaso mayoritarios que aceptan el divorcio como una institución buena y necesaria. Nosotros diremos lo contrario, pero estudiaremos detalladamente en este tomo al divorcio, sea que se lo considere como separación de cuerpos, o a la institución que propiamente debe dársele ese nombre, es decir al divorcio vincular.

TERCERA PARTE: DERECHO PATRIMONIAL

De las instituciones fundamentales de nuestra sociedad: propiedad privada, matrimonio y religión, llamadas por Roberto Owen, la trinidad de la desgracia, la más combatida es la propiedad. La religión y el matrimonio, son menos impugnados. El menosprecio por la propiedad privada, llevó a Proudhon, a decir que la propiedad es un robo.

El estudio de esta parte de la obra, se haría a través de los siguientes tomos:

TOMO DECIMO: COSAS Y BIENES

El análisis de las cosas y bienes, se refiere propiamente al estudio de objeto del Derecho.

Entre las cosas habrá que estudiar su clasificación tradicional, en cosas muebles e inmuebles, aunque sugeriremos cambios tendientes a borrar del Código, ciertas categorías fictas o supuestas, que sin basarse en la realidad, se prestan más bien para la destrucción de principios básicos que utilizaremos más adelante en la teoría de la propiedad.

Es interesante considerar la naturaleza de las cosas inmateriales y sus incidencias en el campo del objeto del Derecho, debiendo solucionarse si, al fin, son o no son cosas.

La existencia o inexistencia de la clasificación de las cosas inmateriales, en derechos reales y personales, será objeto de especial atención.

¿Es la acción una materia que debe estudiarse en el Código Civil, o corresponde al Derecho Procesal. Tiene la acción suficiente autonomía, o es sólo un derecho en movimiento?. He aquí otras de las inquietudes que se abordará en este tomo.

Pero, en donde radicará la médula de esta parte de la obra, será en la consideración de las riquezas públicas, de los recursos naturales, la propiedad estatal y las distintas clases de bienes públicos, de los dominios públicos, como el terrestre, el aéreo, el marítimo y el fluvial, por su incidencia en nuestra teoría nueva sobre la propiedad, aún cuando bien podría decirse que esta no es propiamente una materia civil, sino administrativa.

Está todavía en plena formación la doctrina y la legislación sobre los conflictos que puedan presentarse entre el dominio público y el privado, en el ámbito nacional, por ejemplo, en la propiedad y uso del espacio aéreo, y en cuanto al derecho de cada Estado o de todos los Estados, sobre el dominio o uso de ciertos bienes.

Prácticamente en el dominio y uso de las aguas del mar, la teoría y la legislación han avanzado mucho. En el Ecuador, hay una clara conciencia de nuestros derechos - al respecto, cuando, como pioneros sobre el dominio del mar territorial, suscribimos con Chile y Perú, las declaraciones del Pacífico del Sur, aún cuando ciertos ecuuatorianos han violado esos derechos con indudable falta de patriotismo, para no haber de traición a la patria.

Pero, como la navegación aérea se está desarrollando contemporáneamente, todavía no hay la suficiente conciencia ni los instrumentos internacionales necesarios, para el ejercicio del dominio y uso pacífico del espacio aéreo. ¿Deben aplicarse las mismas reglas que rigen para las aguas del mar?

CAPITULO DECIMO PRIMERO: LA PROPIEDAD

He aquí una de las materias de más trascendencia de las que todavía forman parte del Derecho Civil. En la propiedad, hay siempre implícito un concepto de fuerza, de dominación.

Prácticamente la totalidad de las corrientes políticas e ideológicas giran, de algún modo, alrededor de la propiedad. Allí están el conservadurismo económico, el individualismo liberal, el capitalismo, socialismo, comunismo, totalitarismos, colectivismos, fascismos....

No son ajenos al problema, la doctrina social de la Iglesia Católica, ni el marxismo; ni el régimen soviético, los transpersonalistas, corporativistas, falangistas, ni nadie.

Nuestro estudio se dividirá en dos partes: la primera, considerará el criterio clásico de la propiedad o dominio, con todas sus características y consecuencias, ya que nos vemos obligados a cubrir los programas vigentes de la Universidad, dado que se estudia el Código, tal cual aparece vigente.

Luego se hará un recuento de las diversas tendencias que tratan de eliminar la propiedad privada o de transformarla.

En la segunda parte nos atreveremos a crear un sistema propio, nuestro, tratando de encontrar la convivencia entre los hombres, el bien común, la justicia y la equidad.

Dos principios fundamentales informarán ese sistema:

- a) La propiedad privada debe ser familiar; y,
- b) La propiedad debe estar fuertemente limitada, cualitativa y cuantitativamente, para evitar la concentración. Los derechos del propietario tienen - que reducirse, para eliminar el egoísmo y que la propiedad sea un arma de dominación.

O, dicho en términos más concretos, esa propiedad se parecerá más a lo que hoy llamamos usufructo, que a la institución del derecho real de dominio de herencia romana.

Ya hemos dicho, nuestro propósito es contribuir para buscar fórmulas de convivencia, de justicia, de equidad, - que nos conduzcan al bien común.

Si con los criterios que se expondrán en este tomo, se consigue algo de lo que con tanta ansia se ha acariciado, es decir, la justicia social, allí estará una recompensa superior a nuestra aspiración.

TOMO DECIMO SEGUNDO: MODOS DE ADQUIRIR

No hablamos de modos de adquirir el dominio, sino simplemente de modos de adquirir, porque mediante las formas tradicionales se puede adquirir cualquier derecho. No - decimos, desde luego que con la ocupación, por ejemplo, pueda adquirirse el derecho real de herencia, o el derecho accesorio de prenda. Pero el conjunto de modos, unos con aplicación en unos campos y otros con aplicación en otros campos, permiten la adquisición de todo derecho.

Hay que comenzar distinguiendo entre el título y el modo, y resolver si ambos elementos concurren en todas las formas de adquirir; luego la naturaleza, características y clasificación de los distintos modos.

El tomo concluirá con dos modos de adquirir, considerados específica y concretamente: la ocupación y la adquisición, reservándose los capítulos posteriores para los otros modos.

La ocupación es realmente una institución obsoleta, de muy poca o ninguna aplicación práctica. Su lugar está - en los museos jurídicos.

En el momento actual de necesidades cada vez mayores e insatisfechas, difícilmente se concibe la existencia de cosas sin dueño.

Las disposiciones legales de indudable acierto que han convertido a todos los inmuebles no sometidos al dominio privado, en bienes de dominio público, ora administrados por el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización, ora por otros organismos estatales o municipales, han eliminado la aplicabilidad de la ocupación para todo bien raíz.

Cosas a las que se aplicaba fundamental y frecuentemente el modo llamado ocupación, es decir a los animales bravíos y a las especies ictiológicas, hoy no se puede considerar que carezcan de dueño. Son recursos públicos de indudable dominio estatal, sujetos a especiales regulaciones para evitar su indebido aprovechamiento y regidos por leyes especiales.

Quedarían, entonces, las cosas abandonadas por sus dueños, es decir, las resderelictas del Derecho Romano, frente a las cuales puede tener aplicación el modo en estudio. Hay personas de elevados recursos para quienes objetos de utilidad general les resultan inservibles y los arrojan a la basura, y hay, ante nuestro espanto, personas que amesgan su salud, para dedicarse a pescar objetos en la inmundicia.

Por fin, es parte de la ocupación el descubrimiento de tesoros, que en los momentos actuales ya no los hay. En el pasado los piratas que infestaban los mares capturaban tesoros y los enterraban, y algunas mentes enfermas, enterraban joyas o monedas en las paredes o patios de sus casas. ¿Con qué fin? Realmente no lo sabemos.

¿Para resolver sólo esos dos casos se justifica la existencia de una institución completa, es decir, el modo de adquirir llamado ocupación?.

La accesión se refiere a muebles de un propietario, al que se unen muebles de otro propietario, o que se los mezclan, procedimientos de carácter casi delictivo que no pueden ser fuentes del derecho; o ríos que cambian de curso o pedazos de tierra erosionada que se trasladan, etc., etc.

Lo grave en este modo de adquirir, según las disposiciones vigentes, es de que, el propietario o detentador de la tierra, considerada como cosa principal, pasa a ser dueño de lo que en ella se plante o edifique.

Ese hecho crea problemas sociales de la mayor gravedad, que deben eliminarse. Lo principal será siempre la actividad del hombre. Lo secundario, los bienes creados por la naturaleza.

El cambio se hace más necesario si se considera que normalmente el que cultiva o edifica en terreno ajeno, carece de toda posibilidad de hacerlo en tierra propia, porque precisamente forma parte del ejército de desposeídos, mientras que el detentador mantiene sus bienes abandonados, sin que se les de la función económico-social que les corresponde, de acuerdo con elementales principios de justicia; bienes que se mantienen sin edificar o cultivar, en antisocial espera de que aumenten desmesuradamente de precio, en especial por la incidencia de obras públicas.

Finalmente, en lo relativo a los frutos naturales o civiles, la accesión crea el absurdo de que el dueño tenga que adquirir lo que le pertenece, lo que siempre le perteneció. No cabe, con elemental principio de lógica jurídica, admitir que una persona pueda adquirir por accesión lo que ya está en su patrimonio.

Todas las consideraciones precedentes, nos llevarán a sugerir cambios radicales en esos llamados modos de adquirir.

TOMO DECIMO TERCERO: TRADICION

La tradición o entrega, de acuerdo con el sistema vigente, es uno de los modos de adquirir más importantes y de diaria aplicación. Otro de igual trascendencia, es la sucesión por causa de muerte.

Habr^á por lo mismo que hacer un estudio intensivo de este modo, siguiendo las disposiciones vigentes.

Pero, al mismo tiempo, se sugerirán cambios radicales.

En primer lugar, nos parecen ridículas y alejadas de los más elementales principios de buen juicio, aquellas formas fictas de entrega de muebles, de mano corta y alargando la mano, entre otras. Las normas positivas se han de fundar en la realidad y no en calentorientas imaginaciones.

En segundo lugar: la parte fundamental de este modo, rompe también el sano juicio, la forma real de ver las cosas en su propia naturaleza y contenido. Para el hombre corriente que no quiere enfrascarse en presunciones y creaciones irreales de la mente, hay el pleno convencimiento de que adquiere una cosa porque la ha comprado, pagando por ella su precio justo, de buena fe, o porque la regalaron o cambió con otra cosa. Pero, ese hombre corriente no concibe la idea de que no haya adquirido por la compra, sino porque un señor Registrador de la Propiedad, luego de ponerle todas las dificultades que estén a su alcance, anota unas palabras al pie de la escritura, firma y sella la antedicha anotación.

Ese sistema tiene que variar. La legislación comparada nos demuestra las ventajas de otros sistemas.

No me opongo a la existencia del Registro de la Propiedad. Al contrario, desearía que se perfeccione al máximo, de modo que se sepa con precisión a quien pertenece cada cosa. Pero, aquí estamos hablando de publicidad y no de tradición.

Considero asimismo indispensable que el título - tomada la palabra en sentido de instrumento, o documento, de papel con letras, firmas y sellos, represente a la propiedad, de tal modo que, con la cesión del título y sin más maquinaciones, gastos y molestias, se haya transferido el dominio. Así existiría una adecuada circulación de la riqueza.

Desde luego, una de las limitaciones básicas que se ha brán de sugerir, en cuanto al contenido del dominio o derecho de propiedad privada, es la eliminación, en tan to sea posible, del atributo llamado de disposición o abuso. Por manera que, las frases constantes del párrafo precedente, se han de entender sometidas a la mencionada limitación.

TOMO DECIMO CUARTO: POSESION, PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y REIVINDICACION

Las tres materias mencionadas tienen íntima relación - entre sí, por ello creemos que deben tratarse en un mismo lugar, porque la posesión es el antecedente necesario para la prescripción adquisitiva o usucapion, y só lo el dueño que no está en posesión de la cosa, puede demandar al poseedor no dueño, la reivindicación.

La posesión es uno de los hechos jurídicos - ni siquiera derecho- según nuestro sistema - de mayor contenido social y económico. Lo que importa, en el fondo, no es que una persona tenga un legítimo título de dominio, con sagrado por una escritura pública, con timbres, firma, sello y signo del notario, y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Lo que principalmente interesa es que ese bien sea cultivado; que se arranquen los frutos de las entrañas de la tierra fértil y ávida de producir, porque para ello Dios o la naturaleza puso - al alcance de los hombres.

Si el poseedor es el que realiza actos a que sólo el dominio da derecho, se ha de entender que está incorporando bienes a la producción, es decir, que está dando a la propiedad la función social que le corresponde.

¿Qué diferencia radical hay entre el dueño del papel - sellado con firmas y signos, y el que riega su sudor - en la tierra atrás de un arado? ¿Cuál de los dos merece la protección del Estado? La respuesta es obvia.

De allí que la posesión tenga un interés semejante o mayor que la propiedad misma. Claro que, para el sistema vigente lo ideal sería, que en una misma persona se concentren las calidades de propietario y poseedor. ¿Pero, si esa concentración no se produce, a cuál se mirará con mayor derecho, al que ostenta papeles o al que abre surcos en la tierra?.

Ya mencionamos que la posesión en nuestro sistema no es ni siquiera un derecho, sino un mero hecho. Esto hay que modificar, porque no está en armonía con principios universales de justicia.

Es necesario además, saber que mismo es la posesión. ¿Es al fin la concurrencia del ánimo de propietario y la tenencia de la cosa, dándole la función social que le corresponde?. Si fuere así, como que en realidad debe ser, ¿cómo mirar indiferentes a posesiones que producen, sin que el poseedor tenga noticia de ellas, y acaso no conozca el bien que legalmente está poseyendo?

Otro problema que merecerá nuestra atención preferente, es la del precarista. No es poseedor, no tiene la expectativa dentro del campo civil, de adquirir derechos, cuando con más seguridad es el que tiene más opción a que se los confieran.

No podemos escapar de la problemática originada en la posesión inscrita. Don Andrés Bello soñó en ver que todos los dueños sean a la vez poseedores, y los poseedores, dueños, y por ello introdujo en el Código la teoría de la posesión inscrita, que en muchas ocasiones rompe todo el sentido de la institución.

Legalmente, no se adquiere ni pierde la posesión de inmuebles, si no media la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. ¿En qué queda entonces el elemento corpus, para configurar la posesión, para justificarla? ¿Es aplicable esta teoría también a la prescripción extraordinaria?



Plan de la obra

Consideraremos también las acciones posesorias, preoc
pados de que la materia corresponda más bien al Dere -
cho Procesal.

En cuanto a la prescripción adquisitiva o usucapion, lue
go de sugerir cambios respecto a su ubicación, habre -
mos de verla con toda la simpatía que infunde, una ins
titución de indudable contenido social, enclavada en -
un código individualista.

Parece que Bello, al desubicarla definitivamente, se -
dejó llevar por un criterio sentimental. Quiso cerrar
su grandilocuente obra, con sello de oro.

La reivindicación es el derecho que tiene el dueño no
poseedor, para que el poseedor no dueño le restituya -
la cosa.

Es un derecho obvio para el sistema vigente. No de la
misma justicia, para el que propugnaremos.

¿La reivindicación, es más bien una acción que un dere
cho?

Es indispensable considerar con atención, las disposi -
ciones sobre las prestaciones mutuas, ya por su induda
ble incidencia en la reinvindicación misma, ya porque
tiene una aplicación general.

TOMO DECIMO QUINTO: LIMITACIONES DEL DOMINIO

Adelantamos ya nuestro criterio, al manifestar que en
la mayor parte de esta materia, las llamadas limitacio
nes del dominio no son tales, sino medidas para que el
propietario, soberano, antisocial o no, dueño de los -
bienes, los someta a su capricho o a sus personales -
conveniencias.

Sin embargo, la primera parte de este tomo estudiará a la propiedad fiduciaria, al usufructo y al cuasiusufructo, al uso y habitación y a las servidumbres, para cumplir con necesidades didácticas, respecto a los programas universitarios.

Una segunda parte tratará de verdaderas limitaciones - que deban imponerse a la propiedad, aún cuando no sea sino una mención de esas medidas, porque su estudio de fondo lo habremos hecho ya, al tratar de nuestro sistema sobre la propiedad, que corresponde a un tomo anterior.

En cuanto al patrimonio familiar, se lo habrá estudiado en el tomo que tenemos reservado para esa materia, en el Derecho de Familia, junto a los regímenes matrimoniales.

Por último, este tomo comprenderá el estudio de las formas de extinción del derecho de dominio, en el que trataremos de ser severos, porque la propiedad que no cumpla con la función social que le corresponda, no puede permanecer en manos de los actuales propietarios.

TOMO DECIMO SEXTO: SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

Parte general.

La sucesión por causa de muerte, ha sido objeto de especialísima regulación -se la ha dedicado un Libro completo en el Código - y protección singular por nuestra legislación, por la doctrina, y por los códigos que la sirvieron de fuente, y aún por la generalidad de los sistemas. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, acepta a la sucesión como necesaria y buena.

Creemos, en cambio, que ese culto exagerado a la sucesión por causa de muerte, la reverente protección a la facultad de otorgar testamento y a las demás materias comprendidas en este modo de adquirir, tienen que ser radicalmente transformadas. No suprimidas del todo, por que una familia que obtiene los bienes materiales necesarios para el cumplimiento de sus fines, cuando se extingue o transforma por la muerte del Jefe, no puede quedar desprovista, desde el día siguiente, de todos los medios que obtuvo.

Pero tampoco se puede admitir que a fines del siglo XX en la era espacial y atómica, sigamos sosteniendo que el heredero es el continuador de la personalidad del causante, porque ese era un criterio bueno, para cuando se transfería el predominio familiar, a través de generaciones, con bienes de propiedad de un apellido ilustre, con títulos de nobleza y otros disparates. Hoy vivimos otros tiempos.

No puede admitirse en este momento de la historia que un propietario goce y abuse en forma absoluta y arbitraria de muy abundantes bienes que una sociedad injusta le permitió acumular y que todavía tenga plena facultad para seguir sometiendo a su voluntad, desde el más allá, mediante la sucesión testamentaria.

Se tiende a socializar la propiedad, mediante los gravámenes que pesan sobre la herencia, los legados y las donaciones. Pero en la práctica hay dos procedimientos que anulan completamente ese propósito: en primer lugar, el Estado no participa de las sucesiones en bienes inmuebles, sino en dinero, que como se conoce, es mal administrado; y en segundo lugar, el avalúo de los bienes dejados por un fallecido, se hace por un precio ínfimo, sobornando al perito oficial, y si es necesario, a los jueces.

Por razones de método, en este tomo se estudiará también lo relativo a la apertura de la sucesión, su aceptación o repudio, el beneficio de inventario, la herencia yacente, el derecho real de herencia, la petición de herencia; los derechos de transmisión, de representación, de acrecer y las sustituciones.

TOMO DECIMO SEPTIMO: SUCESION IN TESTADA

En esta parte de la obra estudiaremos las reglas de la sucesión intestada, es decir, aquellas que existen en la legislación vigente y que rigen cuando por algún motivo no pueda imperar la voluntad del causante.

Consideraremos medidas de especial significación que traen de fortalecer a la voluntad de la sociedad, representada por la autoridad y la ley respecto a este modo de adquirir el dominio, desde luego en lo que, según nuestro concepto, deba quedar del actual sistema.

Aún cuando las regulaciones del Código sean escasas en esta parte de la sucesión por causa de muerte, nuestra atención, en cambio, se detendrá cuando sea posible, por que la sucesión legal es la única que debe existir, si se quiere conseguir que la sucesión cumpla con su función económico-social.

Si la voluntad del causante fuese lo principal, y las disposiciones de la ley sólo sirviesen para regular un mínimo de derechos y los vacíos que se produjesen, porque no hubo testamento o éste no pueda regir total o parcialmente, ¿cómo esperar una transformación que tiene que estar especialmente ligada al régimen social de la propiedad?

Es obvio, que en este lugar se estudien las asignaciones forzosas, esto es, la porción conyugal, las legítimas y mejoras, que son derechos conferidos por la ley, aún en contra de la voluntad del causante.

Gran parte del criterio que inspiró el establecimiento de una sucesión mixta, parte testada y parte regida por la ley (para el caso de que hubiese testamento), o la distribución de los bienes por mandato de la ley, para el caso de que no exista o no rija el testamento, inspirará el sistema nuevo que nos proponemos propugnar.

TOMO DECIMO OCTAVO: SUCESION TESTAMENTARIA

El Código vigente confiere una importancia trascendental a la sucesión testamentaria, es decir, a aquella que se origina en la voluntad del causante. Hay un respeto místico a esa voluntad, que solamente puede manifestarse mediante el testamento.

Nuestro criterio es adverso a esos principios. No aceptamos que la voluntad de un hombre en la administración de los bienes materiales, pueda transmontar su muerte, menos aún si esa voluntad, ordinariamente, tratará de destruir la función que tiene la propiedad.

Para nosotros, la época histórica en que el causante que moría sin otorgar testamento y sin designar herederos, era objeto de una gran indignidad, ya fue superada definitivamente.

Comenzaremos estudiando, con fines didácticos e históricos, todo lo relativo a los testamentos, sus clases, su contenido, aún extralimitándonos de lo que hoy está vigente en el Código, por ejemplo, al revisar el famoso y suprimido testamento verbal.

Luego se verá lo relativo a las asignaciones testamentarias, con todas sus clases y problemáticas, así como a los herederos y legatarios y sus diferencias fundamentales.

Se estudiará, por fin, el desheredamiento, que sólo puede hacerse por testamento, y la revocación y reforma de ese trascendental acto jurídico, para el Derecho vigente.

El criterio inamovible que se sostendrá, luego de ese estudio doctrinario e histórico, será el de la supresión de la sucesión testamentaria. Las razones se han esbozado y serán debidamente ampliadas.

TOMO DECIMO NOVENO: SUCESION POR CAUSA DE MUERTE
PARTE FINAL.

Para concluir con el modo de adquirir denominado sucesión, es estudiar a los ejecutores testamentarios o albaceas, institución que debe desaparecer si se elimina el testamento, por que esta especie de mandatarios del causante, no pueden ser designados sino por testamento.

En cuanto a la partición de bienes, toda la doctrina y las reglas de Derecho Positivo, sobre la comunidad o indivisión y la liquidación de la misma, se habrá estudiado ya en el tomo referente a la propiedad, porque las reglas sobre la partición son y deben ser de aplicación general, para terminar con toda comunidad de bienes y no sólo con la que se origina por la muerte del causahabiente.

Para no alterar el orden del Código más de lo que hemos considerado indispensable, a continuación tratará sobre el pago de deudas hereditarias y testamentarias y el beneficio de separación.

Las donaciones entre vivos, tendrán que estudiarse entre los contratos, porque esa es su naturaleza.

TOMO VIGESIMO: TEORIA DE LAS OBLIGACIONES

Nuestro Código Civil comienza el Libro IV con una mezcla inadmisable de obligaciones y contratos, como si en realidad fuesen una misma y única cosa.

Continúa con la teoría de los actos, de la capacidad, del consentimiento, objeto y causa, para volver a considerar las diversas clases de obligaciones, comenzando por las civiles y meramente naturales; luego las condicionales y modales, etc. etc., y concluir con el efecto de las obligaciones y la interpretación de los contratos.

En nuestro tratado separaremos, en lo que fuere posible, las materias, dando a cada una de ellas su correspondiente lugar, y la consideración que esté al alcance de nuestros conocimientos.

Todo lo relacionado con la teoría de los actos, de la capacidad, consentimiento, objeto, causa, habremos ya estudiado en la primera parte de esta obra, porque allí es donde debe estar, como ya se dijo en las primeras páginas.

Luego el contenido del tomo se concretará exclusivamente a las obligaciones con todo cuanto sobre ellas se pueda decir, incluyendo el estudio de sus diversas clases, sin repetir conceptos que ya sean conocidos, como los de modo, condición, divisibilidad o indivisibilidad, y otros que, en el curso de los capítulos anteriores, nos hayamos visto forzados a tratar, por razones de método.

En el estudio de esta materia, más civil y menos social que aquellas a las que se refiere nuestro tratado en anteriores tomos, trataremos sin embargo de invadir campos, en los que no puso suficiente atención la teoría clásica, como la socialización de la responsabilidad civil, la responsabilidad de las personas jurídicas, el estado de necesidad y las obligaciones nacidas en el principio de asistencia y de solidaridad humanas.

También es fuente de obligaciones civiles el abuso del derecho; pero esta materia quedará tratada ya en uno de los primeros tomos. Sin embargo, se hará a esa institución, la referencia que fuere necesaria.

TOMO VIGESIMO PRIMERO: DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

La materia es de suficiente amplitud, como para dedicar la un tomo completo.

La figura más importante de los modos de extinguir las obligaciones es el pago, en el sentido verdadero que - tiene - no sólo como la entrega de dinero - sino de - cumplimiento de la prestación. Especial atención tendrá esta figura.

Se verá, como es obvio, la subrogación, novación, delegación, dación de pago, confusión, pérdida de la cosa debida, compensación, etc.

A la prescripción extintiva, la reubicaremos entre las formas de extinguir las obligaciones, que es el lugar que le corresponde, a nuestro modo de ver.

Por último, estudiaremos la extinción de las obligaciones por la resolución y la nulidad o rescisión.

En cuanto a la prueba de las obligaciones, recordamos que esta materia será estudiada en las disposiciones generales, es decir, en el tomo tercero, junto a los actos jurídicos.

TOMO VIGESIMO SEGUNDO: TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS

En forma independiente de las obligaciones se estudiará la teoría general de los contratos, en lo que se refiera a los de naturaleza civil, aclaración necesaria por que otros contratos como el administrativo y el del trabajo, tienen una naturaleza peculiar.

Es interesante ver como la autonomía de la voluntad, que para el Código todavía es la fuente fundamental de los contratos o convenciones, ha tenido que ceder mucho campo. Para el Código, lo que cuenta es la voluntad de los contratantes, libre y legalmente expresada. Es la ley. Las disposiciones del Código, apenas son disposiciones supletorias de esa voluntad.

Esa tendencia, buena para el pensamiento liberal del siglo XVIII, no es del todo aplicable en la época contemporánea.

La intervención del Estado o intervencionismo, ha ganado terreno constantemente y lo seguirá haciendo. La historia nos ha enseñado que no hay como confiar en la voluntad altruista de los hombres, que no siempre es la regla. El egoísmo tiene caracteres dominantes dentro de la sociedad.

Por lo mismo, en los cambios que se sugieran, buena cuenta se tendrá de este pensamiento contemporáneo.

Otra interesante materia que se considerará es la relativa a la revisión de los contratos. Según el concepto clásico, sólo la voluntad de las partes podría producir la revisión de un contrato. Hay que ir más allá. No cabe que circunstancias coetáneas o sobrevenientes obligan a una de las partes a cargas con responsabilidades que le ocasionarían su ruina. Las reglas de Derecho, tienen que ser reglas de convivencia.

TOMOS VIGESIMO TERCERO Y VIGESIMO CUARTO: DIVERSOS CONTRATOS

La extensión de la materia, nos obliga a tratarla en dos tomos distintos, pero consecutivos.

Se comenzará con el contrato de compraventa que es el más importante de los contratos y el de mayor aplicación práctica, según el sistema vigente.

Perdería notablemente su importancia, si se aceptasen las limitaciones a la propiedad, que sugeriremos, especialmente en cuanto a la facultad de disposición o abuso de ciertos bienes. La disposición de otros bienes se impone como una necesidad de cooperación social, por la limitación de las facultades humanas y la división del trabajo, que impide a una persona producir todos los bienes necesarios para la satisfacción de sus necesidades, que se multiplican con la civilización.

Luego de estudiar la compraventa, en los dos tomos se estudiarán todas las otras formas contractuales existentes en nuestro sistema, procurando seguir el mismo orden establecido en el Código Civil.

TOMO VIGESIMO QUINTO: PROYECTO DE NUEVO CODIGO

Aún cuando en cada uno de los tomos se dará a conocer cual es el texto que, a nuestro juicio, deba tener cada una de las disposiciones, cada uno de los artículos del Código, presentaremos en el tomo final el texto completo de un nuevo Código.

¿Empresa atrevida, superior a nuestra capacidad?. Seguramente así sea. Pero, todo ciudadano está obligado a colaborar. Si de los miles de artículos que sugiera sólo muy pocos y de los que contengan fundamentales - cambios sociales, en orden a la convivencia, a la justicia y al bien común, llegasen a regir en mi país o en cualquier otro lugar, todo mi esfuerzo habría tenido una generosa recompensa.

No importa que esos cambios de estructura se produzcan cuando yo ya no los pueda palpar, sentir. Bien pueden ocurrir después. Lo importante es que lleguen a incorporarse al sistema normativo.

Hay otra razón para que se reúna en un solo tomo lo que yo considero como nuevo código. En los capítulos anteriores al vigésimo quinto, tendré que considerar a la vez la legislación vigente y comentarla, buscar los fundamentos doctrinarios, idiológicos. Cuando considere que esas disposiciones no son adecuadas, habré de seguir - aún para el sistema vigente - otras que me parezcan mejores.

Ejemplo: Creo que debe suprimirse la sucesión testamentaria, y ningún cambio se justificaría para el articulado vigente sobre esta materia específica.

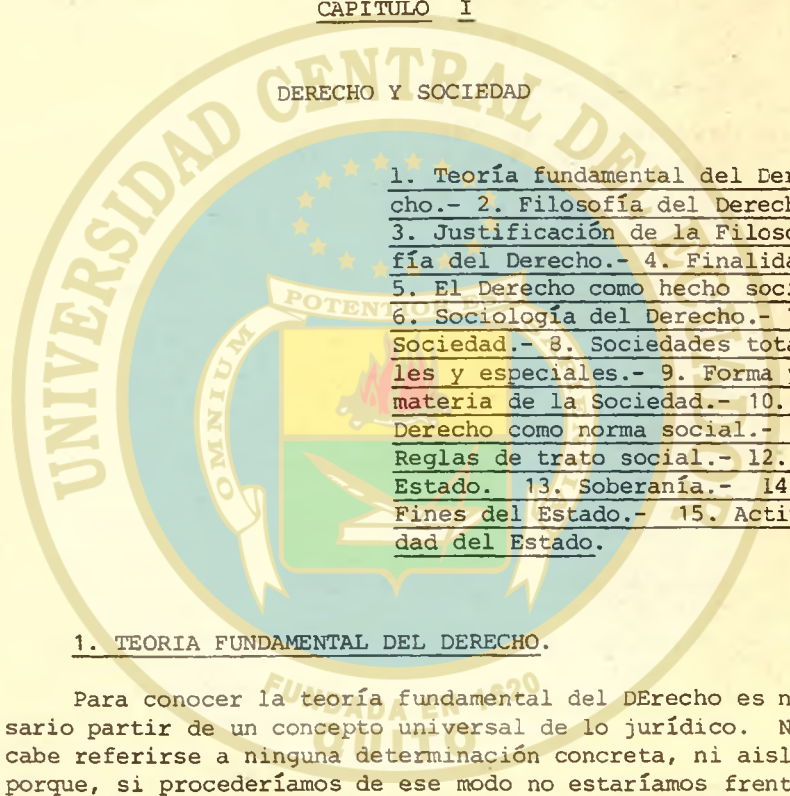
Sin embargo, si se harán sugerencias al respecto. Mi criterio para así proceder es de que los cambios radicales difícilmente se consiguen, si no se derrama sangre. Los cambios que manteniendo la estructura caduca mejoren el sistema, ofrecen menos resistencia. Por tanto, si no se puede conseguir lo ideal, es útil que se busque un mejoramiento. Lo perfecto, resulta enemigo de lo posible.





CAPITULO I

DERECHO Y SOCIEDAD

- 
1. Teoría fundamental del Dere-
 - cho.- 2. Filosofía del Derecho.
 3. Justificación de la Filoso -
 - fía del Derecho.- 4. Finalidad.
 5. El Derecho como hecho social
 6. Sociología del Derecho.- 7.
 - Sociedad.- 8. Sociedades tota -
 - les y especiales.- 9. Forma y -
 - materia de la Sociedad.- 10. El
 - Derecho como norma social.- 11.
 - Reglas de trato social.- 12. El
 - Estado. 13. Soberanía.- 14. -
 - Fines del Estado.- 15. Activi-
 - dad del Estado.

1. TEORIA FUNDAMENTAL DEL DERECHO.

Para conocer la teoría fundamental del Derecho es necesario partir de un concepto universal de lo jurídico. No cabe referirse a ninguna determinación concreta, ni aislada, porque, si procederíamos de ese modo no estaríamos frente a una teoría fundamental, universal del Derecho, sino frente al concepto de un Derecho concreto y determinado.

Se trata de buscar una noción universal, dentro de la cual quepan todas las manifestaciones de lo jurídico. Una dimensión con referencia a los valores fundamentales, y en

primer término, a la justicia.

2. FILOSOFIA DEL DERECHO.

El conocimiento de la teoría fundamental, general del Derecho, hay que buscarlo a través de la Filosofía del Derecho.

Esa rama del saber consta de dos partes:

- a) Precisamente, la teoría general del Derecho, es decir, la noción esencial y universal del Derecho. - Conceptos jurídicos puros; y,
- b) La Estimativa o Axiología Jurídica.

La Teoría General del Derecho se propone estudiar, como queda dicho, los conceptos universales que hallamos en todo derecho, sin referencia a un Derecho determinado.

La Estimativa o Axiología Jurídica, de la cual nos ocuparemos con más detalle en las próximas páginas, comprende el estudio de los criterios situados más allá y por encima de las normas positivas, para el enjuiciamiento de éstas.

Busca directivas para la corrección de las normas.

Es la investigación sobre la idea de la justicia y de los valores implicados con la justicia.

El estudio de la Axiología Jurídica, tiene profundas relaciones con el Derecho Natural, que será objeto de un detenido análisis.

3. JUSTIFICACION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.

La Filosofía del Derecho tiene justificación plena, por que nos permite penetrar en el campo de la teoría general del Derecho y en el enjuiciamiento valorativo o axiológico, como queda dicho.

La Filosofía del Derecho dominó el pensamiento clásico, pero sufrió un eclipse a fines del Siglo XIX por obra del Po

sitivismo, del Materialismo y del Evolucionismo.

Pasado el eclipse renace, para evitar las limitaciones que sin la Filosofía tendría el estudio de lo jurídico.

El Derecho se apoya sobre una serie de supuestos generales, cuyas raíces no se pueden desentrañar sin el auxilio de la Filosofía.

Hay también nociones que constituyen la esencia de toda norma, de toda situación o relación jurídica, que son conceptos puros, de dominio de la Filosofía del Derecho.

Filosofar, como dice Ortega y Gasset, es buscar una verdad primaria que no se derive de otra, que tenga una certidumbre radical.

Es necesario penetrar en los problemas de la convivencia humana y de la cooperación entre los miembros de la sociedad, y en los problemas relativos a la organización y funcionamiento de las sociedades. Es decir, una situación ordenada y pacífica, que a la vez sea justa.

4. FINALIDAD.

La contemplación de los fenómenos de la naturaleza, - desde el punto de vista de su realidad, carecen de significación jurídica. Son solamente experiencias sensibles.

Pero, al tratarse de los hechos humanos, hay algo que no existe en los fenómenos naturales, ya que se los puede calificar, valorar.

La actividad humana tiene siempre una finalidad, buena o mala, constructiva o no.

5. EL DERECHO COMO HECHO SOCIAL.

El Derecho en su producción, en su cumplimiento, en sus transgresiones, se muestra como un hecho social. Influyen en este hecho social las tradiciones, las necesida-

des, las creencias religiosas, convicciones familiares, políticas y sociales. Todos esos sentimientos producen como efecto el hecho social del Derecho.

El Derecho no obtiene vigencia por ser el mejor, el más justo, sino por el poder social en que se soporta.

Todo poder social, en última instancia, se apoya en el reconocimiento del mismo por quienes a él se someten.

6. SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Lo expuesto en el número anterior nos conduce a la Sociología del Derecho.

El Derecho, desde el punto de vista sociológico, se presenta como un hecho social, como una forma colectiva, con vínculos de causalidad interhumana.

El Derecho, desde ese punto de vista, es un efecto de los hechos sociales.

7. SOCIEDAD

La conservación de la vida humana sería imposible, especialmente cuando ha avanzado la civilización y se han multiplicado las necesidades, si los hombres vivieran aislados.

Atendiendo a su propia individualidad, el hombre sirve a la especie, a su permanencia y perfeccionamiento.

Cuando los hombres se relacionan entre sí, existe sociedad, que es un sistema de relaciones interhumanas.

Se ha discutido en toda la historia del pensamiento jurídico, si el hombre es o no un ser sociable por naturaleza.

8. SOCIEDADES TOTALES Y ESPECIALES.

La Sociedad total es la que no se encuentra encerrada

en otra. Persigue directamente el ideal social, el conjunto de fines humanos.

Sin embargo hay grados en las sociedades totales.

Las sociedades que persiguen sólo determinados fines, son sociedades especiales.

Las sociedades totales fijan las condiciones dentro de las que han de coexistir las sociedades inferiores y las especiales.

Sólo las sociedades totales producen el Derecho.

La primera sociedad total fue la familia. Hoy es el Estado la sociedad total por excelencia.

9. FORMA Y MATERIA DE LA SOCIEDAD.

En toda sociedad deben distinguirse dos elementos básicos: el orden y lo ordenado.

El orden constituye la forma en las sociedades. Lo ordenado constituye la materia.

El orden está impuesto por la normatividad. La materia por la actividad de los hombres, para la satisfacción de sus necesidades.

Para Stamler, la materia de lo social está constituida únicamente por lo económico.

10. EL DERECHO COMO NORMA SOCIAL.

El Derecho constituye el orden social o el instrumento para establecerlo. Son normas objetivas de vida humana. Formas de conducta colectiva, con carácter normativo.

El Derecho pertenece al reino de la vida humana objetivada. Está constituido por un conjunto de ideas o significaciones que se refieren a la conducta humana.

Son significaciones construídas por los hombres, que objetivadas en preceptos legislativos o costumbres jurídicas, adquieren una consistencia propia, aún cuando tengan su origen mediato en el Derecho Natural.

El contenido de una norma de Derecho, se diferencia de los objetos ideales matemáticos y de los valores puros. El valor puro tiene una consistencia y una validez propias independientes y ajenas al hecho eventual de que una cabeza humana los haya pensado y expresado. Antes ya existía.

Una norma de Derecho positivo, no existió jamás antes de que el legislador la fabricase, la pusiese en vigencia.

Una idea matemática no ha sido construída, sino descubierta.

El Derecho, como producto cultural, responde a un motivo, y tiene una finalidad.

11. REGLAS DE TRATO SOCIAL.

Las reglas de trato social, a pesar de existir también en el mundo de la cultura, no son ni Derecho, ni moral.

Son reglas de urbanidad, de cortesía, de decoro.

No pueden confundirse con la moral, porque no están en la intimidad de la conciencia; las reglas pertenecen al grupo. No pueden confundirse con el Derecho, porque éste es obligatorio, coercitivo, en tanto que las reglas de trato social, son eminentemente voluntarias.

12. EL ESTADO.

El Estado es una sociedad total, la más perfecta y completa.

Por su esencia, sus actividades son jurídicas. En el Estado se produce un constante proceso de creación y aplicación del Derecho.

Las actividades del Estado obedecen a las funciones - legislativas, jurisdiccionales y administrativas, recordándonos la teoría de la independencia y equilibrio de los poderes de Montesquieu.

La Función Legislativa consiste en la creación de normas generales.

La Función Jurisdiccional, en la creación de normas - individuales, particulares, que solucionan conflictos entre un valor jurídicamente protegido, y otro que no lo está o es de menor jerarquía.

La Función Administrativa, se refiere a la realización de los fines del Estado, de orden social.

13. SOBERANIA.

El Estado establece sus normas con total independencia de cualquier otra sociedad; de cualquier otro Estado. Aunque se de el caso de normas de igual contenido, cada Estado habrá de tomar la norma, como si originariamente - él la hubiere creado.

Además, cada Estado tiene un poder pleno e independiente, un conjunto de facultades propias. No reconoce - ninguna entidad superior.

A ese fenómeno se denomina soberanía.

14. FINES DEL ESTADO.

El fin primordial del Estado es el de crear y hacer efectivo el Derecho.

Es también fin, que está en la naturaleza de esa sociedad total, la realización de la justicia y del bien común.

Alrededor de esos fines fundamentales, se realizan todos los demás específicos y concretos.

15. ACTIVIDAD DEL ESTADO.

La actividad esencial del Estado es la creación y - aplicación del Derecho. Esa actividad se cumple por medio de sus órganos.

Es decir, creando normas generales o individuales, o mandando a ejecutarlas.



CAPITULO II

HISTORIA DEL PENSAMIENTO
JUSFILOSOFICO.

Epoca antigua.

16. Fenómeno jurídico de las so-
ciudades primitivas.- 17. Egip-
to.- 18. Babilonia y Asiria.- -
19. Persia.- 20. Israel.- 21. -
China.- 22. India.- 23. Grecia.
24. Roma.- 25. Mundo "bárbaro":
cultura germana.- 26. Influen-
cia de los Derechos Germano y -
Romano sobre la Europa Medieval.

16. FENOMENO JURIDICO DE LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS.-

El Derecho primitivo es un orden de conducta elaborado espontánea, instintiva e inconscientemente.

Pero hay un comportamiento encaminado a la consecución de fines valiosos. Se diferenciaba lo bueno de lo malo, si bien confundiendo con lo permitido y lo prohibido por la divinidad, ordinariamente representada por las fuerzas de la naturaleza. Ese comportamiento está profun-

damente impregnado de sentimientos de admiración y temor.

Aparecen el hechizo y el tabú, formas mágico-religiosas, que constituyen los primeros principios ordenadores de la conducta numana.

En la lucha por la existencia, el instinto de conservación del hombre afirmó el sentido de su personalidad. Surgió el yo y paralelamente la idea de la propiedad.

Parece que la primera forma de convivencia social fue la horda, es decir, una agrupación promiscua de individuos regulada por normas poco estables por el carácter nómada del hombre primitivo, que luego adquirirá la forma sedentaria por la actividad agrícola en la que emprende.

El matrimonio parece haber sido la primera forma de organización familiar, como único modo de establecer el parentesco.

Aparece luego el patriarcado y con él el grupo gentilicio o clan, constituido por la reunión más o menos amplia de familias subordinadas a un ascendiente común.

Todos los individuos que pertenecen a un mismo clan llevan el signo de un totem común, que puede ser un animal, una planta o un objeto cualquiera.

17. EGIPTO.

El pensamiento jurídico presenta un carácter predominantemente religioso.

El egipcio concibe la muerte como una prolongación de la existencia individual.

Las primeras concepciones jurídicas se presentan en Menfis, que fue una monarquía absoluta de origen divino. El faraón, considerado como un dios, es quien confería todos los derechos e imponía las sanciones. Ejercía la plenitud de las funciones legislativas. Determinaba lo que es justo e injusto.

Al promediar la dinastía V comienza a decaer el poder real. El Gran Visir representa al soberano y se rodea de una muchedumbre de funcionarios, que se transforman en una nobleza feudal hereditaria, propietaria de grandes heredades.

Se consolida una nueva clase social, la de los sacerdotes, que administra la justicia, personificando al Dios Maat.

Junto a las clases superiores, desarróllase otra, la de los guerreros.

La clase trabajadora tiene muy limitados derechos.

El último escalón está ocupado por los esclavos.

18. BABILONIA Y ASIRIA.

Mantienen organización teocrática. Cada ciudad estaba tutelada por un dios. Toda regla de conducta emanaba de la divinidad.

A partir del Siglo XVII antes de Cristo, el rey impone su culto y su derecho. Es la fuente jurídica suprema.

El Código de Hammurabi, data de 1.950 años antes de Cristo. Fue descubierto por Morgan. Es una compilación de decisiones y providencias reales realizada con notable pulcritud, que traduce el carácter absolutista de un Derecho de origen divino, pero con fines eminentemente sociales.

El Código contiene disposiciones sobre las relaciones de familia. Habla del matrimonio, del repudio de la mujer. Trata de la propiedad privada y de su transmisión y transferencia por sucesión y por los contratos.

19. PERSIA.

El ideal jurídico-político de la antigua Persia, -

giró en torno a la concepción de un imperio universal.

Correspondió a Darío I el haber organizado políticamente al pueblo persa.

Pero el imperio persa careció de unidad jurídica.

Por el principio del imperio universal, basado en la pacífica convivencia, concurrieron pueblos de distinto origen y cultura, que se relacionaron jurídicamente, manteniendo su autonomía.

El Avesta, libro sagrado, pone de manifiesto un dualismo: el bien representado por Ahura - Mazda y el mal por Ahriman.

El dualismo metafísico - moral fue la síntesis generadora del criterio de equidad que presidía la concepción jurídica de los persas.

20. ISRAEL .

El profetismo hebreo, introductor de la idea monoteísta, ha constituido uno de los movimientos universales de mayor importancia en la historia de la humanidad, a través del Antiguo Testamento.

La Legislación Mosaica, contenida en cinco libros formaron el Pentateuco. Esos libros son: El Génesis, - Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio. Ese conjunto fue para los hebreos la ley positiva.

La expresión fundamental está en el Decálogo, con contenido religioso, jurídico y moral de profundo sentido humano.

Dios es el supremo legislador.

21. CHINA.

El culto por el pasado y el respeto a la tradición es la gran fuerza que centraliza la cultura china.

La comunidad familiar se funda en un sistema patriarcal. La monarquía no es sino una basta reunión de familias.

El emperador representa y ejerce el supremo poder del pueblo.

Hacia el Siglo VII antes de Cristo aparece en China la llamada Escuela de los Legistas o de las leyes (Fa-kia), fundada por Kuan-Tse, cuya influencia en la cultura jurídica del país está representada por la necesidad de un Derecho escrito, es decir, por la necesidad de una ley.

22. INDIA.

Las manifestaciones culturales más salientes de la India Brahmanica, hallanse comprendidas en los antiguos Vedas, antiquísimas colecciones de textos sagrados que fueron considerados por los indús como de revelación divina.

Entre los textos de importancia jurídica tenemos el Manava-Dharma-Sastra, conocido con el nombre del Código de las Leyes de Manu, que divide a la sociedad en castas. Esas castas son cuatro:

- a) La de los brahmanes, que representan la cabeza de la divinidad;
- b) La de los chatrias, que representan los brazos de la divinidad, y que ejercen el gobierno y la milicia;
- c) La de los Vaisyas, integrada por agricultores y artesanos; y,
- d) La de los Sudras, que constituyen la clase servil.

Los parias son los nacidos de uniones extramatrimoniales.

Una reacción contra la dictadura religiosa de los brahmanes fue el budismo, revolución espiritual iniciada

por Gautama Sidarta (BUDA), a fines del Siglo V antes de Cristo. La concepción del Buda es esencialmente humana; - tiende a disolver el sistema de las castas. Lo que hace a la condición humana es la calidad intrínseca de los actos y la pureza de su espíritu.

23. GRECIA.

A esta gran cultura hay que verla en forma de estricta síntesis.

Hesiodos: Se le debe la concepción de los tres valores de la comunidad: orden, justicia y paz.

Solon: Habla de una justicia divina y de la necesidad de una justicia humana. Fue encargado de establecer la constitución política. El pensamiento filosófico que presidió la reforma fue el de la igualdad jurídico-práctica para conseguir el orden y la paz. Los antiguos consideraban a Solon como uno de los siete sabios, grupo que floreció entre los Siglos VII y VI en las distintas ciudades de la Hélade.

Pitágoras: Reduce la justicia a un número. Sostiene la inmortalidad del alma y su trasmigración. Es considerado fundador de la Ciencia Política. Los pitagóricos fueron los primeros que se atrevieron a determinar la esencia de la justicia, considerada como un número cuadrado, es decir una relación de estricta igualdad: - todos los lados de la figura son iguales.

Heraklitos: Derivaba del principio de la unidad de los contrarios toda la variedad de las leyes y derechos. Para él, la naturaleza es la suprema norma de la conducta.

Sophokles: Nos dejó la primera afirmación clara de una ley natural, distinta de las -

leyes positivas humanas.

Protagoras: El más filósofo de los sofistas. Con él los problemas filosóficos del Derecho y del Estado adquirieron gran importancia y sistematización. El alma no es otra cosa que los sentidos. El hombre es la medida de todas las cosas; es lo absoluto.

Sin democracia, decía, no hay Estado.

Eurípides: Propicia la separación de la moral y la religión.

Sokrates: Introduce el método y, por su influencia, la historia de la Filosofía se divide en dos épocas, entre las cuales Sokrates se halla como testamento de la una y como profeta de la otra.

Estaba convencido de que tenía una misión divina encaminada a la reforma moral del hombre y la cumple con su enseñanza en las calles.

En lo teológico concibe la idea de un dios supremo que gobierna el mundo.

Isocrates: Sostiene que son valores de la comunidad la igualdad, la justicia y la equidad. Distingue dos clases de igualdad: una que distribuye a todos por partes iguales; otra que da a cada uno lo que le corresponde. Estas igualdades se denominan más tarde igualdad aritmética e igualdad geométrica.

Se refiere por primera vez a los principios axiomas. Hay superioridad de los valores intelectuales.

El recto gobierno se orienta hacia la realización de la justicia.

En materia internacional, enseña a tener con los - gobiernos débiles las mismas relaciones que con los fuertes. Esta es la llamada Regla de Oro.

Diogenes de Sinope: Fundador del sinismo. Cultiva - el impudor.

Toda la infelicidad está en la civilización, que - ha alejado al hombre de su condición natural.

Propugna la comunidad de mujeres e hijos.

Se proclama ciudadano del mundo.

Platon: Trata fundamentalmente de la política. A ella se refiere en sus obras: La República y Las Leyes. El hombre justo sólo se puede dar en un Estado justo.

En la República plantea el problema moral de los - gobernantes.

En la justicia se compendia toda la virtud.
El hombre de bien es hombre justo.

Propugna también la comunidad de las mujeres e hijos.

Habla de la selección racial.

24. ROMA.

En las épocas primitivas Roma estaba organizada bajo la forma de una monarquía. El rey era elegido vitaliciamente por la asamblea de los patricios. Estaba asesorado por el Senado. El rey ejercía funciones judiciales, militares, religiosas, y la asamblea patricia, funciones legislativas.

En las primeras épocas el Derecho aparece subordinado a la religión. Se distinguen en tal período el fas, lex divina, el jus, lex humana.

En el año 508 antes de Cristo se opera en Roma una transformación fundamental: la República reemplaza a la monarquía. La autoridad real es sustituida por la de los cónsules, magistrados patricios.

Entre los patricios y la plebe se produce una lucha. Se llega a una transacción, por la cual se concede a la plebe dos magistrados, los tribunos, que ejercen derecho a veto.

La Ley de las XII Tablas nace como resultado de la presión de los plebeyos. Esta Ley constituye la más auténtica fuente del Derecho Romano.

En Roma podemos ya hablar de las siguientes fuentes de producción jurídica: los comicios por curias, porcenturias y por tribus, que expedían el Derecho Público. Los concilia plebis, que expedían el Derecho Privado. Las costumbres o Derecho no escrito y las decisiones de los magistrados.

El Jus Edicendi, derecho a dictar normas que correspondía a quienes ejercían ciertas funciones públicas, se tradujo en el constante progreso del Jus Civile dentro del esquema general de la Ley de las XII Tablas. El Jus Civile era sólo para los ciudadanos, pero el incremento de los peregrinos, dio origen al Jus Gentium.

En la época Imperial surgen nuevas fuentes creadoras de normas jurídicas: las decisiones del Senado o Senado-consultos que tenían fuerza de ley; las constituciones imperiales o decisiones del emperador, dictadas por la facultad que le confería la Lex Regia, que llegaron a reemplazar a los Senado-consultos; y, el Jus Honorarium, fuente de Derecho Privado.

Marco Tulio Cicerón elaboró en sus tratados de la República, De Legibus y De Officiis su doctrina jurídico-política en la que destaca un notable trasfondo jusnaturalista.

Cicerón sostiene la igualdad de los hombres en dig

nidad y sentido filosófico, sin embargo de tolerar la esclavitud, que es decididamente impugnada por Séneca.

El Derecho Romano se divide en Jus Publicum o Derecho Público y Jus Privatum o Derecho Privado. El primero comprende todo lo relativo a la constitución y gobierno - del Estado y sus relaciones con los particulares. El Derecho Privado (Jus Civile), tenía por objeto las relaciones privadas entre los ciudadanos, de las que estaban excluidos los extranjeros.

El Derecho Natural o Jus Naturale, que no fue nunca considerado como Derecho Positivo, y el Jus Gentium - que regía las relaciones de los extranjeros o peregrinos, completan el cuadro.

En el Bajo Imperio, se debe al más eminente de los jurisconsultos romanos, Justiniano, la colección integrada por el Codex Justinianeus, que comprende: El Código Gregoriano, El Hermogeniano y el Teodosiano. Esa colección se refiere al Derecho Eclesiástico, al Derecho Privado, al Penal y al Administrativo.

El Digesto es la colección de los escritos de los jurisconsultos que ejercen el jus publice respondi.

Las Institutas son obras de carácter didáctico y - se refieren a las personas, a las cosas y a las acciones.

Las Novelas, son la reunión de las leyes dictadas con posterioridad al Nuevo Código. Se clasifican en Nove las Teodosianas, de Justiniano y de los Emperadores Bizantinos.

25. MUNDO "BARBARO": CULTURA GERMANA.

Antes de la época de las invasiones, el mundo europeo conocido dividíase en dos partes: el territorio ocupado por los romanos, y las regiones habitadas por los "bárbaros", conjunto de pueblos guerreros de costumbres rudas diseminados desde las orillas del Rin y del Danubio hasta las estepas rusas y la altiplanicie del Asia Central.

Etnológicamente comprende a tres grupos:

- a) La raza germana, con los pueblos de origen sajón, los de origen teutón y los de origen normando-gótico.
- b) La raza eslava; y,
- c) La raza tártara.

La raza germana es la que presenta una organización más definida. Esa organización combina de manera singular la unidad de la tribu con la libertad individual. El parentesco constituye la base de la vinculación jurídica y de la familia y de la organización social. Los parientes pertenecen a una misma tribu, agrupándose en aldeas, cada una de las cuales legislaba sobre sus propios asuntos.

La tierra era de propiedad familiar. Cada familia tenía una parcela adecuada que era inenajenable.

Pero, debajo del plano común, ubícase una clase inferior, una especie de servidumbre, sin derecho a la propiedad inmueble.

26. INFLUENCIAS DE LOS DERECHOS ROMANO Y GERMANO SOBRE LA EUROPA MEDIEVAL.

El Imperio Romano se desintegra en el año 476, como consecuencia de la ocupación de Italia por los "bárbaros". El Reino Franco hallábase, en cambio, en proceso de integración.

España era escenario de la rivalidad entre visigodos, suevos, vándalos y alanos que la habían conquistado.

Los anglos y sajones, consolidaban su dominio en la Bretaña.

El Cristianismo extendía su predominio espiritual en Europa e influyó a que las concepciones jurídicas roma

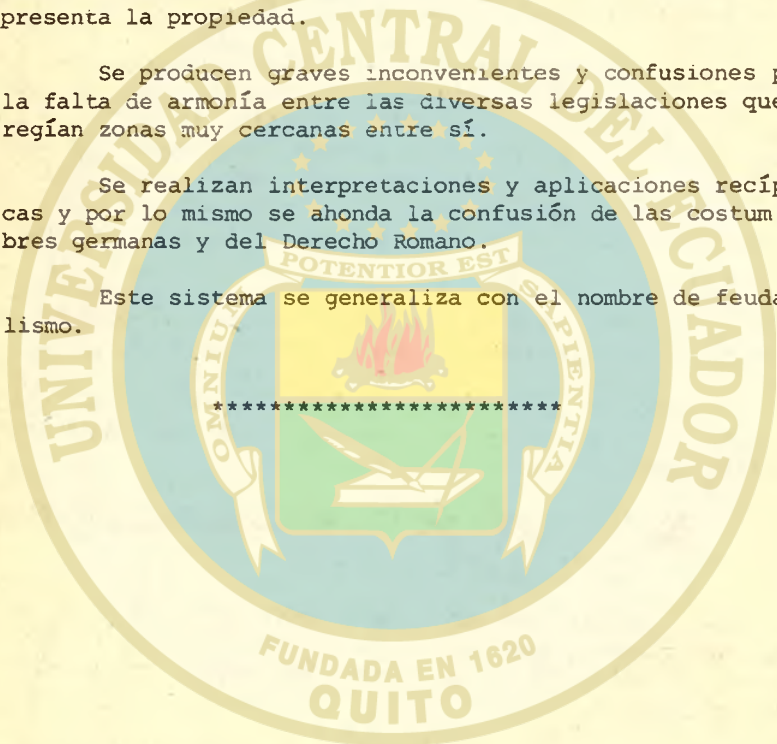
nas y germanas tendiesen a un equilibrio durante la Edad-Media.

Se crea el sistema de la personalidad estricta de la ley. Cada raza, aunque conquistada, se rige por su ley propia. El sistema se funda en un estricto derecho territorial basado especialmente en la forma en que se presenta la propiedad.

Se producen graves inconvenientes y confusiones por la falta de armonía entre las diversas legislaciones que regían zonas muy cercanas entre sí.

Se realizan interpretaciones y aplicaciones recíprocas y por lo mismo se ahonda la confusión de las costumbres germanas y del Derecho Romano.

Este sistema se generaliza con el nombre de feudalismo.



CAPITULO III

HISTORIA DEL PENSAMIENTO
JUSFILOSOFICO

Edad Media:

27. El Derecho en la Edad Me-
dia.- 28. Derecho Canónico.
29. Lucha de Poderes.- 30.
El Reino Franco y el Imperio
Carolingio.- 31. Inglaterra.
32. Francia a partir del Si-
glo X.- 33. España.- 34. Ré-
gimen jurídico español y el-
descubrimiento de América.-
35. Evolución del Derecho -
Germano privado.- 36. Con-
cepto feudal de la territoria-
lidad de la ley.- 37. Nuevo
sentido del Jus Gentium.- 38.
Escuela Estatutaria Italiana.
39. Pensamiento jusfilosófico
medieval.- 40. Tránsito ha-

cia las concepciones jurídicas modernas.-

27.- EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA.

Los diez siglos de vida histórica que se conocen - con el nombre de Edad Media, constituyen un período de transición, que abarca casi todas las formas de la vida humana. De un lado los pueblos germanos impregnados de un profundo sentimiento racial; de otro, los pueblos de cultura romana que se creen depositarios de un Derecho perfecto, y de otro, la gran comunidad cristiana que propugna por un Derecho universal y humano.

Se produce, además, una verdadera sustitución de las costumbres por el Derecho escrito.

En la Edad Media se destacan los siguientes sistemas jurídicos:

- a) El Imperio de Oriente. Después de la muerte de Justiniano (año 565), su extraordinaria legislación continúa rigiendo en el Imperio de Oriente, con las indudables y necesarias reformas y agregaciones que se descubren, por ejemplo, en la Copilación Las Basílicas de León el Filósofo.
- b) La Iglesia Católica. A partir de la Convención de Constantino, la Iglesia comenzó a perfilarse como una organización jurídica propia. El Obispo de Roma, es suprema autoridad y consejero de los emperadores. Allí comienza el desarrollo del Derecho Canónico.

Se produce la división de la Iglesia en torno a dos centros: Roma y Constantinopla, es decir, división entre los mundos Occidental y Oriental. Se definen la Iglesia-Romana y la Iglesia Griega.

Las invasiones "bárbaras" y el carácter universal de la Iglesia Católica, hacen necesario elevar la catego-

ría del Obispo de Roma a la calidad de Papa.

Actúan también Carlos Martel y su hijo Pipino, quien cede al Papa los territorios reconquistados de poder de los bárbaros. El Papa corona a Carlomagno como Emperador.

28. DERECHO CANONICO.

El Derecho Canónico se elabora sobre el fondo del Derecho Romano, evidentemente con muy importantes reformas. Se estima que las primeras copilaciones del Derecho Canónico son las denominadas Constituciones y Cánones atribuidos a los apóstoles.

Realizado el Concilio de Letrán, el monje boloñés - Graciano, redactó la famosa colección conocida con el nombre de Concordia Discordantium Canonum, que aparece dividida en tres partes:

- 1a.- Ministeriis, que trata del derecho de las personas;
- 2a.- Negotiis, que se refiere al Derecho Procesal; y,
- 3a.- Sacramentis, que se refiere a las cosas sagradas.

En el año 1.234 el Papa Gregorio IX publica la Recopilación Compilatio Nova. El Papa Juan XXII, por la bula-Quonian Nulla aprueba la colección denominada Clementinas, que fue la última cópilaación oficial.

De esta manera, al finalizar la Edad Media, junto al Corpus Juris Civilis, se habla ya del Corpus Juris Canonici, que estructuraba y comprendía el Derecho Canónico.

Tras el turbulento período de la reforma religiosa - y luego de sustituir determinadas normas, en el año de 1.580, el Papa Gregorio XIII, declara auténtica la nueva edición del Corpus Juris Canonici preparada y publicada -

por una comisión de cardenales.

Benedicto XV aprueba el texto definitivo del Codex mediante la Constitución Providentíssima Mater Ecclesia, - dictada en 1.917. Ese Codex Canonici divídese en cinco libros:

- I.- Teoría interpretativa de la Ley Canónica y disposiciones de carácter general;
- II.- Legisla sobre las personas: clérigos, religiosos y seglares;
- III.- Se refiere a las cosas: sacramentos, lugares y templos sagrados; culto divino, magisterio eclesiástico y bienes temporales;
- IV.- Derecho Procesal Canónico; y,
- V.- Delitos y penas.

29. LUCHA DE PODERES.

Una de las cuestiones más escabrosas en la política medieval fue la relativa a la preeminencia del poder civil o del poder eclesiástico. Este problema se relaciona con la soberanía temporal del Papa, típicamente representada en el Siglo XI por la célebre "querella de las investiduras", entablada entre el Emperador romano-germano Enrique IV y el Papa Gregorio VII.

Con el fin de reorganizar la Iglesia y afirmar la independencia del papado, Gregorio VII comenzó por imponer a los sacerdotes el celibato y prohibió a los civiles dar funciones a los clérigos y a aquellos asumir funciones religiosas.

Para asegurar su poder, Gregorio VII se valió de los siguientes instrumentos coercitivos: la excomunión, la infalibilidad del Papa, que eliminaba toda discusión sobre sus decisiones, y la de quitar a los soberanos la obediencia de sus súbditos.

Enrique IV cedió. Pidió humildemente perdón al Papa y éste le levantó la excomunión. Triunfó el papado. Pero ese triunfo fue transitorio. La pugna habría de seguir a lo largo de la historia.

Esa lucha de poderes habrá de tener más adelante - tremendas consecuencias en la historia del pensamiento jurídico; en la expedición de leyes; en la lucha de instituciones de gran contenido axiológico; consecuencias que se sienten todavía en nuestros días. Se llegó a la prédica - y a la acción de considerar malo todo lo que "olía a sotana" (especialmente las instituciones del Derecho Canónico), y era necesario destruir, aunque esa destrucción lleve consigo a la familia y a la sociedad toda.

30. EL REINO FRANCO Y EL IMPERIO CAROLINGIO.

La producción jurídica del Reino Franco reconocía - dos fuentes: las costumbres locales vigentes sólo para cada pueblo y diferentes entre sí y la Legislación Regia, vigente para todos los pueblos agrupados.

Hay alguna influencia del Derecho Romano en la Legislación Regia.

Por su parte los alemanes, influenciados por los francos, reunieron sus costumbres en un cuerpo legal conocido con el nombre de Pactus.

31. INGLATERRA.

La producción jurídica de Inglaterra es esencialmente consuetudinaria. Sobre la pluralidad de costumbres se destaca nítidamente la unidad de costumbres comunes que van constituyendo en el ámbito jurídico privado la estructura general del Common Law, influenciado notablemente por el Derecho Romano y la Iglesia Católica.

En 1.215 Juan sin Tierra (hermano de Ricardo Corazón de León) vencido por la presión, se vió obligado a ceder la Carta Magna, legislación fundamental, cuyo texto determina una serie de limitaciones al poder real.

Los sucesores de Juan sin Tierra comenzaron a convocar asambleas llamadas Parliamentum. Notables diferencias sociales entre los que integraban las asambleas obligó a dividir las en dos cámaras: la de los Lores y la de los Comunes.

El Parlamento se convirtió luego en una fuente productora de normas jurídicas.

En el Siglo XII comenzó la labor coordinadora y estructuradora de los jueces. La continua aplicación por parte de éstos de los antecedentes legales y consuetudinarios compilados, permitió la formación de un sentido jurisdiccional unitario del Common Law.

Eduardo I en 1.892 ordenó una colección de las principales decisiones judiciales.

En el ámbito inglés hay notable tendencia de los jueces a conferir carácter obligatorio a las sentencias precedentes, con excepción de la facultad de los Cancilleres de aplicar el criterio de equity.

32. FRANCIA A PARTIR DEL SIGLO X.

Casi todos los feudos eran más extensos que los dominios de la Corona, que constituían un pequeño núcleo llamado Ile de France (Isla de Francia), región rodeada por feudos, cuyas ciudades más importantes eran París y Orleans.

Francia estaba carente de unidad política y jurídica. Cada feudo se regía por su propio Derecho territorial. Entre los Siglos XI y XII, comienza a diferenciarse entre el norte y el sur de Francia. El norte, o la comarca de la lague d' oïl, que no había sido romanizada, se denominaba Pays de coutumbe (país de costumbre) que se resistía a admitir el Derecho escrito. El sur, o la comarca de la lague D' oc, que había estado bajo la dominación romana era conocido como el Pays de Droit Ecrit, ya que regía el Derecho Romano escrito, a través del Código de Alarico.

En el año de 1.302 se constituyó, con el carácter-consultivo, los Estados Generales, asambleas deliberantes, en las que por primera vez aparecía representado el tercer orden social, la burguesía, que tanta gravitación habría-de tener en la historia de Francia.

En el Siglo XV encontramos el siguiente panorama -político.

- 1) Las Ordenanzas Reales, verdaderas leyes emanas del rey, aplicables a todo el territorio;
- 2) El Derecho consuetudinario, predominante en el norte. En el año de 1.453, Carlos VII dispuso una recopilación de las costumbres;
- 3) El Derecho Romano, de especial aplicación en los países de Derecho escrito;
- 4) El Derecho Canónico, aplicable sobre personas y materias subordinadas a la jurisdicción eclesiástica, y subsidiariamente a materias seculares.

33. ESPAÑA.

A través de sucesivos movimientos migratorios los visigodos habían logrado imponerse a los demás pueblos de la Península Ibérica, introduciendo una cierta unidad bajo el sistema monárquico, asesorado por juntas de notables.

Con la conversión de Recaredo al cristianismo, comenzó la intervención de la Iglesia Católica en asuntos políticos.

Un sistema de concilios o asambleas integrado por obispos, abades, dignatarios de las cortes, duques, condes, cumple una doble función: sancionar cánones que regían para los creyentes y proponer normas jurídicas que el monarca publicaba.

Con la organización de las cortes, los concilios restringieron su actividad a materia religiosa. Integraban las cortes, además del rey y de los funcionarios rea-

les, los representantes del clero, de la nobleza y del pueblo. Las cortes tenían funciones legislativas, sin perjuicio de las que correspondían al rey.

Con el Fuero Juzgo se unificó la situación jurídica de los visigodos y los hispano-romanos. Esta recopilación está contenida en 12 libros. Se refiere al Derecho Público y al Derecho Privado. Tiene notable influencia del Derecho Romano, sobre todo en cuanto a las personas, a la familia, a la propiedad, al derecho sucesorio y a las obligaciones.

Producida la caída de la monarquía visigótica, el Fuero Juzgo siguió vigente aún en muchos territorios dominados por los musulmanes.

Después de la Reconquista se expiden fueros o privilegios que se otorgan a la nobleza y a los municipios. A su conjunto se llamó Legislación Foral. Entre los fueros de más importancia pueden citarse el Fuero Viejo de Castilla del año 1.212, cuya vigencia fue extendida a todos los vasallos del rey. Está dividido en cinco libros y contiene disposiciones de Derecho Público y de Derecho Privado Civil.

Entre las normas de carácter general merece mención el Fuero Real de Alfonso X El Sabio, del año de 1.254, que comprende las principales materias jurídicas que toman disposiciones del Derecho Canónico.

Las Siete Partidas, cuya redacción demandó siete años (1.256-1.263), es un cuerpo legal de singular importancia e influjo en las legislaciones posteriores. Las Siete Partidas tienen un profundo arraigo jusnaturalista.

Tras las Siete Partidas aparecen en la Edad Media otras importantes recopilaciones: las Leyes de Estilo de 1.310, el Ordenamiento de Alcalá de 1.348 y las Ordenanzas Reales de Castilla.

Nueva Recopilación: Se conoce con este nombre al

conjunto orgánico de leyes que se publicó por primera vez en el año de 1.567, bajo el reinado de Don Felipe II y - que contiene las leyes que se fueron promulgando sucesivamente desde las Siete Partidas hasta las Leyes de Toro. La Nueva Recopilación no modificó el Derecho Público vigente en Castilla.

La Nueva Recopilación estuvo vigente en Castilla y León y en las Colonias de América durante los Siglos XVI, XVII y XVIII y primeros años del Siglo XIX.

Fue la ley por excelencia en América.

A partir de su vigencia, el orden de prelación de las leyes se fijó de este modo:

- a) Nueva Recopilación;
- b) Leyes de Toro;
- c) Ordenamiento de Alcalá;
- d) Fueros; y,
- e) Partidas.

Novísima Recopilación: Se conoce con este nombre a la recopilación ordenada de las leyes de España, en la que están incluídas las normas de la Nueva Recopilación, siendo en realidad este cuerpo de leyes una reproducción con distinto método de las mismas leyes contenidas en aquella, con supresión de algunas y adición de otras.

Existe una sola edición oficial de la Novísima Recopilación, publicada en 1.805, en cinco tomos, y un suplemento publicado en 1.829.

34. REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL Y EL DESCUBRIMIENTO- DE AMERICA.

Los españoles invocaban como títulos de dominación la vocación o concesión divinas; la ocupación originaria,

por tratarse de res nullius; el derecho de conquista y - justa guerra, y la dominación pontificia del Papa Alejandro VI.

En 1.524 se crea el Consejo Real y Supremo de las Indias. En 1.542 Carlos V, mediante Ordenanza, confiere al Consejo funciones legislativas.

Doctrina y Legislación de Indias: No bien iniciada la conquista, España vióse constreñida por la necesidad a dictar una legislación adecuada a las situaciones originadas en el Nuevo Mundo. La primera y más delicada de las cuestiones planteadas en el Nuevo Mundo, que motivaron tanto una doctrina como una legislación contradictorias, fue la relativa a a situación legal de los aborígenes.

El 20 de diciembre de 1.503, Isabel La Católica dicta una célula que autoriza la repartición de indios y el trabajo forzoso, aunque asalariado, de los mismos. En el año de 1.512 las leyes de Burgos, inspiradas en una reunión de teólogos, mandan que a los indios se los trate como a seres libres; que se les asignen trabajos soportables y que se les pague un salario adecuado.

Son importantes las prédicas del dominico Fray Bartolomé de las Casas y sus polémicas con el Obispo Juan de Quevedo, sostenedor de la servidumbre natural de los indios. De las Casas considera al indio libre por naturaleza. Sostiene que la encomienda no es una necesidad jurídica, sino un modo privado de explotación económica que debía ser sustituido por una organización comunal de trabajo.

Fue consecuencia de la labor de De Las Casas la expedición de las Nuevas Leyes de Barcelona en el año de 1.542, complementadas en Valladolid en 1.543. Se prohibía hacer esclavos; la supresión del trabajo no voluntario; la libertad del indio.

Por Célula Real de Carlos II dictada en 1.680, se aprueba la recopilación presentada por Don Antonio de -

León Pinelo y revisada por Juan de Solórzano Pereyra, con el nombre de Recopilación de los Reynos de Indias. La Recopilación consta de nueve libros y regula en conjunto la organización política, religiosa, social, civil, comercial, etc., de la América Española.

35. EVOLUCION DEL DERECHO GERMANO PRIVADO.

En las primeras épocas del Derecho Feudal los germanos no distinguían con nitidez el Derecho Público del Privado. Sólo cuando la influencia del Derecho Romano se torna perceptible, comienza a advertirse una más nítida especificación con respecto a las instituciones de Derecho Privado.

Según las antiguas costumbres germanas, el niño nacido libre no adquiere la plena capacidad jurídica sino hasta después de habérsele impuesto un nombre, previo reconocimiento del padre. Desde ese momento el niño adquiriría, junto con la capacidad hereditaria, el derecho al "werdelo". La capacidad jurídica no terminaba con la muerte; el extinto podía ser sujeto de derechos y obligaciones, porque no perecía, sobrevivía.

Había una especie de muerte civil a título de sanción: se llama pérdida de la paz. Quien había perdido la paz, no tenía patrimonio legítimo, ni mujer, ni descendencia legítimas, ni capacidad para comparecer en juicio y podía ser victimado impunemente.

El antiguo Derecho germano reconocía dos formas de celebrar matrimonio: la primera, un contrato celebrado entre el hombre y el padre de la novia, mediante el cual el futuro marido compraba a la mujer. La segunda forma era un contrato celebrado directamente entre el hombre y la mujer, a efecto de constituir la barranganía o estado familiar. Estas dos formas fueron cediendo a las impuestas por la Iglesia Católica.

Con respecto a los derechos reales, la costumbre germana reconocía el gewere, acto mediante el cual el po-

seedor de una cosa se despoja de la misma para entregarle a otro, como el fenómeno externo típico de la posesión. Todo gewere era presunción de propiedad, pero no se confundía con la propiedad misma.

La transmisión de la propiedad sobre raíces exigía un negocio jurídico de enajenación denominado sala y en último término la tradición real o gewere. Luego se crea una especie de publicidad por la inscripción de la tradición en los libros comunales.

En lo referente al régimen obligacional el Derecho Germano de la época feudal establece un distinguo entre deuda y responsabilidad. El deudor que no podía pagar quedaba abandonado al arbitrio del acreedor, quien podía matarlo, mutilarlo o reducirlo a prisión o servidumbre.

36. CONCEPTO FEUDAL DE LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY.

Una de las consecuencias sobresalientes del feudalismo fue la de haber introducido en las relaciones inter estatales, un estricto concepto de la territorialidad de la ley.

La proliferación de señoríos, feudos, produjo una correlativa multiplicación de ordenamientos jurídicos muy diferentes del Derecho Romano, que se había generalizado en Europa en la época de la dominación del Imperio. Así, mientras el Jus Gentium reconocía la igualdad de las personas, el Derecho Germano las calificaba en orden a privilegios. El Derecho Romano permitía la libre enajenación de la tierra y admitía la propiedad individual, mientras el Derecho Germano restringía al máximo la enajenación de la propiedad territorial y sostenía la idea de la propiedad familiar.

No es de extrañar que en ese ambiente se haya admitido la máxima: *leges non valet extra territorium*.

El comercio y los estudios jurídicos contribuyeron a flexibilizar el sistema territorialista implantado por el feudalismo. Es lo que doctrinariamente se va a conocer en el Siglo XVII como el sistema de las Comitas Gentium y cuyos fundamentos van a ser desarrollados, por primera vez, por la Escuela Estatutaria Holandesa.

37. NUEVO SENTIDO DEL JUS GENTIUM.

Si bien un sistema de Derecho Internacional es poco menos que desconocido en la Edad Media, la conciencia jurídica europea va dando una más amplia concepción al Jus Gentium romano, como necesidad histórica de convivencia entre los pueblos.

Ya no se refiere solamente a cuestiones individuales de Derecho Privado, sino a cuestiones colectivas que pertenecen al Derecho Público.

El ejercicio por parte del Papa de un poder jurisdiccional supraestatal, para dirimir conflictos entre soberanos y pueblos, significó un proceso de organización jurídica internacional.

Contribuyó también el Derecho consuetudinario desarrollado con motivo de las guerras marítimas y las organizaciones de defensa contra la piratería.

Los trabajos del eminente canonista Santo Tomás de Aquino, en su Summa Theologiae respecto a la justicia en la guerra, contribuyeron igualmente a cambiar el sentido del Jus Gentium.

38. ESCUELA ESTATUTARIA ITALIANA.

Se procede a una labor analítica de las colecciones de Justiniano, cuyo conjunto toma el nombre de Corpus Juris Civiles. La tarea fue iniciada por la Escuela de los Glosadores, que estudiaban la ley mediante comentarios (glosas). Pero no todos los glosadores se limitaban a comentarios. Aldricus plantea el problema relativo a qué costumbre corresponde aplicar en caso de que -

dos o más personas pertenecientes a distintas regiones - litiguen ante un mismo juez; y, sienta la premisa: el juez debe seguir la costumbre que considere más poderosa y útil.

Acursio, sienta ya el principio de la personalidad de la ley.

Los postglosadores o comentaristas buscan elaborar ciertas teorías generales, tendencia que estuvo representada por la Escuela creada por Bartolo de Saxoferrato, que centró su atención en resolver los problemas de los estatutos (leyes y costumbres) interlocales, mediante la aplicación de un principio de justicia.

Bartolo de Saxoferrato adopta como criterio fundamental de clasificación de las leyes, el que las divide en normas de Derecho Romano Privado, según los objetos de la regulación. Distingue las que se refieren a las cosas y las llama estatutos reales y las que se refieren a las personas, a las que denomina estatutos personales.

Ahora bien, dentro de cada ciudad los estatutos reales son imperativos para todo el que se encuentre accidental o permanentemente en ella. Los personales son imperativos, en cambio, únicamente para los súbditos.

Fuera de cada ciudad, los estatutos reales no tienen efecto extraterritorial.

En cuanto a los estatutos personales debe distinguirse entre los prohibitivos que establecen incapacidades o nulidades y los permisivos que confieren facultades. Los primeros son extraterritoriales cuando son favorables, cuando tienden a proteger a las personas, y son territoriales cuando son desfavorables u odiosos, es decir, cuando no persiguen la protección de las personas.

Los estatutos personales permisivos son extraterritoriales.

Bartolo realiza además estudios sobre los contra-

tos. Cuando son realizados entre extranjeros, las cuestiones relativas a la forma se deciden por la ley o la costumbre del lugar de su celebración y los relativos a la forma del proceso en que son discutidos, por la *lex fori*.

En cuanto al fondo de los contratos, se resuelve por la ley del lugar de su celebración.

En lo tocante a los testamentos: respecto a la forma y a la interpretación de sus disposiciones, por la ley del lugar de su otorgamiento. Respecto a la capacidad para testar, por la ley personal del testador.

39. PENSAMIENTO JUSFILOSOFICO MEDIEVAL.

Orígenes: La Patrística.-

Los apologistas griegos del Siglo XII sientan la premisa, que habrían de desarrollar los padres de la Iglesia: toda verdad absoluta establecida por el hombre, es una verdad revelada por Dios, y por lo tanto El es el fundamento incommovible de toda filosofía. (San Justino y San Irineo).

Para San Isidro, hay un Derecho Natural anterior a la caída del hombre en pecado, y un Derecho Natural secundario posterior a ese proceso y cuyo fin es corregir las desviaciones sociales.

Toda la filosofía patrística empieza a moverse - desde fines del Siglo IV en torno a dos ideas fundamentales: la consolidación de una fe cristiana y la moralización del espíritu humano.

Los padres de la Iglesia, teólogos y moralistas, destacan la exigencia del amor al prójimo; impugnan la esclavitud contraria a la igualdad humana; dignifican la familia como célula social fundamental, e impugnan la propiedad privada, postulando el establecimiento de la comu

nidad primitiva, por un sistema de contribuciones forzosas de los ricos.

Una de las figuras más sobresalientes de la Patrística fue San Agustín, que influyó en el pensamiento de San Alberto Magno y de Santo Tomás de Aquino.

Para San Agustín la ley natural que se manifiesta en la razón humana, se subsume en un principio superior, inmutable como ella, pero más amplio, que es la Ley Eterna, o sea, la Razón Divina y la voluntad de Dios.

Dios creó todas las cosas, según un principio regulador que obra de manera necesaria y debe ser acatado por la razón.

El Derecho Positivo, fúndase en el Derecho Natural.

San Isidro de Sevilla, con quien se cierra el ciclo de la Patrística, dice que la ley debe ser justa y concordante con la naturaleza; conveniente, necesaria y clara y tener como finalidad la utilidad común. Clasificó al Derecho en: Natural, de Gentes y Derecho Civil.

Doctrina Islámica.-

A semejanza de lo que significaba para los hebreos el Antiguo Testamento, el Alcorán es la fuente original del Derecho Islámico, normas morales y religiosas a las que se agregan otras aportadas por las costumbres del Profeta.

Son fuentes de interpretación del Alcorán la equidad, la adecuación establecida por la razón entre la norma genérica y el caso concreto, el consentimiento unánime o general de lo que cada uno debe ser, y la analogía, es decir, las soluciones justas en circunstancias parecidas.

La Escolástica.-

Denota una notable influencia del sistema filosó-

fico aristotélico. Culmina con Santo Tomás de Aquino, y en especial con su Summa Theologicque, la Summa de la Fe-Católica contra los Gentiles, Comentarios a la Etica y a la Política de Aristóteles y a La Ley.

— Santo Tomás concibe el universo como un orden, un sistema creado por Dios. Se rige por la razón y la voluntad divinas. La Ley Eterna, es decir, la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento. La Ley Eterna no es cognoscible por la razón humana; la voluntad de Dios es comunicada al hombre por la revelación y aceptada por la fe.

Una segunda categoría de la ley, la ley natural - que participa de la universalidad e inmutabilidad de la Ley Eterna, pero que se refiere en forma específica a la conducta humana y puede ser racionalmente conocida.

La Ley Eterna rige en modo absoluto y necesario a todo el orden del universo, tanto en las cosas inanimadas como en las animadas. La ley natural rige sólo a los seres racionales que participan de ella por su razón y la aceptan libremente.

Una tercera categoría, la ley humana, que se funda en la ley natural y es producto de la actividad del hombre. La esencia de su obligatoriedad reside en su congruencia con la ley natural, pues en cuanto contradice a ésta, deja de ser una verdadera ley.

Una ley injusta debe ser resistida?. Debe acatarse, dice Santo Tomás, para evitar el daño de su desobediencia, que exige el principio del orden, pero debe rechazarse cuando viola un mandato divino.

El ámbito regulador de la ley humana está determinado por su referencia al bien común. Pero, como la virtud aplicada al bien común es la justicia que consiste en la propiedad de ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, según cierta medida de igualdad, la ordenación de las relaciones humanas puede estar regulada en dos formas: como un resultado de la naturaleza misma de esas re-

laciones, en cuyo caso puede hablarse de justicia natural, o, como resultado de la voluntad humana expresada en leyes, usos y costumbres, en cuyo caso puede hablarse de justicia positiva.

La teoría de la justicia de Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, desemboca en la equidad.

El fundamento jurídico que tiene que asegurar el orden social dentro del organismo estatal, es la ley. Pero es preciso para el logro de tal finalidad, que la ley sea justa.

Evolución doctrinaria a partir del Siglo XIII.-

Dante Alighieri en su obra De Monarchia de fuentes aristotélicas, tomistas, establece que la condición para alcanzar la perfección y la felicidad humana a través de la sociabilidad, es la paz, que sólo puede ser garantizada por una monarquía, que deriva directamente de Dios.

Dante concibe el Derecho como una expresión de la justicia. El Derecho es la proporción real y personal existente entre los hombres. Es proporción que si es conservada, permite la vida social, y si es destruida elimina ésta.

Marsilio de Padua establece una neta separación entre la ley divina y la ley humana. Mientras que aquella es un mandato de Dios que determina premios y castigos sólo para la vida extraterrena, ésta es un mandato de la parte más valiosa o mayoritaria de un pueblo, que regula los actos terrenos del hombre. Sólo la ley humana es, en sentido político, una propia ley.

Marsilio tiene también una clara noción del carácter representativo del gobierno, antecedente de la teoría rousseaniana.

40. TRANSITO HACIA LAS CONCEPCIONES JURIDICAS MODERNAS.

En Francia, Luis XI había logrado, a fines del Siglo XV, reducir y subordinar bajo su poder a casi todos los grandes feudos, iniciando la unificación monárquica, que llevarían a término Richelieu, Mazarino y Luis XIV.

Portugal se convierte en un vasto imperio a lo largo del litoral Afro-asiático.

En España, la reunión de Castilla y Aragón en un sólo imperio y la destrucción del reducto musulmán de Granada, llevan a la unificación nacionalista. El descubrimiento y conquista de América, acrecientan su prestigio.

En Inglaterra, la dinastía Tudor, consolida su poder monárquico.

Alemania se encuentra dividida en un crecido número de principados. Además, comienza a organizarse el Reino de Prusia.

En Italia hay gran división. Los Estados Pontificios hallanse bajo el poder temporal y directo del Papa.

Sobre este fondo heterogéneo, el Renacimiento adviene en la Historia Universal como un formidable movimiento de síntesis, entre la clásica cultura en forma: literatura, arte, nuevas concepciones científicas, todo ello impregnado de un profundo sentimiento humanista.

Además, el turbulento proceso de la reforma religiosa que fractura la unidad cristiana, y la necesidad de conciliar el dogma con las exigencias de la vida. Religión individual, admitida libremente por cada conciencia y justificada por la fe: Lutero. Se produce entonces la ruptura de la Iglesia Católica y la creación de nuevas Iglesias, protegidas por los respectivos Estados.

Descartes rechaza toda especulación dogmática, tomando como punto de partida el pensamiento filosófico de la duda del conocimiento.

Galileo, pese a la acción coactiva de la Inquisición, realiza fundamentales comprobaciones físicas y astronómicas.

El Tratado de Westfalia, representa la primera afirmación formal de un sistema de Estados, con respeto recíproco e independencia.

Los profundos cambios del Renacimiento habrían de incluir a la teoría jurídica. A las soluciones de los estatutarios, habría de contraponerse el estudio crítico-histórico del Derecho Romano clásico postulado por los humanistas.

En Francia se busca un Derecho nacional, con la redacción de las costumbres. Investigador notable es Carlos Dumoulin y sus continuadores Bertrand, D'Argentre y Antoine Loyseil.

Con estos antecedentes comienza a hacerse indispensable la codificación del Derecho Civil.

Domat publica su obra Les Leix Civiles, que ejercerá gran influjo en los autores del Siglo XVIII.

Aparecen luego las obras Le Droit Commun de la France de Bourjon y el Tratado de Derecho Civil de Pothier.

En España Alfonso de Castro, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Francisco Suárez, Lorenzo Padilla, aportan nuevos elementos a la teoría jurídica internacional y nacional.

En Holanda se forma la Escuela de Juristas para el desarrollo del Derecho Positivo Holandés, de tipo romano-germano.

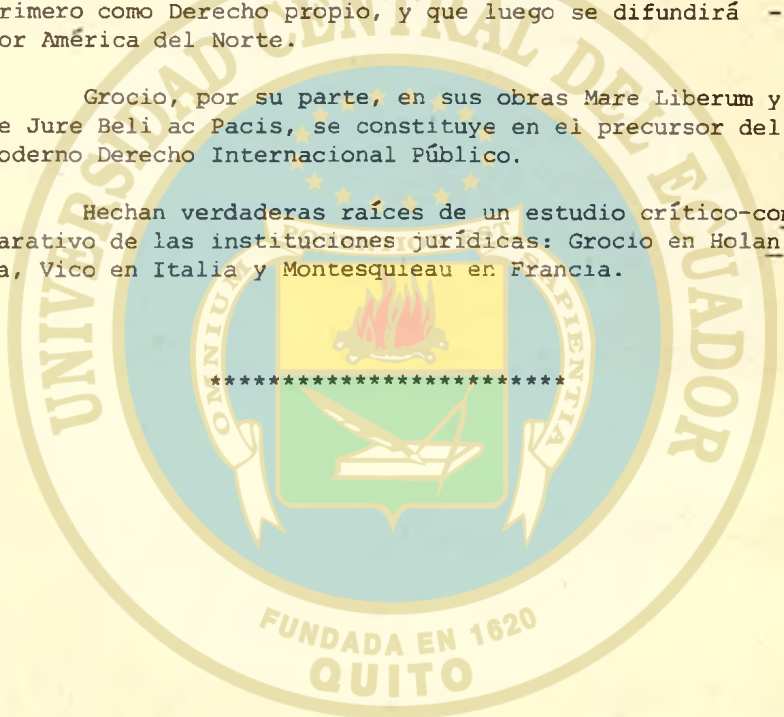
Grocio funda el Derecho Natural en la naturaleza humana y en la razón, alejándose del concepto del Derecho Divino.

Con Suárez comienza a afirmarse el concepto de la comunidad jurídica universal.

En Inglaterra se acentúa más la separación entre el Common Law y el Derecho Romano, estructurándose el primero como Derecho propio, y que luego se difundirá por América del Norte.

Grocio, por su parte, en sus obras *Mare Liberum* y *De Jure Belli ac Pacis*, se constituye en el precursor del moderno Derecho Internacional Público.

Hechan verdaderas raíces de un estudio crítico-comparativo de las instituciones jurídicas: Grocio en Holanda, Vico en Italia y Montesquieu en Francia.





CAPITULO IV

HISTORIA DEL PENSAMIENTO
JUSFILOSOFICO.

Edad Moderna y Contemporánea.

41. Filosofía jurídica de
la Edad Moderna.- 42. His
toricismo Romántico.- 43.
De la Escuela del Derecho
Natural a la Escuela del-
Derecho Racional.- 44. El
Criticismo Jurídico.- 45.
Escuela Histórica del Dere
cho.- 46. La Jusfilosofía
Inglesa.- 47. El Positivis
mo y su superación.- 48. -
Transformaciones sociales
de los Siglos XVIII al XX.
49. Influencias del capita
lismo y del proletariado.
50. Desarrollo del socia -
lismo.- 51. Revolución Ru

sa: consolidación del co
munismo.- 52. Materialis
mo Histórico.

41. FILOSOFIA JURIDICA DE LA EDAD MODERNA.

Francisco Suárez.-

La Filosofía Jurídica del teólogo y canonista español Francisco Suárez constituye, sin duda, la elaboración más madura del Jusnaturalismo Escolástico.

En su obra De Legibus desarrolla, aparte de otros temas, una extensa teoría de la ley natural y de la ley positiva. La ley natural es la expresión unitaria de un sistema moral, objetivo, universal y verdadero, puesta por Dios en la conciencia del hombre.

Hugo Grocio.-

La definitiva escisión entre el Jusnaturalismo Escolástico y el Jusnaturalismo Racional produce por obra de Hugo Grocio, considerado por muchos autores como un verdadero precursor de la moderna Filosofía Jurídica.

Grocio acepta la teoría de la naturaleza social del hombre.

Dos formas sustanciales tiene la razón humana para conocer el Derecho Natural: una a priori, cuando se establece que algo es conforme con la razón natural o social. Otra a posteriori, cuando se determina por medio de la experiencia; es decir, que algo es considerado como justo o injusto por todos los pueblos.

A la teoría de Grocio se adhieren: Leibniz, Wolff, Juan Jacobo Rousseau y Manuel Kant.

Tomás Hobbes.-

Es un autor dominado por la teoría del egoísmo: - el hombre es un lobo para el hombre. Un ser absolutamente antisocial, dominado por el instinto de conservación, que le induce a buscar la satisfacción de sus propias necesidades con prescindencia de la de sus semejantes.

Ese egoísmo se presenta en el guerra. Si bien de tienen ese egoísmo la Moral y el Derecho, ellos no pueden quedar al arbitrio individual. Debe establecerlos - el Estado, mediante una delegación incondicionada de los individuos. Allí radica el poder absoluto del Estado.

Del Vecchío.

Sostiene que hay error en la doctrina de Hobbes. Así como se presenta en el hombre el sentimiento del egoísmo, también se presenta el de altruismo.

Benito Spinoza.

Va hacia el monismo absoluto. Parte del supuesto de que tanto el pensamiento, como el espíritu y la materia, sólo son modalidades distintas de una sustancia infinita y única a la que domina Dios o la naturaleza.

Juan Locke.

Su Filosofía espiritista se opone al racionalismo imperante en Europa, sin negar, desde luego, el poder cognocitivo de la razón. Se requiere eso sí, de una razón analítica. Da fundamento ideológico al liberalismo-democrático.

El hombre es por su naturaleza sociable y en él - existen en forma natural ciertos derechos como la libertad personal y el derecho al trabajo y a la propiedad individual. La necesidad de garantizar esos derechos justifica la existencia del Estado. Al organizarse políticamente bajo la forma de un contrato social, los hombres renuncian una parte de sus derechos naturales.

Locke introduce el principio de la representación

popular.

Samuel Puferdorf.

Adherente, por completo, a la Escuela del Derecho Natural.

Admite la sociabilidad del hombre.

Hay síntesis entre el Derecho Natural y el Positivo. El primero es propio y connatural del hombre, anterior al Estado y orientador de la Función Legislativa. El segundo es impuesto por el Estado.

Distingue entre derechos innatos propios del hombre aislado y derechos adquiridos que corresponden al hombre como integrante de la sociedad.

Godolfredo Guillermo Leibniz.

Distingue tres esferas del bien:

- a) El que tiende al cumplimiento de los fines divinos;
- b) Aequitas, que cumple con los fines de la humanidad; y,
- c) Jus Strictum, que se refiere a los fines del Estado.

La justicia tiene tres modalidades:

- a) La justicia universal;
- b) La justicia conmutativa; y,
- c) La justicia distributiva.

Cristian Tomasio.

Afronta la tarea de establecer la diferencia entre la Moral y el Derecho.

Distingue tres ciencias del comportamiento humano:

Etica o Moral, la Política y la Jurisprudencia o Derecho. Todas tienden a la felicidad humana.

La Moral tiene su fundamento en la honestidad: Haz te a tí lo que quisieras que los demás se hicieran a sí.

La Política tiene como fundamento el decorum: Haz a los demás lo que quisieras que los demás te hicieran a tí.

El Derecho tiene como principio lo justo: No hagas a otro, lo que no quisieras que te hagan a tí.

Las normas morales regulan sólo el obrar individual. Se refieren a la conciencia del sujeto, a su fuero interno. Tienden a la perfección espiritual.

El Derecho regula el obrar interindividual. Se refiere al fuero externo y al régimen de convivencia.

Los deberes morales son icoercibles, los de derecho son coercibles.

Cristian Wolff.

Pertenece a la Escuela Jusnaturalista.

Para este autor toda la filosofía de la Moral y del Derecho gira en torno a la perfección. El Derecho no es ni más ni menos que la facultad de cumplir con el propio deber.

Juan Bautista Vico.

Considera al Derecho como un fenómeno histórico.- No existe oposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, ya que uno y otro son sólo distintas formas de manifestarse una misma realidad jurídica.

Montesquieu.

En el espíritu de las Leyes, de tanta gravitación,

de Juan de Secondat, Barón de Montesquieu, habla de tres formas de Estado: La República, cuyo principio es la virtud; la Monarquía, cuyo principio es el honor; del despotismo, cuyo principio es el miedo.

Propicia un sistema tripartito de la separación de los Poderes, que tiende a eliminar la absorción por parte de un solo organismo estatal las funciones administrativas, legislativas y judiciales. Los poderes deben estar contrapesados. Sólo el poder puede detener al poder.

Del Vecchío .

No es posible una neta separación de los poderes, toda vez que ello resulta inconciliable con la unidad de la soberanía.

Juan Jacobo Rosseau.

Habla del proceso de corrupción operado en el individuo social, como consecuencia de la paulatina consolidación del régimen de la propiedad privada.

El Contrato Social es la enajenación total que cada asociado hace de sus derechos en favor de la comunidad porque, dándose cada uno en todas sus partes, la condición es la misma para todos; siendo la condición igual para todos nadie tiene la intención de hacerla onerosa a los demás. El Contrato Social implica la delegación que los individuos hacen de todos sus derechos naturales al Estado, quien investido de tal poder, los coordina y devuelve a los individuos bajo la forma de derechos civiles.

Manuel Kant.

Extraordinario pensador; renovador de la Filosofía Moderna. Propugna el Criticismo para superar el dogmatismo y el empirismo imperantes.

En la crítica de la Razón Pura se sienta la premi

sa de que todo conocimiento implica una relación entre el dato objetivo y el sujeto cognocente. No se puede hablar de una realidad conocida en sí misma. Lo "en sí", es noumeno, resulta incognoscible. Sólo conocemos al ser en la medida en que se nos aparece como fenómeno.

En el plano práctico afirma la existencia en el hombre de un dato a priori, de valor absoluto, que funciona como principio ordenador de la conducta. Este principio es la ley moral.

Kant establece distinción entre Moral y Derecho. La Moral atiende únicamente a los motivos internos del obrar. El Derecho atiende sólo a la faz externa del obrar. El Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.

42. HISTORICISMO ROMANTICO.

El Historicismo Romántico se proyecta como una concepción integral del mundo y de la vida y por consiguiente trata de abarcar todos los sectores de la cultura humana, incluyendo el Derecho.

El Romanticismo que pretende constituir una concepción integral del mundo y de la vida, no es sin embargo Filosofía. Se funda en una actitud mística de creencia poética.

Esa concepción ha dado lugar, en el campo del pensamiento jurídico a la Escuela Histórica del Derecho, de la cual fue principal portavoz Savigny.

43. DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL A LA ESCUELA DEL DERECHO RACIONAL.

Desde Grocio hasta Kant, toda la problemática había girado en torno de los principios jusnaturalistas.

Para la Escuela Clásica del Derecho Natural, sólo

es Derecho el Derecho justo; un orden que responde a las exigencias universales de la naturaleza humana. Este Derecho es cognoscible mediante la razón.

La preocupación jusnaturalista se concentra luego en establecer para el estado de sociedad un orden normativo tan perfecto como el surgido espontáneamente en el Estado natural.

El error de la tendencia consistió en considerar a la naturaleza humana, no como un principio ideal, no como un supuesto racional, sino como un acontecer empírico, suceptible de ser regulado para siempre.

Con la Filosofía kantiana opérase el tránsito de la Escuela del Derecho Natural a la Escuela del Derecho-Racional. No es que Kant haya impugnado el jusnaturalismo. Lo sostuvo en su obra Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho. El aporte de Kant dió al Derecho-Natural un fundamento distinto, puesto que consideró a la razón no sólo como un instrumento que posibilita el conocimiento del Derecho, sino como el fundamento de la validez y de la vigencia del Derecho.

El estado de naturaleza ya no es un hecho, sino un supuesto de la razón teorizante; el concepto fundamental de un Derecho ideal, suprapositivo. La idea de que el Derecho justo es anterior a todo Derecho, seguirá prevaleciendo.

Para el idealismo subjetivo de Fichte, la única realidad existente es el yo; fuera de él nada existe. Al yo contrapone el no yo. De estas dos modalidades surge la diferencia entre la Filosofía teórica y la Filosofía práctica. Puesto que no existe para el yo más limitaciones que las que él mismo determina, resulta que el yo es libre. Cualquier limitación, es autolimitación. El Derecho es consecuencia de la autolimitación humana. El yo debe limitar su libertad individual, mediante el concepto de la posibilidad de la libertad ajena, a condición de que los otros hagan lo mismo.

Pero luego la doctrina Fichteana se aparta, al atribuir al Estado una prevaleciente función económica y por tanto transubjetiva.

Para Guillermo Federigo Hegel, la doctrina filosófica se caracteriza como un idealismo absoluto, en sentido objetivo. Toda realidad es una idea y la idea es la esencia de lo absoluto en cuanto actividad creadora en un interesante desarrollo de sí mismo y del universo todo. La realidad es una síntesis entre el pensamiento y el objeto.

Cómo llegar al conocimiento de lo absoluto?. Elevándose desde la sensación empírica e individual a la verdad universal.

El Derecho entendido como categoría abstracta del obrar, es la existencia eterna del querer libre.

44. EL CRITICISMO JURIDICO.

Con las investigaciones de Rodolfo Stammler se restaura la Filosofía Jurídica desde el punto de vista crítico.

Hay estos conceptos jurídicos fundamentales:

- a) De la nota de la voluntad derivan los conceptos del sujeto y el objeto del Derecho;
- b) De la nota de la vincularidad, los conceptos de relación jurídica y fundamento o causa de esa relación; y,
- c) De la inviolabilidad, los conceptos de juridicidad y antijuridicidad.

Hans Kelsen es el fundador de la Escuela de Viena. Sus concepciones han aportado notablemente para la Teoría General del Derecho y del Estado. Postula una pulcra distinción entre el Derecho y los otros órdenes de la conducta humana, como la Moral, la Religión, la Política.

Gregorio del Vecchio opuso, frente al positivismo dominante, una vigorosa corriente de reivindicación idealista del Derecho.

45. ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO.

La Escuela Histórica del Derecho surge como un intento de superar las corrientes jusfilosóficas dominantes y delimitar el ámbito del Derecho mismo. Tres grandes juristas: Gustavo Hugo, Federico Carlos de Savigny y Jorge Federico de Puchta dieron nacimiento e impulso a esta Escuela.

La formulación completa y sistemática la hizo Savigny, considerado como uno de los fundadores de la Teoría General del Derecho Positivo.

El Derecho, como exteriorización de la conciencia jurídica popular, no puede nunca caracterizarse como una creación legislativa, sino como producto de una lenta elaboración histórica que se manifiesta casi instintivamente a través de los sucesivos momentos del acontecer.

Las leyes adquieren así un carácter secundario. No hacen más que cristalizar conceptualmente principios ya elaborados por la conciencia jurídica popular, que es la fuente suprema de toda normación.

46. LA JUSFILOSOFIA INGLESA.

Predominantemente empirista, la Jusfilosofía Inglesa se dedica a la interpretación de los fenómenos jurídicos, eludiendo toda especulación sobre lo teórico.

Mientras en los grandes sistemas del idealismo encuéntrase una fundamentación de la Moral y del Derecho a partir de principios absolutos, en las corrientes empiristas esa fundamentación es realizada en función de los hechos.

Una de las direcciones que más influencia ha ejercido en la Filosofía Moral inglesa, ha sido la Utilitaria,

iniciada por Jeremías Bentham, que formula como ley fundamental de la Etica el llamado principio del interés, - con el fin de alcanzar el placer y eludir el dolor. El placer equivale a la felicidad.

Prosiguiendo la tesis de Bentham, James Mill trató de elaborar un sistema ético fundamentado en la psicología asociacionista. No sólo es la cantidad sino también la calidad específica del placer la constante necesaria- que ha de motivar a la voluntad humana.

Quien lleva la consideración empirista al propio - campo de la Filosofía Jurídica es Herbert Spencer, para- quien la adaptación del hombre a la vida social tiende a transformarse orgánicamente en un sistema de actos espon- táneos e instintivos. El sentimiento del deber resulta- así un sentimiento transitorio que sólo persiste en tan- to no se ha llegado a un hecho de completa adaptación.

Ahora bien, si a través de la adaptación evolutiva se llega a la vida perfecta, en lo social, en la que no- existan transgresiones a los deberes, podrá entonces ha- blarse de una ética absoluta, que correspondería a una - total adaptación del individuo a la vida social.

Otro notable aporte a la Filosofía Jurídica ingle- sa, es la Escuela Analítica de Jurisprudencia, iniciada- con las investigaciones de John Austin, quien divide el- estudio del Derecho en tres partes:

- a) Jurisprudencia General o Filosofía del Derecho Positivo: cuales son los fundamentos generales del Derecho;
- b) Jurisprudencia Particular: estudia un Derecho- positivo determinado, en su singularidad histó- rica; y,
- c) Ciencia de la Legislación: principios que el - legislador debe conocer.

47. EL POSITIVISMO Y SU SUPERACION.

Para León Duguit el Derecho sólo es, en definitiva, un modo de la manifestación de la solidaridad social, entendida ésta como un hecho real, como una fuerza motivadora del acontecer histórico y no como un mero postulado. Dentro de este concepto ninguna norma jurídica es válida si no está conforme con los fines impuestos por la solidaridad.

El Positivismo impugna radicalmente toda preconcepción filosófica. La consideración causal de los hechos es el único modo de aprehender científicamente la realidad cultural.

El Positivismo se operó como una reacción al surgimiento de una tendencia renovadora del pensamiento filosófico. Se postula la necesidad de retrotraer la consideración filosófica a un punto de partida: Kant. Quedaba así inaugurada una nueva corriente: el neokantismo.

Descubrióse la presencia de elementos irracionales en el mundo de la cultura: los valores que son susceptibles de creencia pero no aprehendibles por vía racional. Son realidades trascendentes.

El Neokantismo debe ser considerado como una reacción contra el Positivismo y el Romanticismo.

Son Neokantianos: Del Vecchio, Luis Recansen Siches, Eduardo García Maynez y Carlos Cossío.

48. TRANSFORMACIONES SOCIALES DE LOS SIGLOS XVIII

AL XX.

Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y Revolución Francesa.-

Se presentan nuevos principios filosófico-políticos; el creciente desequilibrio de las grandes monar -

quías europeas; población incrementada y mal distribuída. Todo esto en el siglo XVIII, y sus necesarias consecuencias: la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa.

Estados Unidos se independiza el 4 de Julio de 1.776, consagrando el constitucionalismo y los derechos del hombre en su Derecho positivo.

La Revolución Francesa, hecho de extraordinaria magnitud, que marca el comienzo de una nueva época en el devenir histórico universal. Trátase de una verdadera revolución.

Casi los dos tercios de la tierra se hallaban en manos de la nobleza y del clero; el tercio restante en manos del estado llano, que pagaba enormes tributos a la nobleza, al clero y al rey.

La transformación ocurrió con mayor intensidad en Francia que en ningún otro país europeo. La toma de la Bastilla del 14 de Julio de 1.789 es el símbolo de la destrucción de un régimen despótico y absolutista.

La Revolución Francesa íntimamente impregnada de sentido humanista, cristalizó su ideario político en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los hombres nacen y viven iguales en derechos, que son la libertad, la propiedad, la seguridad y la fraternidad.

Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable. La propiedad privada es un derecho sagrado e inviolable.

La Revolución Francesa difundió por toda Europa una fuerte corriente liberal.

Vencido Napoleón, Austria, Gran Bretaña, Rusia, Prusia, orientan sus corrientes en el Congreso de Viena de 1.815, cuyo propósito fundamental era establecer el

equilibrio europeo, restituyendo lo que política y territorialmente era antes de la Revolución Francesa. Pero esos propósitos no se lograron. Surge bajo la inspiración del Zar Alejandro I de Rusia, la Santa Alianza. Los monarcas cristianos de Europa debían prestarse recíproca ayuda para mantener la integridad de su poder. La Santa Alianza obtuvo el apoyo de la Iglesia Católica.

La Santa Alianza quiso intervenir también en la conquista de América.

Adviene luego el sentimiento nacionalista representado, por ejemplo en Italia, por Manzini, en torno a lo que se llamó el Risorgimiento.

Italia queda bajo el dominio de la Casa de Saboya, que incluso tiene problemas con el Papa, que son solucionados en el Tratado de Letrán, en virtud del cual se crea el Estado Independiente del Vaticano.

Alemania entra también en guerra y consolida su poder con Guillermo I, poderío llamado el Imperio Federal Alemán.

49. INFLUENCIAS DEL CAPITALISMO Y DEL PROLETARIADO.

Los postulados de la Revolución Francesa producen profundas diferencias sociales: el capitalismo, detentador de los instrumentos de la producción, y el proletariado, cuyo único instrumento es su fuerza del trabajo.

El concepto liberal burgués de que el Estado debía abstenerse de intervenir y dejar al libre juego de las fuerzas económicas, no pudo conseguir el imperio de los postulados de libertad e igualdad. Nacen, pues, las primeras leyes obreras. Con Jorge Canning (1824) se reconoce el derecho a la huelga y a la agremiación. A fines del siglo pasado se organiza en Gran Bretaña el Partido Laborista. Alemania cuenta ya con una legislación laboral avanzada.

La corriente se riega por toda Europa y aún en los

Estados Unidos de Norteamérica.

50. DESARROLLO DEL SOCIALISMO.

El crecimiento del maquinismo operado en el Siglo XIX agravó notablemente la situación de la clase obrera. Se produce una gran impugnación a los sistemas liberal-capitalistas. Se crea un sistema filosófico social-anticapitalista, antiindividualista: el socialismo, que aboga por la abolición de la explotación del hombre por el hombre y la eliminación de diferencias fundadas en la mayor o menor potencialidad económica.

El Socialismo Utópico tendía a implantar nuevas formas de vida, en función del mero convencimiento de su eficacia práctica. A esta corriente pertenecen Owen, Saint Simón, Fourier, Luis Blanc.

La corriente científica parte del previo estudio de los hechos histórico-sociales y de los fenómenos económicos, para ir a una nueva organización social. El Alemania toma gran relieve especialmente por el influjo de la obra de Juan Amadeo Fichte.

En 1. 848 Carlos Marx y Engels, dan a publicidad el Manifiesto Comunista, que contiene los fundamentos de la doctrina del marxismo, que se basa en la lucha de clases.

Para Marx la evolución de la humanidad hacia formas colectivas es fatal e irreversible, porque obedece a leyes inmutables.

La Iglesia Católica a fines del Siglo XIX y bajo supuestos muy distintos enfoca el problema. El 15 de Mayo de 1.891 el Papa León XIII expide la célebre Encíclica Rerum Novarum, que sintetiza el moderno concepto de la Iglesia en punto a los problemas sociales. Actualizando ciertos principios contenidos en los Evangelios, la Encíclica suministra una serie de normas tendientes a solucionar los conflictos planteados entre el capital y el trabajo.

La Iglesia, en oposición al Socialismo se pronuncia por el respeto a la propiedad privada.

La Iglesia alienta a los obreros a reunirse en sindicatos, con miras a una mejor defensa de sus intereses, - al tiempo que sostiene la intervención estatal, como método adecuado para mejorar la situación de los trabajadores.

Las diferencias, cada vez más profundas. entre el capital y el trabajo, motivaron que el Socialismo prosiguiera con mayor intensidad su desarrollo dentro de este siglo. El primer hecho típicamente anticapitalista es la Revolución Rusa de 1.917, a raíz de la cual el Partido Socialista Bolchevique, preconizando la ortodoxia marxista, se apoderó violentamente del poder, estableciendo la dictadura del proletariado.

Otro hecho digno de mencionarse es la formación - de nacionalismos, como el Nacional Socialismo dirigido por Hitler, el Fascismo creado en Italia por Mussolini. Ambos sostienen el Socialismo de Estado.

51. REVOLUCION RUSA: CONSOLIDACION DEL COMUNISMO.

Al ocupar el trono el Zar Nicolás II, la doctrina marxista estaba ampliamente difundida en Rusia. Se forman dos grupos: el de los bolcheviques, mayoritario, encabezado por Lenín, y el de los mencheviques, minoritario, encabezado por Plejánov. León Trosky se mantiene alejado.

Producida la Revolución de 1.917, a propuesta de - Trosky, se lanza la siguiente proclama: "Para la dirección del país, hasta la convocatoria de la Asamblea Constituyente, se crea un gobierno provisional obrero y campesino, - que se llamará Consejo de los Comisarios del Pueblo. La administración del Estado se encontrará totalmente en manos de los miembros de la clase obrera."

Se dictan una serie de normas revolucionarias: la propiedad sobre los instrumentos y medios de la producción fue estatizada. El llamado Decreto de la Tierra. abolió -

la propiedad terrateniente, sin indemnización. Las fincas y latifundios de la Corona, de los monasterios, de los campesinos ricos, con sus instalaciones y ganado, pasaron a disposición de los soviets del distrito. Se dictó la nacionalización de los bancos.

El fenómeno soviético-ruso preocupa intensamente a los trabajadores del mundo entero. Cualquiera que sea la simpatía o repulsión que el régimen instalado por la Revolución de 1.917 promueva en el espíritu, es obvio que el experimento comunista interesa, sobre todo, desde el punto de vista de su legislación.

El secretismo ruso nos autoriza a decir que es más lo imaginado con respecto a la legislación soviética, que lo realmente innovado con relación al Derecho Occidental.

52. MATERIALISMO HISTÓRICO.-

La interpretación materialista de los hechos sociales y de la historia, en particular, no es una doctrina filosófica, sino una teoría sociológica.

Materialismo significa, ante todo, referir toda la serie de acontecimientos temporales-espaciales de la dinámica vital a fenómenos o movimientos necesarios de la materia. Estos movimientos se realizan como un proceso mecánico ininterrumpido. Siempre es el movimiento de la materia el que determina causalmente los sucesos y el plano estrictamente humano en los conceptos y en las manifestaciones de la voluntad.

Los hechos históricos resultan así inevitables. La problemática radica en saber como se realiza lo inevitable en la historia de la humanidad.

Carlos Marx y su colaborador Federico Engels, fundador el primero y expositor el segundo, del Materialismo Histórico, fueron quienes gravitaron en forma sensible sobre la invasión del Positivismo en las conciencias de la cultura humana.

Dos autores influyeron notablemente en la formación mental de Marx: Hegel y Feuerbach. Hegel restauró la dialéctica como método filosófico fundamental. La dialéctica hegeliana interpreta todo cambio o devenir fenoménico, como una pugna o contraposición de elementos contradictorios y antitéticos, para superar cada contradicción, mediante un movimiento de síntesis establecido por la razón.

Feuerbach dice que el espíritu no es sino el nombre con el que se designa al conjunto de los fenómenos históricos, y en último término, el nombre con que se designa a la naturaleza que es, en sí, la realidad primaria. El hombre crea sus dioses a su imagen y semejanza y crea un sistema espiritual conforme a sus necesidades y deseos y en función de sus íntimas tendencias.

La reducción de la teología a la antropología y del mundo del espíritu al de la naturaleza, es la condición fundamental para poder comprender el sentido de la historia y el significado del hombre.

Aplicando la dialéctica hegeliana, explicando la concepción materialista de Feuerbach, Carlos Marx construyó su sistema, cuyo contenido integró al tenor de los postulados socialistas difundidos en la época.

Marx y su Crítica de la Economía Política.

En la producción social de su existencia los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; esas relaciones de producción corresponden a un determinado grado de desenvolvimiento de sus fuerzas productoras materiales.

El conjunto de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se levanta una superestructura jurídica y política y a la que corresponden formas de conciencia social determinadas.

El modo de producción de la vida material condicio

na el proceso de la vida social, política e intelectual, - en general.

No es la conciencia de los hombres la que determina la realidad, sino al contrario, la realidad social, la que determina su conciencia.

En una determinada fase de su desenvolvimiento las fuerzas productivas de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que su expresión jurídica. con las relaciones de la propiedad, en el seno de las cuales se habían movido hasta entonces.

De las formas evolutivas de las fuerzas productivas que eran, estas relaciones se transforman en obstáculos de ellas. Entonces se abre una era de revolución social.

El cambio que se ha producido en la base económica quebranta más o menos rápidamente toda la colosal superestructura.

Hay que explicar la conciencia por las contradicciones de la vida material; por el conflicto que existe entre las fuerzas productivas de la sociedad y las relaciones de producción.

Marx recoge la idea de Lorenzo Van Stein sobre la poderosa gravitación que el proletariado ejerce en el proceso de las instituciones y en todo el devenir histórico - de la sociedad.

Sostiene que uno de los elementos perturbadores de la vida social es la religión. Que debe destruirse la creencia sobre el más allá, devolviendo a la sociedad sus fundamentos esencialmente humanos.

Las teorías sobre la organización social, sólo han de poder concretarse, en la medida en que se postule una cabal realización de las necesidades del individuo, puesto que el proletario es una fuerza social de poderosa gravita

ción en el devenir histórico; al suprimir su antítesis, - la burguesía, mediante la abolición de la propiedad privada, se ha de lograr una total rehabilitación del hombre - en las diversas esferas de la sociedad.

Sostiene que el trabajo no es sólo la causa o la medida del valor, sino además la propia sustancia de éste.

No discute que la utilidad sea la condición necesaria y aún hasta la única, cuando se trata del valor de uso. Pero afirma que la teoría del valor no puede explicar, ni mucho menos fundamentar, el valor de cambio, pues todo cambio implica conferir cierta identidad a las cosas cambiantes.

El valor de las mercancías reside en la cantidad de trabajo acumulado. Una vez dejado al lado el valor de uso de las mercancías, no queda sino el trabajo empleado.

En condiciones económicas normales, todo trabajo deja siempre un excedente del valor producido sobre el total del valor consumido.

Como el valor producido es el que recibe el capitalista por la venta de los productos y el valor consumido es el que recibe el trabajador con su salario, resulta que la diferencia entre ambos valores queda siempre en beneficio del capitalista.

Esa diferencia de ambos valores es lo que Marx denomina la plusvalía.

CAPITULO V

DERECHO: IDEAS GENERALES.

53. Ideas generales.- 54.-
Normas de cultura.- 55. -
Concepto de Derecho.- 56.
La realidad del Derecho. -
57. Naturaleza del Dere-
cho.- 58. Fundamentos del
Derecho.- 59. Caracterís-
ticas del Derecho.- 60. -
Coercitividad.- 61. Fina-
lidad de lo jurídico.- 62.
Derecho y Seguridad.- 63.
Funciones del Derecho.- -
64. Plenitud hermenéutica
del Derecho.- 65. Nuevas
figuras del Derecho.-

53. IDEAS GENERALES.

Las reglas del Derecho son las reglas de la vida.
Sin esas reglas impuestas por la autoridad, habría anar-
quía; todavía en la humanidad se impusiera la voluntad del

más fuerte; se viviría en la época de las cavernas. Es de cir, habría vigencia del "derecho" de la fuerza, en lugar de la fuerza del Derecho.

Nadie puede negar sensatamente la existencia de un orden en el universo, al cual están sometidas todas las cosas, desde el movimiento de los átomos, hasta los más complejos fenómenos de los seres vivos y el equilibrio de un universo infinito.

Los seres vivos, o mejor los hombres, deben vivir-dentro de un orden normativo que impere en una sociedad; - es decir, dentro de un conjunto de reglas que dirijan la - conducta de los asociados.

Todos saben instintivamente lo que es su derecho y lo que son sus obligaciones, e intuyen los derechos y los-deberes de los demás. No podríamos concebir un hombre sin derecho alguno. Pero, el Derecho no es una forma de pensa-miento, ni una abstracción del espíritu, aunque tenga una-sustancia eterna en sí, en sentido metafísico y filosófico.

54. NORMAS DE CULTURA

La cultura es el conjunto de actividades y de es - fuerzos por los cuales el hombre tiende hacia los supremos valores y da sentido a su vida.

Siendo como es el hombre naturalmente sociable, tie-ne que aproximarse a los valores sociales. Esas normas de cultura, con sustantividad e independencia, son elementos-metajurídicos, es decir, supraleales, en el sentido de - que estando más allá de las normas, las fundamentan desde-afuera.

Aprehendiendo, en este sentido las normas de cultu-ra y aplicándolas al campo del Derecho, de la normatividad, el individuo va hacia su perfeccionamiento y coadyuva para el de sus semejantes y de la sociedad toda, porque el con-junto de los valores, de la cultura constituye la civiliza-ción.

55. CONCEPTO DEL DERECHO.

Nos hallamos frente a un problema ontológico, es decir, frente al ser del Derecho, a su concepto. El Derecho pertenece al mundo de los valores. La mente que investiga el mundo jurídico se hallará primeramente con el ser del Derecho.

Kant afirmaba: todavía buscan los juristas una definición para el Derecho y buscando ese concepto decía: el Derecho es un complejo de relaciones por las cuales, el arbitrio de uno, puede coexistir frente al arbitrio de los demás, bajo una ley universal de libertad.

Pero, el concepto del Derecho no lo vamos a encontrar en el mundo de la naturaleza; tampoco en el mundo psíquico, porque el Derecho no es un cuerpo, ni espíritu. Lo hallaremos en el mundo de los valores.

La palabra Derecho viene del latín: rectum, directum, dirigere, regere, por lo que en sentido etimológico equivale a recto, justo, y por ello guía, dirige, rige, gobierna.

Desde el Derecho Romano, se ha considerado al Derecho representado por tres conceptos: vivir honestamente de manera honrada; no molestar a nadie, ni en su persona ni en sus cosas, y dar a cada uno lo que legítimamente le corresponde. Pero ha de basarse en su carácter coactivo o vinculatorio, porque en caso contrario sería una regla moral.

Ihering: La palabra Derecho se emplea en doble sentido: el sentido objetivo y el sentido subjetivo. El Derecho en sentido objetivo es el conjunto de principios jurídicos aplicados por el Estado; es el orden legal de la vida. El Derecho en sentido subjetivo es la transfusión de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona interesada.

La vida del hombre, por tanto, se desenvuelve en sus relaciones jurídicas, afectada por estos dos criterios: o cumpliendo las leyes en vigencia, como un elemento de la so

ciedad, o por haberse obligado voluntaria o contractualmente, o, pretendiendo hacer cumplir las obligaciones que tenga a su favor, de acuerdo con el Derecho objetivo.

Antonio Menger: El Derecho es una relación de potencia entre la clase de los ricos y la de los pobres para el logro y afianzamiento de sus intereses, y en cuya pugna siempre se imponen los ricos, en detrimento de los pobres.

De los dos sentimientos que mueven y gobiernan la conducta humana, el altruismo y el egoísmo, el Derecho positivo no es más que la concreción reglamentada del egoísmo.

Para Marx y Engels, el Derecho no es sino la voluntad del proletariado.

Borja y Borja: Calificándose de recto lo que lleva hacia la justicia, el orden jurídico, servidor de aquella, llámase también Derecho (rectus, directus), y sus normas denominánse normas de Derecho.

El Derecho puede tomarse como sinónimo del orden jurídico y definirse como el conjunto de normas de la conducta humana que procura realizar la justicia.

56. LA REALIDAD DEL DERECHO.

En el mundo de la naturaleza física, los hechos ocurren según las leyes de la causalidad. Los diversos fenómenos se hallan ligados los unos a los otros, de un modo forzoso. Tienen esos hechos infalible forzosidad, al menos en el campo de lo perceptible.

Las leyes naturales de causalidad no responden a un propósito, a una significación, a un sentido. Son fenómenos ciegos para el mundo de los valores.

En el terreno de lo humano, las cosas ocurren de otro modo. Los hombres toman en consideración puntos de vista estimativos, criterios de valor, distinguen entre lo

conveniente y lo inconveniente, entre lo útil y lo inútil, entre lo justo y lo injusto, entre lo bello y lo feo.

Los hombres guiados por juicios de valor, conciben como propósitos la producción de ciertos comportamientos y la obtención de ciertos resultados. La acción humana representa la inversión mental del proceso de causalidad: en la naturaleza primero son las cosas y luego los efectos. Cuando el hombre se propone fines y busca medios, piensa en algo que todavía no existe; piensa en un efecto todavía no producido y piensa después en los medios. Esto sucede por las características esenciales del hombre. Hay un peculiar porqué, un motivo. Tiene problemas que no le soluciona la naturaleza, lo que no pasa con los animales inferiores.

Esto imaginado, propuesto, constituye el para qué, - es decir, la finalidad.

El Derecho no es obra de la naturaleza, sino obra - del hombre.

El Derecho es un valor puro?. Una ley puramente racional?. O, es forma humana dictada por el Estado?. Una realidad sociológica?. O, por último, es una realidad compleja, que participa de aspectos ideales, aspectos de normatividad positiva y aspectos de hecho?.

Las reglas jurídicas no son reglas fenoménicas de la naturaleza, que impliquen una forzosa causalidad, sino por el contrario. son expresiones del deber ser elegido a la conducta humana.

Para García Maynez, hay tres puntos de vista:

- a) El axiológico, o sea, el del Derecho Natural o Derecho justo;
- b) El normativo, o sea, la regla vigente, sostenida por el orden público; y,
- c) El sociológico, o sea, el cumplimiento regular efectivo.

Para los jusnaturalistas, sólo las normas con intrínseca validez ideal merecen el nombre de Derecho.

Los positivistas ven en el Derecho sólo el conjunto de mandatos emitidos por el poder público.

Los sociologistas -distintos de los sociólogos- ven el Derecho sólo como el conjunto de hechos sociales de cierto tipo.

El auténtico Derecho no consiste exclusivamente en una sola faceta de las indicadas. Es la unión de las tres.- El Derecho es el conjunto de formas humanas, elaboradas por los hombres, en una situación histórica, apoyadas e impuestas por el poder público, con las que se realizan valores.

Los principales ideales, por si solos, no son Derecho. Son sólo principios cuya realización debe aspirar el Derecho.

El Derecho debe ser estudiado como valor, desde el punto de vista de la axiología; puede ser estudiado como norma vigente, y puede ser estudiado como un hecho.

57. NATURALEZA DEL DERECHO.

Para los positivistas, el Derecho es una ciencia. - Estudia lo dado, lo que es. Para los espiritistas es ciencia y arte: agregar a lo que es la obra creadora del espíritu, que busca la justicia. Crear normas a la imagen y semejanza de la justicia.

✓ El Derecho forma parte del grupo de las ciencias sociales. Como arte, se aproxima a la Moral. Como ciencia, a la Sociología, a la Historia, a la Economía.

El Derecho es ciencia, en tanto revela lo dado, lo que es; es arte cuando crea, descubre las aspiraciones hacia un ideal. Lo dado no siempre es suficiente para regular todas las relaciones humanas. Se presenta en forma constante la necesidad de nuevas normas de conducta.

Roubier: la ciencia propiamente dicha formula solo juicios de realidad, mientras que el establecimiento de normas de Derecho requiere de juicios de valor. Hay que hablar en imperativo; en tanto que la ciencia no habla sino en indicativo.

La Filosofía Escolástica establece el equivalente entre la naturaleza, en sentido amplio, y la esencia, y se define a esta última como aquello por lo cual una cosa es lo que es y se distingue de las demás cosas.

Referido al mundo jurídico esto significa establecer la equivalencia entre la naturaleza del Derecho y su esencia. La naturaleza del Derecho es el conjunto de propiedades que permiten definir entre los objetos un sector que representa características comunes, al cual llamamos lo jurídico.

Como la de cualquier clase de objetos, la naturaleza del Derecho se expresa mentalmente en un concepto. La naturaleza del Derecho desenvoca en la Ontología Jurídica.

58. FUNDAMENTOS DEL DERECHO.

El problema de los fundamentos del Derecho ha preocupado en todo tiempo a los moralistas y a los juristas. Se trata de explicar por qué y como la autoridad pública puede dar órdenes e imponer su obediencia.

Se habla de la justicia; de una justicia natural - que no ha sido establecida por las leyes, y que es igual en todas partes y desde siempre. Cicerón decía que sólo siendo esclavos de las leyes se puede ser libres.

Por qué, con qué derecho la autoridad me impone una norma, que a mí me repugna por injusta o inconveniente?.

El Derecho debe satisfacer las necesidades de la justicia: tal es la tesis de la Escuela Idealista. Cree en la existencia de un Derecho ideal al que debe procurar acercarse el Derecho Positivo. Esa Escuela enseña que el Dere-

cho debe ser respetado cuando sea justo.

Para la Escuela Materialista, la regla de Derecho no es sino un producto de la historia. La regla debe ser respetada, porque es regla. La fuerza y no la justicia, crea la norma. La resistencia a las leyes es ilegítima.

El Derecho se funda en una necesidad de seguridad y en una necesidad de justicia. Es necesario un orden en la vida social que satisfaga la necesidad de seguridad, orden en el que se determine lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer. Obramos en el presente, pero necesitamos conocer las consecuencias que tendrán nuestros actos en el futuro.

El Empirismo niega que pueda haber juicios éticos-objetivos y necesariamente válidos. Las normas éticas de la Moral y del Derecho se fundan en simples hábitos mentales, en el sedimento dejado en la conciencia por una larga serie de experiencias. En el campo de la teoría jurídica, se ha pretendido fundamentar el Derecho, exclusivamente en experiencias útiles.

Pero, el mundo de la experiencia nos da solamente lo que es: serie de hechos y fenómenos concatenados por la ley de la causalidad, lo que lógicamente nos impide que entre ellos establezcamos criterios de preferencia o rechazo, de bondad o maldad. Los fenómenos, en cuanto tales, se explican por una causa suficiente.

La experiencia nos da el ser, pero jamás el deber ser. La conducta no es susceptible de comprobación, sino de valoración, procedimientos totalmente diversos. Los propios espiritistas realizan operaciones mentales: valoran.

59. CARACTERISTICAS DEL DERECHO.

No puede ser considerado el Derecho como un conjunto de ideas con validez en sí mismas, como lo pretendía Hegel. El reino de la cultura, tampoco lo es.

El Derecho nació al estímulo de ciertas necesida -

des, sentidas de peculiar manera, en cierto momento, en una cierta situación histórica.

El Derecho es por tanto circunstancial, es decir, -referido a las circunstancias en que se presentó la necesidad estimulante, en las que se consideró la conveniencia y adecuación del fin, en que se apreció la propiedad y eficacia de los medios adoptados.

Pero, esa obra circunstancial está inspirada en valores a priori.

La regla de Derecho es una regla de conducta, para permitir la vida en sociedad. No habría seguridad social, -sin reglas del Derecho. No se debe tratar de dirigir la conciencia individual; debe moldearse para lo que se considere como el bien común.

La regla tiene que ser obligatoria. Sin coacción -no podría hacer que reine el orden en la sociedad. La coacción puede presentarse como castigo, nulidad del acto, o pago de daños y perjuicios, todo ello en caso de incumplimiento.

60. COERCITIVIDAD.

De lo dicho en el número anterior se desprende que no hay Derecho si no hay coercitividad. Es indispensable -que se produzca el predominio del Derecho sobre la fuerza; -es un ideal querido por todos. Sin embargo, donde quiera -que hay Derecho, debe haber coercitividad o fuerza, latente o actuante.

El Derecho posee un sentido, cuyo fin es establecer un mínimo de seguridad, certidumbre y fijeza en las relaciones sociales. No puede quedar al libre albedrío de los asociados. La coercitividad trata de evitar que obre -la voluntad haciendo imposible la rebeldía contra la norma.

Se dice que el Derecho se cumple en la mayor parte de los casos sin la intervención de la fuerza y que por lo-

mismo no debe ser coercitivo. Pero esta no es una objeción valedera, porque la fuerza se presenta sólo a falta de cumplimiento voluntario.

Se dice también que la coercitividad no siempre opera, porque a pesar de ella se viola la ley. Pero, la coercitividad ha de entenderse también en la amenaza de la pena o de la sanción, para el caso de violación.

Se dice, por último, que la coercitividad no puede operar en contra del Estado, que también debe cumplir con la norma. Si se trata del Fisco, si opera la coercitividad. Si se trata del Estado, como ente soberano, no está sujeto a la coercitividad; al contrario está obligado a emplear la coercitividad para que se cumpla la ley. Pero no porque la coercitividad no pueda operar contra el autor de la norma, se ha de impedir que esa coercitividad si obre contra los asociados, ya que estos mismos confieren poder al Estado para que cree normas coercitivas.

61. LA FINALIDAD DE LO JURIDICO.

La finalidad es la creadora del Derecho, dijo Ihering, como legado de uno de sus grandes libros.

La estructura finalista del Derecho positivo, obra humana, pertenece al concepto del medio con el cual los hombres tratan de realizar algunos fines, algunos resultados o efectos en cuya obtención están interesados.

El Derecho positivo es un conjunto de instrumentos fabricados por los hombres para producir determinados efectos en la realidad social, efectos que se reputan justos y útiles para el bien común. Mediante el Derecho, al igual que mediante otros productos culturales, los hombres tratan de conseguir valores, con vigencia ideal.

Las obras de la cultura: ciencia, arte, Derecho, técnica, apuntan especialmente a la realización de valores. Ellas no son en sí mismas valores puros, sino que son obras

del hombre, mediante las cuáles éste trata de satisfacer necesidades de la vida, dirigiéndose por criterios de validez trascendente.

Toda obra de la cultura, por ejemplo una ley o un reglamento, tienen una significación circunstancial, es decir, han nacido en una situación histórica y vital concreta, para obtener mediante los efectos que produzcan, la satisfacción de unas necesidades humanas, también concretas.

El hombre no solamente experimenta dolor de inseguridad frente a la naturaleza, sino también frente a otros hombres. Entonces, el Derecho es certeza y seguridad, porque es norma de imposición inexorable, de cumplimiento garantizado por la autoridad. Seguridad de qué?. De lo que el Estado considera como fines necesarios, siendo el Derecho un medio para la consecución de esos fines.

Desde luego, esos fines no siempre se consiguen sólo por la normatividad, por el Derecho o por la imposición del Estado. La educación, por ejemplo, es un fin, que se consigue también con la iniciativa privada.

La esencia de lo jurídico corresponde a la seguridad, es decir, a saber a que se ha de atener uno, ciertamente. Sin seguridad no hay Derecho ni bueno, ni malo. Además, el Derecho debe ser justo, servir al bien común, porque la justicia es un bien superior a la seguridad; en lo justo va precisamente el cambio, el mejoramiento, que no siempre están en armonía con la seguridad.

Es también finalidad del Derecho la función de organizar el poder público, o sea el Estado, que debe ser el más fuerte de todos los poderes sociales. No sólo organiza ese poder, sino que lo legitima, cuando obra según términos de justicia.

Por último, el Derecho también limita el poder del Estado. No cabe un poder limitado sólo por los límites de su propia fuerza; tiene que ir solamente hasta donde le permite el Derecho.

62. DERECHO Y SEGURIDAD.

Insistimos en conceptos ya manifestados en el número anterior. "La magnitud y bravura del paisaje cósmico, -suscita en el alma del hombre un terror que le hace buscar-modos de defensa espirituales o materiales".

En la sociedad el hombre sigue encontrando inseguridad, cuando para desenvolverse necesita libertad, respeto, holgura. Todos esos bienes tratará de encontrar en el Derecho. Por eso es necesario saber que clase de conducta van a observar los otros frente a él. Esa conducta exige cierta forma indispensable de repetirse, cierta regularidad.

Además, esa conducta ha de cumplir un fin, que es la realización de los valores propuestos.

Por fin, según el Derecho Social es indispensable la asistencia obligatoria -antes caritativa- para los necesitados, lo que constituye también una función de seguridad del Derecho.

63. FUNCIONES DEL DERECHO.

Todo Derecho tiene como función primordial la solución de conflictos de intereses, por medio de normas de imposición inexorable. Cada persona tiene sus derechos, pero frecuentemente caen en conflicto o pugna con los derechos -o pretenciones- de los demás. Cuando menos se puede asegurar, que los intereses o pretenciones de los unos, pueden chocar con los de los demás.

No hay sino dos caminos para resolver el conflicto: la fuerza o la regulación objetiva. Como no puede admitirse la solución por medio de la fuerza, tienen que resolverse los conflictos por medio del Derecho.

Para la solución de los conflictos el Derecho obra de la siguiente manera:

- a) Clasifica los intereses opuestos en protegidos y no protegidos;

- b) Aún en los protegidos, hay una escala de jerarquía;
- c) Establece órganos para determinar la protección o el grado de protección: Función Legislativa; jurisdiccional que llega a individualizar los intereses protegidos por medio de la sentencia, y una Función Ejecutiva que hace cumplir esas normas particulares.

Los órganos del Derecho (Legislador, Juez) se hallan también ante el conflicto entre las fuerzas sociales - que tratan de conservar lo que se llama el orden social, y las fuerzas que propugnan por establecer un nuevo orden.

Los intereses individuales, es decir, los relativos a la vida, a la integridad corporal, libertad, salud, etc. también chocan con otros intereses, y ese conflicto debe ser solucionado.

Frente a la seguridad se presenta la necesidad de cambios. Hay una especie de contraposición entre estos conceptos. Lo que hoy es, y según cuyas normas se obra hoy, - con proyección para cierto futuro (derechos adquiridos) se enfrenta a lo que hoy mismo se considera que debe experimentar un cambio, porque se cree en la existencia de otras fórmulas mejores.

El Derecho para cumplir con sus funciones, es decir, otorgar seguridad y resolver conflictos de intereses, - necesita no solo un criterio, sino de estar apoyado por un poder social, o sea, por el Estado.

'64. PLENITUD HERMENEUTICA DEL DERECHO.

La afirmación de que hay lagunas en el orden jurídico y de que el juez tiene siempre que juzgar, es un postulado reconocido como la plenitud hermenéutica del Derecho.

El todo no se constituye por la suma de las partes, sino que es previo a las partes. El orden jurídico es pleno y complejo, porque, la noción del orden jurídico es la de -

un todo normativo, y resulta contradictorio suponer que una parte esté fuera del todo.

La libertad contenida en la esfera de lo lícito, - es un supuesto originario del Derecho, en general, porque - el Derecho es ética; sin la libertad, sería naturaleza y no conducta.

El Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquicamente, y por eso, cuando surge un conflicto social, el Derecho ha de producir forzosa - mente una solución.

Esa solución, además de inexorable, es total, o - pretende ser total, en una plenitud.

El orden jurídico es pleno y completo, dice Carlos Cossio, porque la noción del orden jurídico es la de un todo normativo.

65. NUEVAS FIGURAS DEL DERECHO.

A medida que en los campos de batalla de la última conflagración mundial se probaban los medios técnicos - más destructivos y mortíferos, no permanecieron inertes las fuerzas creativas en el campo del Derecho y de la justicia.

Nuevas formas de Derecho, de reglas de convivencia, de justicia, se ven asomar inexorablemente, y a ello queremos contribuir.

Sabios de todos los confines de la tierra, abstraídos del drama de la destrucción y de la matanza, enmurallados contra el desborde de la violencia, y esperanzados de - que algún día habrá de sobreponerse la cordura y sobre las ruinas volverá a escucharse el ruido de las figuras que forgen instrumentos de progreso, prosiguen la labor investigadora y creadora de los principios que dieron fundamento a la vida civilizada, y que deben servir también en el futuro para orientar la vida hacia la convivencia y la solidaridad entre los pueblos, como entre los hombres.

CAPITULO VI

AXIOLOGIA JURIDICA

66. Fenomenología.- 67. Ontología Jurídica.- 69. Debe ser.- 70. Consideraciones generales sobre los valores.- 71. Valores y Derecho.- 72. Estimativa o Axio
logía Jurídica.- 73. Finalidad en la Estimativa Jurídica.- 74. Bien Jurídico.- -
75. Criterios sobre el bien y el mal.

66. FENOMENOLOGIA.

A fines de la Edad Media comenzó a generalizarse el uso de la voz fenomenología, para designar con ella a los fenómenos, entendidos como las manifestaciones externas o aparentes de los hechos sensorialmente perceptibles.

Kant emplea la palabra fenomenología para designar a la investigación sobre los modos de representación de la materia en cuanto se manifiesten ante la sensibilidad externa.

El jurista argentino Carlos Cossio considera en su sistema: la Ontología Jurídica como fenomenología, en tanto se describe al Derecho como objeto de experiencia; a la Teoría Jurídica Formal, es decir a desarrollos lógicos-normativos de la Teoría Pura del Derecho.

Entonces, la fenomenología y la Ontología, serán los antecedentes necesarios para ir de lleno al tema principal que nos interesa, es decir, la Estimativa o Axiología Jurídica, en tanto se enfoque el problema estimativo y se analicen los valores jurídicos.

67. ONTOLOGIA JURIDICA.

La bilateralidad constituye piedra angular de toda estructura jurídica, porque se refiere al fundamento y esencia del Derecho.

La Moral y el Derecho son distintos, pero tienen un objeto único: el obrar del hombre.

La acción y el acto tienen como características ser al mismo tiempo un hecho de la naturaleza y también un hecho de la voluntad, es decir, un fenómeno atribuido al sujeto. Tienen dos elementos: uno intrínseco, entidad psicológica, intención, estado de ánimo, afirmación de voluntad, y otro extrínseco, manifestación objetiva y realidad del mundo físico.

Un fenómeno es un acto solamente cuando emana de un sujeto, cuando expresa una actitud o determinación de la voluntad de éste, un contenido suyo. Por lo cual los actos sólo pueden realizar los hombres, que son los únicos sujetos del Derecho, de lo jurídico, de lo normativo.

Todo acto es externo e interno al mismo tiempo.

No hay actos internos o externos solamente, pues una deliberación u operación mental es acto, y en él hay indudable mente energía física.

La ley jurídica no recibe su verdad de los fenó menos; no expresa lo que es, sino lo que debe ser.

La lesión del Derecho aporta la impresión aguda de la propia esencia de éste, porque en tal caso, el hecho físico de la voluntad se contrapone al Derecho.

El Derecho representa siempre una verdad superior a la realidad de los fenómenos. Un modo ideal que tiende a imponerse a esa realidad, o dicho de un modo más breve, - un principio de valoración.

La mente que investiga el mundo jurídico se hallará primeramente con el ser del Derecho: se ven jueces, normas, sentencias, Códigos, legisladores. Todo ello gira alrededor del Derecho.

Todo ser del Derecho existe por causas propias, para fines peculiares queridos por el hombre y buscados - por el pensamiento. Todo ello forma parte de un sistema.

El ser tiene una sola forma de darse, que es la existencia; pero tiene varias formas de presentarse, que son las categorías.

La unión de los contenidos de la experiencia nos llevan al concepto de sustancia: del mismo modo que la observación de los modos de darse y sucederse, nos llevan a la noción de la causalidad. No existe un fenómeno sin una causa que lo determine. Todo lo que obedece a una causa, - se llama fenómeno.

He aquí el mundo del ser.

68. DEONTOLOGIA JURIDICA.

Todo lo que ocurre en el mundo del Derecho tiene

alguna justificación en la vida humana, porque lo jurídico tiene como fin los actos de los hombres en la sociedad.

Es justo el Derecho?. Siempre ha sido justo?.-
Lo es hoy?. Por qué ha variado?.

Valor y estimación.

Junto al mundo del ser está el del deber ser - ocupado por cosas muy diversas de las reales del mundo objetivo y tangible. Es decir, que debe considerarse una vigencia material frente a una vigencia ideal que se tangibiliza en usos y costumbres, en normas, en instituciones, es decir, en un conjunto, no de objetos, sino de objetivos.

Algo que se comprende como bueno y quiere realizarse.

El mundo del deber ser está integrado por actos que van hacia un fin. Su fundamento no es la causalidad, sino la finalidad ética.

Más que un problema ideológico, cabría decir, - la Deontología Jurídica o la valoración de las acciones, - es un acto elemental de conciencia. Se trata del para qué del Derecho. Los hombres tienen una facultad originaria - de reaccionar ante las cosas, los acontecimientos, los actos y las instituciones. En dicha capacidad reactiva se aloja nuestra manera de separar, casi instintivamente, lo que creemos justo de aquello que apreciamos como injusto.

La Axiología Jurídica verterá nuevas posibilidades en la aplicación de la doctrina de la justicia.

69. DEBER SER.

Es un concepto relacionante que cumple la función de enlazar, en una composición normativa, el concepto que representa una conducta humana antecedente, con el concepto que representa otra conducta humana consecuente. Esa

función relacionante de conceptos denominase imputación y constituye, al decir de Kelsen, el significado específico de la norma.

En segundo lugar, y desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, el deber ser es una categoría gnoseológica - trascendental en el sentino kantiano. Es - decir, que este aspecto constituye una forma pura del entendimiento que permite conocer y conceptuar en modo específicamente normativo a la conducta.

Y ese conocer en modo normativo, significa que se aprehende intelectualmente al obrar del hombre, que en su libertad, puede cumplir o no lo que prescribe una norma preexistente.

Ejemplos del deber ser: la idea de la justicia, en el orden jurídico. La belleza en el orden estético. La utilidad en el orden práctico. La adaptación en el orden de la convivencia social.

No existe en la realidad humano-cultural dos diferentes clases de objetos: la del ser y la del deber ser. Esa realidad es una y única. Pero ella puede ser conocida y conceptuada con dos criterios diferentes:

- a) Interpretando a la conducta como un mero hecho, es decir, como un ser. Tal el caso del conocimiento de las disciplinas psicológicas, sociológicas, antropológicas, históricas, - etc.; y,
- b) Interpretando la conducta en su libertad, es to es, como un deber ser. Tal es el caso del conocimiento de las disciplinas éticas: la - Moral y el Derecho.

Pero el mundo de la naturaleza que se despliega en el ser. aparece como distinto del mundo del Derecho, - que se halla inserto en el deber ser. Estamos frente a - dos clases de leyes: la ley natural y la norma de conducta.

Las ciencias de la naturaleza establecen leyes-físicas, químicas, biológicas, etc., que intentan explicar en forma causal los sucesos: relación directa entre la causa y el efecto.

El saber jurídico, en cambio, se estructura en otros planos:

- a) La conducta humana real, estudiada por la Sociología y la Psicología Jurídica;
- b) La normación jurídica de la conducta humana, objeto de la ciencia del Derecho en strictu-sensu; y,
- c) La normación ética en strictu sensu o moral.

70. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS VALORES.

Los valores son objetos ideales, con una propia validez. Tienen sus características propias.

Las ideas éticas, jurídicas, son cualidades ideales frente a las cuales las conductas pueden ser indóciles, lo que no ocurre con las relaciones matemáticas, ideales - también, pero ante las cuales la conducta es dócil. Nadie discute que dos más dos sea cuatro, aunque no hay una causa profunda para sostener esa verdad.

Scheiler y Hartmann produjeron una rigurosa teoría para fundar la tesis objetivista, es decir, la tesis - de que los valores son esencias ideales, con validez objetiva y necesaria, con igual vigencia que las leyes o las - conexiones matemáticas. Su validez como independiente de la experiencia.

Los valores deben conocerse, conocimiento igual al de cualquier otro objeto real o ideal. En todos los - sectores del conocimiento, hay partes que pueden considerarse como conquistadas y otros sujetos todavía a empeñada discusión. Nadie podría negar, por ejemplo, que la gratitud, la lealtad, constituyen valores y que el desagradeci-

miento y la traición son antivalores. En cambio se sigue discutiendo si es o no moral el uso de medios preventivos de la concepción. Nadie podrá negar que es justo devolver lo recibido en préstamo e injusto el asesinato.

Los valores no son meras proyecciones psicológicas; no son el simple resultado de mecanismos mentales, sino que por el contrario tienen una concepción objetiva.

Risiere Frondizzi: El valor ético tiene una fuerza impositiva que nos obliga a reconocerlo aún en contra de nuestros deseos, tendencias o intereses personales.

El hombre se perfecciona. Oriéntase hacia el ser infinito: Dios, la plenitud, la plena unidad, manifestándose como fin supremo, por los supremos valores: la verdad, el bien, la belleza. "Sólo en Dios se confunde totalmente el ser y el valor".

71. VALORES Y DERECHO.

El Derecho tiene que ver con el mundo de los valores; pero el Derecho no es pura y simplemente un valor, sino un conjunto de hechos que ocurren en la vida humana y en el área de la historia y que tiene una serie de ingredientes que no pueden domiciliarse exclusivamente en el mundo de los valores.

El Derecho no es pura idea de justicia; es un ensayo -obra humana- de interpretación y realización de esos valores, aplicados a distintas circunstancias históricas. Por eso se ha dicho que el Derecho es un conjunto de normas elaboradas por los hombres, en una situación histórica, apoyados e impuestos por la autoridad pública.

Hay principios de validez intrínseca y necesaria; principios que deben inspirar y dirigir la elaboración del Derecho positivo, principios que son de Derecho Natural.

Sofokles: con vigorosa expresión hace decir a An

tígona, hacia el año 456 antes de Cristo: este Derecho no es de hoy ni de ayer; vive eternamente y nadie sabe cuando apareció.

Pero, hay más bien una relatividad total en lo que es valor?. Sólo Dios es valor inmutable. Por eso Montaigne decía: qué bondad es ésta que al pasar de un río se convierte en delito?. Y Pascal: tres grados de latitud hacen caducar toda jurisprudencia.

El Derecho no es ni naturaleza física inorgánica, ni de naturaleza biológica, ni psicológica. No es idea pura, ni es puro valor. No es igual a una verdad lógica, ni a un principio matemático.

Mientras el principio de que todos los radios del círculo son iguales, tenía consistencia ideal antes de que el primer geometra lo descubriese, un Código Civil no existía antes de haber sido elaborado, dictado, promulgado. No estaba en el mundo de los valores.

De los valores derivan normas de conducta; pero la noción del deber implica la posibilidad psicológica de no cumplirlo. Si la fórmula fuese de inevitable realización, no tendría sentido prescribirla como norma, porque sería sencillamente una ley de la naturaleza que se cumpliría siempre y necesariamente.

72. ESTIMATIVA O AXIOLOGIA JURIDICA.

Entiéndese por Estimativa o Axiología Jurídica, el análisis de los problemas sobre la valoración jurídica.

La palabra Estimativa, usada por Ortega y Gasset, se refiere globalmente al estudio de los valores. Estimativa, por ello, es equivalente a Axiología.

Una ley vigente o una sentencia ejecutoriada, constituyen la última y definitiva palabra. En otros términos, constituyen el ser. Pero, esa sentencia o esa ley,

representan lo que debe ser?. Es justa la norma o la sentencia?. Podrían ser mejor?.

Luis Recasens Siches: La Estimativa o Axiología Jurídica, es la parte de la Filosofía del Derecho que trata de averiguar los valores en los cuales el Derecho po sitivo debe inspirarse, los cuales habrán de servir como - criterio ideal para el enjuiciamiento de normas históricas, y al mismo tiempo como guía para la reelaboración del Derecho.

Los valores ético-morales son preexistentes al ordenamiento jurídico y constituyen el fundamento ideológico del mismo. Por tanto, hay que estudiar a los valores en re lación con lo jurídico.

Son campos de la Axiología Jurídica el origen, contenido y naturaleza de los valores jurídicos.

El criterio que podríamos denominar apriorismo jurídico es aquella posición que considera que el ser humano nace ya con un sentido de lo que es justo y de lo que es injusto. Es decir, que al lado de un apriorismo del pensamiento, hay también un apriorismo de los valores. (Pascal, Max Scheller y Kant).

El fenomenalismo axiológico-jurídico, es la posición que considera que los valores jurídicos son produ- tos espirituales supra-individuales, es decir, que se hallan situados más allá de las conciencias individuales; que son fenómenos sociales.

Se puede vincular esta teoría con la Fenomeno-logía no personalista de Hartmann.

El relativismo axiológico-jurídico, es la posición que considera que los valores jurídicos no son una no-ción de esencia, sino una noción de relación. El criterio de lo que es justo o injusto depende de la relación previa con los elementos determinantes de la valoración.

La tendencia Energetismo - Axiológico - Jurídico, es la posición que considera a los valores jurídicos como que dependen de las energías ético-morales que libran los movimientos sociales.

La teoría del Empirismo-Axiológico-Jurídico es la posición que considera que los valores nacen de las necesidades de la vida práctica de los pueblos, es decir, empíricamente.

73. FINALIDAD DE LA ESTIMATIVA JURÍDICA.

Los valores hallados como pertinentes por la Estimativa Jurídica constituirán una de las bases para el establecimiento de los fines a los que el Derecho debe servir, como medio de realización.

Para que determinado efecto sea establecido como finalidad, debe cumplir dos requisitos:

- a) Que los fines aparezcan como valiosos; y,
- b) Que el fin resulte adecuado a la realidad humana.

Ello equivale a preguntar por qué valores ha de orientarse el Derecho positivo.

El Derecho positivo es siempre por esencia y necesariamente una obra circunstancial. Las normas jurídicas son gestadas y elaboradas bajo el estímulo de ciertas necesidades sentidas en la sociedad y en épocas determinadas.

El reino de lo humano no es una especie de celeste imperio de valores puros. Hay necesidades concretas y actuales.

El Derecho Positivo logra su finalidad, de la siguiente manera:

- a. reconociendo algunos de los valores que -

demandan protección; y,

- b) Definiendo los límites que esos intereses deben ser protegidos, mediante preceptos-jurídicos.

74. BIEN JURIDICO.

Aclarando el concepto de bien jurídico, que define como el interés jurídicamente protegido, señala Von Litz- que el mismo no es un bien del Derecho, sino un bien de - los hombres, reconocido y protegido por el Derecho.

Por consiguiente, cuando los distintos intereses-humanos son recepcionados por el Derecho, cuando son sometidos a la regulación, se transforman en bienes jurídicos.

El concepto del bien jurídico es común a todo el-ámbito del Derecho. Pero, dentro del área del Derecho Penal cobra una importancia especial, porque su misión específica es la defensa mas enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección.

El bien es un ser, que se constituye por el hombre en cuanto es apetecible. El hombre, por su voluntad actual persigue la felicidad; pero cuando se orienta a la perfección, se siente atraído por el bien.

Orientándose hacia el bien supremo, el hombre coadyuva para el bien de los demás, es decir, para el bien-común.

El bien que trata de realizar el orden social consiste en la bondad de las relaciones interhumanas, o en - otras palabras, en la justicia.

Por las finalidades que persigue el Derecho mediante los bienes, es decir, los intereses jurídicamente protegidos, se defiende al hombre en su vida y en su cuerpo. La vida en sus manifestaciones y el cuerpo en su aspecto-dinámico, constituyen la individualidad física del hombre y su prolongación.

Los bienes exteriores del hombre, son los bienes-económicos, mensurables como las necesidades a las que satisfacen, y por lo mismo, susceptibles de intercambio.

La manifestación de voluntad, garantizada por la-norma que crea un derecho subjetivo, es uno de los bienes jurídicos. El establecimiento de derechos subjetivos, en-traña el establecimiento de bienes jurídicos.

Para garantizar un interés jurídicamente protegi-do, la ley prohíbe cuanto se le opone, y así establece el deber de lo opuesto.

Al establecer garantía, una norma jurídica prohi-be que el hombre intervenga en ciertos aspectos, o sin el cumplimiento de determinados requisitos.

75. CRITERIOS SOBRE EL BIEN Y EL MAL.

Determinar los criterios sobre el bien y el mal -es nada menos que determinar la última raíz ideológica de los ordenamientos jurídicos.

Hay cuatro categorías de esos criterios:

- a) Doctrinas utilitaristas;
- b) Doctrinas sentimentales;
- c) Doctrinas racionales; y,
- d) Doctrinas del supramoralismo.

Para las doctrinas utilitarias el bien es la uti-lidad que el sujeto consigue y podemos considerarlas divi-didas, a su vez, en las doctrinas del placer y en las del interés.

El hedonismo o doctrina del placer sostiene que -el bien para el hombre es el placer y que el mal es el do-lor, doctrina sostenida modernamente por Saint Simon y -Fourier. Pero contemporáneamente está superada.

También, dentro de las doctrinas utilitaristas tenemos la llamada moral del interés, que sostiene que el bien es lo que conviene, en placer o en utilidad y el mal es lo que no conviene. Bentham da a esta teoría una fórmula rigurosamente científica. Es criterio también superado porque se basa en la preeminencia del egoísmo.

La teoría del interés fue perfeccionada por Stuart Mill que ideó la "moral del interés general".

Las doctrinas sentimentales, se apoyan en los sentimientos del hombre para establecer los criterios del bien y el mal.

Para algunos autores el sentido del bien y del mal está dado por el "sentido moral", que sería como un criterio a priori del valor moral (Rousseau, Hume).

Dentro de las doctrinas sentimentales, los criterios del bien y del mal (criterios morales), han servido de fundamento a ese Derecho Público, que tiende hacia la justicia social.

Las doctrinas racionales sostienen que el criterio moral del bien y del mal, debe ser dado por la razón humana.

Se trata de una moral intelectual.

Se agrupan en esta doctrina, la moral socrática, la moral platónica y el eudemonismo racional de Aristóteles.

En épocas modernas tenemos dentro de las doctrinas racionales a Kant con su teoría del imperativo absoluto, que sería el cumplimiento por el hombre de una ley moral que le llega por vía racional, pero que ya está en su conciencia.

Son superiores estas doctrinas a las sentimentales.

* * * * *



CAPITULO VII

LIBERTAD E IGUALDAD.

76. Motivación.- 77. Liber
tad.- 78. Breve reseña his
tórica.- 79. Clasificación
de la libertad.- 80. Igual
dad.- 81. Ni libertad ni -
igualdad: conservadorismo-
económico, liberalismo, in
dividualismo, feudalismo,-
caciquismo, capitalismo...
82. Necesidad de cambios:
Revolución.

76. MOTIVACION.

En el capítulo anterior consideramos a la Axiología Jurídica o teoría de los valores, en lo que se relaciona directamente con el Derecho.

Los valores o intereses jurídicamente protegidos son de variada naturaleza, comenzando por el primero que es el derecho a la vida, a la integridad personal, a dis-

poner de condiciones y medios necesarios para una vida en sociedad que sea compatible con la dignidad humana.

Pero hay otros valores que tienen más estrecha relación con esta parte de la obra, porque los mencionados se considerarán en su debido lugar y a lo largo de toda la obra. Así, por ejemplo, lo relacionado con el derecho a la vida se verá con alguna detención en el tomo dedicado al Sujeto del Derecho, es decir, el tomo cuarto de este libro; la integridad personal es un interés protegido más bien por otras esferas del Derecho, que la que forma la parte central de este estudio, es decir, el Derecho Civil, y todo lo que se relacione a medios económicos para una vida digna, formará parte de los tomos dedicados a la propiedad, o mejor, al Derecho Patrimonial.

Entonces, los valores que tienen más estrecha relación con esta parte de la obra, son la libertad y la igualdad, por lo que consideramos necesario, después de la Axiología o Estimativa Jurídica, hablar acerca de esos valores.

77. LIBERTAD.

Los filósofos griegos conocieron el concepto de la libertad. Los estoicos hacen de ella el móvil de la conciencia y la piedra de toque de las acciones humanas.

Los romanos la respetan.

Pero estuvo reservada al Cristianismo la demostración de la libertad como práctica de la vida, antes que como pensamiento o teoría de la acción. La persona obra libremente y responde de lo que hace. Para el cristiano el hombre es libre interior y exteriormente. La primera forma implica rechazo a la fatalidad, y la segunda repele la coacción.

El Derecho debe proteger a la libertad: una disposición social que permita a la persona realizarse e impida perturbaciones contra esa íntima posibilidad.

Como antítesis de la coacción externa, la libertad cristiana rechaza la tiranía o sea el predominio de uno - sobre los demás.

La libertad parte de la igualdad. Todos somos iguales, hermanos.

Esa igualdad y libertad son contrarias a la existencia de siervos y esclavos.

Pero, la libertad absoluta no existe en el hombre, ya lo hemos dicho. No hay libertad absoluta ni en el mundo de la naturaleza, ni en el mundo de la cultura. La libertad es una entidad relativa.

La libertad es un derecho inalienable e imprescriptible de la persona humana, pertenece indisolublemente a su propia naturaleza. A la libertad debe tenerse como un derecho natural, fundamental y primordial.

Las leyes de la naturaleza son leyes necesarias, - pertenecientes al ser; las leyes jurídicas son formas contingentes, pertenecientes al deber ser. Para el Derecho-Natural, un individuo es anterior y superior a la ley, y es anterior a la sociedad y al Estado. El legislador no tiene derecho a hacer lo que quiera; debe dictar las leyes de acuerdo con los altos principios de la justicia. - Se realiza, sin embargo, la utopía de dar libertad al hombre por medio de leyes.

Pero esas leyes que hablan de libertad, son producto de una sociedad desgarrada por egoísmos, antisolidaria, por eso el hombre se ha visto forzado a sacrificar una parte de esa libertad, para conseguir su seguridad.

78. BREVE RESEÑA HISTORICA.

La esclavitud se opone abiertamente a la libertad. La esclavitud es una institución histórica que aparece en los orígenes de la humanidad y que llega a nuestros días.

Acaso ha desaparecido completamente de la faz de la tierra la esclavitud?. Talvés en la forma en la que se concebía en el pasado, esto es, como un derecho de propiedad de un hombre frente a otro hombre y a su familia. Pero en otras formas, se siente todavía la presencia de la esclavitud. En todas partes se presenta el sojuzgamiento del hombre - por el hombre.

En la sociedad antigua los hombres estaban dividos en castas, pero especialmente en dos grandes grupos: los hombres libres y los esclavos o semiesclavos. En la sociedad contemporánea también los hombres están dividos en dos clases: los poderosos y los desposeídos. Tanto los libres del pasado, como los poderosos de hoy, representan una ínfima minoría, pero ejercen el poder.

El concepto de la libertad en Roma y Grecia era - distinto al nuestro. Era poder de elegir o ser elegido y no estar sometido a un poder extraño. Para Cicerón la libertad significaba el imperio de las leyes establecidas. En Atenas y Esparta, frente a la ciudad, la persona carece de toda garantía. Es erróneo creer que en las ciuda-des antiguas el hombre haya gozado de libertad.

El gobierno se llamó sucesivamente monarquía, - aristocracia, democracia, pero ninguna de esas formas concedió al hombre la verdadera libertad individual.

La Revolución Francesa, una de las auténticas revoluciones de la humanidad, basó sus principios en la libertad, pero no consiguió sus propósitos. El hombre se llambaba libre, pero en realidad no lo era. Siempre ha estado aprisionado.

Otra de las auténticas revoluciones, la Rusa, quizo sustituir el absolutismo zarista, por la dictadura del proletariado; pero la verdad es que se ha impuesto a su pueblo un régimen no menos absolutista. El bolchevique es contrario a la libertad humana.

79. CLASIFICACION DE LA LIBERTAD.

En el mundo de la cultura, la libertad puede ser individual o colectiva. La individual es la independencia de cada hombre. La colectiva es la independencia de un Estado, con respecto a otros Estados.

La libertad individual puede ser pública o -privada, es decir, libertad política, y libertad civil.

Las libertades individuales tienen un momento estático y un momento dinámico. El estático consiste en la seguridad, y el dinámico en poder ejercer las facultades y derechos.

Son libertades públicas la plena facultad de elegir y ser elegido. La libertad de petición, de reunión, de opinión, de sindicalización, de huelga.

Son libertades privadas las inherentes a la personalidad humana. Su elemento dinámico está constituido por facultades y derechos: libertad corporal, de tránsito, de habitación, de correspondencia, de educación, de religión, de sentir y expresar soluciones públicas y políticas. El elemento estático: la inviolabilidad o seguridad de conciencia, de domicilio, de correspondencia, de integridad física.

80. IGUALDAD.

Se deben los principios de igualdad al Cristianismo. Si todos los hombres son hijos de Dios, y por lo mismo hermanos entre sí; si debe amarse no solamente -al amigo, sino al enemigo, porque él también es nuestro prójimo, la igualdad total está conseguida. En sentido puro, no cabe desigualdad entre los hombres. ¡Qué poco siguieron a Cristo en este aspecto -y entre otros- los que se llaman sus discípulos, creyentes, seguidores!. Si esos principios del Cristianismo se hubieran llegado a imponer, la humanidad se hubiera salvado.

Asimismo, otra Revolución, la Francesa, basándose en la igualdad de los hombres, ideal que jamás se consiguió, especialmente porque exageró otro de los grandes valores, es decir, la libertad, convertida en muchos casos en libertinaje. Usando de su libertad, el hombre ha tenido el medio más idóneo para sojuzgar a sus semejantes, en nombre del ejercicio de legítimos derechos.

Y aún cuando se pueda hablar de que la libertad está en la naturaleza de los hombres, no ocurre lo mismo con la igualdad. Bien puede sostenerse, más bien, que la ley que impera en la humanidad es la de la desigualdad, por más que constituciones y leyes se encarguen de pregonar a todo lo ancho y largo del mundo que los hombres son iguales.

La desigualdad imperante y la inutilidad de disposiciones normativas que establecen la igualdad, obedecen a un criterio obvio: la igualdad, valor de alta jerarquía jurídica, pertenece al campo de la ontología y no puede resolverse deontológicamente mediante la expedición de normas o leyes.

Si dos seres son desiguales por su naturaleza, ni la suprema norma constitucional, ni una ley pueden imponer una igualdad que contradiga a lo que es. Siempre nos ha causado una gran repugnancia la segregación racial, uno de los delitos públicos de que se puede acusar al gran país del norte. Por lo mismo, no estoy en contra de la raza negra; al contrario, estoy totalmente a su favor. Pero ninguna ley humana que repudie la segregación racial puede cometer la torpeza de decir que los negros no son negros, que son blancos o amarillos. Con la ley o sin ella, los negros seguirán siendo negros.

El menor no puede ser igual al mayor, precisamente en el ejercicio de ciertos derechos, como los derechos políticos y los que confieren la llamada capacidad de ejercicio, es decir, la de contratar o comparecer directamente en juicio. La mujer no es igual al hombre en su fisiología, en su psicología, en la fuerza física, ni cabe -

darle igualdad absoluta en el ejercicio de los derechos, - porque es un ser débil dentro de la sociedad y debe ser protegido, como todo ser débil. El inteligente, el culto, el ilustrado, no pueden ser iguales al analfabeto en la - consecución de los medios para la lucha por la vida, aunque la naturaleza sabia haya compensado suficientemente esa - desigualdad, agravando en el hombre culto la angustia de - vivir. El bueno, no puede ser igual al malo.

Pero, en donde con mayor intensidad se nota la desigualdad, es en el injusto reparto de los bienes económicos necesarios para la satisfacción de las exigencias de la vida, y en las oportunidades para la consecución de lo deseado, de lo perseguido. Por ello es que la última de - las Revoluciones, la Rusa, proclama la desigualdad como - norma; la desigualdad del capital y del trabajo, y la necesidad de proteger al elemento débil de la sociedad, el - obrero, mediante la lucha de clases y la dictadura del proletariado.

Si en el aspecto estrictamente económico se podría conseguir el milagro, en un instante de la historia, - de modo que todos los bienes se repartan en forma que a cada cual le corresponda una porción igual a la del otro, - esa igualdad no duraría sino horas, porque el ahorrativo - aumentará lo recibido y el despilfarrador la disminuirá; - el capaz volverá a ser poderoso económicamente, y el incapaz caerá a corto plazo en su dominación.

81. NI LIBERTAD, NI IGUALDAD.

Aun cuando la libertad, al parecer, es un don que pertenece al hombre por su propia naturaleza, como valor relativo, y la igualdad es otro valor a que tiene derecho el hombre, sin embargo la historia nos ha enseñado que ni el un valor ni el otro, han regido en la sociedad.

No vemos necesario adentrarnos en la noche de los tiempos, en aquellas épocas en que no había otra ley - que la de la fuerza bruta, y en la cual no podía haber ni igualdad ni libertad. Veamos sólo lo que ha ocurrido en -

darle igualdad absoluta en el ejercicio de los derechos, - porque es un ser débil dentro de la sociedad y debe ser protegido, como todo ser débil. El inteligente, el culto, el ilustrado, no pueden ser iguales al analfabeto en la - consecución de los medios para la lucha por la vida, aunque la naturaleza sabia haya compensado suficientemente esa - desigualdad, agravando en el hombre culto la angustia de - vivir. El bueno, no puede ser igual al malo.

Pero, en donde con mayor intensidad se nota la desigualdad, es en el injusto reparto de los bienes económicos necesarios para la satisfacción de las exigencias de la vida, y en las oportunidades para la consecución de lo deseado, de lo perseguido. Por ello es que la última de - las Revoluciones, la Rusa, proclama la desigualdad como - norma; la desigualdad del capital y del trabajo, y la necesidad de proteger al elemento débil de la sociedad, el - obrero, mediante la lucha de clases y la dictadura del proletariado.

Si en el aspecto estrictamente económico se podría conseguir el milagro, en un instante de la historia, - de modo que todos los bienes se repartan en forma que a cada cual le corresponda una porción igual a la del otro, - esa igualdad no duraría sino horas, porque el ahorrativo - aumentará lo recibido y el despilfarrador la disminuirá; - el capaz volverá a ser poderoso económicamente, y el incapaz caerá a corto plazo en su dominación.

81. NI LIBERTAD, NI IGUALDAD.

Aún cuando la libertad, al parecer, es un don que pertenece al hombre por su propia naturaleza, como valor relativo, y la igualdad es otro valor a que tiene derecho el hombre, sin embargo la historia nos ha enseñado que ni el un valor ni el otro, han regido en la sociedad.

No vemos necesario adentrarnos en la noche de los tiempos, en aquellas épocas en que no había otra ley - que la de la fuerza bruta, y en la cual no podía haber ni igualdad ni libertad. Veamos sólo lo que ha ocurrido en -

estos últimos siglos de la historia de la humanidad, a través de las diversas tendencias o modos de ser de la sociedad, y encontraremos que tampoco ha regido ni la igualdad, ni la libertad.

Conservadorismo económico.

Nos reducimos a citar comentarios ajenos:

Angel Osorio: Se entiende por conservador, que unas personas tengan mucha fuerza política y mucho dinero, mientras que millones de seres vivan en la sumisión, el analfabetismo y la miseria.

José Antonio Primo de Rivera: El derechismo, - los partidos de derecha, enfilan precisamente el panorama desde otro costado. Se empeñan también en mirar con un solo ojo, en vez de mirar claramente y de frente y con los dos. El conservadorismo quiere conservar la autoridad; pero se desentiende de la angustia del hombre, del semejante que no tiene para comer.

Bismarck: Si hay que tomar medidas reaccionarias, el partido liberal ocupará el timón, en la suposición justa de que no irá más allá de los límites necesarios; si se trata, por el contrario, de medidas liberales, entonces de preferencia y por las mismas razones, serán los conservadores quienes tengan las riendas.

Liberalismo.

El Estado no debe intervenir en la vida social; la ley de la oferta y la demanda por sí misma la regula. - El mundo marcha por sí mismo. La iniciativa privada hace todo.

La economía está regulada por la inexorable ley del egoísmo individual; la búsqueda del lucro conduce a la armonía social y económica; el mejor gobierno es el que menos gobierna. El Estado desempeña el papel de un simple vigilante nocturno.

B. Mirkiné Guetzevich: El término liberal y - el concepto del liberalismo, ha tenido siempre dos aplicaciones distintas, según se trate del liberalismo político o del liberalismo económico, es decir, según se refiera a los derechos de la persona humana o a las relaciones patrimoniales que suscita la convivencia.

El calificativo liberal se ha aplicado y se - aplica a cierta actitud frente a la vida y con relación al gobierno, que consiste en afirmar los derechos de la personalidad humana, como lo más importante y esencial del problema político y jurídico que interesa a la sociedad.

Las escuelas económicas ven en el liberalismo - la doctrina económica de los fisiócratas, que tiene como - punto de partida aquella afirmación de Gournay: laissez - faire, laissez passer, y que consiste en la neutralidad del Estado, o en su no intervencionismo, cuando se trata de - las relaciones patrimoniales.

José Enrique Rodó: Si para llamarse a justo tí - tulo libre pensador, bastaría con inscribirse en los regis - tros de una asociación de propaganda y participar en los - odios anticlericales, dependería de un acto de voluntad - -menos aún, de un movimiento reflejo- el ser efectivamente libre pensador.

Luis Blanc: Todos los hombres son hermanos. - Donde no existe igualdad, la libertad es una mentira. La sociedad sólo podría vivir mediante la desigualdad de las aptitudes y la diversidad de las funciones. Pero, aptitudes superiores, no tienen por que conferir mayores dere - chos. Lo que imponen son mayores deberes.

Bismarck: Los franceses son todos así Po - déis pegarlos veinticinco bastonazos; si al mismo tiempo - les hacéis un gran discurso sobre la libertad y la digni - dad humana, no se dan cuenta de los bastonazos y escuchan - el discurso.

Graco Babeuf: La igualdad: iel primer mandato-

de la naturaleza. ¡La primera necesidad del hombre y nudo de toda asociación legítima! Desde tiempo inmemorial se nos repite con hipocrecía: los hombres son iguales, y desde tiempo inmemorial, una desigualdad, la más envilecedora y numerosa, pesa con insolencia sobre el género humano.

Individualismo.

Se caracteriza por su total indiferencia del interés general. Para el individualismo, el Estado sólo debe garantizar la paz pública; que cada uno obre como quiera.

Feudalismo.

El señor feudal domina económica y socialmente al vasallo, que era sometido a los rapaces tesoreros de los señores que se apropiaban de la tierra y de la persona de los infelices campesinos. Así surgió una nueva clase esclava, la de los siervos de la gleba. El primer terrateniente era el rey, el segundo, la Iglesia Católica. Contra el feudalismo se manifiesta el Cristianismo -no la Iglesia- para lograr que sea menos cruenta la tiranía. La Asamblea Constituyente Francesa, luego de la Revolución, decretó la abolición de los derechos feudales, con indemnización o sin ella, y proclamó los derechos del hombre.

Caciquismo.

Parece que los conquistadores españoles oyeron por primera vez el término en las islas de Barlovento, en el Caribe. Se da el nombre de cacique a un señor de vasallos. El término se aplicó en toda América, como una nueva denominación del feudalismo criollo.

Capitalismo.

En qué consiste la política, cuyo soberano es el capital?, se pregunta Proudhon: un espectáculo de sombras chinescas, una danza de los muertos.

Fernando de los Ríos: El capitalismo ha significado la exaltación de la idea de libertad aplicada a los objetos económicos, con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres.

Lemis: En el Estado burgués más democrático, - las masas oprimidas se enfrentan constantemente a una contradicción latente, entre la igualdad nominal proclamada - por la "democracia" de los capitalistas y los millones de restricciones y de subterfugios reales que convierten a los proletarios en esclavos asalariados.

En el espíritu capitalista aparece el dinero - como fuente de toda riqueza y de todo poder. El dinero se hizo para ser gastado. El espíritu capitalista se caracteriza por el afán de lucro y la tendencia a la acumulación de las riquezas.

Pues bien, con el breve recorrido de las tendencias políticas y económicas que han dominado y dominan el mundo -de las que se han excluido intencionalmente las tendencias socialistas, socializantes- es posible hablar de libertad e igualdad entre los hombres?. De ninguna manera, a menos que se consideren términos equivalentes y sinónimos la esclavitud y la libertad, la dominación económica - de unos hombres a otros, y la igualdad.

Esos grandes valores en el campo del Derecho: - la libertad y la igualdad que han sido tradicional y constantemente perseguidos por los hombres, resultaron ser bienes inalcanzables.

82. NECESIDAD DE CAMBIOS: REVOLUCION.

El mundo jurídico se había habituado a ciertas formas cristalizadas en centurias, de no innovar, manteniéndose rígidamente en los arcaicos moldes que nos legara el cesarismo romano, crudamente individualista y enemigo de toda concesión al ente colectivo, que es la sociedad.

Como si se temiera que rozar siquiera el mono-

lítico estatuto que dura mil años, significara un derrumbe de todos los principios de totem y tabú que se han venerado a través de las generaciones; heredades del viejo y muy venerado Derecho de Roma, y de allí transmitido a cien generaciones, cualquier cambio significa un sacrilegio.

La humanidad vive en su desarrollo ciertos ciclos de cultura. Estamos sin duda ahora frente a uno que muere y a otro que nace. Nuestra época tiene consciencia de que vive una revolución, es decir, que es necesario innovar, que hay que cambiar esos viejos moldes que hereda mos del pasado, sin temor de causar agravio al viejo Derecho de Roma.

Pero es necesario realizar cambios verdaderos, profundos. No compresas de agua tibia, ni parches y remiendos a lo viejo.

No falsos revolucionarios, no aquellos que se encuentran más acá que más allá de la revolución. O, como dice Saint Just, quien ha llevado una revolución a medias ha cavado su propia tumba.

Vimos en el número anterior que, con conservadurismos, liberalismos e individualismos, no era posible ni la libertad, ni la igualdad de los hombres. Qué pasa con aquellas tendencias que se autodenominan revolucionarias, en relación con los valores jurídicos de la libertad y de la igualdad?.

La Revolución Socialista, no es otra cosa que la implantación de un nuevo orden en lo económico. Es el triunfo de un sentido materialista de la vida y de la historia; es la sustitución violenta de la religión por la irreligiosidad; la sustitución de la patria por la clase cerrada y rencorosa; la lucha de clases, y para ello, la agrupación de hombres por clases, y no la agrupación de los hombres en todas las clases, dentro de la patria común de todos ellos; es la sustitución de la libertad individual, por la sujeción férrea a un Estado que, no sólo regula nuestro trabajo, como en un hormiguero, sino que regula tam

bién, implacablemente, nuestro descanso.

Por eso propugnamos, con José Vasconcelos, una revolución como un recurso colectivo para derribar opresiones ilegítimas y reconstruir la sociedad sobre la base de la economía sana y de la moral elevada. Para crear un Estado social más justo y más libre que el régimen que se ha destruído o que se intenta destruir.





CAPITULO VIII

JUSTICIA.

83. Justicia.- 84. Ideal de -
justicia.- 85. Justicia y Dere
cho.- 86. Justicia y orden. -
87. Clases de justicia.- 88. -
Manifestaciones de la justicia:
enumeración.- 89. Justicia So-
cial.- 90. Justicia de relación
91. Justicia compulsiva.- 92.
Justicia compensatoria.- 93. -
Justicia punitiva.- 94. Justi-
cia premial.- 95. Justicia le-
gal.- 96. Justicia judicial.--
97. Sumisión a la regla injus-
ta.- 98. Regla de Derecho in -
justa.- 99. Equidad.- 100. Bue
nas costumbres.-

83. JUSTICIA.

La palabra justicia se ha empleado para expresar

el criterio ideal, o por lo menos, el principal criterio ideal del Derecho; la idea básica sobre la cual debe inscribirse el Derecho; la virtud universal comprensiva de todas las virtudes.

La justicia y los griegos:

Protágoras de Abdera: El hombre es la medida de todas las cosas. O, la inscripción en el Templo de Delfos: Conócete a ti mismo.

Pitágoras: Los hombres somos a la justicia, lo que este término medio de la justicia es al equilibrio o a la armonía. La justicia es un número igualmente igual.

Platón: La justicia es la virtud fundamental de la cual derivan todas las demás virtudes.

Platón usa la palabra justicia, como expresión de la virtud total o perfecta: una medida de proporcionalidad de los actos.

Aristóteles: Pensando en la misma fórmula de Pitágoras, divide a la justicia en conmutativa y distributiva.

Para los sofistas, hay cosas justas por naturaleza y otras por mandato. Nace la distinción entre lo natural y lo legal, principio que modernamente se traduce en otra forma: Derecho de ordenamiento natural y de ordenamiento positivo.

Sócrates identifica la justicia con el bien.

Para los griegos, en definitiva, la justicia es una relación de igualdad que puede nacer de la naturaleza o de la ley y que es susceptible de ser valorada por la conciencia.

Ni la utilidad, ni la imposibilidad externa, ni la evolución biológica o económica, han logrado superar el pensamiento griego.

La justicia más acá de los griegos.

Para San Ambrosio, la justicia es fecunda generadora de otras virtudes.

Leibniz: La justicia es la totalidad de la perfección ética.

Del Vecchío: La justicia exige que todo sujeto - sea reconocido por otros en aquello que vale y que a cada uno le sea atribuido por otros, aquello que le corresponde. Sin la justicia, la vida no sería posible, y si lo fuere, no merecería vivirla.

Pound: La justicia exige la satisfacción armónica del mayor número de intereses de los hombres, con la menor fricción y la menor pérdida, logrando el mayor equilibrio armónico. "El hombre eterno de Chesterton o el hombre nuevo de Lucien Romier, anhelarían siempre una seguridad justa.

Al hablar de la justicia pensamos en una conducta que pertenece al reino de lo ético; pero que no lo comprende en toda su amplitud, ni lo agota. Por la justicia en hombre se ve incerto en un orden, es parte de una estructura y por ella, a mí me pertenece ésto, a tí aquello. A cada cual le pertenece lo suyo.

Pero de hecho la justicia sirve para relaciones - impersonales de instituciones, de leyes, de ordenamientos. No pertenece a la ética de la persona, sino a la ética de los ordenamientos.

Es evidente que en todos los tiempos, desde Pitágoras hasta el presente, hay un criterio uniforme, coincidente, para configurar a la justicia, como regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad entre el individuo y la colectividad.

Pero en la aplicación práctica de la idea de la justicia, se han presentado las más arduas controversias teóricas y las más sangrientas luchas políticas.

Hay una gran diferencia sobre el criterio de la igualdad; sobre la medida de la igualdad, de lo que debe ser considerado como mío, como suyo.

Para concluir recordemos que Jesucristo, desde la Montaña de las Bienaventuranzas dijo: Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque ellos serán hartos.

84. IDEAL DE JUSTICIA.

Los que intentan introducir la justicia en el Derecho, se dividen en dos tendencias: la individualista y la social.

La tendencia individualista trata de aplicar la idea o ideal de justicia a la actividad de cada individuo, de cada persona. Encontrar lo que es justo para cada uno. Pero entonces habría que aceptar que los derechos subjetivos son absolutos. Que hay una fortaleza inexpugnable dentro de la cual se encierra el individuo y se somete a su abrigo.

El criterio resulta egoísta. El hombre, con esa tesis, no tendría sino derechos. No estaría obligado frente a los demás.

La tendencia social recuerda que el hombre vive en sociedad y por eso es necesaria una regla de conducta justa, pero con aplicación generalizada.

El interés social es distinto de los intereses particulares. Hay que ceder lo individual en beneficio de lo social. Los derechos de los individuos son relativos, están subordinados a los intereses generales que desembocan en el bien común. Hay quienes, con criterio extremo, niegan todo derecho al individuo, que por tanto sólo tendría deberes, obligaciones.

¿Quién determina el interés social, un político?

La verdad y la justicia se encuentran en un justo medio. El fin de la regla debe ser el respeto de la dignidad

humana, con derechos básicos, inalienables, en tanto no atenten contra el bien común. Entonces, en el equilibrio entre el interés individual y el interés social, radica la justicia.

La Revolución Francesa de 1.789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Código Napoleón, todas esas tendencias individualistas deben ser fuertemente limitadas, de modo que los derechos del individuo puedan conciliarse con los de la sociedad en la que vive. Por ejemplo, el derecho de propiedad que tenga un individuo, debe cumplir la función social que le corresponde. Sólo así podríamos encontrar una verdadera justicia.

Capdevita: La misión de Israel en lo que al Derecho se refiere, vincúlase hondamente con la misión de Roma en la Historia Universal. Si Roma tuvo a su cargo la organización del Derecho, la misión de Israel fue la de preparar los caminos de la justicia. Roma organizó el Derecho de los ricos. Israel soñó en un Derecho de justicia, sin ricos ni pobres.

85. JUSTICIA Y DERECHO.

Para la historia del pensamiento jusfilosófico se presenta muy atractivo este problema: cómo se opera el paso de la justicia al concepto del Derecho. El problema se vuelve más atractivo en cuanto la solución del mismo estuvo encomendada al desenvolvimiento de dos culturas, la griega y la romana.

Los pensadores helenos legaron definitivamente al espíritu humano el concepto de la justicia y la teoría del Estado. Roma dió un paso más y vistió con una fórmula positiva cada paso posible de aplicación del principio helénico de la justicia, creando instituciones y diferenciando los géneros del Derecho. El equilibrio social de las organizaciones históricas en Roma se realiza por el predominio de una fuerza conservadora tenaz que se refleja en las instituciones que conocemos con el nombre de Jus Civile.

La tradición familiar, la lucha de patricios y -

plebeyos, ambas clases eminentemente conservadoras, da lugar al nacimiento del Derecho en Roma.

Viene la República; crece el Jus Civile; los principios se gravan en las XII Tablas. Roma, en suma, crea el Derecho, como Grecia creó la Filosofía.

Ese Derecho Romano fue justo en su tiempo?. Puede actualmente inspirar principios de justicia?.

86. JUSTICIA Y ORDEN.

Asevera Santo Tomás de Aquino en su Summa Teológica que, como la igualdad es relación de uno con otro, propio es de la justicia ordenar al hombre frente a los demás hombres. Por tanto la justicia implica un principio de ordenación de la conducta humana. El ordenamiento recae sobre la voluntad del hombre, orientando sus actividades hacia el bien.

El orden se bifurca en dos manifestaciones, calificadas de social y moral. En tanto ese orden implique aplicación social, o aplicación a una determinada sociedad, la justicia pasa a ser un principio de orden. Lo que ocurre con el orden moral que es íntimo, sólo se refiere a una persona, mira al hombre como una unidad aislada, no en su relación con los demás.

87. CLASES DE JUSTICIA.

Desde Aristóteles, la justicia se divide en conmutativa y distributiva. La primera se manifiesta como igualdad cuantitativa. La segunda, como igualdad cualitativa, es decir, como una igualdad de razones.

Siendo la justicia una relación de igualdad para la clasificación que se menciona, esa igualdad tiene distintas manifestaciones. En la justicia conmutativa son relaciones de coordinación entre individuos. La distributiva se basa en relaciones de subordinación y de supraordenación.

88. MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA: ENUMERACION.

Las manifestaciones fundamentales de la justicia, son las siguientes:

- a) Justicia social;
- b) Justicia de relación;
- c) Justicia compulsiva;
- d) Justicia compensatoria;
- e) Justicia punitiva;
- f) Justicia premial;
- g) Justicia legal; y,
- h) Justicia judicial.

En los próximos números de este mismo capítulo - procuraremos dar nuestro criterio sobre esas diversas manifestaciones de la justicia.

89. JUSTICIA SOCIAL.

La justicia social tiene como fin inmediato lograr una distribución equitativa de la riqueza entre las diferentes clases sociales, y un trato digno en las relaciones entre los hombres.

La justicia social no se refiere solamente al problema obrero-patronal, como derivación del capitalismo. En el pasado encontramos problemas sociales como la esclavitud, la diferencia de clases -que todavía existe en el presente-, la imposición bélica del vencedor sobre el vencido, etc..

Desde el punto de vista del Derecho, no podemos aceptar una solución sentimental, que resulte puramente subjetiva, pues carecería de validez universal. La justicia social se opone a la vigencia de situaciones que se han logrado consolidar con el Derecho vigente, como el irrestricto respeto a propiedades y posesiones adquiridas al amparo de leyes cuya filosofía rige desde la época romana.

Por ello, para la realización de la verdadera justicia, no hay sino dos caminos: o la ruptura violenta del ordenamiento jurídico mediante una revolución, o la renovación gradual y constante del Derecho por innovaciones pacíficamente establecidas.

Si en verdad el Derecho, por imperativo de la justicia, debe dar a cada uno lo suyo, también un verdadero sistema jurídico debe realizar la seguridad, el bien común, la paz y el orden público. El hambre de un pueblo es la mayor barrera para el establecimiento de esos principios de seguridad y de orden.

Las grandes revoluciones muestran que cuando el Derecho arcaico no puede mantener el equilibrio social, su ruptura violenta es inevitable.

El bien común se hallaría fuertemente lesionado si se garantiza el derecho de una clase poderosa que posee todo en demasía, quedando postergados los derechos de los demás. Lo que en un principio se consideró legítimamente adquirido, queda sujeto a revisión, para realizar una adecuada distribución de la riqueza.

La justicia es tanto más perfecta, cuanto más diferentes sean las personas a las que se refiere; cuando más prescinda de intereses particulares, y cuando más perfecta sea la igualdad entre la obligación de todos y su cumplimiento. Es el caso de la justicia igualitaria o conmutativa.

Para procurar la provisión de medios honestos de bienestar que estén al alcance de todos, se asocian los hombres buscando como suplir la insuficiencia individual. Aquí tiene su razón y fundamento la justicia social (Quadragesimo Anno).

El Tratado de Versalles de 1.919 ya sostuvo que la paz universal no podía fundarse sino sobre la base de una justicia social.

Rerum Novarum: los arduos problemas de la sociedad humana se hallan comprendidos bajo la denominación de cuestión social.... Dése a cada cual la parte de bienes que le corres -

ponde, y hágase que la distribución de bienes creados vuelva a conformarse con las normas del bien común o de la justicia social.

Código Social de la Unión Internacional de Estudios Sociales. La vida económica depende de la justicia y la caridad. Al lado de la justicia conmutativa debe estar la distributiva, que es la que procura el bien común.

Código de Moral Internacional (Redactado por la Unión Internacional de Estudios Sociales): Dócil a las exigencias de la justicia social, debe subordinarse el bien particular al bien común.

Código de Moral Política (Malinas): Las relaciones de justicia son verdaderamente sociales y engendradoras de un orden social.

Pero téngase presente: la justicia social no puede mirarse como una dádiva, como una caridad, en el sentido peyorativo en que se ha tenido siempre a esta excelsa palabra, que significa amor. La justicia social tiene que imponerse como un fundamental e inalienable derecho de todos. No como lucha de clases para la destrucción de los unos en beneficio de los otros. Justicia para todos: a cada cual según su capacidad; a cada cual según sus necesidades.

90. JUSTICIA DE RELACION.

Comprende dos formas: justicia de coordinación y justicia de subordinación.

La justicia de coordinación parte del siguiente postulado: el hombre es un fin en sí. Por consiguiente jamás puede ser tratado como un medio en las relaciones de la vida intersubjetiva que regula el Derecho Privado.

La justicia de coordinación podría entenderse como la articulación de derechos y obligaciones, sin preocuparse del alcance o límite de los mismos. Por tanto:

- a) Nadie puede interferir en la esfera jurídica ajena o en una conducta de otro, sin que exista una expresa autorización contenida en una norma jurídica;
- b) Todos tienen la facultad de repeler una interferencia no autorizada;
- c) El Derecho subjetivo se caracteriza como facultad de interferir en la esfera jurídica ajena o en la conducta de otro.

Por eso, los derechos subjetivos deben tener una evidente función social.

La justicia de subordinación regula las relaciones jurídicas que se establecen entre los particulares y el Estado y entre los distintos órganos del mismo, dada la estructura jerárquica. El particular debe subordinarse al Estado. No cabe coordinación, porque ésta supone relación de sujetos situados en un mismo plano.

La subordinación debe guiarse por el mundo de los valores. Así, es injusta la norma que atente contra la dignidad humana.

La justicia de subordinación debe armonizar los valores de la personalidad con los valores de la comunidad. Tiene por objeto resolver el eterno conflicto entre el individuo y el Estado. Ni anarquía, ni despotismo. Esa justicia tiene que ser auxiliada por otros valores: bien común, seguridad, orden público.

91. JUSTICIA COMPULSIVA.

La justicia compulsiva tiene a su vez dos manifestaciones:

- a) La justicia compensatoria; y,
- b) La justicia punitiva.

La justicia compensatoria es de Derecho Privado. La

punitiva, es justicia de Derecho Público, especialmente del Derecho Penal, como defensa de la colectividad frente al delito.

Las dos formas de justicia se refieren a una conducta ilícita, o sea a formas de la vida intersubjetiva que violan o niegan los valores jurídicos. Diríamos que atañe a todas aquellas manifestaciones de conducta que están prohibidas o sancionadas. En la compensatoria, el que ha ocasionado un daño, tiene que indemnizar.

Hay un criterio objetivo para determinar esta clase de conducta: lo ilícito es lo que está así determinado por la norma.

Desde el punto de vista axiológico o valorativo, lo ilícito no es ilícito por estar sancionado, sino que está sancionado por ser ilícito. Debe determinarse cuando el hecho es ilícito en sí, mediante un criterio valorativo.

Un hecho es ilícito, entonces, cuando niega o contradice los valores jurídicos: justicia, seguridad jurídica, bien común, orden público.

Los valores pueden determinarse desde un punto de vista puramente ideal o desde un punto de vista del Derecho positivo. Desde el punto de vista axiológico, lo ilícito es lo antivalioso en Derecho, según los conceptos de la época y del pueblo al que se dirija.

92. JUSTICIA COMPENSATORIA.

Esta clase de justicia compulsiva parte del principio racional, de que todo hecho del hombre que cause daño a otro, obliga a reparación.

La doctrina tradicional ha considerado que para que haya deber de reparar el daño, debe haber hecho ilícito en algún sentido: culpa, negligencia, falta de previsión o cuidado, dolo o mala fe.

Pero puede que el daño provenga de un hecho lícito.

Entonces la justicia aconseja que el daño se sufra tanto por el autor como por la víctima. La proporción dependerá de las circunstancias. Ese hecho ilícito, desde luego, no debe basar se en lo que la moderna teoría llama el abuso del Derecho.

Puede ocurrir que el daño provenga del uso de cosas peligrosas, pero útiles para la sociedad; de cosas peligrosas que no sean útiles para la sociedad, y del uso de cosas ino cuas. Ello debe tomarse en cuenta para establecer la responsa bilidad, si es que la hay.

93. JUSTICIA PUNITIVA.

La justicia punitiva parte siempre de la existencia de un hecho ilícito de tal magnitud, que no sólo implica un da ño individual, sino colectivo, por atentar contra los valores de la comunidad. La determinación de los valores cuyo ataque merezca sanción, ha de constar expresamente del Derecho positi vo.

Debe haber, en todo caso, una justa proporción entre la gravedad del hecho, la peligrosidad del agente y la pena.

94. JUSTICIA PREMIAL.

La justicia premial debe postularse como la mani festación más noble y alta de la justicia. Desgraciadamente el Derecho positivo ha pasado por alto esa clase de justicia. Pero en verdad, a los hombres se los maneja mejor con el pre mio que con el castigo.

Tan injusto es dejar de sancionar el delito como omitir el premio por un acto laudable, cuando es en beneficio de la colectividad.

Los actos simplemente laudables en sentido indivi dual, sin trascendencia colectiva, deben ser premiados por la moral. En cambio, los actos meritorios que implican sacrifi cio de los valores individuales en pro de los sociales, merecen una recompensa por parte del Estado.

El acto valioso debe ser esencialmente libre.

El Derecho positivo debe consagrar obligatoriamente la recompensa.

95. JUSTICIA LEGAL.

La justicia legal no es la justicia de la ley, a se cas, en el sentido de que toda solución legal es por lo mismo-justa. La justicia legal está fundada en ciertos criterios objetivos de validez universal.

Podemos señalar como manifestaciones de la justicia legal, las siguientes:

- a) Justicia, como consagración de los valores supremos en las distintas normas;
- b) Justicia, como igualdad ante la ley. Dos casos iguales no pueden ser tratados de manera diferente;
- c) Justicia, como principio de no contradicción;
- d) Justicia, como principio lógico de interpreta -ción y de aplicación de la ley; y,
- e) Justicia, como derecho y libertad de defensa.

96. JUSTICIA JUDICIAL.

La justicia judicial se presenta cuando el juez tiene que integrar el Derecho, ante las lagunas de la ley, buscando la solución adecuada al caso concreto.

Criterios variados y diversos sistemas tratan de solucionar esa intervención del juez, pero nos reservamos para -tratar de ellos en otro lugar de esta obra.

Aristóteles dice que la equidad es mejor que la justicia, porque las leyes consagran soluciones abstractas para -casos generales, de tal manera que no pueden contener soluciones concretas. En cambio la equidad es justicia concreta para

un caso especial.

La justicia judicial no permite la aplicación libre del criterio personal del juez. No cabe, por ejemplo, contradicción frente a casos concretos expresamente legislados.

97. SUMISION A LA REGLA INJUSTA.

La tesis espiritualista sustenta como consecuencia necesaria que, si la ley es injusta, puede constreñir materialmente, pero no obligar en conciencia. Por tanto, la resistencia a la ley injusta es legítima.

Para los materialistas no puede plantearse el problema de resistencia a la ley injusta.

Platón, en las Leyes manifiesta: Por sabias que puedan ser vuestras leyes, una de las más bellas es la que prohíbe a los jóvenes averiguar lo que pueda en ellas haber de bueno o defectuoso, y la que les ordena por contrario proclamar, a una voz y de consuno, que son perfectamente bellas.

Sócrates, que podía rehuir a la muerte, acepta la condena por respeto a la ley, incluso injusta.

En el tomo segundo de esta obra, cuando tratemos de las Fuentes del Derecho, de la ley, volveremos a insistir, con más profundidad, sobre esta importante materia.

98. REGLA DE DERECHO INJUSTA Y EL JUEZ.

El juez puede apartarse de la regla de Derecho porque la considere injusta?

Puede proceder contra la norma por un principio de equidad?

O, el juez es un esclavo de la norma y debe decir - dura lex sed lex?.

Algunas legislaciones como la inglesa, la suiza, admiten que el juez obre fuera de la ley, por equidad. Pero entonces desaparece toda seguridad jurídica, porque la suerte de los derechos individuales queda en manos del arbitrio judicial.

En nuestro sistema no es posible que el juez se aparte de la norma cuando la considere injusta. Las facultades del juez se encuentran muy limitadas, especialmente porque en el sistema normativo y fundamentalmente en el docente, no se ha ido todavía a la especialización del que deba más tarde desempeñar la delicada función de juez. En nuestro medio no se ha establecido la carrera del magistrado, que debe desde luego establecerse cuanto antes, para evitar que, por respeto a la seguridad jurídica quede sacrificada la justicia. Por excepción se concede a altos magistrados aplicar el criterio de equidad.

99. EQUIDAD.

La equidad proviene del latín: *aequitas* - *atis*, que significa proporción, igualdad.

La equidad es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo o de lo injusto, que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia -casi siempre- del Derecho positivo.

Suele también tomarse a la equidad como el cuerpo o conjunto de principios extraídos del pensamiento universal, desde luego, en un tiempo y en una cultura determinados, por la indidable inestabilidad del concepto.

La equidad se considera como algo presente en todo ser humano, porque no puede admitirse que el hombre sea un lobo para el hombre. La mayoría tiene arraigado en su espíritu un sentimiento de justicia.

Se considera también a la equidad como a la justicia aplicable a un caso concreto, y por lo mismo se opone al Derecho escrito y rígido, que en muchas ocasiones ha mantenido -estático frente a cambios que ya se han operado en el pensamiento general de una sociedad determinada.

A la equidad se la ha llegado a comparar con la regla de Lesbos: flexible y acomodable a la forma de los objetos que medía, antítesis del legendario lecho de Procusto, bandido de la mitología griega, que atraía a su casa a los viandantes para robarles y someterles a suplicios atroces: tendía los sobre un lecho y si sus piernas excedían de los límites del mismo, cortaba de un hachazo la porción sobrante. Si, por el contrario, las piernas resultaban más cortas, las estiraba hasta que diesen la longitud del lecho macabro.

La equidad es, por otra parte, un elemento de interpretación o hermenéutica legal. Pero, además, suple también a la ley cuando ésta se remite a la justicia.

100. BUENAS COSTUMBRES.

Para cerrar este capítulo, hagamos breves consideraciones sobre el valor jurídico denominado "buenas costumbres", de aplicación tan amplia en nuestra legislación.

Las buenas costumbres quedan englobadas dentro del concepto general del orden público.

Cualquier ataque a las buenas costumbres; cualquier acto social que contradiga a ese valor, de hecho, vulnera el orden público.

Desde luego, es muy difícil dar un concepto exacto de lo que ha de entenderse por buenas costumbres, porque representa una materia muy elástica sujeta a disgresiones de sociólogos y filósofos.

Sin embargo, podría decirse que se entiende por buenas costumbres a las reglas de conducta, conforme a la moral y aceptadas por la conciencia general de un país en determinada época.

Como se dijo, es un concepto relativo y por ello, el tiempo y el lugar determinan su contenido.

Para Vélez, ilustre codificador del Código Civil argentino, se entiende por buenas costumbres el cumplimiento-

de los deberes impuestos al hombre, por las leyes divinas y humanas.

Estas costumbres se vinculan, especialmente, con el matrimonio, considerado como fuente de la familia y de la sociedad; con la descendencia pública; con el buen empleo de la fortuna.

Se entiende también como buenas costumbres a los -
usos generalmente aceptados.





CAPITULO IX

DERECHO Y MORAL.

101. Derecho y Moral.- 102. -
Ambito jurídico.- 103. Deber
moral.- 104. Orden moral.- -
105. Sujeto de lo moral y su-
jeto de lo jurídico.- 106. Au
tonomía moral y heteronomía ju
rídica.

101. DERECHO Y MORAL.

El hacer de un hombre, es el que interesa. El ha--
cer no es sino la conducta humana. Es forzoso suponer como da
do un principio ético; un principio que sea propuesto como un-
prototipo de obrar; una idea sobre la cual deba ser regulada -
la conducta.

Eso revela el aspecto deontológico, tanto del Dere-
cho, como de la Moral.

La Moral debe ser considerada primero en relación -
con el sujeto mismo. El sujeto puede elegir entre varios su -
puestos, porque todo está dentro del sujec. De allí nace el
deber moral de cada uno.

Aquello que se debe hacer y quello que no se debe -

hacer, refiriéndose al sujeto mismo.

En el campo del Derecho, en cambio, las acciones humanas deben compararse entre varios sujetos. Ya no hay consideración subjetiva de las acciones, sino una comparación objetiva del obrar. En consecuencia, una determinada acción es, - en sentido objetivo, conforme al principio ético. Todos deben obrar conforme a ese principio.

Carlos Cossío, inspirado en Georgio Del Vecchio, caracteriza al Derecho como acciones interferidas intersubjetivamente, porque el Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determine, excluyendo todo impedimento.

A todo sistema jurídico corresponde un sistema moral. Entre ambos existe la coherencia necesaria. La Moral y el Derecho se distinguen entre sí, en cuanto a tales, pero entre ellos no existe antítesis. Ambos van referidos a las acciones humanas.

El Derecho es ética objetiva, en tanto que la Moral es ética subjetiva.

Al distinguir la Moral del Derecho, no se trata de desmoralizar al Derecho o de vaciarlo de su contenido ético. - Lo que ocurre es que en el mundo de los valores nos hallamos con dos clases de reglas: unas llamadas preceptos morales, y otras normas jurídicas. Hay íntima relación entre esas normas: ambas pertenecen al reino de la ética; pero hay también diferencias fundamentales.

Hay diferencia entre todos los derechos y de todos los tiempos, frente a todas las reglas morales y de todos los tiempos.

La norma moral enjuicia la conducta a la luz de los valores supremos, hacia los cuales debe orientarse la vida humana. Toma la vida humana en sí misma, en su plenitud, centrándola en su auténtica y más real significación, atendiendo a su supremo destino o misión y contemplándola en su auténtica realidad. Enjuicia la vida desde el punto de vista plenario y

absoluto.

La norma jurídica, en cambio, enjuicia y regula el comportamiento humano desde el punto de vista de las repercusiones de éste en otras personas y en la sociedad.

La Moral considera los actos humanos en relación con el sujeto mismo que los cumple, determinando entre los actos posibles de éste, cual es la conducta debida.

El Derecho, en cambio, pone en referencia los actos de una persona con los actos de otras personas, estableciendo una coordinación objetiva bilateral entre el obrar de los unos y el obrar de los otros, de modo que la posibilidad debida de un acto de un sujeto, supone la facultad de éste de impedir todas las conductas de los demás que resulten incompatibles con el acto que él puede o debe realizar. Viceversa, la prohibición para uno se funda en que su acto resulta incompatible con la conducta debida de los demás.

El Derecho, desde luego, debe andar en forma paralela con la Moral. Si la regla de moral es norma de conducta, ¿por qué exigir junto a ella otra regla, también de conducta, que es la regla de Derecho?. La respuesta es obvia: las dos reglas no obran en el mismo campo; no tienen el mismo fundamento, ni la misma obligatoriedad.

La moral corresponde a la conciencia individual. El Derecho es para hacer posible la vida en sociedad.

La regla moral es general; la de Derecho es precisa.

La sanción por el incumplimiento de ambas reglas es distinta, y allí radica su diferencia fundamental. La sanción por inobservancia de la regla moral es de fuero interno; pero resulta ineficaz para los inmoraes o para los que no tengan religión. En cambio, la regla jurídica se impone por la fuerza.

La regla moral se funda en la caridad, es decir en el amor. Por cierto que el Derecho Social va también hacia la caridad, hacia el amor, pero con medios totalmente distintos.

Del Vecchio diferencia la Moral y el Derecho de este modo: un principio ético se traduce en un doble orden de valoraciones, porque los actos que se trata de valorar, pueden considerarse bajo dos aspectos. Los actos humanos pueden considerarse ante todo en relación al sujeto mismo que los realiza. Todo sujeto en un momento dado puede cumplir ésta o aquella acción. Todos los actos posibles para un sujeto pueden presentarse como convergentes en él. Entre esas varias posibilidades prácticas subjetivas, una sola será la prescrita, la que resulte conforme con el principio y todas las demás quedarán excluidas, por no ser compatibles con la primera, en el mismo sujeto.

El principio ético aplicado en tal forma establece, pues, un orden de necesidad, positiva y negativa, que es cabalmente el deber moral.

La antítesis se da entre aquello que se debe hacer y aquello que no se debe hacer. Pero esa comparación es interna para el sujeto mismo.

Hay otros casos en que se parangona un criterio respecto a varios sujetos. Se establece una comparación objetiva del obrar. La interferencia se presenta en forma objetiva. A la acción no se le opone la omisión por parte del mismo sujeto, sino el impedimento por parte de otros.

Lo que un sujeto puede hacer no puede ser impedido por otros.

Esta comparación ética objetiva comprende el campo del Derecho.

La Moral valora la conducta en sí misma, plenamente, de un modo absoluto, radical, en la significación integral y única que tiene para la vida del sujeto, sin reserva alguna ni limitación.

En cambio el Derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tal conducta tenga para los demás y para la sociedad.

Tanto el Derecho como la Moral se encaminan hacia la creación de un orden; pero el orden de la Moral es distinto del orden del Derecho. El orden de la Moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, de la intimidad; es el orden interior de nuestra vida auténtica; es decir, de la vida que cada cual vive por su cuenta propia, de modo intransferible. En cambio el orden que el Derecho trata de crear, es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes; el orden de las estructuras colectivas.

La Moral valora las acciones en vista de un fin supremo. El Derecho realiza esa valoración para conseguir una ordenación pacífica, segura y justa en la vida social.

La Moral aspira a una paz interior; el Derecho a una paz exterior.

Pero, no todo lo lícito es moral.

Se ha acostumbrado a separar el acto humano que contiene la ética en dos mitades: una interna y otra externa, reservando para la Moral la primera y para el Derecho la segunda. Pero el acto humano es uno solo: no hay acción externa sin motivación interna.

Hay necesidad de justificar nuestras acciones. La vida no tiene sentido si no la referimos a fines queridos libremente, lo que nos impone la obligación de valorar la conducta.

Del Vecchio: Los actos considerados desde el lado de la Moral siempre tienen que estar en relación con el sujeto mismo. Pero hay otro tipo de justificación ante los demás. Se pone en relación a un hombre con otros. La conducta rebasa el recipiente personal.

Las acciones consideradas en relación con otros sujetos, engendran el Derecho. Entonces, cuando menos hay dos criterios que se encuentran para decidir acerca de la conveniencia o no de determinados actos.

La Moral es un conjunto de valoraciones autónomas,-

mientras que el Derecho es una coordinación de valoraciones heterónomas.

Carlos Cossio: La Moral está en la interferencia - subjetiva de las acciones, y el Derecho está en la interferencia intersubjetiva. Con esto se quiere decir que la norma nos dice como debe ser la interferencia subjetiva, en tanto que la norma jurídica nos dice como debe ser la interferencia intersubjetiva.

El hurto está condenado por la Moral y por el Derecho; pero cada uno lo condena en forma independiente, como una norma que se constituye sin tomar nada prestado de la otra, ni apoyar su estructura fuera de sí mismo.

El deber jurídico implica una obligación; el deber moral, es un deber puro y simple.

La colaboración entre la Moral y el Derecho se advierte en la tendencia de la ley a incorporar principios morales. A menos de perecer la sociedad, debe proscribir el homicidio. A menos de arriesgar su degradación debe prohibir el incesto, la homosexualidad.

Los juristas y los filósofos emplean con frecuencia la dicotomía conceptual "interioridad y exterioridad", como un criterio diferenciador de los campos de la Moral y del Derecho. La encontramos en las elaboraciones doctrinarias de la línea Pufendorf- Tomasius- Kant. La conducta exterior, es el campo de la juridicidad, el comportamiento interior, es el ámbito de la moralidad.

Pero hay la teoría moderna tridimensional del Derecho, en el sentido de que éste es real, es valor y es norma. Esa tridimensionalidad es aplicable también a la Moral?.

102. AMBITO JURIDICO.

Como se ha dicho ya reiteradamente, las acciones humanas, si bien tienen que ser estimadas según un principio ético, esa valoración tiene que hacerse en forma intersubjetiva,-

es decir, comparando conductas, de sujeto a sujeto. He aquí, entonces, el ámbito de lo jurídico.

Lo que un sujeto puede hacer, no puede ser impedido por otros.

Lo que un sujeto puede jurídicamente, lo puede ante los demás.

De allí que en el Derecho se muestra la bilateralidad como esencia misma de su contextura.

103. DEBER MORAL.

El deber moral está constituido por lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer; pero ambos términos referidos al sujeto mismo.

Del Vecchio rechaza la distinción entre acciones internas y acciones externas, para establecer la diferencia entre la Moral y el Derecho, que proponía la doctrina tradicional. En todo acto -dice- hay dos elementos:

- a) Intrínseco: entidad psíquica, intención, estado de ánimo, afirmación de voluntad;
- b) Extrínseco: manifestación objetiva, realidad del mundo físico.

Por lo mismo todo acto, sea deber moral o deber jurídico, entendido como un fenómeno, en cuanto emana de un sujeto, es a la vez interno y externo, ya que una deliberación mental es ya un acto. Un acto no puede ser sólo interno, requiere de un dispendio de energía, incluso física. Tampoco hay actos sólo externos: tienen que poseer un sentido psíquico.

Dentro del ámbito moral, todas las valoraciones convergen al sujeto. †

104. ORDEN MORAL.

El orden jurídico regula las actividades humanas en

tanto en cuanto deban ser consideradas como actividades sociales.

Pero las actividades del hombre no sólo han de considerarse en su aspecto social, sino también prescindiendo de ese carácter y entonces se constituye el orden moral, que orienta las actividades del hombre hacia la unidad de éste.

El orden moral mira al individuo como una unidad aislada, desde su fuero interno.

105. SUJETO DE LO MORAL Y SUJETO DE LO JURIDICO.

Si nos preguntamos para quién legisla la moral, tendríamos que convenir que sus normas van encaminadas al sujeto mismo. Si una persona ve un fin y lo valora, va hacia ese fin.

En la Moral el deber se impone por causa del sujeto autoobligado. El cumplimiento consiste en la realización de un valor, lo que no ocurre en el campo de lo jurídico, en que el precepto se dicta en beneficio de la sociedad.

En lo moral no hay sujeto de los derechos, por que sólo hay deberes. En lo jurídico hay sujeto de los derechos y también de los deberes.

106. AUTONOMIA MORAL Y HETERONOMIA JURIDICA.

Para que el acto sea susceptible de valoración moral es necesario que el sujeto sea libre. No cabe el cumplimiento de deberes morales constreñido por la fuerza, de donde quiera que ésta provenga, ni cabe la autodeterminación en caso de que el sujeto no esté en capacidad de valorar.

Todo lo que en mí sucede, sin mi querer, no se cataloga entre lo susceptible de valoración, y por lo mismo es extraño al campo de la moral, o mejor, de la autonomía moral.

Especialmente se necesita intencionalidad. Los actos buenos o malos tienen que ser queridos por un sujeto capaz de pronunciarse. Sin intencionalidad no hay moralidad, ni amoralidad, peor inmoralidad.

El hombre no cumple con su destino forzado por los demás. Los actos que se realicen mediante la fuerza, no pueden obligar al hombre dentro de la intimidad de su conciencia.

Los actos morales no son susceptibles de la intervención de los jueces, alguaciles, gendarmes o sentencias. Esa intervención está reservada para otro campo totalmente distinto de la moral.

En cambio el Derecho es impuesto coercitivamente, por la fuerza, sea que esa fuerza se encuentre latente, como amenaza para el caso de incumplimiento, o sea que se la ejerce en la práctica. Entonces si habrá la intervención de jueces que expiden normas particularmente obligatorias y si ni en esa forma se cumple, se emplearán otros supuestos de fuerza, como la intervención del alguacil, la policía, el embargo y remate de bienes, cuando la obligación incumplida deba satisfacerse con el pago en dinero de los daños causados.

El individuo debe tener un comportamiento en relación con los fines de la sociedad, de la colectividad, y el cumplimiento de ese deber no puede quedar abandonado a la voluntad, porque si así fuere, en primer lugar se habrían confundido los campos de la Moral y el Derecho, y en segundo lugar, no todos los miembros de la sociedad cumplirían voluntariamente, y la fuerza del Derecho quedaría escrita en el papel, en los Códigos, en las leyes.

Aquello que moralmente se considera obligatorio sólo tiene validez cuando ha entrado en la aceptación personal de un sujeto que obre libremente guiado por principios de su propia conciencia. Por ello es que hablamos de autonomía moral, en tanto ella tiene que producirse en la interioridad de la persona humana, conduciendo la voluntad exclusivamente por la propia valoración.

Por tanto, en el campo de la Moral hay plena autonomía.

En lo jurídico, una vez establecida la regla, cuando ésta ha entrado en vigencia, de acuerdo con el respectivo sistema jurídico; cuando es o se entiende conocida la regla por

las personas sobre las cuales impera, en definitiva, cuando esos supuestos se han cumplido, la regla es obligatoria.

Esa obligatoriedad se produce con o sin la aceptación individual. Es más, esa obligatoriedad que debería nacer de la aceptación espontánea de los asociados, se impone en contra de su voluntad, cuando la valoración individual no esté de acuerdo con la regla jurídica, o cuando, por principios antivaliosos, el individuo ofrezca resistencia a la regla social.

Por tanto, la regla jurídica rige con total independencia del concepto que cada cual pueda tener de la norma. Para mí la propiedad privada, tal como la concibe la ley vigente es injusta; el divorcio es inconveniente. Pero tengo que cumplir con los mandatos legales, esto es, respetar la propiedad privada de los detentadores de bienes, o defender acciones en que una de las partes o ambas quieran liquidar la familia, mediante el divorcio.

Pero la obligatoriedad no impide que se piense en la bondad o no de la norma y si se la considera inadecuada, se haga todo lo posible para su cambio o supresión. No sólo que es permitido ese enjuiciamiento, sino que es particularmente obligatorio, especialmente para ciertos miembros de la sociedad a quienes ésta les ha brindado la oportunidad de haber obtenido cierta preparación.

Ese enjuiciamiento y la colaboración para conseguir el mejoramiento de nuestra legislación, es el fin básico de esta obra.

FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO X

NORMATIVIDAD.

107. Normatividad.- 108. Norma
jurídica.- 109. Elementos de
la norma jurídica.- 110. Cum
plimiento y aplicación de las
normas.- 111. Vínculo o rela
ción jurídica.- 112. Elemen
tos de la relación jurídica.-
113. El orden jurídico.- 114.
Vigencia del orden jurídico.-
115. El orden público. 116. -
Normas de orden público.- 117.
Institución.- 118. Normas de
carácter privado.

107. NORMATIVIDAD.

Las proposiciones normativas no enuncian la posibilidad de unos hechos, ni el modo como éstos efectivamente acontecen, sino que determinan un deber ser, dentro del campo de la Deontología, es decir, que prescriben una cierta conducta,

como debida.

Se refieren a la conducta humana, pero no como aplicación de sus hechos reales, ni como procesos reales del obrar humano, sino determinando como debido, como debiendo ser, cierto comportamiento.

Las normas no enuncian lo sucedido, lo que sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque en la realidad no siempre se cumpla, porque habrá quien infrinja la norma. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual en realidad tanto puede ser como no ser, puesto que depende del arbitrio humano.

Las normas implican un fin y un movimiento de conducta. Implican una limitación de actos y no un enunciado de hechos, y por eso llevan en sí la posibilidad de su violación.

Es pues supuesto esencial de la norma la posibilidad material de que sea violada; la conducta del sujeto obliga lo que puede contravenir la norma. De lo contrario no sería norma sino un mero enunciado de hechos.

Pero la norma no sufre en su esencia normativa al ser violada: su validez, su deber ser, queda incólume. No se "rompe" la Constitución cuando falsos o verdaderos patriotas, falsos o verdaderos políticos o revolucionarios dan golpes de Estado, terminan con la institucionalidad o régimen de Derecho de un pueblo. En tal caso no hay sino inobservancia de la norma, lo que merece la sanción correspondiente, la cárcel para los que violaron la regla, a menos que se trate de una verdadera revolución que cambie sistemas, formas de conducta, lo cual en la práctica casi nunca ha ocurrido, porque las verdaderas revoluciones no son sino la del Cristianismo, de la Revolución Francesa y la Rusa, y en nuestro medio, talvés la Revolución Liberal de principios del presente siglo.

Con la inobservancia de la norma suprema o de la secundaria, el orden jurídico queda incólume. Es algo semejante a lo que ocurre con el ladrón: violó la norma, pero no por eso podríamos creer que el Código Penal haya sufrido mengua alguna; hasta se podría decir que frente a la violación de la norma ésta se reafirma, cobra nueva vigencia.

La normatividad ha de partir de los siguientes considerandos:

- 1o.) Pertenece a la zona deontológica de la vida humana, o al reino de la cultura, con tendencia a determinados valores;
- 2o.) Es una regla de conducta que se dirige al - deber ser y tiene un proceso o devenir histórico; y,
- 3o.) Es de índole social o colectivo; una forma - de vida no individual, sino común, abstracta y funcional.

108. NORMA JURIDICA

Carlos Cossio: la norma jurídica representa o dibuja conceptualmente una conducta; por tanto cada norma, en tanto estructura conceptual, es una estructura de libertad, porque la conducta es libertad fenoménica. La conducta humana correlativamente hasta que esté jurídicamente interferida.

Es decir, que en toda norma jurídica la libertad - es primero que el impedimento, porque el impedimento obra normativamente sobre la libertad, enunciándose como una prohibición. El enunciado de que todo lo que no está prohibido está permitido es algo inherente al problema de lo lícito para el - sujeto del Derecho, es decir que es inherente a la esfera de - toda endonorma.

Está permitido todo lo que no está prohibido, porque aquello es la libertad antes de la interferencia intersubjetiva. Toda persona tiene libertad para ejercitar o no sus derechos - subjetivos, cuando el contenido de los mismos, no se reduce al cumplimiento de un deber propio.

García Maynez distingue entre lo permitido lato sensu y lo permitido strictu sensu. Lo que es idéntico a lo lícito, comprende ejecución de actos obligatorios, omisión de la - conducta prohibida y ejecución u omisión de los procederes que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Lo permitido

strictu sensu, se refiere sólo al tercer sector. Los dos primeros sectores constituyen lo lícito obligatorio, en tanto que el último constituye el lícito facultativo.

Pero lo lícito es lícito, y no cabe aplicarle el calificativo de obligatorio o facultativo.?

Toda norma tiene necesariamente un sujeto del Derecho; pero esa noción no aparece a merced de un acto de creación del legislador, ni éste puede prescindir de él cuando legisla, aunque deseara crear una norma referida a todo sujeto.

Esta noción es apriorística y condiciona inexorablemente todo contenido jurídico posible. Ella no regula la conducta, sino que es un supuesto lógico, para que la conducta pueda ser jurídicamente considerada.

109. ELEMENTOS DE LA NORMA JURÍDICA.

La norma jurídica, general o individual, vincula - dos actos humanos. Esto por una parte. Por otra, limita la libertad de quienes deben sujetarse a la norma.

Para Jiménez de Asúa, la norma jurídica tiene tres elementos:

- a) Manifestación de voluntad;
- b) Resultado; y,
- c) Nexo causal entre la voluntad y el resultado.

La manifestación de la voluntad supone un elemento subjetivo; la capacidad de querer y manifestar lo querido. Como la voluntad es apetito racional, la capacidad volitiva encierra capacidad intelectual. La voluntad se manifiesta en forma de acción o de omisión, alterando el mundo exterior o manteniéndolo invariable.

El resultado de la manifestación de voluntad consiste en poner en movimiento ciertos intereses de los integrantes de la sociedad, o determinados bienes sociales.

110. CUMPLIMIENTO Y APLICACION DE LAS NORMAS.

Cuando las normas jurídicas se cumplen, cuando son aplicadas por los órganos jurisdiccionales, tienen plena vigencia y son vividas por quienes las cumplen o aplican en forma presente, real y efectiva.

El cumplimiento de la norma general, no es sino - adaptar la pauta general por ella señalada a un caso concreto y particular.

111. VINCULO JURIDICO.

El hombre que no vive aislado se asegura la cooperación de sus semejantes para la satisfacción de sus múltiples y variadas necesidades, no sólo en el orden económico, sino - también en el ético, artístico, intelectual, etc., mediante - relaciones o vínculos que las normas jurídicas protegen y hacen respetar, para la pacífica y progresiva convivencia social.

El vínculo jurídico existe entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber y supone un objeto que puede exigirse por el uno y deberse por el otro.

Los sujetos del vínculo jurídico no puede consistir sino en bienes jurídicos, es decir, en intereses jurídicamente protegidos. Los derechos subjetivos, constituyen bienes jurídicos.

112. ELEMENTOS DE LA RELACION JURIDICA.

De lo dicho en el número anterior se deduce claramente que los elementos del vínculo o relación jurídica son:

- a) Sujeto del derecho y sujeto del deber. El - primero, aquel cuyo interés o finalidad está - protegido por la norma, y al cual se atribuyó - una facultad o pretensión para exigir algo de otra persona. El segundo, el que está obligado a cumplir algo ante otra persona; y,
- b) Objeto del vínculo. Está constituido por el -

fin, pretensión o interés personal. Es algo - transitorio.

113. ORDEN JURIDICO.

El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas - tomadas en sentido coherente y armónico, normas que van desde la más general hasta la de menor generalidad.

La conducta real de los hombres debe corresponder a ese orden jurídico.

El orden unifica lo múltiple, para concretarse en - una unidad.

Pertenece al orden jurídico el conjunto de condiciones dentro de las cuales las actividades humanas se armonizan, escogiendo entre diversos supuestos, escogimiento que se funda en la libertad del hombre, en su autodeterminación, atraído por fines.

La regulación de esa actividad humana proviene del orden jurídico, que es el conjunto de normas que fija las condiciones constitutivas del orden social y procura realizarlas hacia un fin superior.

O, en otros términos, el orden jurídico es el conjunto de normas de la conducta humana, que procura realizar la justicia.

114. VIGENCIA DEL ORDEN JURIDICO.

La vigencia del orden jurídico está subordinada a - dos factores fundamentales: el tiempo y el espacio.

Un orden jurídico determinado sólo rige en cierto - tiempo. No podría aseverarse que el orden jurídico actual es el mismo que el orden jurídico del pasado, ni que será igual - en el futuro porque, al menos teóricamente, está sujeto a constantes cambios en búsqueda de constante mejoramiento.

Las normas entran en vigencia desde tiempo determinado, según lo expresado por el legislador, o de acuerdo con las reglas generales sobre la obligatoriedad, en cuanto al tiempo.

En los gobiernos de facto -y aún en los constitucionales- hay la corruptela de disponer que la ley ha de regir desde el momento mismo de su expedición, antes aún de su publicación cuando, desde un punto de vista de lógica jurídica, esa vigencia tiene que ser diferida por un lapsi prudencial - hasta que los asociados tengan conocimiento de la norma, al menos en sentido teórico, porque en la práctica muy pocos conocen efectivamente de las leyes, a pesar de lo cual, ellas se suponen conocidas por todos, y su ignorancia no excusa a persona alguna.

La vigencia de todo orden jurídico es vigencia espacial. Tiene valor sólo en determinada porción de territorio, generalmente el perteneciente al Estado que instauró el orden, aún cuando en Estados federativos, la vigencia puede reducirse sólo a una parte del territorio general, y aún en Estados unitarios, hay leyes o normas locales.

Lo expuesto en el párrafo anterior hace referencia a la centralización y descentralización.

115. EL ORDEN PUBLICO.

Algunas normas mencionan expresamente al orden público.

Qué es el orden público?

Mourlon: expresa que esas cosas se sienten mejor que se definen.

El orden público es el conjunto de normas y principios que tienden a resguardar los intereses generales de la sociedad en determinado momento histórico. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de la sociedad y el buen funcionamiento de las instituciones básicas que lo conforman.

Los intereses protegidos son de distinto carácter: político, social, religioso, moral, económico, etc..

116. NORMAS DE ORDEN PUBLICO.

Las normas de orden público interesan más a la sociedad que a los individuos en particular; se inspiran en el interés general.

A menudo es difícil precisar si una ley es de orden público o de simple interés privado, porque esos dos intereses no son antagónicos.

Es característica fundamental del orden público que las normas que lo integran no están sometidas a la derogación por la voluntad de las personas. Son irrenunciables y los particulares no pueden pactar contra ellas y si de hecho lo hacen, esos pactos no tienen validez alguna.

Las disposiciones básicas de ese orden público están contenidas en la Constitución, que se halla en la cúspide del orden estatal.

117. INSTITUCION.

La teoría institucional del Derecho fue elaborada por Mauricio Haurriau, como reacción contra la posición contractualista.

El Derecho no tiene por objeto solamente la distinción de lo mío y de lo tuyo, sino el discernimiento de lo nuestro.

En la institución no preside el principio de la igualdad, como ocurre con la relación contractual, sino que, por el contrario, se estructura jerárquicamente.

La institución realiza cuatro categorías de objetos:

- 1) Es una reacción contra las teorías voluntaristas y subjetivas, que fundan todo el Derecho en el contrato, en el acuerdo de voluntades;

- 2) Constituye una reacción contra la teoría de la personalidad ficticia o de carácter moral o jurídica de ciertas personas;
- 3) La institución reacciona también contra la concepción estática del Derecho; y,
- 4) La institución establece nuevas bases para la Filosofía del Derecho.

Haurriau sostiene: la institución supone la agrupación de un conjunto de individuos en torno de una vida directriz que los aglutina y la define como una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social.

En la institución cuando los individuos se agrupan en torno de una idea directriz, tienen que posponer su egoísmo individual en pro del bien común.

La institución requiere de una organización especial; requiere de un poder.

Renard: fundamenta el principio institucional a base de los postulados del Derecho Natural. La teoría institucionalista no es más que "la última valoración jurídica de la normación tomista del bien común".

La institución es el yo social, pluralidad de personas individuales, agrupadas en torno a una idea objetiva. La institución es la comunión de los hombres en una idea.

Hay una perfecta identidad entre la institución y el ordenamiento jurídico.

El movimiento institucionalista al presentar un contenido netamente social, constituye una reacción contra los códigos civiles vigentes, que están inspirados en la idea individualista.

La institucionalización aspira a la destrucción del orden jurídico vigente, para reemplazarlo por una nueva concepción del Derecho, más acorde con las necesidades de la época, y que satisfaga a las necesidades de la justicia.

El Estado, el único ente capaz de representar los intereses sociales, tiene que asegurar la libertad individual, en relación con los intereses del grupo. Es decir, socializar sin estatizar?.

El bien social común está por encima de la voluntad del Estado, en cuanto no se concibe la existencia de una autoridad social que no esté en beneficio del bien común.

Es indudable la inclinación de tendencias materialistas y socializantes en pro de la institucionalización, porque es una tendencia antiindividualista.

Sin embargo, con una contradicción que no hemos llegado a comprender, abogan rabiosamente en contra del criterio de que el matrimonio es una institución, como que lo es. Para ellos el matrimonio es un contrato, casi de igual categoría que la compraventa. Por qué esa contradicción?. Es evidente: mientras el matrimonio sea un contrato su existencia está subordinada a la soberana voluntad de los contratantes, y por ello el matrimonio puede deshacerse, como termina una permuta de bueyes. Para ellos por encima del principio social, de evidente valor jurídico, que es la institución, está el deseo de la destrucción de la familia.

118. NORMAS DE CARACTER PRIVADO.

Las normas de Derecho privado interesan solamente al individuo. Protegen derechos particulares que no están estrechamente relacionados con los intereses de la colectividad y se refieren especialmente a los contratos en los cuales la ley suprema es la autonomía de la voluntad.

Inicialmente ese Derecho privado era de una extensión incalculable; prácticamente dominaba toda la esfera del Derecho, con contadas excepciones. En el mundo contemporáneo ese ámbito se va reduciendo constantemente y en el futuro continuará limitándose.

Sin embargo hay normas de Derecho Privado con carácter público, inclusive dentro de las leyes civiles, porque son indispensables para la seguridad de ciertos bienes especialmen

mente protegidos.

Esas leyes, aunque de orden privado son imperativas y los individuos no pueden, por su sola voluntad, sustraerse a sus disposiciones.

Las principales son:

- a) Las que se refieren al estado y capacidad de las personas; contribuyen a formar el estado social-del país;
- b) Las que rigen ciertos aspectos de la propiedad, especialmente la agraria y la vivienda popular. Contribuyen a la formación social y económica del Estado;
- c) Las que resguardan los derechos de terceros; y,
- d) Las que protegen al débil frente al fuerte.





CAPITULO XI

DERECHO NATURAL.

- ★ 119. Naturaleza y Derecho.- -
120. Derecho Natural: ideas -
generales.- 121. Derecho Na
tural y Filosofía del Derecho.
122. Orígenes del Derecho Natu
ral.- 123. Derecho Natural: -
Platón.- 124. Derecho Natural:
Aristóteles.- 125. Derecho Na
tural: Escuela Estoica.- 126.-
Derecho Natural y Derecho Roma
no.- 127. Derecho Natural: -
Edad Media.- 128. Derecho Natu
ral: La Patrística. 129. Dere
cho Natural: La Escolástica.--
130. Derecho Natural: Renaci -
miento y Edad Moderna.- 131.-
Derecho Natural: primer perío
do.- 132. Derecho Natural: se
gundo período.- 133. Derecho -
Natural: tercer período.- 134.

Clases de Derecho Natural.- -

135. Derecho Natural, Positi-
vismo y Escuela Histórica.- -

136. De la Escuela del Dere-
cho Natural a la Escuela del-
Derecho Racional.- 137. Conclu
sión.

119. NATURALEZA Y DERECHO.

Para llegar a una clara comprensión de lo que es el Derecho Natural y si en realidad debe considerarse como una figura sobresaliente, con plena vigencia dentro del campo de lo jurídico, es necesario en primer lugar establecer el concepto de "naturaleza", en relación con el Derecho.

Si aceptamos la existencia del Derecho Natural y - por tanto, nos enrolamos entre los jusnaturalistas, como así - pensamos, veamos primeramente que ha de entenderse por natura- leza en relación con ese importante aspecto de lo jurídico.

Naturaleza es el principio que provoca y gobierna - el desarrollo de un ser, tendiendo a realizar en él cierto ti- po. Es decir, la naturaleza es el principio que tiende a la - plena realización del tipo humano.

La naturaleza designa el verdadero ser, esto es, el ser que debe ser, el ser auténtico.

Naturaleza es también, dentro del sentido filosófi- co, el principio fundamental de todo juicio normativo. Este - es el concepto más importante de lo que ha de entenderse por - naturaleza para los efectos de nuestro estudio en este capítu- lo, y por lo mismo, lo dejamos debidamente subrayado.

Por ello, el fundamento de todo juicio de valor - aplicado a la conducta humana, residiría en la naturaleza.

El sentido filosófico del término "naturaleza" nos conduciría al tema de la juridicidad natural.

El vocablo naturaleza equivale también a esencia, - es decir, al conjunto de propiedades de un género. Lo natural, es todo lo que es innato, instintivo, espontáneo.

120. DERECHO NATURAL: IDEAS GENERALES.

Durante muchos siglos se ha admitido sin discusión que un Derecho Natural, superior al Derecho positivo, rige las sociedades humanas y se impone al legislador. Trataríase de - un verdadero Derecho, no sólo de un ideal.

Sería un Derecho inmutable y universal al que deberíase real obediencia el jurista, el juez, el legislador.

El Derecho Natural ha sido siempre la respuesta al interrogante que se plantea frente a la necesidad de lograr - una justa coordinación de las acciones humanas interferidas intersubjetivamente, esto es, dadas en el ámbito de lo que se caracteriza como jurídico.

Toda la historia de la Filosofía del Derecho está - dominada por la idea del Derecho Natural, como respuesta al - ideal de justicia; un Derecho superior a toda ley escrita, a - toda norma efectivamente vivida. La actual Filosofía del Derecho retorna a su preocupación por ese ideal, que es la intrínseca necesidad del espíritu humano.

Cicerón: En nombre de ese Derecho que no es ley escrita, protesta Antígona contra la privación de sepultura a su hermano; y es condenada la actitud de Sexto Tarquino, aunque - no hubiese ley escrita que prohibiese el adulterio, al violar a Lucrecia hija de Tricipitio, porque existía ya razón perfecta, emanada de la naturaleza de las cosas que impulsa al bien y retrae el delito.

Y parodiando a Cicerón decimos: el nombre del Derecho Natural protestamos, como lo hacía Federico González Suárez, llamado el Obispo Liberal, cuando no se dejaba entrar al

recinto legislativo a un diputado, por no haber cumplido con el precepto pascual, en aquellas épocas de la República.

La doctrina cristiana reconoce la existencia de un Derecho Natural, sin referirse precisamente a la concepción teocrática del Derecho. Ese Derecho Natural, para el Cristianismo, se funda en la justicia y en el bien común, defendido sobre todo por Santo Tomás.

Aún el individualismo liberal del Siglo XVIII y sobre todo el filósofo inglés Locke, afirman la existencia de derechos individuales que el hombre obtiene en su estado natural y que le han sido reservados por el contrato social, acto creador de la comunidad política.

En el Art. 1o., Título Preliminar del anteproyecto del Código Napoleón se decía: "Existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; éste no es más que la razón natural, en cuanto gobierna a los hombres". (Este texto desapareció, porque se lo consideró fuera de lugar en un Código de leyes positivas).

Larrea Holguin: Campea por encima de toda disposición antojadiza el Derecho Natural fijo, invariable en sus principios, puesto que ellos se enraizan en la propia naturaleza humana, e igualmente inmutable en sus características fundamentales.

Al dar a cada cosa su naturaleza, con sus cualidades o sus exigencias, con sus relaciones necesarias o libres con otras cosas, Dios estableció el Derecho Natural, puesto que éste consiste en el derivado de la naturaleza misma de los seres.

El Derecho Natural no pudo ser creado sino por el Creador: Dios. A menos que la naturaleza sea increada o provenga de otra parte. El Derecho Natural, desde este punto de vista, es una concepción religiosa para cualquiera que profese alguna religión, aunque no sea específicamente la Cristiana.

Los filósofos de la Escuela de Kant, pretendieron encontrar en la razón práctica las reglas de conducta de los hombres y sostenían que el hombre razonable no puede dejar de

querer respetar el Derecho Natural. La Escuela de Kant es llamada en Alemania la Escuela del Derecho Natural.

121. DERECHO NATURAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.

A la Filosofía Jurídica se la considera como Derecho Natural, hasta principios del Siglo XIX.

Ahrens: La Filosofía del Derecho o Derecho Natural, es la ciencia que expone los primeros principios del Derecho, concebidos por la razón y fundados sobre la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas.

La reacción contra el Derecho Natural, en cuanto se propone un nuevo programa de la Filosofía del Derecho, comienza con el filósofo inglés John Austin. El Derecho - dice - debe atenerse a la realidad que se manifiesta en el dato concreto de la experiencia, como Derecho Positivo.

Pero, es errado todo pensamiento que pretenda la exclusión del valor justicia, como tema de la Filosofía del Derecho.

Dentro del campo de la Filosofía del Derecho, la especulación sobre el Derecho Natural no ha podido ser desplazada, aunque sea para negarlo, como lo hace Kelsen.

El problema como tal, mientras muestra la incompatibilidad entre lo que realizamos como justicia y lo que sentamos y pensamos como justo, no ha perdido actualidad, ni por su puesto se resuelve negando los valores supremos, y volvemos de nuevo a encontrarnos con el mismo tema.

Lo único que ha ocurrido es que la denominación Derecho Natural ya no es la denominación genérica para los temas universales del Derecho; el programa excede en mucho de la valoración jurídica fundamental y de los demás valores jurídicos; de allí que la denominación Filosofía del Derecho se ha impuesto definitivamente para los mismos y comprende en su seno también la temática del Derecho Natural.

O, dicho en otros términos, no puede considerarse - como dos términos equivalentes, Filosofía del Derecho y Derecho Natural, porque esa segunda entidad se encuentra comprendida - en la Filosofía Jurídica.

Y el Derecho Natural es parte de la Filosofía del - Derecho, porque, según Cuello Calón ese Derecho es el que tiene por objeto la exposición de los primeros principios del Derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerado en sí mismo y en su relación con el orden universal de las cosas.

El Derecho Natural nace de la creencia, común a la humanidad, de principios de justicia independientes de las reglas y de las instituciones positivas; esa creencia, íntimamente unida a las convicciones generales de los hombres sobre el orden moral y sobre la causa suprema, ha sido la palacea más - poderosa de todos los progresos sociales, el punto más luminoso que en el pasado iluminó la marcha de la humanidad y deja entre ver para el porvenir un orden social más conforme a los principios de la verdad y la justicia.

Perenne y universal como la idea, el Derecho Natural o filosófico se mantiene ajeno a las influencias del tiempo y del espacio, al paso que el Derecho positivo es variable, necesariamente histórico y nacional.

Pérez Guerrero: el Derecho Natural trata de buscar por el análisis racional del espíritu humano los principios jurídicos de valor perdurable a los que toda sociedad debe acomodarse. Así se haría del Derecho una especie de ciencia natural. Se confunde por los defensores del Derecho Natural, el Derecho con la justicia y con la equidad absoluta. En consecuencia, sólo dentro del marco de la especulación abstracta, - ajena a la realidad, puede hablarse de Derecho Natural.

Lo cual confirma, a nuestro juicio, la íntima relación y dependencia del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho.

122. ORIGENES DEL DERECHO NATURAL.

La doctrina del Derecho Natural nace en las primeras prácticas del Derecho, influido poderosamente por la religión, tanto en el Oriente como en el Occidente, por lo que tiene implicaciones teológicas, y será por esto impugnado radicalmente por el materialismo.

La idea del Derecho Natural ha respondido siempre - como una vocación del espíritu humano, en coincidencia siempre con las exigencias de la justicia, como una razón de ser del Derecho. Anuncia la antítesis de lo justo en sí y de lo justo legal.

En Grecia el Derecho Natural no aflora sino como un aspecto del problema fundamental del conocimiento, en cuanto - preocupa a los griegos mostrar lo universal frente a lo particular.

Los sofistas se plantean abiertamente el problema - de si la justicia tiene un fundamento natural; de si aquello - que es justo por la ley, es también justo por naturaleza, problema al cual respondieron, en forma general, en sentido negativo, observando que si existiese una justicia por naturaleza - todas las leyes serían iguales.

La teoría del Derecho Natural fue expuesta por Grocio (1.583-1.645). Decía: hay una justicia natural que reside en la naturaleza misma de las cosas y que se revela al hombre - por su razón, aún cuando con anterioridad Santo Tomás de Aquino (1.225-1.274) había distinguido entre la ley eterna, la ley divina que permanece oculta y la ley natural, que es la que permite al hombre conocer de la ley divina. El Derecho Natural, - decía, es superior al Derecho positivo.

123. DERECHO NATURAL: PLATON.

Platón, en Las Leyes, al poner en boca del ateniense las palabras que se transcribirán, da un indudable fundamento del Derecho Natural, como de origen teológico. Estas son - las preguntas de Platón:

Quién pasa entre vosotros como el primer autor de vuestras leyes?. Es un Dios, es un hombre?. A lo que responde Clinias: extranjero, es un Dios, y no podemos conceder semejante título a otro que no sea un Dios; aquí es Júpiter; en Macedonia, patria de Megilo se dice, según creo, que es Apolo. No es cierto Megilo?. Megilo: Si ateniense. Refieres el hecho como Homero, el cual dice que de nueve en nueve años iba Minos a ver puntualmente a su padre y que en vista de las respuestas de este Dios, redactó las leyes para las ciudades de Creta.

124. DERECHO NATURAL: ARISTOTELES.

En su Moral a Nicómaco: en el fondo de cada disposición particular de la ley, hay principios generales que no cambian.

El fuego lo mismo quema en estos países que en Persia.

Aristóteles habla de estas características:

- a) Distinción entre lo justo legal y lo justo natural;
- b) Universalidad y objetividad del Derecho Natural;
- c) Inmutabilidad del Derecho Natural.

125. DERECHO NATURAL: ESCUELA ESTOICA.

La Escuela Estoica habla de la existencia de una ley natural universal que ha de reflejarse en el fondo de toda conciencia individual, porque el hombre es partícipe de la misma, por su propia naturaleza, viviendo con arreglo a la cual es vivir conforme a la suprema existencia ética: conforme a la naturaleza.

De lo expuesto resulta que en la Filosofía griega - tuvo un desarrollo peculiar el Derecho Natural, que en la preocupación por superar lo sensible particular, lo que cambia, que es contingente y en definitiva no es, y por ello trata de encontrar lo intangible universal.

La Filosofía griega se refiere fundamentalmente a la naturaleza humana. El hombre es más que un animal, pero me nos que Dios.

126. DERECHO NATURAL Y DERECHO ROMANO.

Cicerón: El Derecho Natural es supremo criterio y en él están los principios jurídicos fundamentales que la razón deduce, tales como la igualdad y la libertad de todos los hombres, el derecho a la vida, la integridad, etc.

Los romanos contraponen el Jus Civile, más próximo a la voluntad del hombre, con el Derecho Natural, puesto que el primero es creación del legislador, en tanto que el segundo está constituido por normas justas, que no son creadas con participación del legislador.

La ley positiva, contrariamente a lo que ocurre con el Derecho Natural, es ley finita, variable. En consecuencia, el Derecho Natural es como algo eterno, inmutable, uniforme, constante, en cuanto es libre de toda variación que pudieran provocar los hombres.

El pensamiento jurídico romano está desprovisto de originalidad filosófica; está cerca del pensamiento griego.

La idea de una ley natural, común a todos los hombres, es un principio básico.

El Derecho y la naturaleza resultan inseparables por obra de la conjunción de dos fuentes básicas: la filosofía griega y la jurisprudencia romana.

127. DERECHO NATURAL: EDAD MEDIA.

Hay una evidente concepción teológica. Dios gobierna el mundo inspirando las leyes humanas. En Dios residen las leyes eternas.

Dos períodos se destacan en lo que se refiere a la-

Filosofía cristiana:

- a) La Patrística; y,
- b) La Escolástica.

128. DERECHO NATURAL: LA PATRISTICA.

La Patrística se extiende desde los comienzos del Cristianismo hasta Carlo Magno.

De los padres de la Iglesia, que son los que constituyen la Patrística, el más destacado de todos, es San Agustín.

El Estado aparece como una consecuencia del pecado; como un mal que deriva de la culpa original; pues se manifiesta y describe que antes de tal culpa no existían ni señoríos, ni juicios, ni propiedad, ni esclavitud, ni controversias.

La Comunidad de los fieles constituye la Ciudad Divina, pues los fieles han de reinar con Dios eternamente.

Al Estado sólo se le reconoce la misión de mantener la paz entre los hombres.

129. DERECHO NATURAL: LA ESCOLASTICA.

El Derecho es una parte de las ciencias morales, para el pensamiento de la Escolástica, que alcanza su máxima expresión con Santo Tomás de Aquino, cuyo pensamiento se muestra en su obra mayor La Summa Theologiae, que lo erigió en maestro.

Santo Tomás establece tres clases de leyes:

- a) Lex aeterna;
- b) Lex naturalis; y,
- c) Lex Humana.

La ley aeterna es la que se origina en la razón divina que gobierna el mundo. La voluntad de Dios es comunicada -

por la revelación y debe ser aceptada por la fe. El hombre participa de la ley divina a través de las leyes naturales y humanas.

La *lex naturalis* es disposición parcial e imperfecta de la ley eterna, cuya parte referida a la conducta humana - constituye su contenido, que es cognoscible por los hombres por medio de la razón.

La ley natural es inmutable, porque en ella están - los principios fundamentales.

La ley humana es, o debe ser, una aplicación particular de la ley natural, por obra del hombre.

La ley humana es producto del hombre, creación suya y tiene la validez necesaria, en cuanto se estima indispensable para la paz y el ejercicio de la virtud.

130. DERECHO NATURAL: RENACIMIENTO Y EDAD MODERNA.

Hay una concepción del Derecho Natural de tipo racionalista, que tiene un carácter distinto al que elaboró la Escolástica, aunque se mantiene en una línea común al afirmar su existencia.

Se gesta la teoría del contrato social. El Estado tiene su origen en el contrato que sobrevino como consecuencia del abandono de un estado anterior y del acuerdo para la convivencia pacífica de la sociedad. El hombre ha vivido una época previa a la existencia del Estado en la que, sin leyes, autoridad ni gobierno, ha estado librado enteramente a sí mismo, como en un estado extralegal, prelegal, que era un status natural.

El status natural fenece y por acuerdo entre los - hombres deciden abandonarlo para pasar al status societatis, mediante un contrato por el cual los hombres se obligan a una convivencia pacífica y de mutuo respeto. Se subordinan a un gobierno que los mismos hombres designan.

Los principales propugnadores de este planteo teórico

co, Manuel Kant, con Jacobo Rousseau que se detienen especialmente en lo político y Hugo Grocio y Pufendorf en lo estrictamente jurídico.

El Derecho Natural se funda en la naturaleza humana: deseos y aspiraciones que resultan comunes al género humano. Todo cuanto se halle en armonía con la naturaleza humana, ha de tenerse como Derecho y como tal, fundamentalmente legítimo en su manifestación concreta.

Para Thomasius el hombre tiene como aspiración natural la de vivir feliz y el mayor tiempo posible, y considera que a la misión del Derecho se le imponen racionalmente tres clases de supuestos, a saber:

- 1o.) *Honestum*. Honestidad, que consiste en tratar a los demás, como ellos mismos se tratan.
- 2o.) *Decorum*. Decoro, que es el deber de tratar a los demás, como queremos que ellos nos traten a nosotros.
- 3o.) *Justum*. Equidad, que consiste en no hacer a otros, lo que no nos deben hacer a nosotros mismos.

Renard propugna un Derecho Natural de contenido progresivo, ya que el Derecho Natural no es un sistema acabado, sino a la manera de un principio que se realiza diversamente en los distintos sistemas del Derecho Positivo.

Del Vecchio afirma que el Derecho tiene su principio en la naturaleza y esencia del hombre, como persona en absoluto.

El Empirismo rebajó la condición del Derecho Natural en su clásica concepción, pero no lo negó totalmente, sino que trató de dar un fundamento natural distinto para el Derecho.

El Positivismo, en cambio, llevó su concepción a los últimos extremos, negando toda concepción en la naturaleza humana, sea en cuanto supone una lucha de todos contra todos (Hobbes), o como una expresión del egoísmo al cual pone fin el

Derecho inaugurando una nueva era legal de la humanidad, o como la tendencia que ve en la naturaleza un estado feliz perdido, - al cual habría que volver (Romanticismo de Rousseau) mediante - el contrato social y que negó en absoluto el Derecho Natural, a firmando que no existe otro Derecho que el Derecho Positivo.

Esa actitud, con caracteres sistemáticos se repite en todos los positivistas, pero en ninguno alcanza los extremos extraordinarios por la profunda sistematización de la negativa, que en Kelsen.

Volveremos sobre esta materia en el No. 135 de este capítulo.

131. DERECHO NATURAL: PRIMER PERIODO.

Para evitar confusiones y con el propósito de aclarar más el arduo problema del estudio del Derecho Natural, tomando en cuenta que no hay específicamente escuelas jusnaturalistas sino períodos, vamos a enfocar el problema desde el punto de vista de períodos, dividiéndolos en tres. Para procurar un panorama más completo, hablaremos en el No. 134 de este capítulo, de las clases de Derecho Natural.

El primer período expresa el proceso de independencia entre religión y política. Contra el pontificado y el feudalismo vendrán nuevas ideas. Pero el Derecho Natural está en la etapa del absolutismo ilustrado, Los que lo preconizan fundan el Derecho en la naturaleza y lo confían a la prudencia y equidad del soberano absoluto.

Son exponentes de este período: Grocio, Spinoza, Hobbes, Puffendorf y Wolff.

El segundo período establece que el Derecho Natural tiene raíz en la naturaleza humana. No se rige por la equidad y el poder absoluto del monarca, sino por el equilibrio que debe reinar entre las funciones de la soberanía.

Los representantes son Locke y Montesquieu.

El tercer período culmina con la Revolución Francesa y establece la garantía de los derechos individuales y la función misma del Derecho en absoluto, sólo por obra de la soberanía popular y la democracia.

El representante más alto es Rousseau en lo político y Kant en lo intelectual.

En este número nos concretaremos al primer período.

Hugo Grocio parte del principio de los estoicos al distinguir lo justo por naturaleza de lo justo por la ley, y, de acuerdo con Aristóteles, que hace del hombre el animal social, el Derecho queda arraigado en la naturaleza humana, y existiría aunque no hubiese Dios o aunque Dios no se ocupara de los asuntos humanos.

El Derecho Natural entonces se cimentaría en varios principios. Los principales son:

- a) Abstenerse de tomar cuanto pertenece a los otros;
- b) Conformarse con los pactos, y cumplir las promesas;
- c) Indemnizar cualquier daño causado culposamente;
- d) Dar castigo a los hombres que lo merecen.

Hobbes sostiene:

- a) El hombre no es naturalmente sociable y si se ha vuelto social es por hábito; y,
- b) El hombre es naturalmente egoísta. Busca su propio bien, siendo insensible al bien de los demás.

El hombre es lobo para el hombre.

Baruch Spinoza, judío holandés, sostiene que el hombre en estado de naturaleza no está gobernado por la razón,-

sino por la voluntad de potencia. El derecho de un hombre primitivo alcanza hasta donde llega su poder.

No hay justicia ni injusticia; bondad ni maldad; licitud ni ilicitud, mientras se vive en estado de naturaleza, en que habría siempre guerra. En consecuencia los hombres comprenden que sólo con un contrato pueden conseguir seguridad y paz. La razón se sobrepone a la potencia.

Samuel Puffendorf toma una posición intermedia entre Grocio y Hobbes. Piensa que el hombre es naturalmente sociable, como Grocio, pero el hombre es amante de sí mismo y busca la felicidad y la satisfacción de sus necesidades en un estado de paz, como Hobbes.

Por tanto el Derecho Natural es la expresión de ese doble carácter de la naturaleza humana y tendría dos fuentes: - la una que ordena al hombre proteger su vida, integridad y propiedad; la otra le pide no perturbar la paz social.

132. DERECHO NATURAL: SEGUNDO PERIODO.

Se caracteriza por el empeño de exigir salvaguardia contra cualquier intento de violar los derechos individuales - por parte de los gobernantes. Se acentúa la prioridad de los derechos individuales.

Juan Locke imprime al Jusuaturalismo un sentido más social, más racional y profundo.

En lugar de establecer que el Derecho Natural crea el despotismo, como Hobbes, cree que la misma fuente crea la libertad política. El hombre en estado de naturaleza no se halla en guerra; no era naturalmente egoísta; poseía derechos íntimos emanados de su naturaleza como la libertad y el goce del producto de su trabajo.

En ese estado todos eran iguales; nadie podía violar lo ajeno, y si ello sucedía, cada cual usaba de su fuerza para hacerse respetar. Como la justicia por mano propia creaba grandes inconvenientes, se acordó crear una autoridad de acuerdo -

con la voluntad mayoritaria.

El poder así constituído no era una acumulación de prerrogativas en favor del soberano. Todos se beneficiaban del pacto. El poder estaba sometido a la voluntad colectiva. Los asociados entregan sólo lo que mira a la aplicación del Derecho Natural.

El Poder Legislativo dictará normas para garantizar la vida, la libertad y la propiedad.

Carlos Secondant Varón de Montesquieu ofrece el complemento de la teoría de Locke. Elabora una doctrina política para hacer efectiva la protección de los derechos individuales.

Comienza por ofrecer un cuadro de la relatividad del Derecho, influenciado por el clima, la geografía, la religión, la raza, etc.. En este sentido es precursor de la Sociología Jurídica.

Trata de evitar el abuso del poder. Su fórmula: para que no se pueda abusar del poder, es necesario que el poder detenga al poder.

Habla del equilibrio e independencia entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

133. DERECHO NATURAL: TERCER PERIODO.

Tanto Rousseau como Kant coinciden en afirmar como verdad jurídico-política la de la actuación libre y mayoritaria, fundada en la libertad. Rousseau la ve en el orden político y Kant la define en el orden intelectual. Desde entonces el Derecho y la Política se universalizan y toman proporciones populares.

Juan Jacobo Rousseau dió forma clara y racional a cuanto se agitaba en la conciencia política de su tiempo. Comienza por ver al hombre libre en estado de naturaleza, siguiendo los dictámenes de la propia razón. No habría entonces la corrup

ción producida por la vida civilizada. El hombre, como todo producto de la naturaleza era bueno y feliz, hasta que un día al -guien puso límite a lo que llamó suyo y dijo: esto es mío, dando origen a la propiedad privada, primera fuente de la infelicidad humana.

A la propiedad se unió el predominio de la fuerza y la dominación política, creando un régimen artificioso de desigualdad.

En el Contrato Social Rousseau busca la forma de -volver al estado de naturaleza y dice que hay que encontrar una manera de asociación que defienda y proteja con su poder común la persona y bienes de cada asociado y por la cual cada uno, -uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes.

Los principios espirituales e immanentes de libertad e igualdad constituyen el punto de partida de esa política nueva y sólo para garantizar esos principios el Estado tiene razón de existir.

El que la libertad y la igualdad deban reconocerse por el Estado no es la consecuencia de que el Estado se haya organizado realmente por un contrato, sino al contrario, el Estado debe considerarse como si hubiere tomado su origen en el contrato. Así pierde su carácter empírico el principio contractualista.

Para Rousseau el contrato debe entenderse realizado del siguiente modo: por un instante los hombres confieren sus -derechos a la comunidad, la cual después se los reintegra a todos, pero con el nombre cambiado. No serán derechos naturales-los que se devuelven, sino derechos políticos y civiles.

Como el pueblo puede revocar su mandato, nace el -concepto del gobernante, simple mandatario o ejecutor del mandato colectivo.

Sobre esos postulados se proclamó la REvolución Francesa y en la misma forma nacerá la democracia liberal.

Las ideas de Rousseau inspiraron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Kant reconoce al sujeto como el principio y fuente de la verdad moral y de la verdad jurídica.

Practicamente con Kant se inicia el llamado Jus -Racionalismo o Teoría Racionalista del Derecho.

Los alemanes dicen que con Kant se efectúa el paso del Derecho fundamentado en la naturaleza humana, al Derecho elaborado por la razón. Sin embargo a Kant se le sigue considerando Jusnaturalista.

Kant representa un nuevo sentido de la Filosofía teórica. Su criticismo sustituye al anterior dogmatismo.

Kant se propone indagar las condiciones y los límites del conocimiento: todo conocimiento implica una relación entre el sujeto cognocente y la cosa conocida. La realidad se presenta bajo cada aprehensión. El modo de aprehensión da forma a la realidad, tal como la mano da una cierta forma a la nieve que aprisiona.

De esto se deduce que no puede haber una realidad en si misma, fuera de las formas subjetivas del conocimiento.

134. CLASES DE DERECHO NATURAL.

Jusnaturalismo.

Este término comprende a todas las doctrinas del Derecho Natural, que representan diversos ensayos de la Estimativa o Axiología Jurídica.

Haciendo una especie de síntesis de lo expuesto anteriormente podemos manifestar que hay un Derecho Natural Estoico; un Derecho Natural Patrístico, un Escolástico, fundado en las ideas de Santo Tomás de Aquino y desenvuelto en España por Francisco de Vitoria, Molina, Soto y sobre todo por Suárez.

Hay un Derecho Natural Moderno, llamado clásico, cuyos principales representantes fueron Groccio, Tomasio Puffendorf.

Hay un Derecho Natural Racional, cuyos principales exponentes son Rousseau, Kant y Fitch.

Un Derecho Natural Formalista, representado por Stammler.

Uno de inspiración neo-escolástica, o neo-tomista.

Un Derecho Natural Contemporáneo que trata de inspirarse en fuentes cristianas-protestantes. Su principal expositor es Branner.

Entre todas las Escuelas hay denominadores comunes y diferencias de largo alcance.

Varias doctrinas del Derecho Natural sostienen que el orden jurídico se ha enraizado en planos prejurídicos, sean de carácter ético, sean de carácter religioso, sean de realidad biológica o sociológica.

Para varias doctrinas del Derecho Natural se considera que éste es la base axiológica y directriz de orientación ideal para la elaboración del Derecho Positivo. Es denominador común de las directrices que en la elaboración del Derecho Positivo deben obedecer a ciertas normas ideales; determinadas pautas axiológicas, cuya validez en sentido ideal es previa, independiente y superior a la vigencia eventual, histórica del Derecho Positivo, fabricado por los hombres en cada situación histórica.

La mayor parte de las doctrinas de Derecho Natural tienen de común el rasgo de suponer que en las relaciones interhumanas se dan criterios impuestos por la naturaleza, que son previos e independientes del Derecho Positivo. Máximas que pertenecen a la esencia de la naturaleza del hombre, que tienen validez propia, independiente del reconocimiento por parte del Estado.

En los diferentes sistemas del Derecho Natural varía mucho la relación entre los principios permanentes, universales, considerados como absolutos, de validez necesaria, de los componentes históricos particulares, contingentes, diversos y cambiantes. Esta variación se presenta sobre todo entre la Escuela Clásica y la Escuela de Stammier.

Otro punto de divergencia es en cuanto a la validez del Derecho Natural. Para la concepción Escolástica y la Neo-Escolástica y para las doctrinas contemporáneas, se entiende que el Derecho Natural es el conjunto de principios generales, de valores básicos, que deben ser tomados como pauta para la elaboración del Derecho Positivo y que se dirigen principalmente al legislador. Sólo en casos excepcionales se admite el derecho de resistencia pasiva y de rebelión contra un régimen de tiranía.

En cambio hay otras tendencias que sostienen que en pugna entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, éste tiene que ceder, porque el Derecho Natural tiene mayor validez.

135. DERECHO NATURAL, POSITIVISMO Y ESCUELA HISTÓRICA.

Se sostiene que cada vez se abre una brecha más prolongada hacia el Derecho Positivo; que el abismo que se pretende descubrir entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, no se rellenará.

La Escuela Positivista (Hegel e Ihering) critican a la teoría del Derecho Natural, porque el Derecho se identifica con el Estado. Dicen que el Derecho se creó únicamente por la fuerza del Estado.

Pero, la negación del Derecho Natural ha tenido la peligrosa consecuencia de proclamar la onnipotencia del Derecho Positivo y a veces identificar la fuerza con el Derecho, lo que viene a resultar una absurda justificación de gobiernos de facto o dictaduras, tan frecuentes en nuestro Estado, y que nos recuerda la frase tristemente célebre: el Estado soy yo. Mi voluntad es la única ley.

Los que con menos énfasis critican al Derecho Natural tratan de minimizarlo, reduciéndolo a algunos preceptos generales y cuya observancia es necesaria para el bien común de la sociedad.

También está en abierta pugna con el Derecho Natural la Escuela Histórica, porque las características de universal e inmutable que se asignan al Derecho Natural están desmentidas por la diversidad de legislaciones.

La Escuela Histórica se crea en Alemania. El más alto exponente es Savigny. Se forma por oposición al kantismo, y sostiene que el Derecho es creado en la comunidad de los hombres por la lenta obra del tiempo. Que el desarrollo del Derecho es un hecho natural. Por tanto, la voluntad humana no tiene parte en la producción del Derecho. El Derecho es un producto-histórico. Los juristas no hacen más que expresarlo. El Derecho es un problema de conocimiento y no un programa de acción.

Hegel, filósofo panteísta y visionario, sostiene que el Derecho es la manifestación del espíritu universal, encarnado en el Estado. Es un "eterno devenir".

El Estado expresa el Derecho por su sola voluntad; toda regla encuentra su justificación en la fuerza del Estado. No se puede admitir la existencia de derechos individuales contra la soberanía del Estado, ni imaginar la posibilidad de oposición entre el Derecho y el Estado, que son la misma cosa, por que el Estado es "hijo del Derecho".

De estas teorías filosóficas alemanas salió la doctrina del Nacional-Socialismo, fórmula que impone el sacrificio de los individuos al Estado por la doctrina del fascismo. La tiranía política surge inevitablemente del debilitamiento de la idea del Derecho.

Kelsen destaca la inclinación del hombre a presentar su propia idea de justicia como la única correcta y absolutamente válida.

A pesar de que en la historia de la humanidad no exis

te un problema que haya sido discutido con mayor pasión, y a pesar de que los más ilustres pensadores, desde Platón hasta Kant, han hecho esfuerzos por determinar el contenido de la ley natural, de la justicia, todo el problema permanece hoy sin solución, como siempre lo estuvo.

Destaca Kelsen que la doctrina del Derecho Natural se caracteriza por un dualismo fundamental entre el orden positivo y el natural. Existe un Derecho Natural perfecto, ya que es absolutamente justo y el Derecho Positivo solamente está justificado en cuando corresponda al Derecho Natural.

Si se podría llegar a conocer el orden absolutamente justo, cuya existencia es afirmada por el Derecho Natural, entonces el Derecho Positivo sería superfluo; más aún, no tendría sentido.

Si existiere una justicia que podría ser recogida en forma objetiva, no existiera el Derecho Positivo, y por tanto, tampoco existiría el Estado, ya que no sería necesario obligar a las gentes a que sean felices.

Sin embargo, la afirmación usual de que existe un orden bueno, pero trascendental y por tanto no inteligible; de que existe lo que se llama justicia, pero que no puede ser definida con claridad, es una contradicción en sí misma.

Para Kelsen hay las siguientes diferencias entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo:

- a) Aparece como primera diferencia el hecho de que se considera al Derecho Natural como legislado por Dios o por la naturaleza, y el Derecho Positivo como producto del hombre;
- b) Que el Derecho Natural es susceptible de imponer se por sí mismo, en virtud de ser evidente, lo que no ocurre con el Derecho Positivo que se impone coercitivamente;
- c) El Derecho Natural queda, de este modo, en un enunciado general, no siendo posible en el mismo

la individualización de las normas, a la inversa del Derecho Positivo que, si tiene universalidad en los esquemas normativos, en cambio se concreta como tal en las normas individuales, donde se toma en cuenta el pensar, el querer y el sentir de las personas.

Con frecuencia los escritores antiguos consideraban al Derecho Natural como una verdad física, lo cual realmente no le corresponde. De ese modo identificaban al concepto metafísico con el concepto físico de la naturaleza.

A su vez los escritores del siglo pasado sólo reconocían la existencia de un Derecho Positivo, negando que exista un Derecho Natural, como criterio ideal del Derecho Positivo.

A juicio de Del Vecchio se advierte un error común en ambas posiciones; hay confusión en ambos conceptos. Los juristas naturalistas definen en general al estado de naturaleza no como un concepto teórico, como un período histórico, sino como una fase histórica más remota. Y así distinguen dos estados o períodos: uno primitivo o estado de naturaleza, y otro posterior o estado civil o de sociedad.

Ahora bien, el primero debía constituir en cierto modo la norma y el ideal para el segundo, de tal suerte que el problema trascendental de las relaciones entre ideal y realidad, viene a transformarse impropriamente en una cuestión genética e histórica.

En la Escuela Jurnatural el pasado era considerado como sede de verdades superiores al tiempo, y el progreso considerado como un retroceso o retorno a dicho período inicial.

No se puede negar la realidad del Derecho Natural entendido en el sentido puramente deontológico. No se ha de negar al Derecho Natural predicando únicamente su inexistencia, o por el hecho de que no se haya realizado como fenómeno. El Derecho Natural va encarnado en la realidad por grados progresivos y triunfa al fin.

El ideal que sintetiza la eterna verdad del Derecho,

designa además la meta de su evolución histórica.

El pensamiento de Kelsen, con el que culmina el positivismo jurídico, está lastrado de los errores del racionalismo dogmático.

Para los positivistas, el Derecho Positivo se entiende como un Derecho vigente, y en oposición a él, el Derecho Natural sería visto como un Derecho no vigente, lo que contraría la idea misma del Derecho Natural.

El error fundamental del Racionalismo Dogmático ha sido el de ver solamente normas escritas en el Derecho. Ni siquiera se piensa en el Derecho Consuetudinario.

La noción del Derecho Positivo, como Derecho "puesto" o "establecido", mediante un determinado procedimiento por un órgano del Estado, es el supuesto que domina todo el pensamiento jurídico de las Escuelas Jurídico-tradicionales, en las cuales hunde su raíz el pensamiento jusfilosófico de Kelsen.

El Derecho Natural suple la falta de normas jurídico-positivas o permite llenar sus lagunas. Sirve además, de criterio interpretativo de la ley.

Esa influencia del Derecho Natural se lleva a cabo mediante los denominados principios generales del Derecho y mediante la equidad. Los tribunales no pueden a pretexto de silencio u obscuridad de la ley o insuficiencia de las normas jurídicas, negarse a administrar justicia. Las leyes, ni con declaraciones de carácter general, ni con pormenores casuísticos, pueden prever todos los casos que en la vida, tan variada y rica en accidentes, se suscitan.

Los principios generales del Derecho, son principios axiológicos, suprapositivos. Son principios del Derecho Natural, que se consideran como básicos en todo orden social. Son fuente inagotable del Derecho, fuente que está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede y debe ser aprovechada por nuestra razón.

136. DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL A LA ESCUELA
DEL DERECHO RACIONAL.

Desde Hugo Groccio hasta Kant toda la problemática -
había girado en torno a los problemas jusnaturalistas.

Para la Escuela Clásica del Derecho Natural, sólo -
es Derecho el Derecho justo; un orden que responde a las exigen
cias universales de la naturaleza humana. Ese Derecho es cogno
cible mediante la razón.

La preocupación jusnaturalista se concentra luego -
en establecer para el estado de sociedad un orden normativo tan
perfecto, como el surgido espontáneamente del estado natural.

El error de la tendencia consistió en considerar a
la naturaleza humana, no como un principio ideal, no como un su
puesto racional, sino como un acontecer empírico susceptible de
ser regulado para siempre.

Con la filosofía kantiana operase el tránsito de la
Escuela del Derecho Natural a la Escuela del Derecho Racional.

No es que Kant haya impugnado el jusnaturalismo; -
el mismo lo sostiene en su obra Principios Metafísicos de la -
Doctrina del Derecho.

El aporte que Kant dió al Derecho Natural es el de -
un fundamento distinto, puesto que consideró a la razón no sólo
como un instrumento que posibilita el conocimiento del Derecho,
sino como un fundamento de la validez y la vigencia del Derecho.

El estado de naturaleza ya no es un hecho sino un -
supuesto de la razón teorizante; es decir, el concepto fundamen
tal de un Derecho ideal, suprapositivo. La idea del Derecho -
justo, es anterior a todo Derecho instituido por el Estado.

Para el idealismo subjetivo de Fichte la única rea
lidad existente es el yo. Fuera de él nada existe. Al yo con
trapone el no yo. De estas dos modalidades surge la diferencia
entre la Filosofía teórica y la Filosofía práctica.

Puesto que no existe para el yo más limitaciones - que las que él mismo determina, resulta que el yo es libre. Cualquier limitación es autolimitación. Por ello, el Derecho es la consecuencia de la autolimitación humana.

El yo debe limitar la libertad individual, basándose en la indiscutible necesidad de la libertad ajena, pero a condición de que los otros hagan lo mismo.

Pero luego la doctrina fichteana se aparta, al atribuir al Estado una prevalente función económica y social y por tanto transubjetiva.

Para Federico Guillermo Hegel la doctrina filosófica se caracteriza como un ideal absoluto en sentido objetivo. Toda realidad es una idea, y la idea es esencia de lo absoluto, en cuanto actividad creadora en un interesante desarrollo de sí misma y del universo todo.

La realidad es una síntesis entre el pensamiento y el objeto.

Cómo llegar al conocimiento de lo absoluto?.

Pues elevándose desde la sensación empírica e individual a la verdad universal.

El Derecho entendido como categoría abstracta del obrar es, según Hegel, la existencia externa del querer libre.

137. CONCLUSION.

Es incuestionable que el Derecho Natural rige y orienta el mundo de lo jurídico; es el antecedente necesario - que el legislador debe tener en cuenta para expedir las normas concretas que formen parte del Derecho Positivo de un Estado, - con vigencia en un tiempo y en un lugar determinados.

El legislador no puede establecer normas a su arbitrio; tiene que basarlas en criterios fundamentales de justicia; en principios universales que tiendan a establecer una con

vivencia pacífica, exaltando los altos valores y persiguiendo en todo caso la consecución del bien común.

Es indudable también que hay una justicia básica, universal, que está situada más allá del quehacer de los legisladores, justicia a la cual los órganos del Estado deben sujetar su gestión.

Esa justicia está en la naturaleza; en la naturaleza humana, entendida como quiere Santo Tomás de Aquino, como - un criterio normativo, un conjunto de juicios fundamentales de orden moral, que se manifiestan ordinariamente en la conciencia de los hombres.

O, como quería Rousseau, la naturaleza humana es - la voluntad general, la voluntad de todos, la coexistencia armónica de las libertades. Una ley universal de libertad y justicia. Motivaciones racionales. Un ideal fundado en el deber ser.

O, según Kant, una razón pura, práctica, aplicada al sector de la convivencia externa entre los hombres, y que - consiste en una idea normativa de la razón.

Una idea de justicia, según Stammler.

Un conjunto de normas intrínsecamente válidas según Eduardo García Maynez.

Con el mismo pensamiento romano se puede ya hablar de un conjunto de elementos de validez universal, perpetuos y que llevan a todos los hombres a la práctica de la justicia.

La valuación de la persona humana es un fin en sí; es un juicio estimativo conforme a la razón; es un principio - básico de Derecho Natural, incorporado al Derecho Positivo.

El vocablo naturaleza tiene una acepción que es sinónimo de esencia.

La naturaleza, para la Summa Theolique, se identifica con la esencia de un ser, con lo absolutamente necesario, y

no puede dejar de ser, bajo ningún concepto, un fundamento básico para el establecimiento de un sistema normativo de la sociedad.

El orden universal viene de Dios, ser eterno. El orden racional se impone a los hombres, según la representación que tengan de ese orden universal, participando en cierta manera de lo eterno, por medio de su conocimiento.

En definitiva hay un Derecho Natural, basado en los principios básicos de la justicia, del cual participa el hombre mediante el conocimiento.



CAPITULO XII

DERECHO POSITIVO

138. Aclaración necesaria.-

139. Derecho Positivo.- 140.-

Características del Derecho -

Positivo.- 141. Jerarquía de
las normas positivas.

138. ACLARACION NECESARIA.

En el capítulo anterior se han considerado criterios básicos sobre el Positivismo Jurídico y sobre el Derecho Positivo. No podría ser de otro modo si se toma en cuenta la problemática -que era indispensable dilucidar- entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

De tal manera que en este capítulo se verá únicamente lo que no haya quedado establecido en el capítulo anterior.

Una sociedad no puede vivir sin reglas impuestas - por la autoridad, reglas que son impersonales y de cierta permanencia, sin perjuicio de la reforma o derogatoria que siempre se hallan latentes, porque las sociedades cambian y las normas han de adecuarse, necesariamente a las necesidades vigentes en un momento dado.

Las normas son indispensables y ellas tienen que obedecer a un ordenamiento básico, de indudable conveniencia, ba

sado en la justicia y en el bien común.

Hay que desterrar la arbitrariedad de quienes ejercen la Función Legislativa.

Reglas que, por referirse a la conducta de los hombres, sean violables por su naturaleza, y por eso deben llevar aparejada la sanción para el caso de que no fuesen debidamente observadas, a pesar de su coercitividad.

Por ello las reglas tienen que ser de conducta social, sancionadas por la fuerza. Reglas escritas y concretas, con una vigencia efectiva.

Un Derecho que esté formado por reglas elaboradas por los hombres, con el propósito de realizar valores en el medio social, pero en todo caso situadas dentro de una provincia de la cultura humana.

139. DERECHO POSITIVO.

El Derecho Positivo equivale al orden jurídico, es decir, al conjunto de normas concretas, escritas, vigentes, cuyo objeto es el de regular la conducta humana dentro de la sociedad.

La conducta humana constituye materia apta para tal ordenación porque el hombre -al menos desde ciertos sectores de la doctrina- es sociable. Y si es sociable necesita de orden, porque una sociedad es una agrupación de orden.

El Derecho Positivo es una rama racional del Derecho Universal, que se caracteriza por imponerse a seres finitos. Pero no es expresión de la esencia de lo que rige. Está en el campo deontológico.

Por tanto, el Derecho Positivo no está situado en el campo de las ideas puras, válidas en sí mismas, válidas por sí solas, válidas abstractamente, con independencia de las situaciones de la vida real.

En este punto es precisamente donde con mayor claridad se ve la diferencia del Derecho Positivo y del Derecho Natural.

El Derecho Positivo consiste en el conjunto de normas o reglas sociales concebidas por el hombre, como formas concretas de convivencia, bajo el estímulo de determinadas necesidades prácticas de la vida.

Lo que importa fundamentalmente es la existencia de reglas concretas de convivencia, es decir, un Derecho Positivo dictado y sancionado por el Estado, como la mayor y más perfecta de las organizaciones sociales.

En este campo no interviene la discusión sobre el fundamento teórico, de validez ideal, ni es posible entrar a discutir el derecho que tenga el órgano legislativo público para expedir leyes o reglas de carácter positivo. Se da por establecido ese derecho pleno. Si se podría entrar a discutir ese derecho a dictar leyes, especialmente la controversia tendría que centralizarse en la facultad de los gobiernos de facto, que con tanta frecuencia aparecen en nuestra parte del planeta.

El Derecho Positivo es, pues, un ordenamiento jurídico, designado específicamente con la expresión de Derecho.

Por lo mismo, el Derecho Positivo no es un conjunto de datos empíricos que están a la vista, de manifiesto, que sean conclusos e invariables.

Hay que hablar de múltiples realidades jurídicas, unas atrás de otras en duración, elaboradas a base de experiencia, que se convierten en seres vivos, con vigencia en el curso del tiempo y del espacio.

140. CARACTERISTICAS DEL DERECHO POSITIVO.

Las características del Derecho Positivo, conforme a lo que hemos visto anteriormente, pueden sintetizarse de este modo:

Primera: El Derecho Positivo es producto del hombre. Producto aprehendido de la naturaleza, y colocado en vigencia dentro de la sociedad, e impuesto por la autoridad.

Segunda: El Derecho Positivo se impone coercitivamente, es decir sin la voluntad de los asociados, y aún en contra de esa voluntad. Para que esa imposición sea efectiva, es necesario que el Derecho esté respaldado por la fuerza; esto es de una sanción, o amenaza de una sanción o pena.

Tercera: El Derecho Positivo no está constituido por normas teóricas, sino por disposiciones concretas, que determinan con precisión la conducta que han de observar los asociados, cada uno de ellos cuando llegue a colocarse dentro del supuesto normativo.

Cuarta: El Derecho Positivo tiene una vigencia relativa, en cuanto al tiempo y al espacio. Puede incorporar principios generales, universales, pero no rige sino desde su promulgación por la autoridad, y solamente dentro del respectivo territorio de cada Estado.

141. JERARQUÍA DE LAS NORMAS POSITIVAS.

Existe una verdadera pirámide jurídica, en la cual, la norma fundamental o Constitución del Estado está en el vértice, y las otras en gradas o lugares inferiores.

Las normas secundarias tampoco tienen entre sí la misma jerarquía, a pesar de pertenecer a un mismo ordenamiento.

Pero no están puestas las unas al lado de las otras: forman entre todas ellas un conjunto armónico. Ello ocurre con la más general de todas, es decir la Constitución, como con la de mayor particularidad que es la sentencia jurisdiccional.

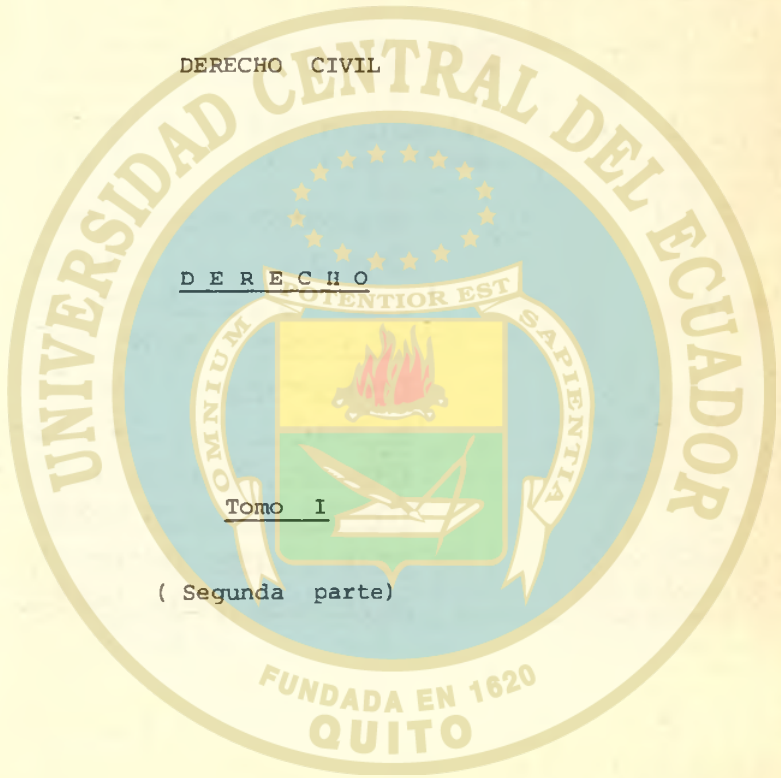
Dr. Enrique Coello García
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD
CENTRAL DEL ECUADOR.

DERECHO CIVIL

DERECHO

Tomo I

(Segunda parte)



Quito, Ecuador, 1.979

CAPITULO XIII

DERECHO OBJETIVO Y
DERECHO SUBJETIVO.

142. Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.- 143. Derecho Subjetivo.- 144. Teorías que niegan al Derecho Subjetivo.- 145. Teoría de Kelsen.- 146. Teoría de Duquít.- 147. Teoría Koschembahr - Lykowsky.- 148. Teorías que aceptan el Derecho Subjetivo.- 149. Teorías con base técnica.- 150. Teorías que confunden el Derecho con la acción.- 151. Teoría de la relación del Derecho Subjetivo.-

142. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.-

Atendiendo a una concepción dualista del Derecho se ha clasificado a éste en Derecho Objetivo y en Derecho Subjetivo.

Con esa clasificación se ha querido significar esta doble

manifestación:

- a) Como equivalente al conjunto de normas destinadas a regular la conducta humana en la sociedad, por un lado, a lo que se llama Derecho Objetivo; y,
- b) Como prerrogativas, poder, facultad, señorío individual por otro lado, y que se denomina Derecho Subjetivo.

Ejemplo: Código Civil: Derecho Objetivo; mi derecho de propiedad: Derecho Subjetivo.

Es indudable la concomitancia de los términos. Cuando Ihering manifiesta: los derechos son intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad jurídica de goce, está mostrando la necesaria vinculación entre la facultad personal y el ordenamiento externo que lo ampara.

No se concibe la existencia de una norma sin un interés moral o patrimonial que resulte protegido.

Todo Derecho hallase plasmado como un conjunto de normas que implican, por un lado, reglas bilaterales de conducta humana, y por otro, poderes basados en tales preceptos y atribuidos a la voluntad con el fin de proteger intereses de los hombres y de los grupos sociales.

Duguit niega la existencia o cuando menos el valor de los derechos subjetivos, en aras a la supremacía total de aquello que denomina "regla objetiva", como se verá más adelante en este mismo capítulo. Esa regla objetiva es expresión de la voluntad social.

Kelsen niega también la existencia del Derecho Subjetivo como tal.

El derecho, en el sujeto, como facultad de éste, es Derecho Subjetivo; el Derecho Objetivo, en cambio, es la norma, la ley, que expresa la facultad de hacer o de no hacer.

Los conceptos de Derecho Subjetivo y de Derecho Objetivo son correlativos. No hay Derecho Objetivo que no confiera derechos subjetivos, ni derechos subjetivos que no deriven de una norma.

El Derecho en sentido objetivo es, pues, la norma que atribuye a un sujeto la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo. En sentido objetivo es, en cambio, la regla escrita que posibilita observar una conducta cuya realización sea jurídicamente lícita. Desde luego no hay prioridad en el tiempo, sino una simple correlación.

Derecho Subjetivo: la facultad de obrar. Derecho Objetivo, la norma que permite esa facultad.

Ruggiero: El Derecho Subjetivo es un poder de voluntad, una facultad de obrar dentro de los límites señalados por el Derecho Objetivo, poder que resulta tutelado y protegido por éste.

Al Derecho Objetivo se lo distingue en atención al tiempo en que ha regido: así se dice: Derecho antiguo, moderno o contemporáneo. Según el lugar en que tiene validez: Derecho ecuatoriano, Francés, Español. Según la naturaleza de las relaciones: Derecho público, privado. Según las materias: Constitucional, Derecho Civil, Penal, etc.

143. DERECHO SUBJETIVO.-

Como ya se dijo anteriormente el Derecho Subjetivo es la facultad reconocida a una persona determinada. Constituye los llamados intereses jurídicamente protegidos. Como contrapartida del derecho de una persona, hay la obligación correlativa de otra u otras personas o de todos los que forman una sociedad jurídicamente organizada, de respetar el derecho ajeno.

El Derecho Subjetivo es la posibilidad, atribuida a una persona por una norma jurídica de hacer o de omitir lícitamente algo. No es un hecho, sino una mera posibilidad normativamente concedida a un sujeto para que pueda conducirse de tal o cual manera.

Por tanto, el Derecho Subjetivo es el conjunto de normas que permiten exigir algo de los otros miembros de la comunidad. Se diferencia de las normas que obligan y que forman parte de los deberes jurídicos.

Se trata de una conducta propia, jurídicamente autorizada, que se concreta en el deber negativo de los demás de no realizar actos que puedan perturbarla o negarla; o facultad de exigir conducta a otros, poniendo para ello en movimiento a los poderes o mejor, a las facultades en que se divide la soberanía de un Estado; o, poder jurídico de creación, de modificación o de extinción de ciertas relaciones jurídicas.

La protección de los derechos que correspondían a las personas, en un comienzo, se encarcaba al propio titular, el que se valía de sus propios medios, de su propia mano. Hoy es función exclusiva del Estado. Nadie puede hacerse justicia por su propia mano.

Las reglas de Derecho confieren a los individuos ciertas prerrogativas, ciertos privilegios, llamados derechos individuales, que siempre tienen un sujeto, es decir, un titular de la prerrogativa. Los sujetos de los derechos sólo pueden ser las personas.

La existencia misma de los derechos subjetivos y aún la existencia del Derecho Objetivo, es fuertemente cuestionada. Hay tres posiciones:

Primera: La que afirma la existencia de un Derecho Objetivo que sería la norma en sí, independiente de toda subjetividad; y un Derecho Subjetivo, que consistiría en la facultad derivada de esas normas objetivas, y que presupone el correlativo deber.

Segunda: La que niega la existencia de los derechos subjetivos, sea porque se estima que son la misma cosa que los objetivos, o porque no hay más derecho que el de cumplir con el deber.

Tercera: La que niega únicamente la existencia del Derecho Objetivo, y con lo cual quedan también negados los derechos subjetivos.

En los próximos números veremos con más detención esta materia.

144. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO.

Las teorías que niegan la existencia del Derecho Subjetivo, son las siguientes:

- 1.- La teoría del jurisconsulto austríaco Kelsen;
- 2.- La teoría del francés Duguit; y,
- 3.- La teoría del jurista polaco Koschembahr Lyskowsky.

En el número siguiente veremos la primera de esas tres teorías:

145. TEORIA DE KELSEN.

Kelsen estima falso y pernicioso oponer al Derecho Objetivo, el Derecho Subjetivo.

El Derecho Objetivo no es algo distinto del Derecho Subjetivo, dice. El Derecho Subjetivo es el Derecho Objetivo mismo, en tanto que se dirige, con la consecuencia jurídica por él establecida, contra el sujeto concreto (deber), o en tanto se pone a disposición del mismo (facultad).

El Derecho Subjetivo no es sino la resultante de aplicar a los individuos las normas del Derecho Objetivo; es sólo un aspecto de la subjetivización de la norma jurídica.

Sostiene además Keisen que el individuo no puede tener derechos.

146. TEORIA DE DUGUIT.

Duguit es el que ha negado la existencia del Derecho Subjetivo de la manera más expresiva.

Pienso -dice- que los individuos no tienen derechos; que la colectividad tampoco los tiene, pero que todos los individuos están obligados, por ser seres asociados, a obedecer la regla social; que todo acto violador de esa regla provoca de modo necesario una reacción social que, según los tiempos y los países, reviste formas diversas. Así como todo acto individual, según esa regla, recibe una sanción social, variable también en las diversas épocas y lugares.

Toda regla está fundada en la solidaridad social, o sea, en la interdependencia derivada de la comunidad de necesidades y de la división del trabajo que existe entre los miembros de la humanidad, y particularmente, entre los de la misma agrupación social.

Duguit reniega del Derecho Subjetivo, al que considera metafísico, y lo llama "situación subjetiva del Derecho".

147. TEORIA DE KOSCHEMBAHR LYSKOWSKI.

El indicado tratadista es autor de un proyecto de Código Civil polaco.

Trata de convencer que históricamente la noción del Derecho Subjetivo jamás ha existido, ni en el antiguo Derecho griego, ni entre los romanos, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expedida por Francia después de la Revolución del año de 1.789, ni en el Derecho germano, ni en la moderna doctrina de Savigny.

Según parece -afirma- su origen es puramente doctrinal, producto de una falsa doctrina, exenta de valor y contraria a las bases esenciales del Derecho.

Podría explicarse quizá por un gran error histórico,

cosa que muchas veces acontece en la historia de la humanidad, produciendo ello consecuencias funestas.

El autor indicado opone al sistema de los derechos - subjetivos, el "conjunto objetivo de reglas de conducta".

La vida jurídica debe tener por base no derechos sub- jetivos que tienden hacia el absolutismo y la fuerza, sino un régimen de reglas de conducta establecido por la ley. En esta forma no existiría más el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de crédito, sino simplemente la propie- dad, el usufructo, el crédito.

Lo que debe interesar en toda sociedad es únicamente el cumplimiento de los fines económicos y sociales. Los dere- chos subjetivos van contra esos fines.

148. TEORIAS QUE ACEPTAN EL DERECHO SUBJETIVO.

Las teorías que aceptan la existencia del Derecho - Subjetivo, se pueden clasificar de este modo:

- a) Teorías con base técnica;
- b) Teorías que confunden el Derecho con la acción; y
- c) La llamada Teoría de la Realidad.

En el número siguiente veremos la primera de esas - teorías.

149. TEORIAS CON BASE TECNICA.

De acuerdo con René Demogue el papel de la técnica - es transformar una regla ideal de conducta en una regla obliga- toria.

Las ideas técnicas son ciertas y sólidas. Invaden - toda la teoría del Derecho y se transforman en principios, de allí que no sea difícil hacer la distinción entre el fondo del

Derecho y su técnica.

La misión del Derecho no es otra cosa que la de proteger ciertos intereses. Estos no son sino relaciones que se establecen entre los sujetos del Derecho. El gran papel de la técnica jurídica es determinar cuales son los sujetos del Derecho y no precisamente cuales son los actos lícitos que pueden realizar las personas.

Geny distingue en el Derecho dos aspectos:

- a) Uno natural que emana de la naturaleza misma de las cosas, de la propia vida social; y,
- b) Otro artificial que representa las construcciones del espíritu humano.

La técnica tiene la misión muy importante de adaptar lo natural a la vida jurídica.

Para Geny las nociones del Derecho Subjetivo, sujeto del Derecho y persona moral o jurídica, son simples nociones de la técnica; no derivan de la naturaleza de las cosas; son simples artificios.

Como tales esas nociones pueden cambiar de aspecto y ser modificadas hasta desaparecer en la ciencia del Derecho, si se encuentran otras nociones más adecuadas para reemplazarlas. Pero Geny las conserva por útiles.

Por su elemento racional, las nociones del Derecho Subjetivo y de sujetos del Derecho, introducen orden en la diversidad de las situaciones jurídicas, constituyendo al mismo tiempo ideas capaces de hacer progresar el Derecho.

Esas nociones son construcciones del espíritu y se interponen entre el principio de justicia y la vida social.

150. TEORIAS QUE CONFUNDEN EL DERECHO CON LA ACCION.

Las teorías que confunden el Derecho con la acción, ven en la acción la existencia misma del Derecho Subjetivo, en tanto que la acción es la facultad de poder exigir de los especialmente obligados, el cumplimiento de una determinada prestación que esté jurídicamente protegida.

Los principales sostenedores de esta teoría son el alemán August Thom y el francés Joseph Barthelemy.

August Thom declara que toda norma y que toda infracción a la norma pertenecen al dominio del Derecho Público.

La norma jurídica consiste en la protección de un bien, y esa protección es, por esencia, pública.

En lo que respecta al Derecho Subjetivo, August Thom, considera que no nos encontramos frente a un Derecho Subjetivo Privado, sino en el caso de la infracción a una norma, que pone a disposición del perjudicado una acción para corregir, por intermedio de los órganos jurisdiccionales, y según los procedimientos establecidos, la correspondiente infracción.

Barthelemy afirma que el Derecho Subjetivo, es el Derecho cuya realización puede obtenerse por un medio jurídico - que está a disposición del sujeto. Ese medio jurídico es la acción.

Desde luego que la acción no es sino una consecuencia necesaria del Derecho Subjetivo.

Todo derecho desprovisto de acción, no es sino pura abstracción, lo que ocurre, por ejemplo, con el llamado derecho natural.

151. TEORIA DE LA REALIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO.

Ionescu: El Derecho Subjetivo es una realidad jurídica, que se impone como tal.

Todo Derecho se basa sobre esta noción, según universalmente se reconoce, inclusive lo hacen los adversarios del Derecho Subjetivo.

Los derechos subjetivos son las relaciones que se establecen entre los individuos. Esas relaciones pueden ser de naturaleza real, es decir, cuando tienen por objeto las cosas.

En todo caso hay algo efectivo e innegable: la relación misma.

El hecho de celebrar un contrato, de ejercer el derecho de propiedad, de acudir a los tribunales en demanda de justicia, de acudir a la fuerza si es necesario, no son conceptos vacíos; son realidades que se llaman derechos subjetivos.

Los principios del Derecho Subjetivo, son las normas objetivas del Derecho.

De las normas objetivas del Derecho el hombre saca, por ejemplo, la facultad de constituir una familia, organizada de acuerdo con las disposiciones que rigen el matrimonio.

Conforme a las normas objetivas el hombre tiene bienes. De allí deriva, por ejemplo, el derecho de propiedad privada.

Los derechos subjetivos vienen a ser la aplicación de los principios generales del Derecho a los casos individuales.

FUNDADA EN 1820

QUITO



CAPITULO XIV

DERECHOS SUBJETIVOS

152. Origen y fuente de los de-
rechos subjetivos.- 153. Naci-
miento y adquisición de los de-
rechos subjetivos.- 154. Natu-
raleza de los derechos subjeti-
vos.- 155. Fundamento de los
derechos subjetivos.- 156. Re-
laciones jurídicas.- 157. Mo-
dificación de los derechos sub-
jetivos.- 158. Extinción y pér-
dida de los derechos.- 159. De
rechos subjetivos y deberes ju-
rídicos.- 160. Jerarquía de -
los derechos.- 161. Declara -
ciones de Derechos.-

152. ORIGEN Y FUENTE DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.-

Los derechos subjetivos nacen o se originan:

- a) En actos jurídicos; y,
- b) En hechos a los que la norma atribuye consecuencias jurídicas.

Los actos jurídicos son los que provienen de parte interesada, de orden de autoridad o de la sentencia de un juez.

Los que provengan de la voluntad de las partes, han de ser lícitos.

Los hechos jurídicos a los que la norma atribuye consecuencias, son acontecimientos externos y se refieren a todo lo que tiene que ver con la vida de las personas, a las relaciones de unas personas con otras, y al aspecto patrimonial.

Por fuente de los derechos subjetivos, se entiende:

- a) La voluntad que los crea; o,
- b) Los hechos de que esa voluntad hace surgir los derechos, o ciertos acontecimientos que los producen.

La voluntad puede ser la del legislador que al dictar leyes crea derechos para las personas. Pero esa voluntad no puede ser arbitraria. Tiene que obedecer a determinados valores como la equidad y la justicia y estar determinada por las necesidades de los asociados.

La voluntad de una persona, que también crea derechos, puede estar o no sujeta al sistema normativo. Si no lo está puede originar derechos en determinados casos, lo cual ocurre, por ejemplo, con los delitos y cuasidelitos que otorgan a la víctima el derecho a que se le indemnice.

Normalmente la voluntad de los particulares es la que con más profusión crea derechos, basada en la autonomía de la voluntad que todavía rige abiertamente en nuestra cultura. De todos modos, esa voluntad no puede atentar al orden público y a las buenas costumbres. La principal manifestación de esa voluntad la encontramos en los contratos.

De los hechos nacen también derechos. Hay que distinguirlos de los actos en que en éstos hay manifestación de voluntad.

Desde luego, desde un punto de vista inmediato, sólo la ley crea derechos, porque la eficacia de la voluntad de las personas, los hechos de los hombres, o ciertos hechos de la naturaleza, tienen que estar especialmente reconocidos por la ley; de modo que si ésta no los reconociera valor, no lo tendrían ninguno.

153. NACIMIENTO Y ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

El nacimiento de un derecho es la unión de éste a una persona determinada. No siempre coinciden el nacimiento de un derecho con la adquisición del mismo. Pero, todo nacimiento importa una adquisición, y entonces se habla de un derecho adquirido. Pero puede que el derecho preexista en otro titular, y que haya solamente cambio de sujeto. Entonces para el último titular el derecho no nació, sino que únicamente fue adquirido.

Por eso la adquisición de los derechos puede ser originaria o derivativa.

La adquisición es originaria, cuando el derecho que se une a la persona surge en ella directamente y de un modo autónomo, es decir, independientemente de toda relación jurídica anterior con cualquier otra persona.

No importa que el derecho ya haya pertenecido antes a otro sujeto. Lo que caracteriza a la adquisición originaria, es que no exista ninguna relación jurídica con el anterior titular. Que para el actual titular téngase como si naciera por primera vez el derecho. Ello ocurre, por ejemplo, con la ocupación, que es una de las formas de adquirir.

La adquisición es derivativa cuando el derecho procede de una relación con otra persona que ya lo ejercía. Se pre

senta un nuevo titular, ya se trate de transferencia o traspaso, o de la creación de un derecho sobre otro ya existente, lo que ocurre con los derechos subsidiarios o accesorios de prenda e hipoteca.

La adquisición derivativa puede ser traslativa o constitutiva.

Es importante distinguir si la adquisición es originaria o derivativa, porque en la originaria el titular recibe el derecho pura y simplemente y en la derivativa tiene que tomar el derecho con las mismas cualidades, vicios y cargas que tenía en manos de su antecesor.

Lo expuesto en el párrafo anterior se funda en el principio de que nadie puede dar más de lo que tiene.

154. NATURALEZA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

Sea que se considere a los derechos subjetivos como un aspecto del Derecho Objetivo, o que se los considere como un elemento autónomo, hay que señalar cual es su naturaleza.

Respecto a esa naturaleza existen varias teorías:

- a) La teoría de la voluntad;
- b) La teoría del interés;
- c) La teoría ecléctica o mixta;
- d) La teoría egológica; y,
- e) Las normativas en sentido formal o de pura esencia jurídica.

Teoría de la voluntad: Bernardo Windscheid, sostiene: el derecho subjetivo es poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico. Tanto el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación, cuanto el de crear los derechos y las obligaciones, exigen la voluntad del titular.

Menciona el autor la voluntad del orden jurídico, en lugar de la voluntad del titular del derecho subjetivo.

Se afirma que los derechos subjetivos, no son sino - la especial calificación de la voluntad personal, bien para la actuación de un precepto jurídico, bien para la existencia o - terminación de éste.

La teoría ha sido fuertemente criticada porque olvida de la existencia de derechos jurídicamente protegidos en - los que nada tiene que ver la voluntad del titular para su - existencia. Están dentro de esa categoría, por ejemplo, los - derechos que se refieren a la protección de los elementos débi- les de la sociedad, como los menores y los incapaces.

Hay además derechos subjetivos que la ley defiende - aún en contra de la voluntad del titular, como ocurre con de - terminados derechos que, sin pertenecer al orden público, sin embargo su renuncia está prohibida.

Teoría del interés: Rodolfo Von Ihering sostiene - que en todo derecho coexisten - dos elementos igualmente decisivos: el formal y el substancial. Al elemento interno se debe añadir el elemento protector que - es la acción, verdadera piedra de toque de los derechos priva- dos.

Ihering llama a su doctrina como la del interés jurí- dicamente protegido. Pero no dice que hay derechos en los que el titular no tiene ningún interés en protegerlos o ejecutar- los. El interés, de todos modos, presupone la voluntad.

Alrededor de esta doctrina se ha levantado una polémica de proporciones gigantescas. Se dice que es falsa la teo- ría por cuanto pretende definir a los derechos subjetivos como un conjunto de condiciones que nada tienen que ver con ellos, - ya que en el orden jurídico hay una multitud de intereses que- no constituyen derechos subjetivos para sus titulares.

Por otra parte, la teoría del interés no difiere de

la teoría de la voluntad. En realidad, se quiere solamente - aquello que interesa.

Teoría ecléctica o mixta: Esta teoría procura unir, conciliándolas, a las dos teorías anteriores.

Uno de los partidarios es Jorge Jellinek que define a los derechos subjetivos como intereses titulados por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Michoud dice que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos mediante el poder reconocido a la voluntad para defenderlos.

Kelsen, en su Teoría Pura expresa que los derechos - subjetivos han de analizarse en su estructura normativa, sin - ingredientes éticos o sociológicos que la perturben. Los derechos subjetivos -dice- no son diferentes de los derechos objetivos. El derecho es protección o forma y no sustancia de - lo protegido.

Los derechos subjetivos son lo mismo que los derechos objetivos; pero los subjetivos ofrecen una relación especial con el sujeto, de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal que señale la norma.

Se ha criticado a Kelsen diciendo que para él la norma es lo mismo que la facultad.

Por otra parte, hay derechos sin acción, sin facultad de exigirlos, como ocurre con los llamados derechos naturales.

Teoría egológica: No admite la existencia de los - derechos subjetivos independientes del Derecho objetivo. Los derechos subjetivos son la determinación de un deber jurídico por un sujeto pretensor, pudiendo darse esa determinación, ya sea exigiendo una manifestación de voluntad, ya prescindiendo de ella.

Parte del principio de que toda conducta es lícita, es decir, siempre existe libertad, sólo que esa libertad puede llevar al hecho ilícito.

Los derechos subjetivos surgen positivamente de las fuentes que constituyen el ordenamiento jurídico y son siempre una facultad, con deberes más o menos inmediatos, más o menos correlativos.

155. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

El Derecho es siempre impositivo, coercitivo, es decir, una norma que debe cumplirse, y para ello lleva implícita una potencia propia.

Funciona en forma objetiva, mediante relaciones intersubjetivas, y tiene como sujeto pasivo siempre al alter.

La norma siempre ha de estar en relación con otras, en un conjunto armónico.

Un sujeto, un titular tiene una capacidad normativa para regular la voluntad de otro sujeto, siempre que se encuedre en el ordenamiento jurídico del Estado.

Por tanto, el fundamento de los derechos subjetivos ha de ser siempre la ley, el ordenamiento jurídico, fuera del cual, no caben derechos, ni prerrogativas, ni privilegios. Y estamos hablando de la ley positiva vigente.

Fuera del orden jurídico, nadie podría obrar con valor determinante, no podría exigir de los obligados la correspondiente prestación.

156. RELACIONES JURIDICAS.

El ordenamiento jurídico constituye una serie de relaciones de Derecho, que forman el elemento esencial del ordenamiento.

Hay quienes ven relaciones jurídicas solamente entre personas. Otros admiten la intervención de cosas, como términos de la relación.

Para los primeros, el derecho real constituye una relación jurídica entre el titular y la colectividad. La otra tendencia diría que hay relación entre la persona y la cosa.

157. MODIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

Entre el nacimiento y la extinción de los derechos subjetivos hay una vida llena de vicisitudes. Hay cambios, alteraciones, incrementos, que justamente constituyen las modificaciones.

Las modificaciones de los derechos subjetivos pueden referirse tanto al sujeto como al objeto de esas relaciones.

La modificación subjetiva es todo cambio del titular, que puede serlo por acto entre vivos (transferencia) o por causa de muerte (transmisión).

La traslación de un derecho puede ser a título singular o a título universal. Es a título singular cuando se refiere a una cosa determinada, en especie. Es a título universal, cuando se refiere a la totalidad del patrimonio de una persona, o a una cuota de tal patrimonio.

Hay modificaciones objetivas, cualitativas, cuando el derecho se transforma en su naturaleza, y cuantitativas, cuando hay aumento o disminución en el contenido del derecho.

158. EXTINCION Y PERDIDA DE LOS DERECHOS.

La extinción es la destrucción o consunción de un derecho, que deja de existir para un titular, y no puede existir para persona alguna. Se presenta fundamentalmente con la destrucción de la cosa que constituya el objeto del derecho.

La pérdida es la separación de la cosa de su actualtitular, a la que puede seguir la adquisición de otro, sea originaria o derivativamente, conforme hemos establecido ya.

Las causas principales de la extinción son la pérdida, la ineficacia, la caducidad y la enajenación.

159. DERECHOS SUBJETIVOS Y DEBER JURIDICO.

Los conceptos sobre los derechos subjetivos y el deber jurídico son esencialmente correlativos. La facultad conferida a uno, implica un deber impuesto a otro o a otros.

Los derechos subjetivos no representan una posibilidad de hecho, sino una posibilidad jurídica. Hay un precepto atributivo y un precepto imperativo.

Derecho y deber son correlativos, porque ambos se refieren a una misma relación jurídica. La norma atributiva refiérese al aspecto activo; la prescriptiva al aspecto pasivo del mismo vínculo. Es indiferente que el legislador emplee la forma atributiva o prescriptiva.

Los derechos subjetivos pueden referirse a una misma conducta o a conducta propia y a conducta ajena. Es decir, a la facultad de hacer y a facultad de exigir. Con mis cosas puedo hacer lo que yo quiera sin consultar a nadie. En cambio, si tengo un crédito tengo que exigir su cumplimiento por parte del deudor.

Desde luego, para ejercer un derecho propio, necesito del respeto de los demás.

160. JERARQUIA DE LOS DERECHOS.

Puede establecerse la siguiente jerarquía de los derechos:

- 1) En la cima hallanse los derechos puros y simples,

que son actuales y definitivos, perfectos e inve
tidos de todos sus atributos. Esos derechos constituyen la regla.

- 2) Los derechos sujetos a condición resolutoria. Exis
ten en este momento, pero pueden extinguirse.
- 3) Los derechos sujetos a plazo suspensivo, que son-
actuales en su existencia, pero no en cuanto a su
exigibilidad.
- 4) Los derechos sujetos a condición suspensiva. Su
imperfección es notable. Su existencia misma esta
subordinada a un acontecimiento futuro e incierto.
- 5) Las meras expectativas, que no constituyen derecho.
- 6) En la base están las llamadas obligaciones naturales,
que no permiten su exigencia compulsiva.

161. DECLARACIONES DE DERECHOS.

Para terminar con este capítulo y por considerar que
es una materia relacionada con él, citaremos las declaraciones
de los derechos del hombre, tomando para ello las que consideramos
como principales.

Se entiende por declaración de derechos la manifestación
concreta y el reconocimiento expreso que se hace por la
colectividad social, por medio de sus órganos, como el Estado,
o, las funciones de este ente soberano. Ese reconocimiento se
refiere a las facultades de que está investido todo ser humano.

Por cierto resulta difícil de aceptar que deba decla
rarse lo que existe en la propia naturaleza del hombre; que
sea necesario reconocer por medio de instrumentos jurídicos,
lo que desde siempre ha estado vigente. Pero, en este caso
aceptemos que "lo que abunda no daña".

La expresión "Declaración de Derechos" fue empleada y difundida por la Declaración de Virginia, en los Estados Unidos de Norteamérica, y por la Declaración de la Revolución Francesa de 1.789, y significan el reconocimiento expreso de los derechos inherentes a la persona humana.

Las constituciones que han regido en el país, y lo mismo ocurre con los otros países, contienen capítulos especiales en los que se legisla sobre los derechos fundamentales de la persona humana, dando especiales prerrogativas a los nacionales.

Pero es de fundamental importancia destacar que los derechos humanos no han sido creados ni por las Revoluciones (con mayúscula), ni por las constituciones o leyes, sino que éstas se limitan únicamente a reconocerlos o proclamarlos por escrito.

Tienen por objeto hacer públicos ciertos principios filosóficos; pero no establecen normas jurídicas.

Entre las principales declaraciones, creemos del caso mencionar las siguientes:

Carta Magna de Juan Sin Tierra.-

En 1.215 se expide en Inglaterra la llamada Carta Magna de Juan Sin Tierra, que fue indudablemente un acontecimiento destacado en Europa, sin precedentes, para la fecha en que llegó a proclamarse.

Representa una conquista en la lucha por obtener la libertad individual, y que a su vez se consideró como una concesión del Rey Juan Sin Tierra, que la otorgó a perpetuidad, en su nombre y en el de sus sucesores, para "todos los hombres libres del Reino de Inglaterra", y que se refiere a determinadas libertades que en ese mismo y célebre documento se expresan.

Se lo estima como un antecedente necesario del moderno derecho al habeas corpus.

Declaración de Derechos del Estado de Virginia.-

El 12 de Junio de 1.776 se expide el documento llamado "Declaración de Virginia", que es considerado como el primer documento ecuménico de carácter humanista.

Esa Declaración proclama: Todos los hombres son por su propia naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún concepto, privar o despojar a su posteridad, especialmente el goce de la vida y de la libertad, como medios de adquirir y poseer la propiedad y la seguridad.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica.-

Esta declaración fue redactada por Tomas Jefferson.

Estados Unidos funda su posición de independencia en "las leyes de la naturaleza y en la naturaleza misma de Dios".

Proclama derechos fundamentales: Nosotros consideramos manifiesta evidencia de estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que han sido dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos está la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.-

El 2 de Octubre de 1.789 la Asamblea Constituyente de Francia vota la "DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO", propuesta por Lafayette, que además fue introducida en la Constitución de 1.791 y que refleja las ideas filosóficas del Siglo XVIII, bajo cuya influencia se redactó el Código Napoleón o el Código de Francia.

Esa Declaración se funda en los derechos básicos del hombre, que se los considera como la igualdad, la libertad y la fraternidad.

En el anteproyecto del Código Civil Napoleón, en el Art. 10. del Libro Preliminar, se decía: Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, que no es más que la razón natural, en cuanto gobierna a todos los hombres. Estos mismos principios teóricos, inspiraban la declaración de los derechos del hombre.

Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado.-

Se expide el 6 de Enero de 1.918 y fue redactada por Lenín, e incorporada en su integridad a la primera constitución soviética del 10 de Julio de 1.918, como parte dogmática de la misma.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.-

Por último, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en el Palacio Chaillot de París, el 10 de Diciembre de 1.948, expide esa Declaración.

FUNDADA EN 1620
QUITO



CAPITULO XV

CLASIFICACION DE LOS
DERECHOS.

162. Clasificación de los dere
chos.- 163. Derechos públicos
y derechos privados.- 164. Dere
chos de familia.- 165. Dere
chos de la personalidad.- 166.
Derechos patrimoniales y extra
patrimoniales.- 167. Derechos
originarios y derivativos.- -
168. Derechos puros y simples
y derechos sujetos a modalida -
des.- 169. Derechos eventua -
les.- 170. Derechos transferi
bles e intransferibles.- 171.-
Derechos reales y derechos per
sonales.

162. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS.

Además de las categorías de derechos positivos, naturales, objetivos y subjetivos, es necesario que consideremos la clasificación que se verá a continuación.

Las relaciones jurídicas que se establecen entre los hombres crean derechos a favor de ellos. Al derecho de una persona corresponde la obligación de otra. Aquel que es titular de un derecho, está en una situación privilegiada.

Hay una red de derechos y obligaciones que une a los hombres entre sí.

En este capítulo consideraremos la siguiente clasificación de los derechos:

- a) Derechos públicos y privados;
- b) Derechos de familia;
- c) Derechos de la personalidad;
- d) Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales;
- e) Derechos originarios y derivativos;
- f) Derechos puros y simples;
- g) Derechos sujetos a modalidades;
- h) Derechos eventuales;
- i) Derechos transferibles e intransferibles; y,
- j) Derechos reales y derechos personales.

163. DERECHOS PUBLICOS Y PRIVADOS.

Por su especial importancia, en el capítulo posterior se hará nuevas consideraciones de esta clase de derechos. Sin embargo, para completar el cuadro en esta parte de la obra haremos una breve consideración de ellos.

Para determinar cuales son los derechos públicos y -
cuales los privados, no se atiende solamente al titular del de
recho. Por tanto, los derechos públicos pueden pertenecer no
sólo al Estado o a personas de derecho público, sino también a
los particulares. A su vez, los derechos privados muy bien -
pueden referirse al Estado o a entidades públicas, como ocurre
con los que corresponde a la manifestación estatal denominada
Fisco.

El Derecho Público está constituido por el conjunto
de normas que rigen la organización y la actividad del Estado
y de los demás entes políticos menores, como los municipios.
Comprende también la regulación de las relaciones entre esos or
ganismos y los particulares.

El Derecho Público comprende a los Derechos Constitu
cional, Administrativo, Financiero, Penal y Procesal.

De esos Derechos nacen, pues, los que hemos denomina
do derechos públicos.

El Derecho Civil es el Derecho privado por excelen -
cia. Los hay también otros privados, como el Comercial. De es
tos Derechos, nacen los llamados derechos privados.

164. DERECHOS DE FAMILIA.

Estos derechos ocupan una posición intermedia entre
los derechos públicos y los derechos privados, y forman parte,
indudablemente de los llamados derechos sociales.

En la legislación ecuatoriana vigente, a los derechos
de familia se los estudia como parte del Código Civil, es de -
cir, del trasunto de los derechos subjetivos privados e indi
viduales, aún cuando toda la legislación familiar tenga una ca
tegoría propia dentro del mismo Código, que nos permite distin
guirlos de los otros tratados bajo esa misma calidad.

En otras legislaciones como la soviética y la mexicana
se ha independizado el Derecho de Familia del Código Civil,

es decir, del trasunto de los derechos subjetivos individuales, adquiriendo su propia autonomía y desde luego con un tratamiento de Derecho Social.

Aún cuando en esta obra, nuestro Derecho de Familia se considerará como una parte integrante del Código Civil, Libro I, es decir, de las personas, sin embargo, nuestros enunciados básicos lo verán como un Derecho Social, con disposiciones institucionales de contenido público, o que incidan en el llamado orden público.

Por cierto que el Derecho de Familia no es únicamente el Derecho Matrimonial, porque el matrimonio no es la única fuente de la que nace una familia.

Nos veremos particularmente obligados a tratar de la unión libre, por las disposiciones contenidas en la Constitución vigente.

165. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los derechos de la personalidad, del hombre, que es el único que puede tener personalidad natural, tienen también una característica especial y por ello deben ser estudiados en un capítulo aparte. No están precisamente comprendidos en el Derecho de Familia, aún cuando la persona humana es la única que puede formar una familia.

Los derechos de la persona humana son complejos. Integra su contenido los derechos públicos como los de carácter político, es decir, el derecho y el deber de intervenir en la conducción de la sociedad, ya sea actuando como miembros de la función pública o eligiendo a los que han de dirigir los destinos de la Nación.

Pero, la mayor parte de los derechos de la persona humana, son de carácter privado.

166. DERECHOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES.

Los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales se - refieren a la persona humana, como los demás derechos, y se dis- tinguen en tanto puedan o no ser susceptibles de apreciación - monetaria o pecuniaria.

Así por ejemplo, el derecho básico de la propiedad - privada, siempre tendrá un carácter pecuniario, porque los bie- nes materiales sobre los cuales recae la propiedad siempre se- rán avaluables en dinero.

Pero hay otros derechos y también de carácter funda- mental o trascendental que no pueden ser estimados monetaria - mente, como ocurre con la libertad, el honor.

Sin embargo hay la tendencia acentuada de que la vio- lación de esos derechos que no pueden ser estimados en dinero, co- mo el derecho a la vida, dan derecho a indemnizaciones moneta- rias cuando hay un atentado grave contra ellos. Obviamente - que en caso de que se haya privado de la vida a una persona, - el titular del derecho no podrá exigir prestación alguna. Lo harán sus herederos.

En los casos de atentado contra el honor de las per- sonas que tampoco tiene estimación monetaria y por ello se tra- ta de un derecho extrapatrimonial, el titular podrá exigir com- pensaciones económicas, que de ningún modo equivaldrían al de- recho violado pero que, por una parte constituirán una sanción contra el agresor, que contribuirá a evitar nuevas violaciones y por otra parte aliviará en alguna forma a la víctima.

167. DERECHOS ORIGINARIOS Y DERIVATIVOS.

Los derechos originarios ingresan al patrimonio de - una persona, pero considerando al titular como el primero en - el ejercicio del derecho, como sujeto activo del mismo, sin im- portar que ese derecho anteriormente haya pertenecido a otro - titular. Es decir, que el actual sujeto nada tiene que ver - con adquisiciones anteriores.

Aunque el bien jurídico hubiese tenido un titular anterior, el actual no asume responsabilidad alguna. Es como si el derecho naciera por primera vez.

En cambio los derechos derivativos tienen que tomar en cuenta lo que haya ocurrido con los titulares anteriores de quienes proceda el derecho.

Por ello, cuando se transfiere o transmite un derecho se lo hace con todas sus cualidades y vicios.

Son derechos originarios todos los inherentes a la personalidad humana.

168. DERECHOS PUROS Y SIMPLES Y DERECHOS SUJETOS A MODALIDADES.

Los derechos puros y simples son los que no admiten circunstancias que los limiten en cuanto a su ejercicio.

Las circunstancias limitativas del derecho o de su ejercicio, se llaman modalidades y consisten en plazo, condición o modo.

La condición consiste en limitar un derecho al evento de un hecho futuro e incierto del que penda la adquisición o ejercicio del derecho -condición suspensiva- o la extinción del derecho -condición resolutoria-.

El plazo es un hecho futuro, pero cierto del cual depende la adquisición o el ejercicio de un derecho.

El modo es una destinación especial a la que está sujeto el derecho o su ejercicio. Es decir, una afectación que sufren los bienes que son objeto de esa modalidad.

169. DERECHOS EVENTUALES.

Pueda que un derecho se encuentre todavía en gesta -

ción, es decir, que todavía no se hayan completado todos los requisitos o elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para que nazca. Sin embargo a ese ente en formación se lo re conoce y se lo protege.

La eventualidad del derecho puede suceder al tratarse del derecho condicional. Si se trata de una condición sus pensiva el derecho no nace mientras la condición no se cumpla; pero el titular tiene derecho a ejercer determinadas medidas precautelatorias.

Según un criterio el derecho eventual es una noción genérica: dentro de ella cabe el derecho condicional y el even tualmente propiamente dicho, porque su diferencia no es de - esencia, sino de estructura.

El derecho provisional se desdoblaría en uno provi sional y en otro definitivo.

El derecho eventual debe tener necesariamente un ti tular como todo otro derecho.

El derecho eventual no es expectativa, porque ésta - es sólo posibilidad de adquirir un derecho. El derecho even tual es algo más: la primera fase está ya formada e incorpora da.

Conocemos que las meras expectativas no constituyen derecho. En cambio, un derecho eventual es un derecho real y efectivo, aún cuando parte de la doctrina no comparte con este criterio, y niega que algo eventual pueda llamarse derecho.

170. DERECHOS TRANSFERIBLES E INTRANSFERIBLES.

Los derechos pueden ser también transferibles o in transferibles, según admitan o no la posibilidad de traspasarse a otro titular.

Quando el traslado se hace por acto entre vivos, se llama transferencia. Quando se hace por causa de muerte, se

llama transmisión, aunque este último término se usa también en forma genérica.

Sin embargo, a lo largo de esta obra procuraremos dar a los términos indicados su significado específico.

La regla general es de que todo derecho es transferible o transmisible. Por excepción algunos derechos no lo son.

La intransferibilidad ocurre especialmente con los derechos personalísimos, formados por algunos de los derechos de la personalidad y algunos patrimoniales íntimamente ligados a la persona humana.

El criterio del individualismo liberal tiene como una de sus bases fundamentales la plena garantía a la libre circulación de la riqueza, lo cual ha dado como resultado en la práctica el enriquecimiento, a veces excesivo de algunos estratos sociales.

Desde el punto de vista de la doctrina de los derechos intransferibles tiene que ser de estricta excepción.

Sin embargo, la intransferibilidad de los derechos puede ser una buena medida de protección a las clases menos favorecidas por la fortuna o por la capacidad. El Estado, a través del cumplimiento de sus finalidades, especialmente por medio de las leyes, puede valerse de la intransferibilidad de ciertos derechos, especialmente de carácter patrimonial, para lograr la defensa de ciertos elementos débiles de la sociedad.

Buen ejemplo de este criterio encontramos, en nuestra legislación positiva, en el patrimonio familiar, que es un conjunto de bienes, de valor limitado, que es intransferible e inembargable.

En otros países esa materia está mucho mejor reglamentada, y ello ocurre por ejemplo con los Estados Unidos de Norteamérica -país excesivamente individualista y conservador- y con la Argentina, como tendremos oportunidad de ver en estudios posteriores.

Ordinariamente se dice que los bienes intransferibles, están fuera del comercio humano.

Y nótese que estamos hablando del sector privado, ya que en el sector público el criterio es de mucha mayor trascendencia, primero porque existen bienes nacionales de uso público cuya intransferibilidad está impuesta por la propia naturaleza; pero aún, al tratarse de ciertos recursos públicos, la intransferibilidad se ha impuesto en nuestro medio, como ocurre, por ejemplo, con los hidrocarburos y otras minas, cuyas leyes declaran que son bienes de dominio público de la Nación y que ese dominio es inalienable e imprescriptible.

171. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES.

La discutida clasificación de los derechos en derechos reales y derechos personales, será motivo de una especial atención en el capítulo correspondiente a las cosas y a los bienes, siguiendo el mismo ordenamiento impuesto por el Código Civil, en esta materia.

Sin embargo, con el objeto de que en la clasificación de los derechos no deje de hablarse de esas dos categorías, vamos a referirnos brevemente a esas clases de derechos.

Para la concepción clásica, hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a todas las demás personas.

Es, para esa tendencia, una relación entre una persona y una cosa; no hay intermediarios. El arrendatario, por ejemplo, no tiene derecho real, sino un derecho personal contra el propietario, que está obligado a dejarlo ocupar la cosa.

Fuertemente impugnada ha sido la existencia de esa clase de relación entre personas y cosas. Se dice que las relaciones jurídicas no pueden producirse sino entre personas.

Quienes admiten que sea posible una relación jurídica

ca entre una persona y una cosa, dicen que esa relación directa, no es precisamente lo que se conoce con el nombre de posesión, que según nuestro Código, no es un derecho real?.

Adelantando criterios que serán objeto de estudio en tomos posteriores, recordamos que el Art. 614 del Código Civil dice que es derecho real el que tenemos sobre una cosa, sin respecto a una persona determinada. Luego menciona taxativamente cuales son los derechos reales.

Por ello se dice que en el derecho real hay solamente dos elementos: el sujeto activo y el objeto o cosa, aún cuando otros tratadistas hablan de un sujeto indeterminado, es decir, de uno constituido por todos los miembros de la sociedad que está obligado a respetar el derecho.

El derecho personal o crédito, denota una relación jurídica entre dos personas, en virtud del cual, una de ellas llamada acreedor, tiene el derecho de exigir una prestación de la otra llamada deudor.

La obligación tiene el efecto de ligar a una persona con otra. Esa relación se llama crédito, considerada en su aspecto activo y deuda, considerada en su aspecto pasivo.

El Código Civil, al hablar de esos derechos personales, establece en el Art. 615, lo siguiente: Derechos personales o créditos, son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.....

CAPITULO XVI

DERECHO PUBLICO Y PRIVADO.

172. Derecho Público y Derecho Privado.- 173. Clasificación.- 174. Derecho Público Nacional.- 175. Derecho Internacional Público.- 176. Derecho Privado Nacional.- 177. Derecho Internacional Privado.- 178. Derecho Social.

172. DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

En la época contemporánea la mayor intervención del Estado en varios aspectos de la vida, tienden a dar mayor extensión al Derecho Público, o a incrementar el campo de lo público y a restringir la esfera del Derecho Privado, o de las actividades privadas.

Pertenece al Derecho Público lo directamente vincula

do con el fin de la sociedad como tal, es decir, su organización, el cumplimiento de los fines de los entes creados para la vida del hombre en comunidad, y fundamentalmente la consecución de la justicia y del bien común. Todo lo demás revestirá carácter privado.

Las diversas concepciones jurídico-políticas y sus fines o propósitos alteran el contenido del Derecho Público o del Derecho Privado con tendencia, como se ha dicho, a ampliar el campo del primero y a restringir el campo de acción del segundo.

Para distinguir al Derecho Público del Derecho Privado se han sustentado diversas tesis o tendencias. Las principales se mencionan a continuación:

a) Tesis sustancialistas o materiales.

Pueden incluirse dentro de este rubro las siguientes doctrinas:

- 1) La de interés o de utilidad. Tiene antecedentes en el Derecho Romano, de acuerdo con el pensamiento de Justiniano y de Ulpiano.
- 2) Teoría del fin o teleológica. Sostenida por Savigny y por Stahl.
- 3) Teoría del objeto inmediato y del objeto mediato del Derecho. Propiciada por Ahrens.
- 4) Teoría del objeto fin o del destinatario del derecho de propiedad. Sustentada por Ihering.

b) Tesis formales.

Se considera como antecesor a Kant. Forman parte de esta tendencia las siguientes teorías:

- 1) Forma adaptativa o distributiva de la relación jurídica.- La sustenta Korkounov.
- 2) Normas de coordinación y subordinación. Tesis sustentada - por G. Garvittch.
- 3) Teoría de la calidad del sujeto de la relación jurídica.- Atiende al sujeto del Derecho: si éste interviene como poder público, con "imperium", la norma es de Derecho Público. Si actúan los particulares o si interviene el Estado sin "imperium", la norma es de Derecho Privado.
- 4) Teoría de Kelsen. Que atiende a la norma en que tiene lugar el establecimiento de la norma.
- c) Tesis negativa de la distinción.

Sostienen esta doctrina Ruggiero, Enneccerus, Kipp, Wolff y Borda.

La sostienen F. Giner, A. Posada y Luis Duguit.

Es indudable que entre las normas de Derecho Público y de Derecho Privado hay recíproca incidencia, pero especialmente se observa una marcada publicización del Derecho Privado.

Hay también gran influencia del Derecho Privado en el Público.

De todos modos hay zonas inciertas.

Savatier: por todas partes se desploma con estrépido los tabiques entre el Derecho Público y el Privado.

Pérez Guerrero: La división entre el Derecho Público y el derecho privado proviene del Derecho Romano. Las discusiones para delimitar sus campos han sido y son interminables

y no se ha llegado a ningún acuerdo. Más bien el problema se ha complicado con el advenimiento del Derecho Social, que es la garantía de ciertas instituciones indispensables para el grupo social y que llegará a eliminar el Derecho Privado.

Una relación es de Derecho Público cuando trata de intereses que pertenecen a las instituciones de orden público y es privada, cuando esas relaciones se traban entre los particulares.

Las normas que organizan el Estado y se refieren a sus relaciones con el ciudadano, son de orden público.

El sujeto de las relaciones de Derecho Público es siempre una entidad pública, sin perjuicio de atender al interés comprometido para poder realizar la clasificación.

Las normas de Derecho Público tienen una característica fundamental: son imperativas. Por tanto el individuo se halla en plano de obediencia.

En el Derecho Privado las relaciones se traban en plano de libertad y de igualdad.

En el momento actual es difícil sostener la tesis de Stammler de que el Derecho Privado es el importante y de que el Derecho Público es sólo su garantía.

En verdad que aún las instituciones de Derecho Privado, consideradas como individuales, van siendo penetradas y regidas por el Derecho Público.

El Derecho Privado se refiere al patrimonio y a la procreación, o sea, a la conservación de la persona y a la conservación de la especie. Pero en ambos ámbitos interviene también el Derecho Público.

El Derecho Privado está formado por el conjunto de normas que regulan la libre y espontánea actividad del hombre para su propagación y para la conservación de la especie.

Los términos Derecho Privado y Derecho Civil, son sinónimos?. Históricamente en Roma era el que correspondía a los ciudadanos romanos y comprendía normas de Derecho Público y de Derecho Privado. Actualmente el Derecho Civil sigue siendo la más importante de las ramas del Derecho Privado, pero no es la única. De manera que no puede hablarse de esa sinonimia.

173. CLASIFICACION.

Al Derecho, desde el punto de vista de la materia - que se considera en este capítulo, se lo puede clasificar así:

- a) Derecho Público Nacional;
- b) Derecho Internacional Público;
- c) Derecho Privado Nacional; y,
- d) Derecho Internacional Privado.

Además debe tenerse en especial consideración a la moderna categoría del Derecho Social que tiene su ganado predominio en el mundo contemporáneo.

Las ramas mencionadas anteriormente admiten subclasificaciones que serán indicadas en los números siguientes.

174. DERECHO PUBLICO NACIONAL.

Ya se dijo anteriormente que el Derecho Público es - el que está directamente vinculado con el fin de la sociedad. Se refiere a su organización, a su funcionamiento, a las medidas necesarias para el cumplimiento de sus finalidades.

Ese Derecho establece también la forma de creación y aplicación de la norma jurídica, tanto en el aspecto público, como en el social y el privado, empleando de ser necesario su coercitividad.

Por la razón indicada el Derecho Público establece - las formas de hacer efectivos los derechos, las personas llama das a hacer cumplir la ley y los procedimientos que deban em plear, y para el caso de inobservancia, cuales serán las sancio nes o penas.

Se consideran como ramas del Derecho Público Nacio - nal, las siguientes:

- a) Derecho Constitucional;
- b) Derecho Político;
- c) Derecho Administrativo;
- d) Derecho Fiscal;
- e) Derecho Penal;
- f) Derecho Procesal; y,
- g) Derecho Social.

Hay otras ramas en verdadero tránsito del Derecho - Privado al Derecho Público o al Derecho Social, fundamentalmen te las que se relacionan con el Derecho de Familia, y algunas manifestaciones del Derecho Patrimonial.

La parte de libertad que el Derecho Privado deja a - los hombres para regular sus relaciones va disminuyendo. Las leyes se tornan imperativas. Es el resultado de la socializa ción del Derecho. Para defender el interés general sobre los intereses particulares, es necesario limitar la libertad indi vidual.

175. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO.

El Derecho Internacional Público, tradicionalmente - ha sido conocido con el nombre del Derecho de Gentes, y contie ne normas aplicables a las relaciones de los Estados entre sí.

Pero, se trata de un verdadero Derecho, si la carac terística fundamental de todo Derecho es la coacción y entre Estados no cabe esa medida que atenta contra uno de los dere -

chos fundamentales de todo Estado, que es el ejercicio pleno - de su propia soberanía?.

No existe lamentablemente, un verdadero Derecho Internacional Público. Si, lo existiere con la respectiva fuerza coercitiva, los Estados no se dedicarían a ejercer como finalidad fundamental, la del armamentismo, descuidando en forma criminal la atención de los derechos de los nacionales, a la provisión de los medios para la satisfacción de sus necesidades, para el bien común. Y, lo que es más importante, no necesitarían crear Fuerzas Armadas, cuya misión ha degenerado generalmente en sojuzgar a los propios nacionales por medio de repugnantes dictaduras.

Es mucho mayor el valor que se emplea en nuestro medio para el armamentismo, que el que se asigna para las necesidades alimenticias de la población, sin que importe que hayan ciudadanos en el mundo que materialmente mueran de hambre y desnutrición.

Si existiera un verdadero Derecho Público Internacional, las diferencias fronterizas, la lucha por los mercados, por los recursos naturales, por las materias primas, es decir, en todo lo que implica lucha por la dominación económica, se podría solucionar pacíficamente por medio de jueces, con suficiente fuerza coactiva para que hagan cumplir sus sentencias.

Hay varios intentos de organizaciones internacionales que tratan de regir las relaciones entre los pueblos, unas con ámbito universal, como la Organización de las Naciones Unidas, y otras con ámbito seccional como la Organización de los Estados Americanos. Pero todas ellas sin los suficientes instrumentos jurídicos que les permitan administrar justicia internacional y hacer cumplir con los fallos que se dicten, en forma similar a lo que ocurre en el ámbito nacional, en que el particular que no cumple con normas de convivencia pacífica es llevado a las cárceles, o se le embargan y rematan bienes para pagar con el producto de esa venta forzosa el monto de las correspondientes indemnizaciones.

La historia de la humanidad es una historia triste -

mente célebre: es la historia de las guerras. Hombres matando a hombres, peor que si fueran lobos, porque el lobo cuando menos mata para satisfacer una necesidad de supervivencia. El hombre ha matado a lo largo de la historia para satisfacer la vanidad, para ser el de mayor poder en la tierra, para llenar su ansia de dominación.

Forman parte del Derecho Internacional Público los tratados, acuerdos, convenciones, debidamente celebrados y ratificados según las leyes nacionales de cada uno de los Estados, para no sacrificar el mito de la soberanía. Y, a veces, quien lo creyera, rigen también resoluciones unilaterales o de sectores muy reducidos, como ocurrió con la Convención del Pacífico Sur, sobre el dominio y soberanía del Mar Territorial; desde luego, posición firme del Ecuador, Perú y Chile con la que estamos totalmente de acuerdo.

176. DERECHO PRIVADO NACIONAL.

Las ramas del Derecho Privado nacional regulan las relaciones personales o de la personalidad humana; las relaciones de familia, que tratan de viajar hacia el Derecho Social o Público; las reglas patrimoniales, que en algunos de sus aspectos tratan de conseguir igual tránsito, y toda la regulación respectiva a los actos privados y a los contratos.

El Derecho Privado, tomado del Derecho Romano que fue el Derecho de los ciudadanos de Roma, tenía una extraordinaria amplitud, ya que inclusive comprendía normas que hoy son de Derecho Público. De ese gran contenido se han ido produciendo importantes desmembraciones, como ha ocurrido con toda la materia penal, laboral, comercial, parte de lo que hoy es Derecho Administrativo.

Esa desmembración parece que no tiene ningún propósito de detenerse. Hay Estados que ya han extraído del Derecho Privado al Derecho de Familia y a buena parte del Derecho Patrimonial, al extremo que vale la pena preguntar, qué es lo que queda en el ámbito del Derecho Privado?

Los derechos privados que quedan se subdividen en patrimoniales y extrapatrimoniales.

Los patrimoniales tienen como contenido una utilidad económica, es decir, derechos cuyos objetivos puedan valuarse en dinero.

Los extrapatrimoniales son los que no representan - una utilidad económica inmediata; no son valuables en dinero, - como ocurre con los derechos de la personalidad, y casi con to dos los derechos de familia.

Los derechos de la personalidad, tienen las siguientes características:

- a) Son originarios, porque el individuo nace con ellos; -
- b) Son absolutos, porque pueden ejercitarse erga omnes, es decir, contra cualquier persona; -
- c) No son directamente apreciables en dinero;
- d) Son intransferibles e intransmisibles;
- e) Son imprescriptibles.

Estas características denotan con claridad que se - tratan de derechos de naturaleza social o pública y que su tránsito a esos ámbitos se llegará a concretar en breve plazo.

177. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Pillet define al Derecho Internacional Privado, como una rama del Derecho Público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que - gozan los extranjeros y resolver los conflictos de leyes relativos al nacimiento y al respeto de los derechos.

No es posible concebir la existencia de un Estado -

sin personas, sin individuos. Todo Estado debe determinar las condiciones mediante las cuales considera a los individuos como nacionales suyos. Es vital para el Estado y para los individuos establecer los derechos especiales que solamente se asignan a los nacionales.

Los que no son nacionales, son extranjeros. Hay que determinar cuales son los derechos de los extranjeros. La cuestión interesa desde el punto de vista de los derechos políticos y de los privados. Pero, al tratarse del Derecho Internacional Privado, el interés se limita casi exclusivamente a estos últimos.

Interesa saber como una persona puede contraer matrimonio; cuando y como puede divorciarse; cuando una persona es capaz o incapaz; cuando una persona puede suceder a otra, como se han de contratar y utilizar las diversas formas de comercio jurídico.

Hay que resolver problemas de indudable importancia: hay que saber como se adquieren derechos; cual el respeto de cada estado a los llamados derechos adquiridos; que ley se ha de aplicar para el nacimiento de un derecho; si alguien puede o no divorciarse, y en caso afirmativo, que ley se ha de aplicar respecto a las causales; que juez ha de conocer del juicio; cual la validez de las sentencias extranjeras, etc.

Ninguna relación o comercio internacional sería posible, si los derechos adquiridos en un país no podrían conservarse o ejercerse en otro Estado; si los bienes adquiridos en un lugar dejaran de pertenecer al titular por el solo hecho de traspasar una frontera.

En 1.925, la Unión Panamericana solicitó al Instituto de Derecho Internacional la presentación de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. La tarea se encargó al Dr. Antonio Sánchez de Bustamante.

La Unión Panamericana reunida en La Habana, en su Sexta Conferencia de 1.928, aprobó el referido proyecto por unanimidad, rindiendo en esta forma tributo al ilustre cubano-

Dr. Sánchez de Bustamante.

Sánchez de Bustamante para redactar su proyecto consultó el Derecho vigente en los países del área, lo cual no -- perdió de vista ni un solo momento.

El Código de Sánchez de Bustamante comprende leyes -- que atraviesan las fronteras patrias y que se relacionan con la nacionalidad o domicilio de las personas.

En concreto, el Código de Sánchez de Bustamante comprende:

Libro I: Derecho Civil Internacional;

Libro II: Derecho Mercantil Internacional;

Libro III: Derecho Penal Internacional;

Libro IV: Derecho Procesal Internacional.

Como se ve, no todas las materias que integran el Código de Sánchez de Bustamante pueden denominarse correctamente como de Derecho Privado.

El Ecuador es uno de los signatarios de la Convención de La Habana y ratificó el Código de Sánchez de Bustamante, y por lo mismo es ley obligatoria dentro de su territorio; pero se hizo una salvedad de trascendencia en su aplicación, -- en el sentido de que el Código rige en cuanto no se oponga a la ley nacional.

Por lo que hasta aquí se ha visto se puede destacar -- que corresponde al Derecho Internacional Privado, determinar -- cual es la jurisdicción o la ley a aplicarse, en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más -- leyes que reclaman su observancia.

El Derecho Internacional Privado toma como punto de partida la ley, la competencia legislativa, la de litación de soberanías y las normas que se refieren a la reglamentación de situaciones o de relaciones jurídicas en las que intervienen --

elementos extranacionales, es decir, los extranjeros.

Muchos autores consideran que el objeto del Derecho Internacional Privado es la solución de conflictos de leyes o de las colisiones o concurrencia de leyes en el espacio, para resolver cual es la ley aplicable para un caso concreto.

Para otros no se toma como punto de partida la ley sino la relación jurídica. Sostienen que el Derecho Internacional Privado regula las relaciones jurídicas internacionales privadas.

Clovis Bevilacqua opina que el Derecho Internacional Privado es el conjunto de preceptos reguladores de las relaciones de orden privado de la sociedad internacional.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado se distinguen:

- a) Relaciones jurídicas nacionales;
- b) Relaciones relativamente internacionales; y,
- c) Relaciones absolutamente internacionales.

Ejemplos: Un ecuatoriano y una ecuatoriana se casan en el Ecuador (relaciones jurídicas nacionales). En Colombia se discute sobre la filiación, debiendo pronunciarse si ha existido o no matrimonio válido en el Ecuador (relaciones jurídicas relativamente internacionales). Un ecuatoriano se casa con una colombiana en Venezuela (relaciones absolutamente internacionales).

Pero este criterio se critica diciendo que una relación es o nacional o internacional, únicamente. La internacional se caracteriza por la presencia de un elemento extranjero.

Si las partes contratantes no pertenecen al mismo Estado o contratan en territorio extranjero, o el acto jurídico se refiere a una cosa situada en territorio extranjero, y las legislaciones de esos países son distintas, cabe preguntarse - que ley es la que rige el acto. Este es un caso de Derecho In

ternacional Privado.

Para Sánchez de Bustamante, las normas de Derecho Internacional Privado determinan los límites en el espacio en cuanto a la competencia legislativa de los Estados y establecen cuando una ley ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una jurisdicción.

Para Pillet:

- a) La persona debe tener la posesión del derecho. Capacidad de goce, que es primer momento en que surge el problema de la condición de extranjero.
- b) Procura ejercer el derecho. El derecho está en potencia. A qué ley debe estar sometido ese ejercicio?.
- c) Una persona pretende hacer valer en un país derechos que antes adquirió legítimamente en otro. La vida internacional debe respetar esos derechos adquiridos.

Fue un viejo anhelo americano, encarado primero por Bolívar, hacer de la América Española una comunidad internacional regida por iguales principios jurídicos. Parecía una solución obvia y sencilla que ahorraba la diversidad de legislaciones.

Cumplió con ese propósito el Código de Sánchez de Bustamante?.

No del todo. El Ecuador, por ejemplo y como ya se dijo, aceptó la vigencia del indicado Código de Derecho Internacional Privado, "en todo lo que no se oponga a la Constitución y leyes de la República".

Trece de los veintiún países que concurrieron a la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana, hicieron reservas importantes al Código de Derecho Internacional Privado.

178. DERECHO SOCIAL.

Luego de haber estudiado la clasificación del Derecho en Público y Privado, es necesario considerar al Derecho Social. Es un Derecho intermedio entre los dos?. Es un Derecho distinto a ambos?. Si hubiere necesidad de encasillarlo en las dos categorías a cual de ellas correspondería?.

El Derecho Social tiene un gran porvenir en el mundo contemporáneo. Desde los más reaccionarios, hasta los que se autocalifican -verdadera o falsamente- de revolucionarios, to dos hablan del Derecho social, de la justicia social.

El Positivismo de Augusto Comte niega la existencia de derechos individuales. El derecho ha pasado como las otras ciencias por las épocas teocrática y metafísica y debe llegar -dice el autor- a la época positiva.

Los sociólogos franceses han elaborado la concepción de un Derecho Social opuesto al individualismo liberal.

León Duguit: La regla de Derecho nace de la idea de solidaridad.

Socialismo marxista: La realización del Derecho es - la completa igualdad social.

FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO XVII

DERECHO CIVIL.

179. Derecho Civil.- 180. -
Contenido del Derecho Civil.
181. Importancia del Derecho
Civil.- 182. Crisis del De-
recho Civil.- 183. Lucha -
de poderes.- 184. Ubicación
del Derecho Civil.- 185. Re
lación del Derecho Civil con
otras disciplinas.-

179. DERECHO CIVIL.

El Derecho Civil es de gran amplitud. Los problemas que tradicionalmente han sido considerados por ese Derecho siguen siendo básicamente los mismos, aunque ya se han independizado algunas materias. Pero frente a los problemas básicos, cada día aparecen nuevas soluciones. Nosotros también intentaremos algunas de ellas.

Desde luego la vigencia actual del Código hay que -

mirarla con menos individualismo.

Por otra parte las reglas y principios básicos del Derecho Civil son de aplicación general, para la interpretación de las otras ramas del Derecho. Esas reglas generales no pueden estar mejor ubicadas. No caben en la Constitución, por la gran generalidad de sus disposiciones, que más que reglas normativas son principios filosóficos. Por ello en la Constitución nos encontramos verdaderamente con los principios generales del Derecho, particularmente del Derecho Público.

En lo que se relaciona con la enseñanza del Derecho Civil, problema que es necesario mencionar en esta parte, porque esta obra tiene, como queda dicho, una cierta finalidad didáctica, debemos recordar que en los campos teóricos que inspiraron nuestro Derecho Civil, no se estudiaba especialmente ese Derecho con la amplitud que debía hacerse, sino únicamente el Código Napoleón. La enseñanza consistía en comentar los artículos de ese Código, unos tras otros, como si se tratara de algo de perfección acabada, de algo casi sagrado, y sin pretender realizar una construcción de conjunto, fundada sobre un plan racional.

Fue necesario mucho tiempo para llegar a otro método. Aubry y Rau, en su obra Cours de Droit Civil Francaise usan un método nuevo distinto. Poco a poco fue trazándose un plan general de estudio del Derecho Civil, colocando a cada institución en su respectivo sitio, y estudiándola como algo integrado, no como una suma de artículos.

Han utilizado también este sistema los comentaristas como Demolombe, Sánchez Román, Barros Errazuris y otros.

Procuraremos seguir su ejemplo.

Entrando en materia:

Fue en Roma en donde el Derecho Civil alcanzó su verdadera individualidad, y donde llegó a su máximo esplendor. Todos los Derechos Civiles modernos tienen una fuerte tradición romanista.

El Jus Civile Romano era el conjunto de normas que regulaban las relaciones de los ciudadanos (civis), esto es, de los que formaban parte de la ciudad, con plenitud de derechos. El Jus Civile constituyó el más apreciado patrimonio romano. El Derecho Civil como norma de los ciudadanos tuvo un contenido amplísimo. Su ámbito excedía de lo privado, invadiendo situaciones de carácter público.

El Derecho Civil romano comprendía principalmente el comercio de los bienes y las relaciones de familia. En su comienzo regulaba las relaciones privadas entre ciudadanos de un mismo Estado, referentes a la organización familiar y a la propiedad.

Para los romanos era materia principal de lo civil - el actio, es decir, mover la maquinaria del Estado o de la Sociedad para obtener la debida protección de un interés justo.

Dividían los romanos el Derecho Civil en personas y cosas y acciones

Hoy las acciones forman parte del Derecho Procesal, - aún cuando todavía permanecen incrustadas en el Código Civil - una serie de disposiciones sobre las acciones y otras de carácter procesal.

Hay varias ramas del antiguo Derecho Civil que se han ido independizando, como ocurre con la legislación laboral o del trabajo y la comercial, que hoy gozan de plena autonomía.

Pero el Derecho Civil sigue siendo el Derecho Privado por excelencia.

Demófilo de Buen cree que el contenido del Derecho Civil está en los requisitos generales de los actos jurídicos-privados; la organización de la familia y la propiedad privada.

El crecimiento del poder del Estado pone en peligro la existencia misma del Derecho Civil. Todas aquellas disposiciones de carácter institucional tienden a independizarse - formando nuevos Derechos o Derechos especiales.

El Derecho Civil, como rama del Derecho Privado Interno regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre los particulares; el régimen de la familia y de la propiedad, los actos y los contratos, según lo encontramos vigente en nuestro país.

Es un Derecho común. Sus disposiciones tienen el carácter de supletorias para las otras ramas del Derecho.

El Derecho Civil es además de gran generalidad; no pueden aplicarse sus disposiciones o principios frente a otras normas que sean de carácter especial.

Desde luego en el Derecho moderno, el concepto y contenido del Derecho Civil resulta impreciso y vago.

De todos modos, el Derecho Civil sigue siendo el trasunto del individualismo. Ahrens, profesor sucesivamente de las universidades de Bruselas, de Gratz y de Leipzig, escribe su obra fundamental denominada Curso de Derecho Natural o Filosofía del Derecho. El Capítulo Primero se refiere al hombre como fundamento y fin de todos los derechos. El hombre es el fin, dice; lo demás son medios solamente para la cultura. Tal es la verdad que importa comprender y hacer valer en la vida práctica.

Luego se refiere a los derechos individuales, que están comprendidos más en la doctrina que en las leyes y se refiere a lo que podríamos llamar el contenido del Derecho Civil, es decir, a los derechos sobre la personalidad, la vida, la igualdad y las desigualdades, y termina con los derechos de los hombres sobre los bienes materiales y especialmente sobre el derecho de propiedad.

Es decir, que para el propio Ahrens, el Derecho Civil, sigue siendo ese Derecho individualista, aún cuando no deja de incluir en su contenido materia de orden social, como la propia desigualdad, la dignidad y el honor, la sociabilidad y el trabajo.

Al Derecho Civil también se lo denomina Derecho Sus-

tantivo o de fondo, como el conjunto de normas de diverso linaje que establecen los derechos y obligaciones de las personas, en contraposición a lo que algunos autores llaman el Derecho - Adjetivo, que es el conjunto de reglas destinadas a hacer efectivos los derechos de fondo.

180. CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL.

Puede establecerse el siguiente cuadro en el que constan las materias que actualmente forman parte del Derecho Civil:

- a) Derechos sobre la personalidad.- Analiza los problemas jurídicos que se refieren al ser humano, desde su concepción, su nacimiento, sus facultades como el único sujeto del Derecho, hasta su muerte.
- b) Tiene normas fundamentales sobre la familia: su constitución, como medio idóneo para conseguir la perpetuación de la especie, y para que el hombre pueda cumplir con la misión que le fue asignada en la vida. Trata también de las relaciones tanto personales como patrimoniales que se derivan del estado familiar.

Para nuestro Código, la única forma de constituir la familia es el matrimonio, y normalmente las relaciones patrimoniales originadas en la familia, devienen en la sociedad conyugal de bienes.

- c) Se refiere a los derechos patrimoniales. A la teoría general sobre la propiedad; a los medios de adquirirla, de conservarla y de perderla.

Ese Derecho Patrimonial -que no está específicamente tomado como tal- se refiere a los actos que el hombre realice durante su vida, y a los efectos trascendentales que se originan con su muerte, mediante la institución tradicional de la sucesión

hereditaria.

- d) Trata de la teoría individualista de los actos y contratos, y de las obligaciones; y,
- e) Contiene una serie de normas de carácter general y supletorio, aplicables a las otras esferas del Derecho.

Es decir, presenta un contenido múltiple y variable que para el hombre comienza antes de su existencia legal como persona y le sobrepasa a su muerte. Además regula una serie de relaciones íntimamente vinculadas con su actividad en la sociedad.

181. IMPORTANCIA DEL DERECHO CIVIL.

De todo lo dicho anteriormente se desprende la gran importancia que tiene el Derecho Civil, tal como lo encontramos en la legislación vigente en nuestro país.

Esa importancia se destaca por su incidencia en el hombre, ya se considere como persona aislada, ya como miembro de una familia o como un integrante de la sociedad.

Además, el Derecho Civil es el representante nato de la unidad del Derecho Privado, con el cual prácticamente se confunde, aún tomando en cuenta las desmembraciones que se han producido y las que se seguirán produciendo en el futuro.

La importancia del Código Civil está también en la técnica de sus principios, de sus disposiciones, las mismas que se han afinado durante siglos.

182. CRISIS DEL DERECHO CIVIL.

He aquí un problema que es indispensable abordar. No se puede soslayar la indudable crisis contemporánea del Derecho Civil, que en un comienzo ocupaba casi la totalidad del

área del Derecho y que hoy, por una parte se encuentra en peligro de abordar casi nada, y que por otra parte, de esa mística que le rodeaba, de la aureola de perfección, de respeto, de mito intocable, ha pasado a ser la piedra de toque de los más acervos ataques, de críticas de toda naturaleza.

Se dice que el Derecho Civil es un trasunto del individualismo, aceptable para el siglo XVIII, y sin ninguna justificación a fines del siglo XX. Que el mayor representante de ese modo de ser del Derecho Civil está encarnado en el Código-Napoleón, una verdadera "epopeya burguesa del Derecho Privado"; Código que ha ejercido una notable influencia en todos los Códigos Civiles que se han expedido en la mayor parte de los países de nuestra cultura.

Se dice también que en sus disposiciones se nota la ausencia del sentido de cooperación humana, de regular los derechos de las mayorías de una Nación, que según las normas tradicionales del Código Civil, se encuentran abandonadas a su suerte, o mejor, a su mala suerte. Es que no puede ser de otro modo, si toda la filosofía que inspiró el Código Napoleón es la liberal individualista del siglo XVIII.

Por otra parte ese mismo Derecho tradicional ha mantenido una especial preocupación por garantizar el derecho de propiedad privada, como algo sagrado, lo cual ha colocado los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades, y aún más, los medios de dominación de hombres sobre hombres, en manos de una clase privilegiada y minoritaria.

Las tendencias socialistas o socializantes, son las que con mayor rudeza proclaman la decadencia del Derecho Civil, y no les falta razón. Los principios fundamentales de ese Derecho, no han sido precisamente los medios más adecuados para garantizar una convivencia pacífica, en la que impere el triunfo de una justicia real y del bien común.

Pero las instituciones fundamentales del Derecho Civil, como las de la familia, la propiedad, los contratos, no pueden desaparecer; necesitarán modificarse fundamentalmente, renovarse, para estar de acuerdo con los principios contemporáneos.

neos de la justicia, o pasar a formar parte de leyes especiales; pero siempre estarán vigentes en el campo de la normatividad, regulando las relaciones entre los hombres.

La libertad contractual está en plena crisis: se suprimirá o limitará fuertemente en estos mismos días; la función social de la propiedad (mientras se mantenga en vigencia la institución de la propiedad privada) se acentúa notablemente; la familia constituye el órgano intermedio entre el indivduo y la sociedad. Pero nunca podrá prescindirse de leyes, de normas obligatorias que regulen los contratos, a la propiedad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, a la familia.

También es un signo del ocaso del Derecho Civil su constante disgregación o desintegración. Ya han salido de su esfera, como se dijo, el Derecho Penal, el Comercial, el del Trabajo, el Minero, el Procesal, etc., y están saliendo ya el Derecho de Familia y el Derecho Patrimonial, por sus características especiales de Derecho Social. Recuérdese, por ejemplo, al tratarse de la propiedad, que todo lo que se relaciona con las tierras agrarias está fuera del Código Civil, porque forma parte de las leyes de Reforma Agraria y Colonización y la Ley de Tierras Baldías.

Es decir que el Derecho Público o Social amenaza absorber al Derecho Privado.

Por ello Ripert escribe con un poco de tristeza: "hoy por hoy, todo se transforma en Derecho Público".

183. LUCHA DE PODERES.

Una de las causas fundamentales de la crisis del Derecho Civil está en la lucha de poderes, esto es, de la lucha del poder civil con el poder eclesiástico.

El poder eclesiástico, mediante el extraordinario Derecho Canónico, toma bajo su contenido normativo, bajo su control, la parte de las materias que antes comprendían el Código Civil en lo relacionado con el Derecho de Familia o Derecho

Matrimonial.

Es indudable que en la lucha por desintegrar el Derecho Civil ha influido notablemente el aspecto ideológico. La Iglesia Romana, ha cometido grandes desaciertos. Mientras Jesucristo ha predicado reiteradamente la pobreza, haciendo imposible la entrada de los ricos al reino de los cielos, los que han dirigido y administrado la Iglesia han demostrado una enfermiza predisposición para poseer bienes materiales y ejercer la dominación social que esos bienes producen.

Entonces, además de principios de justicia distributiva, ha influido también en la desintegración de que hablamos, el sentido de odio a todo lo que se relacione con lo religioso, porque el Materialismo ha identificado a los ricos con los que siguen las enseñanzas de la Iglesia (no las enseñanzas de Cristo, a quien incluso se lo ha llamado socialista), y en todo lo que de Derecho Patrimonial tiene el Código Civil, ha sido aceptado y propiciado por la clase adinerada.

En la lucha por la hegemonía entre el poder civil y el religioso, los partidarios incontrolados por el triunfo del poder civil, han visto como malo y pernicioso todo lo sostenido como bueno por el poder eclesiástico, llegando al extremo inconcebible de ver en el matrimonio una institución inaceptable; una institución, de aquellas que hay que procurar aniquilarlas rápidamente, como si se tratase de una peste contagiosa. La propiedad privada ha sido considerada como un robo y la sociedad debe deshacerse de ella, como hay que deshacerse de los contenidos anti-sociales.

Esa forma de pensar -con justificación indudable por la forma antihumana y anticristiana con que se han manejado los problemas concretos- ha sido una de las fuentes de las cuales ha manado un sentido contrario al Código Civil, como arma de las clases dominantes, y entre ellas, la Iglesia de Roma. Derecho individualista por excelencia, llamado Derecho de los ricos, inaplicable a los pobres.

Pero quede claro: una cosa es Cristo, y otra cosa - los que han gobernado su Iglesia, muchos de ellos de capacidad sobrehumana, pero otros no. Cristo en su Sermón de la Montaña

y sus diarias parábolas ha estado siempre con los pobres, los desamparados, los niños.

184. UBICACION DEL DERECHO CIVIL.

El Derecho Objetivo, se divide en Derecho Público y en Derecho Privado. El Derecho Civil, está dentro del Derecho Privado.

El Derecho Civil es un Derecho general por excelencia: rige las relaciones del ser humano como tal, con prescindencia de cualquier otra circunstancia. Además sus disposiciones rigen no solamente las ramas de carácter específicamente privado, sino a todas las otras normas que están ubicadas fuera de su órbita normal. Piénsese que la ley, su interpretación, los conflictos de las leyes, etc., se refieren a cualquier clase de ley, sea pública o privada.

Además, el Derecho Civil es general respecto a las otras ramas del Derecho, en tanto que estas últimas vienen a ser -frente al Civil- derechos especiales o de excepción. En su respectivo ámbito las otras normas derogan o prevalecen sobre las del Código Civil, que a su vez, frente a esas normas especiales, desempeña el papel de Derecho supletorio, para llenar los vacíos que se presenten en su aplicación.

185. RELACIONES DEL DERECHO CIVIL CON OTRAS CIENCIAS.

Entre todas las ramas del Derecho existe, no precisamente independencia, sino más bien interdependencia. Así, todos los derechos especiales o secundarios tienen que guardar armonía con el Derecho Constitucional, o mejor, con la Constitución vigente, que es el marco dentro del cual se han de concebir los demás Derechos. Por lo mismo, la relación entre estos Derechos queda establecida, en tanto que las instituciones civiles se han de enmarcar en los principios constitucionales.

El Derecho Civil tiene una especial manera de ser frente a los otros Derechos: sienta normas generales, incluso

ve de aplicación subsidiaria frente al vacío o silencio de otras leyes.

Pero además el Derecho Civil se relaciona íntimamente con otras ciencias que no sean precisamente la Ciencia Jurídica, porque el Derecho no es solamente lo que de él decían los romanos: el arte de lo bueno y lo equitativo. El Derecho es ciencia que estudia y descubre reglas que rigen la conducta humana, y por lo mismo se relaciona con todas las ciencias que se ocupan de los actos humanos.

El Derecho Civil se relaciona con la Historia. Es necesario considerar las reglas de Derecho que rigieron en el pasado y las consecuencias de su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en la influencia del Jus Civile Romano en todo el Derecho contemporáneo; en éste, una multitud de instituciones se han mantenido casi inalteradas, casi como si se las hubiese puesto en nueva vigencia.

En el espíritu humano no hay nada que sea absolutamente nuevo. El presente, lo ha dicho Leibniz, está pleno del pasado y preñado del porvenir.

El Derecho Civil se relaciona íntimamente con las religiones. Quisiéramos hablar de la religión sin tener que usar términos plurales, porque no cabe sino la existencia de una sola religión verdadera, ya que la verdad es una. Pero la realidad de lo humano, nos obliga a hablar de religiones.

La relación del Derecho Civil con las religiones ha sido estrecha. A veces han imperado en el Derecho Civil, criterios netamente religiosos: El matrimonio, la familia, han estado regidos por disposiciones religiosas, porque no hay lugar en el campo normativo en donde pese con tanta fuerza el aspecto moral, y todas las religiones, a su manera, tienen su contenido moral. La Religión Católica, a través de sus cánones y particularmente de su Derecho Canónico, ha regido con poderes plenos lo relacionado con el matrimonio y el Derecho de Familia, en general, a tal punto que hasta hoy la gran mayoría de la población celebra necesariamente el matrimonio religioso, para sentirse verdaderamente casada.

Si bien a un comienzo predominan las normas religiosas sobre las laicas o civiles, el liberalismo tuvo buen cuidado de laizar instituciones y leyes especialmente cuando se relacionaban con el matrimonio y la familia, por su indudable criterio abiertamente anticlerical. Pero la laización de las instituciones, no ha podido eliminar la influencia de la religión en las instituciones civiles.

Ha sido un indudable error tratar de eliminar las normas religiosas, sólo por ser tales, sin mirar su contenido. Hay preceptos religiosos que son inamovibles. Todavía la Humanidad no ha podido dictar un ideario moral semejante al Decálogo; al contrario ha tenido que incorporar sus principios en todas las leyes.

No se puede tratar de destruir el matrimonio y a la familia solamente porque la religión protege a esas instituciones. Roma cayó hecha pedazos el momento en que trató de destruir a la familia.

Los sentimientos de la conducta humana deben tenerse especialmente en cuenta en el ámbito del Derecho en general, y particularmente en el Derecho Civil. Uno de los sentimientos más poderosos, es precisamente la religión.

El Derecho Civil se relaciona -como todo Derecho- con la Moral. La Moral habla de los deberes del hombre para consigo mismo y para con los demás. El Derecho Civil tiene que referirse a esos objetivos. Cuan distinta sería la historia de la humanidad si esos principios morales se hubieran incorporado definitivamente al Derecho.

El Derecho y la Moral tratan de hacer mejor al hombre. El legislador no puede dejar sin la debida consideración a las reglas morales cuando crea o modifica el Derecho.

El Derecho Civil se relaciona íntimamente con la economía. Piénsese solamente lo que ocurre con el derecho de propiedad privada especialmente regulado por el Derecho Civil.

El Derecho Civil tiene mucho que ver con la Sociolo-

gía, que no es sino el comportamiento de los hombres en la sociedad. Ese comportamiento ha originado las leyes, e influirá definitivamente en los cambios que se esperan para el porvenir.

Duguit es uno de los juristas que más esfuerzo ha -
realizado en el campo jurídico-sociológico.

La Sociología dió nacimiento al Derecho Social, al -
cual caminan a pasos apresurados muchas instituciones que hoy
forman parte del Derecho Civil.





CAPITULO XVIII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL

Epoca antigua

186. Advertencia.- 187. Código de Manú.- 188. Código de Hamurabi.- 189. Babilonia.- 190. Musulmanes.- - 191. Derecho Hebreo: Antigo Testamento.- 192. Derecho Hebreo: Nuevo Testamento. 193. Egipto.- 194. Grecia. 195. Persia.- 196. Incas.

186. ADVERTENCIA.

El Derecho Civil, como un Derecho orgánico, que pueda recibir la denominación de tal, no nació, no existió propiamente, sino desde que los romanos lo concibieron bajo la denominación del CORPUS JURIS CIVILES.

Ese Derecho fue obra de Justiniano, llevada a cabo - en el siglo VI de la Era Cristiana.

El estudio de ese monumento de Derecho en la historia jurídica de la humanidad, será considerado en el capítulo siguiente.

Pero no pueden desestimarse todas las otras manifestaciones íntimamente vinculadas con las materias que en la actualidad forman parte del Derecho Civil, como las instituciones de la familia, la propiedad, de las cuales encontramos fundamentos básicos ya en el Derecho, ya en reglas morales o religiosas de tiempos mucho más antiguos que el Derecho Romano.

La consideración de esos fundamentos jurídicos se hará, desde luego, casi como una simple mención.

Sabemos que, así como los griegos crearon la Filosofía, los romanos organizaron el Derecho, fundamentalmente el Derecho Civil; pero esa circunstancia no nos autoriza para desconocer cualquier manifestación que haya aparecido con anterioridad en la historia de lo jurídico y que se relacione específicamente con lo que es el objeto principal de este estudio, es decir, las instituciones sobre las que actualmente gira el Derecho Civil.

Entonces es indispensable que hagamos un brevísimo recuento de lo que existió con anterioridad a esa obra de Justiniano, y que preste interés para nuestro estudio.

187. CODIGO DE MANU.

La denominación primitiva de las Leyes de Manú era - Manava-Dharma-Zastra, que literalmente significa un tratado de las leyes.

Es muy discutida la fecha en la cual fueron dictadas esas leyes. Así por ejemplo Muller las hace datar de 200 años antes de Cristo. Elfinstone, del siglo IX antes de Cristo. - Burnell las considera post-cristianas.

Las Leyes de Manú, más que un sistema de legislación

común eran un código de principios o normas éticas. Pero no se puede negar que contenían normas sobre lo que hoy se considera como Derecho de Familia, y reglas de carácter patrimonial.

Para el Código de Manú, el hombre sólo es completo si se ha casado y ha tenido hijos, especialmente para que ellos continúen con el culto de los antepasados.

En la India la muerte no extingue la personalidad, ni siquiera la persona física. El fallecido tiene necesidades personales que deben satisfacer los hijos, especialmente el primogénito.

Era prohibido casarse con mujer de otra casta.

La mujer era alieni juris. De soltera le gobernaba su padre. De casada su marido. De viuda era gobernada por los hijos.

Gracias al esposo la mujer alcanza la bienaventuranza tanto terrena como eterna.

Si la mujer quedó viuda sin hijos, un cuñado debe engendrar un hijo en su vientre, para que rinda culto al fallecido. Esa institución se llama levirato.

El matrimonio exige la fidelidad, y al tratarse de la mujer, con un criterio rígido. Los indúes no quieren mancha sobre la mujer. Las mujeres, ejemplo de pureza; el hogar un templo, y la familia un remanzo de paz.

El Código de Manú imponía también al hombre la fidelidad. Debía tratar a la esposa con cariño.

Los padres arreglaban el matrimonio para que los hijos no cometieran error.

El marido podía repudiar a la mujer por inconducta. Pero ésta no podía pedir el divorcio. Si la mujer bebía, se enfermaba o se mostraba intolerable, el marido podía conseguir una suplente.

La mujer gozaba de una posición poco alagueña, llegando al extremo de considerarla como un ser impuro. Debía reverenciar al marido como a un dios. El matrimonio tenía como fin esencial la procreación de hijos varones. A falta de esos hijos y al fallecimiento del marido, un hermano de éste debía asegurar la descendencia.

El Código de Manú, Ley IX, 81, prescribía que la mujer sea reemplazada al cabo de ocho años de convivencia. Además, cuando la mujer no procreaba hijos varones, o habían muerto los hijos en su menor edad, estaba sometida a repudiación.

El marido tenía derecho ilimitado al repudio. En cambio la mujer no tenía ningún derecho al respecto.

✓ 188. CODIGO DE HAMURABI.

La moral babilónica es lo que hoy se podría considerar como una verdadera depravación. Según Herodoto ninguna mujer debía llegar virgen al matrimonio; era necesario que haya-tenido siquiera una relación sexual. Era lícita la unión libre, sobre todo cuando era matrimonio de ensayo.

Los matrimonios eran acordados por los padres previo intercambio de regalos, que a veces se convertían en venta de la novia. Pero a pesar de aquello, el matrimonio era monogámico.

De acuerdo con los términos del Código de Hamurabí, la mujer adúltera y su cómplice debían pagar el delito con su vida, a menos que el marido por benevolencia, prefiera arrojar los desnudos a la calle.

Se reglamentó el repudio. En caso de que el marido-hubiese tenido descendencia, debía restituir toda la dote a la mujer repudiada, la misma que conservaba el derecho de educar a sus hijos. Si el marido abandonaba a la mujer por largo tiempo, ésta podía tomar otro marido. Si el marido regresaba-podía tomar nuevamente a su primitiva mujer.

La familia en Babilonia era inestable. Los padres - podían inclusive rechazar al hijo. El Código de Hamurabi fijaba las causas por las que el marido podía repudiar, y a falta de causa, también podía repudiar, pero pagando indemnización.

189. ASIRIA.

En Asiria la familia estaba organizada bajo un severo régimen patriarcal. Su principal fin era la procreación y aumento de la especie.

El aborto era considerado como un crimen capital.

Los matrimonios se celebraban por contrato, y a veces se reducían a una simple compra.

La mujer estaba en condiciones de inferioridad: debía aparecer velada en público, obedecer ciegamente al marido y serle estrictamente fiel. Los hombres, en cambio, podían tener tantas concubinas como les permitiesen sus medios económicos, sin recibir por ello sanción ni legal, ni moral.

190. MUSULMANES.

Según la Ley de Mahoma la poligamia tenía existencia oficializada hasta en épocas muy cercanas. Por eso la repudiación y el divorcio han sido muy frecuentes entre los musulmanes.

Pero sin un motivo verdadero, ningún musulmán puede acudir al divorcio, ni justificarlo ante los ojos de la religión y de la ley.

La maldición de Dios, dice el Profeta, cae sobre el marido que repudia a su mujer por capricho.

191. DERECHO HEBREO: ANTIGUO TESTAMENTO.

En los primeros tiempos de la organización del pueblo hebreo, los jefes eran el centro de las familias patriarcales, y practicaban lógicamente la poligamia. Pero en el bajo-pueblo, más por razones económicas que afectivas, imperaba la monogamia.

Por fines económicos y de defensa era indispensable aumentar el número de hijos y con ese fin se establecían relaciones concubinarias. Al hombre no se le imponía fidelidad. Era castigado sólo cuando cometía adulterio con mujer casada. La pena se le imponía, no por haber violado la regla moral, si no por haber violado el derecho de propiedad, ya que el hombre compraba a la mujer.

En cambio la mujer debía guardar castidad absoluta. Al casarse estaba obligada a ofrecer pruebas de su virginidad anterior. Si cometía adulterio estaba sujeta a las penas más crueles. La más común era la lapidación.

En consecuencia se practicaba por parte de los hombres la poligamia. El marido podía repudiar a su mujer. Según el Deuteronomio el marido debía entregar a la mujer una carta de repudio.

Los hebreos conocían varias formas de matrimonio:

- a) El matrimonio por compra, que era el celebrado con mujeres cautivas, tomadas como botín de guerra;
- b) El matrimonio sábito, en que los hijos eran criados en el clan de la madre;
- c) El matrimonio polígamo; y,
- d) El matrimonio monogámico.

En las épocas de la vida pastoril, según la Biblia,

el matrimonio era una institución casi perfecta, aún cuando se concertaba como una compra. Recuérdese los trabajos de Jacob para obtener a Raquel.

La Biblia quería que el vínculo fuese indisoluble. Que lo que se ata en la tierra, atado quede hasta el cielo. El divorcio era la excepción a la regla y el adulterio era una de las pocas causas determinantes, que para la mujer ocasionaba - el repudio o la lapidación, pero el marido podía pagar su pecado con dinero.

La moral matrimonial derivaba de los Diez Mandamientos, especialmente del quinto y del séptimo.

La familia patriarcal hebrea comprendía el marido, - la mujer, los hijos solteros y casados, con su propia descendencia. Era tan perfecta la organización que parecía casi innecesario el Estado.

La autoridad paterna era casi ilimitada. El padre - era el dueño de todos los bienes. Los hijos le debían total - obediencia, incluso en el matrimonio, que resolvía el padre - sin consultar con los hijos.

En cuanto a la situación de la mujer Jehová, fuente de toda ley, le había mostrado una obediencia absoluta: "Tu deseo será el de tu marido, y el reinará sobre tí". Pero la mujer estaba plena de dignidad. Débora llegó a ser juez de su - pueblo.

Las leyes exaltan la maternidad considerando al celi bato como un pecado. El matrimonio era obligatorio desde los veinte años. Se imponía el matrimonio a los sacerdotes para - que sean más puros.

El aborto y el infanticidio, eran abominaciones paganas.

Si el hombre quería podía practicar la poligamia, para engendrar el mayor número de hijos.

La mujer que había quedado viuda sin hijos, podía exigir al hermano de su esposo o al pariente más cercano, que se casase con ella.

Al primogénito se le imponía el sacerdocio, como herencia religiosa.

Era permitido el divorcio para los hebreos?. Ellos lo llamaban carta de repudio, y a la vez hablaban de la indisolubilidad del matrimonio. El Deuteronomio en los versículos 1, 2, 3, y 4, hablan de divorcio. Se practicaba antes de Moisés. Abraham condenó a destierro a la madre de Ismael por haberse divorciado (Génesis Capítulo 21, versículo 14). En efecto, Abraham esposo de Agar, quien fue madre de Ismael, se levantó muy de mañana y tomó un pan y un odre de agua, y dióle a Agar, poniéndole sobre su hombro y entregándole al muchacho (Ismael) y despidiéndola, y ella partió y andaba errante por el desierto de Bar-Sheba.

La Biblia no habla de divorcio, con ese nombre, menciona a la repudiación. La palabra divorcio la encontramos en el Talmud, que corporiza la ley civil y la canónica del pueblo hebreo, formando una especie de suplemento del Pentateuco.

El legislador promulgó la fórmula maravillosa: creced y multiplicaos y anatemizó el celibato como forma contraria a los deseos del supremo Creador. La falta de hijos durante los diez primeros años de matrimonio, era causa de repudiación.

192. DERECHO HEBREO: NUEVO TESTAMENTO.

La parte fundamental del Nuevo Testamento, respecto a la legislación civil, es la relativa a la indisolubilidad del matrimonio y al divorcio, y por eso nos detendremos en ella, aún cuando podría hacerse referencia también a otro punto de gran trascendencia, que es el amor a la pobreza y el desprecio a la riqueza (Cristo nació en un pesebre y predicó la imposibilidad de que un rico entrase al reino de los cielos, además de que llamó bienaventurados a los pobres que lo sean de espíritu

y corazón). Además, no se habla de una propiedad como la entendieron los romanos, sino de una simple administración o usu fructo.

Pero, como queda dicho, nos detendremos en la indisolubilidad del matrimonio y en el divorcio, dejando el aspecto de la propiedad para mejor lugar.

Evangelio de San Mateo. Capítulo V. Versículo 31. También fue dicho, cualquiera que enviare a su mujer, déle carta de divorcio.- 32. Mas yo os digo, que el que enviare a su mujer fuera de causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casa con la enviada, comete adulterio.

Capítulo XIX.- Versículo 3.- Entonces se llegaron a él los fariseos tentándole: es lícito al hombre enviar a su mujer por cualquier causa? El respondiéndolo les dijo: No habéis oído que El los hizo al principio macho y hembra?. 5.- Y dijo: por tanto el hombre dejará padre y madre y llegará a su mujer y serán dos en una sola carne. Por tanto lo que Dios juntó, - no lo aparte el hombre. 7.- Dícense: por qué pues Moisés mandó dar carta de divorcio y enviarla?. 8.- Díjoles: Por la dureza de vuestro corazón, Moisés permitió enviar vuestras mujeres; mas, al principio no fue así. 9.- Yo os digo, que cualquiera que enviare a su mujer, si no fuere por fornicación, y se casare con otra, adultera, y el que se casare con la enviada, adultera.

Evangelio de San Marcos: Capítulo X, 2.- Y llegando se los fariseos le preguntaron: si era lícito al marido repudiar a la mujer, tentándole. Mas El respondiéndoles dijo: - Qué os mandó Moisés?. 4.- Y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio y repudiar. 5.- Y respondiendo Jesús les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este - mandamiento. 6.- Que al principio de la creación, macho y hembra los hizo Dios. 7.- Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se juntará con su mujer. 8.- Y los que eran dos, serán hechos una carne: así que no son más dos, sino una carne. 9.- Pues lo que Dios juntó, no lo aparte el hombre.

193. EGIPTO.

Este pueblo practicaba la poligamia, pues, a excepción de los sacerdotes, a los que no se les concedía más que una mujer, se permitía en general tener varias concubinas, además de la esposa principal.

Sin embargo los historiadores han revelado que durante el reinado de los grandes faraones, el matrimonio era indisoluble. Pero luego se pasó al repudio por causa grave, facultad concedida primero al marido, luego a la mujer, y finalmente concedida sólo a ésta en las capitulaciones matrimoniales.

La mujer tomaba toda clase de precauciones para escapar de las consecuencias del divorcio: estipulaba multas, garantías fiduciarias o hipotecarias que el marido debía satisfacer en caso de ruptura del vínculo, y dejaba a salvo su derecho para pedir el divorcio cuando creyere oportuno. Pero el divorcio era poco frecuente.

Los nobles y príncipes practicaban el incesto. La hermana era la esposa preferida. Esta práctica tenía por objeto mantener la pureza de la sangre, y mantener los bienes en la organización familiar.

La mujer ocupaba un muy buen sitio. Tenía capacidad para el comercio y la industria; podía adquirir bienes propios y disponerlos en vida o por testamento.

El matrimonio se celebraba por contrato y creaba entre los esposos comunidad de bienes.

Los Egipcios conocían tres clases de matrimonio:

- a) El servil, en que la mujer quedaba constituida en esclava del hombre con quien se unía;
- b) El basado en la igualdad de derechos y una corta comunidad de bienes; y,
- c) Una especie de sistema dotal que el marido debía

entregar a la mujer.

194. GRECIA.

Nada arraiga tan hondamente en ese pueblo como la familia. La eugenesia se lleva hasta los extremos más absolutos. No importaba el número de guerreros para lugares como Esparta que cifraba su orgullo en la grandeza militar: lo que importaba era la perfección del guerrero. El padre podía eliminar al hijo recién nacido si no parecía perfecto.

El Estado intervenía hasta en los más mínimos detalles de la organización de la familia.

El celibato era considerado como un delito, y quien moría en él quedaba privado de una serie de ventajas y honores. En la misma situación estaba el casado que no había engendrado hijos, hasta el punto que debía permitir a su mujer que mantenga relaciones sexuales con otros.

Los padres concertaban el matrimonio de sus hijos, sin su consentimiento, basando la práctica en el ritual del rapto.

Si a pesar de la presión estatal no se casaban, se encerraba a oscuras a hombres y mujeres para que, a tientas, eligieran pareja.

El divorcio era poco frecuente y mal visto.

Como el amor era más deber que placer, se imponía la monogamia.

La situación de la mujer en Esparta era mejor que en cualquier otro lugar de Grecia. Los privilegios fueron heredados de la época homérica. La mujer tenía derecho a heredar, a poseer bienes y a transferirlos.

En Atenas cambia el panorama. Se vive no sólo para-

el cuerpo, sino también para el espíritu.

La familia estaba compuesta por el padre, la madre y a veces una segunda esposa, los hijos solteros y casados, los esclavos y sus mujeres y las respectivas descendencias.

Los atenienses no deseaban la multiplicación de la población, para evitar el fraccionamiento de la propiedad.

Platón y Aristóteles defienden el infanticidio, aunque decían que el aborto es menos cruel.

La mujer tenía que aportar su dote.

Demostenes: Tenemos cortesanas para nuestro deleite, concubinas para la salud de nuestro cuerpo y esposas para una legítima descendencia.

El adulterio de la mujer autorizaba su repudio y aún podía matársela; además el marido podía repudiar a la mujer en cualquier momento y por cualquier causa.

Homero en sus épicos poemas establece que se encontraba difundida la poligamia y el derecho de repudiar a la mujer, que estaba situada en un plano de inferioridad.

Morgan: subsiste siempre el enigma de una raza dotada de potencias tan magnas, y que permaneciera tan esencialmente bárbara en el apogeo de su civilización, en el modo de considerar al sexo femenino.

En Esparta la edad para contraer matrimonio era de treinta años para el varón y de veinte años para la mujer. Conservarse célibe después de esas edades era una gran deshonra. No se permitía la poligamia pero sí el repudio de la mujer, por esterilidad o por el menor desvío.

En Atenas la edad para casarse era de treinta y cinco años para el varón y de veinticuatro años para la mujer. El celibato se llegó a declarar pública infamia. El marido debía entregar dote. En ciertas épocas esa dote era inembargable -

por los acreedores.

El marido exigía a la mujer una castidad total, y para imponerla, no vacilaba en recluirla.

Los espartanos se jactaban de que entre ellos no había el adulterio y muy raras veces se presentaba el divorcio.

Los esposos visitaban a las mujeres recluidas en el giniceo, solamente para procrear hijos y quedar en paz con los dioses.

195. PERSIA.

La legislación persa está contenida en el Zed Avesta, libro sagrado y trascendente.

Ese país guerrero protege la multiplicación de la especie. Se repudia el celibato. Se autoriza la poligamia y el concubinato, Pero se juzga a la familia como la más sana de las instituciones.

Los padres combinaban el matrimonio de los hijos apenas llegaban a la pubertad.

Antes de Darío la mujer tenía un sitial de privilegio: podía circular libremente por las calles con el rostro descubierto, poseer bienes y disponer de los mismos, y hasta intervenir en los asuntos del marido.

Con Darío la situación cambió, especialmente para las mujeres de clase adinerada. El asunto llegó a situación extrema para todas las clases sociales, de modo que las mujeres no podían ni siquiera tratar con sus parientes del sexo masculino.

A un hombre se lo consideraba como un ser responsable cuando era casado y tenía siquiera un hijo, "puente que conduce al cielo". La falta de descendencia daba al marido el derecho de repudiar a la mujer.

El aborto se castigaba con la pena de muerte.

El Estado controlaba la educación de los hijos.

La Legislación de Zoroastro fomenta el matrimonio. Disponía que el que llegase a conocer de la existencia de un célibe estaba obligado a procurar que abandone ese estado.

Se admitía el matrimonio a plazo, vencido el cual, se podía o no renovar.

196. LOS INCAS.

En sus relaciones familiares los incas practicaban una especie de monogamia durante largos períodos de su historia. Pero la monogamia no era obligatoria, aunque existía de hecho entre la masa.

En sus relaciones económicas mantenían una especie de propiedad comunitaria. El indio del pueblo recibía una porción de terreno suficiente para la satisfacción de las necesidades de una sola mujer, razón por la cual estaba obligado a una monogamia obligatoria.

El matrimonio era un acoplamiento utilitario, es decir, un simple contrato de procreación y de asistencia mutua, cuya duración era igual a la de la voluntad y afecto de las partes.

La costumbre había impuesto en la meseta andina un tiempo de prueba en la unión matrimonial, o lo que podría llamarse un matrimonio de ensayo, durante el cual los futuros esposos hacían vida en común.

Esta costumbre todavía perdura cuando menos en una zona de nuestro territorio nacional.

Los incas dignatarios y los componentes de la clase alta, practicaban la poligamia.

CAPITULO XIX

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Derecho Romano.

<u>197. Jus Publicum.-</u>	<u>198. -</u>
<u>Jus Privatum.-</u>	<u>199. Jus Ci</u>
<u>vile.-</u>	<u>200. Jus Gentium -</u>
<u>201. Jus Naturale.-</u>	<u>202. -</u>
<u>Codex.-</u>	<u>203. Digesto.-</u>
<u>204.</u>	<u>Institutas.-</u>
<u>205. Novelas.</u>	
<u>206. Ley de las XII Tablas.</u>	
<u>207. Corpus Juris Civiles.</u>	

197. JUS PUBLICUM.

Al Derecho Público se lo ha definido de esta manera:
Jus Publicum est quod ad statum rei romanae spectat.

Status significa modo de ser, condición o estado y - las palabras rei romanae, así como las locuciones rei publicae, populus, designan al Estado. Por tanto, el Derecho Público Ro-
mano, es el que se refiere al modo de ser, es decir, al Gobier-
no, a la organización, a la administración del Estado Romano.

Se refiere a las magistraturas romanas, los poderes de los magistrados, las facultades electorales de los ciudadanos.

El término Jus Publicum se emplea también en sentido más restringido, como normas que interesan a la sociedad o comunidad humana, a la generalidad de los hombres, aunque no les supiésemos organizados en Estado.

El ámbito del Jus Publicum en la noción romana, es más amplio que en el actual Derecho Público, porque para los romanos cuando el Estado compraba, vendía, arrendaba y en general, trataba con los particulares, no lo hacía nunca en condiciones de igualdad con ellos; no obraba como persona de Derecho Privado, sino siempre como soberano.

Sin embargo, en el Bajo Imperio al realizarse la distinción entre los actos que el Emperador realizaba usando su soberanía y aquellos en los que operaba como sujeto del Derecho Privado, aparece el germen de la diferencia entre actos de imperio y actos de gestión, que habría de ser desenvuelta más adelante.

Por no haberse desarrollado el Derecho Público nítidamente diferenciado del Derecho Privado en varias épocas de la historia jurídica de Roma, hemos encabezado este capítulo con el Jus Publicum Romano, para evitar futuras confusiones.

198. JUS PRIVATUM.

El Derecho Privado según la definición de Ulpiano, es el que atañe a la utilidad de los particulares.

Regula y ampara, no los intereses de los hombres en cuanto miembros de un Estado, sino aquellos que nacen y se desarrollan en la esfera de la autonomía individual. El Jus Privatum regula también los derechos que se relacionan con el patrimonio de las personas, su familia, los convenios por medio de los cuales se practica el comercio de unos particulares con otros.

El Jus Privatum se subdividía en:

- a) Jus Naturale, enunciado por primera vez por Cicerón;
- b) El Jus Gentium; y,
- c) El Jus Civile.

199. JUS CIVILE.

La expresión Jus Civile no tiene en los textos romanos una significación constante, sino que es empleada en forma distinta, según el término a que se contraponga.

El Jus Civile es, según la definición de Gayo, aquel quod disque populus ipse sibi contituit, id imsius proprium est, quasi jus proprium civitatis.

Es decir, es el conjunto de reglas aplicables a las relaciones jurídicas de los ciudadanos romanos.

Ese Jus Civile comprendía normas que regulan relaciones comprendidas hoy dentro del Código Civil, del Penal, del Comercial, del Procesal, del Trabajo y aún otras materias.

En el transcurso del tiempo se produce un desmembramiento de ese árbol exageradamente frondoso. Y el proceso de desmembración no ha terminado. Hay, como sabemos, tendencia - acentuada para que se sigan produciendo nuevas desmembraciones.

200. JUS GENTIUM.

El Jus Gentium es aquel quod naturalis ratio inter homines homines constituit, id apud omnes populos pereaue custoditur, quiasi juri omnes gentes utentur.

Por tanto, integran ese Derecho aquellas normas que se aplican a todos los pueblos, esto es, inclusive a los extranjeros.

Es un Derecho que va apareciendo como consecuencia - de la expansión de las relaciones comerciales romanas, especialmente después de la segunda guerra púnica. Hubo entonces que amparar relaciones jurídicas trabadas entre gentes que no gozaban de la ciudadanía romana. El praetor peregrinus que tenía esta misión, no podía aplicar el Jus Civile y en virtud de la necesidad existente, va creando normas aplicables.

En la forma se caracteriza por la gran sencillez de sus normas, y en cuanto a la orientación de fondo, por el respeto a la voluntad de las partes y la aequitas como criterio inspirador. Estas cualidades hacen que el Derecho sea preferido inclusive por los ciudadanos romanos que lo utilizan y hacen aplicación práctica de las respectivas disposiciones.

Los juristas romanos hacen ver como este Derecho, - que es Derecho Positivo romano, bajo el amparo de su Estado y aplicado por sus magistrados, es también, a manera de sustratum, de aplicación común a todos los pueblos, especialmente a los del litoral del Mediterráneo.

En definitiva, podría decirse que el Jus Gentium podía significar:

- a) Derecho Romano que se aplica a las relaciones en que intervienen súbditos del imperio que no son ciudadanos;
- b) Derecho que, como fundado en la naturalis ratio, está integrado por normas que todos los pueblos tienen; y,
- c) Instituciones y normas del llamado Derecho Internacional.

201. JUS NATURALE.

El Jus Naturale es un conjunto de normas o principios inmutables, derivados del principio abstracto de lo justo.

Ulpiano definía al Derecho Natural, como aquel que - la naturaleza enseña a todos los animales. quod natura omnia - animalia docuit, señalando como ejemplos las leyes que rigen a los hombres y a los demás animales, como la unión de sexos, - procreación y el cuidado de la prole.

Pero ese concepto es inadmisibile: se confunden en él las necesidades o las funciones biológicas que el hombre y los demás animales tienen en común con las normas jurídicas que, - siendo preceptos dirigidos a encausar una actividad, como pro - ducto de la voluntad, sólo pueden referirse al hombre.

El Jurisconsulto Paulo señala que el Jus Naturale - quod semper bonum ac arqum est.. Es decir, un Derecho ideal, sin lo que podría llamarse impurezas de la realidad, y para - los romanos según parece, inmutable. Ante él todos los hombres son iguales y la esclavitud es una institución inadmisibile.

Tal concepción filosófica, sea efectivamente obra de la jurisprudencia clásica o como aparece más seguro, concepto postclásico o creación de los compiladores bizantinos, proyec - tó en el Derecho Positivo romano escasa importancia práctica.

202. CODEX.

El Ccdex o Código es una de las cuatro partes en que se divide, o que comprende, el Corpus Juris Civiles, compila - ción llevada a cabo por el Emperador Justiniano en la primera mitad del siglo VI después de Cristo.

El Codex comprende la colección de las disposicio - nes dictadas por los emperadores.

203. DIGESTO.

El Digesto es la reunión de trozos de obras de los - grandes jurisconsultos romanos.

Esos fragmentos forman cincuenta libros.

Es la parte más voluminosa del Corpus Juris Civiles.

A la obra se denominó Digesto Sive Pantecta Juris, - indicando con el nombre de Digesto a asuntos ordenados, es decir, que las leyes estaban allí clasificadas con método, y con la palabra de origen griego Pandectas, se significaba que la obra abarca todo, es decir, que incluía toda la jurisprudencia romana.

Justiniano, al promulgar el Digesto, dictó una serie de reglas, como la pérdida de toda autoridad jurídica de las decisiones de los antiguos jurisconsultos romanos que no figuraban en el Código; la prohibición de comentarlo, para que no sobrevengan controversias y otras limitaciones.

204. INSTITUTAS.

El término instituta empleaban los jurisconsultos romanos como sinónimo de elemental, para designar a los compendios de Derecho destinados a la enseñanza del mismo y que contenían los principios fundamentales de esta ciencia.

En la época anterior a Justiniano sólo se tiene noticia bien documentada y cierta de la Instituta de Gayo y de un fragmento de una Instituta que se atribuye a Ulpiano.

La Instituta o Instituciones de Gayo es un tratado elemental de Derecho Romano que fue destinado presumiblemente a la enseñanza y que consta de cuatro libros o comentarios en los que se hace una clara y sucinta explicación del Derecho Romano.

La Instituta o Instituciones de Justiniano, es también un tratado elemental de Derecho Civil Romano, mandado a redactar por Justiniano, y aunque tenía el carácter de texto de enseñanza, gozaba también del carácter de ley, como las demás partes de la gran obra jurídica de ese Jurisconsulto.

La composición de la obra estuvo a cargo de Triboniano, Teófilo y Doroteo, bajo la autoridad y consejos de Justo

niano.

La Instituta o Instituciones de Justiniano, consta - de cuatro libros, a saber:

Libro Primero: Después de los conceptos fundamentales sobre justicia y Derecho, trata de las personas consideradas en si mismas, como en sus relaciones de familia. Estudia la distinción entre hombres libres y esclavos; trata de la manumisión; del estado y de la capacidad de las personas; de las nupcias; de la filiación; la adopción, patria potestad, tutelas y curadurías.

Libro Segundo: Se inicia con la clasificación de las cosas y trata sobre el derecho de propiedad o sobre otros derechos reales, como el usufructo, las servidumbres, el uso y la habitación, la usucapion, las donaciones, testamentos y legados.

Libro Tercero: Trata de la sucesión abintestato, de las obligaciones contractuales y de los contratos.

Libro Cuarto: Trata de las obligaciones que nacen del delito, de la ley aquilia sobre acciones por daños injustamente causados; de las injurias, de las obligaciones que nacen de los cuasidelitos, y finaliza con una referencia a los juicios públicos.

205. NOVELAS.

Se designa en el Derecho Romano con el nombre de Novelas a las nuevas últimas leyes dictadas por los emperadores, después de la fecha en que fueron publicados los Códigos.

Una vez cumplida con la labor de la codificación, surgían a menudo nuevos casos litigiosos que era necesario solucionar, o consultas posteriores que era necesario absolver,

y para evitar los inconvenientes que podían derivar de una reforma legislativa completa, los emperadores prefirieron dictar leyes adicionales a sus códigos, o sea leyes o constituciones-novellae o nuevas, que equivale a últimas o posteriores.

Las novelas se clasifican en tres grupos principales:

- a) Novelas Teodosianas y posteodosianas;
- b) Novelas de Justiniano; y,
- c) Novelas de los emperadores bizantinos posteriores a Justiniano.

206. LEY DE LAS XII TABLAS.

Constituyen la primera compilación parcial del Jus - Civile Romano, lograda en la primera mitad del Siglo V antes - de Cristo.

El texto original de las XII Tablas no ha llegado - hasta nosotros. Se cree que el verdadero texto de las XII Tablas, es el siguiente:

- I y II.- De la organización judicial y del procedimiento.
- III.- De la ejecución de las causas contra los - deudores insolventes.
- IV.- De la patria potestad.
- V.- De las sucesiones y tutelas.
- VI.- De la propiedad.
- VII.- De las servidumbres.
- VIII.- De los delitos y de las obligaciones en - general.

IX.- Del Derecho Público.

X.- Del Derecho Sagrado.

XI y XII.- Suplemento de las primeras Tablas.

207. CORPUS JURIS CIVILES.

Se da el nombre de Corpus Juris Civiles a la compilación legislativa llevada a cabo por el Emperador de Oriente - Justiniano, en la primera mitad del siglo VI después de Cristo.

A ese Cuerpo de Leyes se adicionan, además, las leyes de ese mismo Emperador, expedidas con posterioridad a la recopilación.

El Corpus Juris Civiles, comprende pues las siguientes partes:

- a) Las Institutas o Instituciones;
- b) El Digesto;
- c) El Código; y,
- d) Las Novelas.

Pero para nuestro estudio que está estrictamente limitado a lo indispensable, porque no se trata de un estudio o comentario del Derecho Romano, sino una mera mención histórica, se impone únicamente una brevísima noción del Corpus Juris Civile.

Es indudable que el Derecho Romano ha sido la principal de todas las fuentes para la legislación vigente en toda nuestra cultura. Por ello en todos los programas de estudios universitarios se incluye como materia principalísima el Derecho Romano.

En general, hasta mediados del siglo XIX se estudiaba el Derecho Romano como integrado únicamente por la gran compilación denominada Corpus Juris Civile, realizada, como que

da dicho, por Justiniano.

Ese estudio se justificaba porque tal compilación - constituía la base con cuya guía y exégesis, se había formado el Derecho Privado de los pueblos de Europa, que se lo llamaba el Derecho Común, incluso al tratarse de naciones como Alemania que no estuvieron en la antigüedad dentro del Imperio Romano.

Hoy, después que cada país ha expedido su propio Derecho Privado con mayor o menor influencia del Derecho Romano, a éste se lo estudia ya desde otro punto de vista: como fuente de los Derechos vigentes, con un criterio histórico, además, - siguiendo los trazos de la vida de ese Derecho en el curso de su desarrollo.

La obra del Emperador Bizantino tiene una importancia fundamental en los momentos actuales como fuente y como base dogmática.

El Corpus Juris Civile sintetiza el Derecho de su época, recogiendo la doctrina clásica del Derecho Romano anterior, formulando a la vez nuevos principios y definiendo instituciones renovadas.

Ese Derecho estuvo en plena vigencia muchos siglos - después y se conservó como cuerpo de doctrina, hasta fines de la Edad Media.

En el análisis completo del contenido del cuerpo legislativo de Justiniano, el Derecho Romano perdura como un arquitecto.

Pero no se trata de una Codificación ordenada y sistemática como se acostumbra en nuestros días. Más bien el Derecho Romano surge como una Escuela Clásica del Derecho.

Esa Escuela ha tenido un increíble valor de recepción en la legislación de los países de occidente.

CAPITULO XX

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Derecho Español.

208. Especial importancia -
del estudio del Derecho Es-
pañol.- 209. Derecho Espa-
ñol antiguo.- 210. El Fue-
ro Juzgo.- 211. El Fuero -
Viejo de Castilla.- 212.
Fuero Real.- 213. Las Sie
te Partidas.- 214. Ordena
miento de Alcalá.- 215. -
Las Leyes de Toro.- 216. -
Leyes de Estilo.- 217. Le-
yes de Indias: antecedentes.
218. Leyes de Indias: Con-
tenido.- 219. Leyes de In
dias: juicios críticos.- -
220. La Nueva Recopilación.

221. La Novísima Recopila -
ción.-

208. ESPECIAL IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO ES
PAÑOL

Lo que hoy se denomina la República del Ecuador -que acaso debió llamarse la República de Quito-; los territorios -que ahora le pertenecen y que fueron muchísimo más vastos en -el pasado, porque a ese mal defendido territorio no se le ha invadido sólo desde el mar, estuvieron durante largos años ba -jo la dominación de España: la Madre Patria. Así fue hasta su independencia, aún cuando los territorios sudamericanos acaso -se independizaron sin la suficiente madurez.

Por tanto, el estudio del Derecho Español que estuvo vigente en la época de la Colonia, es en realidad el estudio -del Derecho Ecuatoriano en determinados períodos de su histo -ria.

Eso por una parte. Por otra, es indudable el influ -jo que ejerció la dominación española en la formación de Lati -noamérica, en su idiosincracia, en la manera de ser de su pobla -ción, especialmente determinada por las instituciones jurídicas españolas.

Por último, el ilustre latinoamericano Don Andrés Be -llo, autor del Código Chileno, trasplantado luego al Ecuador, -bebió abundantemente en las fuentes españolas para concebir y redactar su Código Civil.

De allí la gran importancia que tiene un estudio - -aunque se reduzca a una mención histórica- del Derecho Espa -ñol.

209. EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

España incorpora a su cultura el Derecho Romano, como

un Derecho debidamente estructurado. Pero luego es invadida por los visigodos, pueblos de origen germano; sin embargo en la Península el Derecho Romano se impone sobre el sistema germano.

En un comienzo regía la ley personal, de modo que los jueces tenían que aplicar la Ley Romana o la Germana, según los casos.

Para facilitar el conocimiento de las normas jurídicas se expidió en el siglo V el llamado Edicto de Eurico, colección de normas jurídicas visigodas para los germanos y el llamado Brevario de Alarico para los hispano romanos.

En el siglo VII se unifica la legislación española con el Fuero Juzgo.

210. FUERO JUZGO.

El Fuero Juzgo del siglo VII que unifica la legislación española, es propiamente el fuero de los jueces.

El Fuero Juzgo se introduce en España por disposición del Concilio VII de Toledo. Considera a ese Fuero como legislación local que reemplaza a la romana, que regía preponderantemente a la legislación visigótica.

El Fuero Juzgo es una ordenación de 12 libros de preceptos de Derecho Constitucional, Político, Civil, Penal y Procesal, que es considerado como uno de los mejores de la época.

211. EL FUERO VIEJO DE CASTILLA.

En el siglo VIII invaden la Península los árabes. Permanecen en España hasta el siglo XV, en que son expulsados.

En ese período se expide el Fuero Viejo de Castilla que constituyó una ley municipal para la nobleza castellana, con un conjunto de privilegios.



Del mismo género son los Fueros de Avilés y de Oviedo.

212. FUERO REAL.

Fernando III comienza la obra de unificación de la legislación española con el Fuero Real que lo concluye Alfonso X el Sabio, en el año de 1.225.

Ese Fuero llega a ser el Código General de Castilla.

El Fuero Real trata conjuntamente de asuntos eclesiásticos, civiles, procesales y criminales.

Alfonso X comienza la obra jurídica y lingüística - más importante de ese período, la de las Siete Partidas.

213. LAS SIETE PARTIDAS.

Las Siete Partidas comenzaron a regir desde el año de 1.348, aún cuando su elaboración comenzó en el año de 1.265. - La obra se debe, como se dijo, a Alfonso X el Sabio, aún cuando las Siete Partidas entraron a regir en el reinado de Alfonso XI.

La base jurídica de las Siete Partidas está constituida por el Derecho Romano y por el Derecho Canónico.

En síntesis, las Siete Partidas comprenden lo siguiente:

Primera Partida: Establece principios generales sobre la ley, la costumbre y sobre el Derecho Canónico.

Segunda Partida: Contiene normas sobre Derecho Público y disposiciones relativas a las corporaciones.

Tercera Partida: Es una amalgama de Derecho Proce -

sal y de los modos de adquirir y de perder la propiedad.

Cuarta Partida: Trata del matrimonio.

Quinta Partida: Se refiere a las obligaciones, a los contratos y al Derecho Comercial.

Sexta Partida: Regula la sucesión por causa de muerte.

Séptima Partida: Contiene el Derecho Penal.

214. ORDENAMIENTO DE ALCALA.

Al propio Rey Alfonso XI, se le debe el siguiente cuerpo de leyes que se denominó el Ordenamiento del Alcalá.

215. LAS LEYES DE TORO.

Se les conoce con ese nombre en atención al lugar en que fueron expedidas por las Cortes Españolas, en el año de 1.505, bajo el fugaz reinado de la hija de los Reyes Católicos, conocida en la historia con el nombre de Doña Juana la Loca.

Encabezaba a los consejeros que dictaron las referidas leyes, Don Juan López de Palacios Rubio, denominado el Príncipe de los Juristas Españoles.

Las leyes se refieren al Derecho Privado. Atenuando el rigorismo de Las Partidas, establecían que el nacimiento debe ser completo, es decir, que el ser naciera vivo y sin mutilaciones, y que subsistiera un mínimo de 24 horas posteriores al alumbramiento y que hubiere recibido bautismo. Es decir, se establece el principio de la viabilidad.

Dicta normas para la filiación estableciendo diferencias entre los hijos legítimos y los ilegítimos. A estos últimos los subdivide en naturales y espúreos. Los naturales eran

hijos de padres que a la época de la concepción o del nacimiento podían casarse válidamente, sin necesidad de dispensa. Los demás hijos ilegítimos eran considerados como espúreos.

Los espúreos admiten las siguientes categorías:

- a) De dañado ayuntamiento, que eran los llamados adulterinos;
- b) Bastardos: que eran los nacidos de barragana o mujer amancebada;
- c) Nefarios: Los concebidos por ascendientes y descendientes;
- d) Incestuosos: Concebidos por los parientes que se encuentren en grado prohibido por la ley;
- e) Sacrílegos: Hijos concebidos por religiosos profesos; y,
- f) Manceros: Hijos concebidos por mujeres públicas.

En el ámbito sucesorio las Leyes de Toro determinan cuales eran los herederos, y establecen las legítimas y las mejoras.

216. LEYES DE ESTILO.

Las Leyes de Estilo o declaración de las Leyes de Fuero, consisten en un cuerpo de 252 leyes, colocadas una a continuación de otra. Son realmente explicaciones del Fuero Real.

Comprenden Derecho Civil, Penal y Procesal.

En lo Civil que es lo que fundamentalmente nos interesa, tenemos:

Ley CCIII: Modifica el Fuero Real en lo relativo al régimen económico del matrimonio. Los bienes son del marido y

de la mujer, a menos que se pruebe lo contrario.

Ley CCV: El marido puede vender los bienes adquiridos en matrimonio.

Ley CCVII: Establece la responsabilidad de la mujer con los gananciales, por deudas contraídas por el marido.

Ley CXIII: El tercio de las mejoras puede otorgarse en bienes determinados.

Ley CCXIX: La quinta de libre disposición ha de ser retraída antes que el tercio de mejoras.

Ley CCXII: No pueden heredar conjuntamente los tíos y los sobrinos.

217. LEYES DE INDIAS: ANTECEDENTES.

La defensa de los indios, o aborígenes de América - Hispánica, fue la base fundamental de la expedición de esas leyes.

En su Testamento, Isabel La Católica encarga a su esposo y a sus hijos velar por el bien de los indios: "Pongan mucha diligencia y no consientan, ni den lugar a que los indios, vecinos y moradores de dichas islas y tierra firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas, ni bienes; más, manden que sean bien y justamente tratados; e si algún agravio han recibido, los remedien y prevean".

Pero no sólo es la Reina. Un gran humanista como Francisco de Vitoria, que niega el poder temporal del Papa sobre los aborígenes de América, sostiene que a ellos no se les puede despojar de sus derechos.

Un Francisco Suárez estima que los indios son capaces para su personal gobierno.

Un Domingo de Soto niega que a los aborígenes pueda sometérselos a la esclavitud.

La figura más recia, casi bronceína de Fray Bartolomé de las Casas o Casaux, se abandera por los indios.

218. LEYES DE INDIAS: CONTENIDO.

Se conoce con el nombre de Leyes de Indias a la recopilación puesta en vigencia por Carlos II de España en 1.680, que consiste en nueve libros y comprende la legislación dictada por España para el gobierno de América, casi dos siglos después de comenzada su dominación.

Fue un anticipo histórico a lo que se llamaría mucho después Derecho Laboral o del Trabajo.

Se respetaba el régimen de los Incas y Aztecas.

Unsaín: La Legislación de Indias, más que legislación laboral, era social, puesto que sus disposiciones abarcaban desde el régimen de la propiedad agraria, la de la asistencia pública, hospitales, montepíos benéficos, protección a la infancia abandonada, represión por vagancia, etc. Se preocupó por que los artículos de primera necesidad se vendan a precios justos.

Esas leyes decían, por ejemplo: encargamos y mandamos a los virreyes, audiencias y justicias de Indias que, pues que los naturales de la tierra son gente necesitada, tengan particular cuidado de que sean acomodados en los precios de bastimentos y otras cosas.

Se establecía expresamente la igualdad entre los súditos de un mismo monarca, sean éstos españoles o indios.

219. LEYES DE INDIAS: JUICIOS CRITICOS.

Citamos como principales los siguientes:

Baliet Masse: Del Consejo de Indias salieron leyes - sociales, como chispas de luz, que en el siglo XIX se hubieran llamado anárquicas.

Estanislao S. Zavallos: causa maravilla, en realidad, el alto sentido humano del conjunto de legislación colonial - hispánica.

Ricardo Levene: El espíritu ético domina toda la legislación; la domina cuando organiza el gobierno, lo mismo que cuando aplica la ley o se distribuyen derechos, prerrogativas y mercedes, y particularmente descubre la elevación de sus fines al juzgar a los seres más débiles y desheredados.

Joaquín V. González: Muchas de las Leyes de Indias son muestras admirables de previsión y humanidad y al mismo tiempo de método y de experiencia en las industrias ajenas.

Benito Pérez: Disposiciones en parte no superadas - por las más modernas legislaciones laborales.

Despontín: Bondad de las disposiciones, la que se prueba por el hecho incuestionado de que muchos de sus principios reviven, como el ave fénix, en las leyes obreras que se vienen dictando en las últimas décadas en los progresistas países americanos.

Trueba Urbina: Las célebres Leyes de Indias, constituyen verdaderos monumentos jurídicos. Eran muy sabias y muy humanas.

Martín Granizo y González Rothwoss: Las Leyes de Indias constituyen un monumento jurídico que honra al país que, adelantándose varios siglos a su tiempo, implantó medidas que, sobre ser ejecutorias, de sentimientos plenamente humanitarios, contienen normas que hoy se reproducen en los modernos Códigos del Trabajo.

220. NUEVA RECOPIACION.

Se conoce con el nombre de Nueva Recopilación de las Leyes de España, al conjunto orgánico de leyes que se publicó por primera vez en el año de 1.567 bajo el reinado de Don Felipe II y que contiene las leyes que se fueron promulgando suce-

sivamente desde las Siete Partidas, hasta las Leyes de Toro.

La Nueva Recopilación presenta los siguientes caracteres:

- a) No modificó el Derecho Público en vigor en Castilla, durante el reinado de Isabel la Católica;
- b) Se acentúa, a través de sus disposiciones, la preponderancia del absolutismo político;
- c) Se destaca en el Derecho Privado una fuerte influencia de la legislación contenida en Las Partidas.

La Nueva Recopilación estuvo en vigencia en Castilla y León y en Las Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII y los primeros años del siglo XIX. Ha sido la ley por excelencia en América, ya que se mandaba que en caso de no existir ordenanzas reales específicas, se aplicara la Nueva Recopilación.

A partir de su vigencia el orden de prelación de las leyes se fijó de este modo:

- a) La Nueva Recopilación;
- b) Las Leyes de Toro;
- c) El Ordenamiento de Alcalá;
- d) Fueros; y,
- e) Partidas.

La Nueva Recopilación se compone de nueve libros, subdivididos en títulos y leyes.

221. LA NOVISIMA RECOPIACION.

Se conoce con el nombre de Novísima Recopilación a la colección ordenada de las leyes de España, y en las que están incluidas las normas de la Nueva Recopilación, siendo en realidad este cuerpo de leyes, nada más que una reproducción -

con distinto método de las mismas leyes contenidas en aquella, con supresión de algunas y adición de otras.

La obra constituye una recopilación muy vasta de leyes españolas. En general adopta el criterio de enunciación de leyes, análogo al empleado por la Nueva REcopilación.

La Novísima Recopilación rige desde 1.805. 4.020 - leyes comprendidas en 12 libros reglan los aspectos de Derecho Público y de Derecho Privado.





CAPITULO XXI

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Derecho Francés.

222. Derecho Francés anti-
quo.- 223. Preparación de -
la Codificación.- 224. La -
Revolución.- 225. Derecho
Intermedio.- 226. Proyectos
227. Intervención de Bona-
parte.- 228. Promulgación
del Código.- 229. Nombres
del Código.- 230. Plan y
estructura del Código Napo-
león.- 331. Evolución del
Derecho Francés.-

222. EL DERECHO FRANCES ANTIGUO.

El Derecho Francés antiguo estaba constituido por -

una serie de leyes locales, las que diferían entre sí.

Existían dos zonas marcadas en Francia: el Mediodía en que regía preponderantemente el Derecho Romano y el Norte en que preponderaba el criterio germano.

Además de esa influencia de los Derechos Romano y Germano, tenían plena vigencia las costumbres de cada zona, - llamadas costumbres francesas. Entre esas costumbres se destacaban las específicamente llamadas las Costumbres de Tolosa y las Costumbres de Burdeos. ★ ★ ★ ★ ★

El Derecho Consuetudinario cambió de rumbo como consecuencia de la redacción oficial de las costumbres. Esa operación fue prescrita por la Ordenanza Tontilzlés - Tours de - 17 de Abril de 1.453 dictada por Carlos VII y entonces se crearon verdaderas leyes. La costumbre así escrita, prevalecía sobre la ley.

La costumbre preponderante fue la de París, asiento principal de los tribunales.

Dentro de su extrema diversidad, el Derecho antiguo poseía tres elementos de unión:

- a) El Derecho Canónico;
- b) Las ordenanzas Reales; y,
- c) La doctrina.

Derecho Canónico: Esa influencia comienza aún antes de que se expida la Recopilación - llamada Corpus Juris Canonici, que ya conocemos, es decir, que se toman como elementos de unión a las reglas de la Iglesia Católica contenidas en los concilios y en las cartas o encíclicas, y fundamentalmente la Biblia.

Ordenanzas Reales. - Los monarcas franceses ejercían funciones legislativas al estilo de los emperadores romanos. Hubieron pocas ordenanzas sobre Derecho Civil porque el rey dudaba de su poder para expe -

dir reglas contrarias a las costumbres provinciales. La más importante colección de ordenanzas es la de Lcuvre de 1.723.

Doctrina.- Enseñanza en las universidades sobre Derecho Canónico y Derecho Romano. Los principales jurisprudistas son los siguientes:

Charles Doumolin (1.500 - 1.566). Combatió el feudalismo y el poder papal.

Antoine Loysel (1.536 - 1.617). Célebre por sus máximas jurídicas.

Jean Domat (1.625 - 1.696). Jurisconsulto y filósofo eminente. Autor de las Lois Civiles Dans Leur Ordre Naturel, antecedente extraordinariamente ordenado del Código Civil.

Pothier (1.699 - 1.722). Profesor de la Universidad de Orleans. Se le deben numerosas obras que representan una recopilación completa del Código Civil.

Por fin los filósofos del siglo XVIII y entre ellos principalmente Montesquieu y Rousseau.

223. PREPARACION DE CODIFICACION.

Bajo Luis IV, Colbert concibió un proyecto de codificación. Nombróse una Comisión de Consejeros de Estado y un Notario. El propio rey presidía el organismo algunas veces. De este trabajo salieron las denominadas Ordenanzas de Colbert.

Guillaume de Lamoignon, Primer Presidente de la Asamble, intentó el trabajo de una codificación del Código Civil. Desde antes de 1.665 había organizado en su casa, con aprobación del rey, conferencias de magistrados y de abogados, con el fin de ir a esa codificación. Sólo en 1.672 pudo concluir su trabajo denominado Las Sentencias.

Henry Francois Dagueseau (1.668 - 1.715), Procurador General del Parlamento y Canciller, redactó y publicó tres ordenanzas notables: sobre donaciones, sobre testamentos y sobre

las sustituciones.

Las disposiciones de esas ordenanzas, pasaron en gran parte al Código Napoleón.

224. LA REVOLUCION.

La Revolución Francesa es una de las pocas y verdaderas revoluciones que ha ocurrido en la humanidad, especialmente desde el punto de vista del cambio de instituciones jurídicas. No puede discutirse que todo un sistema cambió al producirse la Revolución Francesa de 1.789. Un régimen monárquico fue reemplazado por un régimen democrático; una fundamentación absolutista y hereditaria del poder fue reemplazada por una fundamentación voluntaria y contractualista de la soberanía.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, la Revolución implicó la sustitución de un Derecho realista y corporativo, por un Derecho individualista.

En el Derecho Público se afirman ideas de la democracia, de la igualdad ante la ley, de la división de los poderes, de la publicidad de los actos de gobierno y de la responsabilidad de los funcionarios, con garantías mínimas para todos, especialmente en lo tocante a la libertad.

En el Derecho Privado se suprimen las entidades corporativas; en el sector de los derechos reales se suprimieron las características feudales de la propiedad; en los derechos de familia se secularizó el matrimonio, instituyéndose el divorcio absoluto; se eliminan las vinculaciones, las sustituciones fideicomisarias y los mayorazgos, mediante los cuales se entrelazaba el destino de ciertas familias con el derecho de propiedad.

225. DERECHO INTERMEDIO.

La obra legislativa de la Revolución es considerable, constituye una transición entre el Derecho antiguo y el moder-

no. A esa legislación nacida al calor de la Revolución se denomina en Francia el Derecho Intermedio.

Ese período comienza el 17 de junio de 1.789, día en que los Estados Generales se transforman en Asamblea Nacional que se atribuye el poder soberano. El período termina el 21 de Marzo de 1.804 en que se promulga el Código Civil o Código Napoleón.

El Derecho Intermedio estuvo inspirado sobre todo por el odio al feudalismo, es decir, al conjunto de derechos y privilegios de la clase feudal, y situación especial de ciertas tierras. El grupo de los señores feudales era muy reducido. Esos derechos y privilegios herían el sentimiento de igualdad.

La abolición de los derechos feudales fue la primera obra de la Revolución; fue el tema céntrico de la noche del 4 de Agosto. Se sancionaron luego leyes para asegurar esa abolición.

Se asegura también el derecho de igualdad ante la ley; la libertad y la propiedad individual. El matrimonio y el estado civil quedan secularizados.

Hay partición igualitaria en las sucesiones.

El hijo ilegítimo adquiere derechos.

La propiedad se desembaraça de las servidumbres feudales y empieza a considerarse como un derecho sagrado e inviolable.

La gran ley de 16-20 de Agosto, asegura la separación de los poderes.

Pero la Asamblea no pudo dictar el Código Civil.

Dictó, sin embargo dos leyes: la de la liberación del suelo y la reorganización de la propiedad. El feudalismo había recargado a la tierra de toda clase de derechos, como censos, rentas, etc. El derecho de propiedad que en otro tiempo-

era simple y único, se había dividido en dominio útil y en dominio directo e eminente; se encontraba en todas partes derechos inalienables e irredimibles. La propiedad liberada, desgravada, volvió a ser plena y libre, como lo era en la legislación romana.

La segunda reforma fue la del principio de igualdad en la reglamentación de las sucesiones. El espíritu nobiliario y aristocrático de Francia descansaba en la sucesión. Las casas nobles que no trabajaban mantenían sus fortunas por los privilegios de la masculinidad y la primogenitura, que obligaban a los otros hijos a tomar órdenes sagradas o a seguir la carrera de las armas.

La Asamblea suprimió el derecho de primogenitura y todos los otros privilegios sucesorios y proclamó la igualdad de los hijos a participar en la herencia.

Además se creó la adopción.

Se procedió a la abolición de las sustituciones; a la supresión de la patria potestad sobre los mayores de edad.

Al matrimonio se lo considera como un contrato.

Una ley sobre sucesiones dispuso que los bienes de familia pasen a los más jóvenes.

Establecióse igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos.

Una ley hipotecaria abocó al audaz principio, para esa época, de crear las cédulas hipotecarias.

226. PROYECTOS.

La Convención, dió a la Comisión de Legislación la extraordinaria orden de presentarle un proyecto de Código Civil en treinta días, y lo más extraordinario es que esa orden se cumplió. Cambeceres a nombre del Comité, presentó ese proyecto

en 695 artículos, en Agosto de 1.793.

Cambeceres, con una gran constancia, en el segundo período de la Convención después de la caída de Robespierre, presentó un segundo proyecto mas laconico de 297 artículos, y aún presentó un tercer proyecto al Consejo de los Quinientos.

Al primer proyecto se lo consideró complicado y reaccionario, y se lo rechazó. El segundo que contenía principios generales de carácter filosófico cayó en el olvido, y el tercero ni siquiera fue discutido.

El Código de Francia de tan trascendental influencia en el mundo occidental, habría de esperar a Napoleón Bonaparte para poder ser concebido y nacer. ★

Bonaparte, Primer Cónsul que concibió la idea de dar a Francia un Código Civil, el 13 de Agosto de 1.800 nombró una comisión intergada por Tronchet, Presidente del Tribunal de Casación, Bigot de Preameneu, Comisario del Gobierno, Portalis, Comisario del Gobierno en el Tribunal de Prensas, Meleville, Juez del Tribunal de Casación. Este último desempeñó las funciones de Secretario Relator.

Se concedió a la Comisión el plazo de seis meses para que preparara el proyecto. La Comisión cumplió con su cometido en cuatro meses.

Los miembros se repartían las materias, y una vez terminado el proyecto fue sometido a consideración de los tribunales. A este proyecto se lo llamó el proyecto del año VIII.

Las leyes debían ser estudiadas por el Consejo de Estado, y así se hizo con el proyecto del año VIII. Ese organismo que estaba presidido por Bonaparte, hizo importantes enmiendas.

Debe recordarse que el Poder Legislativo en Francia, estaba repartido en cuatro cuerpos, según la Constitución de 1.789: El Consejo de Estado, el Tribunado, el Cuerpo Legislati

vo y el Senado.

De modo que una ley, considerada por el Consejo de Estado era transmitida al Primer Cónsul; si éste la aprobaba era remitida al Tribunado, donde era defendida por tres consejeros de Estado. El Tribunado, compuesto por 100 miembros discutía la ley, sin poder enmendarla y emitía su dictamen.

El proyecto del Código Civil topó con la hostilidad del Tribunado, al extremo que Bonaparte tuvo que depurarlo para obtener que continúe su trámite.

Finalmente el Cuerpo Legislativo aprobaba o rechazaba en bloque el proyecto de ley.

227. INTERVENCION DE BONAPARTE.

Los principales autores del Código fueron:

Portalis el filósofo de la Comisión; el que inspiró las principales doctrinas del Código. Fue encargado de redactar el discurso preliminar, que es una obra admirable.

Tronchet, veinte años mayor que Portalis, tenía en su haber una gran experiencia. Un antiguo abogado del Parlamento de París y uno de los defensores de Luis XVI.

Además Cambaceres.

Pero el papel del Primer Cónsul, Napoleón Bonaparte, que apenas tenía 32 años, que era un militar y no un juriscónsulto fue definitivo en la elaboración del Código. Quería mostrarse amo en la tarea extraordinaria, como en todo lo demás. Se hacía prestar libros que hojeaba brevemente. Tronchet y otros lo ayudaban y redactaban sus discursos.

En definitiva, la influencia personal de Bonaparte fue concluyente. Por ejemplo, hizo introducir una detallada reglamentación sobre el estado civil de los militares (Arts. 93-98), desmereciendo al Código en su conjunto. Se mostró hos-

til a los extranjeros, y por su influjo se negó a ellos el ejercicio de los derechos civiles, se los declara incapaces de su-
ceder y de recibir legados o donaciones.

Bonaparte hizo introducir en el Código dos institu-
ciones: la adopción y el divorcio por mutuo consentimiento. No
tenía hijos con Josefina Beauharnais y quería establecer una -
dinastía. Le quedaban dos formas: un nuevo matrimonio o la -
adopción. Su divorcio seguido de un nuevo matrimonio con María
Luisa y el nacimiento del "Rey de Roma" hizo innecesaria la -
adopción.

Bonaparte creía en las virtudes de una buena legisla-
ción, necesaria para una buena administración pública. Tenía
un gran respeto a la idea misma de la justicia y aún a la de -
los hombres que la buscaban. Se cuenta que se levantaba siem-
pre para saludar a Tronchet.

En Santa Elena escribió: "Mi verdadera gloria no es
haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo -
de tantas victorias; lo que nada borrará; lo que vivirá eterna-
mente, es mi Código Civil".

228. PROMULGACION DEL CODIGO.

El Código fue promulgado por la Ley de 30 de ventoso
del año XII, es decir, el 21 de Marzo de 1.804.

Rigió con el nombre de Code Civil Des Francais.

Estaba formado por 2.281 artículos.

El Art. 7o. derogó en masa el Derecho antiguo, es de-
cir, las leyes romanas, las ordenanzas, costumbres, estatutos-
y reglamentos, en todo lo que se referían a las materias trata-
das por el Code.

229. NOMBRES DEL CODIGO.

Como se dijo la Ley de 30 de ventoso, le puso en vigencia con el nombre de Code Civil des Francais.

La ley de 9 de Setiembre de 1.807, le dió el nombre de Código Napoleón, porque Napoleón Bonaparte como emperador y como humanista impuso su voluntad y colaboró decididamente para que Francia tuviera un Código Civil.

Constituciones posteriores a esa fecha le devolvieron su nombre original.

El Decreto de 27 de Marzo de 1.852 restableció el nombre de Code Napoleón, para rendir homenaje a una verdad histórica.

230. PLAN Y ESTRUCTURA DEL CODIGO NAPOLEON.

Siguiendo la costumbre de los antiguos códigos romanos, los códigos modernos están divididos en libros y éstos subdivididos en títulos. El Código Napoleón sigue esta estructura.

Comprende un Título Preliminar y tres libros.

Título Preliminar.- Tiene sólo seis artículos que se refieren a reglas generales sobre la ley, su entrada en vigencia y su aplicación.

Portalis presentó un libro completo formado por seis títulos. Se lo suprimió casi totalmente porque contenía principios doctrinarios o filosóficos.

Libro I.- De las personas. Arts. 7 al 515: Nacimiento, goce de derechos civiles, condición de los extranjeros en Francia; estado civil; domicilio, matrimonio, divorcio, separación de cuerpos, filiación, patria potestad, tutela, emancipación, interdicción, Consejo Judicial.

Libro II.- De los bienes y de las distintas modificaciones de la propiedad: Clasificación de bienes. Derecho de propiedad, usufructo, servidumbres. (Arts. 516 al 710).

Libro III.- De las diferentes maneras de adquirir la propiedad. Contiene: sucesión por causa de muerte, donaciones y testamentos; teoría general de las obligaciones, contratos, privilegios e hipotecas y prescripción. (Arts. 711 al 2.281).

El plan nada tiene de científico, conveniente ni práctico.

Las virtudes más salientes del Código Napoleón son las siguientes:

- a) Por la precisión de sus normas;
- b) Por el carácter general de ellas;
- c) Por su carácter práctico.

Sus defectos:

- a) Poco satisfactoria la organización de la propiedad inmueble;
- b) Desigualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto a los derechos civiles;
- c) Y sobre todo por ser demasiado individualista.

Pero su influencia fue extraordinaria, sobre todo en los Códigos dictados en el siglo XIX. Algunos países llegaron a adoptarlo íntegramente, como se verá en páginas posteriores.

Algunos como Planiol sostienen que la cualidad dominante del Código es su espíritu de moderación y sabiduría y que es una ley de transacción, no reaccionaria.

Otros como Bonnecasse sostienen que, al menos al tra

tarse del Derecho de Familia, le ha faltado mucho espíritu de moderación y de cordura, siendo en parte sumamente reaccionario y en parte revolucionario. Revolucionario en cuanto establece la partición igual y forzosa en las sucesiones, y en cuanto al divorcio vincular. Y reaccionario, en cuanto a la comunidad de bienes en el matrimonio y a la condición desigual de los hijos naturales y a la incapacidad de la mujer.

Para unos terceros, el Código es digno coronamiento de obras maestras que se habían sucedido durante tres siglos.

Hay quienes citan como mérito del Código Napoleón la separación de las leyes civil y religiosa y la secularización de la familia y del matrimonio. Que en cuanto a la propiedad, el Código mantiene escrupulosamente la idea de la igualdad, - fruto de la Revolución. Todo vestigio feudal ha desaparecido; no hay privilegios.

Que en lo económico facilitó la circulación de bienes. No hay, sino por excepción, bienes inalienables e imprescriptibles.

Para Mazeaud las cualidades en cuanto al lenguaje jurídico son indiscutibles. Que hay que alabar sus cualidades de fondo: los redactores no quisieron sino confirmar reglas generales nacidas de la experiencia, sin pretender hacer una obra científica.

Pero, dice el mismo autor, hay influencia definitiva del individualismo de la Revolución y hay absolutismo de la propiedad privada.

Que los autores dieron prueba de gran preocupación por la forma, de la cual se ha apartado el legislador moderno.

Partidarios de la Escuela del Derecho Natural critican al Código afirmando que "las leyes son y no deben ser, si no el Derecho Natural, reducido a regla positiva, a preceptos-particulares". Que, sin embargo se rechazó el Art. 1o. del proyecto, artículo redactado por Portalis, en el que se afirmaba la existencia de un Derecho Natural e inmutable, fuente de todas las leyes positivas.

231. EVOLUCION DEL DERECHO FRANCES.

Apenas terminada la redacción del Código Napoleón - aparecen nuevos factores: la creación de una clase social nueva, la concentración industrial.

Antes de la expedición del Código la sociedad francesa estaba dividida en tres clases: nobleza, clero y tercer - Estado, a lo que hay que agregar los siervos. La nobleza y el clero eran las clases privilegiadas.

A la nobleza estaba unida la jerarquía de la tierra. El inmueble desempeñaba un papel político de primer orden. El vasallo estaba ligado a su señor por la tierra que poseía y - que le había sido concedida por los servicios prestados y por prestar: era el feudo o tenencia noble.

El noble concedía igualmente la tierra a un plebeyo para procurarse, ya no servicios, sino una renta en productos del suelo o en dinero. Esa era la tenencia plebeya. El noble conservaba el dominio eminente y el plebeyo el dominio útil.

Como sabemos, en el Derecho Intermedio fueron abolidos los privilegios y las clases sociales desaparecieron. La organización de la familia fue quebrantada por el divorcio. La separación de cuerpos suprimida, lo cual obligó a los católicos, a pesar de las prohibiciones de la Iglesia Católica, a seguir juicios de divorcio vincular.

Gran parte de la organización social que existió en Francia antes de la Revolución fue sustituida por una clase - burguesa, dueña del poder político, clase de espíritu individualista y liberal. Para esta última clase, el Código Napoleón - representaba el ideal legislativo.

Pero, toma el poder, nuevamente la Monarquía y dicta leyes que alteran instituciones fundamentales del Código Napoleón.

Se suprime el divorcio vincular, como contrario a - la fe católica.

Se reincorporan las sustituciones para conservar - las riquezas de las grandes familias.

Se mejora la situación de los extranjeros.

El 31 de Marzo de 1.854 se suprime la muerte civil.

El liberalismo económico, considerado como una de las mayores conquistas de la Revolución, no tenía el favor popular. No fue ni ha sido capaz de asegurar la protección de los débiles y era contrario a la igualdad social.

Vuelve a restablecerse el divorcio en 1.884 por la Ley Naquet, y se reforma el régimen de la separación de cuerpos.

Se mejora la situación de la mujer casada y de los hijos naturales.

Se dictan leyes especiales como la del Trabajo, de la Propiedad Industrial, de defensa profesional, etc.

La Constitución del 13 de Octubre de 1.946 aprobada por plebiscito, con 9'120.000 votos a favor y 7'980.000 votos en contra, introduce la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

La doctrina francesa ha intronizado ya en el ámbito jurídico la moderna teoría del abuso del Derecho.

En materia de contratos, la libertad contractual retrocede.

Las reglas imperativas se multiplican.

Con la vigencia del divorcio y con la mujer que trabaja, la familia, la autoridad paterna y materna se han debilitado notablemente.

CAPITULO XXII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Código de Bello.

232. Importancia ecuatoriana del estudio de esta materia.- 233. Elaboración y expedición del Código de Bello.- 234. Plan y estructura del Código de Bello.- 235. Paralelo entre el Código de Bello y el Napoleón. 236. Cualidades del Código de Bello.- 237. Defectos del Código de Bello.- 238. Elogios al Código de Bello.

232. IMPORTANCIA ECUATORIANA DEL ESTUDIO DE ESTA -
MATERIA.

El Ecuador incorporó a su Derecho Positivo la obra realizada por el extraordinario humanista don Andrés Bello, -

nacido en la misma patria de Bolívar y no precisamente en Chile, acaso porque "nadie es profeta en su tierra"?

Es verdad que entre los Códigos de Chile y el del Ecuador hay algunas, diríamos brevísimas diferencias, tomada la comparación a la fecha de expedición de esos dos Códigos, - porque al momento actual la diferencia es mayor y en asuntos de trascendental importancia.

Por eso la importancia para los ecuatorianos de estudiar brevemente siquiera la historia de la expedición del Código de Bello, porque equivale a estudiar la historia de nuestro propio Código Civil.

Además, cuando en este propio capítulo hablemos de las cualidades y defectos del Código de Bello y lo comparemos con el Código Napoleón, todo cuanto se diga es aplicable al Código Civil que se expidió en el Ecuador.

233. ELABORACION Y EXPEDICION DEL CODIGO DE BELLO.

En la hermana República de Chile se siente la necesidad de codificación de las leyes civiles o mejor, la expedición de un Código Civil propio, como consecuencia de las ideas que gestaron su independencia política. Si se separó de España era necesario contar con leyes propias.

Además la legislación española era anacrónica para mediados del siglo XIX y sobre todo confusa, en tanto habían leyes dictadas tanto para la Madre Patria como para las colonias de América y otras que regían solamente para los territorios descubiertos y conquistados.

Por último en Chile aparecen nuevas ideas sociales, políticas, económicas, filosóficas, algunas con germen en la raza indómita americana, y las más frecuentes como producto de una buena inmigración que robustece no sólo la nacionalidad chilena, sino también la de los otros países latinoamericanos.

Asoma en ese ambiente Don Andrés Bello a quien por

gracia se le confirió la nacionalidad chilena y comienza su trabajo en forma privada y silenciosa, redactando las instituciones del Código Civil.

El Congreso de 1.840 a propuesta del propio Don Andrés Bello, crea una Comisión de Legislación del Congreso Nacional, cuya misión principal fue la de codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo.

Fueron elegidos por el Senado Don Andrés Bello y Mariano Engaña, y por Diputados Don Manuel Montt, Ramón Luis Irarrazaval y Juan Manuel Cobo. Con posterioridad a Irarrazaval reemplaza Manuel José Cerda.

Luego que se elaboraron por partes los correspondientes trabajos se los iban publicando para que se hagan las correspondientes observaciones.

La Comisión prácticamente se desintegró, quedando sólo Don Andrés Bello trabajando en forma incansable. Este humanista presentó su proyecto en 1.852.

Por orden del Presidente, ese proyecto se imprimió y distribuyó entre los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, jueces letrados, miembros de la Facultad de Leyes de la Universidad, para que presenten los correspondientes informes.

El 22 de Noviembre de 1.855, el Presidente de la República, Don Manuel Montt, presentó el proyecto definitivo a la aprobación del Congreso. El mensaje fue redactado por el propio Don Andrés Bello.

Después de algún trámite el Congreso aprobó el proyecto en bloque o en globo.

El Presidente Montt lo sanciona el 14 de Diciembre de 1.855, y ordena que rija desde el 1.º de Enero de 1.857.

234. PLAN Y ESTRUCTURA DEL CODIGO DE BELLO.

El Código de Chile se divide en un Título Preliminar y cuatro libros.

Título Preliminar.- El Título Preliminar trata - de lo relativo a la Ley, su vigencia y a las palabras de uso frecuente en las leyes.

La materia indicada se la colocó como Título Preliminar por su carácter general y aplicable no sólo a la esfera del Derecho Civil, sino también para otras materias.

Libro I.- El Libro Primero se llama De las Personas; trata de las personas naturales en cuanto a su nacionalidad, domicilio, principio y fin de su existencia; matrimonio, hijos, estado civil, emancipación, habilitación de edad, tuteas y curadurías, y contiene también disposiciones sobre las personas jurídicas.

Libro II.- El Libro Segundo se llama De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso, Goe y Limitaciones. Contiene normas sobre el criterio de la propiedad privada, las formas de adquirir, los derechos reales y las limitaciones de la propiedad. Trata también sobre la posesión y las acciones posesorias.

Libro III.- El Libro Tercero se llama de la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos. Trata de la sucesión intestada, testamentos, asignaciones testamentarias, asignaciones forzosas, revocación y reforma del testamento; apertura de la sucesión, aceptación, repudiación, albaceas, partición, pago de deudas hereditarias y testamentarias, beneficio de separación y de las donaciones por acto entre vivos.

Libro IV.- El Libro Cuarto trata de las obligaciones en general y de los contratos. De los efectos de las obligaciones; de las formas de extinguirlas; prueba de las obligaciones; de las capitulaciones matrimoniales; sociedad conyugal; de los diversos contratos; de los cuasicontratos, de los delitos y cuasidelitos; de la fianza, la prenda, la anticresis, transacción, prelación de créditos y de la prescripción.

Según el testimonio de Luis Felipe Borja, Don Andrés Bello se inspiró principalmente en los Códigos romanos, en las Partidas, en la Novísima Recopilación; en el Código Napoleón, el de Luisiana, el de Austria; en el proyecto de García Goyena. Consultó con Pothier, Domat, Merlin, Devilkourt; los prácticos españoles como Gutiérrez, Bolaños, Escriche. Pero el escritor que ejerció mayor influencia fue Savigny.

El trabajo de Don Andrés Bello es un trabajo original; no puede considerarse jamás como una copia servil de la legislación extranjera.

235. PARALELO ENTRE EL CODIGO DE BELLO Y EL NAPOLEON.

El Código chileno ha sido designado como un código romano-francés, y por lo mismo guarda gran armonía con el Código Napoleón; pero en ninguna forma puede decirse que se trata de una copia de él.

En cuanto al plan y estructura de los dos códigos, como hemos tenido la oportunidad de ver ya, se pueden notar diferencias fundamentales.

Es indudable que es mejor, en este sentido, la obra de Don Andrés Bello que la de los autores del Código Francés.

234. PLAN Y ESTRUCTURA DEL CODIGO DE BELLO.

El Código de Chile se divide en un Título Preliminar y cuatro libros.

Título Preliminar.- El Título Preliminar trata - de lo relativo a la Ley, su vigencia y a las palabras de uso frecuente en las leyes.

La materia indicada se la colocó como Título Preliminar por su carácter general y aplicable no sólo a la esfera del Derecho Civil, sino también para otras materias.

Libro I.- El Libro Primero se llama De las Personas; trata de las personas naturales en cuanto a su nacionalidad, domicilio, principio y fin de su existencia; matrimonio, hijos, estado civil, emancipación, habilitación de edad, tutelas y curadurías, y contiene también disposiciones sobre las personas jurídicas.

Libro II.- El Libro Segundo se llama De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso, - Goce y Limitaciones. Contiene normas sobre el criterio de la propiedad privada, las formas de - adquirir, los derechos reales y las limitaciones de la propiedad. Trata también sobre la posesión y las acciones posesorias.

Libro III.- El Libro Tercero se llama de la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos. Trata de la sucesión intestada, testamentos, asignaciones testamentarias, asignaciones forzosas, revocación y reforma del - testamento; apertura de la sucesión, aceptación, - repudiación, albaceas, partición, pago de deudas hereditarias y testamentarias, beneficio de separación y de las donaciones por acto entre vivos.

Libro IV.- El Libro Cuarto trata de las obligaciones en general y de los contratos. De los efectos de las obligaciones; de las formas de extinguirlas; prueba de las obligaciones; de las capitulaciones matrimoniales; sociedad conyugal; de los diversos contratos; de los cuasicontratos, de los delitos y cuasidelitos; de la fianza, la prenda, la anticresis, transacción, prelación de créditos y de la prescripción.

Según el testimonio de Luis Felipe Borja, Don Andrés Bello se inspiró principalmente en los Códigos romanos, en las Partidas, en la Novísima Recopilación; en el Código Napoleón, el de Luisiana, el de Austria; en el proyecto de García Goyena. Consultó con Pothier, Domat, Merlin, Devillcourt; los prácticos españoles como Gutiérrez, Bolaños, Escriche. Pero el escritor que ejerció mayor influencia fue Savigny.

El trabajo de Don Andrés Bello es un trabajo original; no puede considerarse jamás como una copia servil de la legislación extranjera.

235. PARALELO ENTRE EL CODIGO DE BELLO Y EL NAPOLEON.

El Código chileno ha sido designado como un código romano-francés, y por lo mismo guarda gran armonía con el Código Napoleón; pero en ninguna forma puede decirse que se trata de una copia de él.

En cuanto al plan y estructura de los dos códigos, como hemos tenido la oportunidad de ver ya, se pueden notar diferencias fundamentales.

Es indudable que es mejor, en este sentido, la obra de Don Andrés Bello que la de los autores del Código Francés.

236. CUALIDADES DEL CODIGO DE BELLO.

Para el Dr. Larrea Holguin: desde el punto de vista sistemático, es una de las más apreciables creaciones jurídicas modernas. De gran amplitud: abarca todas las materias exclusivamente privadas. En cuanto a su estilo es un modelo de concisión y elegancia.

Claro Solar: Nuestro Código no es una copia servil de los códigos españoles que rigieron en Chile, ni una traducción del Código Francés y demás códigos modernos. Muchas de sus disposiciones han sido tomadas a la letra ya de una, ya de otra legislación; pero en su conjunto tiene el Código un carácter marcado de originalidad, a que debe en gran parte su mérito.

El Código chileno fue el primero que estableció la igualdad entre los nacionales y extranjeros, respecto a la adquisición y goce de los derechos civiles.

En materia de Derecho Internacional Privado, fue pionero.

En Derecho Sucesorio adopta un criterio mixto: rigen a la vez disposiciones legales y la voluntad del causante.

En cuanto al Derecho de Familia, el Código en realidad no secularizó el matrimonio.

Nuestro criterio personal. En cuanto a aspectos de forma, el Código de Bello es mejor estructurado que otros códigos. Sin embargo, muchas disposiciones de carácter general están colocadas con carácter particular, como la teoría de la capacidad y del consentimiento. Contiene muchas disposiciones de carácter procesal. La prescripción debe dividirse en adquisitiva y colocarse entre los modos de adquirir, y en extintiva, entre las formas de extinguir las obligaciones, etc. Es decir, que se impone un reordenamiento del Código y la eliminación de ciertas disposiciones, así como la inclusión de nuevas.

En cuanto a los aspectos de fondo, es muy explicable que el Código de Bello haya tenido una concepción esencialmente individualista y se haya fundado en la autonomía de la voluntad. Ello estaba bien o cuando menos era aceptable para el siglo XVIII y para principios del siglo XIX. Hoy esos criterios han perdido toda actualidad, y para bien de la humanidad se está imponiendo el criterio social del Derecho.

Además no se concibió nunca un verdadero Derecho de Familia. Apenas si el Código se refiere al matrimonio y a las relaciones que en esa institución se originan.

En cuanto a la propiedad, ni para el siglo XVIII, mucho menos para fines del siglo XX, es admisible el respeto irrestricto a la propiedad privada, concebida indudablemente en forma injusta.

No cabe mantener un criterio bueno para la época feudal, de la relevancia del modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte.

Por eso, con razón dice Pérez Guerrero: También - la Biblia del Derecho Civil, se halla en trance de destrucción y renovación.

237. DEFECTOS DEL CODIGO DE BELLO.

Como ya se ha dicho anteriormente, es indispensable una ordenación mejor de las materias que comprende el Código.

Es necesario cambiar el sistema de ciertos modos de adquirir, o suprimirlos. Algunos de estos modos han perdido toda actualidad, como ocurre con la ocupación, modo al que el Código le dió una importancia que realmente no tiene. No es admisible, a nuestro juicio, que la tradición o entrega - sea un modo de adquirir: se adquiere por la compra, la permuta, la donación, etc., y no por la inscripción de un título - en el Registro de la Propiedad.

El Código de Bello dió demasiada importancia a los bienes inmuebles, con un criterio feudal de la propiedad, y porque ciertamente en la época en la que se elaboró el Código, los bienes muebles tenían poca importancia. Hoy implica un verdadero defecto.

Ni en el pasado, ni en la época de las cavernas, ni hoy, ni mañana, ni nunca, puede aceptarse como criterio sa no la desigualdad de los hijos, esto es, desigualdad entre aquellos que nacieron -sin escoger su cuna- dentro o fuera de matrimonio. Ya el criterio de la Revolución Francesa había hecho notar ese gran error del pasado.

Que se proteja al matrimonio todo lo que se pueda, pero que para esa sana y necesaria tendencia, no se arroje la carga sobre el más inocente de los seres: el hijo. Este es, por tanto, uno de los grandes defectos del Código de Bello.

Hay ciertas contradicciones en sus preceptos y errores científicos, posiblemente como producto del estado en que se encontraban las ciencias al momento en que fue elaborado el Código.

~ Pero hay otros errores que no se fundan en el estado de las ciencias: por ejemplo, no podía establecerse como presunción de derecho, el período de gestación de que habla el Código. Bastaba con una presunción legal, que admita prueba en contrario.

238. ELOGIOS AL CODIGO.

Nos limitamos a transcribir el siguiente elogio - que lo consideramos suficiente:

Armijon (francés), Nolde (ruso), y Wolff (alemán), en el Tratado de Droit Compare, dicen:

"Su técnica es perfecta: es claro, lógico, coherente en todas sus disposiciones. Andrés Bello puede ser considerado a justo título como uno de los grandes legisladores de la humanidad".

CAPITULO XXIII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Legislación ecuatoriana.

239. Períodos que comprende la historia de la Legislación Civil ecuatoriana.- 240. - Expedición y vigencia del Código Civil ecuatoriano.- 241. Plan y estructura del Código. 242. Principales reformas - que se expiden posteriormente.- 243. Otras normas que han incidido en el Código.- 244. Ediciones del Código Civil.

239. PERIODOS QUE COMPRENDE LA HISTORIA DE LA LE
GISLACION CIVIL ECUATORIANA.

La historia de la legislación civil ecuatoriana hállase comprendida dentro de estos períodos:

- a) Epoca colonial;
- b) Período republicano hasta la expedición del primer Código; y,
- c) Epocas posteriores a la expedición del Código.

Primer período. Respecto a la legislación que rigió en el Ecuador durante la época colonial, en este mismo tomo se hace ya una relación de las disposiciones que estuvieron vigentes, que no fueron otras que las leyes españolas, tanto las de la Madre Tierra, como las específicamente dictadas para la América conquistada.

Por tanto, no es necesario repetir lo ya expuesto anteriormente, a cuyos conceptos y datos nos remitimos.

Segundo período. Luego de la independencia del 24 de Mayo de 1.822 el Ecuador entra a formar parte de la Gran Colombia, hasta 1.830. En este período tanto el Ecuador, como Colombia y Venezuela que integran una comunidad jurídica, haciendo realidad aún cuando fuese a gotas el sueño del excelso Bolívar, siguen rigiéndose por las mismas leyes españolas. No conocemos ninguna norma civil de importancia que se haya expedido en ese corto lapso.

Separado el Ecuador de la Gran Colombia, tampoco se dictan leyes de importancia en la materia que nos interesa.

En 1.837, se dicta una ley sobre filiación natural. De acuerdo con sus disposiciones, se puede adquirir la calidad de hijo ilegítimo por reconocimiento voluntario y expreso del padre o por declaración judicial, en caso de haber vivido la ma

dre en casa del presunto padre. La paternidad solamente podía establecerse por escritura pública o ante juez y dos testigos.

¡Qué poco ha variado nuestra legislación respecto a la filiación en más de un siglo!.

En 1.851, se fija la mayoría de edad en veintiún años.

Tercer período. En cuanto a las reformas que se introducen en el tercero de los tres períodos mencionados, es decir, con posterioridad a la expedición del Código, esa materia será considerada en el No. 242 de este propio capítulo.

240. EXPEDICION Y VIGENCIA DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO.

En el año de 1.855 se comisiona a la Corte Suprema de Justicia para que presente un proyecto de Código Civil. Luego de vacilar sobre el Código boliviano y el proyecto del Dr. José Fernández Salvador, fundado en el mismo Código de Bolivia, la Corte llega a conocer el Código chileno de Don Andrés Bello; deja entonces de preparar el proyecto que se le había encomendado y recomienda la expedición de un Código a base del de Bello, con algunas ligeras variantes. Este pronunciamiento se expide en el año de 1.857.

La Corte Suprema se dirige, pues, a la Legislatura de 1.857 y ésta aprueba el proyecto el 21 de Noviembre del mismo año.

El 4 de Diciembre de 1.869, el Gobierno Provisional, integrado por Manuel Gómez de la Torre, Rafael Carvajal y José María Avilés expide un Decreto mandando que el Código comience a regir desde el 10. de Enero de 1.861.

241. PLAN Y ESTRUCTURA DEL CODIGO.

El plan y estructura del Código Civil ecuatoriano es, como se deduce de lo expuesto anteriormente, la misma que la del Código Civil chileno o Código de Bello, que ya conocemos.

De modo que no es pertinente repetir lo que ya se ha dicho con anterioridad, y a lo manifestado al respecto nos remitimos.

242. PRINCIPALES REFORMAS QUE SE EXPIDEN POSTERIORMENTE.

Las reformas que se han introducido -al tratarse de un recuento histórico- conviene presentarlas cronológicamente, en la forma más breve que sea posible y sin atender a la mayor o menor importancia que pudieren tener:

1.865. Habilitación de edad.- Ley que establece la habilitación de edad de los menores, reforma que posteriormente es suprimida.

1.967. Prescripción.- Ley que establece la forma de computar el tiempo para determinados efectos jurídicos y particularmente para la prescripción.

1.869. Reformas Garcianas.- El 15 de Mayo de 1.869 el Congreso expide una ley reformativa del Código Civil. El Dr. Gabriel García Moreno, como Senador, interviene activamente en la expedición de esa ley. Lo principal de las mencionadas reformas se puede destacar de este modo:

a) PROMULGACION DE LAS LEYES. Se regula la forma de promulgar las leyes y la fecha en que han de entrar en vigencia;

- b) LEY RETROACTIVA. Reglas sobre los conflictos de la ley en el tiempo o retroactividad de las leyes. Las reformas se basan en la ley chilena.
- c) CAPACIDAD DE LA MUJER. Se establece la capacidad de la mujer casada para ejercer profesiones liberales.
- d) LEGITIMACION. Ley sobre la legitimación ipso jure de los hijos.
- e) PATRIA POTESTAD. Reglas sobre la patria potestad de la madre.
- f) EMANCIPACION. Reforma sobre la emancipación de los hijos.
- g) CURADURIA LEGITIMA. Se establece el orden en que se ha de ejercer la curaduría legítima.
- h) SERVIDUMBRES, SUCESIONES, OBLIGACIONES. Se dictan reformas sobre esas materias.

1.873. Matrimonio. El Congreso de ese año introduce reformas de importancia sobre el matrimonio de los no católicos y respecto al matrimonio celebrado en nación extranjera. Además, se establecen causas de indignidad para suceder.

1.901. CENSOS. Se expide una ley sobre redención de censos.

1.902. LEY DE MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO. En el año - indicado se expide la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio. Se seculariza el matrimonio. Se introduce el divorcio vincular, pero sólo por adulterio de la mujer.

1.902. Ordenes de sucesión. Se establece reformas sobre los órdenes de sucesión intestada. El Código ecuatoriano se aparta del chileno, estableciendo órdenes hasta el décimo grado, mientras que el chileno limitaba al sexto.

1.904. Separación conyugal y divorcio. Se establecen nuevas causas para obtener la separación conyugal.

Respecto al divorcio vincular, se aumentan las causas para conseguirlo; esas causas son: concubinato público y escandaloso del marido; cuando un cónyuge sea autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro.

1.910. Exclusión de bienes. Ley de emancipación económica de la mujer casada, llamada también de exclusión de bienes.

1.910. Divorcio por mutuo consentimiento. Se introduce el divorcio vincular por mutuo consentimiento.

1.935. Asignatario de sucesiones intestadas. Se asigna al Instituto Nacional de Previsión, creado en esa fecha, las sucesiones intestadas, desde el tercer grado de consanguinidad, inclusive.

1.935. Filiación. Sucesión. Reformas sobre la filiación ilegítima, sobre herencias y sobre la porción conyugal. Se limita el derecho sucesorio al tercer grado de consanguinidad colateral.

1.935. Supresión de la separación conyugal. Se suprime la separación conyugal o divorcio incompleto. Se introducen nuevas causales para el divorcio vincular.

1.935. Incapacidad total de la Iglesia Católica.

Se declara que las comunidades religiosas, las iglesias y las curias, perdieron su carácter de instituciones del Derecho Público desde que entró en vigencia la Constitución de 1.906-1.907; es decir que esas instituciones quedaban en total incapacidad para lo civil.

1.936. Abolición de la muerte civil. Se decreta esa abolición.

1.936. Filiación de hijos ilegítimos. Se dictan reformas relativas al reconocimiento de los hijos ilegítimos. Se prohíbe declarar el nombre de los padres al inscribir el nacimiento.

1.936. Sociedad conyugal. Se dictan reformas sobre el régimen de la sociedad conyugal: los inmuebles sociales no pueden enajenarse sin el consentimiento de ambos conyuges.

1.936. Sociedad conyugal. Se presume el consentimiento de la mujer casada para la enajenación de bienes sociales cuando haya estado ausente del país por tres años o más.

1.936. Reformas al divorcio vincular. Se establece que la mujer, culpable del divorcio por una de las causas, no tiene derecho a la quinta parte de los bienes del marido.

1.937. Modus Vivendi. Se firma el Modus Vivendi con la Santa Sede.

1.937. Patria potestad. Se confiere al padre el

usufructo de los bienes del hijo. Los padres no pueden enajenar los bienes del hijo, sin haber obtenido previamente licencia judicial.

1.938. CODIGO DEL TRABAJO. Se expide el Código del Trabajo, que modifica sustancialmente la institución civil del arrendamiento de servicios.

1.940. Reformas al divorcio vincular. Se introduce una nueva causal del divorcio vincular. Se crea trámite para el divorcio por mutuo consentimiento. Se suprime el divorcio por consentimiento tácito. Se establece que es necesario arreglar previamente la situación de los hijos para que pueda dictarse la sentencia de divorcio. El divorcio produce sus efectos desde la inscripción de la sentencia en el Registro Civil.

1.940. Patrimonio familiar. Se introduce la institución del patrimonio familiar.

1.948. Adopción. Se crea la institución de la adopción de menores.

1.956. Exclusión de bienes. Nulidad del matrimonio. Trámite para el divorcio. Sucesiones intestadas. Prescripción. Se amplían las disposiciones sobre la exclusión total de bienes de la mujer casada. Ambos cónyuges pueden pedir la liquidación de la sociedad conyugal, luego de la exclusión pedida por la mujer. Los juicios sobre nulidad del matrimonio deben tener tres instancias forzosas y con intervención del Ministerio Público. Se establece el trámite del juicio verbal sumario para el divorcio. Pasan las sucesiones intestadas a la Junta de Defensa Nacional. Se suprimen los testamentos verbales. Se suprime la asignación forzosa de alimentos. Se

aumenta la cuantía del patrimonio familiar. Se disminuyen los plazos de las prescripciones. Las personas jurídicas pueden conservar indefinidamente los bienes raíces que posean, sin necesidad de permiso.

1.958. Separación conyugal, divorcio vincular, matrimonio, guardas, patria potestad, adopción.-

Se restablece la separación conyugal judicialmente autorizada. Se reforman las causales para el divorcio vincular. Se modifica la simple separación de bienes. Termina el matrimonio por la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Se establece un nuevo impedimento dirimente para el matrimonio. Reglas sobre la guarda de los hijos. Reglas sobre el matrimonio putativo. En el estado de divorcio ejerce la patria potestad el padre a cuyo cuidado queden los hijos. Se reforma la adopción, mejorándola.

1.969. Comisión reformatoria. Se designa una comisión integrada por los doctores Juan Larrea Holguin y Francisco Costales Herrera, para que prepare un proyecto de reformas al Código Civil, a efecto de adaptar sus disposiciones a las nuevas instituciones de la Constitución de 1.967, sobre la igualdad de los cónyuges y de los hijos.

1.970. Ley reformatoria. Se dicta la Ley reformatoria del Código Civil de acuerdo con el proyecto elaborado por la Comisión a que se refiere el párrafo anterior. Se modifican más de cuatrocientos artículos. La ley reformatoria se expide por la Comisión Legislativa Permanente.

Expedida esa ley reformatoria, cuyo contenido será especialmente considerado a lo largo de nuestro estudio, pasa la ley para la sanción del Ejecutivo. El gran humanista Dr. José María Velasco Ibarra, Presidente entonces -como en

la mayor parte de la última mitad de este siglo- objeta las reformas, entre otras razones, por las siguientes:

" En el primer considerando del Decreto se afirma que las reformas obedecen a la necesidad de actualizar el Código Civil y ponerlo de acuerdo - con las normas de la Constitución Política. Para ello se ha modificado un cuerpo de leyes que es fiel trasunto de la sabiduría romana, de la ilustración de los jurisconsultos franceses, - convocados por Napoleón Bonaparte, y de la capacidad ecléctica de Don Andrés Bello....."

Es decir, que según el criterio del abogado, jurisculto y humanista Dr. José María Velasco Ibarra, no puede actualizarse el Código Civil, en tanto no se guarde armonía con la sabiduría romana, para la cual la esclavitud era una buena y fundamental institución; para la cual las primogeniuras y mayorazgos y otras vinculaciones eran cosas buenas. No puede actualizarse el Código Civil según ese criterio, - porque va contra la ilustración de los jurisconsultos franceses convocados por Napoleón, y por tanto hay que mantener in tocada la irritante desigualdad de los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, hay que mantener la categoría de medios hombres o de hombres sin padre; hay que mantener la desigualdad entre el hombre y la mujer; hay que establecer que la propiedad privada es un derecho sagrado, egoísta, abusivo y un medio de dominación entre los hombres, hay que creer en la plenitud del derecho subjetivo y en la ausencia de solidaridad entre los hombres.....

Es difícil concebir que un humanista como Velasco Ibarra haya podido firmar objeciones de esa índole, y sería muy conveniente conocer cual fue el asesor que las inspiró.

Como es obvio, la ley reformatoria fue insistida por la Función Legislativa, y entonces, ni Velasco, ni nadie podía ya invocar la sabiduría romana, ni a los jurisconsultos franceses, ni insultar la memoria de Don Andrés Bello para impedir la vigencia de las reformas.

Nueva reforma constitucional de última instancia

-en este país campeón en expedir Constituciones- respecto a ciertos efectos de la unión libre y al régimen de la propiedad privada, y sobre todo a la imperiosa necesidad de que el Código Civil se actualice, esté de acuerdo con el pensamiento social de la época, hará que, en forma urgente, se dicten nuevas reformas al Código ecuatoriano y a ello tratamos de contribuir con esta obra.

243. OTRAS NORMAS QUE HAN INCIDIDO EN EL CODIGO.

En el Ecuador se han dictado tantas Constituciones como es posible concebir, leyes especiales, acuerdos o convenciones internacionales. Todas esas normas de un modo o de otro han incidido directa o indirectamente en las disposiciones del Código Civil.

Es muy difícil pensar en un listado completo de esas normas. Ni siquiera en que la lista que hemos dado de las reformas específicamente relacionadas con el Código Civil sea completa. Esperamos que, las que mencionamos a continuación, sean las más importantes.

a) Decreto de Bolívar. Tradicionalmente formó parte del Código Civil y todavía sigue formando parte de sus disposiciones, - lo relativo al dominio de las minas y de los minerales.

El Libertador Bolívar, con su extraordinaria visión, declaró en un célebre decreto expedido en la ciudad de Quito, el 24 de Octubre de 1.929, hace siglo y medio, una disposición de fondo, por la cual, las minas son de dominio de la República, es decir, de la Nación. Más de un siglo después se habla de "nacionalización" de minas y petróleos, seguramente desconociendo la existencia de ese Decreto de Bolívar, que reforma todas las disposiciones del Código sobre esta materia.

b) Ley de Registro Civil.

la mayor parte de la última mitad de este siglo- objeta las reformas, entre otras razones, por las siguientes:

" En el primer considerando del Decreto se afirma que las reformas obedecen a la necesidad de actualizar el Código Civil y ponerlo de acuerdo - con las normas de la Constitución Política. Para ello se ha modificado un cuerpo de leyes que es fiel trasunto de la sabiduría romana, de la ilustración de los jurisconsultos franceses, - convocados por Napoleón Bonaparte, y de la capacidad ecléctica de Don Andrés Bello....."

Es decir, que según el criterio del abogado, jurisculto y humanista Dr. José María Velasco Ibarra, no puede actualizarse el Código Civil, en tanto no se guarde armonía con la sabiduría romana, para la cual la esclavitud era una buena y fundamental institución; para la cual las primogeniuras y mayorazgos y otras vinculaciones eran cosas buenas. No puede actualizarse el Código Civil según ese criterio, - porque va contra la ilustración de los jurisconsultos franceses convocados por Napoleón, y por tanto hay que mantener in tocada la irritante desigualdad de los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, hay que mantener la categoría de medios hombres o de hombres sin padre; hay que mantener la desigualdad entre el hombre y la mujer; hay que establecer que la propiedad privada es un derecho sagrado, egoísta, abusivo y un medio de dominación entre los hombres, hay que creer en la plenitud del derecho subjetivo y en la ausencia de solidaridad entre los hombres.....

Es difícil concebir que un humanista como Velasco Ibarra haya podido firmar objeciones de esa índole, y sería muy conveniente conocer cual fue el asesor que las inspiró.

Como es obvio, la ley reformatoria fue insistida- por la Función Legislativa, y entonces, ni Velasco, ni nadie podía ya invocar la sabiduría romana, ni a los jurisconsultos franceses, ni insultar la memoria de Don Andrés Bello para - impedir la vigencia de las reformas.

Nueva reforma constitucional de última instancia

-en este país campeón en expedir Constituciones- respecto a ciertos efectos de la unión libre y al régimen de la propiedad privada, y sobre todo a la imperiosa necesidad de que el Código Civil se actualice, esté de acuerdo con el pensamiento social de la época, hará que, en forma urgente, se dicten nuevas reformas al Código ecuatoriano y a ello tratamos de contribuir con esta obra.

243. OTRAS NORMAS QUE HAN INCIDIDO EN EL CODIGO.

En el Ecuador se han dictado tantas Constituciones como es posible concebir, leyes especiales, acuerdos o convenciones internacionales. Todas esas normas de un modo o de otro han incidido directa o indirectamente en las disposiciones del Código Civil.

Es muy difícil pensar en un listado completo de esas normas. Ni siquiera en que la lista que hemos dado de las reformas específicamente relacionadas con el Código Civil sea completa. Esperamos que, las que mencionamos a continuación, sean las más importantes.

a) Decreto de Bolívar. Tradicionalmente formó parte del Código Civil y todavía sigue formando parte de sus disposiciones, - lo relativo al dominio de las minas y de los minerales.

El Libertador Bolívar, con su extraordinaria visión, declaró en un célebre decreto expedido en la ciudad de Quito, el 24 de Octubre de 1.929, hace siglo y medio, una disposición de fondo, por la cual, las minas son de dominio de la República, es decir, de la Nación. Más de un siglo después se habla de "nacionalización" de minas y petróleos, seguramente desconociendo la existencia de ese Decreto de Bolívar, que reforma todas las disposiciones del Código sobre esta materia.

b) Ley de Registro Civil.

c) Código de Menores. Que modifica instituciones relacionadas con la protección de los menores, la adopción, etc.

d) La Constitución de 1.945. Que por primera vez estableció la igualdad entre los cónyuges, y la igualdad entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y algunas disposiciones sobre los bienes nacionales, en cuanto a su dominio.

e) La Ley de Aguas.

f) Ley sobre Aguas Remanentes y Subterráneas.

g) Ley de Riego y Saneamiento del Suelo.

h) Ley General de Minería.

i) Ley del Petróleo.

j) Ley de Lavaderos Auríferos.

k) Ley de Pesca y Cacería Marítima. Y sus reformas hasta constituir la Ley de Fomento Pesquero, que incide en el Código Civil sobre el mar territorial, y sobre el modo de adquirir llamada ocupación.

l) Declaración del Pacífico Sur. La declaración sobre la zona marítima del Pacífico Sur, expedida por los gobiernos del Ecuador, Chile y Perú, el 18 de Agosto de 1.952 y las normas ecuatorianas que ratifican ese Convenio y lo incorporan a la legislación nacional. Esas normas declaran que el Estado Ecuatoriano ejerce soberanía y jurisdicción absolutas y exclusivas sobre doscientas millas del mar territorial, sobre el suelo y el subsuelo subyacentes y sobre los recursos que existan.

Es doloroso declarar que una Codificación hecha por la Comisión Legislativa de 1.960, ocho años después de acaecidos esos trascendentales acontecimientos a que se refiere el párrafo anterior, haya dicho en el Art. 633 del Código Civil, que el mar territorial tenía la extensión de doce millas marítimas de veinte al grado. Y es más doloroso declarar también que la dictadura militar de 1.963-1.966, haya suscrito un convenio reservado con el imperialismo económico del norte, sin que se haya sancionado condignamente a sus autores, por el delito de alta traición a la patria, convenio reservado en que se volvió a fijar la extensión de doce millas como zona de dominio exclusivo del Estado ecuatoriano.

m) La Ley de Reforma Agraria y Colonización y sus reformas, que implican una seria limitación a las facultades de dominio sobre terrenos agrícolas y que modifican disposiciones del Código Civil sobre bienes nacionales.

n) La Ley de Tierras Baldías y Colonización. Que implica modificación fundamental a la prescripción de los bienes fiscales.

o) Constitución de 1.967. Que establece la igualdad esencial de los cónyuges, igualdad limitativa de los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y contiene disposiciones especiales sobre el dominio de ciertos bienes.

p) Ley de Hidrocarburos.

q) Ley de Fomento Minero.

r) Constitución vigente.

La incidencia de las normas indicadas brevemente - en los literales anteriores se estudiará con la debida atención en los lugares correspondientes.

244. EDICIONES DEL CODIGO CIVIL.

Las siguientes son las ediciones que se han hecho del Código Civil ecuatoriano, consideradas cronológicamente:

Primera Edición: La primera edición realiza la - Corte Suprema de Justicia, por mandato legislativo, un año antes de que comience a regir el Código, pero obviamente después de que fue expedido; es decir, que esa primera edición, - es la del año de 1.960. *

Segunda Edición: Se había dicho con anterioridad que en el año de 1.869, con la - intervención relevante del Dr. Gabriel García Moreno, se introducen reformas fundamentales al Código Civil, especialmente sobre la ley retroactiva y - las relaciones de familia.

Esas reformas hacen indispensable una nueva edición del Código Civil, y en efecto así lo hace la Corte Suprema de Justicia. Esta segunda edición corresponde al año de 1.871.

Tercera Edición. Las reformas al Código Civil relacionadas con los no católicos, y las referentes a los matrimonios celebrados en nación extranjera, y a la indignidad para heredar, - ameritan la preparación de una nueva edición.

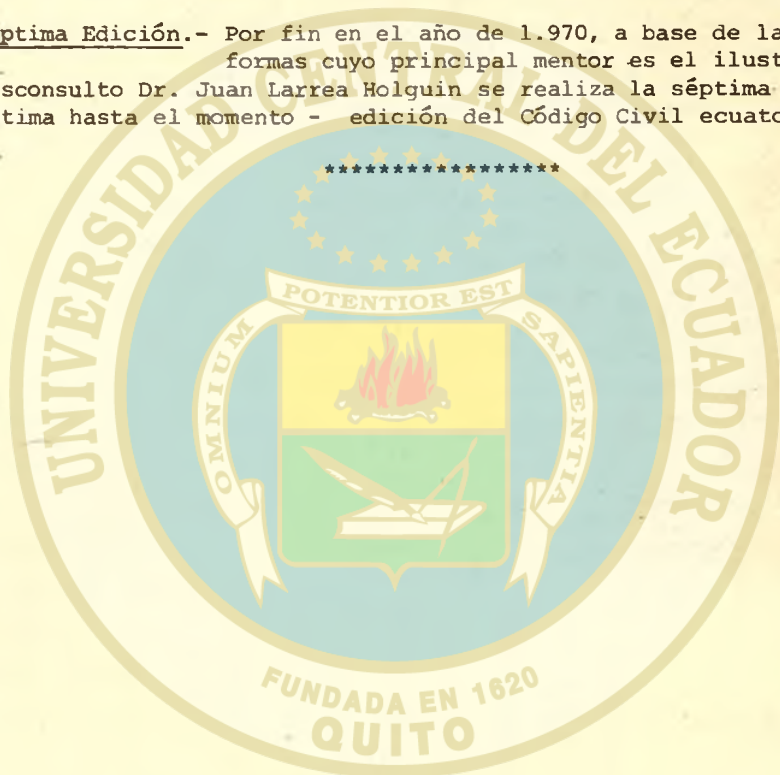
En efecto, se realiza esa tercera edición, que es la del año de 1.889.

Cuarta Edición. En el año de 1.930, se realiza y publica la cuarta edición del Código Civil.

Quinta Edición.-En 1.950 se publica la quinta edición del Código.

Sexta Edición.- Ya se mencionó anteriormente que la Comisión Legislativa realizó una edición del Código Civil, que es la sexta, del año de 1.960.

Séptima Edición.- Por fin en el año de 1.970, a base de las reformas cuyo principal mentor es el ilustre jurisconsulto Dr. Juan Larrea Holguín se realiza la séptima - y última hasta el momento - edición del Código Civil ecuatoriano.





CAPITULO XXIV

LEGISLACION COMPARADA.

245. Legislación comparada.-

246. Código de Derecho Canónico.-

247. Código Soviético.

248. Código Alemán.- 249. -

Código Italiano.- 250. Código

Español.- 251. Código Sui

zo.- 252. Código Austríaco.

253. Legislación Anglo-Ameri

cana.- 254. Código Mexicano.

255. Código Argentino.- 256.

Código del Brasil.- 257. Otros

Códigos.-

245. LEGISLACION COMPARADA.

La comparación es un método científico de investigación.

El Derecho Comparado es sustancialmente experiencia, confrontación de Derechos diferentes. El método comparati

vo lleva al terreno de la Ciencia Jurídica.

Pero la función metodológica del Derecho Comparado, se traduce en algo más que la mera comparación. No basta yuxtaponer textos, considerar analogías o diferencias. Hay que ir a las causas para conocer los resultados. No puede dejarse de estudiar y aplicar en la práctica de la vida diaria las grandes enseñanzas que pueden beberse de las diferentes culturas.

Es indispensable, además, pensar en la consolidación de principios que deben ser generales: las ideas del Derecho y de la justicia son universales. ¡Cuánto habría progresado el mundo si pudiese contar con una legislación universal, o cuanto menos uniforme para determinadas culturas o territorios que se encuentran integrados o en camino de integrarse, como ocurre con la vieja Europa Occidental o con la América del Sur.

Fassi: El menosprecio por el Derecho Comparado, achica la visión del jurista.

Por las razones que quedan expuestas hemos procurado consultar, confrontar, las legislaciones de otros países, sin temor de que se crea que nuestro trabajo es menos original que sin esa consulta.

Estaremos, por eso, citando constantemente disposiciones de los códigos de otros países aún cuando nos asalte la duda de que, para la fecha de la cita, las leyes hayan sido modificadas.

De todos modos las disposiciones normativas de otros Estados son indudables fuentes de conocimiento, soluciones que permiten comparar y estimar si unas medidas son más o menos convenientes que otras.

En este capítulo recordaremos los principales Códigos Civiles que han llegado a nuestro conocimiento, aunque ese conocimiento sea superficial como lo declaramos sin temor.

Comenzaremos por el Código de Derecho Canónico, por su carácter de universal, como universal es el catolicismo,

y además por haber regido durante mucho tiempo en nuestro país en lo atinente a las relaciones de familia y especialmente al matrimonio, y haber sido una importante fuente de nuestro Código vigente.

246. CODIGO DE DERECHO CANONICO.

El Cristianismo ejerció influencia no sólo en el orden moral, sino también en el orden jurídico, político y económico, que lo hemos visto al tratar de la lucha de poderes.

El Imperio Romano corroído había entrado en las últimas etapas de su agonía, cuando se produce la mayor de todas las revoluciones que se conocen: el advenimiento del Cristianismo, cuyas ideas e ideales eran de proscribir la esclavitud y la servidumbre, buscar la consolidación de las masas inermes, especialmente campesinas y obreras; conseguir la igualdad de los hombres porque todos son igualmente hijos de Dios; conseguir que cada uno disponga de lo necesario para satisfacer sus necesidades económicas, aunque no como propietario, - con aquella propiedad egoísta creada por los romanos, sino como un buen administrador que tendrá en el día del juicio, dar buena cuenta de su administración.

Pero el Cristianismo anatematizó a los ricos y poderosos.

Esa Revolución, ese nuevo sistema de vida, necesitaba de un cuerpo legislativo, de normas que regulen la conducta de los hombres.

Esa legislación, es decir, la legislación de la Iglesia Católica -sin que tratemos nunca de identificar el Cristianismo con la Iglesia Católica (ya los hemos distinguido anteriormente) - tiene sus fuentes principales en los preceptos del Antiguo y del Nuevo Testamento, en la tradición eclesiástica, en las constituciones, cánones o cartas, bulas y demás disposiciones de los pontífices, y fundamentalmente en los concilios.

Existen recopilaciones antiguas del Derecho Canónico, pero las más célebres son:

- a) El Decreto Graciano;
- b) Los Decretales de Gregorio IX;
- c) Los Extravagantes de Bonifacio VIII;
- d) El Liber Sextus; y,
- e) Su conjunto, es decir el Corpus Juris Canonici.

Benedicto XV en 1.917 aprobó el Código de Derecho Canónico vigente, que comenzó a regir en 1.918.

El Código de Derecho Canónico es único en su especie; se diferencia de cualquier otra codificación por su ámbito: no rige en un Estado; no está limitado por el Espacio; es de aplicación universal.

Casi todas las disposiciones del Derecho Canónico, son de Derecho Público Eclesiástico.

El Derecho Canónico comprende cinco libros, que son:

- I.- Normas generales.
- II.- Personas;
- III.- Cosas;
- IV.- De los procesos; y,
- V.- De los delitos y de las penas.

Nos interesa especialmente el estudio de este Código en lo referente al matrimonio, a la familia y a las relaciones entre personas que constituyen una familia. Tiene un interés aún mayor, en lo relacionado con la terminación del matrimonio.

Su legislación sobre los impedimentos matrimoniales ha sido tomada por la mayoría de los Códigos vigentes.

247. CODIGO SOVIETICO.

El concepto, el fundamento del Derecho Soviético - es diferente. Está estrechamente ligado a la filosofía marxista, transformada en lo que podríamos llamar el Marxismo-Leninismo. No es universal como el Derecho Canónico, aún cuando aspira a regir en toda la tierra, pero no para los hombres, sino para una clase, el proletariado, porque se propugna la desaparición, la aniquilación de las demás clases.

Como es legislación de clase, sólo admite interpretación extensiva "en los casos en que lo exija la salvaguardia de los intereses del Estado Obrero-Campesino y de las masas de trabajadores".

Es un Derecho de tendencia socialista y totalitaria, que sacrifica al individuo en pro del interés social, - desde luego un interés que se toma tal como lo conciben los gobernantes.

Una legislación que se dictó con un espíritu revolucionario. Una legislación que se aspiró a colocarla al otro extremo de la sociedad burguesa; un Derecho basado en la lucha de clases, con miras a que rija sólo para el proletariado.

Pero, se consiguieron esos ideales?.

Pachoukanis (soviético) llegó a sostener que el Derecho de Rusia desaparecería. Pero el Derecho no desapareció. Al contrario una casta parasitaria, nacionalista se hizo cargo del poder, persistiendo la desigualdad social, y por tanto el Derecho desde la Revolución acá, ha retrocedido en sentido burgués.

La economía socialista impugna a toda superestructura con su sello, y ese sello va impregnando la legislación.

Examinemos algunos casos comparativos estudiados por David: tomemos, por ejemplo, la teoría general del contrato del Derecho Soviético. Si leemos las disposiciones pertinentes del Código Civil de la R.S.F.S.R., aparece como algo -

muy semejante al Código Napoleón. Al leer los textos legales del Código Soviético, no se presenta en modo alguno como opuesto al Derecho Civil individualista liberal de Francia del siglo XVIII, en materia de los contratos.

Pero, atrás de esa apariencia jurídica, aparece una realidad dominada por el carácter socialista de la economía soviética.

El contrato del Derecho Soviético es, en la mayoría de los casos y en la práctica, algo muy diferente de su propia ley, y aún más del Código Napoleón, ya que no es una convención libremente discutida y concertada por las partes. El contrato entre los organismos económicos del sector nacionalizado o colectivizado, que es el más importante y el que da origen a los más frecuentes litigios en la U.R.S.S., no tiene más que el nombre del contrato clásico.

Las partes no gozan de libertad para elegir a su co-contratante, ni tampoco pueden discutir las condiciones de ese singular contrato. Y si no lo otorgan voluntariamente, existe un organismo, el arbitraje público, que lo impone.

Las obligaciones tienen su fuente no en los contratos sino en la ley. La realidad del contrato es puramente psicológica.

Tomemos como ejemplo el derecho de propiedad. Actualmente la tendencia occidental es de que el derecho de propiedad es un derecho social; ya no es aquel derecho absoluto, egoísta, ilimitado del Derecho Romano o del Código Napoleón. Pero la propiedad no es simple servicio social. No puede abolirse, con indemnización o sin ella.

Los juristas soviéticos, habiendo repudiado totalmente las concepciones individualistas de otros tiempos y roto con la tradición del Derecho Natural, y habiendo abandonado la noción de derechos subjetivos, no vacilan en llegar a las últimas consecuencias la idea de que la propiedad es un derecho social que se reconoce a los individuos solamente en la medida en que lo permita y recomiende el interés social.

Respecto a la expedición del Código Civil Soviético, debemos recordar que se dicta el 31 de Octubre de 1.922 y rige desde el 1° de Enero de 1.923, con la intención de liquidar todas las instituciones del antiguo régimen zarista. Consta solamente de 435 artículos.

Al sistema soviético están adheridas las dieciséis Repúblicas de la U.R.S.S. y en gran medida los países satélites.

El plan del Código es similar al nuestro, por que se inspiró también en Savigny. Comprende lo siguiente:

- I.- Parte general;
- II.- Derechos reales;
- III.- Obligaciones; y,
- IV.- Sucesiones.

En cuanto a las relaciones personales, junto al Código Civil está el Código de la Familia, del Matrimonio y de la Tutela de 1.926, con vigencia al 1.º de Enero de 1.927, y su modificación de 1.944.

Elude fórmulas técnicas. Es un Derecho popular. Adolece de imperfecciones, fruto de la precipitación.

Es legislación de clase. Está inspirado en sentido social y humano, con gran influjo en nuestro tiempo.

Pero que quede claro: hay tantas cosas, tantas ideas, tantas instituciones que admirar en el Derecho Soviético. La teoría del abuso del Derecho para comenzar. El tratamiento justo a los hijos nacidos fuera de matrimonio; el sistema ideal de la filiación, y tanta proyección de carácter social.

De modo que en nuestro sistema no podrá dejar de verse la influencia clara del Derecho Soviético.

248. CODIGO ALEMAN.

Desde el año de 1.880 se comenzó a preparar proyectos de Código Civil en Alemania. Se prepararon cuatro, y el último fue aprobado por el Reichstag (Parlamento Federal), el 10. de Julio de 1.896. El 18 de Agosto del mismo año fue promulgado por el Kaiser y entró a regir el 10. de Enero de 1.900.

Se trató de hacerlo lo más técnico y científico que sea posible, con la idea central de que tenga en el siglo XX la influencia que el Código Napoleón tuvo en el siglo XVIII.

Y, buena parte de esa idea se ha cumplido.

No existe oposición irreductible entre el sistema-germánico y el francés. Ambos se inspiran fundamentalmente en el Derecho Romano y en las costumbres de sus respectivos pueblos, que rigieron con anterioridad a su elaboración. Sin embargo existen diferencias respecto a la concepción científica y al espíritu más estatal que los alemanes han imprimido a su Código. Por ello hay especialmente una buena diferencia de enfoque, entre un Derecho que tiende hacia la estatización y un Derecho esencialmente individualista.

Las diferencias que existen se justifican además, porque el Código Alemán se dictó un siglo después.

El Código Alemán ha merecido grandes elogios, reputándose como el más completo del mundo. Se dice que es una obra maestra por lo acabado de su sistema y la perfección científica de su técnica. Sin embargo se lo juzga también como abstracto y teórico y escrito en un idioma inaccesible a los profanos.

Es considerado como la obra jurídica de mayor embergadura en el siglo, al punto que Saleilles cree ver en él el momento inicial de una nueva etapa en la evolución del Derecho. Es una transacción entre el individualismo y el socialismo.

El Código Alemán está contenido en cinco libros; a saber:

- I.- Parte general. (Arts. 1 al 240);
- II.- Derecho de las obligaciones. (Arts. 241 a - 853);
- III.- Derechos reales. (Arts. 854 al 1.296);
- IV.- Derecho de Familia. (Arts. 1.297 a 1.921); y,
- V.- Sucesiones (Arts. 1.922 a 2.385).

Este Código ha influido en muchas legislaciones y Códigos expedidos en este siglo. Merece especial mención la influencia ejercida en los Códigos de Japón, Siam, Suiza, Brasil, Rusia, China, Turquía y Venezuela.

249. CODIGO ITALIANO.

Carlos Alberto, en 1.837, hace publicar un Código llamado Albertino, que luego de la unificación de Italia, con modificaciones, es aprobado el 12 de Enero de 1.885, y rige - el 1o. de Enero de 1.886. Este Código fue hecho bajo la influencia del Código Napoleón.

El Código vigente se promulga el 16 de Marzo de 1.942. Es conocido con el nombre del Código Fascista de 1.942.

Comprende a la vez normas de carácter civil y comercial.

Tiene nuevas figuras y concepciones jurídicas de - mucho interés, por lo que también ha ejercido gran influencia.

Mantiene la secuela francesa de los contratos.

250. CODIGO ESPAÑOL.

Conocemos ya la legislación que ha regido en España durante su historia, por la estrecha vinculación, y aún - más, dominación que tuvo en nuestro país, al que legó su cultura. Nos vamos a referir en este número, por tanto, exclusivamente a su Código Civil vigente.

El 11 de Mayo de 1.888 dictase la llamada Ley de - Bases, que autoriza al Gobierno a dictar un Código Civil, ciñéndose a los fundamentos por ella establecidos. Redactado y aprobado el proyecto rige desde el 4 de Julio de 1.888.

El Código Civil español tiene la siguiente estructura:

Título Preliminar.

Libro I.- Personas.

Libro II.- Bienes.

Libro III.- La Propiedad.

Libro IV.- Las Obligaciones.

251. CODIGO SUIZO.

En 1.892 el Profesor Eugenio Huber redacta el - proyecto que fue aprobado por el Departamento Federal de Justicia, y luego largamente discutido hasta que, con modificaciones, se expide en 1.907 y entra en vigencia desde el 1o. - de Enero de 1.912.

Este Código deja insubsistente el Código de las - Obligaciones de 1.881.

Posee la misma técnica legislativa que el Código - Alemán de 1.900; pero es menos doctrinario, es más práctico y más sencillo.

Es considerado como moralizador y social.

Rechaza el abuso del Derecho; protege el espíritu corporativo y la dignidad personal y familiar.

Su estructura es la siguiente:

Título Preliminar.

Personas;

Familia;

Sucesiones;

Derechos reales; y,

Título final: regula la enajenación inmobiliaria y la donación.

252. CODIGO AUSTRIACO.

En 1.753 se designa una comisión para que realice una compilación del Derecho Civil. Aparece como trabajo de esa comisión el Codex Theresianus que no fue aprobado. Pero la primera parte de este Código fue restaurada por orden de José II, y puesto en vigencia en 1.787, con el nombre de Código Josefino.

Posteriormente, entre 1.794 y 1.796 una Comisión nombrada por Leopoldo II y presidida por Carlos Antonio Martini presentó tres nuevas partes del Código, que rigieron a partir de 1.797, bajo la denominación de Código Galiziano.

Posteriormente, por los trabajos de Zeiller el Código Civil Austríaco fue sancionado en forma completa y rige desde 1.812.

Está dividido en tres partes:

a) Personas;

b) Cosas; y,

c) Normas comunes a personas y cosas.

Admite al Derecho Natural, como Derecho supletorio.

253. LEGISLACION ANGLO-AMERICANA.

Inglaterra, sus dominios y los Estados Unidos de Norteamérica, poseen un Derecho esencialmente consuetudinario, de naturaleza preponderantemente individualista. Las costumbres tienen gran poder y reciben el nombre de Common Law.

La costumbre es la fuente esencial del Derecho. La ley escrita se agrega a ella. Los principios establecidos por la jurisprudencia son completados o modificados por la ley.

Tal concepción tiene como fundamento la desconfianza de los ingleses en la ley escrita, que les parece un medio fácil de tiranía, contra la cual la costumbre es la más segura de las defensas.

El Common Law es Derecho de origen y raíz genuina anglosajona. Es una forma legislativa no codificada.

Según Couture, es una concepción histórico-sociológica del ordenamiento jurídico.

La denominación Common Law se emplea para designar el Derecho vigente en Inglaterra. También, en un sentido más amplio, significa el Derecho tradicional que rige en los países anglo-sajones, por oposición a los cuerpos legales y códigos de raíz romana que rigen en los países europeos y americanos.

El Common Law representa la tradición jurídica inglesa. Las decisiones de las cortes de justicia fijan las reglas.

El Common Law desde fines del Medioevo, representa las normas que han venido siendo elaboradas por los clásicos-tribunales ingleses, normas que reciben el nombre tan utilizado en la práctica jurisdiccional, es decir, los precedentes.

El sistema inglés se forma de tres partes:

- a) Common Law;
- b) La Equity; y,
- c) Los Stutes o leyes parlamentarias.

Common Law.- Es la base del Derecho. Es Derecho consuetudinario. Su origen primario son los usos consolidados y desarrollados por la jurisprudencia. Tienen valor especial los llamados precedentes.

Equity.- Nace de la jurisprudencia del Tribunal Real, que decide los casos por arbitrio y equidad.

La Suprema Corte resuelve conforme al Common Law o a la equidad, dando preferencia a ésta sobre aquel.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la mayor parte de los Estados carece de Códigos; tienen en cambio recopilaciones de costumbres, de jurisprudencia o de los precedentes.

A falta de ley rige el Common Law, en la forma llamada del Case Law angloamericano. También impera el sistema de los precedentes.

En los Estados Unidos, la mayoría de los Estados, no tienen Códigos sino Consolidaciones. Sin embargo, Luisiana, por ejemplo, puso en vigencia el Código Napoleón desde el año de 1.824.

254. CODIGO MEXICANO.

México en el año de 1.870 sancionó para el Distrito Federal un Código Civil que fue adoptado por varios Estados.

Un nuevo Código se promulga el 30 de Agosto de 1.928 por el Presidente Calles, con vigencia desde el año de 1.932. Es Código con vigencia federal, adoptado por la mayor parte de los Estados, y constituye la legislación civil vigente en ese progresista y nacionalista país hermano.

Este Código tiene una factura moderna. Se inspiró en los Códigos Alemán, Suizo, Austríaco, Italiano y Portugués.

Ha sido calificado con bastante justicia como un "hermoso ensayo de Derecho Privado Social".

255. CODIGO ARGENTINO.

En 1.863 Mitre, que desempeñaba la Función Ejecutiva, encarga la redacción de un proyecto al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. Vélez tardó cinco años en la redacción del proyecto, que fue presentado por partes.

Sarmiento que sucedió a Mitre nombró a Vélez Ministro de lo Interior, y luego el Congreso, por Ley 340 de Septiembre de 1.869 aprobó el proyecto a "libro cerrado", para que rija desde el 1° de Enero de 1.871.

A Vélez se lo conoce con el nombre del "Codificador".

El Código Argentino está inspirado en la concepción racionalista del Derecho.

La estructura del Código Civil Argentino es la siguiente:

- a) Título Preliminar;
- b) Libro I: De las Personas;
 - I) Sección primera: De las personas en general;
 - II) Sección segunda: De los derechos personales en las relaciones de familia.
- c) Libro II.- De los derechos personales en las relaciones civiles:

- I) Sección primera: De las obligaciones en general. Extinción de las obligaciones.
 - II) Sección segunda: De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones.
 - III) Sección tercera: De las obligaciones que nacen de los contratos.
- d) Libro III.- De los derechos reales.
 - e) Libro IV.- De los derechos reales y personales.
- I) Sección primera: De la transmisión de derechos por muerte de las personas a quienes corresponda.
 - II) Sección segunda: Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común.
 - III) Sección tercera: De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales, por el transcurso del tiempo.

256. CODIGO DEL BRASIL.

En 1.899 se encomienda a Clovis Baviagua la redacción de un proyecto de Código para el Brasil, el mismo que fue sancionado por el Congreso, entrando en vigencia el 1° de Enero de 1.917.

Tiene la siguiente estructura:

- a) Parte general. Legisla sobre las personas, las cosas y los hechos jurídicos.
- b) Parte especial dividida en cuatro libros:

- I) Derechos de familia;
- II) Derechos sobre las cosas;
- III) Obligaciones; y,
- IV) Derecho de sucesión.

Tiene notable influencia del Código Alemán.

257. OTROS CODIGOS.

Los principales de los que tenemos noticia, son los siguientes:

1.- Código Prusiano.-

Iniciada su elaboración por orden de Federico II en 1.747, la labor es continuada hasta la conclusión por el Canciller Samuel Von Cocceij.

2.- Código Victoriano de los Estados Sardos.

Fue expedido en el año de 1.723.

3.- Código de Bulgaria.

Se expide en 1.904, inspirado en el Código Napoleón. A la fecha se le han introducido sustanciales reformas de tipo soviético.

4.- Código Chino.

Fue elaborado a base de los Códigos Alemán y Japoneses. Rige desde el 5 de Mayo de 1.930, respecto a las obligaciones y derechos reales, y desde el 5 de Mayo de 1.931, en lo relativo a la familia y a las sucesiones.

Ese Código de la China de Chan Kai Shek demuestra un interesante anhelo de armonizar los principios jurídicos tradicionales e inmemoriales de aquel vasto país, con principios de los países más modernos del mundo. Contiene interesan

tes declaraciones: por ejemplo, la moderna teoría de la imprevisión, o el estado de necesidad. Establece que en caso de un acto jurídico por el cual una persona, aprovechando las necesidades apremiantes de otra, hace prometer o realizar una prestación pecuniaria en condiciones tales que, en atención a las circunstancias económicas, la injusticia de la operación es evidente, el Tribunal puede por demanda del interesado, anular el acto jurídico o reducir la prestación.

5.- Código Civil Holandés.

Holanda primero adopta el Código Napoleón. Luego Kemper redacta un proyecto que, con modificaciones, es aprobado el 1° de Octubre de 1.938.

Se divide en cuatro libros:

Primero: Personas;

Segundo: Bienes y sucesiones;

Tercero: Obligaciones; y,

Cuarto: Pruebas y procedimientos.

6.- Código Civil Portugués.

Bajo la dirección de Antonio Luis de Seabra, Profesor de la Universidad de Coimbra, se redacta el Código que fue promulgado el 1° de Julio de 1.868.

Tiene notable influencia del Código francés.

7.- Código Griego.

Grecia prepara su Código desde 1.856 y lo expide en 1.900, basándose sustancialmente en el Código Napoleón.

Lo reemplaza en 1.946, por un Código de influencia alemana.

8.- Polonia.

Polonia adopta el Código Napoleón, en su integridad. Pero hoy el Código vigente contiene una mezcla de las disposiciones francesas y de las del Código Soviético.

9.- Código Rumano.

Se expide en 1.864. Es prácticamente una traducción del Código Napoleón.

10. Bélgica.

En 1.907 adopta el Código Napoleón.

11. Rumania.

Primero traduce y adopta el Código Napoleón en 1.865. Luego dicta un nuevo Código en 1.939.

12. Japón.

El Código Japonés fue redactado por los juristas Oume y Tomiti de la Universidad de Tokio. Rige desde 1.898.

Consta de cinco libros:

Primero: Principios generales;

Segundo: Derechos reales;

Terceño: Obligaciones;

Cuarto: Derechos de Familia; y,

Quinto: Sucesiones.

13. Canadá.

Adopta el Código Francés en 1.866.

14. Egipto.

Expide su Código Civil en 1.875.

15. Finlandia.

Adopta el Código Sueco en 1.919.

16. Código Boliviano.

En 1.843 Angel Ossorio preparó el proyecto del Código Boliviano, a base del Código Napoleón. Se expide y entra en vigencia en 1.845.

Es el primer Código en Sudamérica. La Corte Superior del Ecuador iba a adoptarlo para nuestro país, aunque finalmente se decidió por el chileno.

17. Código Peruano.

Perú, en 1.852 promulga su primer Código Civil. En 1.936, 30 de Agosto, dicta un nuevo Código que es el vigente.

18. Código de Uruguay.

El Código Uruguayo fue redactado por Tristán Narva^{ja} y puesto en vigencia el 18 de Julio de 1.868.

19. Colombia.

Adopta con ligeras modificaciones el Código Chileno, en el año de 1.887. En 1.978 dicta reformas fundamentales, sobre todo en lo relacionado con el Derecho de Familia.

Paraguay

Por ley de 27 de Julio de 1.889 adopta el Código Argentino.

Nicaragua.

Expide su Código en 1.904..

Panamá.

Dicta su Código en 1.916.

Costa Rica.

Dicta su Código en 1.888.

Guatemala.

El Código vigente es el del año de 1.937.

Honduras.

Dicta su Código en 1.880.

Venezuela.

Dicta su Código vigente en 1.942.



CAPITULO XXV

RENUNCIA DE LOS DERECHOS.

258. Extinción de los derechos

259. Renuncia de los derechos.

260. Legislación comparada.- -

261. Renuncia y no ejercicio.-

262. Renuncia expresa y tácita.

263. Repudiación.- 264. Enajenación y renuncia.-

258. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS.

Una persona es titular de una serie de derechos - subjetivos; pero esos derechos ordinariamente no se ejercen a perpetuidad. La persona deja de ser titular de ellos, y se dice que para ella se han extinguido.

La extinción resulta, ya de la voluntad del titular, ya de un acontecimiento.

Las formas de extinción que nos interesa estudiar en este capítulo, son las siguientes:

a) Renuncia de los derechos;

- b) No ejercicio de los derechos;
- c) Repudiación de los derechos; y,
- d) Enajenación de los derechos.

259. RENUNCIA DE LOS DERECHOS.

Por primera vez en este tomo nos corresponde estudiar una disposición concreta y vigente del Código Civil ecuatoriano, que es la que se refiere a la renuncia de los derechos. Tal disposición es del tenor siguiente:

Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.-

Es decir que una persona, como titular de un derecho, de algo que le pertenece, puede si lo quiere, ejercer ese derecho; exigir que se lo respete. Pero puede también desprenderse de ese derecho, aún cuando esta última facultad no podrá ejercer siempre. Hay casos en que la ley, por principios de orden público, no permite que el sujeto se desprenda de ciertos derechos.

O, dicho en otras palabras, no todo derecho es renunciable, y esto para nuestro Código basado en principios individualistas, en los que la autonomía de la voluntad tiene trascendental importancia.

Los derechos pueden tener su origen en la ley, en la voluntad de las partes, como ocurre normalmente con los que se originan en los contratos, o pueden nacer de un hecho o acto jurídico, como ocurre con los delitos o cuasidelitos (términos estos últimos que los usamos por pertenecer a la legislación vigente, o pueden originarse derechos sucesorios, -

en el hecho de la muerte del causante.

Dentro del sistema burgués liberal, los derechos individuales son legalmente renunciables, por principio, por cuanto cada uno puede hacer de su persona y bienes lo que mejor le parezca. Los individuos son mundos creados en sí mismos. No hay interdependencia social. Para ese individualismo, la sociedad es un mal necesario. El gobierno que mejor gobierna, es el que menos gobierna. Dejar hacer, dejar pasar.

Pero, aún dentro de ese sistema liberal no son renunciables los derechos que miran a la organización de la sociedad; los derechos constituidos en instituciones; los garantizados por normas de orden público o social, como el derecho a la vida, a la libertad; los derechos de familia.

La evolución ha hecho que se expandan las fronteras de lo social y de lo público y que se reduzcan los llamados netamente individuales o privados.

La renuncia de un derecho es una declaración unilateral, dirigida a abandonar el derecho. Esa voluntad puede constituir una causa suficiente de extinción, al tratarse de determinados derechos.

La renuncia presenta las siguientes características:

- a) Es un acto abdicatorio;
- b) Es un acto unilateral;
- c) Es abstracto, en el sentido de que el acto vale por sí mismo con prescindencia de los fines o móviles que haya tenido en mientes el autor;
- d) Es acto irrevocable; y,
- e) Es acto voluntario.

Pero, concretándonos a la renuncia de derechos permitida por el Art. 11 del Código Civil vigente, tenemos que destacar las siguientes características:

Primera: Para que el derecho sea renunciable tiene que ser uno conferido por la ley positiva.

Hemos dicho ya que los derechos pueden tener su origen en la ley, pero también en la voluntad de las partes y en hechos jurídicos.

Pueden renunciarse solamente los derechos conferidos por las leyes que miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia?. O, hecha la pregunta en otra forma: Sólo son renunciables los derechos conferidos por las leyes, y por tanto son irrenunciables si nacen o se originan en la voluntad de las personas?.

La respuesta es indudablemente negativa. Todo derecho que sólo mire al interés individual y cuya renuncia no esté prohibida, es renunciable, porque realmente todo derecho tiene su origen indirecto en la ley.

Segunda: La renuncia no debe estar prohibida.

La Corte Suprema de Justicia, ha extendido demasiado el concepto de institución pública o interés general en el concepto que se transcribe a continuación y con el cual no compartimos:

"... No se puede renunciar al derecho de usufructo que corresponde al padre sobre los bienes de los hijos, - considerado el usufructo como institución pública de interés general...." (Serie IV. No. 185).

Nuestro criterio es de que puede aceptarse la renuncia de intereses o derechos cualquiera que sea su origen - siempre que sólo miren al interés privado del renunciante; que la renuncia no afecte al interés público o a derechos de terceros y que no esté prohibida su renuncia. Y que, por lo mismo, son irrenunciables los derechos que no miren al interés - privado del renunciante, cualquiera que fuese su origen.

Redactada de otro modo la disposición, se evitarán interpretaciones que puedan ser peligrosas, en el sentido de que la prohibición de renunciar ciertos derechos pueda referirse sólo a los conferidos por una ley expresa, positiva y vigente.

Por ello sugerimos esta nueva redacción para la regla en estudio:

Art. RENUNCIA DE LOS DERECHOS.- Pueden renunciarse -
derechos que miren sólo al in-
terés privado del renunciante;
que la renuncia no afecte al -
interés público o a derechos -
de terceros y que no esté pro-
hibida su renuncia.-

260. LEGISLACION COMPARADA.

Proyecto de Bello:

Art. 15.- Los individuos no pueden estipular cosas contrarios a las buenas costumbres ni a las leyes que regulan la organización política y judicial de Chile, ni a las prohibiciones de las leyes.

Pero podrán renunciar cualquier derechos que les confieren las leyes, siempre que mire a su interés o conveniencia individual y que no esté prohibida su renuncia.

No puede renunciarse ningún derecho establecido en favor de las buenas costumbres o del orden público.

Código Argentino.-

Art. 19.- La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrá renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

Art. 21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Art. 372.- Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser objeto de una renuncia.

Código Mexicano.-

Art. 6°.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

Art. 7°.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

Código de Chile.-

Art. 12.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

261. RENUNCIA Y NO EJERCICIO.

No es lo mismo la renuncia que el no ejercicio de un derecho. La renuncia implica un acto expreso, activo. El no ejercicio de un derecho es un acto pasivo.

Hay derechos que la persona no puede renunciar por que, como hemos dicho, no miran sólo a su interés individual o está prohibida su renuncia; pero una persona puede perfectamente no poner en ejercicio sus derechos, cualquiera que sea su naturaleza.

Es irrenunciable el derecho de demandar un divorcio, por ejemplo, pero nadie podrá sostener que todas las personas casadas tienen necesariamente que ejercer ese derecho y proponer la correspondiente acción. Ello además de absurdo, atentaría al orden público interesado en la estabilidad de la familia.

Cabe abstención, es decir, no ejercicio de un derecho, si con esa actitud se causan perjuicios a terceros?. Parece que no.

262. RENUNCIA EXPRESA Y TACITA.

La renuncia de derechos presupone la existencia de una voluntad libre. En el ejercicio de ese derecho de manifestar la voluntad, una persona puede pronunciarse formalmente manifestando su deseo de hacer valer en su favor un derecho, siempre que esa actitud sea posible. No podría, por ejemplo renunciarse una ley, porque ello equivaldría a derogar la voluntad legislativa; pero puede renunciar a ciertas garantías que nazcan de las leyes.

En el No. 260 de este Capítulo, vimos como con acierto los Códigos Argentino y Mexicano establecen expresamente que no se puede renunciar a las leyes.

La renuncia puede ser también tácita, en tanto resulte de actos que revelen claramente la intención de abando-

nar un derecho, ya que es incompatible el ejercicio de esos - actos con el ejercicio del correspondiente derecho.

Pero la renuncia de un derecho no puede nunca presumir se, aunque la facultad de renunciar constituya la regla y la irrenunciabilidad constituya la excepción.

263. REPUDIACION.

La repudiación es una de las formas de renunciar - un derecho.

Se define a la repudiación como un acto jurídico - unilateral y abdicativo encaminado a impedir la adquisición - de un derecho, o a extinguirlo irrevocablemente, sin necesidad de pasarlo expresamente a otra persona.

El caso más claro de repudiación se presenta cuando, fallecida una persona, se produce la delación de herencias o legados, esto es, la facultad del sucesor de aceptar o de repudiar tales herencia o legado.

Como la repudiación es acto esencialmente voluntario y libre, y nadie puede obligar a una persona a recibir - una asignación contra su voluntad, no hay inconveniente de que se repudie la asignación.

264. RENUNCIA Y ENAJENACION.

La renuncia no debe confundirse con la enajenación. Por la enajenación se asigna necesariamente un derecho a favor de otra persona, lo cual no ocurre con la renuncia, como hemos visto anteriormente.

Pero la enajenación es también una de las formas - de extinguir los derechos.

Dos son los elementos de la enajenación: el desprendimiento de uno y la adquisición de otro.

La enajenación, como la renuncia, tienen que ser voluntarias. Sólo en sentido figurado, dice Ruggiero, puede hablarse de enajenación forzosa en la expropiación, porque en ella falta la libre voluntad del titular que pierde su derecho.

Si alguien adquiere lo que ha sido objeto de renuncia por parte de un anterior titular, lo hace a título originario.





CAPITULO XXVI

ABUSO DEL DERECHO:

Antecedentes.

265. Antecedentes.- 266. Ejercicio de los derechos.- 267. Absolutismo de los derechos.- 268. Relatividad de los derechos.- 269. Acto excesivo.- 270. Actos de emulación.- 271. Actos irregulares.- 272. Colisión de derechos.- 273. El uso inocuo.- 274. El acceso forzoso.- 275. El principio del mal menor.-

265. ANTECEDENTES.

Dentro del concepto individualista del Derecho, los derechos subjetivos son las facultades que la ley reconoce al individuo para que éste los ejerce libre y discrecionalmente,

como mejor le parezca, y sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos.

Pero los derechos no pueden utilizarse para un fin cualquiera, sino tan sólo en función de su carácter, del papel social que ellos están llamados a desempeñar. No pueden usarse sino para un fin legítimo y en razón de un motivo legítimo también.

El concepto cristiano de la vida ha contribuido poderosamente a conseguir el debido uso de las prerrogativas que la sociedad entrega a sus asociados, mediante esa extraordinaria norma de conducta que se llama caridad, es decir, el amor a los demás.

El ejercicio de un derecho, en principio, no puede acarrear responsabilidad para que el actúa basándose en esa prerrogativa que le confiere la ley. En cierta forma el derecho subjetivo confiere la irresponsabilidad, ya que la responsabilidad está ligada a la falta, y quien ejerce un derecho, no comete una falta.

Durante mucho tiempo estas doctrinas fueron aceptadas sin discusión; pero a fines del último siglo, nuevos pensamientos extraídos de las decisiones de los tribunales, han permitido encontrar problemas fundamentales, y han inducido a los juristas a observar el libre ejercicio de los derechos en otra forma. La discusión ha sido ardua.

Teniendo en cuenta el ordenamiento legal-positivo y el ordenamiento moral de la sociedad, se comete abuso cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero en realidad, el que obra sale de los límites impuestos por la justicia, la equidad, la razón, y la obligación de contribuir al bien común.

En este capítulo preliminar a la teoría del abuso del derecho, consideramos brevemente otras figuras que se relacionan íntimamente con esa moderna teoría, de modo que el campo esté suficientemente preparado para entrar de lleno en la materia.

Por ello trataremos de las siguientes materias que las consideramos previas:

- a) Ejercicio de los derechos;
- b) Absolutismo de los derechos;
- c) La relatividad de los derechos;
- d) El acto excesivo;
- e) Los actos de emulación;
- f) Los actos irregulares;
- g) La colisión de derechos;
- h) El uso inocuo de lo ajeno;
- i) El acceso forzoso; y,
- j) El principio del mal menor.

266. EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

Hemos dicho ya en los antecedentes que sólo pueden ejercerse los derechos dentro de cierto espíritu y para un fin legítimo. Nadie podría admitir, que en el ejercicio de esas prerrogativas se proceda de otra manera.

En materia de Derecho Público los actos administrativos pueden estar viciados por la desviación del poder cuando no se toman en cuenta los postulados fundamentales del bien común que debe perseguir el Estado como uno de sus fines fundamentales. No puede un funcionario público ejercer los poderes que le fueron conferidos, en beneficio propio o particular, o en beneficio de un grupo al que se pertenezca; tiene que en derezar sus actos hacia la utilidad pública.

En Derecho Privado, el titular de un derecho no podrá usar caprichosamente, a su arbitrio, sus prerrogativas, olvidándose que forma parte de un conglomerado social al cual se debe.

El ejercicio de un derecho subjetivo consiste:

- a) En el disfrute de ese derecho, usándolo o realizando de hecho su contenido;
- b) En hacerlo valer contra terceros;
- c) En disponer de la prerrogativa.

El ejercicio de un derecho consiste, pues, en la actuación práctica del contenido del mismo; en la ejecución de actos que nos faculta su contenido.

267. ABSOLUTISMO DE LOS DERECHOS.

Hay quienes sostienen que todo derecho privado es absoluto, en sentido de que confiere al titular la facultad de actuar en su interés personal, sin preocuparse del interés social. Que corresponde a la ley asegurarse de que las prerrogativas acordadas al titular del derecho no sean contrarias al orden público. Pero que, si esa preocupación no la tuvo el legislador, el ciudadano particular ya no tiene obligación alguna de preocuparse por las consecuencias que deriven del ejercicio de su derecho.

Que no se puede pedir, a quien ejerce su derecho - que se preocupe del interés social. El derecho está acordado para conceder una situación privilegiada a su titular.

La teoría del absolutismo del derecho recibió gran impulso en la "Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano", como producto de la Revolución Francesa. Ese Derecho revolucionario miró al hombre y se olvidó de la sociedad.

268. RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS.

La teoría de la relatividad de los derechos fue se

guida por Jossérand. (De L' esprit des droits et de leur relativité - 1.927).

Esta teoría se halla consagrada en el Art. 10. del Código Civil Soviético?. Lo transcribimos para que se resuelva si hay o no tal consagración:

Código Civil Soviético:

Art. 10.- Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en el caso de que ellos son ejercidos en sentido contrario a su destino económico y social.

Otros tratadistas, en cambio sostienen, que la teoría de la relatividad de los derechos, tiende a destruir la fuerza de los derechos privados.

Quienes así opinan, están admitiendo al mismo tiempo la existencia de derechos absolutos, no causados o amorales.

Nos parece que no podría sostenerse con acierto otro criterio que, todo derecho subjetivo es limitado. No caben derechos privados ilimitados, porque de haberlos, no sería posible el orden social.

El hombre, sujeto de derechos, lo es también a la vez sujeto de obligaciones, de las obligaciones correlativas. No se concibe una sociedad en la que existan únicamente derechos; como tampoco se concibe una sociedad en la que existan únicamente obligaciones.

Pero los derechos subjetivos no se limitan únicamente al interés de la sociedad, sino también en favor de las otras personas particulares, es decir, en favor de nuestros semejantes.

La concepción absolutista de los derechos está totalmente abandonada. Los derechos se realizan en un medio social, en una comunidad organizada, en la que los derechos de unos tienen que estar en armonía con los derechos de los demás.

Los derechos que son concedidos por la sociedad, - por el Estado, tienen una misión que llenar.

Los derechos tienen que utilizarse de modo que no generen injusticia. De otro modo los titulares al ejercerlos se harían responsables de posibles víctimas.

En esta forma se constituye la teoría de la relatividad de los derechos, que no es nueva. Coviello la llama - "fórmula nueva de viejos conceptos".

Entre los Códigos que aceptan la relatividad del - derecho, podemos citar a los siguientes:

Alemán (Arts. 226 y 826);

Suizo (Art. 20.);

Soviético (Art. 10.);

Chino (Art. 148); y,

Libanés (Art. 124).

269. ACTO EXCESIVO.

Se dice que el acto es excesivo cuando el benefi - cio que de él se obtiene o el perjuicio que con él se causa, a pesar de obrar conforme a derecho, excede de la medida normal de convivencia humana.

Existiendo derechos protegidos de lado y lado, se trataría de una cuestión de hecho, que tiene que ser considerada como tal por los jueces.

270. ACTOS DE EMULACION.

Los actos de emulación implican una especie de competencia para igualar o superar a otros.

Se critica la denominación misma -no sólo el contenido- de esta institución.

En la Edad Media se denominaban actos de emulación a los que se realizaban mediante suficiente intención de quien los ejecuta, y que estarían comprendidos normalmente en el ejercicio de un derecho; pero la realización de esos actos no reportaban utilidad suficiente y tenían siempre por objeto - causar perjuicio a un tercero.

Código Italiano.

Art. 883. El propietario no puede efectuar actos - que no tengan otro fin que el de molestar o perjudicar a otros.

Código Prusiano.-

Art. 1.794.- El que usa un derecho, sin exceder - los justos límites de éste, no está obligado a reparar el daño causado a otro, por el ejercicio de ese derecho.

Código Venezolano.-

Art. 1185. Debe igualmente reparación quien ha cau - sado daño a otro excediéndose en el ejercicio de sus derechos, de los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vis ta del cual le ha sido conferido ese derecho.

Duguit: En una sociedad los derechos subjetivos - son derechos funciones. Si al derecho no se le da la función que le corresponde, hay abuso.

271. ACTOS IRREGULARES.

Al ejercer un derecho una persona puede ejecutar - un acto que exceda de las prerrogativas que le concede ese de - recho. Esa persona está, entonces, cometiendo una falta.

Para Planiol hay logomaquia al hablar del abuso - del derecho: Si uso mi derecho -dice- el acto es lícito, es regular; si obro sin derecho, el acto es ilícito; es irregu - lar.

De todos modos el derecho termina donde comienza el abuso.

Pero, un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario a Derecho. Por lo mismo hay que tener mucho cuidado con la categoría de los actos irregulares.

Habíamos dicho anteriormente que la teoría de los derechos absolutos, o del absolutismo de los derechos subjetivos y privados está abandonada; la vida de las sociedades es una lucha perpetua y universal; la historia de los pueblos es la historia de las guerras sostenidas atrás de una dominación, que mirada con buen juicio, no tiene sentido. Toda acción, todo hecho de trabajo, es una competencia económica y social. Todo hombre que adquiere una superioridad, busca afanosamente perjudicar a los demás.

No es posible dejar de considerar como acto irregular a las guerras, a la ambición personal, a la dominación de hombres o pueblos.

Tampoco puede considerarse como regular a un acto que se realice en forma distinta de la normalmente acostumbrada en una sociedad, que se halla sujeta a normas, a la equidad, a la justicia, y en la que inclusive parte de leyes que no cumplen con esos principios han caído en desuso.

272. COLISION DE DERECHOS.

La colisión, se presenta en el caso de concurrencia de dos o más derechos pertenecientes a distintos titulares, pero que recaen sobre el mismo objeto, impidiendo el ejercicio simultáneo de los dos derechos protegidos a la vez.

Cuando varios derechos concurren, de tal suerte que el ejercicio del uno excluye o perjudica el ejercicio del otro, se habla de la colisión de derechos.

Cuando no existe ni jerarquía, ni distinción para establecer un orden de preferencia, aparece entonces con claridad la colisión, porque si existía jerarquía diversas entre

varios derechos en conflicto, el de menor jerarquía tiene que ceder al de mayor jerarquía.

La colisión se presenta cuando en el ejercicio de un derecho o la utilización de las facultades que le son propias, impide el normal ejercicio de derechos de otro o la utilización de facultades o prerrogativas. Pero es necesario para ello que ambos derechos estén igualmente protegidos.

Todo derecho igualmente protegido, merece igual respeto.

Si los derechos que están en pugna no son de igual jerarquía, no hay problema. Todo se resuelve estableciendo precisamente cual es la jerarquía de cada uno.

Pero lamentablemente, todavía existe en nuestro sistema y en toda nuestra cultura un sistema equivocado de establecer la jerarquía de los derechos. Al tratarse de un problema de gran actualidad, por ejemplo, de la edificación o plantación en terreno ajeno, generalmente abandonado por su dueño en espera de una antisocial plusvalía, se considera derecho de mayor jerarquía jurídica al derecho de dominio sobre el terreno, y de menor jerarquía al trabajo empleado por el precarista para hacer producir la tierra o para edificar una vivienda de tipo social. Entonces se hace respetar el derecho de mayor jerarquía procediendo a desalojos, con la consiguiente alteración de la paz social.

Cuando los derechos en pugna son de igual jerarquía, entonces habría de buscar un entendimiento razonable, procurando la voluntaria conciliación o armonía entre las partes; conciliación que indudablemente implicará cesión o renuncia de los dos titulares en pugna.

Como esa conciliación será a veces muy difícil, podría acudir al procedimiento arbitral, es decir, encargar a una tercera persona, con suficientes conocimientos sobre la materia y de alta jerarquía moral, que busque una fórmula intermedia que lesione en el menor grado posible a los dos contendientes.

Por último, si ni siquiera ese procedimiento es posible para solucionar el conflicto habrá que someterlo a la resolución de la Función Jurisdiccional que tendrá que obrar aplicando las reglas de la equidad y de la sana crítica, en un fallo que cause el menor daño posible.

273. EL USO INOCUO.

El uso inocuo es el derecho de aprovechar de una cosa ajena, sin que el hecho constituya un acto ilícito, mucho menos un delito en contra de la propiedad, de aquellos tipificados por el Código Penal como robo o hurto.

Pero entonces el problema es realmente serio, sobre todo por el concepto absoluto que actualmente configura a la propiedad privada.

El que usa de cosa o derecho ajeno debe hacerlo por razones de especial necesidad o utilidad, sin causar perjuicio al dueño, o cuando menos, sin causarle un perjuicio de alguna importancia.

En determinadas condiciones el acto realizado por el no dueño de la cosa es lícito y legítimo, aunque no medie ni autorización ni tolerancia del dueño. Pero tiene que ser inofensivo e inocuo, es decir, sin causar perjuicio al propietario de la cosa o al titular del derecho. Ejemplo: Una persona construye una carretera para su comodidad: Qué perjuicio pueden causar los vecinos en andar a pié por ese camino?.

Una persona puede aprovechar de los frutos que por su excesiva madurez caen del árbol sin que sean recogidos por el dueño, y que si permanecen por corto tiempo en el suelo se pudrirán, y perderán toda utilidad tanto para el dueño, como para terceros. Ese aprovechamiento, puede considerarse ilícito?.

En el caso del ejemplo hay notable utilidad para el no dueño que se aprovecha de los frutos caídos para su alimentación y subsistencia, y no hay ningún perjuicio para el dueño, y acaso puede existir hasta un beneficio, si se toma -

en cuenta que los frutos podridos pueden constituir una verdadera molestia.

Nuestro Código no consagra en ninguna de sus disposiciones esa facultad como un derecho concreto.

Tampoco es delito porque el acto tipificado como infracción por la ley penal que más se le acerca, es decir por el hurto, requiere que la sustracción de la cosa sea fraudulenta.

El que toma frutos abandonados no comete fraude; no hay engaño, sino el inocente recogimiento de algo que está por desperdiciarse; no hay ninguna inexactitud consciente, ni menos intención de causar daño al propietario.

274. EL ACCESO FORZOSO.

El acceso forzoso es la facultad que tiene una persona para irrumpir en pertenencia ajena, en caso de necesidad manifiesta y sin causar daño al propietario.

Se trata, en cierta forma, de inobservar la exclusividad del dominio, o de desconocer el absolutismo de cualquier derecho ajeno. Por ejemplo, el hecho de traspasar el lindero de una propiedad, por evidentes razones de necesidad, y sin que medie la intención de causar daño.

Como ejemplo citaremos las siguientes disposiciones:

Código Civil Italiano.-

El propietario debe permitir el acceso y paso en su fundo, siempre que ello sea de reconocida necesidad, a fin de construir o reparar un muro y otra obra propia del vecino, o común.

Si el acceso causa daño, se debe una adecuada indemnización.

El propietario debe, igualmente, permitir el acceso a quien quiera recobrar la cosa que le pertenece y que se encuentra accidentalmente allí o el animal que se ha refugiado huyendo de la custodia.

El propietario puede impedir el acceso, entregando la cosa o el animal.

Nuestro Código.

Art. 884.- El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla.

Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en una heredad vecina, tiene derecho de tránsito - para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.

Es decir, que en este caso se establece el derecho a un acceso forzoso para el que, teniendo derecho a conducir aguas por un predio ajeno en virtud de la servidumbre de acueducto ya establecida anteriormente, podrá ejercer el derecho de paso, sin necesidad de establecer previamente la servidumbre de tránsito.

Esta clase de disposiciones de indudable contenido social y de convivencia humana son raras en el Código Civil, - que establece una propiedad privada como un derecho sagrado, absoluto e intocable y que carece de normas que procuren la convivencia entre los hombres.

Por eso la parte que con más urgencia debe ser revisada en el Código es la relativa a las limitaciones del derecho de dominio, para hacer de ese derecho un derecho humano, compatible con las exigencias del mundo contemporáneo, social, y de convivencia entre los miembros de la sociedad.

El Código vigente habla de limitaciones del derecho de dominio, pero sus normas se refieren no precisamente a limitar el poder absoluto de aprovechamiento económico, sino más bien a garantizar el dominio en beneficio de las clases -

dominantes.

275. EL PRINCIPIO DEL MAL MENOR.

Por el principio del mal menor se concede facultad a una persona para aprovechar de una cosa ajena, o para ejercer una facultad que esté en oposición a un derecho ajeno vigente, con el único objeto de salvaguardar un bien de un mal inminente, o un interés jurídico de mayor valor que el derecho ajeno invalido o molestado.

Es decir, hay un interés jurídicamente protegido, frente a una necesidad de inmediata solución, pero que no dispone de medios jurídicamente protegidos para evitar el mal inminente. En este caso, quien quiera salvarse del mal ha de causar una molestia, un quebranto de los derechos jurídicamente protegidos a favor de un tercero.

Pero en todo caso el beneficio que se trate de obtener o el mal que se trate de evitar, han de ser significativamente mayores que el quebranto o molestia que se llegue a causar al titular del derecho, o al propietario de una cosa - que se utilice sin el debido consentimiento.

Ejemplo: un familiar que se ve forzado a tomar un medio de transporte ajeno, por ser el único capaz de salvar la vida de un accidentado; sabiendo que quien lo tome, está listo a indemnizar generosamente la utilización del medio ajeno, que haya tenido buen cuidado de hacer saber al dueño que utilizó su bien.

No podría considerarse como de mayor protección jurídica el respeto del medio ajeno de transporte, en comparación con la vida de un accidentado o de un enfermo grave.

En este caso el mal mayor es la muerte del enfermo grave o del accidentado; el mal menor el haber tomado un bien ajeno sin el expreso consentimiento de su dueño. Los dos intereses jurídicamente protegidos tienen una jerarquía muy diferente: el derecho de propiedad de un vehículo, frente a la-

vida de una persona.

Claro que el dueño del vehículo o de otro medio de transporte que no mantenga buenas relaciones de parentesco o de amistad con la víctima del siniestro o con el enfermo grave, no se sentirá obligado en forma alguna a permitir el uso de su bien, para salvar la vida de un extraño.

Pero esa forma de pensar solamente puede justificarse si se sigue asignando a la propiedad un derecho absoluto y egoísta. No ocurrirá lo mismo si a la propiedad del medio de transporte se le da un sentido social, de convivencia, de hermandad.

Claro que el propietario de una cosa que no mantiene determinadas relaciones que le obliguen especialmente al - que esté en grave peligro no tiene obligación, jurídicamente hablando, para permitir el uso de una cosa.

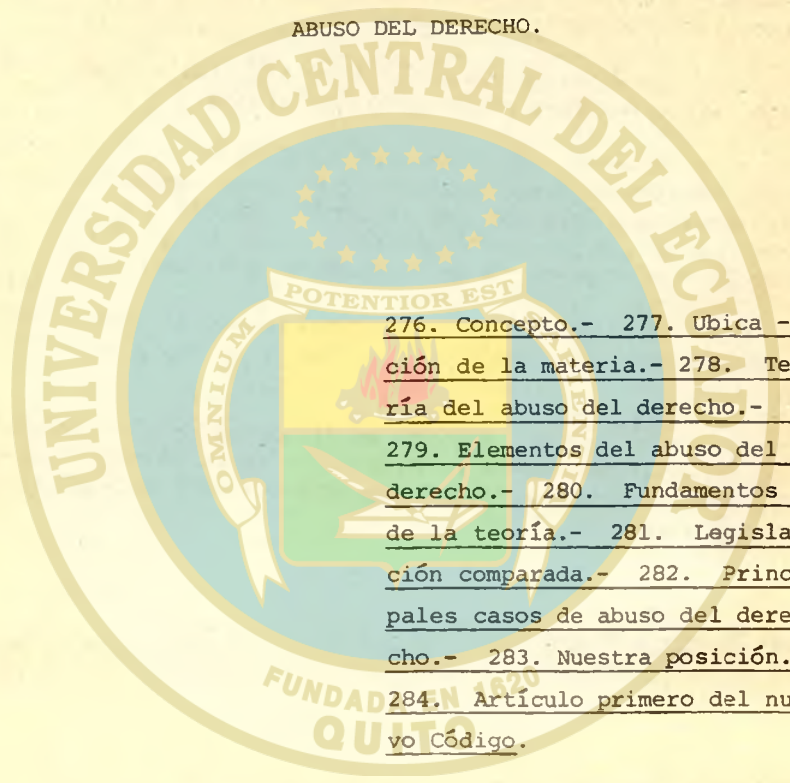
Al mismo tiempo, el que usó de una cosa está lesionando un derecho protegido por la ley. Pero en todo caso causa un mal mucho menor que el que se trata de evitar.

Puede una persona soportar tranquilamente el infortunio, si para conjurarlo está en sus manos el remedio, aún cuando de algún modo cause incomodidad o lesione un derecho protegido, siempre que la molestia o el derecho sean menores que el daño que se avecine?.

FUNDADA EN 1922
QUITO

CAPITULO XXVII

ABUSO DEL DERECHO.

The seal of the Universidad Central del Ecuador is a large circular emblem in the background. It features a blue outer ring with the text "UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR" in white. Inside the ring is a shield with a yellow upper half and a green lower half, separated by a white banner that reads "POTENTIOR EST". Above the shield is a semi-circle of twelve yellow stars. Below the shield is a white banner that reads "OMNIUM". At the bottom of the seal, the text "FUNDADA EN 1620" and "QUITO" are visible.

276. Concepto.- 277. Ubicación de la materia.- 278. Teoría del abuso del derecho.- - 279. Elementos del abuso del derecho.- 280. Fundamentos de la teoría.- 281. Legislación comparada.- 282. Principales casos de abuso del derecho.- 283. Nuestra posición.- 284. Artículo primero del nuevo Código.

276. CONCEPTO.

El abuso del derecho es un apasionante tema que se lo plantea de esta manera: todas las legislaciones sancionan al que causa un daño; pero si en el ejercicio de un derecho propio (aún usando redundancia en la frase), se causan daños, hay siempre responsabilidad?.

Olvidémonos de los actos en los que hay intención positiva de causar daño, o de los actos culposos que, por falta de previsión, cuidado u observancia de leyes o reglamentos, dan como resultado que sobrevenga un daño, y pensemos solamente en los actos que sin la menor intención o culpa de ocasionar un daño, de hecho lo producen.

Está obligada la víctima a soportar el daño?. El que lo causó no tiene responsabilidad alguna?.

Para el individualismo jurídico es evidente el derecho del titular a realizar cualquier acto y cuyas consecuencias tienen que soportar los terceros. El que ejercita su derecho -se dice- no puede incurrir en responsabilidad. Incluso se dice: quien usa de su derecho, a nadie ofende.

El ejercicio de un derecho propio es legítimo, aún cuando se ocasionen daños, de los cuales no hay que indemnizar.

Sin embargo de todo lo dicho, tanto en el Derecho Moderno, como en el Derecho Clásico se habla ya del abuso del derecho, aún cuando la teoría se conforma definitivamente en las tendencias del mundo contemporáneo.

Así, en el Derecho Romano se habla de que el máximo derecho es la máxima injuria; de que la malicia no merece indulgencia; de que no debemos usar mal o torcidamente de nuestro derecho.

El Digesto libera de responsabilidad al que, cavando en su terreno desvía la fuente del vecino, solamente cuando lo ha hecho para mejorar su propio campo y no haya tenido la intención positiva de perjudicar al vecino.

Lamentablemente los principios filosóficos y jurídicos que inspiraron la Revolución Francesa y el Derecho Positivo que nace de esa Revolución, implican un notable retroceso a lo que, desde el Derecho Romano, y posteriormente en la Edad Media, se había ya mentalizado acerca del abuso del derecho.

277. UBICACION DE LA MATERIA.

Distinguidos tratadistas colocan a la teoría del - abuso del derecho como parte integrante de la institución de la propiedad privada, seguramente porque alrededor de ese derecho, el mas trascendental e importante entre los derechos - subjetivos y privados, es donde con mayor frecuencia se come ten abusos, en búsqueda de utilizar los bienes materiales que injustamente detentan ciertas clases sociales, las menos nume rosas, para fines de dominación.

Pero el abuso del derecho no solamente se refiere al derecho de propiedad sino a todo otro derecho, tanto real, como personal, para el caso de que se acepte esta clasifica - ción de los derechos, clasificación controvertida en el Dere - cho contemporáneo.

Los derechos patrimoniales, como ciertos derechos de familia, las garantías constitucionales, como los derechos sindicales, pueden llegar a ejercerse abusivamente, en forma tal que reclame su correctivo jurídico.

Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con uno de los más trascendentales derechos, el de la libertad indivi - dual. Bien usado ese derecho es uno de los bastiones de la sociedad. Pero el indebido uso del mismo puede convertirse - en libertinaje y ser fuente de abusos e injusticias. La liber tad de expresión en el momento en que sea mal empleada se con vierte en fuente de calumnias, y a su vez, el derecho de las personas de conservar su honra, pasa a ser una mera declara - ción teórica.

En definitiva, en cualquier lugar en que miremos - el ejercicio de un derecho podemos detectar el peligro de - que no se respete a los demás, creando perjuicios que lamenta blemente no estén sancionados expresamente por la ley positi - va, porque no haya mediado dolo, ni culpa, ni se hayan inob - servado expresas disposiciones legales.

Por tal razón, apartándonos del parecer de distin - guidos jurisconsultos y tratadistas, ubicaremos la materia de

nominal del abuso del derecho en la parte general, que comprende materias de aplicación para todos los campos del Derecho.

Por otra parte consideramos de tal trascendencia a la teoría del abuso del derecho, que queremos comenzar con ella el primer tomo de nuestra obra y sugerir, como se hará -mas adelante, un artículo que condene ese abuso y que será el primero del nuevo Código que nos proponemos sugerir.

278. TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Para la teoría del abuso del derecho, habrá tal - abuso cuando su titular disimula, bajo el ejercicio de un derecho, un acto lícito, que a pesar de serlo, sin embargo no - figura o no debe figurar normalmente en el contenido del mismo.

En ese caso se estaría en el límite entre lo lícito y lo ilícito, de modo que si se diera un paso mas allá de lo lícito, ya no se trataría del abuso del derecho, sino de una figura delictiva, o cuasidelictiva.

Por lo mismo, hay abuso del derecho, cuando el titular ejerce un derecho propio, pero excediéndose de las condiciones normales. Es decir, cuando se abusa de las prerrogativas legales y con ello se causa perjuicio a terceros.

El daño, sea o no intencional, no puede ser tolerado en la sociedad.

No hay realmente exageración -a nuestro juicio- cuando se configura la teoría del abuso del derecho proscribiendo el uso de una facultad legítima, amparada por una norma, pero que no esté conforme a la misión social que concierne al Derecho.

Todos están de acuerdo en que la vida en sociedad impone que el ejercicio de los derechos que hagan los particulares represente la represión del egoísmo, de la mala fe, de la decidia y hasta de meras inadvertencias que podrían ocasio

nar daños a terceras personas.

La ley debe solucionar satisfactoriamente el conflicto intersubjetivo de intereses entre el causante y la víctima del daño. Pero en la determinación precisa de la fórmula legislativa, las opiniones se han diversificado.

Aparte de las diferencias ya técnicas, ya de criterios, se asiste en realidad a otro episodio de la controversia, intensificada en estos últimos tiempos a propósito del contenido, y a veces hasta del reconocimiento mismo, de los derechos subjetivos.

En el conflicto entre el personalismo y el transpersonalismo, tan candente y tan contemporáneo, también se encuentra implicado todo lo atinente al abuso del derecho.

Concebido cada derecho subjetivo como un conjunto de facultades, poderes y atribuciones, para obrar o abstenerse y para pretender el amparo estatal, conjunto fundado en el Derecho Positivo y amparado por éste, aflora la cuestión del mal uso o del uso abusivo de tales facultades en perjuicio de alguien; del ejercicio de poderes, autorizaciones y pretensiones, es decir, del abuso del derecho, en perjuicio de terceros.

La expresión "abuso en el ejercicio de los derechos", es mas satisfactoria que la de "abuso del derecho". Así se eliminaría una de las principales objeciones a la teoría, como veremos luego.

Para evitar a esas críticas, nos estamos refiriendo a la facultad (derecho subjetivo) y no a la norma positiva. Es decir, a la potestad, a la pretensión subjetiva. El ejercicio abusivo de esa facultad, autorización o pretensión, integra el contenido de la teoría del abuso del derecho.

Es indudable que no se puede dañar impunemente a otro. Pero este hecho cierto nos lleva a formular una interesante pregunta: siempre será necesario para el abuso del derecho que se produzca un daño?. Parece que extender la teoría-

del abuso, aún para casos en que no se produzca daño sería ex tremar los criterios y no es esa nuestra intención. Creemos que hay abuso del derecho cuando se ejerce una facultad de un modo socialmente reprochable, y además, se causa un perjuicio a un tercero.

Saleilles: Un acto, cuyo efecto no puede ser sino perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para aquél que lo ejercita no puede jamás constituir un ejercicio lícito de un derecho.

Pero el abuso del derecho es sutil, casuístico. Es facil confundirlo con actos ilícitos o culposos.

El abuso del derecho tiene que moverse dentro de un marco absolutamente legal, legítimo, pero vulnerando el principio de sociabilidad, de humanidad, de piedad, de necesidad, de convivencia.

Puede lanzarse al inquilino que no tiene con que pagar, en un momento dado, a la calle, colocando en ella sus modestas pertenencias?.

Puede un acreedor rico dejar en la miseria al deudor que pide unos días de respiro?.

Esas son, indudablemente, pugnas entre el Derecho y la Moral.

El ejercicio abusivo de los derechos tiene una característica difícil, en virtud de la multiplicidad de las teorías objetivas, subjetivas o mixtas, que pretenden explicar la institución.

Al abuso del derecho se define como el ejercicio de una facultad sin suficiente beneficio para el titular y con perjuicio para terceros.

Hay que distinguir a esa figura de los delitos o cuasidelitos en que siempre se presenta o dolo o culpa.

La ley no puede amparar el ejercicio abusivo de

los derechos, en tanto ese ejercicio contradiga los fines que impulsaron al legislador para expedir una ley; ni puede amparar un ejercicio que contradiga o exceda de los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

Pero hay tratadistas que miran con mucha desconfianza a la teoría del abuso del derecho, y entre ellos están en primer lugar los de tendencia liberal individualista. Como ejemplo citaremos lo que dice Velez Sarsfield, codificador del Derecho Civil Argentino: "Si el gobierno se constituye en juez del abuso, no tardará en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y de libertad se habrá perdido. Cuando se crea la inseguridad para imponer la justicia, no se consigue ni seguridad, ni justicia, sino el caos".

Se sostiene además que hay contradicción entre los términos "abuso" y "derecho". Si existe abuso, se dice, no hay derecho, y si existe derecho, no hay abuso.

Desde luego, como hemos dicho ya, el derecho no es un concepto absoluto sino relativo, y como tal tiene límites más allá de los cuales se ocasionan daños. En consecuencia, usando de un derecho propio, se puede abusar de él.

La seguridad es un bien jurídico de alto valor. Pero esa seguridad no puede estar solamente en manos de un grupo privilegiado, a cuyo favor están las prerrogativas del Derecho. Por ejemplo, en el básico derecho de la propiedad, es tá bien que se piense en dar suficiente seguridad a los propietarios, pero la sociedad no puede olvidarse de los desposeídos.

Se dice también que un acto no puede considerarse ilícito por encontrarse protegido por la ley; que un mismo acto no puede reunir en sí las cualidades contradictorias de lícito e ilícito a la vez. Quien usa de su propio derecho, a nadie ofende.

En apariencia esa crítica es irrefutable. Pero en la práctica y precisamente por la irregular distribución de los derechos, de las prerrogativas, de las facultades jurí

dicas, hay quienes tienen mucho y otros tienen poco o no tienen nada, y esto precisamente dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, los unos están en condiciones de "abusar legalmente" de los otros, y esa práctica no puede estar garantizada por una sociedad justa.

279. ELEMENTOS DEL ABUSO DEL DERECHO.

Hay quienes piensan que la teoría del abuso del derecho es una materia que se rige por los principios de responsabilidad delictual o cuasidelictual civil. Y, en consecuencia, habría abuso del derecho cuando se ejerce una facultad dolosa o culposamente, es decir, con la intención de dañar a otro, o sin el cuidado y la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Para esa tendencia, los elementos del abuso del derecho estarían en el dolo o en la culpa.

No compartimos de modo alguno con esa manera de pensar, como ya lo hemos dicho anteriormente.

Para nosotros, hay abuso del derecho en todo caso en que se atente contra elementales principios de equidad económica. Es decir, hay abuso del derecho cuando se realizan actos en los que no haya propia utilidad, aún cuando no haya la intención positiva de ofender, ni se obre sin la debida cautela.

Para esta tendencia, los elementos del abuso del derecho estarían constituidos exclusivamente por la falta de utilidad manifiesta en el titular del derecho protegido y en el daño que se ocasione a un tercero.

Para la mayoría de los autores y para nuestra propia apreciación, los elementos del abuso del derecho son:

- a) Uso de un derecho consagrado por la ley positiva.-

Si no se obra a base de un derecho protegido, no estamos en el campo del abuso del derecho, - sino frente a otras instituciones, que acarreamos responsabilidad civil o penal, cuando se causa daño sin el ejercicio de un derecho propio.

b) Daño a un interés no protegido, o de menor jerarquía.

- Si se causa daño a un interés protegido de igual jerarquía, ya no se está en el campo del abuso del derecho, sino de la colisión de derechos.

c) Uso excesivo del titular. - Cuando el titular usa con exceso de las prerrogativas que le confiere su derecho, - sin tomar en cuenta las normas fundamentales de convivencia, la función social de los derechos, la buena fe, hay indudablemente un proceder contrario a lo que debe ser el ejercicio debido de los derechos.

280. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA.

Respecto a los fundamentos de la teoría, se puede encerrar en pocas palabras todo el apasionante tema. La teoría se basa en la justicia, la equidad, la convivencia, la buena fe, la función social de los derechos.

Con ello está dicho todo. No hay para que abundar, si esos enunciados por sí solos son tan abundantes.

281. LEGISLACION COMPARADA.

Citamos las siguientes disposiciones legales tomadas de distintos códigos, que nos ha sido posible consultar:

Código Argentino.

Art. 1.071.- (Modificado por la Ley 17.711).

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal el que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Código Austríaco.

Art. 1.295.- El ejercicio de un derecho no puede ser contrario al derecho y no obliga a la reparación en ningún caso.

Código de Prusia.

Art. 1.794.- El que ejerce un derecho conforme a las leyes, no es responsable de los daños que de ese ejercicio resulten.

Código Italiano.

Art. 883.- El propietario no puede ejecutar actos que no tengan otro fin que el de molestar o perjudicar a otros.

Código Napoleón.

Art. 1.382.- Cualquier hecho del hombre que cause a otro daño, obliga a repararlo a aquel por cuya culpa se ha producido.

Art. 1.383.- Es responsable del daño quien lo causó, no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia.

Código Suizo.

Art. 2.- Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho, no está protegido por la ley.

Código Venezolano.

Art. 1.185.- Debe igualmente reparación quien ha causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe, o por el objeto en vista del cual le ha sido confe
rido ese derecho.

Código Mexicano.

Art. 840.- No es lícito ejercer el derecho de pro
piedad, de manera que su ejercicio no dé otro resul
tado que causar perjuicio a un tercero, sin utili-
dad para el propietario.

Art. 1.912.- Cuando al ejercitar un derecho se cau-
sa daño a otro, hay obligación de indemnizar si se
demuestra que el derecho sólo se ejerce a fin en -
vista del cual se comete un daño, sin utilidad pa-
ra el titular del derecho.

Código Peruano.

Art. 20.- La ley no ampara el abuso del derecho.

Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones.

Art. 74.- Debe reparación aquel que ha causado da
ño a otro, excediendo en el uso de su derecho los
límites fijados por la buena fe o por el fin en -
vista del cual ese derecho le ha sido concedido

Código Alemán.

Art. 226.- Es inadmisibile el uso de un derecho, -
cuando sólo puede tener por objeto causar daño a -
un tercero.

Código Soviético.

Los derechos civiles gozarán de la protección de la ley, fuera de los casos en que se ejerzan en contradicción con la finalidad económico-social.

Código Chino.

Art. 148.- El ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro.

Ya en las Partidas encontramos indudables fundamentos de la teoría del abuso del derecho. He aquí el correspondiente texto: *

Ley 19, Título 32 de la Partida III:

Fueras ende si este no lo quisiese facer, non lo hubiese menester, mas se moviese maliciosamente, por facer mal a otros.

Ley 19, Título 33, de la Partida III:

Cuando uno quisiese facer pozo o fuente en su casa, no le puede estorbar al vecino, aunque disminuya por esto las aguas del pozo del otro, a menos que lo necesitare y lo hiciese maliciosamente, o con intención de perjudicarlo, que entonces bien lo puede prohibir y hacer que se deshaga.

282. PRINCIPALES CASOS DE ABUSO DEL DERECHO.

Tomamos de Louis Josserand los siguientes conceptos:

- a) Que un individuo obre sin derecho. Acto ilegal. Se invade el derecho ajeno: ejemplo, el que construye en terrenos del vecino.
- b) Si el titular desvía el uso debido, falsea, da un mal impulso: el acto es ilícito.

- c) Si se usa el derecho según su destinación, pero con exceso. El hecho no es ilícito: como - si, con las chispas de una locomotora se queman sementeras o bosques. Para que haya ese uso - excesivo se impone la presencia de riesgos que debe soportarlos el que los toma. Aquí se trata de efectos de los actos del derecho en ejercicio.

Ejemplos del abuso propiamente tal:

- 1.- El que cava un pozo, para privar del agua a su vecino;
- 2.- El que levanta paredes para privar de la vista o de la luz;

Planiol cita los siguientes casos:

- a) En el derecho de propiedad: daños causados en el ejercicio del derecho de propiedad a las heredas vecinas.
- b) El que tiene demasiadas riquezas.
- c) Demandas: Hay abuso del derecho cuando se demanda sólo para hacer gastar a la víctima, en los medios de defensa.
- d) Cuando se pide y obtiene un embargo sobre bienes de un valor exagerado, en relación con el monto de la deuda.
- e) En materia comercial, la competencia desleal.
- f) Desocupación forzosa de locales de arriendo, - por ejemplo quitando las tejas de la cubierta.
- g) Negar consentimiento para el matrimonio, exclsivamente por razones de estrato social.

Código de Procedimientos Civiles del Brasil del
año de 1.939.-

Responderá por pérdidas y daños la parte que intente demanda por espíritu de emulación, mero capricho o error grosero.

283. NUESTRA POSICION.

Creemos que la teoría del abuso del derecho tiene plena justificación, y no sólo ello, sino que debe ser incorporada al Derecho positivo vigente, mediante una norma o normas, si fuere del caso, que impida a los titulares de derechos subjetivos hacer uso indebido de ellos, ocasionando perjuicios e inobservando normas fundamentales de convivencia humana que atenten contra la moral, la ética, las buenas costumbres, y sobre todo con ese principio cristiano que debe informar la actividad humana, es decir, la caridad, tomada no en el sentido peyorativo que se le ha querido dar, es decir, como una soberbia ayuda no obligatoria a los necesitados por parte de los que poseen demasiado, sino en el verdadero sentido que Cristo la quiso dar, esto es, amor, amor no sólo para los propios, sino también a los extraños, y aún a los enemigos, que se llaman también prójimos.

Y esa teoría debe incorporarse al Derecho positivo, no como una disposición más de aquellas que abundan pero que no se cumplen, colocadas en el lugar que el azar les designó, ora entre las disposiciones del Código en el capítulo que trata de la propiedad o en el libro correspondiente a las obligaciones.

Consideramos, en cambio, que la materia es de tanta trascendencia que no puede ser colocada como un aditamento de alguna institución, de modo que se la mire particularizada para cierta materia, por ejemplo para el ejercicio de la propiedad privada -que es donde más se abusa del derecho-, pero ese abuso se presenta no solamente en esa institución, sino en muchas otras.

De manera que la disposición que condene el abuso del derecho tiene que estar colocada en el lugar que le corresponde, esto es, en el primero de los artículos del Código, ya porque en esa parte se encuentran las disposiciones de carácter general y por tanto abarcan a cualquier materia, en cualquier libro que esté tratada, en cualquier Código en que se encuentre, ya también, y esto es fundamental, porque el Código ha de comenzar con una regla que de a entender cual es su verdadero espíritu, es decir, que tiene puestos sus ojos permanentemente en los inmutables postulados de la justicia, de la equidad, de la convivencia humanas.

Una regla de derecho positivo no puede ser una declaración filosófica, un propósito, altruista o no, que demuestre un estado de ánimo, un pensamiento que ha venido atormentando a un espíritu. Un deber ser o un quehacer que se queda en elucubraciones de la mente, pero que no surte ningún resultado positivo y práctico.

La regla de Derecho positivo ha de ser una norma concreta y práctica; una regla de conducta que obligue a los hombres a comportarse como es debido dentro de una sociedad y que, para el caso de que ese comportamiento no se presente, esté lista la fuerza del Derecho, para impedir que opere el derecho de la fuerza.

En síntesis nuestra posición respecto a esta relevante materia, puede concretarse de este modo:

- a) Aceptamos sin restricciones la institución denominada el abuso del derecho;
- b) Creemos que ese abuso se presenta cuando, en el ejercicio de un derecho subjetivo debidamente consagrado por una norma jurídica se inobservan principios fundamentales de equidad, de justicia, de convivencia, de bien común, o de la función social que tienen los derechos subjetivos.

- c) Que el titular de un derecho o de una prerrogativa, que lo es, no siempre con la suficiente justificación, no sólo tiene la facultad de gozar de la prerrogativa sino que al mismo tiempo está particularmente obligado a cumplir con una serie de obligaciones para con la sociedad, porque así lo imponen los altos principios de la justicia y que, aún cuando no sienta su necesidad, al menos está obligado a reciprocitar a la sociedad por la seguridad jurídica que le brinda para que pueda ejercer sus prerrogativas;
- d) Que la norma ha de estar colocada en la parte general del Código, de modo que comprenda a todas las instituciones, aunque principalmente regirá para el ejercicio del derecho de propiedad privada, groseramente protegido por el sistema individualista - liberal y que tiene que sufrir una adecuada limitación; y,
- e) La norma, por otra parte ha de ser lo suficientemente concreta y eficaz, para que pueda cumplir con su cometido.

Este es un problema realmente arduo. Redactar una disposición positiva que reuna con esos supuestos, es un problema, si bien trascendental, pero a la vez complejo, oscuro, en el que se mezclan los conceptos de la inobservancia de principios teóricos, de elucubraciones, con hechos reales y positivos, como son el daño, el perjuicio, la injusticia que se causa al menos protegido por el Derecho positivo.

Largamente hemos recorrido la legislación de otros países mentalizada por verdaderos genios a quienes tanto debe la humanidad, y particularmente la sociedad en la que rigen esas leyes, pero no hemos encontrado en esta materia un concepto que cubra totalmente nuestro pensamiento, nuestros mejores deseos.

Hasta nos ha tentado la posición de abandonar la -

tarea por su difícil realización. Acaso se necesite de una - mente más clara y con mayor preparación que la nuestra.

Pero de todos modos vamos a intentar el propósito. No creemos que el acierto corone el resultado; pero al menos habremos hecho cuanto esté a nuestro alcance.

El artículo que vamos a sugerir en el número si - guiente sustituirá al artículo primero del Código vigente, de indudable inconveniencia.

Antes que legislar sobre la ley, hay que legislar sobre el Derecho. No siendo posible que en un Código se esta - blezcan conceptos o definiciones sobre lo que es el Derecho, ha de reglarse su debido uso, su incorporación a la conducta de los hombres.

284. ARTICULO 1° DEL NUEVO CODIGO.

Este es el texto que sugerimos:

Art. 1°.- La ley repudia el abuso del
derecho, entendido como el ejercicio -
excesivo o contrario a los principios -
de convivencia, de equidad o de la fun-
ción social que tienen los derechos -
subjetivos.

El perjudicado tendrá acción para que -
se le reparen los daños causados.



DISPOSICIONES DEL NUEVO CODIGO

Tratadas en este Tomo

<u>Proyecto de nuevo Código.</u>	<u>Referencias del Código vigente.</u>

Art. 1º.- ABUSO DEL DERECHO.- La ley repudia el abuso del derecho como el ejercicio excesivo o contrario a los principios de convivencia, de equidad o de la función social que tienen los derechos subjetivos.	No hay referencias en el Código vigente.

El perjudicado tendrá acción para que se le reparen los daños causados.

Art. 2º.- RENUNCIA DE LOS DERECHOS.- Podrán renunciarse los derechos que miren sólo al interés privado del renunciante; que la renuncia no afecte al interés público o a derechos de terceros y que no esté prohibida su renuncia.

Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

INDICE

DERECHO CIVIL

★ ★ ★ ★ ★
DERECHO

★ TOMO I ★

POTENTIOR EST



FUNDADA EN 1620
QUITO

INDICE

DERECHO CIVIL

DERECHO

TOMO I

INTRODUCCION

5

PLAN DE LA OBRA

11

CAPITULO I

DERECHO Y SOCIEDAD

1.- Teoría fundamental del Derecho.	49
2.- Filosofía del Derecho.	50
3.- Justificación de la Filosofía del Derecho.	50
4.- Finalidad.	51
5.- El Derecho como hecho social.	51
6.- Sociología del Derecho.	52
7.- Sociedad.	52
8.- Sociedades totales y especiales.	52
9.- Forma y materia de la Sociedad.	53
10.- El Derecho como norma social.	53
11.- Reglas de trato social.	54
12.- El Estado.	54
13.- Soberanía.	55
14.- Fines del Estado.	55
15.- Actividad del Estado.	56

CAPITULO II

HISTORIA DEL PENSAMIENTO

JUSFILOSOFICO.

Epoca antigua.

16.- Fenómeno jurídico de las sociedades primitivas.	57
17.- Egipto.	58
18.- Babilonia y Asiria	59
19.- Persia.	59
20.- Israel	60
21.- China	60
22.- India	61
23.- Grecia	62
24.- Roma	64
25.- Mundo "Bárbaro": Cultura germana.	66
26.- Influencias de los Derechos Romano y Germano sobre la Europa Medieval.	67

CAPITULO III

HISTORIA DEL PENSAMIENTO

JUSFILOSOFICO.

Edad Media.

27.- El Derecho en la Edad Media.	70
28.- Derecho Canónico.	71
29.- Lucha de poderes	72
30.- El Reino Franco y el Imperio Carolingio	73
31.- Inglaterra.	73
32.- Francia a partir del Siglo X.	74
33.- España.	75
34.- Régimen jurídico español y el descubrimiento de América.	77

35.- Evolución del Derecho Germano privado.	79
36.- Concepto feudal de la territorialidad de la ley.	80
37.- Nuevo sentido del Jus Gentium.	81
38.- Escuela Estatutaria Italiana.	81
39.- Pensamiento jusfilosófico medieval.	83
40.- Tránsito hacia las concepciones jurídicas modernas.	87

CAPITULO IV

HISTORIA DEL PENSAMIENTO

JUSFILOSOFICO.

Edad moderna y contemporánea

41.- Filosofía Jurídica de la Edad Moderna.	92
42.- Historicismo Romántico.	97
43.- De la Escuela de Derecho Natural a la Escuela del Derecho Racional.	97
44.- El Criticismo Jurídico.	99
45.- Escuela Histórica del Derecho.	100
46.- La Jusfilosofía inglesa.	100
47.- El Positivismo y su superación.	102
48.- Transformaciones sociales de los siglos XVIII al XX.	102
49.- Influencias del capitalismo y del proletariado.	104
50.- Desarrollo del socialismo.	105
51.- Revolución Rusa: consolidación del comunismo.	106
52.- Materialismo Histórico.	107

CAPITULO V

DERECHO: IDEAS GENERALES

53.- Ideas generales.	111
54.- Normas de cultura.	112
55.- Concepto del Derecho	113

56.- La realidad del Derecho.	114
57.- Naturaleza del Derecho.	116
58.- Fundamentos del Derecho.	117
59.- Características del Derecho.	118
60.- Coercitividad.	119
61.- La finalidad de lo jurídico.	120
62.- Derecho y seguridad.	122
63.- Funciones del Derecho.	122
64.- Plenitud hermenéutica del Derecho.	123
65.- Nuevas figuras del Derecho.	124

CAPITULO VI

AXIOLOGIA JURIDICA

66.- Fenomenología.	125
67.- Ontología Jurídica.	126
68.- Deontología Jurídica.	127
69.- Deber ser.	128
70.- Consideraciones generales sobre los valores.	130
71.- Valores y Derecho.	131
72.- Estimativa o Axiología Jurídica.	132
73.- Finalidad de la Estimativa Jurídica.	134
74.- Bien jurídico.	135
75.- Criterios sobre el bien y el mal.	136

CAPITULO VII

LIBERTAD E IGUALDAD

76.- Motivación.	139
77.- Libertad.	140
78.- Breve reseña histórica.	141
79.- Clasificación de la libertad.	143
80.- Igualdad.	143
81.- Ni libertad, ni igualdad: conservadorismo económico, liberalismo, individualismo, feudalismo,	

caciquismo, capitalismo	145
82.- Necesidad de cambios: Revolución.	149

CAPITULO VIII

JUSTICIA

83.- Justicia.	153
84.- Ideal de justicia.	156
85.- Justicia y Derecho.	157
86.- Justicia y orden	158
87.- Clases de justicia.	158
88.- Manifestaciones de la justicia: enumeración.	159
89.- Justicia social.	159
90.- Justicia de relación.	161
91.- Justicia compulsiva.	162
92.- Justicia compensatoria.	163
93.- Justicia punitiva.	164
94.- Justicia premial.	164
95.- Justicia legal.	165
96.- Justicia judicial.	165
97.- Sumisión a la regla injusta.	166
98.- Regla de Derecho injusta y el Juez.	166
99.- Equidad.	167
100.- Buenas costumbres.	168

CAPITULO IX

DERECHO Y MORAL

101.- Derecho y Moral.	170
102.- Ambito jurídico.	175
103.- Deber moral.	176
104.- Orden moral.	176
105.- Sujeto de lo moral y sujeto de lo jurídico.	177
106.- Autonomía moral y heteronomía jurídica.	177.

CAPITULO X

NORMATIVIDAD

107.- Normatividad.	180
108.- Norma jurídica.	182
109.- Elementos de la norma jurídica.	183
110.- Cumplimiento y aplicación de las normas.	184
111.- Vínculo jurídico.	184
112.- Elementos de la relación jurídica.	184
113.- Orden jurídico.	185
114.- Vigencia del orden jurídico.	185
115.- El orden público.	186
116.- Normas del orden público.	187
117.- Institución.	187
118.- Normas de carácter privado.	189

CAPITULO XI

DERECHO NATURAL

119.- Naturaleza y Derecho.	193
120.- Derecho Natural: ideas generales.	194
121.- Derecho Natural y Filosofía del Derecho.	196
122.- Orígenes del Derecho Natural.	198
123.- Derecho Natural: Platón.	198
124.- Derecho Natural.: Aristóteles.	199
125.- Derecho Natural: Escuela Estoica.	199
126.- Derecho Natural y Derecho Romano.	200
127.- Derecho Natural: Edad Media.	200
128.- Derecho Natural: La Patrística.	201
129.- Derecho Natural: La Escolástica.	201
130.- Derecho Natural: Renacimiento y Edad Moderna.	202
131.- Derecho Natural: Primer Período.	204
132.- Derecho Natural: Segundo Período.	206
133.- Derecho Natural: Tercer Período.	207

134.- Clases de Derecho Natural.	209
135.- Derecho Natural: Positivismo y Escuela Histórica.	211
136.- De la Escuela del Derecho Natural a la Escuela del Derecho Racional.	216
137.- Conclusión.	217

CAPITULO XII

DERECHO POSITIVO

138.- Aclaración necesaria.	221
139.- Derecho Positivo.	222
140.- Características del Derecho Positivo.	223
141.- Jerarquía de las normas positivas.	224

CAPITULO XIII

DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.

142.- Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.	224
143.- Derecho Subjetivo.	227
144.- Teorías que niegan la existencia del Derecho Subjetivo.	229
145.- Teoría de Kelsen.	229
146.- Teoría de Duguit.	230
147.- Teoría de Koschimbahr Lyskowski.	230
148.- Teorías que aceptan el Derecho Subjetivo.	231
149.- Teorías con base técnica.	231
150.- Teorías que confunden el Derecho con la acción.	233
151.- Teoría de la realidad del Derecho Subjetivo.	233

CAPITULO XIV

DERECHOS SUBJETIVOS

152.- Origen y fuente de los derechos subjetivos.	235
153.- Nacimiento y adquisición de los derechos sub jetivos.	237
154.- Naturaleza de los derechos subjetivos.	238
155.- Fundamento de los derechos subjetivos.	241
156.- Relaciones jurídicas.	241
157.- Modificación de los derechos subjetivos.	242
158.- Extinción y pérdida de los derechos.	242
159.- Derechos subjetivos y deber jurídico.	243
160.- Jerarquía de los derechos.	243
161.- Declaraciones de derechos.	244

CAPITULO XV

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS

162.- Clasificación de los derechos.	250
163.- Derechos públicos y privados.	250
164.- Derechos de familia.	251
165.- Derechos de la personalidad.	252
166.- Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.	253
167.- Derechos originarios y derivativos.	253
168.- Derechos puros y simples y derechos sujetos a modalidades.	254
169.- Derechos eventuales.	254
170.- Derechos transferibles e intransferibles.	255
171.- Derechos reales y derechos personales.	257

CAPITULO XVI

DERECHO PUBLICO Y PRIVADO

172.- Derecho Público y Derecho Privado.	259

173.- Clasificación.	263
174.- Derecho Público nacional.	263
175.- Derecho Internacional Público.	264
176.- Derecho Privado nacional.	266
177.- Derecho Internacional Privado.	267
178.- Derecho Social.	272

CAPITULO XVII

DERECHO CIVIL

179.- Derecho Civil.	273
180.- Contenido del Derecho Civil.	277
181.- Importancia del Derecho Civil.	278
182.- Crisis del Derecho Civil.	278
183.- Lucha de poderes.	280
184.- Ubicación del Derecho Civil	282
185.- Relaciones del Derecho Civil con otras ciencias.	282

CAPITULO XVIII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL

Epoca antigua.

186.- Advertencia.	287
187.- Código de Manú	288
188.- Código de Hamurabi.	290
189.- Asiria.	291
190.- Musulmanes.	291
191.- Derecho Hebreo: Antiguo Testamento.	292
192.- Derecho Hebreo: Nuevo Testamento.	294
193.- Egipto.	296
194.- Grecia.	297
195.- Persia.	299
196.- Los Incas.	300

CAPITULO XIX

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL

Derecho Romano

197.- Jus Publicum.	301
198.- Jus Privatum.	302
199.- Jus Civile.	303
200.- Jus Gentium.	303
201.- Jus Naturale.	304
202.- Codex.	305
203.- Digesto.	305
204.- Institutas.	306
205.- Novelas.	307
206.- Ley de las XII Tablas.	308
207.- Corpus Juris Civiles.	309

CAPITULO XX

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL

Derecho Español

208.- Especial importancia del estudio del Derecho Español.	312
209.- El Derecho Español antiguo.	312
210.- Fuero Juzgo.	313
211.- El Fuero Viejo de Castilla	313
212.- Fuero Real.	314
213.- Las Siete Partidas.	314
214.- Ordenamiento de Alcalá.	315
215.- Las Leyes de Toro.	315
216.- Leyes de Estilo.	316
217.- Leyes de Indias: antecedentes.	317
218.- Leyes de Indias: contenido.	318
219.- Leyes de Indias: juicios críticos.	318 .

220.- Nueva Recopilación	319
221.- La Novísima Recopilación	320

CAPITULO XXI

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Derecho Francés

222.- El Derecho Francés antiguo.	323
223.- Preparación de codificación.	325
224.- La Revolución.	326
225.- Derecho Intermedio.	326
226.- Proyectos.	328
227.- Intervención de Bonaparte.	330
228.- Promulgación del Código.	331
229.- Nombres del Código.	332
230.- Plan y estructura del Código Napoleón.	332
231.- Evolución del Derecho Francés.	335

CAPITULO XXII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Código de Bello.

232.- Importancia ecuatoriana del estudio de esta materia.	337
233.- Elaboración y expedición del Código de Bello.	338
234.- Plan y estructura del Código de Bello.	340
235.- Paralelo entre el Código de Bello y el Napoleón.	341
236.- Cualidades del Código de Bello.	342
237.- Defectos del Código de Bello.	343
238.- Elogios al Código.	344

CAPITULO XXIII

HISTORIA DEL DERECHO CIVIL:

Legislación ecuatoriana.

239.-	Períodos que comprende la historia de la legislación civil ecuatoriana.	345
240.-	Expedición y vigencia del Código Civil ecuatoriano.	347
241.-	Plan y estructura del Código.	348
242.-	Principales reformas que se expiden posteriormente.	348
243.-	Otras normas que han incidido en el Código.	355
244.-	Ediciones del Código Civil.	358

CAPITULO XXIV

LEGISLACION COMPARADA

245.-	Legislación comparada.	361
246.-	Código de Derecho Canónico.	363
247.-	Código Soviético.	365
248.-	Código Alemán.	368
249.-	Código Italiano.	369
250.-	Código Español.	370
251.-	Código Suizo.	370
252.-	Código Austríaco.	371
253.-	Legislación Anglo-Americana.	372
254.-	Código Mexicano.	373
255.-	Código Argentino.	374
256.-	Código del Brasil.	375
257.-	Otros Códigos.	376

CAPITULO XXV

RENUNCIA DE LOS DERECHOS

258.- Extinción de los derechos.	381
259.- Renuncia de los derechos.	382
260.- Legislación comparada.	385
261.- Renuncia y no ejercicio.	387
262.- Renuncia expresa y tácita.	387
263.- Repudiación.	388
264.- Renuncia y enajenación.	388

CAPITULO XXVI

ABUSO DEL DERECHO:

Antecedentes.

265.- Antecedentes.	391
266.- Ejercicio de los derechos.	393
267.- Absolutismo de los derechos.	394
268.- Relatividad de los derechos.	394
269.- Acto excesivo.	396
270.- Actos de emulación.	396
271.- Actos irregulares.	397
272.- Colisión de derechos.	398
273.- El uso inocuo.	400
274.- El acceso forzoso.	401
275.- El principio del mal menor.	403

CAPITULO XXVII

ABUSO DEL DERECHO

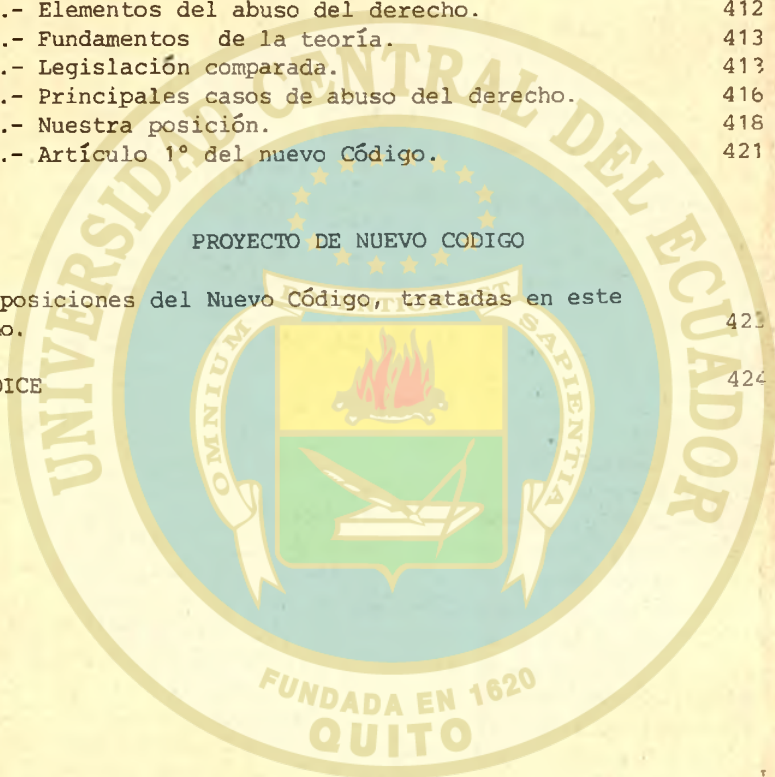
276.- Concepto.	405

277.- Ubicación de la materia.	407
278.- Teoría del abuso del derecho.	408
279.- Elementos del abuso del derecho.	412
280.- Fundamentos de la teoría.	413
281.- Legislación comparada.	413
282.- Principales casos de abuso del derecho.	416
283.- Nuestra posición.	418
284.- Artículo 1° del nuevo Código.	421

PROYECTO DE NUEVO CODIGO

Disposiciones del Nuevo Código, tratadas en este Tomo.	423

INDICE	424



OTRAS OBRAS DEL MISMO AUTOR:

RECOPIACION DE LEYES DE FOMENTO.	1.961	Edit. A.B.C. Quito.
DERECHO CIVIL. SUJETO DEL DERECHO. Primera Parte.	1.980	Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca.
DERECHO CIVIL. SUJETO DEL DERECHO. Segunda Parte.	1.980	Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca.
LEYENDAS DEL AUSTRO	1.980	
DEONTOLOGIA JURIDICA Y ETICA PROFESIONAL.	1.981	Dep. Public. F. Jurisprudencia. Quito.
DERECHO CIVIL. EL PATRIMONIO	1.982	Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca.
DERECHO CIVIL. GUARDAS Y ALI- MENTOS. Primera Parte.	1.982	Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca.
DERECHO CIVIL. GUARDAS Y ALI- MENTOS. Segunda Parte.	1.982	Fondo de Cultura Ecuatoriana Cuenca.

Inéditas

DERECHO CIVIL. FUENTES DEL DERECHO.
DERECHO CIVIL. ACTOS Y HECHOS JURIDICOS.
DERECHO CIVIL. DERECHO DE FAMILIA.
DERECHO CIVIL. FILIACION.

DERECHO CIVIL. PATRIMONIO FAMILIAR.

DERECHO CIVIL. DISOLUCION DE LA FAMILIA.

DERECHO CIVIL. PROPIEDAD.

DERECHO CIVIL. OCUPACION Y ACCESION.

DERECHO CIVIL. TRADICION.

DERECHO CIVIL. POSESION-PRESCRIPCION. REINVINDICACION

DERECHO CIVIL. LIMITACIONES DEL DOMINIO.

DERECHO CIVIL. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE. Parte general.

DERECHO CIVIL. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE. Sucesión Legal.

DERECHO CIVIL. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE. Sucesión testam
mentaria.

DERECHO CIVIL. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE. Parte final.

DERECHO CIVIL. TEORIA DE LAS OBLIGACIONES.

DERECHO CIVIL. TEORIA DE LOS CONTRATOS.

DERECHO CIVIL. ESPECIES DE CONTRATOS. Primera parte.

DERECHO CIVIL. ESPECIES DE CONTRATOS. Segunda parte.

DERECHO CIVIL. PROYECTO DE UN NUEVO CODIGO CIVIL.

DERECHO MINERO - PETROLERO.

REFORMA AGRARIA ECUATORIANA.

DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO: JURISDICCION Y
COMPETENCIA.

FUNDADA EN 1620
QUITO

IMPRESO EN EL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

QUITO - ECUADOR

1 9 8 5



