# HISTORIA
## DEL
# DERECHO CIVIL
# ECUATORIANO

POR

BENJAMIN CEVALLOS ARIZAGA,
Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia.

TOMO PRIMERO

---

Talleres Gráficos Nacionales

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

## 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:** |
|---|---|---|
| 02 | 08 | 03 |

**Convenio interinstitucional:**

**Enlace al catálogo:**

Nuevo ejemplar
Señor doctor don
Angel Modesto Paredes T.
347.09
C424
#5011265
Donación del
DR. ANGEL MODESTO PAREDES
a la E. C. I
Universidad Central

# HISTORIA
# DEL
# DERECHO CIVIL ECUATORIANO

POR

BENJAMIN CEVALLOS ARIZAGA,

Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia.

TOMO PRIMERO

SIB - UCE
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
ESCUELA DE CIENCIAS INTERNACIONALES
BIBLIOTECA

QUITO – ECUADOR
1963




6011665
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
ESCUELA DE CIENCIAS INTERNACIONALES
BIBLIOTECA
S/60,00

# INTRODUCCION

Para dirigir eficazmente la conducta de un pueblo en la zona del derecho, es importante conocer el camino que ha recorrido en el pasado, las fuerzas que ha adquirido en el presente y los medios de que puede disponer para el cumplimiento de su ulterior destino.

En el Ecuador, no tenemos todavía un estudio completo de la formación y desenvolvimiento de las instituciones que han regido la vida jurídica de la República en el curso de su agitada historia. Monografías aisladas dan a conocer diversos aspectos de esa importante rama de las ciencias jurídicas descriptivas, que continúa siendo una disciplina abierta a la investigación; un verdadero laboratorio donde debe forjarse con las experiencias del pasado y las nuevas enseñanzas de la política jurídica, una historia del derecho patrio, que responda al estado de cultura y a las necesidades efectivas del país.

Es aproximando a las viejas codificaciones los estados colectivos de alma y de opinión, cómo las legislaciones jurídicas del pasado adquieren una viviente actualidad; y es, también, con penetrante reflexión filosófica cómo se advierte, a través de las legislaciones desaparecidas y del cambio de las costumbres y de las fórmulas jurídicas, la permanencia de ciertas manifestaciones que responden a la naturaleza humana en sus más variadas etapas.

Hay que relacionar toda la vida del derecho al dinamismo de la vida social, reconociendo que las leyes y los códigos pueden permanecer intactos en la rigidez de sus textos, pero que por fuerza de la realidad se forman constantemente a nuestra vista instituciones jurídicas nuevas; que hacer la historia de una ley desaparecida no es tan sólo saber cómo fue redactada, aplicada y más tarde derogada, sino investigar el origen del derecho que contenía, lo que ha trasmitido a las legislaciones posteriores.

Amplia es el área que encierra el derecho patrio, porque sus linderos alcanzan las fuentes más obscuras y lejanas;

las instituciones y costumbres indígenas precoloniales que, puestas en contacto con la civilización occidental, produjeron instituciones de carácter hispano-indígena; el derecho español, antecedente inmediato del colonial y del republicano, a través del cual recibimos la influencia del romano, que ofrece la España Romana y la España Goda, representadas por la Lex Romana Visigothorum y el Liber Judiciorum o Fuero Juzgo; el derecho foral, en la época de la reconquista; y el proceso unificador de esa legislación regional; el Código de las Partidas; el régimen político de las Cortes; las Leyes de Indias; el aspecto de la colonia en el orden administrativo, eclesiástico, jurídico, social y económico; el movimiento emancipatorio y la organización republicana; la renovación incesante de constituciones, debida unas veces al simple cambio de gobierno y otras a nobles aspiraciones democráticas; y, por fin, el cuadro que ofrece el desarrollo de nuestra legislación durante la República.

Dentro de este proceso cabe esbozar y desenvolver las características fundamentales del derecho indígena, español y romano, que representan las más ricas cristalizaciones del espíritu jurídico de la humanidad. El derecho incaico, revela delicadas modalidades que demuestran lo avanzada que fue aquella civilización cuyo régimen punitivo admitía causas modificatorias de responsabilidad y proclamaba desde entonces, la inculpabilidad del agente del delito piadoso o por necesidad. El estudio de la organización agraria de los incas a través del desarrollo del ayllu, demuestra cuán infundada es la creencia que atribuye a esa época un definido sistema comunista. Los ayllus jamás fueron expresión de organización comunista, sino que cristalizaron un momento del proceso evolutivo de la propiedad que han seguido todos los pueblos del orbe. Fue el resultado de la unión de pequeñas agrupaciones que ocupaban colectivamente la tierra.

Existe en el Ecuador el grave problema indígena cuya solución está vinculada al porvenir de la nacionalidad. Nadie puede negar las grandes aptitudes del indio para el trabajo. Sólo nuestra incuria sustrae a aquellos inmejorables braceros que deberían participar, activamente, en la obra de nuestro resurgimiento. Para resolver esta cuestión, precisa estudiar con profundidad los factores sociales. Las leyes por sí nada remedian. De qué serviría, por ejemplo, asegurar al indígena la posesión del suelo que lo sustenta antes de suministrarle educación adecuada y proveer los medios de su desenvolvimiento.

El problema agrario abarca las debatidas cuestiones de igualdad social y de la justicia distributiva. Su solución no puede ser el resultado de fórmulas importadas, sino de maduras investigaciones practicadas en el propio ambiente social y jurídico.

* *
*

El Derecho Romano, que pese a Spengler, predominó en Occidente, nó por el descubrimiento ocasional, el año 1050, de un ejemplar de las Pandectas, sino por la honda armonía entre el derecho clásico, animado desde Constantino, y la cultura occidental europea asentada sobre las ideas y sentimientos propugnados por el Cristianismo y por la fuerza del elemento racional, que no es posible reemplazar con procedimientos intuitivos, sentimentales o imaginativos, como quiere el célebre autor de la Decadencia de Occidente. Que la vida contemporánea rebasa las formas del derecho antiguo, es cierto; pero hasta hoy perdura aquel derecho cuyos principios se han adaptado al ambiente moderno, a las nuevas concepciones y a las nuevas formas creadas por la convivencia social. La fuerza del Derecho Romano se explica por la riqueza y precisión de sus términos; por su admirable técnica, que constituye el elegante ropaje de su propia esencia, capaz de incorporarse a medios extraños; por su gran ductilidad para adaptarse a las creaciones espirituales de los otros pueblos; y traducir en leyes la gran complejidad de la vida jurídica.

Ahora bien, el nutrido sumario que constituye el contenido de esta ciencia debe estudiarse con criterio jurídico – sociológico, para obener el más apropiado conocimiento de los variados y complejos elementos que integran el fenómeno jurídico, en orden a preparar la nacionalización del derecho, depurándolo de la imitación servil extranjera y convirtiéndolo en cristalización de las costumbres ecuatorianas conformadas a las exigencias de nuestro estado social y de nuestro porvenir.

El legislador no podría dotar a su país de las reglas de derecho reclamadas por su estado social y político, sino conociera profundamente la evolución histórica del pueblo que gobierna; ni el jurisconsulto penetraría, sin este previo conocimiento histórico que constituye un poderoso elemento interpretativo, en el sentido verdadero de la ley, sino estuviera penetrado de las circunstancias que determinaron el acto legislativo. Un estudio puramente externo del derecho no ar-

monizaría con el moderno concepto del fenómeno jurídico, porque no correspondería sino al conocimiento de la legislación, prescindiendo de la costumbre y del contenido de las leyes.

Finalmente, no debe seguirse el criterio erudito que estudia el pasado perdiéndose en múltiples detalles que no se han trasmitido al presente y que constituyen lo que podría llamarse el pasado muerto; sino que es necesario investigar el pasado en relación con el presente y para el porvenir.

La evolución social, la grandeza o decadencia de los pueblos, responde ante todo y por sobre todo, al grado de cultura de sus sentimientos. La libertad, como producto de los nuevos anhelos de conciliación y fraternidad entre los hombres, que ya han tenido la experiencia de que para los grandes fines de la República deben asociarse más bien que combatirse, porque fecundiza y da mayor vigor la cooperación que la eliminación recíprocas, es ya un ambiente sin el cual no podría vivir la sociedad ecuatoriana.

Vamos cada día con más o menos esfuerzo, adquiriendo previsión y flexibilidad para dar en nuestras instituciones campo a la vida nueva, para adaptarnos en tiempo a las exigencias de la época moderna que exige una vida material menos precaria y una justicia más amplia.

El derecho es y tiene que ser afirmación de la vida individual y colectiva en toda su plenitud; la dirección normal de una y otra hacia el fin más elevado, por lo cual debe sufrir las modificaciones que le imprima la complejidad creciente del vivir en sociedad y el avance de los tiempos. La Naturaleza no lo conoció: el derecho tuvo su génesis en el pensamiento humano. Por ello las fórmulas que lo consagren no pueden ni deben ser armadura de hierro que impida el crecimiento libre del organismo nacional, ni cristalización definitiva que se sustraiga a la ley constante del progreso.

Sobre el concepto de la continuidad en la ciencia; sobre la base cada día más amplia de mayor variedad en los hechos y de un mejor análisis de ellos, que permita descubrir ocultas ligazones, dando así campo a síntesis más completas y más sólidas; sobre la riqueza de la psicología comparada y la perpetua verificación de las demás ciencias sociales; sobre la experiencia de que las teorías son aún más apreciables por las investigaciones que provoquen que por las verdades que entrañen, las que presiden el amplísimo campo del derecho en sus variadas manifestaciones han venido transformándose pa-

ra adaptar el pasado que crea el presente y que persiste en él, a las fases de un desarrollo en que cada etapa debe corresponder a las necesidades e ideales de su época, porque el curso de los tiempos no se remonta.

En el derecho orgánico de la vida colectiva, como en el que provee al resguardo y amplio desarrollo de los individuos, o sea desde el derecho público hasta el civil, para no hablar del internacional, que aún no puede rehabilitarse, luego del fracaso de los grandes principios de humanidad y de fraternidad universal que parecieran conquistas definitivas antes de las dos guerras mundiales; desde las relaciones internas de los compatriotas hasta las que sostienen con los extranjeros y que son materia de derecho internacional privado; desde las funciones sociales fisiológicas, hasta aquellas que provienen del rompimiento del equilibrio de los derechos individuales o colectivos y que son sujeto del derecho penal, así en los objetivos como en la expedición de procedimientos, todo obedece a la ley de renovación y de perfeccionamiento indefinido, y en todos esos campos necesitamos sustituír lo arcaico por lo que vivifique y levante las energías nacionales.

Es signo característico de nuestro medio el reducido movimiento de ideas que suscitan las disciplinas jurídicas. Tal precariedad es un aspecto propio de los pueblos jóvenes; pues nada más lento y penoso en ellos, que el proceso de afirmación y desenvolvimiento del derecho; ya que el logro de una cultura eficaz, constituye el último tramo de una consolidación material y cultural; y la precariedad señalada es un estadio forzoso que debe vencerse.

Debe señalarse como explicación de que tal hecho subsista en la actualidad, la circunstancia de que los pueblos latinoamericanos vivieron durante tres siglos la típica vida de la colonia, de escaso intercambio, de reducidas necesidades y de escasa cultura propia; y que tras un período de transición, se impusieron en brevísimo término de las conquistas de una civilización distinta y superior, en cuya formación no habían participado, y que por lo mismo plantea para ellos exigencias particulares aún no satisfechas.

Las modalidades inherentes a la civilización contemporánea, tan rica y tan variada en sus manifestaciones y matices, determina una complejidad creciente de la actividad social, creando una complejidad creciente de las manifestaciones jurídicas. Sería tarea penosa determinar las expresiones nue-

vas que viene adoptando el hacer humano desde el siglo pasado. De ahí un constante fluír de hechos nuevos, que deben encauzarse en el ordenamiento jurídico.

Frente a tal estado de cosas, Historia del Derecho Civil Ecuatoriano, aspira a sumarse a los elementos que entre nosotros trabajan de tiempo atrás en la tarea de intensificar y difundir el conocimiento del derecho, para poder saber así, cómo fueron las instituciones jurídicas, cómo son y cómo deben ser. Es el único medio como el derecho sentirá la influencia bienhechora y fecunda de la cultura, y el derecho positivo se enrumbará hacia el ideal de perfección que requiere su constante evolucionar.

Un siglo ha transcurrido desde que nuestro Código Civil entró en vigor; y el momento es uno de los que merecen ser señalados en la historia de la evolución jurídica e invitan al espíritu curioso a detenerse para considerar los resultados obtenidos; como el viajero que habiendo escalado el más alto pico de la cordillera, miráse a su alrededor para contemplar el paisaje que vario y frondoso se desborda a sus pies hasta perderse en el lejano horizonte, recordándole el camino recorrido.

# CAPITULO I

## DEL DERECHO EN GENERAL

Sumario:— 1.—Concepto del Derecho.— 2.—El Derecho en sentido objetivo y subjetivo.— 3.—El Derecho y las normas análogas: A) Derecho y Moral. B) Derecho y Justicia.— 4.— Divisiones del Derecho. Primera división. Derecho natural y positivo.— 5.— Derecho natural.— 6.— Derecho positivo.— 7.—Segunda División.— Derecho nacional e internacional.— Subdivisiones del Derecho nacional.— 8.—Subdivisiones del Derecho internacional.— 9.—Tercera división.— Derecho civil y de gentes.— 10.—Cuarta división.— Derecho escrito y no escrito.— 11.—Quinta división.— Derecho sustantivo y procesal.— 12.—Principales teorías acerca del Derecho: 1ª— Teorías iusnaturalistas. Tipología de las mismas; 2ª—La Escuela Histórica del Derecho; 3ª—Teorías positivistas, sus varias direcciones; 4ª—Escuela Fenomenológica.— 13.—Teorías iusnaturalistas: A) El iusnaturalismo platónico - aristotélico, que se inicia con Heráclito y Pitágoras, prosigue con Sócrates, y culmina en las obras de Platón y Aristóteles; B) El iusnaturalismo trascendente, que va de San Agustín a Leibnitz, pasando por la escolástica medieval; C) El iusnaturalismo racionalista de Pufendorff y Tomasio; D) El iusnaturalismo individualista de los sofistas, cínicos y cirenaicos.— 14.— La filosofía racionalista de Kant.— 15.— La Escuela Histórica del Derecho.— 16.—Teorías positivistas, sus varias direcciones: A) El positivismo sociológico de Comte y Spencer; B) El Positivismo de Durkheim y Tarde; C) El objetivismo de Duguit; D) El utilitarismo de Bentham y Stuart Mill; E) El Derecho dentro del materialismo dialéctico.— 17.— Factores condicionantes del Derecho.— 18.— El neokantismo, sus diversas escuelas: A) La Escuela de Marburgo, representada por Stammler; B) La Escuela de Baden, representada por Windelband y Rickert; C) La Escuela de Viena, representada por Kelsen.— 19.— La filosofía formalista de Stammler.— 20.— La Escuela de Baden, que tiene su fundamento en la filosofía de los valores, uno de los movimientos más fecundos del siglo XX, provocado por la teoría de la cultura sudoccidental alemana,

cuyos representantes más destacados son Windelband y Rickert.— 21.— Filosofía jurídica de Gustavo Radbruch.— 22.— Escuela de Viena.— Teoría Pura del Derecho de Kelsen.— 23.— Escuela Fenomenológica. Principales cultivadores: Husserl, Bergson, Reinach, Schapp y Geny.— 24.— El existencialismo.— 25.— Nuestro juicio acerca de las teorías expuestas.— 26.— Hacia un nuevo ideal.— 27.— Realización de los valores jurídicos.— 28.— El Derecho civil.— 29.— El Derecho civil en el Derecho Romano.— 30.— El contenido del **ius civile** en relación con el **ius privatum** y el **ius publicum.**— 31.— El significado del **ius civile** en relación con el **ius gentium** y el **ius honorarium.**— 32.— Períodos de la Historia del Derecho Romano.— 33 — Clasificaciones del Derecho civil Romano.— Personas, cosas y acciones.— Sistemática pandectista.— Orden a seguir.— 34.— Actio.— Iurisdictio.— Legis actiones.— Agere per formulas.— Exceptio.— La acción genérica y la adjetivización del Derecho procesal.— 35.— Persona.— Caput.— Capitis diminutio.— Capacidad de la mujer.— Tutela.— Curatelas. Pater. Manus. Domus. Familia. Dominium, dominica potestas. Matrimonio. Liberi. Servi. Hereditas. Sui heredes. Agnati. Testamentum. Reformas pretorianas e imperiales en el Derecho sucesorio.— 36.— Dominium. Bienes heredados y bienes adquiridos. Res mancipi. Possesio y usus. Usucapión. Posesión y propiedad. In bonis habere. Usus, distinto de possesio. Quasi-possessio.— 37.— Obligatio y fides. Obligatio ex delicto. Contractus. Ambito de la conditio. Actiones in factum contractuales. Contratos consensuales. Contratos innominados. Cuasi-contratos. Cuasi-delitos. De la estipulatio al documento.— 38.— Delimitación del Derecho civil frente a otras disciplinas que en este campo concurren y han alcanzado independencia ante aquel.— 39.— Modernas tendencias que orientan e impulsan el nuevo Derecho privado.— 40.— Los movimientos de tipo autoritario y el Derecho privado: bolchevismo, fascismo y nacionalsocialismo.— 41.— Los adelantos científicos y la técnica.— 42.— La transformación social y económica.

## 1.—Concepto del Derecho

El problema fundamental de toda ciencia jurídica es el problema del concepto del Derecho, cuyo dominio es tan extenso como el de la vida humana. Eterno en su orígen, se realiza en el tiempo, se desenvuelve con el hombre, con los pueblos, con la humanidad; se adapta a todas sus necesidades, se diferencia con la edad, los grados de cultura, con toda la organización física, intelectual y moral de los individuos y de las naciones.

La noción del derecho se esboza con las primeras manifestaciones de la sociabilidad. Informe en las etapas rudimentarias de la civilización, se deslizaba en las volutas de la fantasía y de los ritos religiosos, o se encerraba bajo la corteza de espiritualidad de las costumbres.

Ya cuando en los primeros tiempos de Roma se distingue el fas del ius, la idea del derecho empieza a diferenciarse. Gestación lenta, en que no se sabe si el embrión de la justicia se desenvuelve objetivamente, al calor de los hechos, o si va creciendo en la sombría y recóndita intimidad de la conciencia. Es como una débil luz que se filtra penosamente a través de altos y espesos nublados que no permite ver con precisión los contornos morales de las acciones humanas. Pero esa tenue claridad se va alzando por el cielo de la razón, como un alba de milenios. Y pareciera esto curioso y extraño, si se atendiese a lo natural y comprensible que es para todos los hombres el hecho del Derecho: todos en verdad, usan la palabra; saben bien cuál es el que les pertenece; y vivamente reaccionan si ese su derecho se perturba. Pero, paralela a esa axiomática comprensión del Derecho como hecho, la comprensión del Derecho como derecho mismo —idea, abstracción lógica— es sobremanera difícil. Para definir su concepto, para limitarlo dentro de sus verdaderos planos ideológicos, fue menester de la pugna de teorías diferentes dentro de largos lapsos históricos, hasta llegar a su esclarecimiento. De tal manera, lo que al principio parece extraña paradoja no lo es en realidad, porque idéntico proceso ocurre a todas las ideas filosóficas simples, inútilmente claras en la mente del hombre y, sin embargo, inasequibles en su concreción conceptual.

El correr de la Historia lo ha mostrado ligado a la Teología, a la Moral, a la Política, a la Filosofía, a la Economía y hasta al Arte; más su definición, siempre inestable, sistemáticamente ha continuado siguiendo los vaivenes impresos por las diversas corrientes jurídicas que en el mundo han existido. Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho, dijo Manuel **Kant**; y estas palabras, tal vez

no han perdido hoy todavía su valor. Veamos sino, merced a un rápido bosquejo, cómo, si obtuvimos de Roma el Derecho, no en cambio, su definición. La palabra **jus**, traducida por **derecho**, tenía allí muchos significados: era tomada, a veces, como orden o regla generalmente prescrita, esto es, como ley misma; otras, como una facultad o beneficio concedido por la ley; bien, como lo recto en oposición a lo desviado; ya, como todo lo contrario a lo equitativo; ora, como el lugar donde se administraba la justicia. Y si bien se nos dijo que era también el arte de lo bueno y de lo equitativo, lo fue tan vagamente dicho, que los famosos tres principios determinativos de la virtud de la justicia y de la ciencia de lo justo y de lo injusto, no alcanzaron a fijar un criterio definitivo, como lo prueba la circunstancia de que, al avanzar en el tiempo, encontramos la misma imprecisión con la denominación de un símbolo —la Ley— pareciendo entonces lógico, para estar a tono, confundirlo con la noción del Derecho. Por eso decía Demolombe: "La Ley es una regla obligatoria, y el Derecho el conjunto de esas reglas", y Touillier: "Derecho es idéntico a la Ley", olvidando ambos la preexistencia abstracta del Derecho a toda norma.

No más afortunados fueron los expositores que, por sujeción a un plan didáctico determinado, nos dieron múltiples definiciones sin lograr el objeto de su afán. Ni tuvo éxito la introducción en la doctrina del método de las definiciones únicas, cuya insuficiencia se demuestra con la sola observación de haberse tomado en cuenta, para elaborarlas, sólo alguna o algunas de las características del Derecho, olvidando que ninguna de por sí es capaz de abarcar a las otras, ni de justificar su adopción como elemento único constitutivo del Derecho.

### 2.—Derecho en sentido objetivo y subjetivo

Captar su esencia íntegra, universal, constituye una indagación eminentemente racional, pues la fenomenología jurídica, además de la acepción del Derecho consistente en dar a cada uno lo suyo, comprende un doble carácter que nos muestra al Derecho en función: una norma reguladora, el **derecho objetivo**, la ley; y una facultad, el **derecho subjetivo**, o poder de exigir de los demás el respeto de ella. Pero junto a esta afirmación existen también las teorías negativas que rechazan la realidad del derecho subjetivo, como entidad distinta del objetivo. Dos representantes principales se dan en esta dirección: **León Duguit** y **Hans Kelsen.**

**Duguit** negó el Derecho subjetivo afirmando que dicho concepto es puramente metafísico, puesto que presupone que exista una voluntad capaz de imponerse a otra voluntad, una subordinación de voluntades, lo que no se puede demostrar dentro del Derecho positivo, estando, además, dicha noción, fundada en una concepción estrictamente individualista de la sociedad y del Derecho objetivo. Así, pues, el Derecho subjetivo no existe; únicamente se dan situaciones jurídicas subjetivas o situaciones jurídicas objetivas, según se trate de facultades que los individuos obtengan en sus relaciones, en consonancia con la ley y por la misma ley, o de prerrogativas recibidas directamente de la ley.

Más que negar la existencia del Derecho subjetivo, pretende **Duguit substituírlo** por las **situaciones jurídicas subjetivas**, que con las **situaciones jurídicas objetivas** integrarán el Derecho positivo, como único Derecho que **Duguit** admite, fundándolo en la ley de solidaridad y de interdependencia social.

**Kelsen**, con su concepción estrictamente normativa del Derecho, llega también a la misma conclusión que **Duguit** al establecer que no existen derechos subjetivos, como entes diferenciados del objetivo. De acuerdo con su lema de la pureza del método, dice que el Derecho subjetivo tiene que estudiarse con un criterio exclusivamente **normativo** y **formalista**, eliminando totalmente aquellos elementos de índole psicológica que puedan corresponder a las normas del Derecho positivo.

Sostener que el Derecho subjetivo es el mismo Derecho objetivo en determinada relación con un sujeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad. La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El Derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto, o, mejor dicho, una autorización concedida a una persona. La regla normativa, en cambio, el fundamento de tal facultad. El Derecho subjetivo se basa en el objetivo, pero no es cierto afirmar que aquél sea únicamente un aspecto o faceta de éste, como dice Kelsen.

En realidad los dos, Derecho objetivo y subjetivo son las dos facetas de una misma verdad: el Derecho es subjetivo no solamente porque debe ser comprendido, sentido, pensado por cada uno de nosotros y es la reunión de nuestras diversas conciencias sociales, lo que forma la llamada conciencia colectiva; y es objetivo porque esta verdad subjetiva percibida por cada uno de nosotros corresponde a una realidad exterior que existe objetivamente. Por lo dicho se advierte que los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay Derecho objetivo que no conceda facultades, ni Derechos subjetivos que no dependan de una norma.

El uso vulgar del lenguaje y la terminología científico-jurídica general coinciden en atribuir a la palabra "derecho" las acepciones que acabamos de señalar. Unas veces, en efecto, se emplea la palabra "derecho" en **sentido objetivo**, para designar una **norma** o conjunto de normas reguladoras de la conducta humana. Tal es el caso, por ejemplo, cuando se habla del "Derecho civil", del "Derecho vigente". Otras veces, en cambio, la misma palabra se utiliza en sentido **subjetivo**, y entonces designa una **facultad**, un poder moral del hombre para un determinado comportamiento. Así, cuando se dice de alguien que "tiene derecho a una cosa" o que "se han lesionado sus derechos". La lengua inglesa tiene dos voces distintas, que responden a estas dos significaciones fundamentales, designando **law** y **right**, respectivamente, el aspecto objetivo y el subjetivo del derecho.

### 3.—El Derecho y las normas análogas

A).— Pero el derecho no es el único principio regulador de la conducta humana, sino que hay otros junto a él: hay la religión y la moral; y hay, además, los llamados "usos sociales" o "normas del trato social" o "reglas del decoro", en una palabra. Ha de buscarse, pues, la diferencia específica que permita delimitar el concepto del derecho frente al de las otras normas de la conducta humana. De éstas, sólo consideraremos aquí la moral, por la más estrecha relación que guarda con nuestro tema.

Buscando una base amplia susceptible de obtener el mayor asentimiento posible, y prescindiendo de cuestiones muy controvertidas (como si la coacción es nota esencial del derecho), podemos establecer la distinción conceptual entre la moral y el derecho, fundándola en la que existe entre la esfera subjetiva y la esfera objetiva de la vida humana. Los actos humanos, en efecto, pueden considerarse en relación al sujeto mismo que los realiza, en función de su adecuación o inadecuación con el fin último suyo; pero pueden considerarse también en relación con los actos de otros sujetos, en función de su adecuación o inadecuación con las exigencias de la convivencia social. La primera consideración es propia de la moral; la segunda, propia del derecho. Tanto la moral como el derecho ordenan, y por ende valoran, la conducta humana; pero la moral la ordena y valora esencialmente desde el punto de vista del **individuo** como tal, en cuanto está llamado a una perfección en consonancia con su naturaleza y su fin; mientras que el derecho ordena y valora esta misma conducta esencialmente desde el punto de vista de la **sociedad**

como tal, en cuanto está llamada a asegurar a los individuos una convivencia pacífica y honesta. En una palabra: si la **moral** es la regla del **bien particular**, el derecho es la regla del **bien común.**

B.— **Derecho y Justicia.**— La referencia del derecho al bien común permite afirmar su íntima conexión con la **justicia.** Como decían los escolásticos, "el derecho es el objeto de la justicia". Surge aquí una nueva acepción del derecho, equivalente a "lo justo". El concepto de justicia, de una riqueza de sugerencias ingente, presenta también un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. En el aspecto objetivo, la justicia es esencialmente proporción, equilibrio, adecuación entre las exigencias recíprocas de todos los miembros del cuerpo social. En el aspecto subjetivo, la justicia es una virtud, y precisamente la **virtud social** por excelencia que, a tenor de la fórmula clásica, da a cada cual lo suyo sobre la base de una igualdad fundamental que según los casos será igualdad absoluta (justicia conmutativa) o igualdad proporcional (justicia distributiva, justicia legal, justicia social). En cualquiera de sus formas, la justicia tiende a la realización del bien común.

La referencia a la justicia es por tanto un elemento esencial de la definición del derecho. Claro está que la idea material de la justicia no es la misma en todas las escuelas, ni es la misma tampoco la terminología. Muchos autores prefieren hablar de "idea del derecho", de "ideal jurídico", etc. Pero la mayoría de las direcciones, no sólo clásicas, sino también contemporáneas, fuera del positivismo, refieren de algún modo el derecho a la justicia, a la idea o al ideal del derecho. Definición típica a este respecto, entre las de nuestra época, es la de **Gustavo Radbruch:** "Derecho es aquella realidad cuyo sentido estriba en estar al servicio del valor jurídico, de la idea del derecho". En España, **Legaz y Lacambra** ha acuñado la frase de que "el derecho es un punto de vista sobre la justicia". Cierto que no siempre plasmará el derecho una auténtica justicia, y que incluso cuando se aleje mucho de ésta podrá —y aún deberá, según los casos— seguir siendo acatado en aras a la seguridad (a cuyo servicio está también el derecho) o para evitar el mal mayor que supondrían soluciones de violencia con perspectivas poco halagüeñas de éxito. Es el caso-límite del derecho de revolución o del derecho de guerra. Pero en los supuestos normales de la vida social, el derecho, intencionalmente por lo menos, se presenta como objeto de la justicia. Sobre la base de esta concepción, la noción de un "derecho injusto", aceptable por quienes prescinden de la nota material de justicia en su concepto del derecho, implica una contradición en los términos. Así entendido, el **derecho** es el con-

junto de normas que rigen el cumplimiento de la justicia y susceptibles de sanción coercitiva.

Dichas normas regulan la estructura de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ellas, manteniendo la armonía en las relaciones del hombre con la sociedad, porque la finalidad del Derecho es armonía y el bien social presupone la perfección de cada una de sus partes.

## DIVISIONES DEL DERECHO

### 5.—Primera división.— Derecho natural y Derecho positivo

En la expresión "derecho natural" el adjetivo natural hace referencia a varias de las propiedades que en sus distintas significaciones abarca. Por una parte, excluye el concepto cualquier elemento sobrenatural, siendo derecho "natural" el que el hombre conoce mediante su razón, independientemente de una revelación, y asimismo el que tiene por objeto el fin puramente temporal del hombre. Por otra parte, el adjetivo "natural" excluye también del concepto todo elemento arbitrario: el derecho "natural" es el que tiene carácter necesario, no dependiendo en su esencia de la voluntad humana. Pero la necesidad de que hablamos aquí no es una necesidad física, sino una necesidad moral, que implica por parte del hombre una libre aceptación de las exigencias de la naturaleza.

### 6.—Derecho positivo es el ordenamiento jurídico o legal de un pueblo y garantizada su observancia por el empleo de la coacción

Si el derecho, objeto de la justicia, es una ordenación y valoración de la conducta humana, surge inmediatamente el problema de cuál sea el **fundamento** de esta valoración y ordenación. Este fundamento es para muchos autores pura y simplemente la voluntad humana en cuanto se aplica a la regulación de las relaciones sociales. Esta voluntad será la de aquellos hombres que en cada sociedad estén llamados a producir expresamente derecho (ley) o la voluntad difusa del cuerpo social mismo, manifestada en un comportamiento efectivo (costumbre). El derecho así producido se llama **derecho positivo**, por cuanto es puesto por una voluntad. Aquellos autores que no reconocen otro fundamento posible de las valoraciones-jurídicas fuera de la voluntad humana se llaman positivistas, y su postura, el **positivismo jurídico**. En este sentido, el positivismo jurídico es una actitud intelectual general, que como veremos ha tenido históricamente expresiones múltiples

cuyo denominador común ha sido precisamente el rasgo que acabamos de señalar.

Pero cabe asimismo fundamentar las valoraciones jurídicas en un orden objetivo de relaciones independientes de la voluntad, o sea, en la naturaleza misma de las cosas. Con lo cual viene a contraponerse al derecho positivo, el **derecho natural.** La actitud intelectual de quienes afirman que el derecho natural se ha llamado tradicionalmente **iusnaturalismo.** Como el positivismo jurídico, el iusnaturalismo es una actitud general, que también se ha manifestado en la historia bajo múltiples formas. Pero en una u otra manifestación, es común a todo iusnaturalismo la afirmación de principios jurídicos que, dimanando de la misma naturaleza, son universalmente válidos; y además, la de que el hombre puede conocerlos y debe plasmarlos en derecho positivo, por lo que éste carecerá de validez cuando a ellos se opongan.

### 7.—Segunda división.— Derecho nacional y Derecho internacional

El derecho nacional o interno es el que se ha establecido en cada país para el arreglo de los derechos y deberes de sus individuos. Se divide en público y privado.

a) El **derecho público nacional** es el que organiza el poder público y reglamenta las relaciones de los particulares con dicho poder.

Se subdivide en:

Derecho **constitucional** que está integrado por aquellas normas que se refieren a la organización fundamental del Estado, es decir, las que estructuran jurídicamente a los órganos e instituciones del Estado, regulan su actividad en el cumplimiento de las funciones soberanas y establecen las relaciones entre ellos en orden a lograr la unidad en la actividad de la organización estatal;

Derecho **administrativo** que regla las relaciones del Estado y de los particulares y el ejercicio de la función administrativa;

Derecho **penal** que define los delitos y señala las penas que les son aplicables.

b) Derecho **privado nacional** es el conjunto de leyes que cada pueblo o nación tiene establecidas para todo lo relativo a la extensión y ejercicio de los derechos particulares de cada uno de sus individuos. En este sentido se da a este derecho, el nombre de derecho **civil.**

El **Derecho internacional** regula la actividad externa de los Estados, los cuales constituyen una comunidad: la comunidad internacional. En ella los Estados aparecen como personas morales con poder de autodeterminación, que mantienen entre sí, y como tales, vínculos permanentes de la más diversa índole, independientemente de los que se establecen entre los súbditos como tales, reguladas, como veremos por el llamado Derecho internacional privado.

### 8.—El Derecho internacional se divide también en público y privado

Si el Derecho internacional público regula las relaciones de los Estados y otros entes sociales con poder de autodeterminación como tales entre sí, el llamado Derecho internacional privado establece que derecho es aplicable a aquellas relaciones jurídico-privadas de carácter internacional, es decir, cuyos distintos elementos están sometidos a direcciones nacionales diversas.

### 9.—Tercera división.— Derecho civil y derecho de gentes

Esta clasificación se hace tomando en consideración la extensión de la aplicación del derecho y se refiere únicamente al derecho privado.

a) **Derecho civil,** en este sentido, es el que comprende únicamente las normas legales que sólo son aplicables a los nacionales, y cuyo beneficio sólo pertenece a ellos. Este era el **jus civitatis** de los romanos; refleja el viejo principio de la personalidad de las leyes como atributo de la ciudadanía.

b) **Derecho de gentes,** en este sentido, jus gentium, es el derecho privado aplicable tanto a los nacionales como a los extranjeros, denominación que le daban los romanos porque lo consideraban en vigor en todos los pueblos civilizados.

Entre nosotros esta distinción ha perdido casi toda su importancia, desde que la Ley no reconoce, en general, diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles.

### 10.—Cuarta división.— Derecho escrito y no escrito o consuetudinario

a) **Derecho escrito** es aquel que ha sido formulado expresamente por el legislador.

b) **Derecho no escrito o consuetudinario,** no promulgado, es aquel que habiéndose introducido insensiblemente con el consentimiento tácito del legislador, ha llegado a adquirir fuerza de ley.

### 11.—Quinta división.— Derecho substantivo y Derecho procesal

El Derecho **substantivo** es el conjunto de disposiciones positivas aplicable a cada relación de derecho o con más propiedad a cada conflicto de derechos.

El Derecho procesal es el conjunto de disposiciones positivas que regulan la actividad pública judicial del juez y partes, en la labor de realizar o de hacer efectivo el derecho material perturbado o desconocido, y en la de fijarlo con carácter vinculante (función declarativa: acción y sentencia declarativa). Se halla regulado en una ley, la de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal.

### 12.—Principales teorías acerca del Derecho

Las principales teorías que tratan de explicar el Derecho se las puede agrupar en las siguientes categorías histórico-doctrinales:

1ª—Las iusnaturalistas con todas sus variantes; 2ª— Escuela Histórica del Derecho; 3ª— Teorías positivistas, sus varias direcciones; 4ª— Escuela Fenomenológica.

### 13.—Multiplicidad de teorías iusnaturalistas. Tipología de las mismas

La historia no nos enseña tan sólo que el derecho natural ha sido una constante filosófica; nos enseña también que la idea del mismo ha plasmado en sistemas muy diversos formal y materialmente, y a veces opuestos entre sí en sus resultados. La rúbrica general "derecho natural" ha amparado doctrinas sumamente dispares y heterogéneas, que en ocasiones tienen de común sólo el nombre. Es importante, a los efectos de una valoración de conjunto de la problemática iusnaturalista distinguir claramente entre derecho natural como conjunto de principios de la convivencia humana fundados en la naturaleza del hombre en cuanto ser social, y las teorías iusnaturalistas con intentos de formulación del derecho natural llevados a cabo por los hombres en el transcurso de la historia. Adoptando aquí el criterio más comprensible, nos parece oportuno presentar una idea precisa de las diversas teorías iusnaturalistas partiendo de sus primeras manifestaciones hasta nuestra época, formando en este decurso histórico una serie de etapas o fases determinadas por la misma evolución de dichas teorías, de manera que sean las fundamentales transformaciones de las mismas las que marquen las divisorias de las respectivas etapas.

A) **Primera etapa.**— Corresponde al **iusnaturalismo platónico-aristotélico,** que se inicia con **Heráclito** y **Pitágoras,** prosigue con **Sócrates,** y culmina en las obras de **Platón** y **Aristóteles.**

La existencia de una normatividad de validez universal sustraída a todo arbitrio humano, fue mantenida desde los albores mismos de la actividad especulativa, aunque desigualmente expresada en forma conceptual. La idea de semejante normatividad puede considerarse como patrimonio común de las grandes culturas antiguas. La moralidad y la justicia aparecen en ellas como producto de la Divinidad, que las comunica a los hombres mediante su representante en la tierra. Así el faraón de Egipto es el intérprete de la voluntad divina; también Hammurabí, en su famoso Código, es simple intermediario entre Marduck y su pueblo.

Pero fué Heráclito quien dió a la noción una legalidad universal de la que el hombre participa eminentemente por su razón, la primera expresión filosófica rigurosa, no desprovista todavía de aliento mítico. Todo fluye ciertamente, y la realidad se nos presenta como un eterno devenir; pero hay por debajo de esta corriente huidiza un principio permanente de armonía, superadora de los contrastes, un **logos** divino del que se nutren las leyes humanas. Casi al mismo tiempo levantaban los pitagóricos, su fábrica del universo matemáticamente trabado, en el que el equilibrio de sus partes sugiere la noción de justicia como relación de igualdad. Más tarde, los **sofistas** contraponen el **nomos** y la **physis** como lo convencional y artificial —lo "positivo a la primigenio y espontáneo— lo "natural", planteando ya claramente el problema de su posible antagonismo; y el primer gran momento de especulación iusnaturalista nace de la discusión en torno a la antítesis sofística entre naturaleza y convención.

**Sócrates** adivina en la voz de aquel espíritu interior que le inspiraba, un mundo de principios objetivos cuya evidencia se le impone. Para **Platón** el mundo sensible tiene realidad y sentido en tanto en cuanto participa del mundo intemporal de las ideas, en las que concurren ser y valor. Las ideas se ordenan según una jerarquía que culmina en la del Bien. Las instituciones empíricas han de mirar, pues, a la realización del Bien, uno de cuyos aspectos es la justicia. Pero la construcción sistemática más lograda del iusnaturalismo helénico es sin duda la que legó **Aristóteles.** El derecho válido en el Estado comprende, según el Estagirita, lo justo legítimo y lo justo natural: en lo justo legítimo, la razón del mandato o de la prohibición es una voluntad humana, mientras que en lo justo natural, es la esencia misma de las cosas. Si el primer orden de preceptos es peculiar de cada pueblo y varía con el tiempo, el

CONTROL DE BIENES
5011265



segundo es universal e inmutable, sirviendo además para suplir las imperfecciones de aquel, como se pone de manifiesto en la teoría aristotélica de la equidad.

Posteriormente, desarrollando los atisbos heracliteos, aparece la Escuela estoica que se fundamenta en la recta razón y que aspira a la consecución del Derecho natural.

B) **Segunda etapa.**— Es la teleológica que corresponde al medievo. En todas las grandes construcciones del pasado, la especulación en torno al derecho apareció inserta en el sistema filosófico general, del que no era sino una parte; y la concepción teleológica del universo, que encontró en Aristóteles a su primer intérprete sistemático y riguroso, encuentra ahora su plenitud de sentido de la filosofía cristiana. El pensamiento jurídico cristiano, en efecto, cristalizado en la Teología y Filosofía católicas, sostuvo desde el principio como fuente del Derecho la Ley eterna (la establecida por el Creador para la ordenación del mundo), de la que deriva el Derecho natural, como ordenación común del ser humano en todos los tiempos y pueblos, y en el que ha de basarse el derecho positivo; cuyo fin no es otro que el de posibilitar el cumplimiento de todos los fines de la vida del hombre, incluso su último fin. La Filosofía de Santo Tomás de Aquino es la que predomina en este período.

C) **Tercera etapa.**— El Renacimiento, el Humanismo, el Protestantismo y la filosofía heterodoxa, marcan la iniciación de la época moderna. Por una ironía de la historia que sin embargo resulta de la lógica inmanente de las ideas, en el seno del protestantismo iba a erigirse el derecho natural en disciplina autónoma, por obra de la llamada **escuela clásica del derecho natural y de gentes**, que nosotros preferimos denominar **escuela racionalista del derecho natural**, que, al prescindir del concepto de la Ley eterna, rompió el nexo que unía la moralidad al conjunto divino del universo. Grocio, espíritu profundamente religioso, es el máximo representante de esta secularización del derecho natural, y es él quien formula esta idea en una expresión enérgica, declarando que habría un Derecho natural, fundado en la naturaleza humana, aun cuando no existiera Dios.

### 14.—Cuarta etapa

Corresponde a la Filosofía Racionalista de Kant, que puede considerarse como la expresión más elevada y como el último término de este gran movimiento que en la época moderna se realiza por el reconocimiento cada vez más completo del principio de la personalidad subjetiva en sus caracteres constitutivos: la Razón y la Libertad. La Libertad viene a ser

para Kant el objetivo propio del Derecho, y a la Razón incumbe la misión de determinar su ley, formulada "como el conjunto de las condiciones bajo las que en el mundo sensible puede existir la voluntad de cada uno con la voluntad de todos, según la ley general de la libertad". La Razón, para establecer esta ley, no inquiere las relaciones reales e históricas de las cosas y de las instituciones, ni los principios que se manifiesten en ellas; pero se interroga así misma y establece solamente algunas máximas y fórmulas subjetivas. El Derecho no abraza, pues, el orden objetivo de las cosas y de sus relaciones, cuyo conocimiento previo es, sin embargo, la condición necesaria de una buena legislación; está revestida de un carácter subjetivo, formal, abstracto, y no se hace cargo alguno de los hechos reales en que el hombre vive y se desarrolla en el orden social y en la Historia. Pero para que se realice el Derecho en el orden social es necesaria una institución especial provista de los poderes indispensables para ponerla en ejecución. Esta institución es el Estado, que descansa sobre la idea del Derecho, pero que en la realidad debe formarse por la convención o el contrato social. El estado de naturaleza es un estado que se deja conocer por la ausencia del Derecho, en el cual ni los individuos ni los pueblos tienen garantía contra la violencia. La razón exige, pues, que los hombres y los pueblos salgan de este estado y creen poderes llamados para mantener entre ellos el principio del Derecho; la institución del Estado es menos un hecho histórico que un deber. La fuerza misma es legítima entre los individuos y los pueblos para obligarlos a dejar esta condición salvaje, para entrar en un orden racional de Derecho. El mismo contrato social no es el origen del Derecho; es más bien un postulado de la razón y un ideal en el porvenir que una realidad en la Historia.

Tal es, en substancia la doctrina de Kant. Fácilmente se reconoce su superioridad sobre las doctrinas precedentes, por lo que respecta al método y a la precisión científica. El principio del Derecho se deduce, no de una ficción o de una hipótesis histórica, sino de la naturaleza racional del hombre tal como se revela en la libertad. La doctrina de Kant introduce la coacción en el concepto del Derecho como elemento esencial: para él Derecho y Sanción viene a ser lo mismo. El Derecho mantiene el reino de los fines —agrega—; la coacción se produce cuando es necesario el establecimiento de la unidad turbada: el derecho es, entonces, por si mismo coactivo.

El defecto principal de la doctrina de Kant reside en la insuficiencia de la manera como ha comprendido el principio de la libertad y sus relaciones con el bien general. La libertad, aunque no se la confunda, como en Rousseau, con la simple voluntad, está concebida de una manera abstracta, pura-

mente formal, sin relación con la materia del bien; sin embargo, la libertad no es más que una facultad, un instrumento que debe emplearse para la obra del bien individual y social del hombre.

**Quinta Etapa**

Corresponde a nuestro tiempo y es el período del Derecho natural conocido como científico. Esta corriente comprende dos tendencias: una que se denomina Neotomismo, es la que sigue el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, y la segunda que pretende laicizar el Derecho natural, estableciendo la diferencia entre lo estrictamente religioso y lo científico. Especial relieve adquiere este movimiento en Francia y son exponentes de esta corriente que trata de laicizar el Derecho natural nombres como los **Geny, Hauriou y Renard**, a los que podemos asociar también el de **Le Fur**, quienes creen poder extraer del estudio de la naturaleza humana y de las instituciones en que se inordina, cierto número de principios inherentes a toda vida social. Esta corriente que se inicia bajo el signo de la "vuelta a Kant y del formalismo en Stammler", con su derecho natural formado de contenido variable, y en general en el seno del neokantismo, la estudiaremos con alguna detención al tratar de las direcciones idealistas.

Es sabido que en la multiplicidad de las teorías iusnaturalistas han visto muchos autores un argumento contra la existencia del Derecho natural. Pero no es lícito deducir de aquel hecho tal conclusión. Lo único que la multiplicidad histórica de teorías iusnaturalistas permite afirmar, es, que en las investigaciones en torno al derecho natural no lograron siempre su objeto. Pero esta circunstancia no es privativa de las escuelas iusnaturalistas; se manifiesta igualmente en otros ámbitos del conocimiento humano.

**15.—Escuela histórica del Derecho**

La llamada **Escuela histórica del Derecho**, que representa la rama jurídica de aquella tendencia, constituída por juristas alemanes de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, con **Savgny** a su cabeza, concebía el Derecho como un fenómeno de cultura que al igual que las demás manifestaciones de este carácter-lengua, arte, religión, etc, venía condicionado históricamente como producido por el espíritu popular de cada colectividad nacional, de un modo espontáneo. La elaboración del Derecho se basa, no en juicio racional alguno, sino en un sentimiento característico del alma popular, la cual, frente a las diversas situaciones porque atraviesa en la historia, va creando o segregando las convicciones adecuadas a

cada momento. La escuela histórica del Derecho venía, pues, no ya a reconocer esta cualidad histórica del Derecho, variante y mudable, sino a destacar y exaltar apasionadamente las diferencias nacionales y las variaciones temporales de las normas jurídicas. Juzgamos ineludible sentar ante todo la afirmación positiva de que la evolución histórica del Derecho, como toda evolución histórica, no es en modo alguno susceptible de ser sometida a unas leyes fijas, a un orden preestablecido que marque la regularidad de sus movimientos y fenómenos al modo como lo hacen las leyes físicas en el orden de la naturaleza. Los hechos humanos, fuera de la radical libertad del hombre junto a contingencias de diversa índole, no pueden analogarse con las experiencias físicas y naturales, y en consecuencia, ser tomadas como base para la formulación de una teoría de la evolución histórica y social con pretensiones de regularidad y generalidad apriorísticas.

No puede hablarse ciertamente de una evolución única y unilateral ni de una universal uniformidad. El estudio del material histórico jurídico realizado a la luz del método comparativo —legítimo en su debida utilización— nos atestigua que ciertas instituciones o fases del desarrollo de una institución son específicamente propias comunmente de uno o de algunos pueblos, o por lo menos de una cierta raza, no siendo de hecho comunes a otras razas y pueblos. Sin duda que existen también instituciones de modo uniforme en casi todos los pueblos, llegando la uniformidad hasta en las fases de su evolución. Pero cuando se da tal uniformidad hay que atribuirla, en primer lugar, a la común naturaleza humana, y luego a la uniformidad de las condiciones y a la necesidad que han determinado el surgir de las instituciones jurídicas, sin descontar cierta uniformidad de carácter accidental debido a la influencia de la imitación. Derecho histórico es más bien expresión de idea fenoménica que de realidad unitaria.

Dos períodos ven los tratadistas en dicha escuela: el primero, de la lucha tenaz con la escuela racionalista, pues, como hemos señalado la escuela histórica no se somete del todo a la razón, y reacciona contra el dogmatismo de ésta. Pero en este punto olvidan acaso los historicistas que se necesita precisamente de la razón natural para discernir cualquier asunto de derecho. En el segundo período la escuela histórica se une un tanto a la escuela racional para ayudarse mutuamente en el perfeccionamiento de las leyes y de las instituciones, pase de avance necesario para el progreso efectivo de las ciencias jurídicas. **Savigny**, esclareció con precisión el concepto de la escuela histórica, y dijo: "la acción simultánea de muchas fuerzas por varias que sean, constituye la vida de la ciencia, y aquellos a quienes pertenecen estas fuerzas especiales deben considerarse como otros tantos artífices que cooperan en

la erección de un solo edificio, y no malgastan en cuestiones de secta las fuerzas que pudieran emplearse más útilmente en la aspiración común de la ciencia". En estas frases el ilustre **Savigny** expone con precisión el concepto de su escuela, habla de la conciliación de las dos escuelas: histórica y racional, uniéndolas bajo una misma tendencia: el progreso de la ciencia del Derecho. Así, pues, para la escuela histórica, el Derecho es "la expresión de la conciencia jurídica de un pueblo determinado, que se desarrolla y perfecciona al desenvolverse y perfeccionarse el pueblo mismo". Y por último: cambia al hombre ideal de derechos soberanos, imprescriptibles e inalienables, por el hombre histórico y social que se basa en los estudios históricos para enseñar a legislar sobre muy buenos principios. Así fué como la legislación comparada brilló con gran progreso en el mundo jurídico.

La Escuela Histórica, aunque representa por su método, un progreso en la investigación de la génesis del derecho a las teorías racionalistas, no llega a dar una explicación detallada del proceso de su formación, siendo más bien una concepción general de la vida del derecho.

**16.—Escuela Positiva**

a) El positivismo se inicia con **Comte** y ayudó en gran forma al desarrollo de las ciencias experimentales, así como el racionalismo favoreció el desarrollo de las ciencias exactas. La nota característica que se hace presente en todas las ramas del positivismo es el uso del método positivo y experimental, es decir para ellos: todo estudio debe ser consecuencia de una labor de observación, y desconocen todos aquellos principios que se hayan basado en una causa primera. Para la teoría positiva antes de admitir la existencia de una ley general necesita haber valorado uno a uno los hechos que constituyen su base. Para el positivista el mundo debe estudiarse en los dominios de las ciencias naturales, en la Geología para ver como nacieron en el globo las primeras plantas y se valen entonces de los vestigios que hayan podido quedar en las capas geológicas, empezando por estudiar el mundo exterior, para luego penetrar en el interior o psicológico, "recogiendo los fenómenos y hechos sueltos y desligados unos de otros; más tarde cuando el conjunto de ellos adquiere importancia, buscan las relaciones que los enlazan entre sí las leyes generales que los gobiernan". Así se expresa un expositor al tratar el tema en cuestión, y concluye por ver en toda la teoría positiva el espíritu de observación que ha de arrancar de los hechos la verdad que los positivistas quieren encontrar, criticando aquella imaginación de los antiguos para crear las viejas leyendas y los antiguos dioses de que estaba llena la

tierra hasta el punto de producir gran número de prodigios divinos, relatos que constituyen las páginas de la historia antigua. Los estudios positivistas se aplicaron primeramente al mundo físico y luego al mundo social, penetrando últimamente al mundo psicológico e interno. No considera la escuela positiva el Derecho como una idea abstracta hija de la razón, ni mucho menos como un hecho basado en el estudio histórico, sino como lo enuncia el siguiente postulado: "como una producción natural que va manifestándose con la evolución de la sociedad humana". Y la teoría positiva ve en el Derecho un fruto de la necesidad, y que va evolucionando con el tiempo, Derecho que respetan todos los hombres para poder vivir en paz sin que se trastorne su vida serena y de tranquilidad.

El positivismo sociológico de **Augusto Comte** tiene en el inglés **Spencer** y en los franceses **Durkheim** y **Gabriel Tarde** a los mejores continuadores y exponentes de su pensamiento. **Spencer** tiene un criterio individualista, al igual que **Tarde**, mientras que **Durkheim** es colectivista.

**Spencer** formuló en gran parte la ley de la evolución universal, y que es admitida por todas las tendencias, la misma que se efectúa mediante el tránsito de lo simple a lo compuesto, de lo inorgánico a lo orgánico, de lo homogéneo a lo heterogéneo, de lo indiferenciado a lo diferenciado.

De aquí se desprende la gran influencia que **Spencer**, siguiendo las inspiraciones de **Darwin**, concede en lo social a las leyes de la evolución, por ejemplo, las leyes de adaptación al medio, de la herencia, de la lucha por la existencia. Pues mientras más adaptado está un pueblo a su medio, tiene mayor vivencia el derecho, la justicia, la libertad; y cuando el pueblo no encuentra una adaptación conveniente a su medio, el derecho, la justicia, la libertad, sufren tropiezos, no logran su objetivo.

**Spencer**, pese a tener un criterio individualista, juzga que los valores (Derecho, Justicia y Libertad) son bienes de la colectividad, antes que patrimonio de unos pocos. De la ley de la evolución de **Spencer** a la ley de **Marx** no dista más que un solo paso.

### B) Positivismo sociológico

**Tarde** y **Durkheim** son los representantes del positivismo sociológico. El segundo es el que ha tratado de precisar los conceptos de sociedad, manifestando que la coacción que ejerce el grupo social sobre el individuo es permanente y abarca todas las esferas de la vida social. Nos habla de lo conveniente que es el uso del método sociológico, de la necesidad de considerar a todos los hechos sociales como obje-

tos, enmarcándose dentro de esta consideración lógicamente el Derecho, que no es sino un objeto más. Completa su pensamiento el autor en cuanto se refiere al desarrollo de la división del trabajo social, lo que ha determinado el aparecimiento de nuevos órganos funcionales de trabajo y precisando el concepto de que una sociedad es más progresiva y más desarrollada, en cuanto la división del trabajo es mayor.

Por otro lado considera la existencia de otro principio, es el de la solidaridad social, existente entre los miembros de un grupo social y entre sociedades, principio que reviste dos fases o formas: en una primera etapa impera la solidaridad mecánica o por semejanza que se halla presente en cuanto la división del trabajo no es muy desarrollada, es el caso de los grupos primitivos; en la segunda fase, la solidaridad social tiene vivencia en sociedades desarrolladas, que han superado las formas incipientes de organización, son sociedades complejas, las industrias, por ejemplo, por lo que el principio de solidaridad es orgánico.

Tarde, sociólogo francés, positivista e individualista, afirma que la noción que explica todo el universo, es la repetición, a tal punto que si las cosas no se repitieran no se las pudiera conocer científicamente, ni establecer las leyes que las rigen. Esta repetición en el mundo físico, continúa, es la **ondulación**; en el mundo biológico es la **herencia**; y en el mundo social la **imitación.**

### Leyes de la imitación

En todos los grupos sociales —dice Tarde— existen o deben existir individuos modelos o líderes de la vida social, son los inventores, los que crean normas, etc.; y por otro lado están los demás componentes del grupo que siguen o imitan la conducta de sus conductores. Es natural —agrega— que quien imita es inferior a quien es imitado, por lo que el individuo o el pueblo que imita, debe ser considerado como inferior a los que imitan. Esto explica —añade— como los elementos culturales de un pueblo son llevados a otros pueblos, a base de la imitación.

Científicamente estudiado el problema, no se puede desconocer la importancia de la imitación en la vida social de los individuos y de los pueblos, pero dar a este principio la calidad de único para explicar todos los fenómenos sociales, es inadmisible.

El derecho —concluye— más que producto colectivo, es más bien un producto del esfuerzo individual, de los inventores, como él los llama, mencionando a Moisés, Licurgo, Solón y otros.

El que un pueblo adopte una legislación extranjera, no es argumento suficiente para afirmar y explicar el desarrollo del Derecho.

### C) Objetivismo sociológico

Entre las concepciones sociológicas del Derecho hacemos mención especial de la expuesta por **Duguit**, a la que se le ha dado el nombre de objetivismo sociológico u objetivismo solidarista, y pretende dar al Derecho una base rigurosamente realista. Niega dicha teoría el Derecho subjetivo considerándolo como una noción de orden metafísico, y sólo admite el Derecho objetivo, fundándolo en el hecho de la solidaridad o interdependencia social.

Las conclusiones capitales de la teoría de **Duguit** son las siguientes: a) Que la norma jurídica, como toda norma social, es el producto de un hecho social: la solidaridad o interdependencia de los hombres; b) Que la norma social, moral o económica, adquiere el carácter de norma jurídica, no por intervención del legislador positivo, sino por este doble factor de orden psicológico: la conciencia, en la masa de los individuos de la sociedad de que se trate, de que esa regla moral o económica es esencial para el mantenimiento de la solidaridad social, y la conciencia de que es justo sancionarla; c) Que esta conciencia social que sirve de soporte a la regla jurídica no es una conciencia colectiva distinta de las conciencias individuales (como lo concibe la sociología de **Durkeim**) ni una entidad metafísica (como el espíritu del pueblo de la escuela histórica), sino sencillamente la conciencia de la suma de los espíritus individuales.

**Duguit** habla siempre del derecho objetivo y rechaza todo derecho subjetivo, cuando los dos son dos facetas de una misma verdad: el derecho es subjetivo no solamente porque debe ser comprendido, sentido, pensado por cada uno de nosotros y es la reunión de nuestras diversas conciencias sociales en sus relaciones recíprocas, lo que forma la conciencia colectiva; y es objetivo porque esta verdad subjetiva percibida por cada uno de nosotros corresponde a una realidad exterior que existe objetivamente y que nosotros, desde luego, no hemos creado.

No obstante, tiene en su abono la concepción de que tratamos el haber propugnado la tesis, muy progresiva, de que el derecho objetivo no es una mera creación del Estado, y el de tratar de darle un contenido social, capaz de que sus ga-

rantías logren ser acogidas por toda la colectividad. Atacaba fuertemente al derecho de su época por su carácter individualista, y enunciaba que el último fundamento del derecho es la colectividad.

Dentro del Positivismo Jurídico, cabe también el estudio del Utilitarismo y del Materialismo Dialéctico.

### D) El Utilitarismo

Respecto de la filosofía utilitarista, podemos decir que encontramos sus antecedentes en la escuela sensualista que, desde la antigüedad hasta nuestros días, ha sostenido que el hombre no se mueve más que por motivos de placer y de pena, que él obra por interés o por un interés bien entendido. Sobre este criterio que se traduce en la ambición del hombre de alcanzar su felicidad, surge el Utilitarismo inglés, siendo su principal inspirador **Jeremías Bentham** que da a este principio el nombre más vago y más seductor de utilidad, pero lo determina según los postulados del sensualismo. Por tanto, el mérito del autor no consiste en el enunciado del principio, pero sí en la aplicación práctica que ha ensayado hacer de él.

En el utilitarismo inglés encontramos dos momentos: 1º Utilitarismo individual y cuantitativo, cuyo representante es Bentham, preconiza la utilidad del individuo, prefiriendo la cantidad antes que la calidad de los placeres. 2º—Utilitarismo colectivo y cualitativo, que tiende a lograr el mayor bien de mejor calidad para el mayor número de personas, cuyo representante es Stuart Mill.

Es evidente que en el Derecho entra de por medio un poco de utilidad, de interés, elemento éste que no se lo puede rechazar, porque como sabemos, en la norma jurídica el interés desempeña papel importante. Sólo la moral es desinteresada, en ella no se concibe el interés, porque dejaría de ser moral.

El Derecho debe tener interés, debe perseguir alguna utilidad, y en este aspecto el utilitarismo tiene razón en sus enunciados; pero tampoco esto significa que podamos admitir el utilitarismo en forma íntegra porque el Derecho además encarna un valor más alto que el interés: encarna la justicia. El Derecho en ciertos casos no puede tener ninguna utilidad, pero si hace justicia es Derecho, que es lo más útil para el bien de los hombres que viven en sociedad.

### E) El Derecho dentro del Materialismo Dialéctico

El materialismo dialéctico es una doctrina económica, una teoría política y una interpretación de la historia, siendo este tercer aspecto el que interesa a nuestro estudio.

La Historia humana de acuerdo con el materialismo dialéctico se desarrolla bajo el influjo de un principio fundamental, el de que la sociedad se halla dividida en clases y que la lucha entre ellas constituye el motor que mueve a la historia. Por debajo de este principio está la tesis de que la vida social se resuelve en un conjunto de relaciones, predominando dentro de este conjunto de relaciones, la producción económica de una sociedad, hasta el punto de constituír el fenómeno económico la estructura de la vida social. Todos los demás no constituyen sino superestructuras. El factor económico tiene tanta preponderancia, que todo cambio que ocurre en el sistema de producción, repercute en todos los demás fenómenos, hecho éste que se ha establecido como una ley.

Bajo el amparo de este criterio se explica la Historia humana y el tránsito de una etapa a otra, sujetándose al método general de que "lo extremo de un estado o de un hacer suele transformarse en su contrario", es decir en forma dialéctica. Así, de una primera etapa, como es la esclavitud, se pasó al feudalismo y de éste al capitalismo, que en su organización comporta una contradicción, ya que mientras la producción es socialista, colectivista, los medios de producción son individualistas. Y el marxismo trata de llegar a establecer tanto la socialización de la producción como de los medios, para la mejor estructura de la sociedad y una mayor distribución equitativa de las riquezas.

La historia de la humanidad, según **Marx** y **Engels**, consiste propiamente en una lucha de clases en la esfera económico-social, a la que corresponde una lucha de ideologías en la esfera intelectual. La teoría de la ideología conduce de esta suerte, según los fundadores del materialismo histórico, a la teoría de la "superestructura", que hace del derecho, la moral, el arte, la religión, la filosofía, y en general de todos los productos culturales, simples epifenómenos determinados por las condiciones económico-sociales, en cada sociedad y período histórico. Con ello, los conceptos de "ideología" y "superestructura" se han convertido en los conceptos básicos del materialismo social, cuya corriente más rígida es el llamado marxismo ortodoxo.

Esta concepción es la predominante en la filosofía soviética del derecho. Expresión clara de la misma es por ejemplo la definición que del derecho dan **Krylenko y Stutschka.** Para **Krylenko,** "el derecho en cuanto a su origen, es algo que se deriva de las relaciones económico-sociales, y en cuanto a su contenido, un sistema de normas encaminadas a justificar y proteger, o mejor dicho, proteger primero, y justificar después, el orden existente". Idéntica en el fondo es la definición de Stutschka, que evoca notablemente la del derecho del más

fuerte de **Trasímaco (Platón, República, I)** y fue incorporada a una ley soviética de la primera época: "el derecho es un sistema de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y que está sostenido por un poder organizado (el Estado). Si el derecho en general es una simple superestructura ideológica, el derecho natural no será otra cosa, según esta doctrina, que una ideología llevada a un grado mayor de abstracción y menos consciente desde luego de su dependencia causal respecto de los factores económico-sociales.

El error de la concepción marxista radica en el carácter de exclusividad atribuído al factor económico como determinante de los demás fenómenos históricos, entre ellos el Derecho. Es innegable que los cambios en el sistema económico de producción han sido con frecuencia en la Historia causas de cambios substanciales. Y así se ha podido aludir al desarrollo de la clientela en la Roma primitiva, al colonato del bajo Imperio, a la adscripción corporativa, al desarrollo del régimen señorial agrario en la Edad Media, y luego de los centros urbanos, etc., etc., como obedeciendo a movimientos o necesidades de tipo económico. Pero se ha reconocido unánimemente también que el Derecho en su nacimiento y en sus transformaciones se ha visto afectado y condicionado por los diversos elementos integrantes de la organización social, en cuyo seno florece, y para el cual, en definitiva se formula. La evolución de las instituciones jurídicas y de su sistema no depende tanto de una íntima fuerza suya, cuanto de una serie de agentes, los cuales, cambiando el ambiente, cambian los fines y las funciones de los órganos del ordenamiento jurídico. O sea, que habrá que buscar fuera del mismo Derecho, en una zona extrajurídica o metajurídica, los factores que condicionan sus modificaciones, las causas de sus transformaciones, las fuerzas modeladoras de las formas que va adoptando sucesivamente y que integran las diferentes etapas de su evolución histórica.

Sólo para determinadas esferas puede admitirse aquel influjo: las que ofrecen un mayor contenido económico: propiedad, cambio, etc., pero incluso en éstas, las relaciones entre Economía y Derecho son recíprocas, porque ambos tienen una base común, ya que tampoco el hecho económico es algo simple, sino que hunde sus raíces en las tendencias, sentimientos, necesidades, etc., de la naturaleza humana, o sea, que viene a fundamentarse sobre elementos psíquicos subjetivos.

### 17.—Factores condicionantes del Derecho

Es preciso acentuar, también, en este planteamiento la íntima conexión en que por su misma esencia, se halla el Derecho respecto al conjunto de la vida social, en tanto que siendo una modalidad de la vida humana que abraza la totalidad de ella, se halla en estrecha relación con todos los órdenes de actividad de los individuos y de las colectividades, no pudiendo concebirse como algo aparte del hacer humano que le sirve de ocasión, de motivo para manifestarse y que condiciona cada una de sus manifestaciones.

El Derecho se nutre de las raíces psicológicas que informan el modo de ser de cada pueblo en que aquel se manifiesta. La repercución de esta psicología -que es algo distinto de la suma de las psicologías individuales- en las diversas esferas de la vida social del pueblo respectivo, se deja sentir igualmente en el de la creación jurídica, que viene afectada por la inclinación, aptitudes, sentimientos, etc., de la colectividad en cuanto tal y según el momento histórico que vive. Pero también los sentimientos individuales se proyectan en las formas jurídicas, y así el amor engendra la institución familiar; el instinto a continuar la estirpe, el matrimonio, etc.

Las concepciones ideológicas impulsan, asimismo, el movimiento renovador del Derecho. Las ideas filosóficas y jurídicas reinantes imprimen un tono especial al concepto del Derecho y su desarrollo en la diversidad de instituciones del sistema, como puede comprobarse con la obra de los jurisconsultos romanos, en la de los romanistas y canonistas de la baja Edad Media y Renacimiento, en la de los enciclopedistas franceses del siglo XVIII, etc., de tanta trascendencia en aquel sentido.

La acción política, militar, cultural, mercantil, de mera convivencia humana entre los pueblos con distinta ordenación jurídica, da lugar a que de ellas influya positivamente sobre otra, imprimiéndole un nuevo rumbo, o simplemente que extienda su campo de vigencia a nuevos círculos o territorios. La llamada **recepción** del Derecho común (romano y canónico), en los siglos bajo-medievales, por los distintos países de Europa, es tal vez el ejemplo más típico de este fenómeno. No menos interés tiene, desde el punto de vista hispánico, la expansión del Derecho castellano en los territorios de América, que se incorporaron a la Corona española en la Edad Moderna.

Que entre los factores condicionales del Derecho hay que mencionar y valorar muy especialmente los económico-sociales, no es menos evidente a la luz de las investigaciones

de la sociología, del conocimiento y del saber, aunque más difícil resulta precisar la efectiva influencia de cada uno de ellos en los distintos órdenes jurídicos, que sólo un análisis profundo y sutil del material histórico permitiría conocer. La complejidad del proceso histórico-jurídico los envuelve en una trama casi indesligable: acciones recíprocas, condicionamientos mutuos, correlaciones de distinto sentido entre ellos, neutralización de sus efectos, etc. Sólo el examen individualizado de cada hecho o institución permitirá acotar el contorno metajurídico que le ha servido de base para su desarrollo y calibrar su efectiva influencia en el mismo. Es este, sin duda, uno de los cometidos de la investigación histórico-jurídica.

### 18.—Direcciones idealistas

Dentro de este movimiento descuellan las escuelas neokantianas. Con la irrupción del positivismo y su rápida expansión bajo múltiples formas, se produce un prolongado eclipse del **iusnaturalismo.** Sin embargo, el último tercio de la pasada centuria y el primero del actual asisten a una crisis del positivismo jurídico, acompañada de un resurgir cada vez más pronunciado **de ideas iusnaturalistas.** Iníciase este resurgir bajo el signo de la vuelta a Kant, incluyendo en su ámbito, en una u otra forma y con una u otra terminología, el "derecho natural". Baste mencionar a **Stammler**, que no sólo busca el concepto del derecho, sino también su idea; a **Del Vecchio**, que a la investigación lógica y a la investigación fenomenológica ( en realidad filosófico-histórica) del derecho añade la deontológica; a **Radbruch**, para quien la filosofía jurídica es "la consideración valorativa del derecho"; más recientemente, al conde de **Dohna**, que, siguiendo huellas stammlerianas, distingue en la filosofía del derecho la "lógica jurídica" (que trata del concepto y de la vigencia del derecho) y la ética jurídica (que hace problema de su justicidad y justificación). Baste mencionar, en una palabra, la generalidad de las direcciones contemporáneas: fenomenología, filosofía de los valores, existencialismo.

El neokantismo se divide en tres escuelas para el estudio del Derecho:

a) Escuela de Marburgo, representada por **Stammler;**
b) Escuela de Baden, representada por Windelband y Rickert;
c) Escuela de Viena, representada por Hans Kelsen.

**19.—Escuela de Marburgo**

La filosofía formalista de Stammler, que toma de Kant el Criticismo, se concreta en lo que él llama "Teoría crítica del Derecho". Sigue el método crítico: Es el que procede por introspección crítica hasta llegar a aquellos conceptos y principios que son inexcusables para someter a unidad y ordenación todas las cuestiones del Derecho concebibles.

Distingue en orden al conocimiento de la vida social entre:

Materia. Constituída por los afanes económicos y sociales de los hombres.

Forma. Su regulación jurídica, que no es una proyección de la materia sino su **a priori** lógico, lo condicionante y no lo condicionado.

Con respecto al conocimiento del Derecho hace la misma distinción entre materia y forma. Delimita la idea y el concepto del Derecho

Idea: Es una especie universalmente válida del pensar jurídico. Es una dirección hacia la justicia, sentida por una comunidad.

Concepto: Es una modalidad especial del querer; un querer entrelazante, autárquico e inviolable. El Derecho es producto de la voluntad -dice **Stammler**- por ser obra específicamente humana, racional y perteneciente al imperio de los fines; es entrelazante, por ligar, vincular y encadenar entre sí los fines perseguidos por diferentes individuos; es autárquico, porque la norma jurídica obliga por su propia virtud a diferencia de lo que ocurre con las normas convencionales que no obligan porque la norma lo quiere, sino porque lo quiere el interesado; y por último, es inviolable porque la norma jurídica debe ser mantenida en vigor con los derechos y deberes que de ella emanan, en tanto que no venga otra a derogarla o substituirla.

Distingue entre:

Teoría: Elabora los métodos universalmente válidos del pensamiento jurídico.

Técnica del Derecho: Opera siempre con una finalidad limitada. Expone el contenido de un orden jurídico históricamente dado. Su problema es el de la expresión jurídica y el Derecho formal: dominar los principios superiores bajo los cuales el práctico del Derecho ha de subsumir los casos concretos. Separa los conceptos puros del Derecho de los condicionados formados por abstracción de cada Derecho históricamente dado.

Nota descollante en Stammler es su "Teoría del Derecho justo":

El Derecho justo es el determinado por ese ideal social que entraña la idea del derecho; un Derecho dotado de la cualidad formal de la Justicia.

Todo Derecho positivo es un intento de Derecho justo. Stammler reconoce que existe una sola idea de justicia con un valor absoluto y universal que, aplicado en concreto a los diversos pueblos a través de los distintos tiempos, origina distintos ideales jurídicos o derechos justos, afirmando la imposibilidad de un derecho absolutamente justo en su contenido, y la posibilidad, en cambio, de un derecho de contenido objetivamente justo. Se conjugan en Stammler de manera plena el jurista-filósofo y el filósofo-jurista. Abarca todo el ámbito del Derecho. Proclama el imperio de los conceptos jurídicos "a priori" en una época que se entrega a un empirismo inductivo. Proclama la necesidad de elaborar una teoría del conocimiento del Derecho. Establece una neta separación entre ciencias de la naturaleza y ciencia de los fines.

Se ha criticado que su criticismo exclusivamente lógico y formalista condena en gran medida a la esterilidad de su empeño; y se le imputa haber incurrido en tautologías, abusar de la descomposición de conceptos, limitar al principio de no contradicción todo criterio de valoración.

### 20.—Escuela de Baden

Esta Escuela tiene su basamento en la Filosofía de los Valores, uno de los movimientos más fecundos de comienzos del siglo XX, provocado por la teoría de la cultura que formulara la escuela sudoccidental alemana, cuyos representantes más destacados fueron **Windelband** y **Rickert.**

Estos pensadores de fuerte inspiración neokantiana, elaboraron una doctrina de inmensa repercusión en el ámbito de la filosofía contemporánea, poniendo de relieve, en el plano de la labor filosófica el problema de los valores en relación con las ciencias de la cultura.

### 21.—Filosofía Jurídica de Radbruch

Esta teoría de la cultura planteada por la escuela sudoccidental alemana, es la que va a influir en la filosofía jurídica de **Gustavo Radbruch,** en su notable intento de aplicar la doctrina de los valores al derecho. El profesor de la Universidad de Heidelberg considera, en primer término, que es necesario mostrar los supuestos filosóficos generales de la Filosofía del Derecho, partiendo de cuatro actitudes fundamentales del espíritu, actitudes que dan origen a las diferentes ciencias: la actitud ciega para el valor, la valorativa, la refe-

rida a valores y la superadora del valor. La primera o sea "la actitud ciega para el valor crea del caos de lo dado el reino de la naturaleza, pues la naturaleza no es otra cosa que lo dado depurado de valoraciones que lo falseaban". Esta actitud ejercitada conscientemente es la esencia del pensamiento científico natural.

La segunda actitud o sea "la valorativa" surge cuando el espíritu en forma consciente sitúa a la naturaleza frente al reino de los valores. Esta actitud estimativa mantenida en forma sistemática caracteriza a la Filosofía de los Valores en sus tres ramas: Lógica, Etica y Estética.

La actitud referencial a los valores la encontramos no sólo en la ciencia, en el arte, en la moral, sino que en general en la cultura, ya que estas disciplinas no sólo comprenden los aciertos sino también los errores.

Finalmente, tenemos la actitud religiosa que es la que supera al valor. "La religión, dice Radbruch, es afirmación suprema de todo lo que es, sonriente positivismo que dice sí, y amén a todas las cosas, amor despreocupado del valor o desvalor de lo amado, beatitud más allá de felicidad e infortunio, gracia por encima de culpa e inocencia, paz, más alta que la razón y sus problemas.....".

Dentro de estas actitudes, el Derecho es fácil situarlo. El Derecho es obra humana que se comprende a través de su idea, es un fenómeno cultural impregnado de valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho.

Ahora bien, para **Radbruch** la Filosofía del Derecho debe basarse en el **dualismo metódico** y en el **relativismo.** Entiende por dualismo metódico el hecho de que de la realidad, o sea de todo lo que es, no puede deducirse ni lo valioso, ni lo justo, ni lo que debe ser: "Nunca algo es justo por el sólo hecho de que es, de que fué o, también, porque será. Con esto se rechazan el positivismo, el historicismo y el evolucionismo que deducen el deber ser, lo debido, respectivamente, de lo que es, de lo que ha sido y de lo que llegará a ser".

Los juicios de valor pueden ser causados por hechos de ser, pero nunca pueden ser su fundamento. Y como los supremos preceptos del deber ser en que se basan los demás son indemostrables, axiomas, no susceptibles de conocimiento sino tan sólo de creencia, el dualismo no puede demostrarse sino tan sólo intuirse. En esta forma, se llega a una conclusión relativista porque desde el momento en que hay una contraposición entre los supremos preceptos del deber ser o una lucha entre concepciones contrapuestas del valor, no cabe una decisión científica de carácter unívoco. El último y supremo

fundamento de los sistemas filosófico-jurídicos reposa en la concepción que tengamos del mundo y de la vida, o sea en una creencia primera de la que surge una determinada apreciación de los valores finales que son, o los valores de la personalidad o los transpersonales.

El relativismo, en síntesis, es una renuncia a la fundamentación científica de los principios supremos. Su tarea, como lo dice **Radbruch**, es precisar la justeza de cada juicio de valor sólo en relación con otro juicio de valor determinado y superior, es decir, sólo en los límites de una concepción determinada del valor y del mundo, pero no hace problema la fijación misma de la concepción.

Preguntamos ahora: ¿Cuál es el concepto del Derecho? Sostiene **Radbruch** que el concepto del Derecho no puede fundamentarse en la experiencia, ni tampoco obtenerse por medio de procedimientos inductivos. "El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho". Ahora bien, la idea del derecho no es otra que la justicia. Por eso que el derecho puede definirse como la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia. Todo derecho es pues, una intención de realizar lo justo con prescindencia de lo que consiga o nó. Con frecuencia no resplandece el valor de la justicia, pero es la intención de realizar dicho valor lo que caracteriza los fenómenos jurídicos. De otro lado, la justicia no es sino lo reglado, lo recto, cuya esencia estriba en regular la vida en la sociedad. Y como el Derecho no es sino una realidad referida a la idea de la justicia, se llega a la conclusión que el Derecho no es sino el "conjunto de las ordenaciones generales para la vida en común".

Por encima de estas consideraciones hay una ordenación, un orden que es consustancial a la idea del Derecho, y que Radbruch llama: **seguridad jurídica.** La seguridad -añade- es un paso firme hacia la realización plenaria de la justicia. Donde hay seguridad, hay por lo menos un grado de justicia. De esto se concluye que la idea del Derecho posee tres elementos: **justicia, finalidad y seguridad.** Ya hemos estudiado la justicia. Veamos enseguida los otros elementos restantes o sea la finalidad o fines del Derecho y luego la seguridad jurídica cuya expresión es el orden y la paz. De estos tres elementos de la idea del Derecho, dice Radbruch, sólo para el segundo vale la auto limitación del relativismo, los otros dos, justicia y seguridad, están sobre la oposición de las concepciones en torno al Derecho y al Estado, por encima de la lucha de los partidos. Es más importante acabar, agrega, con la batalla de las opiniones políticas, que no esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad;

estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el orden y la paz.

Comencemos, pues, por estudiar, cual es el fin del Estado y establezcamos cuáles son los supremos ideales orientadores del Derecho. Para esto es necesario ahondar en el sustrato de los valores, procurando fijar su jerarquía, sus clases y la preferencia que la vida humana determina acerca de su presentación. De este modo se llega a la conclusión que los valores pueden clasificarse en tres grupos: **individuales, colectivos** y **los de las obras.** Ahora bien, estos valores funcionan de acuerdo a la concepción que se tenga del mundo y de la vida; y, en especial, la que se tenga del Estado y del Derecho. En esta forma, **Radbruch** distingue tres concepciones: la **individualista,** la **supraindividualista** y la **transpersonal.** ....

La primera es aquella por la cual los valores de la cultura y de la sociedad están al servicio de la persona individual. Esta es el fin del Estado, del Derecho y de la cultura en general.

El supraindividualismo, en cambio, considera que el Estado y la Nación deben ser el fin supremo de la personalidad. Los individuos no deben tener otro destino que la de dedicar sus energías al engrandecimiento de los pueblos, la persona humana debe concretarse a la realización de los intereses de la colectividad. El indviduo desaparece para dar paso a las supremas aspiraciones de la generalidad.

Finalmente, la concepción transpersonal es aquella que tanto la personalidad como los valores sociales deben estar al servicio de la cultura. El derecho, el Estado y la moral son sólo medios para realizar obras de cultura.

Estas concepciones las resume **Radbruch** diciendo que para la concepción individualista la meta suprema es la **libertad,** para la supraindividualista la Nación, y para la transpersonal, la **cultura.** Y agrega que, "para la concepción individualista, Derecho y Estado son relaciones entre los individuos, para la supraindividualista, un todo sobre los individuos, y para la transpersonal, relaciones comunes de los individuos con algo que está fuera de ellos, su trabajo conjunto, su obra **común**".

Ahora bien, el individualismo considera que los Estados han nacido idealmente de la figura del contrato. Esto no significa que se hayan formado contractualmente o sean productos de contratos, sino que las personas se someten a un orden jurídico determinado para poder realizar sus valores propios. Es decir, que se subordinan y aceptan al Estado en función de su interés, con el fin ulterior de obtener su dignidad y su libertad como condiciones indispensables para un mayor desenvolvimiento de su personalidad. En cambio, simbo-

liza mejor la idea supraindividualista, el concepto del Estado como un organismo en el cual el todo no existe a causa de los miembros, sino los miembros a causa del todo. Es la totalidad la que le imprime sentido a las partes. Hasta aquí la filosofía del Derecho no ha señalado la razón y el fundamento de estas distintas concepciones, pero su labor no puede ir más allá hasta indicarnos cual de estos ideales jurídicos es el acertado. Y es que este criterio no puede obtenerse por medios racionales, porque depende exclusivamente de la concepción que tengamos del mundo y de la vida.

De las concepciones enunciadas, **Radbruch** traza los fundamentos filosóficos de los partidos políticos. Los ideales jurídicos determinan la orientación que adoptan las agrupaciones políticas. La concepción personal o individualista fundamenta al liberalismo, a la democracia, al socialismo, a los partidos llamados cristianos y social católicos, al intervencionismo y a otras formas similares. En cambio, el supraindividualismo da lugar a las teorías ultra conservadoras, tradicionalistas, al militarismo, al facismo y al nacional socialismo. Y por último, la doctrina culturalista o transpersonalista que se encarna aproximadamente en los partidos de orientación católica según **Radbruch**.

Con esto hemos terminado el estudio de la justicia y de la finalidad como elementos de la idea del Derecho. Nos falta sólo el último elemento integrante que es el de la seguridad jurídica que, para **Radbruch**, es el primer gran tema del Derecho, porque ella impone la paz y el orden. Además, es un valor que puede justificar hasta el derecho injusto. "Toda ley, sin consideración a la justicia de su contenido, dice **Radbruch**, por su mera existencia, cumple ya un fin moral, en tanto que pone término a la lucha de las opiniones jurídicas opuestas y crea una situación de certeza y seguridad jurídica".

En concepto del maestro es más importante la existencia del orden jurídico que su justicia, ya que la Justicia es la segunda gran misión del Derecho, siendo la primera, la seguridad jurídica, la paz.

Estos son los lineamientos generales del pensamiento filosófico de **Radbruch**. Su sistema ideológico se nos muestra, a pesar de la mentalidad germana de su autor, con evidente claridad, sin perjuicio de la hondura de los temas que aborda. Su doctrina no constituye una mera especulación estéril que nos conduce a fríos esquemas conceptuales, sino que se proyecta sobre problemas que atañen al hombre directamente en cuanto es un ser que vive dentro de una ordenación jurídica y que ansía nuevas formas de vida.

El relativismo ha llegado a sostener, como hemos visto, que la seguridad jurídica es la primera misión del Derecho,

y que ella es axiológicamente tan valiosa como la justicia. No estamos de acuerdo con la tesis de la teoría relativista. No se le puede conceder a la seguridad jurídica una esencia valorativa de la misma jerarquía que la justicia, ni menos considerarla en un orden de primacía en lo referente a la misión del Derecho. La seguridad es un simple instrumento de que se vale el Derecho para realizarse y obtener que las normas jurídicas tengan eficacia en la realidad social, aun contra la voluntad de los asociados. Pero axiológicamente es inferior a la justicia que es el supremo fin del Derecho. Orden no es sumisión, ni esclavitud, ni imposición, porque todas estas formas irregulares de convivencia, impuestas por la fuerza, no cuentan con un fondo de justicia, ni es una vida social de acuerdo con un derecho justo, hasta donde pueda éste plasmarse en un derecho positivo, ni cuentan tampoco con la aceptación voluntaria de los obligados. La seguridad jurídica, pues, no es un valor en sí mismo, sino tan sólo cuando se emplea en favor de la justicia, que es la suprema aspiración del Derecho.

22.—**Escuela de Viena**

Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

Es de raigambre kantiana en cuanto se refiere al principio de la pureza del método. Exponemos a continuación los puntos de vista fundamentales de **Kelsen** en relación con el Derecho y la ciencia jurídica, tal como los ha ido desarrollando en los últimos años, sobre todo a partir de la publicación de 1945 de la **General Theory of Law and State**, y que, en parte, representan una rectificación de sus teorías más conocidas en nuestro Continente, expuestas en los "Hauptprobleme....." de 1911 y la "Staatslehre" de 1925, y en las traducciones y resúmenes castellanos de estas obras.

El objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho como norma. Bajo el aspecto estático, el Derecho es un orden social, un sistema de normas que regulan la conducta de los hombres. Las normas son el sentido objetivo, interpretado por la ciencia del Derecho, de un acto humano cuyo sentido subjetivo es el prescribir o permitir una determinada conducta. Importa mucho distinguir entre el acto y su sentido o significación: la norma no es idéntica con el acto de conducta humana por el que ha sido creada, y tampoco es idéntica con la conducta humana a la que se refiere, conducta que puede conformársela o nó. Por eso, bajo el punto de vista estático, el Derecho no puede ser definido como conducta, pues la conducta es la que se acomoda o no al Derecho. Los actos jurídicos, o sea determinados por normas jurídicas, no son el Derecho, sino que el Derecho queda aplicado por estos actos.

Desde el punto de vista dinámico, la conducta humana se coloca en primer plano, pues las normas jurídicas se crean y aplican mediante actos de conducta humana, a la que los actos mediante los que se crea y aplica el Derecho están reglamentados por normas jurídicas. Estos actos son el particular, pero no el único, objeto de la ciencia del Derecho, pues éste no determina sólo los actos mediante los cuales es creado y aplicado, sino también aquéllos por los cuales se cumple una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Indirectamente toda conducta humana está determinada por el Derecho, puesto que éste obliga a todos los individuos a no impedir a los demás el comportarse según un modo que no está vedado por una norma jurídica.

Pero tampoco bajo este aspecto dinámico se puede decir lisa y llanamente que el Derecho es conducta. El objeto de la ciencia jurídica son las normas jurídicas determinantes de la conducta humana o la conducta humana en tanto que contenida en las normas jurídicas; en todo caso, pues, se trata de normas jurídicas creadas por actos de individuos en calidad de órganos o de súbditos, esto es, de miembros de la comunidad jurídica, constituída por el ordenamiento jurídico.

Kelsen rechaza la tesis egológica, que convierte a las normas en simples instrumentos del conocimiento jurídico. Ningún acto de conducta humana tiene **per se** el sentido objetivo de un acto jurídico-creador o ejecutor de una norma si no se recurre a la hipótesis de la norma fundamental, sin la cual no es posible ni ciencia del Derecho ni interpretación jurídica de las relaciones interindividuales.

Kelsen declara que en sus obras anteriores a la **General Theory of Law and State** no ha sido claro en su doctrina sobre la norma jurídica. En realidad, sus "aclaraciones" constituyen una radical rectificación. Dice que hay que distinguir muy cuidadosamente entre "regla de Derecho" y "norma jurídica", y reconoce que, por no haberla formulado con previsión, son justas muchas de las críticas que se le han dirigido. Las normas jurídicas, como objeto de la ciencia del Derecho, son función de las autoridades jurídicas competentes, mientras que las reglas de Derecho no son creación de los autoridades, sino función de la ciencia del Derecho, en tanto acto de conocimiento; son, pues, las proposiciones mediante las cuales la ciencia del Derecho describe su objeto. La significación del acto creador de una norma es la de reglamentar la conducta de los individuos supeditados al Derecho, o sea imponer obligaciones y conferir derechos a los súbditos, mientras que una regla de Derecho formulada por un jurista no puede tener consecuencia semejante. Las normas son actos de voluntad, y puede expresarse muy bien bajo la forma gramatical del im-

perativo. Las reglas de Derecho, por el contrario, son juicios. "La tesis que he defendido en mis **Hauptprobleme**..... de que el **Rechtssaiz** no es un imperativo, sino que es un juicio hipotético, se refiere a la regla de Derecho formulada en la ciencia del Derecho, y no a las normas jurídicas creadas por las autoridades jurídicas.

El Derecho vale como tal, dice Kelsen, porque nació con arreglo a una norma determinada, y en virtud de un método específico. La ley no da nunca una decisión acabada, sino una especie de disposición en blanco que el Juez ha de llenar de contenido concreto. La aplicación judicial de la ley se convierte en una verdadera creación. Creación y aplicación del Derecho se aproximan, aparecen en una misma línea. Sólo en el vértice y en la base de la pirámide jurídica se da la pura creación: la Constitución, y la pura aplicación: la decisión judicial.

La Escuela de Viena, destaca de modo único las diferencias entre el mundo del ser y del deber ser. Ser y deber ser son para Kelsen dos categorías a priori del conocimiento. Ambas categorías tienen validez y origen en el kantismo. No son en rigor novedades de Kelsen. El simplemente las ha encontrado en la filosofía logicista de Marburgo y las ha tomado como principios lógicos fundamentales de su teoría pura del derecho. Ser —ser sensible en este caso— o naturaleza es el sistema de relaciones causales. La distinción, "entre ser y deber ser, dice **William Ebenstein**, coincide con la distinción entre realidad y valor, materia y conocimiento, naturaleza y fin (usado aquí en sentido estricto). Realidad o naturaleza, en el más amplio significado de estos términos, es lo mismo que el ser casualmente regulado, como conocimiento, valor y fin, son lo mismo que el deber ser. El primero se expresa en leyes naturales o causales, el último en normas".

La conexión de causa y efecto, propia del ser o naturaleza, se expresa en las leyes naturales mediante la cópula "tener que"; en cambio, la conexión entre condición jurídica y consecuencia jurídica, propia del deber ser o valor, se expresa mediante la cópula "deber ser". En aquella hay una necesidad fatal, en ésta una referencia imputativa. El deber ser kelseniano es un deber lógico. Sirve de cópula en las normas jurídicas, pero ante todo de principio de conocimiento del derecho.

Colocado Kelsen dentro del positivismo quiere elaborar un sistema matemático, haciendo abstracciones como en el sistema geométrico, razón por la cual los críticos dicen que su sistema es una abstracción absoluta. Pero en realidad Kelsen nos da una Teoría Pura del Derecho, los elementos que también entran en el Derecho, como la intención valorativa, no tienen razón de ser en su teoría.

Cuando parecían haberse agotado las posibilidades del formulismo jurídico, la Teoría Pura del Derecho demostró que aún se podía ir mucho más lejos por el camino de la rigidez formal.

## 23.—Filosofía Fenomenológica

Dentro de la Filosofía Fenomenológica el órgano del conocimiento es la intuición que tiene un valor determinante y hasta excluyente.

Surge a principios del presente siglo, como una reacción contra los postulados del Racionalismo y del Positivismo; tiene un punto de enlace con la Filosofía de los Valores, ya que la Filosofía Fenomenológica cree que los valores son entes ideales que tienen existencia real.

La fenomenología ha pretendido nada menos que construir una ciencia filosófica fundamental por medio de un método original que ha sido definido como una descripción eidética en la actitud fenomenológica. Fundamental, esto es, que sirva de base y fundamento a todas las demás ciencias, no estando ella, por consiguiente, fundada en ninguna otra ciencia. Esa pretensión de ciencia básica implica, con absoluta necesidad, que su método tenga que ser **descriptivo**. Una cosa es describir y otra muy diferente deducir o inducir algo de algo. Las ciencias deductivas, matemáticas, por ejemplo, suponen la verdad y exactitud de las leyes lógicas del pensamiento deductivo. Una ciencia, para ser primera, básica o fundamental, necesita que sus objetos nos sean dados directamente, en una intuición, no inferidos o deducidos. Y, además, se necesita que las verdades que puedan descubrir en dichos objetos las adquiramos directamente, sin necesidad de intermediarios o de otras verdades supuestas. Para todo ello se requiere que, ante los objetos dados de la intuición, nos limitemos a examinarlos detenidamente primero y a describirlos con prolijidad después. De ahí, el imperativo de que el método fenomenológico sea descriptivo.

La Filosofía Fenomenológica desplaza, pues, a la razón, como órgano de conocimiento y dá suma importancia a la intución en esta operación intelictiva, afirmando que el hombre puede conocer ciertas cosas sin concurrencia de la razón y sólo por la intuición.

Distingue entre los métodos racionales o lógicos tradicionales (deductivo e inductivo), y los métodos irracionales o intuitivos, que, por medio de la intuición, nos permiten la aprehensión del objeto de una manera inmediata y evidente. Esta última entidad metodológica se había insinuado ya en lo antiguo con Pitágoras y Platón, y en la patrística con San

Agustín, pero sólo fue puesta en vigencia especialmente desde la aparición de la filosofía de **Edmundo Husserl.**

Para esta concepción filosófica los objetos del conocimiento son cuatro: **ideales** (por ejemplo, el número), que se aprehenden gracias a la aprehensión espiritual, y son negativamente intemporales, vale decir, que tienen su origen en el espíritu humano; **naturales** (el árbol), espacio-temporales, conocidos mediante la intuición sensible; **culturales** (el Derecho, aprehendidos por la intuición emocional; y **metafísicos** (el ser), por la intuición intelectual. Afirma que el hombre está entre dos mundos: el de la **necesidad** (pertenece al mundo físico y en él se cumplen también las leyes naturales), y el de la **libertad** (como ser espiritual), apto para elegir entre los actos u omisiones que realizan esa naturaleza espiritual, llegando a definir así la Filosofía del Derecho: "Es la ciencia que determina la esencia y el concepto de lo justo y de lo jurídico, explicando la conducta humana en cuanto ella pueda llamarse derecho".

Usando de la intuición de la cosa concreta y particular, la conciencia se remonta, agrega, sin más requisitos, siempre que no padezca de una especial ceguera para las ideas —que, en verdad, puede existir— a la intuición de lo universal. Al lado de la intuición sensible o percepción externa, se dice, existe una intuición de lo ideal o intuición **eidética**, como la denomina **Husserl.**

Partiendo de esta dirección otros filósofos han tratado de aplicar al Derecho esta filosofía, entre ellos citamos a **Reinach, Shapp, Shereier.**

Principios doctrinales: a) el derecho positivo encuentra los conceptos jurídicos que entran en él, en manera alguna los produce; b) La estructura del Derecho positivo sólo puede hacerse inteligible por la estructura de la esfera metajurídico positiva; c) Existe un mundo de objetos ideales y de principios acequibles por **reducción** "eidética". Se ontologiza el **a priori;** y d) Desplaza a la razón como órgano del conocimiento, y da a la intuición suma importancia en esta operación intelectiva.

Es indudable que junto a la razón existe la facultad de intuír y que el hombre puede conocer ciertas cosas sin la concurrencia de la razón y sólo por la intuición. Pero en lo que no podemos convenir con la Filosofía Fenomenológica es que la intuición reemplaza íntegramente a la razón en el proceso del conocimiento. El individuo para su conocimiento tiene estas dos facultades, y querer dar a una de ellas toda la función constituye un error.

Principios de actuación metodológica, como vemos anteriormente:

a) Superación del empirismo y del formalismo. Distinción entre lo general que tiene base inductiva y lo universal aplicable a todos los casos posibles; b) Tendencia a superar el fenómeno para llegar a lo esencial. Intención descriptiva que no se detiene en la conciencia, sino que trata de descubrir las esencias allí contenidas;

c) Sentido humano de la especulación.

Esta corriente de la Filosofía Fenomenológica ha sido encuadrada, dentro de lo que en derecho se denomina "El Irracionalismo", pues que descarta los elementos racionales para conocer el Derecho. La figura que se destaca en esta corriente es **Bergson** que domina el pensamiento filosófico de Occidente.

**Kant** consideró el YO como **cosa** hecha, realizada, y encerró el conocimiento en una compleja red de categorías, principios universales y eternos. Para **Bergson**, esta concepción extrangula el YO hasta hacerlo morir. **El Pensamiento y lo movible** presenta los últimos desarrollos de la doctrina bergsoniana. El YO es un movimiento, una marcha gradual, una ascención. Se eleva desde el movimiento mecánico de la ameba hasta la libertad del vertebrado. La Teoría del Conocimiento se convierte de hecho en una Teoría de la Vida. Los vegetales viven de la sensibilidad, su conciencia duerme. En los animales despierta, y se organiza por medio de instinto. En el hombre son la Inteligencia y la Intuición los fundamentos de su superioridad. El instinto vibra en los seres, y la intuición les revela insospechadas actitudes de la vida. La inteligencia utiliza la materia; el instinto la organización viva. El dominio de la inteligencia es la materia inerte, los principios, las categorías, los símbolos de lo extenso y del mecanismo. El dominio del instinto es la Intuición.

Marchemos a una percepción integral. Por medio de los sentidos percibimos lo útil, y por tanto vemos sólo una etiqueta de las cosas. La inteligencia no nos sirve tampoco. Ella solidifica todo lo que toca. El dato puro, inmediato, sólo será aprenhendido por medio de la Intuición.

Nos acercamos a la cúspide del monumento bergsoniano. ¿Qué es la Intuición? El instinto desinteresado, consciente y reflexivo nos conduce a ella. Para obtener la Intuición debemos hundirnos en lo profundo de la vida para sentir palpitar su entraña. Esta es una emoción inefable, que sólo la metáfora puede describir, aunque pálidamente. El filósofo se confunde aquí con el artista: debe asomarse al negro abismo para descubrir un rayo de luz, siquiera una chispa fugaz de eternidad. ¿Será un biólogo capaz de comprender la vida, estudiando en su laboratorio los embriones, sus tejidos o sus células al microscopio? Estudiará seres muertos, dislocados, informes. Sólo la Intuición podrá revelar al filósofo o al ar-

tista la inmensa energía creadora de la vida. Y para esta visión de la realidad, dice Bergson, no hace falta la Ciencia, ni la Razón, ni la Inteligencia. "El filósofo colocado en las márgenes sentirá el fluir de las aguas: ora el murmullo de la fuente o la rugiente impetuosidad del río".

A diferencia de los demás filósofos que han considerado su obra realizada, y la han presentado como solución a los problemas de la vida, **Bergson** ha declarado su tesis abierta a la discusión. Se lo acusa de irracionalismo, anti-intelectualismo, monismo ateista, misticismo, romanticismo imaginativo y soñador. **Bergson** ha contestado a todas las objeciones.

La Filosofía de **Bergson** se caracteriza por ser intuitiva, vitalista e irracionalista, destaca el esfuerzo vital en el desarrollo progresivo del individuo y de los pueblos. Distingue dos tipos de agrupaciones:

1º—Las agrupaciones o colectividades formadas en la necesidad e instinto;

2º—Las agrupaciones fundadas en la libertad.

La moral que corresponde a las primeras agrupaciones, es una moral de presión, impuesta e imperativa que cae irremisiblemente sobre los individuos. La moral de las agrupaciones fundadas en la libertad, es una moralidad de aspiración. Al tipo de agrupaciones o colectividades que se fundan en el instinto o necesidad, se los denomina sociedad cerrada, mientras que en las agrupaciones cuyo fundamento es la libertad, reciben el nombre de sociedades abiertas. Dentro de estas ideas, el Derecho tiene que estar fundado en la libertad y corresponde a una moral de aspiración, distinguiéndose de esta manera, el Derecho del Poder. En las sociedades cerradas, dice, lo que existe es Poder y no Derecho; en las sociedades abiertas, en cambio, el Derecho va sometiendo al Poder; y bajo este punto de vista —concluye— todo el desarrollo de la humanidad se traduce en el tránsito que se ha operado de la etapa en que predomina el Poder, a la etapa en la cual es el Derecho que se impone sobre el Poder.

Tienen estas corrientes, con su tipo de Derecho intuitivo en el cual se capta por una especie de visión inmediata los que llaman "hechos normativos", una estrecha relación con el Derecho libre, predominando en ellas un matiz psicológico. En la práctica forense el método intuitivo tiene una muy notable representación en la concepción jurídica norteamericana. Sus postulados son acogidos en buena parte por el movimiento del **"free judge"** o juez libre.

El método del **"juicio intuitivo"** es una reacción contra los abusos de un normativismo, logicismo y fiebre sistematizadora excesivos. Pero la ciencia jurídica, como toda ciencia, en cuanto a su estructura, tiene que ser lógico-sistemática.

Los sistemas intuitivistas norteamericanos se avienen muy mal con las concepciones jurídicas de nuestro Continente.

**Método de la libre investigación científica**

Surge en Francia paralelamente al movimiento de la libre jurisprudencia. Pretende encontrar una base firme para la correspondiente tarea de los elementos objetivos que ha de revelar la ciencia.

Figura principal de esta escuela es la de **Geny**. Se propone conciliar el principio tradicional del respeto debido a la voluntad del legislador con la necesidad de que el Derecho atienda a las exigencias de la vida social. Conviene en que es preciso renunciar a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas, que la ley no es más que una expresión de voluntad, que el principal director de la investigación ha de ser la investigación de la voluntad del legislador, que cuando la ley no basta hay que acudir a otras fuentes formales del Derecho positivo, y cuando éstas no bastan a la "libre investigación".

Distingue entre dos grandes elementos de Derecho: **lo dado o los datos**, o sea el material real con que debe trabajar el jurista en la construcción de sus conceptos, y **lo construído**: procedimientos de la técnica del Derecho.

El dato formula, según **Geny**, la regla de Derecho tal y como resulta de la naturaleza de las cosas, y la ciencia del Derecho tiene así por objeto comprobar los datos de la naturaleza de las cosas. En este sentido lo dado tiene en **Geny** una objetividad real, en la misma forma que en la escuela fenomenológica, lo que se denomina por **Schapp** "lo objetivamente dado" y por **Reinach** "fundamento a priori".

Según **Geny**, la ciencia del Derecho opera con los siguientes datos:

A) Datos reales que consisten esencialmente en las condiciones de hecho en que se encuentra la humanidad, y aún cuando no crean directamente las reglas jurídicas, delimitan sus contornos. Son, pues, datos primarios, que circunscribe el alcance de las reglas jurídicas. B) Datos históricos; constituídos por los hechos de la vida humana o social, hábitos, costumbres, leyes, etc., que acompañan la evolución misma del mundo. C) Datos racionales, que representan el fondo esencial del Derecho clásico, si no exactamente el **ius naturale** de los romanos, sí, al menos, el que han elaborado los filósofos modernos en presencia de sus conclusiones. Se halla integrado, según el mismo autor, por las reglas jurídicas de conducta que la razón deriva de la naturaleza del hombre y de su conducta con el mundo, y que se presentan con un ca-

rácter de necesidad, universalidad e inmutabilidad, que les asigna lugar preeminente entre las reglas jurídicas. D) Datos ideales; conjunto de aspiraciones humanas, tendencias hacia la deseable organización jurídica, que son susceptibles de contribuir a la elaboración del Derecho.

### 24.—El Existencialismo

La corriente existencialista proviene fundamentalmente de la filosofía de **Heiddeger**, el mismo que se lo conoce como el filósofo de la angustia, por manifestar que el fenómeno de la angustia es lo primero y fundamental de los hombres.

El existencialismo ha dado expresión, a veces ruda y sin miramientos, a las graves inquietudes y problemas del hombre moderno.

Se nos presenta hoy un mundo enfermo de terribles dudas, cansado por decepciones repetidas; un mundo de naciones angustiadas. La codicia colectiva ha traído como consecuencia la calamidad colectiva. Muchos, en verdad, han perecido en la tormenta de desastres y muchos más se ven arrastrados a su vórtice mortal. La Guerra Mundial, con su secuela inevitable de una guerra económica, ha roto el equilibrio de la vida del mundo y arrastrado a las naciones a la bancarrota. Ahora las amenaza con sumirlas en el caos y la ruina. La miseria de hombres y naciones causa revoluciones sangrientas. La angustia de todos los países, que aumenta sin cesar, amenaza con producir una revolución universal.

Las dificultades de ajuste no disminuyen, sino que aumentan. Por lo tanto, debemos considerar esta situación, no como una crisis pasajera, sino como desastre que exige enfáticamente los esfuerzos unidos de los estadistas y de los pueblos de todos los países, con el fin de vencerla. No implica la ruina de una sola nación; implica la ruina del mundo. La bancarrota universal, acompañada por una revolución mundial, pondrá en peligro, no sólo la civilización, sino la vida misma.

Con frecuencia el capitalismo se muestra ciego y arrogante, y ofrece una repugnante historia de explotación del pueblo. Por otra parte, muchas veces las clases obreras acuden con demasiada impaciencia a los medios violentos. Se alienta los odios de clases. Se oye el grito de guerra comunista: "Abajo el capitalismo", mientras que en las naciones "burguesas" se consideran la filosofía de la vida, la economía y el gobierno bolchevique como el terrorismo más despiadado. De esta manera el conflicto entre la riqueza individual y el trabajo, adquiere un aspecto internacional cargado de explosivos.

Son estos los temas tan caros a los existencialistas, que mejor retratan la enfermedad mortal de nuestra época. Es la filosofía que corresponde al estado espiritual de nuestra sociedad, que debe servirnos para entresacar algunos conceptos que son aplicables a la realidad y a los sucesos y problemas de la vida cotidiana, tratando de desentrañar algo del drama humano de nuestro tiempo.

Se afirma que todos los existencialistas rechazan la distinción entre sujeto y objeto y desvalorizan el conocimiento intelectual en el campo de la filosofía. Según ellos no es la inteligencia la que logra el conocimiento verdadero, pues es menester vivir la realidad. Este vivir tiene lugar sobre todo mediante la angustia por la cual el hombre se percata de su finitud y de la fragilidad de su posición en el mundo, mundo al que ha sido arrojado y proyectado hacia la muerte.

Según la filosofía existencialista, lo primero y más importante para el hombre es existir. No le interesa la esencia sino la existencia; no le apasiona defender celosamente su propio ser, diríamos su propia personalidad, sino asegurar tenaz, angustiosamente su existir. Salvar la existencia de todo: he ahí un propósito, un plan o una necesidad que habla de la conciencia frágil del ser humano.

De la filosofía existencialista se han aprovechado determinados intereses políticos, como se aprovecharon antes del pensamiento de **Maquiavelo** o de **Nietzsche**. No estaríamos equivocados al afirmar que nos está dominando una política de tipo existencialista que se guía, precisamente, por ese propósito de defender el existir aún a costa de los valores más altos como los éticos o morales. Una vez más la política con sus dirigentes o líderes se obsesionan por el deseo voraz de vencer, de dominar, de imponerse, de lograr todo esto sin que importe para el efecto convertir al mundo en una realidad de escombros y de despojos.

Sin duda ese filosofar y ese tipo de política tiene raíces en la tragedia económica y en la descomposición social. Pero debemos pensar que si es necesario el análisis crudo de las realidades existenciales debe servir para algo muy diverso, es decir, para lograr que en la conciencia del hombre renazca el anhelo de una transformación saludable.

El existencialismo no es tan joven como se cree. Prescindiendo de sus remotos orígenes, el existencialismo estaba ya ahí, desde finales de la tercera década de este siglo y sólo apenas unos cuantos especialistas en cuestiones filosóficas se preocupaban de él. Ha sido sólo a partir de la segunda gran guerra mundial cuando el existencialismo se ha puesto de moda y comenzado a interesar al gran público. Son indudablemente los filósofos literatos franceses, Jean Paul Sartre, Albert Camus, Simone Beauvoir, George Bataille, etc., quie-

nes han contribuído más directamente a la difusión de los temas existencialistas. La conclusión que de todo ello sacamos es muy clara y sencilla: la filosofía y literatura existencialistas han tocado las llagas múltiples del alma enferma del hombre contemporáneo. Algo había de existencialismo en la densa atmósfera de los tiempos modernos y los existencialistas pusieron de relieve esas notas, haciéndolas contemplar al hombre de la calle. Jamás en la historia una doctrina filosófica ha sido popular y ha estado tan de moda como el existencialismo en los tiempos que corremos. El gran público ha permanecido sordo a las teorías filosóficas. Hoy todo es distinto. Son más bien los pensadores, los filósofos los que permanecen, sino indiferentes al menos sí serenos ante la avalancha existencialista. Y son, por el contrario, las gentes, el hombre corriente de la calle, el gran público, quienes se preocupan por esta concepción filosófica. Verdad es que no tienen una idea muy clara de lo que se trata. Se asustarían si tuvieran que enfrentarse con las difíciles obras, llenas de términos y expresiones extrañas, de los grandes existencialistas modernos. Pero, en cambio, leen literatura existencialista, contemplan en la pantalla películas existencialistas, acuden a clubs nocturnos en donde se hace vida existencialista, etc. Todas estas cosas son otros tantos estímulos por donde les viene la preocupación por esta corriente filosófica.

El existencialismo ha dado expresión, a veces ruda y sin miramientos, a las graves inquietudes y problemas del hombre moderno. Los existencialistas piensan que el sentimiento de angustia posee un gran valor metafísico, en cuanto permite abismarse en profundidades, a donde nunca llega el hombre que vive complacido de su **existencia banal**. Pero hombres felices y satisfechos van quedando muy pocos en el mundo. Por su culpa o por culpa de las circunstancias, es igual. Lo cierto es que estas generaciones modernas, que han sido testigos de dos guerras espantosas, necesariamente se sienten angustiadas. La guerra cegó muchas vidas y frustró aún muchas esperanzas. ¿Cómo no pensar en el absurdo ante aquella existencia cortada bruscamente, un minuto antes del armisticio? Cada bomba lanzada en la noche, al buen tuntun, sobre el área poblada de una ciudad europea, era el fin de innumerables existencias, de muchas ilusiones acariciadas amorosamente quizás a lo largo de muchos años. Frente a las ruinas extrañas, sin sentido, ellos sólos, sin calor, sin refugio, sin saber qué hacerse con su angustia, con su infinito dolor. Sin querer hacer nada y, sin embargo, teniendo que hacer algo, pues estaban allí, aún vivos, y la vida es una perpetua y dolorosa tarea sin sentido, absurda, que la muerte puede segar a cada instante. "Desde el momento en que nacemos,

#5011265



somos ya lo bastante viejos como para morir", dijo en cierta ocasión el místico alemán **Jacobo Boehme.**

El hombre moderno vive en medio de una crisis general y tiene plena conciencia de ello. Crisis de la democracia, crisis del liberalismo y demás tendencias políticas que llenaron de fe a las generaciones anteriores; crisis del arte tanto por lo que respecta a su esencia y sentido como a sus medios de expresión; crisis económicas de alcance destructor; crisis en las ilimitadas esperanzas depositadas algún día en el progreso infinito de las ciencias; hondas crisis religiosas, etc. Todo ello llevado a extremos de desesperación por la aguda conciencia histórica del hombre moderno, que le rodea y de la cual no puede evadirse, como librarse tampoco no puede de la atmósfera que respira. La conciencia histórica le dice continuamente que ya no puede tener fe en nada; que ahora ya no es como antes, en que la pérdida de una fe o de una creencia fundamental era bien pronto sustituída por otras. Nuestro historicismo nos dice que todo lo que creamos está condenado de antemano a perecer algún día. Es la filosofía que corresponde al estado espiritual de nuestra sociedad. Si la sociedad es así, es porque su pasado ha condicionado este presente. Y también el existencialismo es lo que es, porque la historia entera de la filosofía ha venido a desembocar en este callejón... ¿Sin salida? Bueno, eso es lo que ha de contestar el futuro. Que el historiador, como decía **Hegel**, sólo tiene que habérselas con el pasado como pasado, y no gusta de dárselas de profeta.

A esta corriente se la ha tachado de egoísta, inmoral y pesimista, y en esto puede en realidad haber algo de verdad, pero no podemos desconocer su valor, pues esta coriernte tiene el mérito de querer acostumbrarnos a mirar las cosas en función de la existencia de las mismas, a enfocarlas desde un punto de vista dubitativo, que es el existencial. Pero hemos de advertir ahora una necesidad más honda: la de hacer una filosofía y una política que sin explotar ninguna miseria se proponga liberar al hombre del temor de vivir.

Esta corriente pese a ser individualista, en cuanto se refiere a la sociedad, destaca el elemento colectivista. De aquí surge la siguiente fórmula: "Coexistencia, igual vida humana; vida humana, igual vida social; vida social, igual Derecho. Uniendo los extremos y concluyendo tendríamos: el Derecho se fundamenta en la vida social".

La existencia del individuo es un hecho que no puede desestimarse del todo, si bien no podemos decir que el universo vale sólo en función del yo. Esto es exagerado, pero tampoco podemos tomar a la individualidad como algo insignificante, ya que todo lo que existe en el universo tiene su razón de ser, tiene un sentido determinado.

Como indicamos anteriormente esta corriente surgió como consecuencia de las dos guerras mundiales. De ahí su explicación. No cabe duda que una crisis como la producida deja al hombre en la terrible situación de un desamparado. El hombre se ha quedado solo o, más bien, acompañado de la peor de las compañías: las ruinas. En su torno yacen los despojos de decenas de civilizaciones, inclusive las de la suya propia. La pérdida de todos esos valores desespera, porque enfrentamos dificultades sin un haber en la mano de que poder prevalernos, y tal situación de desamparo nos atemoriza. Pero lo muerto no es el hombre sino la fijación de su acción en obras naturales y culturales. El centro de lo humano, empero, no está en la periferia sino en el interior del hombre mismo. La angustia surge cuando el hombre identifica su suerte con la de sus bienes y no con la capacidad de acción. El hombre es hijo de sus obras; de su trabajo, de la realización por sus esfuerzos, de una imagen del mundo que todavía no existe.

### 25.—Nuestro juicio

Obtenido el conocimiento de las diversas corrientes jurídicas procede una labor crítica que aprecie la realidad y el valor de las mismas.

La mayor parte de los filósofos del Derecho intentan penetrar en el campo jurídico partiendo de un **a priori**: de la moral, de ciertos fines sociales, etc. Pero esto ni nos procura un método claro ni una cierta seguridad para llegar a conocer un objetivo del concepto del Derecho. El verdadero camino que puede conducirnos a esta meta es, precisamente, el contrario. De donde ha de partirse es de la experiencia. El Derecho tiende a regular la conducta humana, es norma social, y no cabe hablar de relaciones jurídicas fuera de la esfera humana, ni tampoco considerar el Derecho como ordenador de la conducta del individuo considerado aisladamente.

El Derecho positivo —como se lo llama para distinguirlo del derecho en sí o del derecho natural— es reconocido universalmente por filósofos, teólogos, legisladores, juristas, etc., pero es valorado diversamente. Para algunos es el único derecho y para otros una aplicación necesaria del derecho natural.

Desde los ya remotos tiempos en que los filósofos de la Hélade contrapusieron **al orden de la ley un orden de la naturaleza**, ha venido repitiéndose en la literatura jurídica, a modo de **Leitmotiv**, la idea de que existe un derecho que no obliga por prescripción humana, sino por la intrínsica bondad de sus mandatos. El **ius naturae** es contrapuesto al **positivum** como lo objetivo a lo subjetivo, lo eterno a lo mudable. Mientras

algunos autores admiten la coexistencia de los dos ordenes, otros piensan que sólo uno de ellos puede ser derecho auténtico. Para quienes juzgan, como **Leibnizt**, que la justicia es atributo inseparable de lo jurídico, no hay más derecho que el objetivamente valioso; para los que declaran, con Kelsen, que sólo es jurídico el orden capaz de asegurar su propia eficacia -independientemente de la bondad de sus prescripciones- sólo el positivo puede existir.

La contraposición **derecho-positivo-derecho natural**, supone, en el fondo, el reconocimiento de dos diversos fundamentos. El postulado por los ordenamientos positivos resulta, por la lógica interna de la actitud positivista, de índole **extrínsica**. El que la teoría del derecho natural ofrece, es también, por la lógica interna de esa doctrina, de carácter **intrínseco**. Desde el punto de vista del poder público, no hay más derecho que el creado o reconocido (implícita o explícitamente) por los órganos de ese poder. O, expresado en otro giro: sólo son jurídicas las normas oriundas de las fuentes formales: legislación, costumbre o jurisprudencia, sino se oponen a la ley fundamental. La vigencia de aquéllas depende de la reunión de una serie de requisitos relativos a su proceso de creación, y, además, de que no se opongan a las de orden parcial de superior jerarquía o, en último término, a la norma básica. Trátase, por consiguiente, de condiciones que no se refieren a la bondad o justicia de las normas, sino a la regularidad del proceso a través del cual son creadas y a su compatibilidad con la fundamental o suprema.

El criterio que postula la teoría del **ius natura** es, en cambio, material o intrínsico. Las normas jurídicas valen no por el hecho de haber sido formuladas de tal o cual manera, ni por su compatibilidad con la fundamental de un ordenamiento positivo, sino única y exlusivamente por la justicia objetiva de lo que ordenan. Al subjetivismo político de la concepción positivista contrapónese, de esta guisa, el objetivismo axiológico de la doctrina del derecho natural. Aquí ya no se trata de consideraciones externas de validez, sino del **valor objetivo** de cada orden. Nadie ha expresado este punto de vista mejor que Leibnizt: hablar de derecho justo —escribe el gran metafísico alemán— es un pleonasmo; hablar de derecho injusto, una contradicción. Pero si la justicia es esencial al derecho, la ley injusta no será derecho auténtico y, en caso de oposición entre las prescripciones positivas y las exigencias que emanan de los valores jurídicos habrá que negar beligerancia a las segundas o, en otros términos, subordinar el criterio formal al material u objetivo.

Ello demuestra que lo que se considera como derecho desde el punto de vista del poder público puede no tener ese ca-

rácter desde el otro punto de vista. Y al revés: lo que aparece como derecho desde el mirador en que el filósofo se coloca, puede no ostentar en todo caso el sello de la vigencia. La actitud del jurista ante el problema de la definición de lo jurídico no coincide necesariamente con la del filósofo, ni es tampoco la misma del sociólogo.

El hecho de que la frase de **Kant**: "los juristas buscan todavía una definición para su concepto del derecho", conserve toda su actualidad, obedece, en nuestro sentir, a esa diversidad de ángulos visuales, O, para decirlo de manera más precisa: aun cuando las definiciones empleen todas la misma palabra en el lugar del **defeniendum, las expresiones definitorias** no se refieren siempre al mismo objeto. Precisamente porque lo que vale como derecho para el poder público puede no ostentar ese carácter a los ojos del filósofo, y viceversa, es imposible admitir, por ejemplo que la definición leibniziana de lo jurídico y la que **Kelsen** propone se refieran a un sólo objeto de conocimiento. Y si afirmamos, con **Ehrlich**, que sólo es derecho genuino el que **efectivamente** rige la vida de una colectividad en un cierto momento de su historia, o en otras palabras, si la nota de eficacia es para nosotros la más importante, habrá que aceptar, también, que el derecho **vivido**, como dice el propio **Ehrlich**, no coincide en todo caso con el **vigente** o el **justo**.

Pero si bien los atributos de validez formal, validez intrínsica y positividad **no se implican recíprocamente, tampoco se excluyen entre sí**, por lo que a veces coinciden en una misma regla de conducta, e incluso en un conjunto de preceptos. Una disposición legal, debidamente promulgada, puede ser, a un tiempo, eficaz y justa. En tal coyuntura los tres atributos concurren en un solo precepto, como pueden coincidir en todo un cuerpo de leyes, o en la totalidad de los integrantes de un sistema.

Es tesis común a todas las modalidades de **iusnaturalismo** aceptar un derecho natural anterior y superior al derecho positivo. Sobre este punto no hay discrepancia entre las grandes corrientes de dicha escuela. El punto de divergencia tiene que ver más bien con el fundamento y el contenido que las indicadas corrientes asignan al derecho natural. Así, para los autores de la cultura greco-latina el fundamento del derecho natural es la Naturaleza, para los padres y doctores de la Iglesia es Dios y para los filosófos de la ilustración la Razón. Y en cuanto al contenido del derecho natural el iusnaturalismo se divide en dos alas: la que afirma un derecho natural material con normas no escritas y la que afirma un derecho natural material con un código de normas racionales escritas. A esta última pertenece el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII.

El derecho natural ha sido estimado siempre como un derecho ideal frente a los derechos positivos. En cuanto tal ha ejercido una función de crítica de las normas y de las instituciones jurídicas positivas que chocan con la visión más justa de las situaciones y relaciones humanas y sociales. Función de crítica y condena fue la del derecho natural estoico frente a la esclavitud y separatismo de las civilizaciones antiguas. Función de crítica y condena fue también la del derecho natural teológico en el siglo XIII frente a las tiranías italianas. Finalmente, función de crítica y protesta fue la del derecho natural racionalista frente a las poderosas monarquías absolutas que se obstinaban en mantener un régimen social y jurídico de privilegio y desigualdad.

El error del derecho natural racionalista, el más zaherido de todos, no fue la acentuación de su carácter de derecho ideal, sino su desconocimiento de la realidad histórica del hombre en contraste con la luz meridiana de su esencia racional. Un código de legislación universal deducido "more geométrico" de la razón sin consideración de tiempo y lugar, sin referencia a la historicidad del hombre y las naciones, como pedía el iusnaturalismo racionalista, tenía que resultar quimérico e irrealizable. Tan cierto es esto, que los franceses, descontentos del sistema abstracto consagrado por la Revolución, a poco del gran drama, son los primeros en pedir nuevos sistemas sociales, nuevas formas de sociedad; y de Francia es donde salen principalmente, plenas de utopías, las primeras teorías socialistas modernas.

Los teóricos del derecho natural racional no partían de la idea de un orden estatuído que reflejase y al que obedeciera la mente humana; el orden se vuelve objeto, esto es, consecuencia de la razón. El Derecho natural no depende de la complejidad de la vida, sino ésta de él. En el fondo se afirma un imperialismo o voluntarismo, el imperialismo de la razón, que quiere dominarlo todo (traduciéndose así analógicamente en este sector la dicotomía entre poder y razón). Con ello se buscaron, también, conceptos abstractos en el más riguroso sentido del vocablo (la sociabilidad de **Grocio**, la **infirmitas** de **Puffendorff** etc.). Desde ellos se aspiró a reconstruir el mundo social. Igual que **Descartes** operaba, mediante su duda metódica, una abstracción de todas las relaciones concretas del sujeto pensante para, desde el **cogito**, edificarlo todo, mediante la noción del estado naturaleza, al hombre de la sociedad, para partiendo del artificial homúnculo así obtenido, levantar su mecánica de la sociedad. Ya Grocio lo realiza. Pero fue, cuando el procedimiento se une con el método de las ciencias naturales, con la matemática de Euclides y con la mecánica de **Galileo**, en **Tomás Hobbes**, cuando empiezan sus triunfos

mayores. Y el método formal continúa a través de todo el idealismo alemán, profundizándose y modificándose. En todo caso se había logrado así, desde el **acies rationis naturalis**, dodominar la pluralidad de la vida concreta.

Lo cual se confirma si examinamos ahora otra de las consecuencias de este fenómeno. Entonces encontraremos nuevamente la dialéctica a que nos hemos referido entre poder y razón. De un lado, el Derecho se va aislando cada vez más, en los representantes del Derecho natural racional, de todos los factores que se creían extraños al mismo; más de otro se les une, cada vez más también, al poder. Para probarlo no sólo puede alegarse el testimonio de **Hobbes** o el de **Spinoza**, en donde el Derecho es igual a poder y hasta donde llega mi poder llega mi Derecho, sino el de **Tomasio** y el de todo el idealismo alemán. El Derecho queda aislado, tanto del conjunto de tareas profundas de perfeccionamiento humano, que postula la ética, como de la proyección histórica concreta que tienen en el campo de la Historia ideales y labores.

Sociológicamente, los que operan todo este cambio en el pensar jurídico son representantes del saber secularizado. Y su tarea se destaca polémicamente, tanto frente a la Iglesia como frente a los derechos adquiridos de la nobleza. La vida civil es independiente de toda postura dogmática y representa un plano natural, aislado de todo lo sobrenatural. El orden jurídico es un orbe neutral, neutral frente a la religión, la moral, a la misma vida histórica. Proclama la libertad como eje de la sociedad civil. La lucha, es por tanto, lucha contra todos los sometimientos concretos y todas las desigualdades históricas. Libertad, igualdad y fraternidad constituyen el cuadro positivo en que se cierran los derechos fundamentales del individuo. Y estos derechos hallan su ámbito propio en el Estado. El Estado debe suprimir las diferencias e irracionalidades y constituirse como único poder racional. La impersonalidad de la ley es la que asegura la convivencia. De este modo se constituyen los Estados concretos como poderes al servicio de la libertad, como unidades de vida política. La fuerza actuante de la Ilustración hace culminar esta idea y al par, y de ella misma, hace nacer la otra gran idea: la de Estado nacional arraigada en la **volonté general** de **Rousseau**.

El Derecho se aprecia así como un resultado de una razón formal que regula la sociedad, aspirando a trazar un sector acotado frente a la moral y a la política en donde se instituya la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad; sector en donde, en tercer lugar, se aspira a suprimir todo lo que pueda ir en contra de la voluntad general, de la concordia entre los

ciudadanos; en suma, de la unidad del Estado, implícitamente afirmado como Estado nacional.

Esta es la ideología que, incorporada en las nuevas codificaciones que se suceden a partir del Código de Napoleón, va a gobernar el siglo XIX. El positivismo, a cuyo sistema filosófico pertenecen las teorías sociológicas, significa, en la historia del pensamiento humano, una reacción contra el racionalismo apriorístico y trascendente. El positivismo al relievar el valor de la realidad y la experiencia en todo conocimiento dió un paso de gran importancia, para el desarrollo de la ciencia, y, tratándose del Derecho, una orientación de innegable valor para el estudio de su formación.

No obstante, no todas las teorías positivistas en materia jurídica llegan a conclusiones acertadas al enfocar este problema. La Escuela Histórica, como ya lo indicamos, aunque representa por su método, un progreso en la investigación de la génesis del Derecho en relación con las teorías iusnaturalistas, no llega a dar una explicación detallada del proceso de su formación siendo más bien una concepción general de la vida del Derecho.

Aún dentro de las mismas teorías sociológicas, cabe distinguir, las que explican la génesis del Derecho por el factor predominante de los muchos que concurren a la formación de la conciencia jurídica social, de aquella otra —sociogenia jurídica— que enfoca el problema tomando en cuenta todos esos elementos en su integridad.

Según esta última teoría, el derecho aparece en toda sociedad como producto colectivo creado por el grupo asociado. La conciencia de la colectividad elabora una serie de principios normativos en vista de las necesidades de adaptación, supervivencia y convivencia. Estos principios normativos representan, para la sociedad que los crea, un orden de justicia al que se juzga preciso conformar la vida individual y social.

Resulta, así, que, al par que se elaboran estos preceptos que podemos llamar ideas o convicciones éticas y que **Ardigó**, en su Sociología, denomina idealidades sociales, créanse, también, y como su natural consecuencia, la persuación de que ciertos modos de conducta deben observarse para su cumplimiento. Entonces a la convicción ética se añade la "opinión juris" o sea la opinión de la necesidad jurídica de una acción dada.

Estos elementos que tienen su raíz en los procesos íntimos de la conciencia social, son los que constituyen el derecho, que no es otra cosa que la norma de conducta pensada y querida por la conciencia social y materializada por la legislación.

Pero, el derecho no es una entidad abstracta, una norma fija y siempre igual de todas las sociedades y de todos los tiempos; sino que es un fenómeno variable que presenta diversos caracteres según el grado de simplicidad o de complicación estructural del grupo colectivo en que impera. El derecho, como producto social es un fenómeno a cuya formación concurren una serie de elementos de distinta naturaleza. Contribuyen a formarlo los sentimientos dominantes en la colectividad, la mentalidad ambiente, la experiencia histórica y las necesidades de la realidad. La conciencia social para la elaboración de sus idealidades se determina por las necesidades y exigencias de la vida social. La conciencia colectiva, o por lo menos aquella parte de la conciencia social que prevalece en determinado momento histórico construye sus principios normativos en vista de sus propias e idóneas características y necesidades. De esta suerte los factores de evolución jurídica coinciden con lo que determina la evolución social. De aquí que **Spencer** estudie la evolución del derecho en las transformaciones de la sociedad.

La simple consideración de la diversidad de los usos y costumbres existentes en los diversos países del Globo, basta para darse cuenta de que los fenómenos sociológicos, como el derecho, varían concomitante a las variaciones del medio físico y social en que se realizan.

Nada más alejado de la verdad histórica, en la génesis del derecho, que la noción de un derecho innato, de un orden de justicia pre humano, intuitivamente descubierto por el hombre. La experiencia nos dice cómo el derecho, en su formación, se ha subordinado y se subordina al proceso evolutivo social que determina sus cambios y transformaciones. La mente humana, por otra parte, es impotente para formular conceptos absolutos, y, si al campo jurídico se aplican los principios de la relatividad y limitación del conocimiento, se concluye que no puede haber una noción de derecho innato precedente y trascendente a la experiencia.

La observación histórica nos demuestra que el orden jurídico elaborado por una sociedad ha sido hallado después, en muchos de sus aspectos, inconforme con nuevos informativos principios de justicia. Esta variación del derecho en el tiempo, que comprueba sus caracteres de relatividad y contingencia, obedece, nada menos, que a nuevas modalidades de la conciencia social, nacidas en virtud de necesidades nuevas que se generan en el seno de la colectividad. La historia del derecho no es sino una continuada serie de esfuerzos psico-sociales para regular las cada día crecientes y diversas actividades humanas, al mismo tiempo que para reajustar las preexistentes o renovadas convicciones éticas, como diría **Ardigó.** En los di-

versos pueblos y condiciones históricas, es diversa la manera como en la conciencia social se representa la vida, sus fines y sus exigencias, y son diversos los sentimientos y las ideas que concurren a la formación del derecho. En segundo lugar, así como varía el elemento subjetivo varía también el elemento objetivo, o sea las necesidades de la vida en común que son los motivos determinantes de la conciencia social.

Sin incurrir en exageraciones se puede afirmar que el conjunto de fenómenos que al derecho se refieren presentan un carácter social más acentuado que en las otras ciencias, en donde este carácter ha sido demostrado por los trabajos de los sociólogos. Así, los hechos económicos no hay duda de que son sociales, pero en su mayor parte están condicionados por hechos materiales (tal el descubrimiento de una mina de oro) a los que se da un alcance social considerable.

El derecho tan social es por su objeto como por su substancia, en el sentido de que es emanación del sentir de la colectividad que lo aplica.

Al ser el derecho regla de la vida social en toda su amplitud, supone fundamentos múltiples tan numerosos como los diversos aspectos de la vida social: los hechos de la naturaleza física que se imponen al hombre: clima, geografía de la región, caracteres económicos y otros. Después el dato histórico de la tradición. Finalmente, el mismo dato humano, la conciencia, la inteligencia, su razón o el mismo sentido común, como decía **Pascal.**

Siendo, pues, el derecho una creación social, un fenómeno psico-colectivo, es, por su propia naturaleza, susceptible de transformarse y perfeccionarse siguiendo el rumbo evolutivo de la humanidad.

### 26.—Hacia un nuevo ideal

Voces de eminentes filósofos procedentes de diversas tendencias, claman en nuestro siglo en favor de un derecho ideal que sea a la vez fundamento y meta del derecho positivo. **Rodolfo Stammler** pide un derecho natural de contenido variable y habla de un derecho justo, cosa que suena a redundancia. **Jorge del Wecchio,** por vía del neokantismo también, vuelve a una concepción próxima a la filosofía perenne y proclama un derecho natural fundado en la naturaleza humana. Y **Gustavo Radbruch,** después de la catástrofe política y social a que fue arrastrada Alemania por el nacismo, vislumbra la solución, para miles de problemas prácticos en el terreno judicial, en el nombre y concepto de **Derecho natural.**

El iusnaturalismo que empieza a perfilarse en la filosofía de mediados del siglo XX, busca un fundamento trascen-

dental del derecho en los valores jurídicos. Ha aprendido que del ser no deriva el deber ser, pero que es propio del no ser de los valores apuntar a un positivo deber ser. La vida humana, la persona humana, las conductas y relaciones humanas, valen. Las normas concernientes a la esfera humana en su totalidad no deben contrariar los valores propios de dicha esfera.

En realidad de verdad no se trata de un derecho ideal, sino de una fundamentación del derecho positivo en los valores jurídicos. La validez del derecho positivo no puede hallarse fuera de la justicia, la solidaridad, la cooperación, la paz, el poder, la seguridad y el orden. Las normas fundamentales válidas lo serán materialmente si tienden a realizarlos.

### 27.—Realización de los valores jurídicos

Mientras la realización de los valores morales queda a cargo de la conciencia individual, sean tales valores individuales como el dominio de sí mismo, la templanza, la pureza, o sean sociales como la lealtad, la fraternidad, puesto que su esencia desvirtuaría la esencia del acto moral, la realización de los valores jurídicos queda a cargo de la sociedad en su origen y del Estado en su etapa definitiva, puesto que se trata de asegurar el normal desenvolvimiento de las relaciones intersubjetivas en la coordinación y dependencia de la vida social. Para la realización de los valores morales basta su intuición y el sentimiento de su deber ser ideal, aunque no medie norma alguna; pero para la realización de los valores jurídicos es necesario ante todo una norma, aunque falte la intuición del valor y del deber ser ideal. Los valores jurídicos tienden a realizarse siempre a través de una norma cuya fuerza obligatoria está asegurada por el Estado aún en el caso de resistencia.

En la realización de los valores morales cuenta como condiciones **sine qua non** el conocimiento y la libre elección; en cambio, en la realización de los valores jurídicos la ignorancia de la ley no sirve de excusa ni hay lugar a optar en conciencia la norma de conducta. La libertad moral no sólo es elección entre un valor y disvalor, sino también entre un valor superior y un valor inferior. La libertad jurídica es elección entre el cumplimiento o incumplimiento de la norma de conducta; entre el cumplimiento de la norma o su sanción. La gran diferencia en la realización de unos u otros valores, depende de la naturaleza de los valores mismos y de su lugar en la escala axiológica. Los valores jurídicos son valores fundantes respecto de los valores morales, por tanto valores in-

feriores. Su jerarquía no es incompatible con la imposición coercitiva.

Los llamados a realizar los valores jurídicos son las personas individuales y las personas colectivas. Los valores jurídicos regulan por medio de las normas jurídicas la naturaleza de tales personas y sus múltiples relaciones de coordinación y subordinación. Tanto en el derecho público como en el derecho privado tiene lugar la convivencia humana gracias a la regulación permanente de ordenación jerárquica y de colaboración voluntaria. En el derecho público interno los gobernantes y gobernados están sujetos de acuerdo con su rango a un cosmos de normas jurídicas que median entre los valores por realizar y la conducta intersubjetiva. En el derecho privado prevalece el principio de la autonomía de la voluntad, fundamento de igualdad jurídica y la libre cooperación, pero sin aniquilar la subordinación y la jerarquía, como ocurre, por ejemplo, en las relaciones matrimoniales y familiares, donde el marido y el padre respectivamente, permiten realizar mediante la autoridad el valor poder. En el derecho público interestatal predomina la cooperación. En la realización de los valores jurídicos juega un papel principal el Estado. En él y por él tiene plena realización el valor poder, pero también gracias a su posición preeminente encuentran garantía de cumplimiento todo los valores del plexo axiológico jurídico. El Estado a través del órgano legislativo es el medianero entre los valores jurídicos y las normas jurídicas; a través del órgano ejecutivo es el personero de la efectividad de las normas jurídicas; y a través del órgano judicial es el dispensador de la justicia, es decir, del valor jurídico supremo.

Las escuelas antiguas no dudaban establecer una estrecha correlación, y aun una equiparación, entre derecho y justicia. La moderna doctrina filosófica-jurídica afirma también que las ideas de derecho y justicia, aun siendo distintas, guardan una estrecha relación. Para **Picard**, que estudia la justicia como teleología del derecho, el fin del Derecho es hacer reinar la justicia, es decir, establecer en las condiciones más perfectas las relaciones sociales que reclama la protección de la colectividad. De modo análogo **Aramburo** se refiere a la justicia como fin del Derecho; Stammler y Radbruch ven en la justicia el ideal nacido para encarnar en la realidad el derecho; **Gurvitch** y **Legaz** creen que es el principio constitutivo del Derecho.

Sin embargo, algunas escuelas niegan que la justicia sea el fundamento en que se apoya el Derecho objetivo del cual deriva, a su vez, el subjetivo. Tal es el caso del positivismo, según el cual no existe más justicia que aquella establecida por el ordenamiento jurídico, criterio seguido por **Hans Kelsen** y

demás cultivadores de la teoría pura del Derecho, al afirmar que la justicia es un ideal irracional. Este no se encuentra más que ante el Derecho positivo. También **Stammler**, al sostener la justicia simplemente como una idea formal, la desvalora notablemente, a pesar de reconocer que existe una sola idea de justicia con valor absoluto y universal que, aplicado en concreto a los diversos pueblos a través de los distintos tiempos, origina distintos ideales jurídicos o derechos justos, afirmando la imposibilidad de un derecho absolutamente justo en su contenido, y la posibilidad, en cambio, de un derecho de contenido objetivamente justo.

Por nuestra parte creemos que la justicia está en íntima relación con el Derecho positivo, que aunque puede ser injusto en algún aspecto, su misión esencial estriba en servir a la justicia. Siempre late en las leyes el deseo de realizar un valor de justicia, aunque éste no sea a veces conseguido. Cuando los particulares tienen el convencimiento de que el derecho vigente realiza la justicia, las normas del mismo son vistas por ellos como intrínsicamente válidas, ya la obediencia se produce de manera espontánea. Pero si no le atribuyen ningún valor, lejos de sentirse ligados por el derecho, júzganse sometidos solamente al poder. El orden injusto, afirmado por el déspota sobre la base del principio de legalidad, es negado por los particulares a la luz de la pauta axiológica. Cuando, como en el caso de **Antígona**, o en el de **Sócrates**, hay que escoger entre las prescripciones legales y los dictados de la justicia, el problema no es ya de orden técnico, sino cuestión vital ante la que es forzoso tomar partido. La última palabra, en cada caso, es siempre pronunciada por la persona en conflicto, y el único imperativo indiscutible es el de lealtad a la propia conciencia. **Sócrates** y **Antígona** siguieron caminos opuestos, pero los dos supieron dar oídos a su voz interior.

Podrán los dictadores apoyar sus exigencias con la punta de las bayonetas; pero la conciencia jurídica de los individuos y los pueblos opondrán siempre al pretendido derecho de la fuerza, la fuerza indomeñable de ese otro derecho que no deriva del arbitrio del poderoso, sino de los valores eternos.

Si bien es cierto que no disponemos de criterios infalibles acerca de lo justo y de lo injusto, esta circunstancia no ha de llevarnos a una actitud de resignada abdicación ante las exigencias de quienes se han olvidado de los ideales jurídicos. Concedamos que no existe una definición de la justicia capaz de lograr la aceptación de todo el mundo. ¿Cómo desconocer, empero, que existe un fondo común de convicciones y sentimientos acerca de tal valor? Lejos de constituír un privilegio de los fuertes, su realización incumbe por igual a todos los miembros de la comunidad política. El problema de la justi-

cia no es sólo cuestión académica, sino tarea eminentemente práctica, que a todos interesa y a cuya solución todos podemos –en mayor o menor escala– contribuir.

Además, de acuerdo con el concepto jurídico de nuestros tiempos, no existe razón alguna de carácter filosófico y jurídico que se oponga a la admisión de una nueva justicia –la justicia social– con carácter independiente, o como síntesis de la legal y de la distributiva. Afirmar la substantividad de la justicia equivale a reconocer que por encima de las relaciones de coordinación y de subordinación, entre la comunidad y sus miembros existe un principio supremo, un valor de integración de la vida social humana. Valor de integración que intuimos, a través de la naturaleza sociable del hombre, en todas las manifestaciones de la vida colectiva, y con entera independencia de la organización estatal, antes de que se despierte la conciencia del deber cívico de contribuir a la conservación y a la prosperidad de la sociedad, y mucho antes de que el Estado, subordinando la actividad social espontánea y natural, mediante el imperio de la ley, reparta las cargas públicas según la resistencia y posibilidad de cada súbdito, y los bienes públicos según la dignidad y el mérito. La justicia social, como síntesis feliz de la legal y de la distributiva es causa de integración social, fundamento del bien común y garantía suprema de paz social. Y de ahí que si la justicia es base de la convivencia humana, el Estado tendrá en ella, a un tiempo su origen y su autolimitación; y el derecho habrá de vivir unido a ella inseparablemente.

Pero asegurar la justicia no es el papel único del derecho, debe garantizar también el mantenimiento del orden. Pero no hay entre estas dos nociones oposición: son en realidad dos condiciones tan próximas una de otra, que no se puede lograr el orden más que por la justicia. Un derecho injusto es la negación del derecho, pero como el derecho positivo no siempre es justo, es necesario hacer concordar siempre estas dos nociones perfectamente separables, justicia y positividad y a ello no se llega mas que fundiendo la noción de justicia con la de efectividad.

En el estado actual de la sociedad, no basta el concepto jurídico clásico, definido por **Celso** como el arte de distinguir lo bueno y lo justo; ni el **jus naturale** definido por **Ulpiano** como la ley que la naturaleza ha enseñado a todos los seres vivos; ni el **jus non scriptum** trazado por la costumbre, y tan admirablemente apreciado por la escuela histórica. No basta tampoco el concepto moderno, ampliamente planteado por el genio de Kant como la coexistencia de todas las libertades; ni la exclusión de toda heteronomía en el campo de la legislación. Es preciso, es indispensables, la fórmula de derecho ac-

tivo, protectora, engendradora de bienestar y de grandeza. Por eso dice un autor que el problema ético con el problema gnosológico, son los dos problemas capitales de la novísima filosofía del derecho.

El impulso renovador del derecho surge hoy de todas partes, y la protección al débil, la tutela regeneradora, el patronato social, la cooperación altruista, obtienen de consuno la bendición de Dios, el voto de la ciencia y las sanciones del Estado.

## 27.—Derecho civil

Fijado el concepto del Derecho, el calificativo de civil, de **civitas**, ciudad, apenas si puede dar idea de lo que sea esta importante rama de la ciencia jurídica. Durante mucho tiempo se ha llamado "Derecho común" al civil, y esto nos pone sobre la pista del concepto. En realidad es preciso acudir a ese proceso de elaboración histórica, pues la investigación se agota en eso, en considerar al Derecho civil como un Derecho general, ordinario, que mira al hombre como tal, como persona humana, que forma luego una familia, que necesita, como soporte económico para subsistir, de un patrimonio, y en el que luego le reemplazan, a su muerte, aquellos miembros de familia que fundara. Esto, como se ve, puede decirse de todo hombre, de toda vida humana. En este sentido cabe decir que Derecho civil es un Derecho común, pues ampara en su regazo las formas más elementales de la pura vitalidad.

Los autores, con fórmulas más o menos extensas, se fijan en ese común denominador que es el hombre, para definir el Derecho civil. Pero no puede abarcarse en una fórmula global, universalmente válida, la definición precisa del Derecho civil. Esto, como se sabe, es posible en pocas disciplinas. Procede de que se trata de un Derecho positivo, se enlaza con la organización social y económica, depende también del proceso de formación de la ciencia del Derecho y de que ha experimentado sensibles cambios, tanto desde el punto de vista de la procedencia de sus normas –fuentes– como desde el punto de vista de su extensión y contenido –materia regulada y directrices perseguidas–, como, en fin, desde el punto de vista de su esfera de aplicación –personas, relaciones y territorio–.

Se justifica, por tanto, que tratemos de captar el concepto y significado del Derecho civil en los momentos capitales de su evolución histórica. Para ello basta con partir del Derecho romano.

## 28.—El Derecho civil en el Derecho romano

En las fuentes romanas el **ius civile** tuvo tres acepciones: Como derecho popular opuesto al derecho de los quirites o aristócratas de la sociedad romana, que se regían por el **ius quiritium**, distinción paralela a la transformación del Estado romano de gentilicio (porque la **gens**, junto con la curia y la tribu eran las células de su estructura, pero con posición predominante de aquélla en popular, con base en los plebeyos, hombres libres no gentiles). Como contrapuesto a **ius gentium** o derecho de todos los pueblos no romanos. Y, finalmente, como contrario a **ius legitimum** o derecho estricto y legalista, que se había concretado primitivamente en el Código de las Doce Tablas en garantía de las libertades de la plebe frente a los patricios y que bien pronto exigió una labor interpretativa que facilitara su aplicación condensada en las "respuestas de los jurisconsultos". Al asimilarse el **ius civile** estas fórmulas de dulcificación del rígido derecho escrito, quedó ampliado y contrapuesto a ese primitivo **ius legitimum**. Como se ve, de esas tres acepciones que a nuestros ojos modernos podrán aparecernos alambicadamente complicadas, pero que resumen un largo proceso de maduración jurídica en que tan fértil se mostró el Derecho romano, la primera y la última obedecieron en su raíz a razones de puro oportunismo político, y, por tanto, episódicas. La contraposición fundamental, esencial, y en ella queremos insistir, se dió entre el Derecho civil o romano y el **gentium**, común a la humanidad. ¿Quiere esto decir que las normas jurídicas fundamentales porque se regían los romanos diferían profundamente de las normas universales? En modo alguno. La ciudadanía romana era excluyente. Sólo el ciudadano romano tenía acceso al **ius civile**, del mismo modo que sólo tenía la plena capacidad jurídica quien además de ostentar la condición romana era libre (no exclavo) y **sui iuris** (no sometido a potestad ajena).

Pero un ordenamiento así entendido y vinculado no podía atender todas las necesidades del tráfico, y menos tratándose del pueblo romano, en reiterado movimiento de expansión. He ahí la razón esencial y la misión del **ius gentium**: un Derecho capaz de salvar las fronteras de la territorialidad –**civitas**– y de la personalidad –**cives**– internacional en cierto modo, universal más bien, común a diversos pueblos y, sobre todo, regulador de las relaciones entre ciudadanos romanos y extranjeros. La diferencia, sin embargo, no se circunscribe sólo a esa diversidad de esferas de vigencia; alcanza también a aspectos intrínsecos. El **ius civile** es formalista, expresión cumplida del carácter del pueblo que le forja, pensando ex-

clusivamente en sí y para sí. El **ius gentium**, en cambio, como referido a un más extenso y heterogéneo círculo de destinatarios, aparece más desprovisto de rigor, más flexible, menos solemne. El uno es trasunto principalmente del **ius strictum**; el otro concede un más amplio margen a la **aquitas**. El **ius civile** es lento, cuando no reacio para transformarse; el **ius gentium** se incorpora a aquellas zonas donde las exigencias de la vida reclaman normas que el Derecho civil todavía no ha facilitado.

Pese a esta contraposición, que en principio explica la dualidad, no se crea, sin embargo, que uno y otro ordenamiento jurídico vivieron de espaldas y sin contacto. Justamente sucede lo contrario. De una manera gradual, se produce un movimiento de recíproca aproximación. El Derecho de gentes deja de estar circunscrito a las relaciones en que intervenían extranjeros y se aplica también a las relaciones y contiendas entre ciudadanos romanos. El propio Derecho civil se nutre de principios e instituciones de aquél. Desborda su ámbito inicial, constituído por ciertas instituciones de tráfico patrimonial intervivos, para extenderse a otras esferas y regular, por ejemplo, el parentesco de cognación, algunas formas de manumisión, etc. Llega a representar una parte del contenido del Derecho civil. Y cumple la función de mantener a éste ligado a las necesidades de la vida y a la progresiva expansión política y militar de Roma.

En la Edad Media, por obra de los llamados glosadores o comentaristas de las leyes, se produjo una trasposición, pues fragmentado el Imperio romano se produjo una serie de Derechos nacionales, frente a los cuales subsistió, como general, el romano, llamando a éste civil, tal como lo dejara **Justiniano**. Además, con el crecimiento de la Iglesia y Derecho de la misma (canónico), el romano o civil, como laico, se contrapuso a aquél.

Llega el siglo XV. y con él, el Renacimiento. Cambia la estructura política medieval dando paso al Estado moderno, y entonces cobra relieve el Derecho estatal o público confundido antes con el privado. El término **civil** queda, por fin, depurado en este proceso de decantación histórica para significar el Derecho romano, pero sólo en su aspecto privado.

### 29.—En el siglo XVIII queda consumada esta evolución, y ya se contrapone netamente el Derecho civil o privado al Droit public

De manera que el Derecho romano conoció y elaboró perfectamente la distinción –y tal es uno de sus tantos timbres de gloria– entre el Derecho público y el Derecho privado. Por

el primero se entendió el relativo al Estado, a su organización, poderes y actividad, regulador también de las relaciones de los particulares con aquél. Por el contrario, como Derecho privado se consideró el relativo a la utilidad de los particulares. El uno comprendía la total esfera de lo estatal; el otro, la total esfera de lo individual.

### 30.—El significado del ius civile en relación con el ius honorarium

No se puede comprender exactamente el significado que tiene para los romanos el **ius civile** sin indicar, por otra parte, la relación y contraposición en que se encuentra con el ius hororarium. Concebido el Derecho de los romanos como una totalidad constituye un ordenamiento jurídico, nutrido y alimentado por manantiales diversos, que a través de una larga evolución histórica unieron sus cauces y definieron los rasgos esenciales de sus instituciones.

La distinción y contraposición **ius civile–ius honorarium**, se manifiesta, aparte de en otros aspectos, y de forma muy especial, en lo relativo a las fuentes del Derecho. La expresión más fecunda del Derecho honorario estuvo constituída por la actividad jurisdiccional de los pretores. Originariamente las disposiciones emanadas de estos magistrados en el ejercicio de sus funciones no tuvieron el rango de normas jurídicas, e incluso en la época imperial **ius** indicaba con preferencia las normas procedentes de la ley o de la costumbre. Sólo se podía extraer de cada norma del **ius** su significación práctica y hacer pasar el centro de gravedad de la vida jurídica real hacia otros supuestos de hecho, más sin discutir el fondo de la ordenación existente, por lo que estaba en las atribuciones del magistrado proteger al no propietario como si lo fuese, pero no hacer propietario al que no lo era. No obstante, a medida que el orden jurídico establecido de esta manera progresa y se consolida mediante el uso, se afirma la convicción de que habían introducido verdaderos preceptos jurídicos. En tanto el **ius civile** era el derecho procedente de las leyes, la costumbre, los senado-consultos y la actividad interpretativa de los juristas, el **ius honorarium** procedía de los edictos y en ellos descansaba su autoridad. Mientras aquél está caracterizado por la nota de permanencia, el honorario podía cambiar con las personas que se suceden en el ejercicio de la magistratura. El Derecho civil forma un sistema de relaciones de Derecho substancial, de manera que toda acción presupone la relación jurídica; el Derecho honorario le integran el conjunto de medios procesales de defensa, de suerte que la relación jurídica existe como un reflejo de aquéllos. Si en todo

momento vino a ser un complemento del Derecho civil, en ocasiones llegó a constituír, además, una esfera jurídica equivalente y diversa, estableciéndose un dualismo y paralelismo en el ordenamiento. Alvarez Suárez señala las siguientes dualidades: en el Derecho de personas, la situación de libertad adquirida por el esclavo manumitido por modos solemnes del Derecho civil, frente a la libertad pretoria, obtenida como consecuencia de la utilización de los modos no solemnes reconocidos por el pretor; en el Derecho de patrimonio, la propiedad quiritaria del Derecho civil, frente a la propiedad bonitaria, creada a consecuencia de las protecciones procesales concedidas por el pretor al adquirente de buena fe, y frente a la fiducia del Derecho civil, la prenda (**pignus**) del Derecho pretorio; en el Derecho de obligaciones, tenemos el concepto civil de la **obligatio** frente a los lazos vinculativos del Derecho pretorio, que se denominan **actione teneri**, y frente a los modos de extinción de las obligaciones nacidas del Derecho civil (**ipso iure**), los nacidos del pretorio (**ope exceptiones**); en el Derecho de sucesiones, el sistema de la **hereditas** del Derecho civil, frente al **bonorum possessio** del Derecho pretorio; y en el Derecho procesal, el **indicium legitimum** del Derecho civil frente al **indicium imperium continens** del Derecho pretorio.

Pero en todo caso ambos sistemas ofrecen puntos de contacto, en cuanto a su estructura y eficacia práctica, ya que, de un lado, el pretor, cuando crea normas, procura tener en cuenta las del Derecho civil, y de otro, a veces, el Derecho honorario se incorpora al civil a través de la costumbre.

De lo expuesto se deduce que el **ius civile** en Derecho romano, ni representó la totalidad del ordenamiento, ni aún dentro de la materia acotada por él, existió por sí solo, sino que coexistió con otros ordenamientos. En sí mismo fué conservador y reacio a los cambios. Pero convivió con normas de otra procedencia y fines que, sin comprender su supremacía, cumplieron las funciones para las que él no se bastaba. Las mutaciones históricas, económicas, sociales y políticas, demandaban nuevas instituciones e incluso nuevos principios. Los unos y los otros tuvieron entrada, bien a través del **ius gentium**, bien a través del **ius honorarium**. El uno y el otro, como hemos visto, surgen y se producen al margen del **ius civile**, vienen a cumplir sus deficiencias y terminan por transformarle. Luego aparecerá el proceso de delimitación y desintegración. El Derecho civil empieza a producir desmembraciones, que no significan un simplemente fraccionamiento de él, para dar lugar a ordenamientos jurídicos independizados por simples exigencias formales o científicas. Implica la creación de normas, que unas veces son adecuaciones de las del Dere-

cho civil a relaciones y situaciones ignoradas por aquél, y otras veces son del todo normas nuevas y antitéticas, como dirigidas a satisfacer necesidades y fines. También ahora el Derecho civil, tal como una concepción tradicional nos lo muestra, resulta insuficiente y se resiste a transformarse; pero tiene que dar paso a otros ordenamientos.

Como síntoma y directriz general del Derecho civil en la Edad Media e incluso en tiempos posteriores, puede señalarse la tendencia a identificarlo con el Derecho romano. Es entonces cuando la compilación justinianea, en su conjunto, sin distinción del diverso origen y naturaleza de los preceptos contenidos en ella recibe el nombre de **Corpus Iuris Civiles.** La ordenación jurídica que dicha compilación representa –el Derecho romano en el último período de su formación– se considera, por excelencia, como el Derecho civil. Así, pues, el Imperio de Roma, se sobrevivió y espiritualizó por la fuerza expansiva de su Derecho. El **ius civile** adquirió entonces el significado más extenso que jamás haya tenido. Tal extensión, arranca, por una parte, de la desaparición de los particularismos jurídicos que tuvieron por presupuesto la concreta organización política y la más fina sensibilidad jurídica del pueblo romano: **ius públicum, ius privatum, ius gentium, ius honorarium.** Todas esas singulares especies del **ius** se refunden en un solo concepto: **ius civile.** Por otra parte, esa extensión arranca también de la advocación que suscita aquel Derecho, inmensamente superior al que entonces se estaba en condición de elaborar, y del hecho mismo de la compilación.

Con Justiniano se cierra el ciclo de la historia del Derecho romano. En ella se pueden distinguir los siguientes períodos: el del Derecho Nacional o Antiguo, el del Derecho Pretoniano u Honorario, el del Derecho Imperial y el del Derecho en la etapa de la Orientalización.

### 32.—Períodos de la Historia del Derecho Romano

El Derecho Nacional o Antiguo, el comprendido entre el año 753, fecha de la fundación de Roma y el 387 A. C., en que se establece la institución de la Pretura. Predomina en este lapso el aspecto formalista y religioso del Derecho Romano. El monumento más importante es la Ley de las Doce Tablas, que promulgó una comisión legisladora a mediados del siglo V A. C., y en la que se recogen normas consuetudinarias referentes a muchos aspectos de la vida jurídica. Su contenido no es parcialmente conocido por referencias de historiadores juristas, etc.

El segundo período del Derecho Pretoriano u Honorario, el comprendido entre el establecimiento de la Pretura y el

año 117 de nuestra Era. La figura del Pretor en Roma marca la separación de los poderes judicial y administrativo, impone la desvalorización del derecho civil y el enriquecimiento del **ius gentium**, y robustece su autoridad legislativa a expensas del Colegio de los Pontífices. Este período se individualiza, como ya hemos señalado, por el incremento de las influencias extranjeras, principalmente de las helénicas que sirven de contrapeso al sentido eminentemente nacionalista de la primera época y por la superación del empirismo primitivo merced a la obra reflexiva de la jurisprudencia.

Caracteriza fundamentalmente el llamado Derecho Imperial –que empieza bajo Adriano, el año 117, y tiene su punto de llegada en el Emperador Dioclesiano el año 284, con quien comienza la última etapa del Derecho Romano– la iniciación de un proceso de desnacionalización del derecho por la influencia de elementos extraños, el paralelismo que se advierte entre el derecho imperial y los derechos provinciales y la decadencia de las antiguas fuentes de derecho y particularmente de la pretoriana, frente al predominio de la voluntad del emperador como fuente jurisgénica. La voluntad del Emperador se hace fuente única del Derecho, y adquiere un sentido pleno y absoluto la máxima **quod Príncipe placuit legis habet vigorem ("plugo al Rey, es Ley")**. La idea oriental de que el Rey es el bienhechor total de toda la comunidad y que no cabe más autoridad que la suya, se tradujo así en un absolutismo jurídico que había de tener un poderoso influjo en la teoría moderna del Estado. Tal voluntad imperial, que se venía expresando en distintas formas de **constituciones** imperiales, adopta ahora la forma de **leges**. A las **leges** o nuevo Derecho imperial se contrapone el **ius vetus** o cúmulo de todos los materiales supervivientes del antiguo Derecho romano.

El cuarto período está comprendido entre los años 284 a 565 de la Era Cristiana. Comienza con Dioclesiano y llega hasta Justiniano. Es la época de la orientalización en que ese Derecho cierra su ciclo propio cediendo a la presión de las influencias extranjeras, principalmente de las helénicas. Se percibe a través de ella, también, el duelo entre el paganismo y el cristianismo y la fuerza de éste en la esfera jurídica: se transforma el régimen del matrimonio; se redondea la noción de patria potestad, como poder moderador y educativo; se suaviza la condición de los esclavos; se protege a los espósitos; se restringe la explotación económica del hombre, sobre todo prohibiendo la usura y se establecen normas legales para mantener la unidad dogmática. La jurisprudencia tan fecunda en la época anterior casi se extingue y el emperador absorve y monopoliza la función creadora de la Ley. El período se marca además por la aparición de las compilaciones, urgentes por la

prolificidad de las constituciones imperiales, labor que culmina en Justiniano.

Pero, realmente la vida del Derecho Romano no termina ahí, sino que se prolongó hasta la actualidad. Ahí reside una de las características más sorprendentes del mismo: el que tras trece siglos de vida haya tenido otros tantos de supervivencia.

### 33.—Clasificaciones del Derecho Civil Romano

El estudio de las instituciones del Derecho Civil Romano puede seguir distintos planes. Una vieja clasificación, que procede quizá de la jurisprudencia republicana y vemos adoptada por Gayo en sus Instituciones, y, sobre sus huellas, por las Instituciones de Justiniano, es la que divide toda la materia del Derecho Civil en Personas, Cosas y Acciones.

Se entiende bajo "Personas" todo lo referente a los sujetos del Derecho, problemas de capacidad, tutela, etc., más todo lo que se refiere a la organización familiar, matrimonio, etc. Las relaciones patrimoniales, incluyendo las sucesiones a causa de muerte, se comprenden en rótulo de las "Cosas". Las "Acciones", por último, se refieren a la forma de entablar los procesos. Esta clasificación ha sido muy popular hasta la época moderna, gracias al gran uso que se hacía de la Instituta de Justiniano y comentarios modernos a la misma en la práctica de la enseñanza del Derecho. No podemos decir, sin embargo, que corresponda a la mentalidad general de la jurisprudencia romana antigua, pues no aparece seguida en las obras de los jurisconsultos. Quizá la ordenación que tuvo más importancia en la sistemática antigua fué la del Edicto del Pretor. Primero se trataba allí de los trámites procesales ante el Pretor, después de distintos tipos de acciones, más adelante de ciertas medidas especiales adpotadas por el Pretor y del régimen pretorio de las sucesiones; por último, de ciertos recursos extra-procesales concedidos para determinadas circunstancias. Como puede comprenderse fácilmente, tal ordenación no era sistemática, sino que tampoco servía para abarcar todas las instituciones del Derecho Civil, pues el Pretor no tenía por qué preocuparse de muchas instituciones del **ius civile.** Con todo, esa ordenación pasó a los extensos comentarios **ad Edictum,** y, como éstos sirvieron en parte como base del Digesto, el mismo Digesto no pudo menos de resentirse visiblemente de la incompleta ordenación edictal. Esto equivale a decir que la sistemática no fué precisamente el fuerte de la jurisprudencia romana, lo cual no es extraño, si tenemos en cuenta su carácter eminentemente casuístico y la repugnancia por la aplicación de las categorías filosóficas que es típica de aquellos insignes juristas.

Esta falta de espíritu sistemático fué corregida por la ciencia jurídica moderna, especialmente por la escuela de los Pandectistas alemanes. Ellos fueron los creadores de lo que se llama la Teoría General del Negocio Jurídico, en la cual se reunían todos aquellos elementos comunes, haciendo abstracción de las concreciones con que se presentan siempre en la realidad. Ellos fueron los que, en esa misma tendencia a la abstracción, crearon toda la parte general en la que estudian los conceptos fundamentales, la capacidad, etc. Ellos fueron los que separaron del Derecho de las Personas todo lo referente a la familia. Así, pues, con algunas variaciones, se impuso en los tratados y en las exposiciones didácticas el siguiente orden: Parte General, Derechos Reales, Parte General de las Obligaciones, Contratos, Derecho de la Familia, Derecho Sucesorio. Las "Acciones", dentro de ese sistema, o bien constituían un a modo de apéndice, o se incorporaban a la parte general, o quedaban incluso separadas del Derecho Civil, caracterizadas de Derecho adjetivo. La aceptación o no de la sistemática pandectista depende principalmente de la actitud que se adopte al emprender la exposición de las instituciones. Si se pretende hacer una exposición preferentemente histórica, desde luego, la abstracción que suponen las partes generales puede considerarse como propicia para falsificar los conceptos auténticamente romanos; si, por el contrario, se quiere presentar un cuadro sistemático fuera de toda relatividad histórica, la ordenación de la Pandectística puede considerarse la más conveniente.

Como quiera que en este breve resumen no se puede hacer una exposición sistemática, ni tampoco una exposición histórica que, aun con pocos datos, abarque todas las instituciones, quizá sea preferible hacer una explicación de lo que podríamos llamar ideas raíces, en el siguiente orden: **Actio, Persona-Familia-Hereditas, Dominium** y **Possessio, Obligatio** y **Contractus.**

### 34.—En su acepción etimológica, la palabra acción (actio: de agere, obrar) designa precisamente la manera de poner en acción el derecho

Muchos acontecimientos involuntarios, fenómenos naturales, pueden tener relevancia para el Derecho, pueden ser hechos jurídicos, pero sólo las acciones humanas, pueden producir actos jurídicos. Pero entre todos los haceres jurídicos, entre todas las acciones, hay una específicamente tal, y por ello recibe el nombre de **actio** por antonomasia: el exigir el Derecho. Hoy decimos que el proceso sirve para pedir justicia y obtener la satisfacción correspondiente; a eso llamaban los romanos **actio, agere.**

Tres sistemas de procedimientos judiciales deben considerarse en el Derecho Romano:

El de las acciones de la ley **(legis actio)** que se llamaba **per sacramentum** o **sacramento**;

El del procedimiento por medio de fórmulas **(agere per formulas)**;

El del procedimiento extraordinario (extraordinaria judicia).

El primero fue el sistema característico del Derecho de los **Quirites** marcado con toda su rudeza originaria, con el sello sacerdotal y patricio, con sus símbolos y palabras. Cada parte afirmaba solemnemente ante el Pretor que tenía razón y que provocaba a la contraria a hacer la apuesta. Sobre todo cuando se trataba de una reclamación real **(in rem)**, el simbolismo resultaba mucho más vivo: cada reivindicante hacía ademán de defender el objeto litigioso, que se hallaba real o simbólicamente presente, con una vara el pretor imponía la paz al obligar a los contendientes a que soltaran el objeto sobre cuya propiedad discutían. No aparece aún en esa hora histórica el genio de los Romanos para las artes del Derecho; pero ya se vislumbra.

Naturalmente, un sistema tan limitado y primitivo como el de las acciones de la Ley no podía servir para la sociedad progresiva de la Roma dominadora del mundo. Precisamente hacia la época de los Gracos fue abolido el sistema de las acciones de la ley y reemplazado por el de las fórmulas. Pero es preciso no confundir las fórmulas de que aquí tratamos con las que debían ser pronunciadas por las partes en las acciones de la ley, consistentes en pantomimas, gestos, objetos simbólicos y palabras sacramentales. La idea capital del nuevo sistema se reduce a la aceptación por el demandado y por el Pretor de una fórmula escrita en unas tablillas enceradas que presentaba el demandante. Antes de realizar la **litis contestatio** no había propiamente proceso. Aunque ya en el momento de la citación el demandante indicaba el motivo de su reclamación, tal declaración volvía a tener lugar ante el Pretor, quien entonces solía intervenir como amigable componedor, con el fin de evitar el litigio y conseguir un pacto de transacción entre los litigantes. Si tal solución no se podía conseguir, el Pretor tenía que ver qué clase de fórmula podía ser tramitada en el caso concreto que se le presentaba. La misión del juez era el dar su opinión (sentencia) sobre el caso litigioso, a no ser que el asunto no le pareciera líquido (non Líquet), pues en ese caso podía, contra lo que ocurre en el Derecho moderno, declinar el encargo, y entonces era menester un nuevo nombramiento. Para llegar a esa opinión, el juez debía recibir las pruebas que le presentaran las partes, sin poder realizar otras distintas, pero podía valorarlas con

plena libertad. En cambio, estaba obligado a declarar su opinión en congruencia con los términos de la fórmula fijada en la **litis contesttio** y la comprobación del derecho debía referirse también al momento de la **litis contesttio.**

El Pretor, no sólo debía auxiliar al demandante mediante la **datio actionis,** sino también al demandado mediante la **datio exceptionis.** Tenía también la facultad de proceder a la ejecución de una sentencia dada. Pero para ello era preciso acudir a una nueva acción. No había apelación contra las sentencias. El sistema de la apelación se introdujo, en cambio, cuando el Príncipe empezó a intervenir como juez, pues, aunque intervenía como juez particular, su especial **auctoritas,** le colocaba por encima de todas, de suerte que las sentencias dadas por otros podían ser perfectamente revisadas por él, en calidad de juez supremo.

La ejecución a que conducía la **actio indicati** era una aprehensión de la persona del deudor, hasta redimir la deuda con su trabajo. La ejecución sobre los bienes aparece al principio como excepcional, aunque tiende a generalizarse, en la forma de venta total del patrimonio al mejor postor, y más tardíamente en la forma de embargo de bienes. Las cosas cambian profundamente al desaparecer el sistema del **agere per formulas.**

La equiparación de todos los súbditos del Imperio dentro de la ciudadanía concedida, hizo que ya no tuviera razón de ser el mantenimiento de un sistema procesal típico de los ciudadanos romanos y que en las provincias no había tenido nunca aplicación. Desapareció, pues, el **ordo indiciorum privatorum** que había existido desde antiguo y se generalizó lo que se llama la **cognitio extra ordinem** o procedimiento de carácter burocrático.

A diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior, el proceso puede empezar en contumacia, pues la relación procesal no surge, como antes, de la **litis contestatio,** sino que hay obligación de acudir a la citación oficial. Al desaparecer las diferencias formales, aunque se siga hablando de distintas acciones, no hay más que una sola acción consistente en reclamar justicia del Estado. La acción se hace genérica, y al ser así, pierde su carácter substantivo: el Derecho Procesal, se hace Derecho adjetivo.

### 35.—De las personas

Si el hacer del mundo jurídico es un **agere,** los sujetos de ese **agere** son propiamente **actores** (**actor** por antonomasia es el demandante en el proceso). Como los actores del drama, también los del mundo jurídico aparecen caracterizados por el papel que tienen en cualquier acto: la máscara de los actores

dramáticos se llama persona y también son personas los sujetos caracterizados que aparecen en el drama del Derecho. El sujeto de derecho es persona en tanto en cuanto es representante de una familia. El espíritu de los antepasados se encarna en el miembro que actualmente es jefe de la familia: por eso sólo los jefes de familia, tienen propiamente una personalidad, son titulares, sujetos activos en el mundo del Derecho. De ahí que, en el concepto romano de la personalidad jurídica, ésta tenga que ser considerada en íntima relación con la estructura familiar y a la vez con la sucesión hereditaria. Esa profunda conexión de ideas resulta destruída por la sistematización racionalista que ha influído en la Pandectística. En la auténtica concepción romana no hay individuos, sino personas, entendiendo por tales los representantes de un genio familiar: los padres de familia.

En la mentalidad de los romanos lo significativo del hombre se concentraba en la cabeza, y el resto del cuerpo era irrelevante. En los sepulcros etruscos el muerto aparece representado tan sólo por su cabeza, a lo más por el busto, y el resto del cuerpo, si aparece, se extiende desdibujado, irrelevante y notablemente reducido, sobre la tapa de la tumba. Lo que interesa es la cabeza. Por eso también son las mascarillas, las personas, las que representan a los antepasados en el mundo de los vivos. Por eso, también, la personalidad jurídica se concentra en la cabeza— **caput**. Los sujetos capaces son los que tienen **caput**, los que son al mismo tiempo cabezas de familia. La capacidad jurídica se pierde cuando se pierde el **caput**, es decir, cuando se sufre una **capitis diminutio**. Tal **caput** se pierde, desde luego, cuando desaparece físicamente por la muerte; pero en este caso hay una sucesión y la personalidad se perpetúa en un heredero. La pérdida de la capacidad puede ser también exclusivamente civil y no física. Acontece siempre que se deja de ser cabeza de familia, se deja de ser independiente (**sui iuris**). Esto ocurre, sobre todo, cuando se cae prisionero de los enemigos o tiene que perderse la ciudadanía romana. El prisionero podía ser muerto, pero, aún en el caso de seguir viviendo, su **caput**, caía, porque se hacía esclavo del enemigo, y como tal era vendido. La pérdida de la ciudadanía, aún sin pérdida de la libertad, también acarreaba la desaparición de la antigua personalidad. En efecto, el extranjero (**peregrinus**) no tenía capacidad para el mundo jurídico romano; era propiamente un enemigo (hostis), a no ser que alguna alianza pública (**foedus**) o privada (**hospitium**) le colocara al amparo de la amistad. Sólo el **civis**, por lo tanto, podía tener capacidad ante el **ius civile**. Por este motivo, entre la pérdida de la libertad (**capitis diminutio maxima**) y la pérdida de la ciudadanía (capitis diminutio media) no había ori-

ginalmente una gran diferencia. Sólo como ciudadano se podía ser libre; sólo los ciudadanos podían tener **caput.**

Este exclusivismo jurídico del **civis** caracteriza al más antiguo Derecho Romano. La personalidad se pierde, pues, cuando se muere o, lo que es parecido, cuando se cae en poder del enemigo o en otros casos en que se pierde la ciudadanía (exilium, por ejemplo). Pero para el caso de captura por el enemigo, cabía siempre la posibilidad de que el prisionero pudiera evadirse o de cualquier modo regresara a Roma. El Derecho Romano arbitraba para esos casos una restitución jurídica (postliminium): se reintegraba al así regresado en todos sus derechos (no en las situaciones de hecho); es más, si llegaba a morir en poder del enemigo, para que pudiera causar una sucesión, lo que resultaría imposible si se le consideraba que había muerto esclavo, se fingía que había muerto un instante antes de ser capturado, es decir, cuando todavía era **civis.**

Pero siendo la condición de cabeza de familia necesaria para tener personalidad jurídica, ésta no se perdía tan sólo por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía, sino también por la simple pérdida de la condición de **pater.** Así, por ejemplo, si una persona con personalidad entraba por arrogación bajo la potestad de otras, se hacía **alieni iuris.** Se habla entonces de **capitis diminutio minima.** Pero también se dice que ésta se da cuando no hay un tránsito de **sui iuris** a **aliene iuris,** sino que se opera un simple cambio de familia, por ejemplo por la adopción.

Estas disminuciones de capacidad pueden afectar también a las mujeres. Aunque las mujeres no pueden tener potestad ninguna, si no se halla bajo la potestad de su padre o de su marido, disfruta de personalidad jurídica. También es ella en cierto modo **caput,** ya que es, según se dice, el **caput** y el **fines** de su familia. También ella, por tanto, puede caer en esclavitud o perder la ciudadanía o entrar bajo la potestad de otra persona, con lo que deja de ser capaz.

Ahora bien: la imposibilidad de tener potestad y de tener continuadores de ella, no dejó de influír poderosamente en el concepto de la capacidad femenina. Si los que están bajo potestad son, como se dirá más adelante, los continuadores de la personalidad del **pater** y, por otro lado, la mujer que puede ser **mater familias,** no puede tener tales continuadores naturales, se comprende que la capacidad de la mujer, como destinada a desaparecer, sea objeto de reducciones importantes. Decimos hoy que la mujer no tenía "capacidad de obrar" y se hallaba por eso sometida a tutela. Es así, pero esto debe ser debidamente considerado.

La tutela, institución que venía a suplir la falta de potestad sobre una persona con capacidad jurídica pero some-

tida a cierta limitación en la realización práctica de su personalidad jurídica, afectaba a las mujeres, pero también a los impúberes **sui iuris.** Era el momento de la pubertad un momento decisivo en la vida del romano. Era el momento en que la familia reconocía socialmente la madurez sexual del joven, lo que implicaba, no sólo el derecho de contraer matrimonio, sino también la aptitud para servir en el Ejército y derecho a vestirse la **toga** y usar **nomen romanum,** distintivos de la ciudadanía, con todas las consecuencias que esto tenía para la actuación en la vida política de la ciudad. Para ello no había una edad legal, sino que era la misma familia la que, a veces por **inspectio corporis,** declaraba la aptitud del joven. Normalmente ocurría esa ceremonia a los diecisiete años. Si un niño que no había llegado a ese momento se hallaba independiente de la potestad de su padre, un huérfano, por ejemplo, aquel niño tenía **caput,** pero la imposibilidad actual de tener hijos hacía que su personalidad fuera considerada como precaria. Tanto el impúber como la mujer, al no poder tener continuadores naturales, se hallaban sometidos a tutela. Y decimos sucesores naturales y no hijos, porque el sucesor natural podía ser, no sólo el verdadero hijo, sino el hijo adoptivo.

La falta de sucesores naturales hacía que ciertos parientes con espectativas hereditarias se considerasen habilitados para defender tales espectativas, y se hacían tutores. Protectores no tanto de la persona de la mujer o del impúber cuanto del patrimonio de aquellos. La nueva concepción de la tutela como protección del pupilo se impuso, de todos modos, bastante pronto, cuando la antigua estructura familiar romana empezó a relajarse. Se consideró entonces que el pupilo necesitaba un consejero; la existencia de la tutela se fundó en la poca experiencia del pupilo. El cambio produjo la pérdida de sentido de la tutela de la mujer, ya que no se podía suponer en ella tal inexperiencia.

Pero aquel cambio produjo todavía otra consecuencia. La necesidad de protección se consideró limitada hasta la edad de catorce años (doce en las pupilas) nada más. Al rebajar así el límite de la pubertad quedaban totalmente libres personas jóvenes que podían ser víctimas de graves perjuicios en el disfrute de su plena capacidad jurídica. El Pretor acudió entonces a defenderlas, con medios especiales de todo perjuicio que hubiesen sufrido antes de los veinticinco años. Para evitar tal riesgo en el comercio con aquellos **minores,** se solía acudir a la intervención de un consejero, de un **curator.** Con el tiempo se acabó por decir que los **minores** estaban sometidos a curatela. Otros casos de curatela ya existían de antiguo, para la defensa del patrimonio de un loco, de un pródigo, de un patrimonio en concurso de acreedores, etc. —casos todos

ellos en los que no se daba lo que era característico de la tutela: la imposibilidad de perdurar una personalidad—, pero la **cura minorum** no se constituye en caso normal de curatela hasta la última época del Derecho Romano.

La concepción de la capacidad jurídica como **caput** tuvo también otra importante consecuencia. Hoy decimos que los romanos sólo por una ficción admitieron que una agrupación de personas o un patrimonio adscrito a un fin tuvieron una personalidad jurídica. Se oponen a esa concepción la germánica y canónica que admiten con toda facilidad el carácter real de la personalidad social. Tan apegada era la terminología jurídica romana a la forma humana que en los supuestos de tales entes sociales se hablaba de **corpora**, cuerpos, a los que difícilmente se podía imaginar un **caput**. Fué, pues, por excesivo "humanismo" y no por excesivo individualismo que los romanos tuvieron tanta dificultad para la teoría de las personas sociales. Por lo demás, una verdadera construcción teorética de persona ficticia no es de ningún modo romana.

Así, pues, sólo la cabeza de familia tiene una verdadera capacidad jurídica, una personalidad heredada y transmisible a unos sucesores naturales.

Si para designar la personalidad del jefe de familia los romanos acudieron a la imagen de la cabeza, para designar la potestad que ejercía acudieron a la imagen de la mano, (**manus**). **Manus** es, desde luego, un símbolo de poder. La **manus** del **pater** abarca todos los elementos que se hallan en su casa (**domus**). La **domus** es el ámbito en que se ejerce el poder del **pater**, que por eso es también **dominus**. **Dominus** y **pater familias** son sinónimos: jefe de la casa, amo de la familia.

Sobre las cosas y sobre los animales se habla más propiamente de **dominium**, de propiedad, aunque la palabra **mancipium**, que es la más primitiva para designar la propiedad, la palabra **mancipi**, con que se designaban las cosas de propiedad de la casa, y la palabra **mancipatio**, que quiere decir enajenación —adquisición de las mismas, reflejan todavía una época en que el poder sobre las cosas se llamaba **manus**. Sobre los esclavos se hablaba también de propiedad —**dominium**— y más humanitariamente de potestad de propietario —**dominica potestas**—, pero los esclavos son **mancipi**, susceptibles de mancipación.

Si la condición de **pater** era independiente del matrimonio, sólo el matrimonio podía ser origen de una paternidad natural (iustae nuptiae), lo que suponía normalmente la ciudadanía de los cónyuges, la pubertad y una forma. Este último requisito puede parecer insólito, por lo que exige una aclaración.

Se suele admitir que el matrimonio requiere una forma cuando se trata de colocar a la mujer bajo la **manus** del marido, pero no cuando la mujer continúa en su situación jurídica anterior (sea **sui** o **alieni iuris**) y permanece ajena a la familia de su marido (matrimonio **sine manu**). La forma puede ser o la ceremonia religiosa de la **confarreatio** o una especie de compra de la mujer (**coemptio**). Pero incluso faltaría toda formalidad en la tercera posibilidad de adquirir la **manus**, es decir, por la posesión continuada durante un año del estado matrimonial.

El matrimonio legítimo era necesario para tener una descendencia natural igualmente legítima. Sólo el nacimiento de legítimas nupcias podía dar origen, junto con la adopción y la arrogación, a la patria potestad.

Los descendientes legítimos (**liberi**) comprendían, no sólo los hijos y las hijas, sino los descendientes ulteriores por línea masculina; no por línea femenina, por la razón de que los nacidos de las hijas entraban bajo la potestad de sus padres o se hacían **sui iuris**, como ocurre normalmente cuando se trata de un nacimiento ilegítimo. Al no haber justas nupcias, el hijo no podía entrar bajo ninguna potestad y se hacía **sui iuris**. Cabía, con todo, la posibilidad de un ingreso posterior bajo la potestad paterna, por ejemplo, por subsiguiente matrimonio de los padres, si consentía en su **capitis diminutio** el hijo, o por otra de las formas de legitimación que se admitieron en la época tardía.

El nombre de **liberi**, "libres", que reciben los descendientes bajo la potestad del **pater** proviene claramente de la necedidad de distinguirlos de otros elementos humanos que integran la familia: los esclavos. Si, desde el punto de vista patrimonial, los esclavos (servi) son objeto de propiedad, lo mismo que los animales, desde el punto de vista de la organización familiar y del Derecho religioso, el esclavo era algo más que un animal. Por eso se habla de **dominica potestas**.

Bienes de la casa, esclavos y **liberi** forman una sólida unidad bajo el poder del **pater**. Esa personalidad que el **pater** tiene como **caput** de la familia, procede, como se dijo, de una transmisión y ha de ser, a su vez, transmitida. Toda persona es propiamente un **sucesor** y ha de tener un **sucesor**. Sólo los libertos, es decir, los esclavos liberados por la manumisión, tienen capacidad sin tener un antecesor, y las mujeres, sin tener un sucesor natural.

Los hijos son los únicos herederos (heredes) propiamente dichos. Ellos tienen como un poder común sobre la casa de su padre pero que permanece en estado latente, mientras el padre vive y no se ha roto la relación de potestad, (emancipación, matrimonio **cum manu** de la hija,

etc.). Al morir el padre, ellos cobran la plenitud de su capacidad inhibida, sin distinción de sexos. Los nietos quedan automáticamente bajo la potestad de sus padres y las nueras casadas **cum manu** bajo la potestad de sus maridos. Se forman tantas nuevas familias como personas sometidas a la potestad directa del difunto. Estas personas que, al morir el **pater** se hacen **sui iuris** son los herederos por propio derecho: **heredes sui.** Son herederos necesarios, que adquieren la herencia automáticamente, sin necesidad de ningún acto de aceptación.

Cuando una persona moría sin dejar descendientes directos, su familia, quedaba sin heredero y la Ley de las XII Tablas disponía que el pariente civil más próximo se apoderase de ella: **agnatus proximus familiam habeto. Agnatus** es propiamente el nacido después, pero se dice que son agnados entre sí todos los que estuvieron bajo una misma potestad o estarían de no haber muerto el antecesor común; por tanto, los hermanos, los sobrinos, etc., (siempre por línea masculina), son los llamados a quedarse con la familia, con preferencia del grado más próximo, siempre en caso de faltar **heredes sui.** El heredero subentraba en la personalidad del difunto. Le sucedía plenamente en todas las relaciones transmisibles; debía pagar sus deudas más allá de donde alcanzasen los bienes hereditarios, y debía continuar el culto privado de los antepasados. La continuidad del **caput** quedaba así asegurada. El muerto sobrevivía en su heredero.

El origen del testamento está en la posibilidad de subsanar la falta de heredero mediante el nombramiento de un hijo adoptivo. La forma más antigua de testamento es propiamente un acto de arrogación, por el que, con el consentimiento de los sacerdotes y del pueblo, un padre sin hijos convierte en hijo a otra persona **sui iuris.** Un testamento distinto de la arrogación hubo, en realidad, el día en que se admitió la posibilidad de nombrar hijo para el momento de la muerte. Abierta así la posibilidad de decidir un destino a los propios bienes, el derecho no hizo más que ir dando más y más facilidades, incluso para postergar el derecho de los hijos. La forma del testamento se fue simplificando a la vez que volviendo más capaz para contener varias disposiciones como manumisión de esclavos, ventajas económicas parciales (legata), distribución de cuotas distintas entre los herederos, substituciones, etc., etc.

36.-En la mentalidad moderna no puede tener ya asiento acomodado la distinción que hacían los antiguos entre bienes heredados y bienes adquiridos. En verdad que el mismo Derecho Romano superó tal distinción al constituir el concepto unitario del patrimonio pero su consideración resulta necesaria para entender la más antigua estructura del régimen patrimonial ro-

mano. Del mismo modo que la personalidad, como núcleo fundamental, la heredaba el ciudadano de sus antepasados, como se expresa en la continuación de un **nomen**, así también en la masa de bienes que componen el patrimonio de un ciudadano, hay que distinguir aquella que procede de los antepasados, lo heredado. Todavía hoy, la "casa paterna", las "heredades", etcétera, retienen en el más conservador ambiente campesino el recuerdo de la vieja distinción. Tales bienes heredados forman un conjunto aparte, en cierto modo inalienable, y que sirve para perpetuar materialmente la memoria de los mayores, cuyo genio se transmitió espiritualmente a la persona del heredero. Esos bienes que pasaban al heredero formaban, en la concepción más antigua, una porción de la familia misma. A ellos se agregaban con el tiempo los bienes que cada individuo iba ganando para formar lo que se llamaba **pecunia. Familia y pecunia** constituían en el antiguo Derecho Romano dos elementos patrimoniales necesariamente diferenciados: la **heredad** y lo **ganado.** Ambos integran el haber del **dominius** o **dominium.**

La noción unitaria de la propiedad, del **dominium**, parece haber sido determinada por una extensión a todos los bienes, reducida después a todos los bienes muebles, de la noción del **furtum.** Desde el momento en que se consideró que todos los bienes por un igual podían ser objeto de una substracción unitariamente considerada, el concepto unitario del **dominium** resultaba inevitable.

Obsérvese que la limitación del heredium significaba que en una primera época el suelo, el **ager** romanus, no era susceptible de propiedad privada más que dentro de aquellos límites; pero a partir de cierto momento, el suelo itálico pudo ser objeto de propiedad, y precisamente como res **mancipi,** por más que gran parte de él seguía siendo **publicus.** El suelo de las provincias siguió siendo de propiedad del Estado hasta la época tardía.

Esta característica del **ager Italicus** primitivo hizo que cuando un ciudadano se hallaba en la efectiva explotación de un trozo de aquel suelo no pudiese llamarse **dominus** del mismo. Para designar esa relación de hecho, y lo mismo se aplicó después a las fincas provinciales, se acudió a la palabra **usus** o también **possessio.** La defensa del **dominium** consistía en una acción **in rem,** la **vindicatio, rei vindicatio,** en tanto la protección de la **possessio** o **usus** consistía en una de aquellas órdenes interinas o **interdicta.**

La **usucapio,** como su mismo nombre indica, consistía en la adquisición de la propiedad de una cosa **(capio)** por la posesión **(usus)** continuada dos años, si se trataba de una finca, de uno en cualquier otro caso. El derecho ulterior llegó

a exigir una serie de requisitos para que la propiedad fuera adquirida por usurpación, especialmente la **bona fides** o conciencia tranquila de no perturbar el derecho ajeno, pero tal requisito no se requería en la época antigua, como que el caso más frecuente de usucapión era precisamente el de apoderamiento consciente de bienes de una herencia vacante. El **usus** duraba, pues, el plazo necesario para convertirse en dominio.

Esta distinción entre **dominium** y **possessio** o **usus** sufrió un cambio notable en la época clásica. Los casos de precario y de secuestro se habían hecho raros, debido a que se extendió el régimen de propiedad privada sobre el suelo y a que en el proceso reivindicatorio el demandado podía quedarse con la cosa sin necesidad de entregarla interinamente a un tercero. Los casos de **usucapion**, en cambio, se habían hecho más frecuentes, ya que cada día se extendía más la simple entrega de la cosa como modo de transmitir la propiedad **(traditio)**, lo que resultaba legalmente defectuoso para las cosas **mancipi**, que requerían el rito de la **mancipatio**. La possessio se acercó entonces a la idea de una propiedad presunta; la posesión se convirtió entonces en la manifestación material del derecho de propiedad, si bien se seguían considerando poseedores algunos en los que la propiedad no se podía presumir, como en el acreedor pignoraticio, etc. Por otro lado, existía ya el requisito de la buena fe para poder usucapir, lo que introdujo la distinción entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Toda tenencia de una cosa sin ánimo de ser su dueño (de buena o mala fe) no era posesión, sino simple detentación, no protegida por los interdictos.

Al iniciarse ese giro en el concepto de la **possessio**, el término sinónimo de **usus** tomó una ruta distinta. **Usus** se especificó para designar aquellas relaciones sobre una cosa que, precisamente para distinguirse claramente de la propiedad, no podían entrar en el nuevo concepto de **possessio**. Pero, al mismo tiempo, el concepto se desmaterializó, en el sentido de que, así como la **possessio** sólo podía referirse a cosas corporales, el **usus** se extendió, en cambio, a las incorporales, es decir, al ejercicio de los derechos.

El ejercicio de las servidumbres, por ejemplo, constituyó un caso típico de **usus**. En la concepción más primitiva de la servidumbre predial, referida a la de más temprana aparición, que son las rústicas (iter, actus, via, aquaeductus, etc.), la servidumbre era considerada como una inherencia del mismo fundo. Por este motivo podían ser adquiridas por usucapión lo mismo que el fundo. Cuando la ampliación del cuadro de las servidumbres hizo imposible mantener tal idea de la inhe-

rencia, una **lex Scribonia** vino a prohibir la usucapión de las servidumbres. De todos modos, para el mundo jurídico de la época clásica la servidumbre es un derecho real especial. Como tal derecho no puede ser poseído, lo que impide la constitución por **traditio**, además de la usucapción, pero sí puede ser objeto de **usus**, por lo que el uso continuado de las mismas no deja de ser protegido. Como no susceptibles de **possessio**, no están protegidos por interdictos posesorios, pero sí por interdictos especiales.

Algo parecido ocurría con el derecho de **ususfructus**, derecho real que, como las **servitutes**, solía constituirse por legado; que, como ellas, estaba sancionado por una acción real —**vindicatio servitutes, vindicatio ususfructus**—; que, como ellas, era objeto de **usus** y no de **possessio**. Como era natural, la semejanza de las dos instituciones acabó por confundirlas y se llamó el derecho de usufructo "servidumbre personal".

**Usus y possessio**, que se habían separado a lo largo de la época clásica, vinieron a coincidir nuevamente en la última fase del Derecho Romano. Naturalmente hay siempre un importante matiz de diferencia entre los dos términos de la comparación.

Cuando Roma hacía un tratado (**foedus**) con otro pueblo vecino, quedaban ambos eficazmente vinculados por un lazo cuyo fundamento se llamaba precisamente **fides**. Cuando hoy hablamos de fe, entendemos por ese vocablo una creencia, una confianza a lo más, pero **fides** quiere decir mucho más. **Fides** es precisamente una actitud de voluntaria autolimitación, sumisión a algo, consagración, devoción, **religio**. El **Foedus** trataba, pues, entre los que lo contraían un lazo de religiosa vinculación recíproca. La infracción de la **fides** era un acto impío; constituía un delito que debía ser sancionado por la guerra conforme a los preceptos religiosos.

**37.**—Cuando los jefes de familia, dentro de la organización de la **civitas**, realizaban un acto parecido al **foedus**, por el cual se comprometían a observar una determinada actitud, el vínculo que de ahí nacía se llamaba propiamente **obligatio**, y su infracción era sancionada por una guerra simbólica, es decir, por una **actio**. La **obligatio** es, por lo tanto, una **religio** protegida por el **ius** mediante una **actio**, y no fundada exclusivamente en la **fides**. Vinculación jurídica y no exclusivamente religiosa; que ocasiona un proceso, no una guerra.

Tal vínculo jurídico podía surgir de un negocio encaminado a crear determinadas ventajas a favor de una persona sobre la actividad de otra o de un pacto pacificador, por el que una persona renunciaba a ejercitar venganza sobre otra, a cambio de una compensación patrimonial. Por eso se dice

que la **obligatio** puede nacer o de un **contractus** o de un **delictum.** Obsérvese, de todos modos, que la obligatio no nacía originariamente del acto delictivo mismo, sino del pacto pacificador de compensación. El pacto voluntario eliminaba así la práctica del talión, a favor del ofendido contra el ofensor. Un ulterior avance del Derecho Penal consistió en convertir obligatoria la compensación pecuniaria que las partes solían convenir voluntariamente. De ese modo, el mismo delito, en virtud de la sanción legal, podía considerarse fuente de una **obligatio.**

Esta evolución no fue, sin embargo, común a toda clase de delitos, sino tan sólo a aquellos delitos que permitían ser estimados pecuniariamente en compensación para el ofendido. Estos eran los siguientes: el hurto (**furtum**), con la variante de robo violento que se distinguió después (rapiña), los daños en las personas, englobados en el concepto de **iniuria,** y los daños en las cosas ajenas, sancionadas especialmente por una ley Aquilia. Otros hechos ilícitos como el homicidio, o el adulterio, o la concusión, etc., no parecían susceptibles de una estimación pecuniaria a favor del ofendido, porque en ellos la ofensa era más grave y afectaba al Estado; eran delitos públicos, que caían fuera del sistema de las **actiones** civiles. Los delitos públicos se llamaron propiamente **crimina**; los privados, **delicta.** Sólo éstos eran fuente de **obligatio**: la **obligatio ex delito.**

**Contractus** era una fórmula abreviada de decir **negotium contractum.** Sólo determinados negocios fueron considerados por el **ius civile** como fuente de **obligatio.** Como en otras ocasiones, es la clase de protección lo que nos aclara el carácter de la relación jurídica. Tenemos una **obligatio** allí donde la fórmula procesal, en su **intentio,** habla de un **"dare facere praestare oportere".** Este deber especial que designa el **oportere** es cabalmente el que supone la **obligatio.** Una vez que la **legis actio sacramento (in personam, la indicis postulatio** y la **legis actio per condictionem** cayeron en desuso, nos encontramos con una acción general, con esas palabras en su fórmula, que recibe el nombre de **condictio.** Siempre que se tratase de reclamar una deuda de cosa o de dinero ciertos, la **condictio** resultaba la acción indicada. Era una acción escueta, en la que no señalaba la causa de que podía proceder la deuda, sino tan sólo se invocaba la deuda misma. Era tarea del juez el comprobar si la deuda existía o no. Esta acción servía, pues, indistintamente para reclamar una cantidad de cosas fungibles prestada, o un objeto cuya propiedad se había entregado a otro con el fin de que lo retuviese hasta el pago de una deuda **(fiducia cum creditore contracta)** o hasta que le fuera pedi-

da, o un objeto entregado en pago que no se debía **(indebitum)**, o sustraído (fortum). En todos esos casos, a excepción del último, se había verificado un traspaso de propiedad y la no devolución podía ser considerada como injusta.

Pero la **condictio** tenía un campo de aplicación más amplio. Servía, de una manera general, para el cumplimiento de cualquier convenio que revistiera la debida forma. Esta forma contractual que puede revestir cualquier convenio vinculante se llamaba, en general, **stipulatio.**

El mismo tipo de acción se dió para aquellos casos en que se entregaba una cosa para su custodia, pero no en propiedad, como en la **fiducia**, sino en simple tenencia de la misma **(depositum)**; igualmente, cuando se entregaba la detentación de una cosa, no para su custodia, sino para ser usada en forma determinada **(comodatum)**.

Si de la antigua **fiducia** se desarrolló el sistema de los contratos reales, fué la **stipulatio** cuna de la teoría de los contratos consensuales. En efecto, desnudando la estipulación de su vestido solemne, quedaba llanamente un acuerdo de voluntades sobre un objeto lícito.

Por otro lado, el caso de un **contractus** en el que tal **conventio** faltase, como era evidente en el pago de lo indebido, que los antiguos consideraban **contractus** y sancionaban con la **condictio**, resultaba insólito para la doctrina post-clásica, que no dudó en apartarlo de la categoría de los contratos, para construir la categoría de los cuasi-contratos. En ella vinieron a entrar una serie variadísima de casos de enriquecimiento injusto, sancionados antiguamente por la **condictio** o a los que aquella acción se extendió entonces, más otros supuestos semejantes a verdaderos contratos, pero en los que también faltaba el elemento convencional. La doctrina post-clásica construyó con esos casos la categoría de los cuasi-delitos.

En la época más antigua fué la **stipulatio** una forma contractual de múltiples aplicaciones; cualquier contenido contractual podía revestirse de esa forma verbal. En la última época, en cambio, predomina la forma escrita, el documento que tenía una larga tradición en los derechos orientales. El documento fué el sucesor de la **stipulatio.**

### 38.—Delimitación del Derecho Civil frente a otras disciplinas que en este campo concurren y han alcanzado independencia ante aquel

Fijadas las fronteras generales del Derecho civil, en coincidencia substancial con las que al Derecho privado corresponden, conviene abordar la delimitación más estricta del Derecho civil, frente a otras disciplinas que en este campo

también concurren y alcanzan una más o menos reconocida independencia ante aquél.

Hay que convenir en que, positiva y técnicamente, el Derecho civil no es todo el Derecho privado, aunque en determinados momentos del proceso de su formación haya sido más aún que sólo Derecho privado. Pero todavía hoy, como resultado de la antigua extensión, por su elaboración más acabada, y sobre todo, porque afecta a las relaciones más comunes y ordinarias de la vida, es el Derecho privado general o común, vigente como supletorio de otros ordenamientos.

Aparece entre nosotros, junto al Derecho civil, el Derecho mercantil como materia científica y técnicamente diferenciada: dos Códigos y dos disciplinas. Una situación especialmente rígida del Derecho civil, entregada a la exégesis de los textos bizantinos, y un creciente volumen y complejidad del tráfico producen la necesidad de una regulación independiente de este último. Y la escisión del Derecho privado en civil y mercantil puede considerarse siempre en función de la adecuación o la ineficacia del primero para regir la vida del comercio.

En el conjunto de relaciones que integran el total contenido del Derecho privado, al Derecho mercantil le corresponde la particularizada regulación de algunas, dentro de los principios generales, representados por el Derecho civil. El Derecho mercantil entraña, frecuentemente, sólo un desenvolvimiento más concreto y específico de tales principios, que han de ajustarse a las particulares necesidades de una actividad (el comercio) desplegada por una clase de personas (los comerciantes).

En nombre de determinados principios de justicia, que exigen una especial protección para el que trabaja, e impulsado por razones políticas, económicas y jurídicas, que reclaman una configuración propia de las relaciones de trabajo, ha adqurido en nuestra época extraordinario desarrollo el Derecho del trabajo.

Un examen cuidadoso de dicha relación descubre fácilmente que su contenido no es, ni debe ser, exclusivamente patrimonial, como se ha estimado durante siglos, al encuadrar el trabajo en el marco romano y patrimonial de arrendamiento de servicios. No corresponde a tal relación la estructura de un intercambio de dos prestaciones: la prestación del trabajo y su retribución; y ha de excluirse, tanto su pertenencia directa al contrato de arrendamiento de servicios, como a toda esa esfera del Derecho por las ideas económicas y jurídicas de los bienes, el camino o la transmisión. Que esto haya podido ocurrir así se explica, dentro de la evolución del Dere-

cho civil, por la sucesión de etapas señaladas por el predominio de determinadas estructuras jurídicas. Así, en las fases originarias del Derecho ejercieron un primado indiscutible los Derechos reales, figuras más accesibles a mentalidades elementales; esto les dotó de un poder absorbente que se tradujo en la configuración, según su molde, de relaciones de muy distinta naturaleza (en general, relaciones entre personas), con grave perjuicio de los valores morales encarnados en la personalidad humana. A este primado sucedió el de los derechos de obligaciones que, con construcciones de mayor finura técnica, repiten el fenómeno de extralimitación; y así se desorbita la noción y función del contrato, haciéndolo piedra clave tanto del Derecho privado como del público. Pues bien, la relación de trabajo ha sido víctima de este desbordamiento del Derecho obligacional (patrimonial por excelencia) y situada en una zona artificiosa o figurada de aquél en la que sus principios ni bastan para tutelar los valores en juego, ni dejan de acarrear excesos en detrimento de los mismos. En la medida de lo necesario se hizo preciso extraer la relación del trabajo del Derecho de obligaciones.

El bien jurídico protegido por el Derecho del trabajo es el hombre que trabaja, su vida, su integridad, su personalidad moral. Ello no sólo como inspiración o tendencia, sino traducido en fórmulas legales que subrayan este contenido personal por vía especialmente de poner un límite a los deberes y fijar los derechos del trabajador, como parte más débil sobre la que se acentúa la protección legal, mientras que, por la razón contraria, respecto del empresario se pretende, de manera especial, determinar sus deberes.

Hemos de hacer referencia ahora al denominado **Derecho agrario.** La importancia de la economía agrícola, la necesidad de su organización para lograr una mayor productividad y la protección que se trata de dispensar a los cutivadores de la tierra son todos motivos para el desarrollo adquirido por las normas encaminadas a regular la propiedad territorial, en cuanto a su régimen de explotación —y aun de distribución— a las instituciones jurídicas relativas a la agricultura.

Con referencia a este problema, la doctrina italiana, que es la que más ha estudiado el Derecho agrario, ha producido modernamente tres tendencias, la primera, absolutamente partidaria de la autonomía del Derecho agrario, propugna su sustantividad como rama del Derecho privado, absolutamente diferenciada del Derecho civil. Entre los partidarios de la autonomía del Derecho agrario, cabe citar a **Donatti,** que se fundamenta en que el Derecho se conexiona con el deber en la materia agraria y se subordina a intereses colectivos; **Parella,**

que establece la ecuación: el Derecho agrario es al Derecho civil lo que el Derecho mercantil es al Derecho civil, y aún **Brugi**, que se muestra partidario de la autonomía del Derecho agrario, en razón a la preponderancia de la agricultura y de los agricultores.

Otro criterio es el absolutamente opuesto, cifrado en la integración del Derecho agrario dentro del Derecho civil, por falta de principios generales propios y diferenciados, lo que hace que toda la parte preeminente del Derecho agrario relativa a la propiedad de la tierra encuentre su colocación natural dentro del Código Civil, así, por ejemplo, **Scialoja**, o por estimar que para que pudiera existir la autonomía debiera contener el Derecho agrario normas obligatorias del Derecho común, como argumenta **Carrara**.

Y, por último, otra tendencia es la inevitable teoría ecléctica de quienes vacilan en estimar correcta la autonomía del Derecho agrario, aun concediendo sus características diferenciadas del estricto Derecho civil.

Recientemente, gracias a los esfuerzos de **Cicu**, ha obtenido algún predicamento la doctrina que basándose en las afinidades del Derecho de familia con el Derecho público, y su diversidad, por el contrario, con el resto del contenido del Derecho privado, ha proclamado la autonomía del Derecho de familia dentro de la esfera general del Derecho privado, separándolo así del puro Derecho civil.

Sin embargo, esta teoría no ha llegado a alcanzar gran difusión, pese al enorme esfuerzo doctrinario de **Cicu**, que parte de la distinción de intereses y de voluntades que actúan en el Derecho privado y en el Derecho de familia, y tras un análisis comparativo de cada una de las relaciones familiares llega a la conclusión de que existen voluntades e intereses distintos y aún opuestos en el campo del Derecho familiar y del estricto Derecho civil, especialmente en materia obligacional, que es precisamente de la que parte en su estudio comparativo.

Aun cuando se debe reconocer que en el Derecho de familia, se acentúan las notas del Derecho público, por encima de los estrictos principios del Derecho privado, ello no basta para que podamos, en el estadio actual de la ciencia privatística, otorgar al Derecho de familia categoría de rama autónoma y diferenciada del Derecho civil, dentro del campo general del Derecho privado.

Hemos expuesto hasta ahora la formación histórica del concepto de Derecho privado, desde su aparición en el ámbito de lo jurídico hasta determinar el contenido actual del mismo, en las diversas ramificaciones que en el curso de la evolución jurídica se han ido separando del tronco secular del

Derecho civil para formar la serie de disciplinas que, más o menos dotadas de peculiar autonomía, forman en la actualidad todo el amplio panorama de lo jurídico-privado.

Hemos visto, pues, lo que podríamos llamar la marcha, el camino exterior del Derecho privado, en el curso de los hechos históricos; nos toca ahora precisar las modernas tendencias que orientan e impulsan al nuevo Derecho privado.

### 39.—Modernas tendencias que orientan e impulsan al nuevo Derecho privado

La transformación del Derecho privado que vamos a estudiar someramente se contrae al último período de la evolución general de los pueblos y que se inicia con la exaltación del subjetivismo jurídico en el Código Napoleón.

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Código Napoleón señalan, más que ningún otro suceso en la historia del Derecho, el coronamiento de una construcción jurídica. Los jurisconsultos de la primera mitad del siglo XIX estimaron casi con unanimidad que se había llegado a la elaboración de un sistema de Derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de una ciencia exacta, y que el devenir jurídico de los pueblos no podía ser otro que el sucesivo desenvolvimiento de los inmortales principios por ellos consagrados.

Sin embargo, como dice **Duguit**, apenas ha sido terminada la construcción aparecieron las grietas. La transformación posterior del Derecho privado, lejos de consistir en el desenvolvimiento de los principios consagrados en el sistema, ha consistido en una formidable reacción contra el mismo.

El sistema de Derecho subjetivista del Código napoleónico, y de todos los inspirados en el mismo, ya que fué patrón de casi todos los códigos civiles del pasado siglo, se basa substancialmente en la más absoluta libertad del individuo para gobernar con pleno arbitrio sus actos, su patrimonio, no sólo en vida, sino aun después de la muerte.

Podemos condensar la base del Derecho privado individualista en estos tres principios: libertad de propiedad, libertad contractual y libertad de testar.

En el sistema napoleónico, la tendencia exacerbada del individualismo contenía los mismos gérmenes de su destrucción. Durante los últimos cien años, las tendencias políticas y filosóficas han ido socavando el sistema y realizando la obra demoledora. Su fundamento mismo, el principio de la autonomía de la voluntad, del que antes nos hemos ocupado, se encuentra hoy minado por la acción simultánea de las ideas y de los hechos sociales.

Sobre la ruina de los antiguos principios, de un exaltado subjetivismo se perfilan ya las nuevas teorías, las modernas tendencias que orientan e impulsan al nuevo Derecho privado.

Los caracteres generales de esta transformación, de este auténtico cambio de puntos de vista ideológicos del contenido del Derecho, puede resumirse, según **Duguit**, en dos proposiciones fundamentales:

1ª—La Declaración de los Derechos del Hombre y el Código de Napoleón, al igual que todos los Códigos modernos, que se inspiraron en aquél, descansan en una concepción puramente individualista del Derecho.

Hoy día se elabora un sistema jurídico fundamentado sobre una concepción esencialmente socialista.

2ª—La Declaración de los Derechos del Hombre y el Código napoleónico se basan en la concepción metafísica del Derecho subjetivo que constituye el fundamento de aquel sistema jurídico.

El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a todos los individuos y los grupos. El sistema jurídico privatista era de orden metafísico, el nuevo sistema que se elabora es de orden socialista.

Las características más importantes de esta tendencia socializadora son: La intervención de la autoridad social en las relaciones privadas, entregadas hasta ahora al arbitrio individual y las convenciones de las partes. Y, como consecuencia de lo anterior, la penetración cada vez más profunda del Derecho público, con su carácter imperativo y coactivo, en el campo del Derecho privado.

Las instituciones fundamentales iusprivativistas, familia, tutela, propiedad y contratación, llevan, cada día más, adheridos elementos propios del Derecho público, o se orientan en sentido público.

La consecuencia lógica de esta orientación del nuevo Derecho es el intervencionismo.

El hombre no tiene derechos de por sí anteriores a la sociedad o, en el sentido de **Dernburg**, anteriores a la colectividad. La sociedad, por su parte, tampoco tiene derechos sobre el individuo; pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función a cumplir, una cierta tarea a ejecutar. Y es ésa, precisamente, la regla de Derecho que se impone a todos, gobernantes y gobernados.

Esta es en esencia la doctrina del llamado socialismo jurídico, cuyos más destacados representantes son **Duguit**, con su sociologismo antimetafísico; **Hauriou**, en la teoría de la institución, en que sostiene una posición sociológica más mo-

derada; **Jéze**, en sentido más materialista, entre los franceses. Entre los autores alemanes de esta tendencia descuellan principalmente **Kantorowicz**, al que corresponde la posición extremista, dentro del campo de la denominada Escuela del Derecho libre, y en especial EHRLICH, en una postura si bien más moderada, también más sólidamente fundada.

No se puede hablar según esta tendencia, de derechos del individuo, porque estos derechos **a priori** no existen; tampoco se puede hablar de derechos de la sociedad, ni de ninguna pretendida conciliación de los derechos del individuo con los de la sociedad, porque todos ellos no son más que fantasmagóricas lucubraciones de los sistemas jurídicos anteriores.

El hombre tiene una función a cumplir, que no puede dejar de ejecutar, porque de esta abstención nace el desorden o, cuando menos, un perjuicio social. Todos los actos contrarios a esta función han de ser socialmente reprimidos, y, por el contrario, todos los actos realizados para cumplirla han de ser socialmente garantizados y protegidos.

Los hombres viven unidos los unos a los otros en una misma sociedad, primero porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida en común, tal es la solidaridad o interdependencia por semejanzas. Por otra parte, los hombres están unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes, y pueden, por tanto, ayudarse en mutuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. En esto consiste la solidaridad o interdependencia social por la división del trabajo.

Todo ello implica la más profunda transformación del antiguo sistema individualista de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Código de Napoleón.

Vamos a examinar esta tranformación, cómo ha operado sobre los elementos fundamentales del sistema subjetivista la libertad individual, la inviolabilidad del derecho de propiedad, el contrato y la responsabilidad individual por culpa, pilares que sostienen todo el edificio subjetivista del Código napoleónico.

Concebida en aquel sistema la libertad como un derecho subjetivo del individuo, el hombre tenía derecho a desenvolver libremente su actividad física, intelectual y moral, y el Estado nada puede hacer que atente contra este derecho y sólo le cabe regularlo en la medida necesaria para garantizar la libertad de los demás.

En el moderno desarrollo del Derecho privado, numerosas disposiciones del legislador se hallan en contradicción formal con aquellos principios. En grados diversos nos encontramos en la actualidad con numerosas leyes, no ya emanadas de un estado de excepción derivado de las circunstancias bélicas, si-

no en la vida corriente y normal de los Estados, que restringen en interés mismo del individuo su actividad; otras, que le imponen obligaciones de enseñanza, de previsión, en los seguros sociales obligatorios, etc., que al restringir la libertad individual, en la forma que se entendía por las escuelas liberales, no son sino otros jalones de la evolución jurídica hacia una nueva concepción, en la que la libertad humana no es un derecho subjetivo del hombre, sino consecuencia de un deber de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social.

Es en esta dirección que está inspirado el Fuero del Trabajo, al proclamar que el trabajo además de un derecho es un deber, deber cuyo incumplimiento es difícil de sancionar, pero que en su proclamación responde a la idea de función social que compete a cada uno de los individuos.

Otro de los principios fundamentales del sistema individualista del Derecho, y que lleva su absoluta consagración en los códigos derivados del sistema de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Código de Napoleón, es el principio de autonomía de la voluntad.

Muchas y más graves objeciones se han formulado a posteriori a la absoluta consagración de este pretendido dogma jurídico, con el que guarda íntima relación el problema de la libertad antes examinado.

Toda la teoría del contrato ha sufrido, merced a las tendencias socialistas, una radical transformación.

La doctrina puramente subjetivista, emanada de la Declaración de los Derechos del Hombre, y del Código Napoleón, el contrato, era el negocio jurídico típico, en que la voluntad autónoma no tenía otro límite que la ley de orden público, era el contrato quien únicamente podía crear situaciones jurídicas, puesto que en él existía la conjunción de voluntades de los sujetos activo y pasivo, y siendo la voluntad el fundamento de la esfera jurídica de cada individuo, bastaba la coincidencia de ambas voluntades para modificar de manera recíproca las esferas jurídicas de uno y otro.

Por ello al plantearse modernamente formas jurídicas nuevas, que no encajaban en las estrictas formas del contrato de los sistemas subjetivistas heredados directamente de las solemnidades romanas, los jurisconsultos afectos al sistema tradicional han debido realizar prodigiosos esfuerzos para demostrar que la nueva fórmula jurídica pertenecía en último término al grupo de contratos clásicos.

Entre los casos más comunes de estas nuevas formas jurídicas, y que a manera de ejemplo y sin afán exhaustivo expondremos, existe en primer lugar el llamado contrato de adhesión, que se caracteriza: a) Porque en él la oferta –dirigida a personas indeterminadas– tiene un carácter general y per-

manente, y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contrato-tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque; b) Porque la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho o al menos de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas, ya por su unión con otras empresas análogas; c) Porque el contrato en cuestión consta de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente; d) Porque –a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes–, en los contratos de que se viene hablando, se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad, pues una de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio que el co-contratante está en capacidad de procurar.

La casi unanimidad de la doctrina reconoce y admite sin dificultad que el seguro es un contrato de adhesión y que no solamente presenta todos los peligros de los contratos de adhesión, sino que es quizá el más peligroso de todos ellos, pues el adherente no se ha entendido con el contratante de igual a igual sino que ha tenido frente a sí una empresa más o menos poderosa que naturalmente aprovecha o trata de aprovechar su superioridad económica para imponer discusiones no sujetas a su libre discusión –por cuyo motivo se ha procurado con esmero en los últimos tiempos– lo mismo en el terreno legislativo que en el campo de las teorías doctrinales y jurisprudenciales encontrar medidas eficaces y razonables de protección especial para quienes en el contrato de adhesión pueden llegar a ser víctimas de la ley del más fuerte.

Limitaciones a la libertad de querer del contrato clásico se han producido en último término, y debido a las especiales circunstancias dimanadas del último conflicto bélico, en las legislaciones especiales en materia de tasas, en materia de seguros obligatorios, etc.

Esta tendencia sociológica ha tenido también repercusiones en la elaboración moderna del concepto de responsabilidad sin culpa. La misma institución básica del derecho individualista, la propiedad, ha sufrido una extraordinaria modificación.

La doctrina clásica de la propiedad permitía al dueño usar, gozar y disponer de la cosa, y por ello tenía igualmente derecho a no usar, no gozar, no disponer de la misma. El ca-

rácter absoluto de la propiedad eximía al dueño de toda responsabilidad cualquiera que fuera el uso que hiciera de la misma.

Toda esta concepción de la propiedad ha iniciado su desmoronamiento a embates de la moderna técnica jurídica, y en la actualidad, casi ninguno de aquellos principios, básicos en el régimen de la propiedad de las antiguas tendencias jurídicas, tiene validez.

Efectivamente, ha dejado de ser el derecho subjetivo del propietario, para convertirse en la función social del tenedor de la riqueza, en un poder de disposición, condicionado por la cobertura de las legítimas necesidades particulares del propietario, y en la satisfacción de las necesidades comunes de la colectividad.

En este aspecto es que la moderna técnica jurídica ha construído la teoría del abuso del Derecho, que da testimonio inequívoco del desarrollo del concepto de responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación.

El abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, **animus nocendi**, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. La culpa aquiliana germinó a la vida del derecho presidida por la famosa fórmula romana, según la cual fuera de contrato la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima; fórmula que antes que haberse abatido por la impetuosa corriente del progreso jurídico, es la base fecunda de las más modernas concepciones de la responsabilidad, que la toman como punto de partida.

El mundo marcha, y la ley del progreso que todo lo mueve no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños es, entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aún más el concepto

fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la compleijdad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño. La culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común, pero se dan nuevos métodos para examinarla.

Otro asunto que en la actualidad suscita vivo interés, es el que se conoce bajo el nombre de la teoría de la **imprevisión** o del **riesgo imprevisto.** Es especialmente con motivo de las dos grandes guerras, que se ha presentado ante el criterio jurídico la cuestión que ha venido a conformar la teoría de la imprevisión, debido a las sensibles alteraciones de orden económico que las guerras originaron, las que han venido a afectar seriamente las condiciones en que los diferentes contratos fueron concertados.

Mas, pese a la importancia que reviste la teoría del riesgo imprevisto, en algunos centros forenses ella es conocida sólo en una forma superficial o fragmentaria, aún cuando la bibliografía es ya abundante sobre el particular.

Considera la teoría del riesgo imprevisto la posibilidad de proceder a la resolución, la resciliación, suspensión o revisión de un contrato, cuando acontecimientos posteriores al momento en que se concertó han venido a afectar fundamentalmente el régimen económico del mismo.

Los Códigos Civiles producidos en la segunda mitad del siglo XVIII, de origen teutónico, consagran el principio en dispositivos expresos (Códigos bávaro, prusiano, austriaco).

Actualmente es grande la preocupación de los autores en cuanto a estimar el riesgo imprevisto, esforzándose en fundamentarlo sea a base de la interpretación y aplicación de prescripciones legales explícitas, sea a base de principios generales jurídicos. La jurisprudencia ha admitido también en forma decisiva el funcionamiento de la imprevisión.

Numerosos autores juzgan que debe fundamentarse en principios generales del derecho. Así **Rozis** (**"L' execution des obligation et les variations de valeur de la monaie"**) insinúa que la imprevisión debe contemplarse como una consecuencia extensiva del principio del caso fortuito o fuerza mayor. Consiguientemente, no sólo la imposibilidad absoluta, que da origen al caso fortuito o de fuerza mayor, debe ocasionar la liberación del deudor, sino también la imposibilidad relativa, la mayor dificultad en la ejecución de la obligación, que es lo que se comprende dentro del riesgo imprevisto.

En segundo lugar, se retorna a la sobreentendida cláusula **rebus sic stantibus:** debe pensarse que las partes

sólo quisieron contratar las prestaciones en el grado y la medida indicados, dentro de las condiciones existentes, que alteran substancialmente el régimen económico del contrato. No puede presumirse que cualesquiera de las partes haya querido vincularse para arruinarse definitivamente, asumiendo al respecto toda laya de riesgos. En todo contrato se busca una relativa utilidad y no un suicidio económico, con la entrega irremediable de la voluntad de obligarse, sean cuales fueren las circunstancias ulteriores.

Otros profesores ven la solución en el principio de equivalencia entre las prestaciones, tratándose de contratos conmutativos (únicos en los que es susceptible de funcionar la imprevisión), pues ella explica que una prestación sea la causa de la otra y recíprocamente.

De otra parte, algunos tratadistas estiman que el problema debe colocarse en el punto mismo de la generación del consentimiento. Lo querido por las partes, de que es expresión la declaración de la voluntad, y la extensión consiguiente de sus compromisos asumidos, no es un acto absolutamente autónomo, sino condicionado por el momento y el medio en que la declaración se produce. Los declarantes sólo han podido considerar los efectos del contrato que éste podía generar en relación a la época y a las circunstancias en que él fue pactado; los demás, que sobrevienen como consecuencia de circunstancias posteriores imprevisibles, no caen pues dentro de la esfera de consideración que tuvieron presentes las partes.

Como se observa, es amplia la perspectiva que se abre con relación a la fundamentación del principio de imprevisión. Sin entrar a exponer los puntos certeros o vulnerables que presentan las diversas explicaciones, se obtiene en conjunto la impresión de que el riesgo imprevisto se impone como institución jurídica que norme la disciplina contractual, y que para su aplicación bien puede invocarse textos explícitos de los Códigos, o bien conceptos generales y básicos de la ciencia civil.

El dogma de la voluntad individual omnipotente, verdadero eje en torno al cual giraba todo el sistema iusprivatista francés, ya en sus relaciones con la naturaleza (propiedad), ya en sus relaciones con las demás voluntades (contrato), no es más que síntoma revelador de la aparición paulatina de los elementos de una construcción jurídica nueva.

Sin embargo, pese a que la realidad nos ofrece cada día más y más ejemplos de esta sintomatología, no resulta nada fácil determinar con pretensiones de precisión las nuevas directrices de la actual evolución del Derecho privado, puesto que no resultan uniformes en todos los países, ni en la com-

plicada situación de la post-guerra pueden con claridad enfocarse los problemas fundamentales, separándolos de lo puramente accidental provocado por la confluencia de las circunstancias.

Las principales directrices que hemos señalado corresponden, claro está, a los más acusados matices de concepción política y filosófica surgidos en los últimos tiempos. En grados diversos nos encontramos en la actualidad con numerosas leyes, no ya emanadas de un estado de excepción derivado de las circunstancias bélicas, sino en la vida corriente y normal de los Estados, que restringen en interés mismo del individuo su actividad; otras, que le imponen obligaciones de enseñanza, de previsión, en los seguros sociales obligatorios, etc., que al restringir la libertad individual, en la forma que se entendía por las escuelas liberales, no son sino otros tantos jalones de la evolución jurídica hacia una nueva concepción, en la que la libertad humana deja de ser un derecho subjetivo del hombre, sino consecuencia de su deber de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social.

Es en esta dirección que está inspirado el Fuero del Trabajo, al proclamar, como ya hemos señalado, que el trabajo además de un derecho es un deber, deber cuyo incumplimiento es difícil de sancionar, pero que en su proclamación responde a la idea de función social que compete a cada uno de los individuos.

Otro de los aspectos fundamentales del Derecho en materia contractual, es la moderna teoría de la causa, reelaborada por **Capitant** y otros, después de los duros ataques de la escuela anticausalista de **Dabin** y los profesores de la escuela de Lieja.

La doctrina del politicismo jurídico, la más reciente variante de los métodos socialistas, o tendencias sociologistas, tiene su más brillante manifestación en Italia, con **Grandi** y **Rocco.** Es característico de la nueva tendencia, este fragmento del primero: "Nosotros creemos, no sólo que no existen confines o diafragmas entre política y Derecho, sino que estamos convencidos que entre ellos hay un nexo absoluto, en cuanto representan fases indisociables en el devenir de un pueblo. La política es la vida del Derecho; éste es la certeza, la unidad y la fuerza de la primera. El Derecho no está compuesto solamente de esquemas y de categorías lógicas sustancialmente inmutables. Debe proceder y desarrollarse, en su contenido esencial, en relación constante, coherente y orgánica, con las graduales transformaciones de la organización política y de la legislación del Estado. Bajo tal aspecto bien puede decirse que el Derecho es el arte del Estado. Los romanos así lo concibieron y lo realizaron".

En **Rocco** se encuentran estas mismas concepciones elaboradas más orgánicamente; y partiendo de la teoría del Estado se enfrenta con la posición exclusivamente política e histórica de entender al Estado, propia de la Revolución francesa, y frente a la posición estrictamente jurídica del Estado, formulada por **Laband, Jellinek, Kelsen, etc.**, para construir una nueva posición, que se cifra en la coordinación de Derecho y Política, que tiene como exponente la concepción fascista del Estado, para llegar a la conclusión de que el Derecho no es sino la realización en el campo jurídico de la ideología política.

Fundamento capital de la concepción de **Rocco** es la subordinación absoluta del individuo al Estado; califica al individuo de "elemento infinitesimal y transeúnte del organismo social". Por ello, refiriéndose **Rocco** a la reforma codificadora de Mussolini en el ámbito del Derecho privado, establece como postulados previos que en el Código civil y Código mercantil el Estado se afirma vigorosamente como tutor de la moralidad de las normas familiares, y que la tutela de la propiedad privada y del crédito han de ser consideradas como esenciales funciones del Estado, por el que los intereses políticos y económicos de la nación tendrán una fuerte garantía.

A este sociologismo, **Hernández-Gil** bautizó con el nombre por nosotros admitido de politicismo jurídico.

### 40.—Los movimientos de tipo autoritario y el Derecho privado

Conviene detenernos ahora en la consideración de aquellos movimientos de tipo autoritario, preferentemente nacionalistas, que han amenazado no poco la esencia del Derecho privado tradicional: **Rusia, Italia, Alemania – bolchevismo, fascismo, nacionalsocialismo.**

BOLCHEVISMO.— No sólo se manifesta contra el Derecho privado, sino contra todo el Derecho mismo. La religión y el Derecho son para ellos ideologías propias de las clases explotadoras: "opio del pueblo". Nada podía extrañar, por tanto, que su primer propósito fuera su destrucción total.

En la **época del comunismo militar o de guerra,** se suprime la propiedad privada, los Tribunales de Justicia, se deroga toda la legislación burguesa y se suprime el comercio. A pesar de esto, el Derecho privado –dice **Eliachevitch**– sigue perviviendo en la nueva organización. Prueba de ello es que se hace un Código de familia –1918, reformado en 1926, para empezar a regir en 1927– y en el cual se conserva la institución familiar sobre la base del parentesco.

Pasados unos años, la vida social vuelve a vivir en Rusia. Es la **época de la Nueva Política Económica. "N. E. P."**— El comunismo choca en su implantación con los campesinos. Ya en 1921, con gran visión, anunciaba **Lenín** que sólo un acuerdo con éstos podía dar resultados. Así, se proclama el derecho del campesino a su cosecha, se autoriza el ejercicio de la pequeña industria y el pequeño comercio, y hasta la pequeña propiedad, reservándose, en cambio, el Estado comunista las grandes **alturas estratégicas** de la economía, el comercio exterior, la banca, etc.

En 1922 se publica el **Código civil** de la República socialista federativa de los Soviets. Sus preceptos establecen que los derechos civiles sólo son protegidos en cuanto se ejercitan de conformidad con el fin social y económico.

A partir del discurso de **Stalin** en diciembre de 1927, desaparecen de nuevo las garantías jurídicas de la propiedad y de la inciativa privada, es anulado el comercio particular y, de hecho y sin una derogación expresa, pierde vigor el Código civil de 1922, hasta el extremo de plantear el problema de si subsistía realmente. He aquí una aplicación de la que los juristas soviéticos llaman "concepción dialéctica" de las normas jurídicas y que entiende que nunca en la historia de la Humanidad las garantías jurídicas han gozado de una completa vigencia.

Para la ejecución de los planes quinquenales se dictan disposiciones ordenando a las empresas y organizaciones estatales y cooperativas que intervendrán en el ciclo de producción y de realización, a celebrar unos "contratos económicos" generales y locales, comprometiéndose a su respectiva aportación, en el plazo y circunstancias que las propias instrucciones administrativas determinan.

La concepción del hombre en función absoluta de la comunidad socialista explicará, en tanto se mantenga, la absorción del Derecho civil en el Derecho de la economía, tal vez como reflejo positivo del materialismo histórico marxista.

FASCISMO.— Es, sin duda alguna, un movimiento más acomodado a la moda del siglo, mientras que el bolchevismo puede decirse que es un movimiento tipo siglo XIX, de la época de Carlos **Marx** y los Códigos burgueses.

Prescindiendo ahora de la mayor o menor originalidad del fascismo italiano, nos interesa fijar sus posibles repercusiones sobre el Derecho privado, las cuales forzoso es reconocer hasta ahora son escasas: todavía siguen vigentes los Códigos civil y de Comercio, y si éste ha tenido proyectada su reforma, no

fué por necesidad de adaptación al régimen político de Italia, sino por imperativo de las nuevas exigencias y necesidades del tráfico. Una mayor influencia y más fecundas repercusiones ha tenido el Estado corporativo. Se proclama que la vida social de hoy es vida de masas y de grupos sociales; y el propósito fundamental del fascismo ha sido disciplinar las masas bajo la autoridad del Estado, suprimiendo de raíz la lucha de clases.

El profesor **Rocco** veía en la organización de la Italia de Mussolini una doble organización de fuerzas productivas: una **vertical**, por categorías de obreros y patronos, sociedades unitarias de diversos grados: Sindicatos, Federaciones y Confederaciones; otra **horizontal**, pretendida por la organización corporativa, colaboración entre obreros y patronos, formando entidades superiores con la intervención del Estado: las Corporaciones. La Corporación es ya un órgano del Estado, una pieza del mismo. El Sindicato sólo disciplina toda la vida económica. Al lado del Derecho emanado de la ley surge, pues, un nuevo Derecho, emanado de las Corporaciones.

Uno de los aspectos más interesantes de la legislación fascista es la **Magistratura del Trabajo** que actúa en los conflictos colectivos, no para interpretar la ley, sino para conciliar intereses, creando una nueva norma, es decir, un nuevo Derecho.

NACIONALSOCIALISMO.— Sus pretensiones no pueden ser más claras: radicalismo y demagogia. Los 25 puntos de 1926 pasan a constituír un dogma del nazismo, y su intérprete fue **Hitler**. De ellos el más destacado es de la subordinación del interés particular al general. Otros puntos de vista interesantes, desde el punto de vista del Derecho privado, son: la **estatificación de los trust y los grandes bazares, la realización de una radical reforma agraria, mediante expropiación sin indemnización**, etc. Reconoce, sin embargo, como dogma fundamental el de la propiedad privada, con lo cual resulta ya un poco difícil el comprender en qué consiste el socialismo de que se hacía alarde. Se perseguía una ordenación totalitaria sobre la base de la iniciativa privada y el reconocimiento de la propiedad privada. Curiosos regímenes estos que proclaman libertad para el esfuerzo económico, sometimiento absoluto en cuanto a las ideas.

Las reformas se encaminaron a oponerse al antiguo principio liberal. No es el individuo, sino el pueblo, el punto final del movimiento legislativo. A pesar de ello, el nazismo alemán fue parco en realizaciones legislativas. Merecen citarse, sin embargo: la **ley de esterilización**, la **ley contra los abusos cometidos con ocasión del matrimonio y la adopción**,

la cual tiende a impedir el tráfico de nombres, y, finalmente, la **ley sobre la hacienda rural hereditaria** de 1933. El nacionalsocialismo ha desaparecido y con él las exigencias y promesas del partido: liberación del derecho de límites formales de la ley.

LA "PRISA DE NUESTRO TIEMPO". Una de las más singulares es aquella que se ha llamado la "prisa de nuestro tiempo", y esta prisa llega también a lo jurídico. No es sólo una conveniencia, sino una necesidad. Parece evidente que hoy vivimos un nuevo estilo de vida; quizás nos preside una nueva moral. No se trata solamente de un cambio superficial de escenario, sino que afecta a lo más íntimo de nuestra vida social. Mientras tanto, los Códigos civiles conservan sus líneas generales, e incluso algunos adornos barrocos del siglo en que nacieron . Se los ha comparado, por su firmeza y estabilidad, a las Pirámides de Egipto. Y, sin embargo, se siente la necesidad de su reforma.

Analicemos, para acentuar el sentido de estas transformaciones, algunas de las instituciones civiles fundamentales.

Empecemos por el sujeto del derecho. Cómo se ha transformado y ampliado la noción de persona en el último siglo. Hoy no son ni el hombre, ni la mujer, ni la familia, los únicos sujetos del derecho. Nadie discute ya que además del individuo existe otro sujeto del derecho, cual es el **grupo social.**

Y ni siquiera las antiguas instituciones que dominaron el Libro de las personas en nuestro Código civil conservan su antiguo significado, como ocurre por ejemplo con la noción de familia. Esta noción ha cambiado fundamentalmente, porque el hecho social mismo que le servía de base se ha modificado a su vez. Ni la vieja familia patriarcal, ni la familia cepa alcanzaron a llegar hasta la expedición del Código Civil, y el núcleo familiar de la época napoleónica no es la familia moral que existe actualmente en Francia, ni la familia ecuatoriana de hoy es la del siglo pasado.

El desarrollo de los transportes, de los medios urbanos, de la gran industria, acabaron con la familia de economía cerrada; los hijos, movilizados a grandes distancias por las super naves aéreas abandonaron el viejo centro familiar para hacerse a vinculaciones de muy diversa índole: al vincularse a la fábrica han reconocido autoridades distintas a la patriarcal, como son la patronal, la sindical, etc. Ya en su carácter de productores independientes han exigido que se les dé su autonomía para el manejo de sus emolumentos. Se han encontrado con otros bienes que se rigen por las leyes distintas a las del Código Civil: seguros, cesantía, auxilios, pensiones, etc.

Toda esta transformación de la capacidad y del patrimonio hace indispensable una reforma en instituciones tan fundamentales como la patria potestad, la potestad marital, la capacidad legal, las guardas, la sucesión misma.

La época moderna ha traído, igualmente, un desarrollo imponderable de las personas morales. Fundaciones tales como hospitales y universidades, al crecer y multiplicarse, han adquirido funciones sociales que exigen una legislación propia adecuada; de otra parte, las asociaciones encaminadas a obtener fines benéficos para el grupo, se han extendido desde el club de deportes hasta el sindicato y la corporación, formas estas últimas que han llegado a transformar la constitución misma de los Estados, como lo hemos anotado anteriormente. Todos estos sujetos del derecho no han sido sospechados por nuestro venerable Código Civil.

Y llegando a esa persona fundamental en la época moderna que se denomina "Sociedad", cuánta trayectoria no ha recorrido esta institución hasta llegar a las complicadas sociedades anónimas de la época moderna, por medio de las cuales se flotantiza aun la riqueza inmueble; se extiende el dominio de propiedad del uno al otro extremo de la tierra y se convierte en propietario de acciones de las empresas más grandes e intrincadas del capitalismo, al proletariado mismo.

Las personas morales han dejado de ser consideradas como personas ficticias para asignarles la categoría real que corresponde al grupo social que les da vida.

Dejando de lado lo relativo a la transformación del sujeto del derecho, veamos lo que ha acontecido con el Libro segundo de nuestro Código Civil, relativo a los bienes. Libro este en donde el factor económico juega un papel primordial.

En esta parte importantísima de nuestro estatuto civil notamos, desde luego, una ausencia casi completa de referencias a la riqueza mueble, siendo así que nuestra época ha venido a caracterizarse por el desarrollo de esta forma de la propiedad. En la época de la expedición del Código este desarrollo no se vislumbraba siquiera. Esta riqueza mueble, como lo insinuamos antes, al hablar de las sociedades, se ha hecho tan valiosa, tan movible y ligera, que para ella no existe ni siquiera las barreras de la nacionalidad. Las grandes fortunas de la hora actual no están representadas por los latifundios, ni por la propiedad urbana, sino que se presentan en forma de acciones, en forma de derechos incorporados y habitan las cajas de los grandes bancos, o se movilizan en forma de valores bursátiles, de un continente al otro. Esta riqueza fue ignorada por nuestro Código Civil, casi totalmente.

Y no sólo aquí, en lo que respecta a los bienes, resultan incompleto nuestro estatuto, sino que lo es en todas las institu-

ciones jurídicas relativas a la economía. La teoría inicial de la propiedad está hoy seriamente revaluada por las nociones modernas de la utilidad social; la exclusividad de este derecho ha sido vulnerada por el nuevo cuerpo que han tomado las limitaciones del dominio; la perpetuidad de la propiedad está hoy condicionada a la noción de la función social. Los actos de mera facultad han tomado también un giro insospechado: el propietario no tiene ya, en las legislaciones modernas, la facultad de retirar su predio de la actividad económica a que normalmente debe estar destinado. Los altos impuestos, las prescripciones y el intervencionismo del Estado le han dado una nueva significación, en esta parte, a la vieja teoría de la propiedad.

Qué transformaciones tan fundamentales encontramos en los dominios del derecho, si entramos ahora al campo de las Obligaciones.

La teoría de la autonomía de la voluntad, que sirvió de base fundamental a la construcción jurídica de las obligaciones en el Código Civil ha sufrido rectificaciones definitivas. Se equivocó el liberalismo económico al erigir en lema la autonomía de la voluntad. La igualación de los hombres por sus voluntades, dio nacimiento de inmediato a la más irritante desigualdad jurídica. Esta mentida libertad de contratar no existe, ni podrá existir. Mientras se la proclamaba, el trabajo estaba anclado como un mero instrumento a las empresas del capitalismo. Este, a su vez, se fortaleció cada vez más, encastillado en la gran industria, y vio con indiferencia el crecimiento de esa nube de desposeídos que son los proletarios.

A hecho social como éste, que tan graves inquietudes ha causado y causará a la humanidad, sirvió como una de las causas esenciales la teoría de la autonomía de la voluntad, consagrada rígidamente en nuestro Código. El hombre de nuestros días tiene características, pues, que no conoció el romano ni el español o el francés antiguo, y nuevas figuras jurídicas, no entrevistas siquiera por nuestros mayores, necesitan una nueva legislación.

### 41.—Los Adelantos Científicos y la Técnica

También sobre los Códigos civiles se siente y proyecta la necesidad de adaptarse a los adelantos científicos y a los progresos de la técnica. Así, por ejemplo, en el derecho de familia, en la determinación de los plazos máximos y mínimos de gestación por base de presunción de legitimidad. Otro problema enlazado íntimamente con éste es aquel referente a las pruebas biológicas de la paternidad, para lo cual se ofrecen diversos procedimientos científicos, que han de emplearse

con mucho cuidado y exceso de precaución. No se sabe todavía si algún día dejará de ser exacto aquel principio tradicional de que "el padre siempre es incierto". Todas estas conclusiones a que pudiera llegarse ejercen, naturalmente, una enorme influencia sobre el derecho de familia.

Es indudable, pues, que el extraordinario y desconcertante desarrollo de las ciencias y de las artes, que ha transformado la existencia con sus innumerables y prodigiosos adelantos; que suprimen distancias, intensifican, embellecen la vida, y que realizan lo que ayer fuera fantasía y quimera, han dado también origen a situaciones auténticamente jurídicas, que no es dable seguir desatendiendo y que exigen adecuada legislación, tanto en el orden colectivo y social, como del privado.

### 42.—La Transformación Social y Económica

También esta influye decisivamente sobre el Derecho privado. Decía **Spengler** que nos hemos librado del Libro justiniano, pero no de su espíritu. Es lo cierto que al Derecho romano sustituyen y sustituirán más cada día los estudios económicos. Son muchos los hechos que están indicando a cada momento esa honda crisis económica que para unos fue consecuencia de la guerra, para otros, quizá con más acierto, secuela económica de la paz. El **crack** de la Bolsa de Nueva York en 1929; el abandono del patrón oro en Inglaterra en 1931, la moratoria ofrecida por el Presidente **Hoover** en 1932, el ensayo de **Roosevelt** con la N. I. R. A. —National Industrial Recovery Act— primero, N. R. A., después, en 1933 - 34. Todas ellas son más o menos manifestaciones de la misma tendencia, de una necesidad: es el Derecho económico, que reclama su imperio. Es evidente que la Economía se halla en honda crisis, como ocurre también con la moral; pero no lo es menos que hasta ahora, no sólo no se ha encontrado un sistitutivo, sino que ni siquiera se vislumbra.

A pesar de poseer más riquezas que en cualesquiera épocas anteriores, el mundo gime bajo colosales cargas de deudas internacionales y hay millones de seres agobiados por una miseria desoladora. Aunque se producen más alimentos de los que jamás fueron extraídos del suelo, la tierra presenta el trágico espectáculo de multitudes que se mueren de hambre, mientras el trigo se quema por falta de compradores. Aunque equipada con la más delicada maquinaria y capaz de suplir en abundancia, no sólo las necesidades, sino hasta las comodidades de todo ser humano, contempla a incontables miles de seres que languidecen en ociosidad forzosa, mientras las minas están desiertas, las fábricas silenciosas, los talleres cerrados y los barcos permanecen parados en los puertos. Es indudable

que vivimos en una época de la historia en que están a punto de suceder cambios arrolladores. El mundo ya no cabe en su antigua armazón, y las grietas y hendeduras que aparecen en la estructura social y económica nos indican el desmoronamiento de una era y el comienzo de otra.

Por toda América, Europa Central y otros países, los ejércitos innumerables de desocupados constituyen una grave amenaza. En algunas de las naciones más populosas de la tierra, la gravedad de la situación ha llevado a la pérdida completa de la libertad. En Asia y Africa, donde habitan las dos terceras partes de la especie humana, se experimentan violencias que acrecientan su hambre y miseria.

La Guerra Mundial, con su secuela inevitable de una guerra económica, ha roto el equilibrio de la vida del mundo y arrastrado a las naciones a la bancarrota. La miseria de algunas naciones ha causado revoluciones sangrientas. Y como las dificultades de ajuste no disminuyen, sino que aumentan, debemos considerar esta situación, no como una crisis pasajera, sino como un desastre que exige enfáticamente los esfuerzos unidos de los estadistas y de todos los pueblos, con el fin de vencerla.

Y ya vimos anteriormente que el alcance de tales factores en la formación del Derecho es de una amplitud extraordinaria. En todos los pueblos y en todas las épocas las condiciones de la vida económica en sus diversos órdenes: producción, distribución y consumo, se han reflejado sensiblemente en la forma adoptada por su Derecho y sus instituciones.

Estos son, en síntesis, los estudios actuales de la evolución del Derecho privado, que como es evidente, no conducen a una meta definitiva de lo jurídico, sino que no tienen otro valor que el de momentáneos jalones del continuo evolucionar del Derecho a través de los tiempos y de las edades.

FUNDADA EN 1620 QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

## CAPITULO II

# DEL DERECHO INDIGENA PRECOLONIAL

Sumario: 43.—A modo de introducción.— 44.—América aborigen.— 45.—La presencia del hombre en el Continente.— 46.—El Reino de Quito. La población prehistórica.— 47.—Caras y Scyris.— 48.—La tradición de Catari.— 49.—Hechos posteriores a los Caras y Scyris.— 50.—El Rey de Quito, Emperador del Incario.— 51.—Caracteres del sistema político de nuestros pueblos prehistóricos.— 52.—El Imperio Incaico. Su origen.— 53.—Esbozo histórico de la norma jurídica y la existencia del Derecho incásico.— 54.—Derecho primitivo y costumbre.— 55.—Derecho primitivo y religión.— 56.—Derecho primitivo y moral.— 57.—Derecho primitivo y economía.— 58.—Importancia de la autoridad en el Derecho.— 59.—El Derecho ante la costumbre, la moral y la religión de los Incas.— 60.—Régimen económico-agrario de la época incásica.— 61.—El Estado incaico y caracteres del mismo.— 62.—Organización judicial.— 63.—Caracteres generales del Derecho incásico.

### 43.—A modo de introducción

El estudio histórico del Derecho ecuatoriano tiene necesariamente que comenzar por el estudio del Derecho indígena precolonial cuya importancia hemos remarcado; porque si a primera vista parece que nuestra cultura y nuestra legislación derivara únicamente de España, Roma y Francia, lo cierto es que la fusión de razas al efectuarse la invasión peninsular, produjo como resultante la herencia de rasgos y de caracteres propios que se reflejan en las instituciones coloniales republicanas. De allí el interés de examinar el derecho indígena tal cual fue hallado al tiempo de la conquista y conocer el carácter de sus instituciones.

Es preciso concebir la concepción indígena acerca de gobierno, ley, derecho, etc., pues solamente en esta forma podremos penetrar en el espíritu auténtico del pueblo aborigen. Hasta aquí, siguiendo el ejemplo de los primeros cronistas y de todos cuantos han escrito sobre cosas de América, hemos

estado acostumbrados a aplicar, por analogía o por extensión, los criterios ultramarinos a reales casos y casos americanos que, para ser comprendidos en toda su plenitud, requerían ser interpretados aboriginalmente.

La consecuencia de esta manera española, europea, de estudiar los hechos y el pensamiento americano fue la de desnaturalizar totalmente, la de presentar a la Historia y a la posteridad un mundo deformado, empequeñecido y contrahecho, todo distinto del real mundo de nuestros antepasados.

Es tiempo de hacer una interpretación de nuestra Historia. Nuestra Historia debe llegar a ser independiente de la Historia de Europa, debe volver a la posición autóctona que tenía antes de la llegada de los españoles. Pero para ello precisamente debe retornar a sus fuentes originales, debe borrar esa solución de continuidad que significa el llamado período colonial y, eslabonándose con la Historia de nuestro pasado indígena, formar un organismo espiritual, íntegro, conexo y armonioso.

Adoptando aquí el criterio más comprensible, nos parece oportuno presentar una ojeada general de la evolución de nuestro Derecho histórico partiendo de las primeras manifestaciones jurídicas que es factible apreciar hasta llegar a nuestra época, formando en este decurso histórico una seriación de períodos o fases determinados por la misma evolución del sistema jurídico, de manera que sean las fundamentales transformaciones del mismo las que marquen las divisorias de los respectivos períodos.

### 44.—América aborígen

Varias historias de América, siguiendo el criterio que ya hemos señalado, principian con los viajes de Colón, volviendo después a veces, en un retroceso del relato, hacia lo que los primeros pobladores hispanos encontraron en nuestro continente. Se llega a más, en ciertos casos: a considerar que la historia de América comienza sólo en 1492.

Si idéntico criterio se aplicase, por ejemplo, a la India o a la China, so pretexto de que el contacto con la civilización occidental es lo que da vida a una cultura, no serían pocas las diatribas —no infundadas por cierto— contra un procedimiento que iniciaría la historia indo (o indostana) en el siglo XV y, más propiamente, en el XVIII, cuando los portugueses, primero, y los ingleses, después, asentaron sus plantas en el sagrado país del Ganges; y la China con Marco Polo, es decir, dejando de lado a **Gautama Buda**, su doctrina y su tiempo.

Como todo esto es sencillamente absurdo, habremos de llegar a la conclusión, por analogía, de que también es absurdo

dar comienzo, sin más ni más, a la historia americana el día que un grupo de navegantes europeos arribó a sus playas y se posesionó de varias de sus islas. Con ser, cual es, tan importante y decisivo dicho acto, no llega, sin embargo, a dar vida a una historia que ya existía. Lo que llamamos Descubrimiento de América no es otra cosa que la incorporación de nuestro Continente a la Historia de Europa. El verdadero descubrimiento se realizó mucho antes, cuando las primeras migraciones, quizá del Norte, quizá del Sur, acaso del mar, acaso de todas partes, se adueñaron del suelo americano.

Hemos de empezar, pues, por la época más remota que alcanza nuestro conocimiento, por la más próxima a los orígenes, la más hundida en la prehistoria.

## 45.—La presencia del hombre en el continente

Uno de los problemas más debatidos en el mundo científico, es el relativo a la antigüedad y origen del hombre americano, interesante tema acerca del cual tenemos entre nosotros que limitarnos a exponer los resultados de las investigaciones realizadas con el auxilio de la Antropología, Etnología, Arqueología, Lingüística, Paleontología y demás ciencias afines, auxiliares de la historia.

Hasta hoy, la tesis predominante al respecto afirma que los primitivos americanos vinieron de otro continente o sea que se trata de una raza o sector transmigrado, cuya fuente de origen habría que establecer. Los más se inclinan a señalar Asia como la madre común. Otros indican Asia y Australia. Pero no falta quienes siguiendo las huellas del antropólogo argentino **Ameghino**, creen todavía que el **homo americanus** es genuino de su propia tierra; en otras palabras: que es autóctono.

En virtud de leyendas, rastros arqueológicos y rasgos antropológicos, se ha creído más en la procedencia asiática de nuestros primeros antepasados. El hallazgo de algunas osamentas en las inmediaciones del Arroyo Frías (Argentina) dió pie a **Ameghino** para conjeturar que pudo existir, a fines del período terciario, un individuo originario de su país (el **homo pampeanus**) verdadero tronco de la progenie continental. Tal hipótesis fue destruída después de las investigaciones de la **Smithsoniam Institution**, a cargo del sabio **Hrdlicka**, quien demostró, por un procedimiento eliminatorio, que la tesis de Ameghino carecía de fundamento científico, que no se trataba de época terciaria sino cuaternaria, que no se encontraba en parte alguna el "eslabón perdido", el cual permitiría reunir al **homunculus patagónicus** con el hombre, y que lo más

probable era pensar en el advenimiento de grupos humanos, a través del estrecho de Behring, bien por medio de barcas, bien a pie enjuto durante una helada.

La tesis inmigratoria se halla además reforzada por múltiples tradiciones, como la de los gigantes llegados a Santa Elena, en el Ecuador, de que habla el Inca Garcilazo, en sus "Comentarios Reales". La analogía de algunos monumentos como, por ejemplo, las tumbas y los templos, ha hecho pensar en reminiscencias egipcias y caldeas, respectivamente: sobre la última, se elaboró toda una tesis lingüística, respecto al idioma súmero, tesis rechazada por el Congreso Americanista de Leipzig.

La Antropología moderna tampoco reconoce origen indio malayo o mongólico a los indígenas americanos, como ocurrió antes; ahora los agrupa formando una extensa familia; y hay seguros indicios de que debió ser muy largo el período evolutivo, desde la aparición del hombre en este escenario geográfico hasta la formación de la cultura andina, que supone la existencia de una población sedentaria, numerosa y organizada.

Remontándonos al origen del hombre, y de acuerdo con la teoría del poligenismo, tendremos que, posiblemente, pasaron los primeros pobladores de nuestro continente por el primer estado que señala **Ratzenhofer**, quien considera a la Sociología como una ciencia positiva de las relaciones de cambio entre los hombres, como también en la evolución social, como efecto de una fuerza, de una causa activa. Al estudiar este proceso, genéticamente distingue varios estados en la Historia, que son: 1) "Estado primitivo, donde se desenvuelven las razas bajo el influjo de circunstancias geológicas y geográficas; 2) orígenes de civilización, en que se diferencian las razas en violentas, laboriosas y las mediadoras o de comercio; 3) edad bárbara y de contacto con tribus errantes y sedentarias; 4) edad guerrera o de dominación, cuando aparece el derecho y el estado, como consecuencia de la fuerza; y 5) capitalismo y comercio. Si no sucede esta hipótesis, las tribus llegadas al Ecuador, fueron tribus errantes, que encontraron un medio favorable para la vida, eligieron estas tierras para su existencia".

Por la falta de escritura y de otros medios no ha sido posible llegar a conocer la vida de las primeras sociedades. Pero lo que podemos decir de seguro es que en el Ecuador se encontraron una serie de tribus y naciones con diferentes costumbres, con diferentes idiomas. La existencia de estas tribus confirma la heroica resistencia hecha a los Incas en defensa de su rey scyri.

De acuerdo con la suposición de existir tribus errantes o sedentarias, antes de la conquista de los Caras, las distintas tribus del Ecuador en sus funciones de adaptación mediante el ejercicio, debieron formar en ellas costumbres y hábitos colectivos, determinando en su organización variaciones de acuerdo con el medio cósmico.

En cuanto al origen mismo del hombre, como dice la teoría poligenista de **Tarde** y **Gumplowicz**, quienes suponen una diversidad de formas sociales desde el primitivo origen de las sociedades, y la otra teoría monogenista de **Spencer** que atribuye a las sociedades un mismo carácter de homogeneidad relativa o imperfecta diferenciación, creemos al respecto aceptar la opinión de **Ameghino**, que después de una intuición, concluye diciendo que el indio para llegar al estado protohistórico debió tener sus períodos sucesivos de integración y desintegración, períodos críticos y orgánicos, en que debieron sucederse las diversas etapas de salvajismo y barbarie, cuya sucesión determina los diferentes sistemas que caracterizan a la producción de cada sociedad.

Cualquiera que sea el criterio adoptado al respecto, la verdad es que el continente americano contiene algunas de las más antiguas zonas del mundo. La Masa de los Andes es sin duda alguna tan vieja como la más del planeta. Y si la tierra es antigua, también las trazas de vida y de cultura humana se remontan a donde no alcanzan los cálculos. Las ruinas arquitectónicas de mayas, quechuas y toltecas legendarios son testimonio de vida civilizada anterior a las más viejas fundaciones de los pueblos de Oriente y de Europa.

Por último, por extraño que parezca, aún antes de existir América —el nombre no importa— todos presentían tierras remotas más allá del Océano sin límites, hacia el oeste. Desde el mundo antiguo, fue América sueño de poetas, fantasía de filósofos, ilusión de románticos, adivinación de geógrafos, espejismo de navegantes. Este presagio de América que aleteaba ya como una "vaga ilusión", florece en la Atlántida de Platón, la vasta isla sumergida en el vórtice de los océanos. Luego viaja por las letras latinas y resplandece en la Ultima Tule de Séneca con el anuncio de la aparición de un continente más allá de los horizontes marinos. Después se enriquece con la teoría de las traslaciones de **Wegner**, quien afirma que la Atlántida es la misma América que estuvo un día junto a Europa; y hasta se afirma que el Atlántico en una época no existía y que las aguas del Amazonas se derramaban sobre el Sahara.

América no era un Continente deshabitado y perdido en los mares. Por el contrario, en estos territorios demoraban las

últimas civilizaciones del mundo. Pero en Europa habían sonado las campanas del Renacimiento, y una nueva convocatoria se hacía a la humanidad. Y era indispensable el mestizaje de las viejas y de las nuevas culturas, para que se organizara en estas tierras la defensa del Occidente, ya que el peligro no había de tardar en aparecer. América pesaría en la balanza de los acontecimientos.

El hispanoamericanismo de hoy piensa con orgullo en el porvenir de este Continente, pero sin olvidar el pasado. América se formó de dos espíritus, del viejo y del nuevo mundo.

En suma, si son muchas las teorías sobre la presencia del hombre en el Continente, en realidad los hechos son muy pocos y muy concretos.

Está probado que cuando llegaron Colón y sus acompañantes, el Continente Americano se hallaba poblado por grupos humanos que tenían instituciones de variado nivel, pero que estaban todos organizados.

Está probado que cuando llegaron Colón y sus compañeros encontraron, además, monumentos que revelaban la preexistencia de civilizaciones de cierta antigüedad, y, leyendas que delataban lo mismo.

Está probado que cuando llegaron Colón y sus compañeros encontraron que los americanos vivían de sus productos, sin intercambio con Europa, y cultivaban la tierra a su manera. Por consiguiente, la historia tiene que partir de estos hechos: admitir que había sociedades constituídas, según diferentes modos y en distintos niveles; reconocer que se preocupaban de perpetuar su memoria por medio de monumentos; que tenían imaginación poética plasmada en leyendas; que la organización hallada había alcanzado un alto y peculiar grado de desarrollo en muchos aspectos (regadío, acueductos, agricultura, caminos).

No queda, pues, para corroborar y ensanchar tales conocimientos sino volver los ojos a la arqueología y prehistoria, a la paleontología y al folklore, a las características étnicas culturales y la filología. Con estos antecedentes, más la comparación con otras civilizaciones en estado semejante, no es difícil establecer los contornos generales del mundo americano precolónida.

Aun cuando el contenido esencial de esta obra, se refiere a la exposición y análisis de nuestro derecho civil en el curso de su devenir histórico, el estudio se ha planteado, no sobre las bases exclusivamente jurídicas, sino desde el punto de vista de los orígenes de la nacionalidad ecuatoriana, porque el derecho es un fenómeno que se produce en la sociedad mediante un proceso de formación histórica, que es preciso investigar para el claro conocimiento de sus instituciones.

Hay que relacionar toda la vida del derecho al dinamismo de la vida social, reconociendo que aquél es menos la obra del legislador, que el producto constante y espontáneo de los hechos. Resultaría, incompleto, si no estéril, el estudio de las leyes vigentes de un país, si desconocemos los hechos o causas que las motivaron. Esta, que es una verdad general, aplicada a la legislación de todos los pueblos, tiene especialísima importancia tratándose de la Historia del Derecho Ecuatoriano, formado por tan múltiples y heterogéneos elementos legales; producto de tan variadas causas; de tan distintos pueblos; de tan diferentes épocas. Para corroborar esta afirmación basta recordar que aún forman parte del derecho vigente preceptos contenidos en el Digesto, Fuero Juzgo, Fueros Reales y Municipales, Concilio de Trento, Ordenamientos, Recopilaciones de Indias, etc., etc.

### 46.—Los Quitus o el primitivo Reino de Quito. La población prehistórica

Al entrar en el análisis de los hechos que permitirían la visión del futuro, es preciso, ante todo, revisar lo anterior para establecer las bases sobre las que están operando nuestros pueblos. Y lo primero es preguntar si la historia del Ecuador se ha de escribir desde el día en que los españoles llegaron a estos lugares, o si es indispensable considerar la situación de nuestros pueblos, que no estaban compuestos de hordas, sino que tenían colectividades de civilización propia.

Relata el Padre Juan de Velasco, en su "Historia Natural del Reino de Quito", la vida de este Reino, y la divide en cuatro períodos: el primero, desde la fundación de los primeros poblados, algunos siglos después del "diluvio", hasta que fué conquistado por Carán Scyri, cerca del año mil de la Era Cristiana; el segundo que duró quinientos años culminó con la conquista de Huaina Cápac, en el año de 1487; el tercero, duró cuarenta y seis años hasta que fué conquistado por los españoles en el año 1533, y el cuarto hasta la terminación de las guerras civiles entre los españoles, abarcando un período de dieciocho años, en mil quinientos cincuenta.

47.—Según el historiador mencionado, en la Zona Norte del Litoral se estableció una tribu que había llegado por mar, en el año 800, y que luego de cimentarse en aquella región y constituir un pueblo bastante aguerrido y numeroso que se llamó **Cara**, cuyo señor se apellidaba **Caran-Scyri**, avanzaron por Esmeraldas hasta el Norte de la Zona Interandina y luego descendieron al Sur, dominando a los Quitus; fusionados con éstos vencieron a los Tacungas.

Por la cruenta oposición que les ofrecieron los Puruháes —de la Zona del Chimborazo— se sirvieron de las armas de la política y formaron una nueva dinastía Scyri-Duchicela.

Esta dinastía dominó en el Reino desde el año de 1300 hasta la invasión de los Incas.

El Profesor **W. Howells** de la Univesridad de Wiscousin, al manifestar que los orígenes de las razas están envueltas en el misterio, afirma que: "Desde el descubrimiento de **Cro-Maganon,** sabemos que Europa estaba poblada de hombres blancos, cualquiera que fuese su procedencia. Pero nuestro conocimiento de otras zonas, es poco satisfactorio. Estamos casi seguros de que los indios americanos llegaron desde Asia mucho después, con características muy parecidas a las actuales. Lo que sabemos del pasado de los Mongoles y sobre todo de los negros, es nulo. Podemos tan solo localizarlos y hacer suposiciones. Nos inclinamos a creer que el común parentesco del conjunto de razas es relativamente antiguo, y que su diferenciación primera se reducía a un sector tropical de piel oscura, y otro sector nórdico de piel semejante a la de los indios americanos. Una parte de esta sección nórdica se trasladó a América; otra más clara de color y más dolicéfala, se dirigió a Europa, y la tercera modificó drásticamente su aspecto facial para protegerse del terrible frío siberiano, y produjo los ojos oblicuos y la carne fofa de los mongoles del Norte.

Los sabios habían creído que el hombre entró en América en el período neolítico; pero los últimos descubrimientos y estudios de **Capedeville,** en **Taltal,** norte de Chile, parecen contradecir la tesis y fijarla en el período paleolítico.

Lo que si es indudable es que el Ecuador ha sido habitado desde muy remota época, y el Padre Velasco sin los elementos de que hoy disponemos así lo presintió cuando afirma, que el hombre entró al Ecuador poco después del diluvio. Y el haber hallado hachas que pueden clasificarse del período de la piedra pulimentada son indicios de que el célebre jesuíta no andaba equivocado sobre la gran antigüedad del hombre de nuestra patria; por desgracia no es posible avanzar mucho en ls investigaciones porque no sólo en el Ecuador sino en América las edades paleolíticas se hallan confundidas con la de bronce, y no siempre es posible aplicar al nuevo continente el criterio de los sabios del mundo europeo donde la vida, en razón del medio, toma otras modalidades.

Al Padre Juan de Velasco le debemos el haber sentado el primer principio de nuestra nacionalidad, la piedra miliar desde la cual arranca nuestra historia, y haber demostrado que la cultura y la estructura social y política de los Scyris y Ca-

ras, no era inferior a la de los Incas, para arribar a la plena identificación entre el territorio que comprendía el Reino de Quito con la heredad de Atahualpa, y éste constituye el símbolo máximo de nuestra nacionalidad.

Las más autorizadas investigaciones acerca del Reino de Quito afirman la existencia de tres naciones que se habían desarrollado en la región andina ecuatoriana: la nación **Quitu, la Puruhá y la Cañari,** todos de idioma quechua o de dialecto derivado de éste, con una cultura general parecida, lo que indicaría un origen común, por inmigraciones alternativas en épocas distantes en el tiempo. Y en esta misma zona ecuatorial, hacia el Sur de Cañar, demoraban las tribus **Paltas** y **Zarzas** en un territorio montañoso e inmenso; igualmente que en el Litoral, las tribus de los **Túmbez, los Huancavilcas, Punás y Mantas.**

Los estudios realizados para determinar la procedencia de estos pobladores del territorio ecuatorial, no dan todavía un resultado firme, pero sí es posible fijar ciertas características étnicas culturales, y los derroteros de la inmigración, por las voces toponímicas y los datos de la arqueología y la lingüística.

Así, puede afirmarse, que grandes contingentes raciales llegaron a predominar sobre las poblaciones antiguas existentes en el territorio: los **caras** que llegaron por la costa ecuatorial por los caminos del mar y dejaron la huella de su paso en la fundación del pueblo de los Caras o Bahía de Caráquez como se llama actualmente. Los caras, raza de conquistadores, dominan a los **quitus** que poblaban parte de la serranía, ensanchan con el tiempo sus territorios por el Norte hasta la tierra de los **quillacingas** en el río Carchi, y por el sur realizan alianzas con los puruháes y forman una especie de confederación de pueblos con los cañaris, hasta que posteriormente fueron sometidos por la fuerza. La inmigración **chibcha** del Norte ha dejado también las huellas de su pasado en el territorio ecuatoriano.

Por la cordillera oriental andina, aparecen los caribes o jíbaros, tan nombrados por los conquistadores por su fiereza indómita, que viven su nomadismo y poligamia en las montañas. Los jíbaros no se sometieron jamás al dominio de los otros pueblos andinos, pero sí realizaron irrupciones feroces contra éstos e invadieron también las montañas de la costa por la cordillera. Los **cayapas** y los **colorados** acaso son las tribus caribes supervivientes.

La Historia documentada del Ecuador nos mostró haber existido la nación de los Caras, posterior al primitivo Reino de Quito. Velasco primero, González Suárez y Pedro Fermín Ce-

vallos, después, introdujeron en la Prehistoria el Capítulo de los **Caras.**

Iniciados algunos trabajos arqueológicos, se desató una dura crítica contra Velasco y sus Caras, porque las tolas excavadas no guardaban analogía con las descritas por Velasco. Y el español Jiménez de la Espada se pronunció en contra de lo afirmado por el ilustre jesuíta y tras él siguieron Max Uhle, Jijón y otros; todos los nombrados grandes investigadores y autoridades de primer orden en arqueología y prehistoria. Y el encono de la lucha ha llegado a lo increíble: negar la existencia del Reino de Quito. El chileno Joaquín Santa Cruz ha combatido este atentado a la verdad histórica, transcribiendo palabras textuales de los primeros cronistas, y de historiadores de fama por el cuidadoso estudio de los archivos.

El primer Cronista del Tahuantinsuyo, **Xerez**, dice: "mi señor **Atabalipa** es hijo del Cuzco viejo (Huaina Cápac), que es ya fallecido, el cual señoreó todas estas tierras; y a éste su hijo Atabalipa dejó por señor de una gran provincia que está adelante de **Tomipunxa** (Tomebamba), la cual se dice **Guito**".

**Pedro Pizarro**, partícipe en la conquista del Tahuantinsuyo y conocedor de la vida que soportó Atabalipa en su prisión expresa: "Guaina Capa fue el quinto descendiente destos, fue ganando hasta **Quito**, y sus capitanes por otra parte hasta Chile y hasta la había de Sant Mateo, que son casi mil leguas de una a otra parte".

**Oviedo** afirma que: "**Atabaliba**, mi señor, es hijo de Guayna-cava, ques ya muerto, e señoreó e sojuzgó todas estas tierras; e a este su hijo Atabalipa le daxó por señor de una grand provincia, que está adelante de Tomepumba, que se dice **Quito**". Oviedo y Jerez afirman haber sido señor de la provincia de **Quito**, al Norte de Tomebamba, **Atabaliba.**

**Cieza de León** escribió: "De Tacunga anduvo hasta llegar a lo que decimos Quito, donde está fundada la ciudad de Sant Francisco del Quito, y pareciéndole bien aquella tierra, y que era tan buena como el Cuzco, hizo allí fundación de población que hobo, a quien llamó **Quito**, y poblóla de mitimaes y hizo hacer grandes cavas y edificios y depósitos".

**Garcilaso**, el resentido profundo por la caída de sus nobles antepasados, dice: "Habiendo gastado Túpac Yupanqui algunos años en la quietud de la paz, determinó hacer la conquista del **reino de Quito**, por ser famoso y grande, que tiene setenta leguas de largo y treinta de ancho, tierra fértil y abundante, dispuesta para cualquier beneficio de los que se hazian para la agricultura y provecho de los naturales". En líneas posteriores explica: "Duró tanto la conquista de **Quitu** porque

los reyes Incas, padre e hijo, no quisieron hazer la guerra a fuego y sangre, sino que iban ganando la tierra como los naturales la iban dexando y retirándose poco a poco. Y aun dizen que durara más si al cabo de los cinco años no muriera el Rey de Quitu.....". Garcilaso plantea, por vez primera y concretamente, la existencia del Reino de Quito y de sus grandes calidades de riqueza y fertilidad.

Por otra parte, los primeros exploradores españoles, que dispusieron del recurso de la escritura, aluden a la bahía **Cara**, nombre que ni siquiera fue invención del distinguido jesuita riobambeño. **Alvarado**, en Carta dirigida a S. M., el 22 de mayo de 1536, se expresa: "aviendo echado al agua mas de noventa caballos, y ansi se hecharon todos los demás, y aun la xente, por falta de agua, sino se tomara tierra y seguir en la tierra del Perú, **sin saber que parte della era una playa que se llama Cara**, que más bien de trescientas leguas, donde Pizarro estaba, y **allí tobe noticia de una población que se llamaba Quito**".

Y el mismo Padre Velasco es quien nos informa del por qué desapareció la denominación gentilicia de **Caras**. La nación extranjera —dice— llamaba **Cara** por su principal cabeza Carán, que se titulaba **Scyri**, o señor de todos, fue siempre insubsistente, hasta no establecerse en el Reino de Quito, después **Quitus** y **Caras** se llamaron, simplemente, **Quitos**.

Y la afirmación de Velasco concuerda con lo escrito por **Alcedo**, en 1736, seis años antes de la muerte del ilustre religioso y cuando vivía proscrito en Italia: "**Cara**, provincia antigua del Reyno de Quito, al Poniente hasta la Bahía de **Cuaques**, por espacio de 10 a 20 leguas: la bañan los ríos Tosagua y Chones al S., y el Jama al N.: toda es terreno baxo, inculto y lleno de bosques, de temperamento cálido y húmedo, hoy está unida a la provincia de Esmeraldas. La Capital que hoy está destruída fue fundada por Francisco Ribas el año de 1562. Estaba en la Baía Cara, que forman unidos los ríos Tosagua y Chones en su salida al mar, aun permanecen sus ruinas, de las cuales formó el pequeño pueblo de Canoa, seis leguas distantes en que resía un Teniente de Gobernador". Perfecta concordancia entre lo escrito por Velasco y lo narrado por Alcedo.

Moisés Sáenz, en su volumen sobre "El Indio Ecuatoriano y su incorporación al medio nacional", obra de gran aliento y de visión profunda del medio nuestro, pese al poco tiempo que el autor permaneció en el Ecuador, expresa que: "El Ecuador prehistórico estaba poblado por un gran número de tribus, ninguna de las cuales llegó a un desarrollo cultural sobresaliente; algunas como la de los Quitus tuvieron cierta

importancia por su número, pero no por su huella histórica. En general, las tribus del centro de la región más alta, fueron un tanto más adelantadas que las otras, sus costumbres eran más suaves y refinadas. Las tribus de la Costa eran aguerridas y bárbaras, mientras que las del Ecuador Oriental, meros grupos nómadas, fueron las más atrasadas de todas, casi salvajes. El largo período de la prehistoria ecuatoriana demuestra al País como un verdadero mosaico de tribus y de pequeñas localidades primitivas y arcaicas".

En verdad, por el atraso cultural del hombre de aquella época, en que no poseía los instrumentos adecuados para el dominio de la naturaleza; enormes montañas, caudalosos ríos, selvas vírgenes, etc., no facilitaron la unidad sociológica ni siquiera el amalgamiento de los pueblos, viviendo en agrupaciones humanas completamente aisladas. Florecieron con mayor éxito las que se encontraban en regiones de clima más propicio y de suelo fértil, como pasó con los Quitus en el extenso valle que se extiende al pie del Pichincha.

Los Mayas en la Península de Yucatán —Méjico— llegaron a constituir una de las civilizaciones más avanzadas de la época, tuvieron igualmente influencia en la estructura de lo que es hoy el Ecuador. Esta tesis es sostenida por **Means** en "Anciet Civilizations of the Andes", también por **Uhle** y otros arqueólogos e historiadores modernos. El progreso de los mayas que se debió a la propiedad colectiva de la tierra, tanto en el usufructo como en la nuda propiedad, sin que hubiera barreras o términos que limitasen la propiedad de unos a otros. La tierra era de dominio público. Además, al principio de la era cristiana, cuando las gentes grecorromanas empleaban todavía una numeración primitiva con letras, los mayas usaban ya signos numerales, cuyo valor cambiaba según el lugar ocupado; tenían, incluso, un signo para el cero. Las cifras de los mayas se contaban de arriba abajo; sin embargo, el resultado es el mismo de las arábigas y les permitía desarrollar un calendario que podría honrar a cualquiera otra civilización. Nuestro calendario está aún compuesto de meses y años desiguales, cuando el de los mayas poseía divisiones cronológicas uniformes. Con el calendario maya era posible regular los movimientos del Sol, la Luna y las estrellas por largo período de tiempo. Según la autorizada opinión del doctor **Morley**, miembro de la Carnegia Institution, los cielos de la cronología maya empezaban el año de 3373, antes de Jesucristo, año que se suponía ser el de la creación del mundo.

Los antiguos habitantes del Ecuador gozaban y trabajaban la tierra en comunidad, como todos los pueblos primitivos. Vivían en completa promiscuidad, como comunitarios eran los frutos de la naturaleza.

Su vida nómada era sostenida por la abundante caza que ofrecían diversas regiones ecuatorianas, sobre todo, la Costa.

La fecundidad de la tierra en el Oriente, Litoral y valles de la zona interandina, facilitaron su conversión a pueblos sedentarios, esencialmente agrícolas.

Existía plena solidaridad entre todos los miembros de la tribu; cualquier ataque, por parte de una agrupación extraña, a uno de sus miembros, se consideraba como una provocación colectiva. El más fuerte y luego el más anciano, constituían los jefes funcionarios de la tribu, sin prerrogativas de orden económico; vivían y se alimentaban como los demás.

Profundamente vinculados a la tierra, por ser ella la que los alimentaba y la que determinaba todas sus andanzas y pasiones. Vivían en permanente guerra con las tribus vecinas por defender su tierra que la habían cultivado con su esfuerzo. No era amor místico por la tierra sino en cuanto se trataba de fuente de recursos alimenticios. Como no conocían los medios alimenticios para explotar las minas vivían exclusivamente dedicados a las tareas agrícolas. Las primeras sociedades humanas han pasado por la comunidad de bienes. Con la división del trabajo, la guerra y la esclavitud, se produce la división en clases; y, desde aquella hasta nuestros días la Historia no ha sido otra cosa que un constante batallar de las clases oprimidas por liberarse y de las clases opresoras por continuar su explotación.

## 48.—La tradición de Catari

Publicada la obra del Padre italiano **Anello Oliva**, se conoció una tradición relacionada con el aparecimiento y radicación de los primeros habitantes del Ecuador. El fruto de esa tradición salió de labios de **Catari**, un quipucamayo residente en Charcas, Bolivia; hijo de padres quipucamayos, él relató al doctor Bartolomé Cervantes, Canónigo Racionero de la Catedral de dicha ciudad, esa tradición, y de ésta pudo escribir el Padre Oliva, por conversaciones del Canónigo.

La tradición de Catari dice: "Después del diluvio llegaron gentes a **Caracas** en donde poblaron. Parte de ellos se trasladaron a **Sumpa**, hoy punta de Santa Elena, y fundaron población, siendo el jefe de ellos **Tumbe o Tumba**. Este envió un capitán por conocimiento de nuevas tierras, concediéndole el plazo de un año para su regreso, no volvió jamás con los suyos; más tarde comprobaron la aparición de ellos en Chile, Paraguay, Brasil y otros confines de la Tierra. Muerto Tumbe, sus dos hijos **Quitumbe**, el mayor, y **Otoya**, el menor, tuvieron sus diferencias por la sucesión; pero **Quitumbe** dejó

en paz a su hermano en **Sampu** y salió, con gente, a probar fortuna, dejando en cinta a su mujer **Llira**, la cual dió a luz un hermoso niño al cual llamó **Guayanay**, que significa golondrina. **Quitumbe** se detuvo donde ahora son las costas de Túmbes y estableció el pueblo de ese nombre. Desde ahí envió una expedición en busca de la mandada por su padre, la que avanzó hasta las costas del Rimac (hoy Lima) y, sin encontrar huellas, regresó a informar de las buenas tierras y de las posibilidades para poblarlas.

**Otoya**, por sus condiciones disolutas, consiguió el repudio de los suyos, quienes fraguaron su asesinato; descubierto el cual, mató a los conspiradores y continuó en su gobierno. En tales circunstancias aparecieron unos gigantes, que tiranizaban a la población, apresaron a **Otoya**, quien murió en poder de estos enemigos.

**Quitumbe**, temeroso también de los gigantes, buscó refugio en una isla llamada Puná "pero viendo que era tierra seca y no llovía donde estuvo, mudó de temple y suelo, y se fue a la sierra donde fundó otro pueblo de su nombre "**Quito**".

Desde Quito mandó gentes que conocieron hasta el Cuzco y Charcas; y él, en persona, emprendió un viaje que lo llevó hasta las costas del **Rimac**, donde realizó obras de regadío y edificó el suntuoso y afamado templo de **Pachacamac**. A Quitumbe sucedió en las sierras de Quito su hijo **Tome**.

La suerte de **Guayanay** fue muy desigual y la fábula intervino en los sucesos de su vida, pero es lo cierto que dejó un hijo **Atau** (dichoso, feliz en quechua) que fue padre de Manco-Cápac, fundador del Imperio de los Incas.

Esta leyenda contiene, quizá, lo que la presunción erudita no ho podido explicar con lucubraciones conjeturales: el proceso de la inmigración de los Caras, fundadores de los Reinos de Quito y el Cuzco, iguales en cultura, idioma y religión, igualdad que tan gratamente sorprendió a Huaina-Cápac al conquistar Quito, declarando que era una sola familia la de estos reinos.

De tal suerte que tal vez el hoy llamado indio ecuatoriano es de origen cuzqueño o boliviano, en fuerte porcentaje, como el indio de esos países tiene igualmente en su seno el contingente quiteño, no sólo por los antecedentes indicados, sino porque, realizada la dominación incaica, el elemento humano del Tahuantinsuyo fue mezclado, trasplantado y confundido por la organización política que hizo con los mitimaes, la colonización interior del Imperio, lo que unificó el tipo humano del incario, hasta producir en viajeros como Antonio de Ulloa, la impresión que consta en sus libros sobre América, relativa a que, quien conoce a un indio conoce a todos los indios, que en su concepto son iguales.

Luego los historiadores y cronistas refieren la sorpresa que expresó Huayna Cápac cuando al conquistar Quito, encontró el idioma quechua, el culto del Sol con sus templos, además de la identidad del régimen político quiteño con el incaico, sobre la base de costumbres iguales.

Es necesario, además, continuar haciendo ciertas consideraciones históricas acerca de los indios de nuestra prehistoria. Existían algunos estados que podían reputarse como otros pequeños reinos iguales o poco menores que el de Quito, Tales eran los de Imbaya, Latacunga, Puruhá y Cañar. Esto dice el Padre Velasco al referirse al Reino de Quito.

Habíamos dicho anteriormente que entre los Scyris y los Incas, existe una posible parentela y esto lo comprueba el Dr. **Middendorf**, que el hablar de las emigraciones indígenas al Ecuador ha probado que los Incas no son más que un Ayllo-aimará.

Anotadas estas ligeras reflexiones históricas, que tienen su importancia para poder formular varias hipótesis acerca de la evolución primera que sufrieron los indios, vamos a considerar la situación cultural y civilización íntegra de los aborígenes de nuestra prehistoria.

El tema tratado en una forma como la presente resulta muy extenso para la índole de la tesis; pero hemos querido determinar estas características, porque como se verá es necesario conocer lo que fue y lo que es hoy. El pasado tiene que influir obligadamente en la vida actual, porque ese pasado se formó en contacto con la naturaleza, que es la que influye obligadamente en la conducta de los hombres y en la formación de sus ideales. Por otra parte constituye este estudio, la base de muchos puntos de la vida por la que ha pasado el indio en varias etapas hasta llegar a nuestros días, en los que aún hallamos ciertos caracteres casi iguales a los que tuvo el indio en la época prehistórica.

Son escasas las fuentes que encontramos para poder interpretar la vida de esos tiempos, los caracteres de los individuos y de las sociedades; no es posible, pues, sentar conclusiones verídicas. Las tradiciones, las excavaciones de numerosas tolas existentes en todo el país que dan gran aporte para investigación de nuestra prehistoria y la inducción lógica ha hecho suponer una cultura propia, impuesta por los Scyris o alguien en las tribus ecuatorianas.

Lo más importante para el estudio sociológico está en analizar e interpretar la vida de los individuos como células de ese tejido orgánico que se llama sociedad. Al respecto de esto podemos decir que Max Uhle y Jacinto Jijón y Caamaño han aportado la mayor cantidad de interpretación.

**Caracteres del indio**

Antes de entrar al estudio de la sociedad misma será necesario esbozar las características que presenta Sarmiento acerca de los primeros habitantes de América, características que hacen presumir la emigración asiática y que son: resignación, pasividad y venganza, atributos de pueblos oprimidos por muchos siglos. Además tuvieron de común la tristeza, que existe hasta nuestros días en el indio. Las tres primeras características no se puede ver en algunas tribus que fueron sometidas por los Scyris, las que no se conformaron con el régimen nuevo, lo que se pudo anotar en la época incásica y hasta en nuestros días.

La tristeza del primitivo habitante es explicable: la naturaleza monótona y desolada imprimió su sello, y esta influencia del medio cósmico ha reflejado en la melancolía indígena, en su música triste y en todo aspecto de su vida.

La pereza, que es otro patrimonio del indio, tiene también su explicación, especialmente en las primeras épocas: encontró pocas dificultades para su subsistencia; las selvas vírgenes le proporcionaron con facilidad su alimentación. La cantidad mínima de trabajo que desarrollaron los indios dependió de la poca resistencia que opuso el ambiente a la producción de los medios de subsistencia, a las necesidades, costumbres y vida misma. Por otra parte, la simplicidad de la vida del indio, la alimentación vegetariana, la ligereza de su vestido y otros factores más, contribuyeron a hacer del indio un ser perezoso. El indio vivió en lucha por la vida de su especie biológica en relación con el medio físico y social. En la fase primitiva el trabajo social, cuando la capacidad productiva del hombre es deficiente, apenas produce lo necesario para la subsistencia personal. La pereza en absoluto, no es posible considerarla en todo organismo social, es relativa, con la relatividad impuesta por la exuberancia o esterilidad de la naturaleza y por la simplicidad o complejidad de la vida. En los primeros indios la producción anduvo paralela a las necesidades de su subsistencia. Al respecto dice **Ingenieros** en su obra "Sociología Argentina", página 224, que la sociología de la pobreza hispano americana sería: "la riqueza del ambiente natural, en relación con el desarrollo de los sistemas productivos, determina una capacidad de producción tal, que basta "**poco trabajo para** obtener **muchas subsistencias**" y termina diciendo "que tenemos derecho a la pereza". En suma: la pereza es un índice psicológico de un estado sociológico que se caracteriza por exuberante capacidad productiva: ya por la riqueza natural o ya por el refinamiento de los medios de producción. En nuestros indios sucedió por lo primero.

## Situación económica

En un estudio sociológico, uno de los aspectos más importantes es el económico, ya que para la vida y evolución de toda sociedad, resulta un factor decisivo la economía. El representa un perfeccionamiento ulterior del fenómeno biológico al avanzar de la evolución orgánica y social.

En la situación económica tenemos que considerar dos aspectos importantes: los factores naturales que concurren a formar el ambiente **económico natural**, que son la Geología, la Geografía, el Clima; a estos se suman los factores sociales humanos, que forman el ambiente **económico social:** el primero da la subsistencia espontánea y el segundo crea subsistencia mediante procesos especiales que vienen a dar la producción. En cuanto al ambiente económico natural tenemos que la naturaleza fue muy pródiga con su exuberancia, y en especial en algunas zonas, donde exceptuando pocos lugares se encuentra toda clase de ventajas para la vida en el aspecto geográfico.

Al hablar del ambiente económico social de nuestra prehistoria tendríamos la escasez de "necesidades superfluas" que son el fundamento de civilizaciones superiores. El indio tuvo que buscar producción tan solo para su subsistencia.

La base de la alimentación indígena fueron la papa, el camote, la yuca, y sobre todo el maíz. Podemos afirmar, en consecuencia, que los mencionados frutos de la tierra constituían, repetimos, la base de aquella alimentación.

El maíz nutrió a toda América. De él provenían diversas viandas y bebida. El choclo o mazorca, daba platos diversos, según la forma como se sirviera. La chicha, o fermento de maíz, también variada según el modo de manipularla.

Igual pasó con la **mandioca o yuca**, de cuya harina se sacaba la **tapioca.** Hasta tal punto es importante la consideración del alimento, que nadie duda ya de que la civilización americana se desarrolló con mayor perfección, ahí donde hubo extensas zonas de maíz, es decir, donde el individuo se alimentó mejor.

La cantidad de frutales era considerable. Conocieron variedad de anonas, como la **chirimoya** y la **guanábana**; saborearon el mango; la ananá o piña. Les daba su mantequilla vegetal el **aguatl** (aguacate) **o palta.** Saborearon la **papaya**, el **mamey** y el plátano, que enriquecían su mesa.

Cierto que no disfrutaron de los beneficios de comer la carne de buey y de cerdo, pero, sin embargo, solían utilizar para su alimento la carne de llama, bien fresca o bien seca en

forma de **charqui**, la de cuye (cuy o conejillo de indias), como ocurre hasta hoy en las regiones serranas del continente, la de **guajalote** (pavo) y la del abundante pescado que sacaban de ríos, lagos y mares.

### 49.—Hechos posteriores a los Caras y Scyris

Encontraron los Caras en los valles andinos a Quitus, Cañaris, Puruháes, etc. Estos pueblos vivían en casicazgos diversos, sin unidad, hasta que sobre ellos impuso su autoridad un jefe supremo o **scyri**. Hacia el undécimo **scyri** se extinguió la línea masculina de los Caras, y entonces, Toa, princesa de Quito, se casó con **Duchicela**, de la dinastía puruhá, quien se convirtió en scyri de Quito, sellando así la paz entre estos pueblos rivales..... Los descendientes de éste ensancharon el ámbito del reino hasta Paita; y los Cañaris, Paltas y Zarsas de los confines de Macará se incorporaron al gran reino de Quito, que por el norte había llegado a extenderse hasta las tribus de los **Quillasingas**, más allá de los límites del Carchi.

Realizada la alianza entre el Reino de Quito y el de Puruhá, y gobernada toda la nación por Hualcopo Duchicela, en virtud del matrimonio con Toa, princesa Scyri, la presencia del ejército de Túpac Yupanqui en Chachapoyas y Huancabamba, fue la advertencia para que las naciones colindantes se pusieran en guardia.

La resistencia de las tribus de los paltas y zarsas no podía ser sino en la forma en que hasta hoy guerrea esa raza. Asaltos, emboscadas, guerrillas dispersas en la montaña que atacan con sus flechas venenosas. Pero así y todo, esa resistencia obstinada y dañosa obligó a los incas a demorar su paso, hasta perseguir las tribus, capturar y confinar a muchas y realizar represiones crueles. Para dejar franco el paso en la región fronteriza del sur, los incas fundaron la población de Saraguro con mitimáes cuzqueños, y erigieron un Pucará o fortaleza militar frente a la llanura de Cusibamba.

Vencida esta resistencia, el ejército inca se dirigió hacia el Cañar, seguro de su triunfo; pero los cañaris, de una cultura superior a la de los caribes, se emparapetaron en las fortalezas naturales del territorio y cerraron el paso a los invasores, que tuvieron que replegarse de nuevo a Saraguro. En este lugar concentró Túpac Yupanqui su ejército, y mientras llegaban los refuerzos del Cuzco, se puso a construir una fortaleza en el nudo de Acacana cuyas ruinas aún existen.

La defensa del reino por Hualcopo fue valiente y porfiada. Epiclachima, hermano del Scyri y General del Reino, hizo esfuerzos inauditos, pero fueron al fin vencidos por el ejército

del Inca, y Hualcopo se replegó a la fortaleza de Liribamba, capital del reino de los Duchicelas. Fue la resistencia a la invasión incaica tan recia que al fin Túpac Yupanqui, viendo sus fuerzas diezmadas, aseguró las provincias conquistadas y se volvió al Cuzco en 1460. Hualcopo, enfermo, agobiado por la pesadumbre de la pérdida de la mitad de su reino, murió, y le sucedió su hijo Cacha-Duchicela, el último Scyri de Quito, quien, en ausencia del Inca, logró reconquistar todo el Puruhá, hasta los límites con los Cañaris que se decidieron por el Inca, oponiendo tenaz resistencia a la reconquista Scyri.

Desde luego, el Inca Túpac Yupanqui, poderoso en sus hechos de armas, con el prestigio de un Dios, hijo del Sol, y con todos los recursos que había acumulado para la guerra con Quito, no pudo rematarla. Y se volvió al Cuzco, donde encontró la muerte. Le sucedió su hijo Huaína-Cápac, nacido en Tomebamba, capital del Cañar, quien realizó totalmente la conquista que había emprendido su padre, y fundó el imperio incaico en toda la amplitud como fue concebida en el sueño imperialista de Túpac Yupanqui.

Realizada la conquista y la pacificación sellada con la alianza y el matrimonio con la reina Scyri Paccha, no sólo cambió la situación política, sino que Huaina-Cápac, abandonó el Cuzco, y fijó su residencia en Quito, que vino a ser, virtualmente, la capital del Tahuantinsuyo.

El gran guerrero y conquistador Inca Huaina-Cápac dejó en herencia a sus dos hijos: Atahualpa y Huáscar, los reinos del Pirú o Cuzco y el de Quitu, que él había unido bajo su cetro; y atendiendo a que su hijo Atahualpa era, en derecho, soberano del de Quitu, por ser hijo de la última soberana de ese país a la que él hizo su esposa para consolidar su conquista; y que Huáscar lo era del Pirú, como primogénito suyo y nacido en ese reino, repartió entre ambos esa herencia restituyendo, en realidad, lo que a cada cual pertenecía, dejando los límites surianos del de Atahualpa en la actual provincia de Huamachuco del Perú.

### 50.—El Rey de Quito, Emperador del Incario

Los pobladores del Reino de Quito, que no creían en la divinidad del Inca, que sabían que era suya la tierra por la posesión de los siglos, y que amaban su patria de la que se les alejaba forzados, mediante el sistema interior **mitimae** que modificó la contextura de la nacionalidad quiteña, esperaban sin duda un momento oportuno para su liberación y ese momento llegó con la muerte de Huaina Cápac, que en su previsión dividió los reinos del Cuzco y de Quito, porque sin duda

observó que la ligadura imperial no soldaba aún las dos nacionalidades.

Esta división del Imperio permitió a Atahualpa, a la muerte de su padre, asumir la plenitud de sus poderes de Rey de Quito, pero manteniendo la centralización administrativa, y con esta unidad de mando y de acción, pudo consolidar al antiguo Reino de Quito en sus límites propios y detener de nuevo la invasión.

Los límites territoriales del Reino de Quito se extendieron a la llegada del conquistador español por el Norte hasta el río Mayo, por el Sur hasta el río Macará, en los confines de las tierras de los paltas y zarzas; y por el Occidente en todo el territorio hasta el mar pacífico, desde los desiertos del sur en Túmbez hasta las fronteras atacameñas, que demarcan en el litoral más allá de la actual frontera colombiana.

La división del Imperio por Huaina Cápac entre su hijo, el quiteño Atahualpa y el cusqueño Huáscar, no dejó tranquilos a los políticos del Cuzco, quienes se empeñaron para que, sino era posible mantener unido al Imperio, al Reino de Quito, debía cercenársele el territorio del Cañar, inclusive el de los paltas y zarzas, y para esto contaban con la adhesión de los cañaris.

Durante cinco años se mantuvo la paz entre los herederos de Huaina Cápac, pero la conspiración seguía subterráneamente. La muerte de Chamba, el último de los régulos cañaris, produjo el motivo de la guerra entre Atahualpa y Huáscar. El hijo del régulo, llamado Chaparra que iba a sucederle en el gobierno de la región, no pidió a Quito sino al Cuzco, la confirmación de su puesto, y esto produjo la intervención del gobierno del Perú que encontró la ocasión para entablar un reclamo territorial, fijando sus límites en los nevados del Azuay y las alturas de Alausí.

Atahualpa rechazó el procedimiento de Chaparra y afirmó que esos territorios pertenecían al antiguo Reino de Quito; en Tomebamba había construído el mismo Atahualpa un palacio suntuoso, porque le pertenecía el territorio; Huáscar insistió en reclamar sus derechos, y Atahualpa los suyos; ambos se armaron y declararon la guerra.

Las tropas de Atahualpa entraron en acción contra los cañaris para someterlos y Huáscar envió al General Ataco con grandes fuerzas para que se enfrentara con los quiteños. Dos combates se libraron, uno en la ciudad de Tomebamba y otro en las llanuras de Mocha, y en ambos fueron derrotadas las tropas de Atahualpa que no habían asistido a las batallas. Atahualpa organizó y aumentó su ejército, y en compañía de los Generales quiteños **Calicuchima** y **Quisquís,** veteranos de la época de Huayna Cápac, dieron una batalla decisiva en

la que cayó prisionero el propio **Atoco** y **Chaparra**, el desleal, los que fueron ejecutados inmediatamente.

Cuando el gobierno del Cuzco supo la derrota, mandó un nuevo ejército con el General Huanca Auqui a la cabeza.

Entre tanto, reconcentradas las fuerzas de los peruanos y cañaris en las inmediaciones de Tomebamba, presentaron un nuevo combate a Atahualpa, que duró tres días de feroz lucha, hasta que las tropas quiteñas quedaron triunfantes.

El ejército quiteño invadió entonces las tierras del Incario, propiamente dicho, y al mando de Quisquís obtuvo un nuevo triunfo en el combate de Jauja.

Huáscar, al fin, quiso participar también de la guerra, y se presentó en la batalla de Quipaipán, en las proximidades del Cuzco, y fue derrotado y preso por los generales de Atahualpa, que ocuparon con sus tropas la ciudad imperial.

La guerra concluyó, y Atahualpa, Rey de Quito, se convirtió en Emperador del Incario.

El nacimiento de la historia ha de buscarse en el comienzo de las civilizaciones, o en la leyenda y la tradición de los pueblos. La historia comenzó a escribirse en Grecia; pero antes de que se conocieran relaciones sistemáticas de acontecimientos, las rapsodas habían cantado, si no hechos ciertos, la leyenda conservada y propagada de los héroes formados a gusto y conciencia de los pueblos a los que pertenecían. Y los griegos se puede decir que fueron los seguidores de los héroes homéricos.

Es consecuencia de la historia viva, de aquella que no se pierde en lucubraciones eruditas, para buscar la raíz de la que proceden los acontecimientos, para establecer el significado del tránsito por los siglos, las edades y los pueblos. De este modo, se ha encontrado que los más antiguos historiadores trataron de escribir la historia de su propio tiempo, pero con derivaciones indispensables de lo que aconteció en otras épocas y cuyo recuerdo se conserva en la tradición y en la leyenda.

Y ese es el valor de la historia, el de afirmar a los hombres de hoy en la tradición que forma el espíritu de un pueblo, desde sus comienzos. La historia del Ecuador no puede prescindir del recuerdo que ha quedado de los tiempos que pasaron: las tribus indígenas; los generales de la independencia; los Presidentes de la democracia; dejaron un recuerdo sobre el que se ha de organizar una lección palpitante y viva.

El Ecuador no puede olvidar que fue el antiguo Reino de Quito, y, leyenda o tradición, los scyris viven en la memoria del pueblo, y sabe que tuvieron la invasión del Cuzco, y que Yaguarcocha se tiñó con la sangre de los vencidos.

Y recuerda que la primera guerra en defensa de sus fronteras, fue la de Atahualpa y sus generales que llegaron al Cuzco. La historia no es el acontecimiento de hoy, sino la serie de sucesos de todos los tiempos, que va formando una conciencia en el pueblo. Puede ser que muchos no lean a nuestros historiadores, ni se interesarán en las controversias que se mantengan, sobre tales o cuales hechos; pero hay una verdad que va sobreponiéndose a los libros y a los años, para formar una convicción, la que llega hasta al pueblo, apartada de eruditos tratados, para hacerse viva y sangrante.

### 51.—Caracteres del sistema político de nuestros pueblos prehistóricos

Nota sobresaliente de nuestros pueblos preshistóricos, es su mayor desarrollo del Derecho público que del Derecho privado, lo cual se debió fundamentalmente a que nuestras tribus realizaban con frecuencia pactos y alianzas constituyendo verdaderas federaciones, para la defensa común.

El proceso de individualización, de elaboración de la personalidad, no se había llevado a término en las poblaciones indias, ni siquiera al tiempo del arribo de los españoles. Con cuanta mayor razón habría faltado ese producto social que es la persona humana.

Lo que primaba en nuestras organizaciones político-sociales aborígenes no era el individuo como tal, destacado ya del fondo del conjunto social, sino éste, la comunidad, que era un gran organismo coherente y homogenizado, en el cual cada individuo tenía apenas la valencia de un órgano conexo. Esta, por otro lado, es también la razón, acaso la más poderosa, que justifica la inexistencia de la propiedad individual, territorial, característica de todo régimen-social individualista. Existió, sin duda, cierta especie de propiedad privada, pero familiar; y téngase también en cuenta lo que ha de entenderse en este caso por familia, mejor dicho, propiedad, dominio útil, usufructo de las tierras, cuyo dominio eminente lo tenía el individuo-símbolo, el hombre todo, o sea la comunidad.

E incluso podemos suponer que entre nuestros aborígenes se haya llegado a la forma de propiedad territorial (dominio directo y dominio útil); a pesar de ello, creemos que tal forma no podía ser individual, sino la familiar, por la sencilla razón de que todavía no se daba el individuo.

Ciertamente, no se equivoca González Suárez, cuando escribe que antes de la dominación incásica, "las naciones indígenas ecuatorianas conocían el derecho de propiedad", pero se equivocan los comentaristas y los glosadores cuando creen

que ese derecho era individual, todavía más, con los caracteres señalados por el Derecho Romano. para el concepto jurídico de la propiedad individual de las tierras: de absoluta, exclusiva y perpetua.

La guerra histórica de la conquista de Quito por los incas, el tiempo empleado para vencer la resistencia en combates continuos, la residencia del Inca en Quito, en donde halló el idioma quechua, la religión y las costumbres del Cuzco, como expresión de un origen igual, patentiza sin esfuerzo, que el Reino de Quito no fue un país poblado de tribus, sin organización estatal alguna, sino que el Reino de Quito, con unidad geográfica, con el poder político de los Scyris, mantenía una cultura igual o superior a la incaica.

Y la verdad es, a no dudarlo, que el sistema de gobierno, la vida social, política y económica del Reino de Quito, fue exactamente igual a la del Cuzco, según los Cronistas de la Conquista y la supervivencia de los restos de esas civilizaciones.

Por lo expuesto, nos sentimos autorizados para señalar, como caracteres del sistema político de nuestros más antiguos pueblos, los siguientes: a) Régimen de propiedad agraria colectivista, con la aparición, en ciertas tribus, de la propiedad privada familiar; b) Consecuentemente, sistema de gobierno esencialmente colectivista, aunque aparezca un gobernante, individuo -símbolo-, comparable a un rey; c) Grupos políticos, en parte autónomos, en parte confederados con el grupo central, el Reino de Quito; y, d) Unidad orgánica del conjunto, cuyas partes, coherentemente mantenidas, formaban el todo.

### 52.—El Imperio Incaico

El mayor y más avanzado de los imperios americanos prehispánicos fue el del **Tahuantinsuyo** (cuatro regiones unidas) o de los Incas, cuyos aspectos fundamentales de organización –que fueron, ante todo, aspectos sociales y económicos, tales como la comunidad agraria, la producción intensiva y el sistema de reparto–, sólo han venido a estudiarse, de un modo detenido, durante los últimos años.

El incario es, en efecto, uno de los más grandes hechos de la historia humana. Los pueblos ecuatorianos tuvieron una intensa participación en él, resistiéndolo y combatiéndolo implacable y duramente, al principio, y captándolo y sometiéndolo, luego con Huaina Cápac y Atahualpa, bajo los cuales alcanzó la dominación imperialista una extensión vastísima, de 31 grados geográficos, entre Chile y Colombia, como no lo soñó nunca probablemente el legendario Manco Cápac, crea-

dor de la dinastía incásica y dominador de los **ayllus** del Cuzco.

Por tanto, no puede menos de causar asombro el criterio de algunos historiógrafos que, ayunos de curiosidad o ahitos de un mal entendido europeísmo, pretenden reducir lo que ha sido un largo y rico capítulo de nuestra evolución histórica, a unas cuantas líneas despectivas, escritas para salir del paso, sin detenerse apenas.

Entre nosotros, el estudio de los períodos primitivo e incaico, a los imperativos de orden científico súmanse razones de orden nacional, la de dignificar la historia que poseemos. Nuestra Historia, la Historia americana del mundo indígena, es una Historia sagrada, porque, a más de ser la historia de un pueblo, es la historia de una religión, de una cultura, la historia, en una palabra, del gran espíritu nativo de la América india.

La clave de la civilización incaica es la disciplina absoluta en lo social, en lo político, en lo privado; la monotonía invariable de las castas cerradas, de una religión que los mantenía unidos; de un sistema de gobierno inatacable en su sombra de divinidad; de un pueblo hecho a la obediencia, trabajador, humilde y creyente. Era una sociedad patriarcal, teocrática, tranquila, sin problemas inquietantes; un círculo cerrado que recorrían las generaciones llenas de fe y de amor por el Inca semidios, y satisfechas de una organización que les daba pan y abrigo para todos.

Por eso es que justamente retornar a esa historia es volver al inconsciente fondo psíquico colectivo del Hemisferio Suramericano, es volver a la madre tierra que se hizo espíritu e ideal en las construcciones sociales de los primitivos pueblos.

**El origen incaico**

Desde tiempos remotísimos, en las cercanías del lago Titicaca, situado en la altaplanicie perú-boliviana, vivieron los indios **uros**. Un autorizado investigador, el profesor **Arthur Posnansky**, los señala como procedentes de raza arawaka, raza de la más extendida por la América meridional y de la más antigua. Estos arawakes, o sean los uros, según la denominación moderna asignada a los pueblos indígenas de las cercanías del Titicaca, formaron, con los collas, un consorcio político que, probablemente, llegó a culminar en la estructuración del Tiahuanaco –inmensa área cultural y étnica–, que precedió al incario.

El Tiahuanaco pasó por diferentes etapas de esplendor y de decadencia, no sin dejar, en vastas extensiones de América del Sur, inclusive en territorio ecuatoriano, profundas huellas de su dominación e influencia.

Quizá por causas climatéricas, o sea, por los "cíngulos climatéricos" que implican también "cíngulos culturales", según **Posnansky**, o por trastornos políticos interiores o por efectos de alguna poderosa invasión de otras tribus, desapareció la organización tiahuanaquense, dejando apenas su recuerdo en restos megalíticos y en escombros de ciudades y en fragmentos de una población dispersa y desigual.

Así aparecen los pueblos quechuas y aymaráes, en los que revive el antiguo espíritu de pujanza. Pronto los quechuas desarrollaron una personalidad ambiciosa. Su lengua fue, propiamente, según ellos, el "runa-shimi", o sea la "lengua de los hombres".

Tanto los quechuas, por cierto, como los grupos que debían de extinguir o someter, estaban organizados en "ayllus". Los "ayllus" aymaráes, precisamente, precedieron a los quechuas en la ocupación del Cuzco.

La palabra "ayllu", dice el jurisconsulto y sociólogo boliviano, Bautista Saavedra, no obstante encontrarse en el quechua, pertenece filológicamente al idioma de los aymaráes. El hecho de que aparezca en ambas civilizaciones con el mismo nombre e igual significación así como que su constitución sea la misma, debe aducirse al fenómeno de la absorción por la conquista de las instituciones de los vencidos en la organización de los vencedores; y es conocida históricamente la dominación política que llegaron a ejercer los incas en todo el centro de Suramérica.

### 53.—Esbozo histórico de la norma jurídica y la existencia del Derecho Inca

Obscuro en extremo se presenta el conocimiento del Derecho prehistórico de las diversas razas y pueblos y presto a ser enfocado bajo el peligroso prisma de los postulados sociológicos que se resuelven en hipótesis o interpretaciones sin otra base que el método comparativo. Cada día es mayor el recelo sentido por la ciencia jurídica hacia ese tipo de investigación, habiéndose llegado a afirmar que la Prehistoria es algo que no debe interesar al jurista. Y, evidentemente, hasta hoy es bien poco lo que puede inducirse, en orden a la reconstrucción de los sistemas jurídicos prehistóricos, de los restos conservados de aquella época.

También el llamado Derecho primitivo propio de las fases iniciales de la vida histórica de los distintos pueblos o culturas presenta grandes dificultades de reconstrucción e interpretación por la escasez de datos valorables, que se ha intentado rellenar con la comparación y la supervivencia. Dentro de la inmensa variedad de formas e instituciones adopta-

das por los regímenes de distintos pueblos, distantes entre sí, geográfica y espiritualmente, pueden advertirse ciertos rasgos comunes que la moderna escuela histórico-cultural ha pretendido sistematizar en la teoría llamada de los **ciclos culturales** conectando los hechos religiosos, sociales y jurídicos con los fenómenos de la vida material. Característica destacada de la organización jurídica primitiva es el basarse fundamentalmente en la unidad familiar, que absorbe por un lado la personalidad del individuo y asume por otro la función de unidad social, económica, religiosa y aun política. Es el régimen patriarcal centrado en la figura del más anciano del grupo familiar o gentilicio, ejerciendo sobre el mismo una autoridad múltiple: jefe de la casa y del patrimonio familiar, sacerdote, juez, etc. En estas fases rudimentarias la religión va íntimamente unida a la idea del Derecho. Este es, por otra parte, sobrio, ceremonioso, envuelto en formalidades y simbolismos y aún subsumibles en ellos.

Por otra parte, ninguna sociedad se concibe sin ciertas formas iguales o semejantes a la familia, a la propiedad colectiva o privada y a la autoridad que, de un modo u otro, preside la vida. La mera existencia de estas instituciones, por incipiente que sea, ya indica el alborear del Derecho.

### 54.—Derecho primitivo y costumbre

Se ha dicho que a las normas de las sociedades incipientes no habría que llamarlas leyes sino costumbres, invocando la vieja opinión, según la cual no existe en verdad el Derecho, hasta que no aparece la formulación escrita de sus normas o de los actos mediante los cuales dichas normas se ejercitan. Cabe responder que las costumbres fijas y generalmente seguidas no se distinguen en realidad de las leyes. El Derecho Romano aparece mucho antes de la ley de las Doce Tablas; y en el Derecho consuetudinario se basa gran cantidad de Derechos históricos y actuales, y hasta uno tan solemne e importante como el inglés.

Por otra parte, se ha buscado la distinción que, aun en pueblos primitivos, separa el Derecho y a la costumbre. Según **H. Koning**, en los pueblos primitivos puede llamarse costumbres jurídicas a todas aquellas de las cuales en etapas más avanzadas se han desarrollado normas de Derecho. Puede ocurrir, sin embargo, que las normas jurídicas actuales carezcan de ese antecedente; y que las leyes antes exigidas hayan desaparecido ya. Más aceptable parece, por lo tanto, la línea divisoria que traza **Adam**, basada en el principio de la

"relevancia". Aquellas costumbres cuyo cumplimiento es exigido por una necesidad social, real o imaginaria, dentro de una obligatoriedad concreta, son de hecho, jurídicas. Coincide esta fórmula con la distinción que hace **Malinnowski** entre **norma** y **costumbre**: la primera necesita una especie de poder público reglamentado que obliga al acatamiento, de acuerdo con la opinión general.

### 55.—Derecho primitivo y religión

La intervención de lo religioso aparece muy clara en aquel Derecho. La idea de sanción está allí constantemente envuelta en la idea de lo sobrenatural. En general, el resultado de cualquier asunto es relacionado con la intervención de fuerzas que no son humanas. Se atribuye a los dioses o al dios un poder formidable que premia o castiga, y que es preciso atraer y no provocar; pero ello no indica que, en sí, los seres o el ser privilegiado sean un modelo de virtudes morales. Es decir, si valen es porque son fuertes y nó porque son puros. Pero aunque se haga resaltar vivamente esta mezcla sacro-jurídica, preciso es recordar que sólo circunstancias positivas, o sea socieles, políticas o económicas, dan contenido al Derecho. La sanción religiosa cae sobre la blasfemia o la herejía o el pecado, se hace en nombre de un poder sobrenatural, y actúa automáticamente como expiación o purificación del culpable o de la colectividad. En cambio, la sanción jurídica surge ante el delito y en nombre de las relaciones de unos hombres con otros, aunque unos de esos hombres aparezcan con carácter divino. Por lo demás, es importante marcar en el estudio del Derecho religioso, que los pueblos culturales empiezan bajo la forma de monarquías sagradas, cuyos gobernantes son sucesores o descendientes de un Hacedor que estuvo en la tierra o mandó emisarios suyos; mientras que los pueblos primitivos ignoran esa continuidad cronológica, no otorgan figura humana a sus dioses o descendientes de dioses y tienen un concepto impersonal de la representación litúrgica o sagrada, con la que invisten a la familia, al clan o la aldea. Representada corpóreamente la religión (entre los primeros pueblos culturales) en la persona del gobernante, la religión se pone al servicio del Estado; y una de las formas de la severidad en la represión penal (severidad que es otra de las características de esta cultura), se halla representada por los castigos de los delitos contra la religión.

### 56.—Derecho primitivo y moral

En la época actual, se ha elaborado una diferenciación entre la Moral y el Derecho. Se dice hoy que la presión de la Moral es teórica y pertenece a la esfera de la vida individual, mientras el Derecho tiene como características la sanción o la fuerza para imponer su cumplimiento. Agrégase que el Derecho realiza valores sociales o colectivos, en tanto que la Moral realiza valores individuales.

La sociedad primitiva, en cambio, concibe la Moral como un vivir según las leyes tradicionales de la comunidad. En ella, el campo de lo individual es muy circunscrito y el campo de lo colectivo es muy penetrante. Cuando se define el Estado, esta entidad emerge no solamente sobre y al lado de las antiguas comunidades, sino, en muchos casos, en contraposición con ellas. El Estado y la sociedad se separan y, con ellas se perfilan más nítidamente el Derecho y la Moral, si bien el Estado, en el caso de los Incas, realizó a veces, a su modo, una obra moral.

### 57.—Derecho primitivo y economía

El fenómeno económico se halla en la raíz del fenómeno jurídico. Al fin y al cabo, éste no hace sino cautelar o defender intereses. Y, por otra parte, el desarrollo y las condiciones de la técnica suministran muchos elementos que sirven de material al Derecho; sin que deba olvidarse la significación decisiva que tienen los puntos de vista sobre la importancia de los diversos valores u objetos económicos. Es, sobre todo, cuando emerge la individualización de la propiedad, cuando asumen importancia las riquezas económicas mobiliarias en el trueque interior o en los trueques con el exterior, que el Derecho logra su más amplio desenvolvimiento. Sin embargo, aún entonces abundan las reglas jurídicas sin contenido económico.

### 58.—Importancia de la autoridad en el Derecho

La formación de la vida jurídica ha sido, sobre todo favorecida por los despotismos. Se ha visto aparecer con ellos una autoridad que estaba desligada de todo lazo con el tronco o el clan, con el grupo étnico o con la clase profesional, que no se sentía unida personalmente a los litigantes, y que podía, en consecuencia, hacer equilibrar los argumentos producidos por una y otra parte. Es por este medio solamente que la idea de una "justicia" ha podido hacerse sitio, idea que las sociedades desprovistas de autoridad no conocían en gra-

do igual. Las comunidades primitivas, más pequeñas y homogéneas, no dejan, en efecto, de tener autoridad. Pero ésta reside menos entre las manos de algunos hombres que en la tradición conservada por los ancianos, que tienen el concepto de estar sometidos a ella. Aquí también hay Derecho e injusticia, pero una y otra son de naturaleza diferente. Gracias al reconocimiento moral de personalidades dirigentes, con autoridad poderosa, la costumbre resulta asumiendo un valor de ley y la violencia admitida es elevada al rango de Derecho.

Por lo demás, consolidada la autoridad, llega un día en que ella delega en funcionarios la misión de expresar el Derecho y esta designación da lugar más tarde al establecimiento de reglas generales y a la codificación.

### 59.—El Derecho ante la costumbre, la moral y la religión de los Incas

Interesante es aplicar estas consideraciones previas al Imperio de los Incas.

La norma jurídica aparece en el Estado de los Incas nítidamente, si bien se mezcla, a menudo, con elementos de tipo consuetudinario, religioso, moral y económico.

**Con la simple costumbre** tendió (de acuerdo con lo ya esbozado teóricamente) a confundirse a veces, si bien es identificable la norma jurídica por el carácter coercitivo que, de hecho o que su inobservancia pudo crear; y por su relación con instituciones o actos que pertenecen al Derecho. Llegaron, sin duda, a presentarse entre los Incas casos en que el Derecho se irguió contra la costumbre: cuando fue impuesto "desde arriba", como por ejemplo, ocurrió tratándose de regiones recientemente conquistadas, a propósito del trabajo en las tierras del Sol o del Inca, el tributo humano o en especies, el matrimonio endogámico y monogámico, etc.

Empezó a producirse, al mismo tiempo, la separación o distinción entre sociedad y Estado, para que vayan diferenciándose Derecho y Moral. Cierto es que el Estado de los Incas dio a buena parte de sus normas un contenido ético y elevó a la categoría de deberes públicos los preceptos de no ser ocioso, no ser afeminado, etc. En dichas normas, valores más tarde considerados como puramente individuales, resultaron mirados como sociales y jurídicos. Pero se trata de una confluencia o simultaneidad de calificaciones; y nó de una confusión. Pudo ocurrir, por eso, que determinadas leyes de los Incas resultaran indiferentes a la moral (como es el caso de parte de las disposiciones de orden administrativo, por ejemplo, las divisiones en grupos de diez, cincuenta, cien o mil familas); y aun hubo algunas leyes contrarias a la moral de determina-

das regiones del Imperio, como el empleo de las **acllas** como concubinas. Ocurrió también que normas consideradas hoy desde el punto de vista moral, fueran entonces consideradas exclusivamente desde el punto de vista jurídico, en nombre exclusivo del interés del Estado: por ejemplo, la protección de la monogamia o la persecución de la sodomía.

De otro lado, también es posible afirmar que aquí el **fenómeno religioso no siempre se identifica con el jurídico**, si bien muchas veces coexiste con él. Se comprueba, tratándose de los Incas, la teoría de que, en los primeros pueblos culturales, los dioses, o sus emisarios, toman figura humana y los monarcas son sus representantes o herederos; en contraste con los pueblos naturales, donde los hechos de carácter extra-humanos son más importantes que las personas, los dioses no tienen figura humana y son la familia, el clan o la aldea quienes, impersonalmente, llevan la representación ritual o litúrgica. Puesta entre los Incas la religión al servicio del Estado, el soberano apareció con un poder excepcionalmente solemne, usando insignias veneradas, recibiendo máximos homenajes de acatamiento y disponiendo de un amplísimo poder legislador y judicial. Del mismo modo, se evidencia que toda infracción apareció como una blasfemia o herejía contra el hijo del Sol; y que los delitos de carácter religioso tuvieron una penalidad aun más severa que la normal, nada tenue por lo demás, de acuerdo con el carácter draconiano de este tipo de Estado. Por otra parte, creencias religiosas, como la del "cadáver viviente" o sea de la supervivencia del cuerpo humano en el otro mundo, produjeron consecuencias dentro de la vida netamente jurídica, por ejemplo en la propiedad privada cuyos objetos acompañaron a las momias, por lo cual dichas creencias se relacionan indirectamente con la herencia y con la propiedad.

### 60.—Régimen económico-agrario de la época incásica

La propiedad del suelo pertenecía, en dominio eminente, a la comunidad representada por el Inca. Sin embargo, para los efectos de la distribución de los productos, las tierras se hallaban repartidas en: a) tierras del Sol cuyos productos estaban destinados a satisfacer las necesidades del culto y de los sacerdotes, a las guerras y campañas y cuyo laboreo se hacía en común; b) tierras del Inca cuyos productos estaban destinados a las necesiades del mismo y de la familia real, tierras trabajadas en común; c) tierras del pueblo, que a su vez podían entrar en una de las siguientes categorías: 1º) Tierras de las viudas, huérfanos, ancianos, etc., cultivadas en co-

mún y con preferencia a las otras tierras del pueblo; y 2º) Tierras particulares, parcelas cuyo dominio útil (usufructo) lo tenían los respectivos grupos familiares.

No existía pues la nota característica de todo régimen económico-político individualista: la propiedad privada territorial individual.

Puede decirse que el dominio directo sobre todas las tierras pertenecía al Inca, a la comunidad. En cuanto al usufructo, o sea, al aprovechamiento de los productos (dominio útil) acabamos de ver cómo estaban divididas las tierras.

Podemos entonces concluír que la forma más avanzada en el reparto de las tierras, dentro del proceso sociológico de transición de la propiedad territorial comunal a la individual, constituía la propiedad privada familiar. Para evitar confusiones será mejor emplear el término posesión para esta forma, pues la tierra seguía perteneciendo al Inca, a la comunidad y sólo el usufructo era concedido a la familia. En ningún caso el individuo era propietario de la tierra, porque no había el individuo.

Un tal régimen agrario de carácter colectivo, habida cuenta del valor de la tierra como fuente de riqueza en ese entonces, por fuerza había de determinar un sistema político igualmente colectivista. No importa que aparentemente exista un Soberano al parecer despótico y que ese soberano parezca regular la marcha del Imperio; realmente quien gobierna es el todo; la colectividad se gobierna a sí misma, valiéndose de un medio de expresión simbólico, de una encarnación terrena, de su grandioso **totem solar**: el Inca. Y un sistema de gobierno de esta naturaleza había de caracterizarse, como se caracterizó, por la centralización y el unitarismo.

Prototipo del sistema colectivista fueron los **ayllus** andinos, especialmente incaicos. Su base fundamental fue la **explotación de la tierra.** Cada **ayllu**, para la época de la iniciación del incario, era una agrupación de parientes por consanguinidad, con régimen general de patriarcado; las cuestiones fundamentales que decidían de los destinos del grupo se discutían dentro de él democráticamente, y la autoridad del jefe se convertía así en representativa y definitiva, a la vez.

No había propiedad particular dentro del **ayllu**, y, por lo mismo, los afanes de robar, de acumular o de enriquecerse no existían. El lema de los Incas compendía su espíritu: **Ama sua, ama lluclla, ama quella** (no robes, no mientas, no seas haragán). Este era el saludo cotidiano.

El **ayllu** recibía una porción de tierra, según sus componentes: un **tupu** por cada varón, medio **tupu** por cada hembra (el **tupu** medía 2.608 varas cuadradas). Era común que cada

**tupu** se descompusiera en un lote en el valle (para la siembra del maíz), otro en los andenes de las laderas (en donde florecía la quinua) y un postrero en la cima (para cosechar papas).

Cada hijo es, no sólo capital para el padre. Lo es, asimismo, para el Estado; y éste busca adecuar cada vez más racionalmente la pobre tierra, montañosa y agreste del incanato, al aumento pregresivo de la población. Para ello, concede a cada familia un nuevo **tupu** por cada hijo varón que siendo de igual productividad que la mujer resulta de mayor utilidad para el Estado (por su actitud guerrera).

Esta diferencia, que parece importar una muy marcada, en cuanto al valor económico social del hombre o de la mujer, está, sin embargo, en parte, compensada para el **pater familias** por el hecho de la compra de esa hija, al llegar a los 18 o 20 años, por parte de su futuro yerno. Esta compra nivela por decirlo así, en ocasiones, la diferencia de terreno originariamente obtenido con motivo de su nacimiento.

Para todo padre, dentro de una sociedad estructurada sobre la producción agrícola, los hijos representaban capital, en verdad. La compra de la hija no es, pues, desde este punto de vista, más que una compensación que el yerno debe al suegro en concepto de los brazos que le quita.

El cultivo de la tierra se realizaba mediante un régimen especial de cooperación colectiva. En primer término se labraban las tierras del Sol. La divinidad es la primera, y las tierras le son reservadas para ella y no para los sacerdotes, pues éstos no podían utilizar las cosechas del Sol mas que durante el tiempo en que están de servicio en el templo; y este servicio se realizaba alternadamente. Cuando los sacerdotes no ofician, deben trabajar sus propias tierras y reciben a este efecto lotes como los otros indios. Luego correspondía el turno a las parcelas de las viudas, huérfanos, ancianos, incapaces y las de los soldados ocupados en la guerra. Cada familia debía atender al cultivo de propio terreno, como condición obligatoria para gozar del usufructo, pero ayudándose unas a otras mediante la solidaridad recíproca de los servicios. Por último eran cultivadas las tierras del Inca. Este trabajo constituía el principal tributo pagado al Soberano.

Según Garcilaso de la Vega este orden de cultivos era tan celosamente mantenido que su alteración produjo, alguna vez, la muerte del culpable.

De la misma manera que la tierra, parte del ganado también era distribuído. El Inca era el dueño de los bienes del Imperio y el dispensador de sus beneficios. Así como se entregaba a cada familia su **tupu**, les concedía, en este acto mismo, una pareja de llamas, sustentadoras de su eco-

nomía. No podían utilizarlas para su sustento. Sólo podían matarlas cuando eran viejas. No podían, tampoco, utilizar su leche, pues ésta servía para alimentar a las llamas pequeñas. Debían de esquiarlas y utilizar la lana en el telar doméstico, así como considerarlas como elementos de transporte. Este ganado, conjuntamente con su pequeña habitación y sus reducidos enseres domésticos, constituían todos los bienes propios del hombre del pueblo.

Existía, pues, en la propiedad agraria un sistema de cooperación, en el que latía la más auténtica función social. Repetimos, la tierra no era objeto de propiedad privada; se le concedía únicamente el usufructo sobre ella, como un derecho condicionado por las propias labores agrícolas, pues todo aquel que dejaba de cultivar su lote por espacio de uno o dos años era privado del derecho al uso de la tierra.

Cada **ayllu** subsistía unido en virtud de una necesidad común. Hasta hoy, se les ve superviviendo en las comunidades agrarias mexicanas, ecuatorianas, peruanas, bolivianas, etc. Su vínculo, pues, no era otro que el agrario, al que se agregaba el sanguíneo. El doctor Bautista Saavedra, que ha estudiado detenidamente esta institución, en Bolivia, recuerda que el origen etimológico de **ayllu** es el de boleadora, o nudo en que convergen varias cuerdas. Si bien presentan apariencia de uniformidad, y, en veces, muy a menudo, de origen, su mayor unidad dependía del cultivo de la tierra. Hoy vemos que las comunidades se constituyen o prevalecen en virtud de un interés común, bien sea para cultivar una parcela, bien para apacentar ganados, bien para distribuír el regadío, dando así formas diversas a cada una de estas colectividades; pero, en el fondo, todo ello se reduce a la tierra, madre de todas esas exigencias.

El territorio se dividió conforme a dichos **ayllus**, y, dentro del sistema decimal de los Incas, las unidades de diez, cien, mil, no abarcaban diez, cien o mil individuos sino **diez, cien o mil familias**, de suerte que cada una de éstas estaban consideradas como unidad autónoma.

Tal fué la potencia de esa organización, que al cabo de siglos, después de trescientos años de dominación virreinal y ciento cincuenta años de república, las comunidades conservan aún su vitalidad (no obstante las expoliaciones y deformaciones de que han sido objeto) y son elemento fundamental para cualquier reforma agraria que se pretenda realizar o se realice entre nosotros, ahí donde tuvieren asiento.

Bajo ningún otro régimen, gobernante alguno se preocupó de desempeñar mejor el papel de Estado-providencia. En todas las grandes ciudades, cerca de los grandes centros de producción agrícola del país, existían depósitos fiscales,

constituídos por grandes edificios elevados a la vera de los palacios del Inca. En ellos se guardaban los productos obtenidos de los terrenos del Inca, o de sus ganados, así como la carne hecha **charqui** que no era consumida por los cazadores. Cuenta Cieza de León que en los períodos de escasez el Soberano ordenaba su apertura y el pueblo recibía, por medio de los funcionarios subalternos de la administración, lo que necesitaba para cubrir su décifit doméstico, de la misma manera que solía distribuír parte de sus ganados.

Construyeron los Incas enormes canales de regadío, algunos hasta hoy intactos, pese a que, durante la colonia, el afán de hallar vetas metalúrgicas, produjo la destrucción de muchos de ellos.

Pueblo agrario, a la postre expansivo y conquistador, hubo de cuidar de una estricta vinculación entre su sistema vial, su sistema político, su organización militar, sus prácticas religiosas y su imperio cultural. Hasta ahora se conservan extensos tramos de las carreteras trazadas y ejecutadas por los Incas, en lo que se parecen a los romanos antiguos. Dos fueron sus vías principales, según recuerdan los cronistas que las recorrieron, especialmente Cieza de León: la de la costa y la de la sierra, unidas por multitud de caminos intermedios. En esos caminos había numerosos **tambos** (o puestos) y en cada tambo, corredores (chasquis). Las noticias circulaban así, de chasqui a chasqui en una verdadera carrera de postas.

El examen de las fuentes históricas confirma, por lo demás, el pasmoso desarrollo que entre los Incas alcanzó el concepto y el funcionamiento del Estado, institución típicamente jurídica.

El hecho de haber vivido la cultura inca, como las demás americanas, nó en un pasado remoto sino en el siglo XVI, es decir en una época de pleno florecimiento de la cultura occidental, así como el hecho de haberse desenvuelto con independencia (pues si recibió influencias extrañas fué en sus albores remotísimos), han sido evocados para hacer resaltar la enorme importancia que el estudio de este Derecho alcanza dentro de un plano universal. Para acentuar tales afirmaciones se ha hecho ver la riqueza de elementos que dentro del ambiente cultural americano pre-hispánico y aun dentro del proceso histórico de una cultura pre-hispánica determinada, cabe distinguir la existencia de diversas etapas o estadios históricos jurídicos correspondientes a épocas o procesos distintos que se suceden o se yuxtaponen, al emerger los Estados señoriales.

No es únicamente a través de los argumentos antedichos como puede insistirse acerca de la importancia del Derecho

inca. También puede esgrimirse una prueba que cabe calificar de negativa, por cuanto se refiere no al régimen inca en sí, sino a la actitud de sus enemigos y destructores. El colectivismo que ese régimen mantuvo o extendió, fue tan singular que asombró a los españoles más cultos y lúcidos que de él tuvieron noticias en los días bélicos de la Conquista; y aun en el siglo XVII, algunos economistas españoles, como el famoso Murcia de la Llana, lo presentaron como modelo a aplicarse en su patria. El desarrollo del régimen colectivista de la tierra en España durante el siglo XVII, dice **Altamira,** coincidió con este interés por el colectivismo agrario incaico o fue favorecido por él. Y el Derecho español aplicado a América, es decir el Derecho indiano, como lo evidencian las leyes sobre tributos, mita, comunidades, etc.

### 61.—El Estado incaico

El Estado incaico se presenta con los siguientes caracteres:

1º— Es un estado de tipo teocrático ya que el Inca, o es la Divinidad misma, o hijo de la Divinidad, y en este sentido es semejante al faraón egipcio.

2º— Es un estado despótico, puesto que el Inca es el que ejerece el poder omnímodo sobre los pueblos, todo estaba regulado y previsto, incluso hasta la movilización de los individuos.

3º— Es un estado colectivista, sin que por esto pueda decirse que es un estado comunista, puesto que si bien la propiedad de las tierras era colectiva, sin embargo existían determinadas formas de propiedad, según lo hemos indicado ya, bienes del Inca, bienes destinados al culto, etc. El Estado estaba obligado a velar por la existencia social, todos tenían obligación de trabajar y los súbditos la de pagar tributos.

### 62.—Organización judicial

En cada ciudad o pueblo había tribunales de justicia, compuestos de magistrados que en asuntos de leyes tenían jurisdicción bastante; pero que cuando los negocios o causas eran graves las resolvían jueces superiores, que por lo común eran los gobernantes de los distritos. Estos eran nombrados y removidos **ad libitum** por el Inca y debían sentenciar todo pleito en el término de cinco días y no había el recurso de apelación. Se tomaban medidas muy serias para averiguar si los

jueces obraban o no bien y de vez en cuando se hacían visitas con este objeto por una comisión que al efecto se nombraba. El castigo del juez que dilinquía en su oficio era ejemplar. Debían además los Jueces inferiores dar cuenta mensual a los superiores de las causas que ante ellos pendían, éstos a su vez la daban a los virreyes, para que de allí pasase el conocimiento a los Incas, para corregir los abusos que notase. (Geografía del Perú, Tomo I, Capítulo I).

**63.—Caracteres generales del Derecho incaico**

En cuanto a la forma, se trataba de un Derecho consuetudinario propio, de las fases iniciales de la vida histórica de los distintos pueblos, en que predomina la acción espontánea de toda la colectividad sobre la reflexión consciente, aunque no deba entenderse con ello que faltara experiencia en su formación. Contrariamente, con el desarrollo psicológico, la acumulación de la experiencia y productos de cultura, se pasa a una fase en que predomina la reflexión. La elaboración doctrinal del Derecho corresponde, sin duda, a una etapa más avanzada en la evolución de los pueblos y representa la formación de una clase especial, los juristas, como depositarios e intérpretes del mismo.

Pero esto no debe llevarnos al error de creer que la costumbre consiste en el mero acto sino que su esencia radica en la norma que lleva implícita, de cuya obligatoriedad tienen plena conciencia los sujetos y cuya aplicación en un determinado caso saben efectuar a través de las decisiones o sentencias, debiendo remarcar, desde luego, que así la legislación como la costumbre presuponen esa convicción jurídica, es decir, la conciencia de que las reglas que establecen son necesarias y obligatorias a la comunidad.

En cuanto al fondo, esto es, en lo referente al contenido de las normas, era un Derecho indiferenciado, y no estaba claramente delimitada la esfera jurídica de la moral y la religión, adecuado a sus propios ideales y cultura, pero ofreciendo aún, como nota muy común el principio de relación entre todas las esferas de la vida —religión, moral, Derecho—.

* * *

Así encontró España al Reino de Quito en su integridad territorial, y a Atahualpa, Rey de Quito, triunfante y en posesión total del Reino de los Incas.

Las fronteras amazónicas las conquistó la Presidencia de Quito, fundiendo así la rebeldía de su regia estirpe aborigen con el temple del aventurero castellano.

Para perpetuar —no en el perdurable símbolo del bronce, sino en las eminencias del alma— el magno acontecimiento descubridor del río Amazonas, que constituye el pasado, el presente y el porvenir de la República, y el título histórico y jurídico de los derechos del Ecuador para continuar siendo ribereño del gran río de América, por donde habrá de efectuarse un día la marcha ordenada de la humanidad hacia la realización de sus grandes destinos futuros, el libro tan severo y de documentación tan rica, escrito por Gaspar de Carvajal, Alfonso de Rojas y Cristóbal de Acuña y reimpreso en el Brasil en 1941 intitulado: "Descubrimiento del río de las Amazonas y sus dilatadas provincias" contiene esta frase lapidaria: "Bien podría gloriarse Babilonia de sus muros; Nínive, de su grandeza; Atenas, de sus letras; Constantinopla, de su imperio: que Quito las vence a todas por llave de la Cristiandad y por conquistadora del mundo, pues a esta ciudad le pertenece el descubrimiento del gran río de las Amazonas".

Donación del
DR. ANGEL MODESTO PAREDES
a la E. C. I
Universidad Central


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

## CAPITULO III

# EL COLONIAJE ESPAÑOL

Sumario: 65.—Consideraciones generales.— 66.—Arribo de Francisco Pizarro.— 67.—El nuevo Reino de Quito.— 68.—Capitulación o contrato de Orellana.— 69.—Creación de Audiencias.— 70.—Donaciones a Quito.— 71.—Confirmación de la posesión de Quito. Título fundamental.— 72.—La Misión Geodésica.— 73.—Creación del Virreinato de Santa Fe. La Audiencia de Quito.— 74.—Los Virreinatos.— 75.—Supresión del Virreinato de Santa Fe.— 76.—Restablecimiento del Virreinato.— 77.—La Cédula de 1740.— 78.—Antecedentes de la Cédula de 1802.— 79.—Análisis y discusión de la Cédula de 1802.— 80.—Argumento de las Misiones.— 81.—Sentido y objeto verdaderos de la Cédula de 1802.— 82.—Casos análogos.- 83.—Palabras valiosas.— 84.—El Papado y el Descubrimiento.— 85.—Clamor por la justicia en América.— 86.—Etica colonial española.— 87.—Leyes de Burgos.— 88.—Ordenanzas sobre descubrimiento y población.— 89.—La Fe como base colonizadora.— 90.—Derecho Castellano que se trasplantó a América. Fuentes: A) Fueros Municipales. B) Fuero Real. C) Las Siete Partidas. D) Ordenamiento de Alcalá. E) Leyes de Toro. F) Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla. G) Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla.— 91.—Los Fueros Municipales. Su análisis en cuanto al Derecho civil.— 92.—El Fuero Real. Elementos que le componen y espíritu que le preside.— 93.— Las Siete Partidas. Distribución de materias en las Siete Partidas. Su análisis en cuanto al Derecho civil.— 94.—El Ordenamiento de Alcalá. Distribución de materias.— 95.—Las Leyes de Toro. Análisis de su contenido.— 96.—La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla. Breve análisis de su contenido.— 97.—La Novísima Recopilación.— 98.—La realidad y las leyes: "se acatan, pero no se cumplen".- 99.—Del Derecho Indiano.— Instituciones que comprende el Derecho Indiano: 1ª—Repartimientos y Encomiendas. 2ª—Reducciones y Corregimientos. 3ª—Mitas. 4ª—Obrajes. 5ª—

Tributo indígena.— 100.—Los Repartimientos y Encomiendas. Antecedentes de su constitución; su influencia en muchos sucesos políticos.— 101.—Las Reducciones y Corregimientos. Su carácter general.— 102.—Las Mitas.— Su análisis.— 103.— Los Obrajes.— 104.—Tributo indígena.— 105.—Recopilación de las Leyes de Indias. Breve análisis de su contenido en cuanto al Derecho civil.— 106.—Factores históricos que entraron en conflicto en el Nuevo Mundo.— 107.—Estructura social y política de la Colonia.— 108.—Sistemas de gobierno.— 109.—Creación y Colonia.— 110.—Los Cabildos.— 111.—Funcionarios y procedimientos judiciales.— 112.—La obra de los juristas de la Colonia.— 113.—Pugnacidad de las clases oprimidas.

## LA CONQUISTA

### 65.—Consideraciones generales

Es singular que el feudalismo que iniciaba en Europa su ocaso se embarcara para América. En una tierra nueva, una estructura vieja. Y el feudalismo trasplantado tuvo en América su forma propia: la **encomienda** de indios para el trabajo agrícola; la **mita** para el trabajo minero y el **obraje** para la incipiente industria textil. Desde luego que no es posible hablar del típico fenómeno feudal sino dentro de la relatividad con que se producen los trasplantes históricos.

El feudalismo europeo se resquebrajaba en esos momentos. Comenzaba a aparecer el capitalismo. Ya desde el siglo XIV se encuentra en Europa una forma semi-capitalista: el gremio que organizaban patronos opulentos que eran dueños de materia prima o comerciantes afortunados. No bastaron ya el capitalismo usurario y el comercial que fueron las formas típicas del medievo. Sus energías acumuladas se aplican a la producción industrial. La crisis de la plata que desquició la economía europea de ese siglo —por lo que hoy llamaríamos desnivel de la balanza de pagos— produjo la fiebre minera. Los Fugger y los Welser en Alemania, los Médicis en Italia, activan la iniciación de la era capitalista. Se ponen en explotación las minas de Tirol; las de Bohemia y Moravia abandonadas desde las guerras hussistas; las de Sajonia. Carlos I de España va a casa de Fugger a financiar el dinero que lo convertirá en Carlos V emperador todopoderoso, tan poderoso que ordena al sol que no se ponga en sus dominios. Con el dinero, la fuerza poderosa de la Europa moderna, rompieron las corazas del feudalismo. Ese proceso duró siglos. Se inició

en el XIV, se acentuó en el XV y adquirió acelerado ritmo en el XVI y XVII precisamente por la acción estimulante de las necesidades del mundo colonial.

Y llegaron las carabelas de Colón. Cruzó la raza conquistadora nuestro rico territorio, en el cual debía existir el famoso Dorado que colmaba sus anhelos; plantó en él la Cruz de Jesucristo y el real estandarte de Castilla. Derribaron el imperio azteca y el imperio incásico, sepultando sus tesoros, incendiando sus ciudades. Cada combate era una carnicería inmisericordi. La sangre corrió a torrentes. Pero, al fin, todos cayeron y doblaron la cervíz bajo la mano ruda del ibero.

La codicia, más que el anhelo de gloria y la fe del apostolado, trajo a estas regiones al conquistador; al indio indefenso como al vencido, al uno porque no hizo resistencia, y al otro porque la hizo, se les arrancó la propiedad del suelo, y como éste no pudiera ser trabajado por el blanco, que más gustaba de que para él se trabajara, entre la metrópoli oficial y los conquistadores y colonizadores, se distribuyeron el trabajo del indio desposeído de su tierra. Así la mita y la encomienda no fueron otra cosa que la explotación metódica del infeliz aborigen, y el resguardo que en algo mitigó esa explotación durante la Colonia fue institución que la inconsciencia política de la época republicana destruyó, poseída de un triple error: social, porque puso a merced del rico criollo sucesor del encomendero español una raza envilecida por tres siglos de opresión; político, porque, privados arteramente los indios por esos ricos criollos de sus lotes de tierra, se impidió que ellos mejoraran su condición moral e intelectual y se formara un pueblo que, consciente de sus derechos, los supiera defender; económico, porque la pequeña propiedad se reemplazó con la grande, y las parcelas de tierra, en que hacían los indios los cultivos intensivos, quedaron sustituídas con las grandes haciendas de gamonales poderosos.

Asentada la conquista, vino otra forma de explotación que ya no afectaba sólo al indio, sino también a los criollos descendientes de conquistadores y colonizadores, y que consistió en el establecimiento de impuestos, al cual no presidió principio científico alguno, y en el manejo de la parte de ellos que quedaba en la Colonia, poca o ninguna participación tenían los que los soportaban; de ahí que la aspiración a un cambio de régimen se refería, no a lo político, sino a lo fiscal y económico.

Asegura la leyenda que uno de los últimos incas, Huaina Cápac, tuvo noticias de la audaz aparición de los españoles por las primeras tentativas de Pizarro para penetrar en el Perú desde el Istmo de Panamá. Y el inca pronosticó ate-

rrado que el Imperio del Sol sería destruído por una invasión de "hombres barbudos....."

La profecía no tardó en cumplirse. Atahualpa, el sucesor, cuando se encontró en Cajamarca con las huestes acorazadas y empenachadas de Pizarro, que ascendía Perú adentro, multiplicaba sus ímpetus por la áurea leyenda irresistible. Los indios de Atahualpa, en compactas bandadas, no pudieron resistir con sus armas primitivas a los españoles, efectivamente barbudos y pertrechados con el armamento de la guerra de Flandes. El capitán extremeño se apoderó del Emperador inca. Sin saberlo, pero como Moctezuma el azteca de Méjico, Atahualpa quiso obtener su rescate y aplacar a los invasores con una cantidad fabulosa de oro macizo y deslumbrante. ¡Terrible y contraproducente argumento!. En fin, los españoles, por el oro, con el oro y sin el oro, movidos por una irresistible y fanática decisión histórica que se sobreponía a sus propias intenciones individuales, consumaron la conquista del imperio incoquechúa. Impusieron en él impetuosos, intransigentes, animados por el sentimiento de la fuerza y superioridad, sus costumbres, su religión, su organización social, su sangre y aún la sangre de otras razas.

Y donde antes una raza homogénea había levantado, peldaño por peldaño, siglo tras siglo, una civilización, un Estado, sobrevino un mosaico humano contradictorio, por el cruce de los propios blancos invasores con los indígenas (mestizos), de los indígenas con los negros que llevaran los españoles (zambos), de los negros con los blancos (mulatos) y de los indígenas con los ya mestizos (cholos). Desde Quito, la segunda capital del Tahuantinsuyo, por los valles y montañas, la raza aborigen y solar, perseguida y vencida, fue disminuyendo en número y en importancia hasta quedar reducida a triste reliquia postergada del pasado. No obstante, quedan todavía en el Ecuador remotos descendientes de los incaquéchuas que adoraban al sol antes de la aparición frente a los templos incas de la cruz cristiana. Estos seres de expresión concentrada y recelosa, extraños, son lo único que subsiste, con unas cuantas ruinas gigantes y gloriosas del pretérito de un pueblo arrollado, como tantos otros, por la corriente implacable y contradictoria de la historia.

### 66.—Arribo de Francisco Pizarro

A los treinta y nueve años del primer arribo de Colón a Guanahaní fue descubierto el territorio de lo que es hoy República del Ecuador, por los compañeros de Francisco Pizarro, quien los trajo a la conquista del Perú en 1531.

Para asegurar sus conquistas, los descubridores, al pisar las playas, declaraban tomar posesión en nombre de la Patria y del Rey que hubiera protegido la expedición, no sólo en la costa descubierta sino de toda la tierra adentro, sin fijar límites. Y como lo mismo hacía Portugal por el lado del Atlántico, en el Brasil, descubierto el año de 1500 por Alvarez Cabral, ocurrió que, andando el tiempo e internándose los exploradores de ambos, llegaron a encontrarse en varios puntos del centro que son hoy del Occidente del Brasil y del Oriente nuestro, y tuvieron sus disputas entre las Coronas de España y Portugal, hasta que acordaron sus deslindes.

El año de 1531 arribaron los primeros navegantes españoles a las costas de Túmbez, pasando por el Golfo de los Huancavilcas pero no hicieron acto hostil ninguno, hasta asegurarse de los datos necesarios y traer refuerzos.

El año de 1532 comenzaron astutamente la conquista, después de haber hecho Pizarro anticipada penitencia en la Isla de Gallo, por los pecados que iba a cometer en la conquista —dice el historiador P. Velasco—. Y cayendo de sorpresa en Cajamarca, en donde el noble y confiado Atahualpa descansaba de su última guerra en que había triunfado contra su hermano Huáscar, lo apresaron; sembraron con sus armas de fuego y sus caballos el terror entre las huestes del Inca-Scyri; lo engañaron y traicionaron hasta obtener por sus propios dones la certeza del oro y más riquezas que buscaban; y luego, bajo un falso pretexto de rebelión, a que tenía derecho, lo condenaron a muerte y lo ejecutaron en el mismo Cajamarca.

Facilitado así el avance, en poco tiempo cayó en sus manos y en nombre del Rey de España, toda esa enorme comarca que desde Colombia hasta Chile abarcaba el más poderoso y civilizado imperio de Sud América, colosal señorío del Monarca quiteño.

Sebastián Moyano de Benalcázar avanzó meses después a Quito, capital del Imperio, después de fundada Riobamba; y sobre las cenizas a que la indómita altivez del último general quiteño había reducido a Quito antes de abandonarla al invasor, fundó el Capitán hispano la nueva Quito e hizo separadamente la conquista cuyas agregaciones dilataron sus límites hasta donde nunca habían llegado ni las armas del Inca.

Pizarro, en tanto, se enseñoreaba en el Cuzco, Perú.

Fundáronse luego algunas ciudades, y para ensanchar los dominios y hacer efectiva la posesión tomada desde las costas, así como para descubrir los tesoros que las noticias de los aborígenes y la fantasía de los conquistadores daban por vistos, comenzaron las exploraciones a tierra dentro.

Gonzalo Díaz de Pinedo fue el primero que organizó una expedición al Oriente, en 1538, y para ella fabricó la primera pólvora en Quito Angelo Armendaña, maese de campo. Exploró la región que hoy se llama Napo; avanzó hasta el río Coca y volvió a Quito

**67.—El nuevo Reino de Quito**

Gobierno de Quito empezó a llamare la colonia que luego fue Reino de Quito. Y siendo Gobernador de esa colonia Gonzalo Pizarro, hermano de Francisco, organizó la famosa expedición de 1541, llevando de guía a Pineda. La Historia relata las penalidades de estos intrépidos exploradores hasta llegar al Coca, en donde hicieron una barca que habría de servir después para que el audaz Orellana, fundador de Guayaquil, y que había sido asociado a la expedición, se lanzará en el Atlántico por el Amazonas.

En Diciembre del 41 se embarcó Orellana con 70 tripulantes inclusive enfermos. Llevaba de capellán al P. dominico Gaspar de Carvajal. A los 3 días entraba su bergantín en las aguas del Napo y 5 días después en el Aguarico. En el pueblo **Irimaraes** tomó ceremoniosamente posesión de lo ocurrido; improvisó un horno para hacer carbón y forjar clavos y otros herrajes indispensables para un nuevo barco. En 9 días de viaje el bergantín anclaba el 11 de diciembre de 1542 en el más hermoso y majestuoso río del Sur: el Amazonas.

De Quijos y la Canela se llamó esa región que fue luego erigida en Gobierno. Sus ciudades principales fueron Baeza, Alcalá, Archidona y Avila.

En el mismo año de 1541, Pedro de Vergara conquistaba los territorios orientales del Azuay y de Loja, llamados Yaguarzongo y Pacamuros o Brocamoros. Y Mercadillo y Benavente fundaron la hermosa ciudad de Zamora en esa tierra.

**68.—Capitulación de Orellana**

En 1544 capituló o contrató en España Orellana con el Rey su nombramiento de Gobernador y Capitán General de las regiones que descubriese por el Amazonas, para las cuales trajo el nombre de Nueva Andalucía, impuesto por el Rey, después de haber escuchado sus aventuras y su inopinado viaje en un barquichuelo improvisado.

**Alonso de Alvarado** se internó por Cajamarca después de la muerte de Atahualpa y conquistó Chachapoyas. Entró en Bracamoros y fundó Jerez de la Frontera. Pérez de Guevara conquistó Moyobamba y fundó esa ciudad en 1547. Otro trecho de esa región exploró Diego Palomino y fundó Jaén.

**La Gasca** dió en 1548 el gobierno de Macas a Benavente, quien lo recorrió hasta Gualaquiza, región de la terrible e in-

dómita tribu de los jíbaros. En esas tierras famosas por sus minas, existieron las más opulentas ciudades de entonces: Sevilla de Oro y Logroño, rápidas en su prosperidad y arrasadas luego por los jíbaros, que cargaron con las mujeres blancas a sus selvas, después de incendiar sus villas, que fueron abandonadas por inhabitables con tal vecindad.

Este conjunto nos da los límites, otra vez; pero ya en el poder español, del reino de Quitu, tal com lo heredó Atahualpa hasta Huamachuco, aumentando con las provincias orientales anexas al primer Gobierno de Quito, conquistas hechas bajo los auspicios y auxilios de Quito y nó del Perú; por Capitanes dependientes del Gobierno de Quito.

La Real Cédula de 1542 estableció los primeros límites del Gobierno del Perú, ratificando y reconociendo los derechos del de Quito.

Hasta entonces las conquistas de España no eran sino frutos de los contratos o capitulaciones personales que hacía con sus aventureros marinos y militares, dándoles títulos y derechos y reservándose la Corona sólo la posesión y ciertos tributos en oro y otros productos. Todo era, pues, aventura, abuso, fuerza y laberinto entre gentes incultas, ambiciosas y sin Dios ni ley en estas lejanas regiones, hasta que en 1544 llegó el primer Emisario Regio, Blasco Núñez de Vela, trayendo las primeras Orenanzas Reales y el formal principio de una legislación que llegó a ser, ciertamente, la mejor que de tiempos y distancias podía obtenerse entonces.

### 69.—Creación de Audiencias

Vino la creación de Audiencias, con sus claras limitaciones de territorios, para hacer entidades definidas geográfica y políticamente, confrontando lo posible y cuerdamente las antiguas divisiones de provincias aborígenes unidas por razas y costumbres. Luego la organización administrativa o de jurisdicciones; después la nominación de Virreinatos como gobiernos superiores de las agrupaciones de Audiencias o provincias, quedando siempre intactas como unidades bases y territoriales las Audiencias. Así se estableció el Derecho y el verdadero Gobierno Colonial.

El método uniforme y único dominante en esa legislación fue siempre la división fundamental por Audiencias. Y en cuanto a nosotros, en los dos Reinos del Cuzco y Quito que España encontró reunidos bajo un solo cetro, pero que luego supo habían sido dos, inteligentemente deslindados por el poderoso Huaina Cápac. Sólo las Provincias Mayores, las Audiencias, fueron las divisiones de distritos o territorios. Las sucesivas conquistas iban haciendo crear otros virreinatos.

**70.—Donaciones a Quito**

Así como por Ramírez Dávalos le dió el Rey a Quito el Gobierno de Quijos y Canela con 20 leguas por 200, le dió en 1556 los de Yaguarzongo, Bracamoros y Macas por Juan Salinas, con 200 leguas al Oriente, "para que las conquistara y fundara ciudades y villas".

El 57 fundó Valladolid, Santiago de las Montañas, Loyola y Neiva y emprendió su expedición famosa como la de Orellana. Pasó al Pongo de Manseriche, recorrió el Amazonas, pasó al Morona y al Pastaza hasta la laguna Rimachuma; exploró el Guallaga, remontó el Ucayale, atravesó las pampas del Sacramento y los Altos Pajonales hasta llegar a las regiones orientales del Cuzco, tardando en su vuelta a Loja año y medio.

**71.—Confirmación de la posesión de Quito**

Explorado y conquistado así el territorio de Quito desde la Cordillera hasta el Atlántico por Orellana; desde Quijos hasta el Cuzco y Puno por Salinas, todo por exploradores de Quito y para ensanche de Quito, le fue confirmada a éste su posesión por la Real Cédula de 1563, así:

**Título fundamental**

"Tenga por DISTRITO la Provincia de Quito y por la Costa hacia la parte de la ciudad de los Reyes, hasta el puerto de Paita exclusive, y por la tierra adentro hasta Piura, Cajamarca, Chachapoyas, Moyobamba y Motilones exclusive, incluyendo hacia la parte susodicha los pueblos de Jaén, Valladolid, Loja, Zamora, Cuenca, La Zarza y Guayaquil, con todos los demás pueblos que estuvieren en sus comarcas y se poblaren; y hacia la parte de los pueblos de La Canela y Quijos, tenga los dichos pueblos con los demás que se descubrieren; y por la Costa hacia Panamá hasta el puerto de Buenaventura inclusive, y la tierra adentro a Pasto, Popayán, Cali, Buga, Champanchica y Guarchicona. Con la Audiencia de Granada y con la Tierra Firme parta término por el Septentrión, y con la de los Reyes por el Mediodía, teniendo Poniente la Mar del Sur y al Levante "provincias no pacificadas ni descubiertas".

Así quedó deslindado el Reino de Quito del de Perú, si bien el antiguo reino de Atahualpa, que su padre fijó hasta Huasmachuco, quedaba cercenado en favor del que había sido de Huáscar; debido, tal vez, a los empeños del Virrey del Perú, encariñado allí, y por ser tenido el Perú por más importante por sus riquezas, aunque muchas iban a España en su nombre solamente. Por eso se decía allá para ponderar un gran valor:

Esto es un Perú. Vale un Perú. Claramente circunscrito quedó, y firmemente fundado por la suprema voluntad de España,nuevo único señor y dueño de sus conquistas, el territorio futuro del Ecuador, entre las Reales Audiencias de Santa Fe, Panamá y Lima. Esas Cédulas, títulos fundamentales, han sido la base respetada por todas las nuevas nacionalidades al fundarse independientes de la madre España. A esos límites dados con pleno derecho, innegable, y acatado por todo el mundo, se sujetaron las hijas: Panamá, la más nueva, a su Cédula se acogió al desprenderse de Colombia, y el Perú fué el primero en acatarla y apoyarla para Panamá.

En esta Cédula está terminante la facultad especial dada a Quito para hacer suyas "las provincias no pacificadas ni descubiertas hasta entonces", y está muy clara la expresión de TERRITORIO como base indispensable de la Audiencia.

**Confirmaciones**

Al Sur de Motilones, en márgenes del Guallaga, está el Cerro de la Sal, perteneciente al que era gobierno de Lamas, fijado como punto colindante por las Cédulas, entre las Audiencias de Quito y Lima. Fue disputado un tiempo entre las gobernaciones de Borja y Lamas hasta que el Virrey lo decidió en favor de Borja, declarando, además, que le tocaba a Borja las naciones de indios que se descubriesen en él, y por consiguiente el Cerro de la Sal.

La Real Cédula de 1683 ordena al Presidente de la Real Audiencia de Quito, Lope de Munive, que la reducción de los indios galles toca a los jesuitas de Quito, y que se les ampare en su posesión y que puedan continuar sus reducciones en el Marañón "hasta la parte donde les facilitare su celo y aplicación".

El año de 1656 había resuelto el Virrey del Perú que el Gobierno de Mainas, dependiente del de Quito, "debía comprender la ciudad de San Francisco de Borja y todas las provincias, naciones y ríos donde los religiosos de la Compañía de Jesús estuvieren fundando las misiones". Y como los misioneros desde años antes habían extendido sus trabajos en la zona del río Ucayali, el Gobierno de Mainas comprendió, según esta decisión, el río Ucayali todo. Y así lo alegó Bolivia en un juicio arbitral por fronteras con el Perú.

El Padre **Richter** penetró por el Ucayali el año de 1686, hasta la región de los Conivos, y en la unión de este río con el Pachitea, fundó la Misión de San Miguel de los Conivos. En la misma época los P. P. Franciscanos de Lima, en compañía del Corregidor de Jauja, Don Francisco Delzú, hicieron una expedición hacia esas regiones y llegaron al río Perené y

fundaron el puerto de San Luis. Siguieron navegando y llegaron al pueblo de Conivos en Septiembre de 1685.

Es de advertir que desde 1673, en vista de los fracasos anteriores para penetrar en la cordillera por el lado oriental, habían cambiado de rumbo estos franciscanos y fueron a dar con un sitio arriba de los altos pajonales del Ucayali, y en 1673 dieron con los indios Campas cuyas tierras habían ya anexado a su Audiencia los quiteños. La llamaron Santa Cruz, pero al año la abandonaron como las otras. Volvieron en 1681 y avanzaron hacia el curso superior del Ucayali, regresaron a San Luis y volvieron a Lima por recursos para una expedición más formal. En esta tercera incursión fue que se encontraron con sus predecesores los jesuítas de Quito. Navegaron de nuevo el Ucayali hasta Conivos, fundado por los jesuítas de Quito, y sentaron acta de posesión desde San Luis de Perené, todo el Ucayali hasta San Nicolás de los Conivos, que ellos llamaron San Miguel, poniendo un lienzo de ese Arcángel en la capilla existente levantada por los jesuítas.

Sea convencidos del despojo que hacían, sea derrotados por la hostilidad de los indios que sólo a los jesuítas obedecían, tuvieron que regresar al puerto de San Luis, fundando en el trayecto la Misión de Camarinague en el río Paro. La invasión franciscana estimuló a los jesuítas y el más entusiasta de ellos, el P. **Richter**: redoblaron sus trabajos y fundaron rápidamente hasta nueve pueblos de conversos en el Ucayali.

Los franciscanos se fueron a Lima a provocar un litigio contra los jesuítas, alegando abandono, ser ellos los primeros ocupantes y que se les dieran todas las misiones del Alto Ucayali. Don Melchor de Navarra y Rocafull, Duque de la Palata, Virrey del Perú, organizó el proceso, y en 1687 resolvió que los jesuítas de Quito tendrían derecho hasta el pueblo de Conivos, inclusive, y los franciscanos de Lima hacia el Sur, desde dicho pueblo exclusive. Esta resolución la confirmó el Supremo Consejo de Indias en 1691.

Los jesuítas, por medio del P. José de Cases, habían apelado ante el Consejo de Indias de una resolución del Virrey de Lima en punto de misiones, favorable a los franciscanos, y en 1689 el Rey Carlos II declaró en Real Cédula: "Que las misiones y reducciones del alto y bajo Ucayali, hasta los pajonales donde habían llegado las conquistas del P. Richter, pertenecían a los misioneros jesuítas de Quito; y en consecuencia, que si los jesuítas hubiesen sido desposeídos, fuesen luego repuestos". Esos pajonales hasta donde llegó Richter están cerca de la confluencia del Jauja con el Apurímac. Esas conquistas avanzaron hasta el Callao. Punto actual, hasta la unión de las cabeceras del Ucayali y el Madre de Dios, en límites de Bolivia.

## 72.—La Misión Geodésica

Los sabios españoles Ochoa y Jorje Juan, miembros de la Misión Geodésica que Francia envió en 1736 a medir un arco del meridiano terrestre, y en cuyo recuerdo se erigieron las columnas de Caramburo y Oyambaro, presentaron un Memorial al Rey de España en que ratifican los límites de la Real Audiencia de Quito, con pleno conocimiento, pues habían viajado por ella "de Santa Fé de Bogotá a Piura y Chachapoyas de N. a S.; todo Mainas en el Marañón hasta el límite de la conquista de Portugal y de España por el Oriente; y desde Túmbez en la ensenada de la Puná, hasta Atacames en la Gorgona, con 200 leguas de N. a S. y de E. a O., todo lo que se ensancha la América desde la punta de Santa Elena en el Pacífico hasta la línea meridiana limítrofe de España y Portugal". Y describen y nombran los cinco Gobiernos de la jurisdicción y todas las Misiones fijando los límites del Sur puestos por los misioneros de Quito, conquistadores de ese país.

**Antonio de Alcedo** confirma los mismos límites y da 600 leguas de E. a O., hasta el límite con el Brasil, desde el río Negro hasta Piura y Chachapoyas y desde Machala hasta el Marañón adentro.

La "RELACION SOBRE LIMITES", del Fiscal de la Real Audiencia de Santa Fé, Francisco Antonio Moreno Escandón, hecha por orden del Virrey Mesía de la Cerda, quien la califica de exacta y a su autor de instruído en la materia, da los mismos límites y enumera, como Ochoa y Jorje Juan, los gobiernos de Atacames, Popayán, Jaén de Bracamoros, Mainas, Quijos, Macas, la Canela y todas las misiones del Pastaza, Morona, Bombonaza y Curaray, Jaén y Yaguarzongo y muchas ciudades y villas.

## 73.—Creación del Virreinato de Santa Fé.— La Audiencia de Quito

La Audiencia de Quito se había erigido en 1563. Ciento veintiseis años rigió esa Cédula y en 126 años los hijos de Quito y sus misioneros usaron a conciencia de ese permiso, con fe y cariño, para engrandecer su territorio en provecho de Quito y de la Corona.

Labor tenaz, valerosa y abnegada hasta conquistar lo que los mismos aborígenes de **Quitu** no habían hecho por los obstáculos insalvables que la naturalea les oponía. Comprando con su sangre y su dinero, de vara en vara; sembrando la civilización y la paz; regenerando razas irreductibles; fundando poblados a cada paso; sepultándose vivos en esas inholladas

selvas a sufrir toda clase de inclemencias, más sensibles para el civilizado; enriqueciendo a las ciencias y a las artes con sus estudios y descubrimientos, sus libros y sus mapas. Así: con todo lo que la abnegación, el valor y la fe sugirieron y hacen soportar, así hicieron los quiteños legítimamente suya, aunque no tuvieran otro derecho escrito, la vasta y rica parcela que les cupo para laborar en el enorme patrimonio de la España descubridora de un mundo. Esa innegable posesión de hecho y de derecho, fue la que le confirmó y robusteció España, consecuente con su Cédula, por la real mano de Don Carlos II, en 1689.

**74.—Los Virreinatos**

El gobierno colonial que España fundó en su Corte para la administración de sus colonias, definía claramente cada entidad que, según su objeto o importancia, tenían nombres de Virreinatos, Reales Audiencias, Presidencias, Corregimientos, Obispados, Gobiernos, Reducciones, etc., etc., a fin de que cada Audiencia, estimulada por su relativa independencia y su aliciente de propiedad y garantías, se desarrollara en toda su amplitud en bien propio y de la Corona.

Pero para la representación de la unidad soberana, de la facilidad y la unión, nombraba un alto empleado que con el título de Virrey o Vice-rey, supervigilara cada circunscripción llamada Virreinato, que era una especie de federación o conjunto de Audiencias; pero respetando y haciendo respetar las reales decisiones relativas a cada cual, y dando cuenta o consultando en cada caso importante reservado a la decisión del Soberano y del Real Consejo, y siempre conservando indemne la propiedad territorial fundamental de cada Audiencia.

En esta forma estaba la Audiencia de Quito subordinada al Virreinato de Perú, hasta que por Cédula del 26 de mayo de 1717 se fundó el Virreinato de Nueva Granada y se le asignaron los territorios de: "Toda la Provincia de Santa Fe, las de Cartagena, Santa Marta, Maracaibo, Caracas, Antioquia, Guayana, Popayán y la **Presidencia de Quito** con todo su territorio, y que "con los términos que en ella se comprenden, se agregue, como desde luego agregó a la Audiencia de Santa Fe del Nuevo Reino de Granada.— Fecha en Segovia, etc.".

**Su primer Virrey**

La misma sacramental advertencia de su jurisdicción y su TERRITORIO dice el nombramiento del primer Virrey que se le dió: Don Antonio de la Pedroza y Guerrero.

**75.—Supresión del Virreinato de Santa Fe**

Sólo seis años duró este primer Virreinato. En 1722 el Rey restituyó el anterior estado político, y la Presidencia de Quito volvió a subordinarse al Virreinato del Perú; pero sin alterarse en nada su constitución como Audiencia: "Y que el gobierno de ese Distrito (Quito) **vuelva a correr según su antigua planta,** como está prevenido por las leyes y debajo de las reglas que se han gobernado antes de la creación del Nuevo Virreinato".

Quito volvió con toda su propiedad y sus derechos intactos a adscribirse al mando del Virrey del Perú, como antes al de Santa Fe, sin perder su entidad en ningún sentido; sin confundir, ni refundir, ni aniquilar SU TERRITORO dentro de ningún otro mayor.

**76.—Restablecimiento del Virreinato**

También duró poco esta adjunción. En 1739 se restableció el Virreinato de Nueva Granada con los mismos territorios que se habían determinado en la Real Cédula de 26 de mayo de 1717, y siempre advirtiendo: "Que subsistan las Audiencias de Quito y Panamá como están "—(con todo su territorio y jurisdicción)"— "Y en todo y por todo con las solas y mismas facultades e igual conformidad en que se hizo la adscripción al Perú, se hacían ahora al de Santa Fe, esto es: en cuanto a mero gobierno, superior en nombre del Rey, sin cercén de límites, facultades ni derechos, pues quedaban intactas y en plena fuerza sus Cédulas de 1563 y 1689".

**77.—La Cédula de 1740**

Vino esta Real Cédula un año después de restablecido el Virreinato de Nueva Granada a dar nuevos límites de una manera clara, precisa también, aunque derogando los derechos anteriores de Quito. Estos límites son: "Partiendo desde el Túmbez en la costa del Pacífico, sigue la línea por las serranías y demás cordilleras de los Andes por la jurisdicción de Paita y Piura hasta el Marañón, a los 6 grados y 30 minutos latitud Sur y la tierra adentro, dejando al Perú la jurisdicción de Piura, Cajamarca, Moyobamba y Motilones; y por la cordillera de Jeveros atravesando el río Ucayali, a los 6 grados de latitud Sur hasta dar con el río Javarí o Jaurí en la confluencia del Carpi; y las aguas de éste al Solimoes o Amazonas y las de éste abajo hasta la boca más occidental del Caquetá o Yapurá, en que comienzan los limites con el Brasil".

Mucho modificó la demarcación primitiva esta Cédula; pero desde el Pacífico hasta Motilones, o sea hasta el Guallaga,

la línea va igual a la antigua, sin introducir más reforma que la de fijar de modo preciso el río Túmbez como límite entre los dos Virreinatos. Y como allí se incluyen para Quito los territorios de Jaén, la Cédula fija el grado 6 y 30 minutos para incluír Querocotillo, pueblo de Jaén. El resto varía visiblemente la antigua línea de Quito, reduciéndola al grado 6½ de latitud y a la conjunción de los ríos Carpi y Yavarí.

Conforme a esta Cédula fue que trazó su mapa Francisco de Requena.

**78.—Antecedentes de la Cédula de 1802**

La primera fuente de interpretación de la Cédula son los informes de Requena que se concretan a tres proposiciones:

A) Que convenía para el fomento de las misiones que el **Gobierno y Comandancia General de Mainas** dependiese del Virreinato de Lima, segregándose del de Santa Fe del Nuevo Reino de Granada **todo el territorio** que las comprendía.

B) Que las misiones de ese Gobierno de Mainas se entreguen al cuidado de los franciscanos de Ocopa, "evitando que estén asistidas por los religiosos de la Provincia y Diócesis de Quito, y

C) Que se erigiese un Obispado en esas regiones, sufragáneo del Arzobispado de Lima".

**Conozcamos la Cédula**

Fue expedida el 15 de julio de 1802, en Madrid, y dice así en la parte resolutiva:

"He resuelto que se tenga por segregado del Virreinato de Santa Fe y de la Provincia de Quito y agregado a ese Virreinato —(el del Perú)— el Gobierno y Comandancia General de Mainas con los pueblos del gobierno de Quijos, excepto el de Papallacta, por estar todos ellos a las orillas del río Napo o en sus inmediaciones, extendiéndose aquella Comandancia General no sólo por el río Marañón abajo, hasta las fronteras de las colonias portuguesas, sino también por todos los demás ríos que entran al Marañón por su márgenes septentrional y meridional, como son Morona, Huallaga, Pastaza, Ucayale, Napo, Yavarí, Putumayo, Yapurá y otros menos considerables, hasta el paraje en que estos mismos por sus saltos y raudales inaccesibles, dejan de ser navegables; debiendo quedar también a la misma Comandancia General los pueblos de Lamas y Moyobamba, por confrontar en lo posible la jurisdicción eclesiástica y militar de aquellos territorios".

"A cuyo fin os mando, que quedando como quedan agregados los gobiernos de Mainas y Quijos a ese Virreinato, auxiliéis con cuantas providencias juzguéis necesarias y os pidie-

ra el Comandante General y que sirvan en ellos, no sólo para el adelantamiento y conservación de los pueblos, y custodia de los Misioneros, sino también para la seguridad de mis dominios, impidiendo se adelanten por ellos los vasallos de la Corona de Portugal, nombrando los cabos subalternos o tenientes de Gobernador que os pareciese necesarios, para la defensa de esas fronteras y administración de justicia".

"Así mismo he resuelto poner todos esos pueblos y misiones reunidos a cargo del Colegio Apostólico de Santa Rosa de Ocopa, de ese Arzobispado. Igualmente he resuelto erigir un Obispado en dichas misiones.....

Debiendo comprenderse el nuevo Obispado de todos los ríos de Guallaga, Ucayale y por los caminos de montañas que sirvan de entrada a ellos, y están en la jurisdicción del Arzobispado de Lima; de los curatos de Lamas, Moyobamba y Santiago de las Montañas, pertenecientes al Obispado de Trujillo; de todas las Misiones de Mainas; de los curatos de la provincia de Quijos, excepto el de Papallacta; de la Doctrina de Canelos en el río Bombonaza, servida por padres Dominicos; de las Misiones de religiosos Mercedarios en la parte interior del río Putumayo perteneciente al Obispado de Quito y de las Misiones situadas en la parte superior del mismo río Putumayo, y en el Yapurá, llamadas de Sucumbíos que estaban a cargo de los Padres Franciscanos de Popayán".

Como ya queda indicado, los antecedentes de esta Cédula fueron las inspiraciones de Requena, quien había pedido **de modo expreso la segregación del territorio,** que era quizá el camino de su plan de virreinato. Pero el Rey, después de mencionar textualmente esta indicación de Requena, se limitó, en la parte resolutiva de la Cédula, **a segregar** del Virreinato de Santa Fe y de la Provincia de Quito **el Gobierno y la Comandancia General de Mainas,** agregándose al Virreinato de Lima; "pero sin segregar territorio; sin satisfacer en este punto a la solicitud de Requena".

**Clara distinción**

Pero tanto Requena en su informe, como el Rey en la Cédula, distinguen de manera muy clara y expresa: **"la simple** segregación del Gobierno, y la **segregación del Gobierno con segregación del territorio.** Requena pidió una y otra segregaciones; pero el Rey, después de que en la primera parte de la Cédula expresa que Requena **ha pedido las dos segregaciones,** la de **Gobierno y la de Territorio,** sólo ordena, en la parte resolutiva, que se efectúe la primera".

Esto bastaría —dice el señor doctor don Clemente Ponce— para persuadir de que la Cédula del 15 de Julio de 1802 no reformó la división territorial entre los dos Virreinatos.

### 79.—Análisis y discusión de la Cédula de 1802

Para ponerse al par con la antigüedad de que nuestro derecho arranca, suponen nuestros contendores que los descubrimientos en nuestro Oriente les pertenecen: afirman que los recursos para las expediciones los dió el Perú y que los descubridores obraron por autorización del Virrey Pizarro; que en nombre y por delegación de éste y los demás virreyes del Perú fue que gobernaron dichos conquistadores; y que, por tanto, por derechos de conquista y primera ocupación, al Perú corresponde la propiedad.

Vacas Galindo destruye prontamente este argumento con el hecho innegable de que, cuando el arribo español, Atahualpa era único señor y dueño de un solo reino que se extendía desde Colombia a Chile; dueño por herencia y por conquista, incluso en la herencia la tierra que fue el primer asiento del conquistador español; y así la deducción recta sería: que los españoles descubrieron y conquistaron ese Oriente con los recursos que les dió el Imperio de Atahualpa y bajo la orden de Pizarro, conquistador de la única monarquía indiana que dominaba el rey de Quito, a cuyo territorio tenían que acrecer esas conquistas y bajo su nombre incorporarse. Además, los españoles no eran peruanos, ni peruanos los 4.000 indios y todos los bastimentos llevados por Gonzalo Pizarro desde Quito, ni los que llevaron Orellana ni los sucesivos; muchos de los cuales de su propio peculio, con sumas que la historia conserva ,las hicieron.

Hay más: los primeros lugares ocupados por españoles fueron: Guayaquil, Túmbez, Piura, Cajamarca, todos propiedades del rey de Quito, indivisos de su único reino; y si la primera ocupación dió el derecho a España, siendo esta primera ocupación de provincias quiteñas, los nuevos descubrimientos en ellas a Quito tenían que acrecer, naturalmente.

Nadie dió mayorazgo ni primogenitura al Perú para suceder a España en sus colonias; y si tal derecho hubiera sería de Ecuador, único señor y dominador con su Inca-Scyri de lo que era Perú cuando vino la conquista, y no de su tributario y subyugado.

### 80.—Argumento de las Misiones

Para ponerse al par del otro derecho: la conquista por las Misiones, lo acoge también pero altera los textos de los documentos y se los asigna para sí con el mismo sistema de Requena, diciendo que los primeros mensajeros de la civilización cristiana en el Oriente **Peruano**, compañeros de los conquista-

dores, fueron españoles y peruanos; y que uno de éstos, el P. Francisco Ponce de León, recorrió y catequizó la mayor parte del alto Marañón; y que los franciscanos de Ocopa evangelizaron en la parte sur del río. Que son suyas las misiones de 1640 a 1684, de los jesuítas de Quito, y escapa de las rectificaciones a favor de éstos hechas en las Cédulas de 1761 y de 1772 que fijan la sede del Vicario en Laguna, dependiente de Quito, para concluír diciendo que no tuvieron efecto por la expulsión de los jesuítas.

Está probado que los primeros y más avanzados misioneros fueron enviados de Quito, y para Quito sus conquistas. Sus misiones duraron 130 años; sus avances fueron hasta las lindes del Cuzco y Puno, y fueron 161 misioneros mandados de Quito, gran parte de ellos quiteños, cuyos nombres y cunas conserva la historia; y los demás eran bávaros, alemanes, italianos, etc. El Colegio de Ocopa no se fundó sino después de 1724 y se habilitó para misiones en 1764. Ninguna misión del Perú comenzó antes de 1613 ni llegó siquiera al pie de la cordillera por el Oriente.

La única, por primera vez y aislada, fue la de franciscanos que entró por Guánuco, se quedó al pie de la cordillera y se extinguió. Todo esto documentado por los mismos P. Amich y Gómez de Agüero, del convento de Ocopa, historiadores de misiones peruanas, y confirmado por el Marqués de Bajamar que en 1792 informaba: "que jamás las misiones de Ocopa salieron de sus límites para pasar a otras jurisdicciones. Que las misiones de Mainas son de la Provincia de Quito y que, por tanto, sería propasarse los de Ocopa a lo que no les corresponde, si avanzaran a la Gran Cocama o misiones de Mainas".

Si hasta 1792, según este informe, no habían salido nunca misioneros peruanos, mal pudieron ser los PRIMEROS, en el Oriente y menos en el ya conquistado por los jesuítas desde el 631. Describe el mismo Amich tan inaccesible el oriente de la cordillera, que da por causa y por imposible el acceso de misiones y hasta la emigración de los mismos aborígenes occidentales, aun en los tiempos de los Scyris e Incas, deduciendo de allí el por qué en los primeros 100 años del coloniaje no se lee haber entrado religioso alguno a la espiritual conquista.

El P. Ponce de León, mercedario, nunca fue misionero del Perú: fue uno de los compañeros de Diego Baca de Vega y del clérigo Alonso Peralta-dice González Suárez—, el cual entró llevando la jurisdicción espiritual en nombre del Obispo Santillán de Quito. Y consta que Ponce de León estuvo en Mainas en 1662 y fue quien dijo la primera misa en la fundación de San Francisco de Borja para el Obispado de Quito.

Don Diego Baca de Vega, lojano, fue el fundador de Mainas, en 1618. La autorización y el título los pidió a don Francis-

co de Borja, Príncipe de Esquilache, virrey del Perú. Se los otorgaron; pero tras grandes esfuerzos y años de fatigas fracasó su conquista, y para recuperarla ocurrió al Gobierno de Quito, obtuvo jesuitas misioneros y así logró restablecer y asegurar su gobierno que luego fue adjudicado al de Borja, o sea al de Quito.

Efecto pleno tuvo el decreto de adjudicación de 1761 del que quiere escapar el Perú: los jesuitas expulsos salieron de Mainas, el 68, y la Real Cédula del 72 dispone que se rija Mainas como las misiones de Paraná y Uruguay, prohibiendo **entremeterse**-es la palabra— al Perú en ninguna clase de jurisdicción del Obispado y la Real Audiencia de Quito. Desde antes de la llegada de la Cédula ya estaba allí de Superior de misioneros en Mainas el P. Echeverría, que llevó 27 compañeros y en 1763 se estableció en Laguna.

La tesis desarrollaba por el Dr. Vásquez como réplica al **único** argumento en que, llamándolo tal, se apoyaba el Perú desde que se propuso no cumplir el Tratado del 29, es ésta: "La Cédula de 1802 no segregó territorio, sino que organizó servicios administrativos. Ni hizo una total desmembración de éstos, sino una simple separación de algunos de esos servicios administrativos, poniéndolos bajo el cuidado del Virrey de Lima, para que les prestase el debido auxilio".

### 81.—Sentido y objeto verdaderos de la Cédula de 1802

Toda la legislación española colonial era uniforme y clara en distinguir el **territorio** de la **jurisdicción** ejercida en él; pues unas cosas son desmembrar, anexar, segregar territorio, y otras dar empleos, administración, poder de gobernar o administrar: **jurisdicción**, en una palabra. Por eso unas Cédulas eran expresamente expedidas para dar o quitar territorios y otras para dar o quitar territorios o disminuír o extender **jurisdicciones.**

Toda nación, dentro de sus límites, hace divisiones territoriales convencionales para el desempeño de su gobierno, y las subdivide según su sistema y según los objetos y los ramos, para establecer las jurisdicciones militares, civiles, eclesiásticas, penales, marítimas, etc., etc. Y esa jurisdicción puede extenderse a dos o más secciones territoriales y a uno sólo, o muchos, o todos los ramos, sin que esto signifique ni aumento para unos ni disminución para otros, de territorio. Las Cortes de Justicia ejercen su jurisdición en más de una provincia; las Jefaturas de Zonas Militares abarcan zonas, propiamente; y nada de esto altera el límite territorial de las sometidas a su jurisdicción.

## 82.—Casos análogos

Seis años antes de esta Cédula se nombró a Diego Calvo Gobernador y Comandante de Mainas. Se posesionó en Quito y para ellos presentó sus dos títulos: el de Gobernador y el de Comandante, que acreditaban sus dos jurisdicciones. Nada más ni menos otorga la Cédula de 1802 al Virrey del Perú que a Calvo; luego en ninguno de los dos casos hubo adición ni segregación de territorio.

El Virrey de la Concordia quiso en 1803 arrogarse el mando de la provincia de Guayaquil, a pretexto de estar autorizado por un Decreto Real que obtuvo la Junta de Fortificaciones de América. Reclamó Quito, y el Rey expidió una Cédula en 1819 reprobando esa conducta y declarando que en ese Decreto se había "concedido solamente **jurisdicción y superioridad** en lo respectivo a la defensa de la ciudad y puerto de Guayaquil, mas nó en asuntos de justicia civiles, ni criminales, ni de hacienda; ni de dicha ciudad ni su provincia que corresponde privativamente a la Audiencia de Quito, **por ser su distrito**".

Ni más ni menos dice la Cédula de 1802:

El abuso del Virrey sobre Guayaquil se basó en el texto decretal que decía: "que el Gobierno de Guayaquil debía depender del Virreinato del Perú y no del de Santa Fe". Y si esto fue lo aclarado y lo reprobado de modo tan completo, claro es que nunca estuvo en la mente de los monarcas el llamar **gobierno al territorio**, como pretende el Perú.

Muchísimos casos hubo en el gobierno colonial, en que el Rey segregaba de unas entidades políticas ramos de jurisdicción y gobierno para atribuirlas a otras, por motivos de conveniencia o necesidad, sin que ello trajera reforma en la asignación territorial, fundamental, ni pueda ser tomado en cuenta para las limitaciones de los nuevos Estados que aceptaron como **principio** fijo de su existencia política las demarcaciones coloniales.

## 83.—Palabras valiosas

El doctor Carlos Wiesse, ilustrado jurista peruano, dice estas veraces y valiosísimas palabras: "Debe distinguirse entre las Reales Cédulas de **demarcación definitiva**, denominadas así con propiedad, y aquellas otras que **sólo separan de un Virreinato o Capitanía General, el Gobierno político, la administración, la defensa militar, o cosa parecida.** Es decir, que el Rey de España unía unas provincias con unión real y otras sólo con unión personal".

## 84.—El Papado y el descubrimiento

No bien conocida en Europa la feliz hazaña de Colón, los dos gobiernos que, entonces, ejercían el dominio de los mares y la hegemonía en las empresas de colonización, Portugal y España, ambos fervientemente católicos, trataron de limitar sus órbitas de influencia y de futura explotación. Como las razones terrenas parecieron insuficientes, y, como en el lenguaje de la época, los argumentos concretos y pragmáticos (por ejemplo "el espacio vital", o la "defensa continental" de nuestros días), carecían de sentido, ambos monarcas apelaron a la suprema autoridad espiritual de entonces: el Sumo Pontífice.

Así es como el 4 de mayo de 1493, el **Papa Alejandro VI**, español de origen, promulga la célebre **Bula Inter caetera**, en la que limita las posesiones de Portugal y España mediante una línea imaginaria en dirección del meridiano y que pasaba a cien leguas al poniente de las islas Azores, o de las islas de Cabo Verde, correspondiendo a España la parte occidental de ella, y a Portugal la oriental. Al año siguiente, el tratado de **Tordesillas** aclaró la Bula, extendiendo la línea 270 leguas más al occidente.

La primera negación de la validez de la concesión alejandrina fue formulada por Francisco Vitoria. Y aunque los juristas discutían sobre si tal Bula otorgaba nada más que un poder **espiritual**, y no **político**, los españoles adoptaron unilateralmente esta última interpretación y la incorporaron a la **Recopilación de Indias** (ley 14, tít. 12, libro IV).

La segunda fórmula legislativa en América está constituída por las **Capitulaciones**, tanto las que acordaron con Colón antes del primer viaje, como la convenida con Cortés, Pizarro, Quesada, los Welser, etc., en cada caso. Las **leyes de Burgos** son una tercera etapa (1512).

La Provisión sobre descubrimiento de Carlos V (1526), las **Leyes Nuevas** (1542) poco antes de organizar los virreinatos, las Ordenanzas de Felipe II (1586) y la **Recopilación de Indias** (1680), además de lo contenido en la **Política Indiana**, de Solórzano (1648), forman el conjunto de las disposiciones de derecho que rigieron en el Nuevo Mundo.

La conquista de América se hizo casi sin intervención de la corona. Tanto Carlos V como Felipe II, absorbidos por las intrigas de la política europea (agravadas con las guerras de religión), no pudieron preparar un plan de aprovechamiento de sus dominios aquende los mares.

Los descubrimientos y conquistas se hacían, pues, mediante contratos que recibían el nombre de capitulaciones, mediante las cuales se le adjudicaba las tierras al conquistador, podía fundar ciudades, regalar tierras y se le daban aún facultades jurisdiccionales, en virtud de las cuales el conquistador tenía la autoridad en sus manos, y la Corona en esta forma cedió parte de su soberanía en beneficio de los conquistadores.

**85.—Clamor por la justicia en América**

Inició la lucha a favor de los naturales la compasión de un fraile español —Montesinos—, dolido de ver la triste situación de ellos, y la continuó en la Península y en el nuevo Mundo el espíritu de humanidad y justicia de las figuras más selectas de la sociedad española. La condenación de la encomienda y los abusos cometidos a su amparo hecha por el padre Montesinos, un fraile casi desconocido, en sus famosos sermones de 1511 en la isla Española, determinó la reunión de una Junta en Burgos al año siguiente, que dictó la primera legislación orgánica sobre la condición y trato de los indios y discutió los títulos que España tenía para dominar el Nuevo Mundo. El rey y los conquistadores dieron el problema por resuelto. En realidad, no lo estaba; a lo sumo había quedado planteado.

Cierto que en 2 de agosto de 1530, el emperador se declaró contra la esclavitud de los indios, apoyado por el Breve pontificio **"Pastorale Officium"**. El 1º de junio de 1537, el mismo Paulo III se pronunció sobre el bautizo de los indios y, ocho días más tarde, en la Bula **Veritas Ipsa** condenó enérgicamente la esclavitud de los aborígenes.

Pero ocurrió con estas declaraciones papales lo que poco después con las **Leyes de Indias**: se acataron, pero no se cumplieron. Si la letra de la legislación de América colonial tiene muchos motivos que suscitan admiración, en su práctica se falla lamentablemente. Las pasiones de los hombres, y su inteligencia al servicio de ellas, logran torcer las más rectas intenciones y leyes.

Corroborando esto, dice Haenke, apoyándose en un documento que aparece en el **Libro Becerro de San Francisco de Quito**, en 13 de octubre de 1657, el rey ordenó a los franciscanos de nuestra capital de la República **no obedecer ciertos breves papales.**

Montesinos y Las Casas, quien según Menéndez Pelayo, tenía más de filántropo que de tolerante, atacaban las leyes españolas, y la voz del último, particularmente, voz de excelsa bondad, levanta desde el principio el ideal de una América

libre, sin menosprecio de lo indígena. "El dilema es terminante: o se arrasa por completo lo indígena y esto es contrario a la idea cristiana, o el pretendido mestizaje nunca rebasará su hibridez constitucional: lo que se construya sin tener en cuenta la cultura prehispánica, construído quedará sobre arena y bajo maldición de ruina, porque las Indias no sólo son presente y futuro, sino pasado, formidable pasado, pasado imperativo".

La superioridad española, que tan ardiente defensor encuentra en el doctor Juan Ginés de Sepúlveda, impone su sello en los siglos silenciosos, callados por la voz de América, de la Colonia.

**86.—Etica colonial española**

A los esfuerzos iniciales de Montesinos y Las Casas, que llevan la inquietud al ánimo de todos y los temas centrales sobre la primera polémica: el alcance de las bulas alejandrinas y la presunta barbarie de los aborígenes, debemos destacar el proceso constructivo del sistema ético colonial de España, obra fundamental de Vitoria, Molina, Suárez, etc., quienes, apartándose del viejo camino, rechazan el dominio universal del Papa y su autoridad sobre los pueblos paganos, las consecuencias políticas de la infidelidad y de los vicios de éstos —negación de todo derecho— y el dominio universal del emperador, para construír sobre nuevas bases el sistema ético colonial español. No se admite en éste la condición de "pueblos coloniales" —que han de vivir sujetos a tutela—, sino que se los considera libres; se afirma el concepto del **ius gentium**, como derivado del natural y válido para regir las relaciones incluso con los pueblos paganos; se declara expresamente el derecho de la Iglesia de predicar a éstos; se formulan las normas que han de presidir la guerra con ellos y se establecen las bases de la administración americana, tanto en lo que se refiere a las relaciones con los indígenas o la trata negrera como el régimen económico o la labor evangelizadora.

Los teólogos españoles construyeron, pues, un sistema completo de Etica colonial que, descansando en el Derecho natural y sentando las bases del moderno derecho internacional, reconocía la existencia de los estados paganos, la libertad de los mares, de comercio e inmigración y la licitud de la guerra en ciertos casos y condiciones. Y, por encima de todo, la igualdad de todos los hombres —en cuanto dotados de una alma inmortal y redimidos por Cristo—, sin perjuicio de reconocer sus diferencias en el disfrute de los dones naturales, virtudes morales y la gracia. Si este sistema no pudo realizarse inte-

gramente en la práctica, cabe destacar por lo menos como gran resultado del mismo la legislación social indiana.

Por lo demás, no fue privativo de los colonizadores españoles de entonces el considerar a los indígenas y negros como meras piezas de explotación de categoría mucho menos que humana. El interés de apropiarse de sus tierras, por una parte, negándoles discernimiento para ser propietarios; y el propósito de utilizar su trabajo, sin retribución, bajo el mismo pretexto, explican cierta unanimidad entre los colonizadores de todos los tiempos sobre el particular.

El problema de la capacidad indígena era no sólo un concepto teológico, sino ante todo una disputa de intereses terrenales, sobre la propiedad de la tierra.

## 87.—Leyes de Burgos

Naturalmente todo esto movió a la voluntad regia a intervenir de modo más sistemático en la vida de sus nacientes colonias americanas, y el 27 de diciembre de 1512, en Burgos, los Reyes dictaron un cuerpo de leyes en favor de los indios. Posteriormente, en Valladolid, el 28 de julio de 1513 fueron modificadas, según las Nuevas Ordenanzas a que alude Las Casas en su "Historia de las Indias". Don Rafael Altamira ha exhumado el texto de dichas leyes, en las cuales se lee los siguientes preceptos, de permanente valor:

"**Ley primera.**— Primeramente ordenamos e mandamos que por cuanto es nuestra determinación de mudar los indios y hacerles sus estancias juntas con los de los españoles, que ante todas las cosas las personas a quien están encomendados o se encomendaren los dichos indios, para cada cincuenta indios hagan luego cuatro bohíos, cada uno de treinta pies de largo y quince de ancho, y cinco mil montones, los tres mil de yuca y los dos mil de ajos e doscientos cincuenta pies de ají e cincuenta pies de algodón en ansí por este respecto creciendo e menguando según la cantidad de los indios que tuvieren encomendados .....

"Mandamos que esta hacienda no se les pueda vender ni quitar por persona ninguna de las a quien se señalare e con los que ellos vinieren, aunque la tal persona venda la estancia en que estuviere.....

**Ley sexta.**— Item que porque nuestra voluntad es que a los dichos indios se les busquen todos los mejores medios que se pudieren hallar para inclinarlos a las cosas de nuestra fee cathólica".

"**Ley novena.**— **Otrosí**, ordenamos que cada uno que tuviere cincuenta indios o dende arriba encomendados sean obli-

gados de hacer mostrar un muchacho el que más hábil dellos les pareciere a leer y escribir y las cosas de nuestra fee".

"**Ley trece.**— Que cojan oro con los tales indios que las tales personas tuvieren encomendados cinco meses del año y que cumplidos estos cinco meses huelguen los dichos indios cuarenta días.....

"**Ley dieciocho.**— Otrosí, ordenamos e mandamos que a ninguna mujer preñada después que pasare de cuatro meses no la envíen a las minas ni a hacer montones sino que las tales personas que las tienen en encomienda las tengan en las estancias e se sirvan dellas en las cosas de por casa que son de poco trabajo.....

"**Ley veinticuatro.**— Otrosí, ordenamos e mandamos que persona ni personas algunas no sean osadas de dar palo ni azote ni llamar perro ni otro nombre a ningún indio sino el suyo o el sobrenombre que toviere.....

"**Ley treinta y cinco.**— Otrosí, ordenamos que ningún vecino ni morador de las villas e lugares de la dicha ysla española (La Española) ni de ninguna dellas pueda tener ni tenga por repartimientos ni por merced ni en otra manera más cantidad de ciento e cincuenta indios ni menos de cuarenta indios".

Desgraciadamente tan elevados y humanitarios preceptos nunca tuvieron aplicación alguna. Los **corregidores**, en cuya autoridad se depositaba tanta confianza a lo largo de este documento, fueron los primeros en burlarlos.

Posteriormente, se expide la llamada **Recopilación de Indias**, que aparece en 1680, magnífico caudal, que dividido en 9 libros y 218 títulos, acredita la obra legislativa de España en el Nuevo Mundo. Cada libro tiene su número romano y un pequeño epígrafe de la materia de que trata, con la fecha en que fue dada y el nombre del rey que la promulgó.

**El libro primero**, con veinticinco títulos, abarca puntos de carácter religioso o eclesiástico y también lo referente a libros, colegios, Universidades, etc. La conversión de los indios es señalada como objetivo esencial de funcionarios y magistrados; y, con ella, la extirpación de la idolatría y la observancia de los preceptos cristianos que detalla incluyendo el descanso dominical y en las fiestas de guardar. Hay aquí disposiciones minuciosas que lindan en lo anecdóctico, como la que dice que cuando los indios vayan a misa en las fiestas, no vayan las justicias a hacer averiguaciones con ellos a las puertas de las iglesias.

"La ley I del título VI de este libro establece que pertenece al rey y a su real corona el patronazgo de todas las Indias por el hecho del descubrimiento y de la colonización, así como por las concesiones hechas en las bulas de los Sumos

Pontífices. Por lo tanto, a pesar de su intensa religiosidad y de los fines de la colonización que teóricamente eran los de la conversión de los indios, el Estado mantiene su independencia respecto de la Iglesia y reglamenta o supervigila las actividades de ésta. Así se explican las disposiciones de este mismo libro sobre permisos para funciones de catedrales y parroquias, modo de edificarlas, servicios eclesiásticos, inventarios de sus bienes, recomendación para que los religiosos no se entrometan en cosas del Gobierno, prohibición de la entrada de sacerdotes extranjeros, régimen de monasterios y conventos, hospicio y recogimiento de huérfanos, hospitales y cofradías, etc. Esto último corresponde a la hoy llamada asistencia social. Igualmente las leyes sobre atribuciones de arzobispos y visitadores eclesiásticos y sus relaciones con el poder civil, concilios provinciales, bulas, jueces eclesiásticos, clérigos, curas y doctrineros, sistemas de diezmos y primicias, Tribunales de inquisición y de la Santa Cruzada, corresponden al mismo espíritu de reglamentación o supervigilancia inherente al derecho de patronazgo o patronato, que sin discutir nada relacionado con dogmas, se muestra dominante en lo jurisdiccional y jerárquico.

"La Legislación sobre Universidades versa sobre ellas en general. Se establece una especie de cooficialidad de los idiomas castellano e indígena, pues el aprendizaje de éste se impone en dichas Universidades. También se reglamenta la educación apropiada de los hijos de los caciques.

"La reglamentación de los libros que se imprimían y pasaban a las Indias incluye la famosa ley para que no se consienta la impresión o exportación de libros profanos y fabulosos y de historias fingidas; y todo un complicado mecanismo para lo que hoy se llama el contrato de edición.

**"El libro II contiene normas de Derecho Administrativo, organización judicial y procesal y algo de Derecho Privado.**

"El Consejo y la Junta de Guerra de Indias, las Audiencias y Cancillerías reales, los Juzgados de Provincias, los abogados, los oidores y visitadores ordinarios, el Juzgado de Bienes de Difuntos son reglamentados extensa y detalladamente.

"Sobre administración de justicia se insertan los siguientes preceptos: rapidez procesal con observación de los usos y costumbres indígenas de acuerdo con lo indicado más adelante; **tribunales especiales para indios; gratuidad en las tasas judiciales y moderación en los honorarios de los abogados.**

"Las disposiciones de carácter privado se refieren al régimen de los bienes de difuntos que no dejan herederos en Indias, albaceazgo, mercedes por servicios particulares, etc.

"Algunos tratadistas creen en la existencia de un Derecho **Premial** que sería la contraposición del Derecho Penal.

Una lejana intuición de este hipotético Derecho se halla en una ley de este libro que ordena que sean preferidos para los empleos y beneficios los que hubieren servido en las Indias y en la que dispone que se busque siempre para ministros de justicia "personas tales y de tanta virtud, ciencia y experiencia, cuales convengan al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro".

"En este libro se encuentra la ley que ordena que en todos los casos y pleitos que no comprendiere la Recopilación, se guarden las de Castilla aplicando las leyes de Toro en cuanto a sus resoluciones y orden de sustanciación.

"También aquí se lee sobre el respeto a las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, siempre que no se encuentren con la sagrada religión ni con las leyes de este libro.

**"El libro tercero versa igualmente sobre Derecho Administrativo e incluye disposiciones sobre Derecho Militar y Naval.**

"Allí está incluída la ley que expresa el punto de vista del Estado sobre la larga controversia acerca del derecho de España para colonizar América. Descansa este derecho, según la ley I del libro III, "en la donación de la Santa Sede Apostólica y en otros justos y legítimos títulos".

"Los Virreyes, Presidentes y Gobernadores, capitanes y soldados, artilleros, quedan definidos y enmarcados en ese libro detalladamente. También aparece un conjunto de medidas para asegurar la paz en Indias y para combatir y detener a los corsarios enemigos. En cuanto a los indios alzados, se prescribe una serie de medidas para atraerlos a la paz por buenos medios. "Establecemos y mandamos —dice la ley IX, título IV—, que no se pueda hacer ni haga guerra a los indios de ninguna provincia para que reciban la santa fe católica o nos den la obediencia ni para ningún otro efecto, y si fueren agresores y con mano armada rompieren la guerra contra nuestros vasallos, poblaciones y tierra pacífica, se les haga antes los requerimientos necesarios una, dos y tres veces, las demás que convengan".

En este libro se halla una ley que, según se ha afirmado se adelanta a lo que actualmente se llama **"simbiosis"**, o sea la utilización social de las fuerzas del delincuente, vale decir, aquella que ordena emplear en las exploraciones y descubrimientos, nuevos "a la gente ociosa que inquieta y altera el sosiego público".

También aparecen las leyes ordenando el precepto de la inviolabilidad de la correspondencia, con amenaza de gravísimas penas a los infractores.

**"El libro cuarto versa, principalmente, sobre descubrimientos, poblaciones, Cabildos, obras públicas, minas, pesquerías y obrajes.**

"Aquí están recogidas las Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones y, conforme a ellas, se rectifica el precepto de que en las capitulaciones que se hagan para nuevos descubrimientos se excuse la palabra conquista y en su lugar se usen las de pacificación y población, "pues habiéndose de hacer con toda paz y caridad, es nuestra voluntad que aun este nombre interpretado contra nuestra intención no dé ocasiones..... que se pueda hacer fuerza ni agravio a los indios".

"Para el otorgamiento de la propiedad se establece la condición de la residencia, al decir que pueden vender las tierras quienes "en ellas hubieran hecho su morada y haber residido en aquellos pueblos cuatro años". Se pretenden evitar el acaparamiento y las concentraciones territoriales al prohibir los repartos en varios pueblos a las mismas personas. Se obliga a la edificación de casa o labores de tierras con penas de perderlas. Y en cuanto a las tierras de los indios se ordena "que la venta, beneficio y composición de tierras se haga con tal atención que a los indios se les deje con sobra todas o las que les pertenecieren, así en particular como por comunidades, y las aguas y riegos y las tierras en que hubieren hecho acequias u otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se haya fertilizado, se reserven en primer lugar y por ningún caso se las pueda vender ni enajenar".

"Para el fomento de las poblaciones se establece la preferencia a los casados en reparto de tierras y una acción persuasiva de los gobernantes sobre los solteros para que se casen.

**"El libro quinto trata de las jurisdicciones en general, así como de los funcionarios.**

Interesante es el precepto que dice: "Uno de los medios con que más se facilita el buen gobierno es la distribución de los términos y territorios de las provincias, distritos, partidos y cabeceras, para que las jurisdicciones se contengan en ellos y nuestros ministros administren sin exceder de lo que les toca".

"Las disposiciones sobre recusación son extensas y bien fundamentadas. Minuciosamente quedan aquí definidas las atribuciones de los gobernadores, corregidores, alcaldes, etc., así como los límites señalados para evitar en ellos los delitos de nepotismo, deshonestidad, arbitrariedad y otros. Los funcionarios mencionados quedan obligados a la garantía del inventario previo de su fortuna personal y a la fianza.

"El juicio de residencia es reglamentado como expresión máxima de la responsabilidad inherente al ejercicio de la función pública.

"Se instituye el Registro con carácter obligatorio de todas las escrituras, autos, informaciones y demás instrumentos públicos que se hicieren u otorgaren.

"Aunque en todos los libros anteriores hay dispersas leyes sobre los Indios, el libro VI es el libro típico que caracteriza el Derecho Social dado por España en América.

"Allí están las disposiciones relativas a la libertad de casarse y de cambio de residencia de los indios; a la prohibición a los encomenderos sobre la herencia de las tierras de aquellos; a la prohibición del envío a España; a las reducciones y pueblos en sitios con "comodidades de aguas, tierras y montes, entradas y salidas y labranzas". También están allí las leyes sobre protectores de indios y sobre caciques y su jurisdicción, es decir, reconociendo y propiciando como en el caso de las reducciones, el autogobierno de los naturales en la medida que lo permitían las necesidades de la colonización. Están, asimismo, las leyes sobre tasas de precios de víveres y otras cosas en los asientos de minas como en otras artes y labores; y sobre trabajo obligatorio no sólo de los indios sino de los "españoles vagabundos y ociosos y los mestizos negros, mulatos y zambaigos libres que no tengan otra ocupación ni oficio, para que todos trabajen y se ocupen en servicio de la República por sus jornales acomodados y justos". Aparecen, igualmente, las leyes prohibiendo el trabajo de los menores de dieciocho años en todo caso y el de los mayores en trabajos rudos, fijando las horas de trabajo, que son reducidas a ocho en el caso de fortificaciones y fábricas; fijando el límite mínimo y la forma de salario; defendiendo la salud de los trabajadores; ordenando la asistencia en caso de accidente y reprimiendo el alcoholismo.

"Admirables como son en su conjunto las disposiciones antedichas y otras del mismo libro, tal vez la más notable de todas es la ley II del título primero de este libro, que afirma el libre derecho de los indios para casarse con españoles y de los españoles para casarse con indias.

**"El libro séptimo ostenta un carácter moral y penal**

"El Rey de España protege a la infancia abandonada, aconseja a sus súbditos vivir honestamente y se refiere a los esposos separados, al juego y jugadores, a los vagabundos, gitanos y esclavos. También se ocupa de las cárceles, de sus visitas y de los carceleros. Sobre delitos y penas dice "que todas las justicias averigüen y castiguen los delitos y que el

hecho de pertenecer a la raza indígena es circunstancia atenuante si se trata del culpable o circunstancia agravante si se trata de la víctima en los casos que cita.

**"El libro octavo se refiere a la contabilidad fiscal y a las rentas públicas,** especificando sus tribunales, oficinas, funcionarios; así como el régimen de los tributos del quinto, de las alcabalas, del almojarifazgo y otros impuestos.

**"El libro noveno y último establece normas sobre Derecho comercial y marítimo, junto con otras de carácter misceláneo.** Es el libro más extenso de la Recopilación y señala las directivas de las relaciones económicas entre la Metrópoli y las Colonias, sobre la base de un sistema de monopolio del comercio exterior por el Estado y de lo que se podría llamar con una frase hoy en boga "economía dirigida". También hay aquí diversos preceptos sobre extranjeros indeseables" (1)

Sin entrar en detalles sobre particularidades de aquel ordenamiento y sin profundizar sobre el carácter de los preceptos de las Leyes de Indias, naturaleza de los mismos (esto es, si constituyen precedente del Derecho laboral o del Derecho colonial del trabajo), eficacia o vigencia real, influjo en las legislaciones trasatlánticas, reminiscencias de principios en la época contemporánea, etc., vamos a hacer unas ligeras indicaciones que puedan poner de manifiesto el parecido que con las modernas instituciones laborales guardan algunas de sus disposiciones dadas por los monarcas españoles para proteger el trabajo de los pueblos indígenas de América.

Por entonces no había en el mundo obreros tan amparados por la ley como nuestros pobres indios: hoy las reclamaciones sociales, aun las justas quedan en buena parte muy atrás de la línea marcada en la Recopilación.

Ante todo destacan las prescripciones de la jornada máxima. También la prohibición de imponer tareas fijas, vervigracia, tantas cargas de leñas para los hornos, tantos zurrones de mineral. Si se permitía excepción era en favor del indio..... "si con buena maña lo terminaba en medio día, o si por tener carneros de la tierra o llamas, en un día despachó las cargas correspondientes a la semana, el amo no podía exigir más, y el indio libre era para agenciarse nuevas ganancias o pasar el día a la bartola". Curiosas son las normas en punto a seguridad e higiene del trabajo de minas; enfermedades profesionales y de trabajo (el amo debía curar al indio a su costa hasta tres meses); inspección del trabajo y jurisdicción; garantía de los alimentos. Existían alhóndigas donde se vendían sin ganancias los tributos en especie que percibía la Corona. Amplia,

---

(1) **Jorge Basadre: "Historia del Derecho Peruano". Pg. 247.**

por último era la tutela laboral de las mujeres. Cierto que también existían instituciones de trabajo forzoso mas no como en los actuales tiempos por razones políticas, sino por necesidades económicas y en parte sociológicas. Las minas, los obrajes (talleres de tejidos) y, en algunos lugares, los ingenios de azúcar fueron la causa de la **mita**. Hacía falta mano de obra.

La emigración peninsular no bastaba para la realización de todas las actividades que la nueva economía demandaba.

Curioso es igualmente la instauración de lo que modernamente se ha llamado semana inglesa. El encomendero que hiciera trabajar al indio en sábado perdía el producto del trabajo y el jornal de ese día a beneficio del indio agraviado. El Sábado estarían libres de trabajo para dedicarse "a gustar las cosas del alma, a la preparación religiosa del domingo".

Paralelamente a la obra religiosa se organizó la de beneficencia, asistencia y previsión. En todos los pueblos de indios se crearían cajas de comunidad, verdaderos cotos de previsión, cuyos fondos se destinaban al sostén de sus hospitales, auxilios de viudas, huérfanos, enfermos, inválidos, gastos de misiones y colegios, pago del tributo, y para ayuda, socorro y alivio en sus necesidades comunes. Ingresos: tierras de comunidad, rebaños y obrajes cooperativos.

El Estado y el encomendero tendían a liberar a los indios de la imposición del salario, concediéndolos tierras según tipos análogos a los del patrimonio familiar —los resguardos de tierra— y facilidades y medios para su cultivo. La jornada de trabajo se les acortaría, a fin de que pudiesen atender a la explotación del patrimonio familiar. Este era el tipo social ideal que los reyes habían imaginado para su obra colonizadora.

Como conclusión general, puede sostenerse el espíritu humanitario que campea a lo largo de toda esta legislación y después su valor como antecedente de preceptos que ponen de manifiesto cómo se entabló en la América española, quizás primero que en ninguna otra parte, la cuestión obrera, el forcejeo entre el capital y el trabajo. Una legislación sabia y humanitaria pero con frecuencia inaplicada por sus funcionarios.

De todas suertes, ni el espíritu, ni el desarrollo instrumental de aquellos preceptos, influyó en la aparición del derecho laboral, que tuvo otras causas más eficientes que aquella legislación colonizadora. Estas causas fueron: el desarrollo de la técnica de la producción (maquinismo); el de la organización económica (gran empresa); el de la organización sociológica y política (libertad frente a las trabas estatales o corporativas); aparición del proletariado como extensa clase social.

## 88.—Ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población

La exploración y descubrimiento de América se hizo casi sin intervención de la corona. Tanto Carlos V como Felipe II, absorbidos por las intrigas de la política europea (agravadas con las guerras de religión), no pudieron preparar un plan de aprovechamiento de sus dominios allende los mares. Sabían sólo que por sentencia pontificia, todas las tierras descubiertas o por descubrir al occidente de un meridiano que pasaba 300 leguas más allá de las Azores eran de su propiedad, concedida irrevocablemente por Dios, o por su vicario aquí en la tierra, a la corona de Castilla.

Es notable que, si por sus grandes preocupaciones en Europa, los reyes de España, mejor dicho, de Castilla, no pudieron prestar atención personal a las cosas de América, conservaron celosos sus derechos de soberanía. Por ningún concepto consintieron que se vendieran o arrendaran tales derechos, pagando los conquistadores un canon anual. Los reyes de Castilla, al otorgar la concesión de un descubrimiento o población de tierras, como se decía en el siglo XVI, se reservaban intactos sus títulos de propiedad, como reyes absolutos de los territorios concedidos. El rey concedía la gobernación, no el usufructo ni la posesión. Tanto los conquistadores como la corona sabían que era necesario pactar unas capitulaciones antes de que nadie se lanzara a descubrir y **granjear** (por aprovechar) los vastos territorios del Continente Americano.

Del año de 1563, son las **Ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población**, dictadas por Felipe II. Establecen la posición legal de las partes contratantes, monarcas y descubridores. Fijan todos los detalles de convenios futuros para proteger los intereses de la corona. Los descubridores debían saber de memoria tales **Ordenanzas**, pues que su sentido reaparece en el libro de **Vargas Machuca, Milicia Indiana.** Es un tratado completo de colonización de principios del siglo XVII que refleja el espíritu de los que, de acuerdo con las **Ordenanzas**, marcharon a descubrir, poblar o granjear. Las Ordenanzas del año 1563 empiezan con un párrafo que dice así: "Ninguna persona, de cualquier estado y condición que sea, haga de su propia autoridad nuevo descubrimiento por mar ni por tierra, entrada, ni nueva población, ni ranchería, en lo que estuviera descubierto o se descubriere, sin licencia o previsión nuestra, o de quien tuviera poder para darla, so pena de muerte y de perdimento de todos sus bienes para nuestra cámara".

Y mandamos a los nuestros Visorreyes, Audiencias y otras justicias de las Indias, que no den licencia para hacer nuevo descubrimiento sin enviárnoslo primero a consultar y tener de ello licencia nuestra'.

Así, por las **Ordenanzas** quedaba enteramente a la discreción del rey y de sus consejeros el decidir sobre la oportunidad de un nuevo descubrimiento. A veces, sobre todo al principio, los monarcas no podían hacer más que aceptar los hechos consumados y aprobar iniciativas que no habían sido aprobadas de antemano, como en el caso de Balboa, o de Pizarro y Almagro. Tanto Carlos V como Felipe II siempre se mostraron benévolos con los aventureros afortunados, y aun con aquellos que habían actuado en abierta oposición con los representantes de la autoridad real en el Nuevo Mundo.

El siglo XVI, siglo de absolutismo y de tiranía, era también una época de superstición por la jurisprudencia. Todo lo que se hacía, aún por parte del César, tenía que justificarse por un precepto legal. Precisamente porque muchas veces se decidía un asunto en forma arbitraria, se insistía en cubrir la decisión con una fórmula de derecho que justificase el atropello. Lo que contaba era el éxito, el resultado; pero este éxito tenía que explicarse con el tecnicismo de la justicia reconocido como prueba por un tribunal. No bastaba la razón de Estado; claro está que la voluntad de César lo resolvía todo en última instancia, pero era necesario revestirla de cláusulas legales, como si hubiera trascendido aquella decisión naturalmente del derecho público.

He aquí como ejemplo el caso de Colón. Las capitulaciones de Santa Fe, estableciendo los derechos del almirante y de sus descendientes a la gobernación de los países que iba a descubrir, eran exorbitantes. De haberse mantenido, hubiera sido imposible continuar el descubrimento de América, porque Colón y su familia tenían derecho a todo. Era inevitable cancelar aquellas capitulaciones por razón de Estado y conveniencia general de la Humanidad. Parece que un César como Felipe II podía anular aquellos privilegios de una plumada, y, sin embargo, se recurrió al expediente de un largo y costoso pleito para dar a la sentencia aspecto de legalidad. Rezagos del Derecho romano, y de aquel proceso medieval que de él surgió, el que pasa también a España y luego a nosotros, con la dispersión de los actos procesales en una multitud de fases y términos; la variedad de juicios, con su séquito inmenso de cuestiones de jurisdicción, fuero, recusaciones, personerías, recursos, solemnidades, incidentes de incidentes, que son las primeras causas, y las más importantes, del exagerado retardo de los juicios en nuestro sistema.

Las capitulaciones concedían títulos y derechos a Colón y sus descendientes sobre las islas y tierras que descubrieran del mar Océano. Parecían intachables, a menos que se probara que Colón no descubrió las tales islas y tierras, una vez que ya habían sido descubiertas por otros con anterioridad. Esta fue la tecnología de que se valió la corona..... Se quiso probar que otros habían ido antes a América. Por lo menos había ido el apóstol Santo Tomás, de quien se decía que fue a predicar el Evangelio a la India..... y ay! del que se atreviera a negarlo. Colón no descubrió tierras, porque las Indias ya estaban descubiertas, sino por otro, por Santo Tomás..... Colón, pues, no tenía derecho sobre ellas. Ergo, el César podía cancelar su contrato con el audaz navegante.

Así, mientras se valía de la iniciativa particular, la corona no tenía intención premeditada de defraudar a los conquistadores, pero estaba resuelta a defraudarlos si así convenía. Aprovechándose de la fortuna de unos, de los errores, de la temeridad y las ambiciones de otros, la corona de Castilla iba ensanchando su imperio de Ultramar sin exponer ejércitos ni capitales.

Pero nada atrajo más, por ilusión, por seducción invencible, que el Nuevo Mundo. Eran las soñadas Islas de la Fortuna, las tierras vírgenes que la poesía había soñado como patria futura y sede imperial del dominio, de la riqueza y de la fama. Al avanzar a ellas, notó Colón que la aguja de marear torció el rumbo: símbolo de que, no muy tarde la brújula de la historia sería para navegar en los grandes océanos del Continente recién descubierto.

Casi a un tiempo, muy luego que Colón sorprendió el Archipiélago y tocó Tierra Firme, el veneciano Sebastián Cabot, encontraba más cercana costa, para Inglaterra. En 1400 Alvarez Cabral, émulo feliz de Pinzón, descubría el Brasil para los Portugueses, que habrían de trasladar casi todo Portugal al famoso Imperio de ese nombre, algo como los Estados Unidos del Sur. Hernán Cortés fundaba Nueva España, en el Golfo de Méjico. Pizarro descubría el Perú. Blasco de Garay y Domingo de Irala cobraban el mar interior del Plata y el océano amazónico Alonso de Orellana, poco después que Pizarro fundaba sobre el Imperio de los Incas, el brillante Virreinato de los Reyes. Casi a un tiempo, Jacques Cartier llevaba el corazón de Francia al Canadá, y Hernando de Soto hacía españolas las amplias y ricas costas septentrionales del Golfo de las Antillas.

La navegación al rededor del mundo se hizo por América, al soplar de las heroicas velas de Magallanes y Elcano. España dio al Nuevo Mundo cuanto pudo dar. Se dio ella misma en su sangre y tenacidad. La realidad americana surgió y se

conformó con el Descubrimiento, y la Conquista nos definió como producto del espíritu latino.

El descubrimiento de América el 12 de Octubre de 1942, fecha que es celebrada en todo el mundo hispanoamericano, si para los españoles significó haber abierto por el genio de Colón, un nuevo mundo al ansia de gloria y de aventura y haber llegado a ser España el pueblo más poderoso de la tierra, el imperio donde nunca se ponía el Sol, por el dominio de los pueblos que forman hoy las naciones de raíz ibérica en este Hemisferio, para los hispanoamericanos significa algo más, porque es el doce de Octubre fecha de nacimiento y recuerdo de cuna. Significa igualmente el espíritu de la raza española, en sus diversas épocas y manifestaciones, la marcial figura del Cid Campeador que la ceñuda de Don Pedro el Cruel; que el alma crédula y abierta a los ideales de Isabel la Católica; que el fiero carácter de Felipe II; que aquella alma de iluminada milagrosa que anidó en el cuerpo de Santa Teresa de Jesús; que el espíritu batallador de Cortés y de Pizarro o el Quijote, que escribiera Cervantes para acabar con la época de caballería, en el mundo literario, y que nosotros ahora tenemos como el símbolo del espíritu español.

Y del otro gran tronco racial; del elemento aborigen de América, que en renunciación generosa de sus caracteres propios, prestó su sexo para recibir la savia hispana, cuyas sangres corren juntas por las mismas arterias, y cuyas almas confundidas constituyen el nuevo mundo que reclama su misión y su puesto en la Historia.

En nuestra América, España forjó distintas Naciones. Cada una de ellas tiene sus raíces geográficas y sus propios impulsos étnicos. Pero todas ellas si no han de correr a la desorientación y la decadencia irremidiables, tienen que sentirse modeladas por algo que no se pesa ni se cuenta ni se mide: es el espíritu de personalidad, es el espíritu de tender a la realidad por distintos senderos, el de expresar con pasión lo intensamente humano, el de brindar a la humanidad nuestro propio ideal frente a las clásicas filosofías que actualmente pugnan por dominar el mundo.

Hace algunos años el afamado escritor Waldo Frank, mal comprendido muchas veces, nos advertía la necesidad de un "redescubrimiento de América". Pensaba que propiamente no podíamos hablar de un Nuevo Mundo porque en definitiva estaba estructurado con materiales viejos y caducos. Si nos referimos particularmente a lo latino debemos recordar que nuestra América se rehizo con las formas feudales que en la misma Europa habían sido ya superadas puesto que sólo tenían a España como último reducto. El feudalismo obscuro fue trasplantado a nuestras tierras y sobre esa base comenzó a

vivir la colonia, es decir con un andamiaje que no daba asidero para pensar en la realidad de un Mundo Nuevo, sino al contrario, en la supervivencia de lo que debía quedar totalmente eliminado.

Más tarde fuimos capaces de renovarnos en el campo de las teorías y en parte en la configuración de los sistemas políticos. Pero si logramos esa renovación en las formas, quedaron en cambio intocadas las infraestructuras económicas y sociales. Por lo mismo continuamos como prolongación de una realidad caduca.

Nadie en el mundo ignora que, como consecuencia, primero de los movimientos políticos y espirituales del siglo pasado, y luego de las dos conflagraciones mundiales, surgió la pugna entre dos extremos polarizados: capitalismo y comunismo, que nos ha puesto en más de una vez al borde o más allá del abismo; y frente a estas dos concepciones completamente diversas de la vida misma, de la presencia y el destino del hombre, nada de utópico tendría que América sistematice una nueva filosofía que esté libre de los pecados originales y que le pueda dar el carácter auténtico de Nuevo Mundo o Mundo de esperanza, y, entonces brillará otra luz en los infinitos ámbitos de la historia, y otra luz guiará a este mundo de cálculo, de influencias económicas, de anhelos únicamente sanitarios, higiénicos y confortables. Significaría para nuestro mundo la hazaña del descubrimiento de un mundo nuevo de verdad.

**89.—La Fe como base colonizadora**

Idea y sentimiento común que inspira a los pueblos hispanos desde muy temprano, si bien no alcanza madurez hasta muy entrado el medievo, es la unidad. Los albores del siglo XV coinciden con su realización en la Península, y a partir de esta época, echado el cimiento, va a desarrollarse pujantemente lo que antes sólo pudo ser un anhelo confuso y falto de posibilidades inmediatas.— Alfonso el Sabio, los reyes aragoneses—, España afronta la universalidad, la vieja monarquía ecuménica expresada sintéticamente bajo Carlos I en el soneto de Acuña: Universalidad y Nacionalismo, superando la dualidad renacentista, para hacer Española a Europa, como quiso más tarde Unamuno.

Este Imperio sobre tres continentes cobra su apoyo y su impulso en el sentido religioso: es, por consiguiente, un imperio misionero. El Catolicismo, frente a la Reforma, si en la tierra busca la individualidad, subido al peldaño espiritual dispara por doquier sus afanes apostólicos. Y, como instrumento suyo adopta España, justificando así su estructura política, esta idea de destino, de misión, que en Europa llenó el siglo XIII, el siglo de Santo Tomás.

De esta preponderancia del factor religioso en la actuación estatal derivaron precisos objetivos: para salvar la unidad, una defensa intransigente de la Fe; para confirmar y acatar la solidaridad moral humana, predicada por el Cristianismo, se toma esa misma Fe como base colonizadora.

Toda preponderancia política tiene como raíz una preponderencia económica, vinculada en España, lo mismo que en Hispanoamérica, a la posesión de la tierra. Por esto, el descubrimiento y conquista desbordó al pueblo español hacia estas tierras y con el pueblo vino también la iglesia para convertirse en encomendera de los indios. Ella sabía por experiencia propia lo que el refrán español de la edad media confirmaba "Quien tiene la tierra tiene al hombre".

Era en el siglo de oro de la Raza, y la América ofrecía amplio palenque para sus justas de guerreros y creyentes. Y así, al impulso de una irresistible y fantástica decisión histórica, los rudos soldados de la conquista dieron a su afán de arraigarse en la nueva tierra, ellos y sus hijos mestizos, germen de estabilidad y permanencia definitiva en una nueva patria. El barquichuelo quijotesco no teme las ondas tumultuosas, las negras tempestades, la obscuridad total del más allá. El español tiene anhelante esperanza de alzarse a cimas y destinos prefijados por la ciencia, y la ciencia triunfa y la tierra nueva aparece.

## DERECHO CASTELLANO

Desde los primeros años del descubrimiento del Nuevo Mundo comenzaron los Reyes a dictar cédulas, provisiones y ordenanzas para el buen régimen y gobierno de nuestro Continente. Al momento de la Conquista existían en España diferentes sistemas jurídicos y recientemente se iniciaba el proceso de unificación del Derecho. Y fue el régimen jurídico del reino de Castilla el que se implantó en América, el mismo que recoge las instituciones fundamentales del Derecho Romano, del Derecho Germánico y del Derecho Canónico.

**90.—El Derecho Castellano que se trasplantó a América está contenido en los siguientes Cuerpos legales:**

A) Fueros Municipales
B) Fuero Real
C) Las Siete Partidas (siglo XIII)
D) Ordenamiento de Alcalá de Henares
E) Leyes de Toro (1505)
F) Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla (1567)
G) Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla (1805).

## 91.—Fueros Municipales

El incremento de los núcleos de población y centros urbanos origina una diferenciación entre sus respectivos derechos; los monarcas habían hecho muchas concesiones de inmunidad que cercenaron la efectvidad del poder central. En el afán entonces de asentar el trono sobre cimientos sólidos, y viendo que su apoyo y su fuerza podía encontrarse en los pueblos, a los cuales por otra parte debían protección, concibieron y llevaron a cabo el establecimiento y organización de una entidad autónoma: el Municipio. La serie de estas normas locales (privilegios, costumbres, decisiones judiciales) va aumentando, y este peculiar Derecho constituye el Fuero Municipal.

### Su análisis en cuanto al Derecho civil

En los fueros municipales, que ofrecen un cuadro muy diminuto del Derecho civil, apenas si podemos hacer algunas indicaciones en cuanto al **sujeto** y al **objeto** del Derecho ante la ley civil.

Respecto del primero cabe decir que el indispensable antecedente para el goce de los derechos civiles consiste en lo que pudieramos llamar su **nacionalidad**, concepto aquí limitado a la vecindad de la villaforal. Por eso las personas se dividen, en primer término, en **vecinos** y **forasteros**, división de la que nace la capacidad jurídica. Es también causa modificativa de la misma clasificación de las personas en **casadas** y **célibes:** a las primeras se les otorgan todo género de derechos, a las segundas no se les reconoce casi ninguno, después de quedar a salvo el de su personalidad más bien natural que no civil y política. Los casados pagaban menos tributos o estaban exentos de ellos. En cambio, los solteros no eran reputados como individuos de la municipalidad, prohibiéndoseles tener propiedad en el término de la villa; no podían aspirar a los empleos municipales; no era recibido su testimonio en juicio sobre cosa mueble o raíz, y ni siquiera les era permitido demandar judicialmente sus derechos.

En orden al **objeto**, la división de más utilidad es la de las cosas en **muebles** y **raíces**, siempre con la condición privilegiaria de las **municipales**, o sitas en el término municipal, respecto de aquellas que no lo fueran, hasta el punto de que apenas se conoce propiedad fuera de dicho término, por prohibir la enajenación a forastero la mayor parte de los fueros.

**Derecho de familia**

Como base de la familia admiten los fueros municipales, en su constante propósito de fomentar la población, no sólo el matrimonio solemne, sino también otras dos uniones, legítima la una, aunque no solemne, denominada **matrimonio a yuras**, e ilegítima la otra, esto es, un concubinato, que toma el nombre de **barraganía**. No mencionamos otras especies de uniones ilegítimas que existían, porque aunque la prole procedente de ellas gozaban también de ciertos derechos, no constituían por sí un estado familiar o propiamente civil.

Al matrimonio solemne precedían y concurrían ciertos indispensables requisitos, tanto del orden civil como del religioso, el **consentimiento**, los **esponsales** y las **arras** son de aquella índole; y la **bendición sacerdotal** y otras solemnidades son de ésta. Varía notablemente la tasa de las arras, según los distintos fueros y la condición del constituyente y aun de la mujer, pues mientras unos la abolieron por completo, otros, tratándose de ciudadanos, plebeyos o pecheros, dejaron a arbitrio de las partes contratantes o que intervenían en la celebración de las bodas, pero al noble hijodalgo, por una ley del Ornamiento de Nájera, se le autoriza entregar como arras la tercera parte de sus bienes, si bien reservando a los herederos del marido el derecho de anularlas en lo que excediera de quinientos sueldos.

El matrimonio **a yuras** era secreto y sin intervención de la autoridad eclesiástica; estaba reducido a un contrato de esponsales, al cual seguía la unión carnal de los contrayentes.

Entre los efectos civiles del matrimonio con relación a los bienes, merecen citarse los **gananciales**, con los fueros de **viudedad** y **unidad**.

El fuero de **viudedad**, más frecuente y ventajoso a la mujer que al marido, era consecuencia de pacto especial al tiempo del matrimonio; esta institución muy practicada en Castilla, consistía en la aplicación de una determinada parte de los bienes del difunto al cónyuge supérstite, si no contraía segundas nupcias, sin que por esto perdiera su derecho a la mitad de gananciales, e imponía el deber de observar una viudez honesta, principalmente en la mujer; y aun en algunos fueros, como el de Toledo, León, Alcalá y otros, se exigía que el cónyu- del difunto donando u ofreciendo obligaciones sobre su sepultura.

El fuero de **unidad** consistía en el derecho que tenían los cónyuges al celebrar matrimonio, de convenir la formación de una sociedad o comunicación de todos sus bienes, concedien-

do el usufructo al sobreviviente de ambos en los del premuerto, durante toda la vida o hasta que contrajera segundas nupcias: a este convenio debían concurrir todos los herederos forzosos de los dos cónyuges, prestando su consentimiento, además del expreso de los contrayentes: faltando alguno de estos requisitos el convenio era nulo.

Los fueros sancionan la tutela, pero con la particularidad que puede darse tutor aún existiendo padres, si éstos fueren de mala vida, comprometiesen la de sus hijos, o su fortuna, o descuidasen su educación; la tutela era legítima, deferida, por tanto, a los parientes más próximos, que debían rendir cuentas a los demás cada año, retirándoseles la tutela si de la cuenta anual resulta disminución de las rentas del pupilo; llegado éste a la edad de 14 años, cesaba **ipso jure** la tutela.

**Derecho de sucesión**

Si en la forma de celebrar los testamentos nada de particular contienen los fueros, no así en orden a la testimentifacción activa y pasiva, en las que establecen las siguientes limitaciones. **Testimentifacción activa:** carecen de ella los religiosos, pasando sus bienes a los parientes, con el único derecho de reservarse una insignificante porción de los muebles, de ordinario reducida a la quinta parte.

No tenían **testimentifacción pasiva**, o eran incapaces absolutos para suceder, el traidor y alevoso, los herejes, judíos o moros; la tenían muy limitada, o eran incapaces relativos, los religiosos de ambos sexos que podían heredar a sus padres; los hijos sacrílegos u adulterinos, que ningún derecho acreditaban en la sucesión paterna.

Los fueros municipales se extendían a todos los Municipios y cada uno de ellos tenía su fuero propio, en relación a los intereses particulares de cada región o ciudad. Posteriormente, a medida que surge el interés de unificar el Derecho, los monarcas se preocuparon de unificar el de los fueros municipales y de ahí surge el Fuero Real.

Presentan los fueros municipales una legislación de circunstancias más acentuadas y extremas que las que motivaron la de cualquier otra época. Sus leyes civiles, encarnadas en el espíritu de los visigodos, son deficientes. Las penales adolecen de grandes defectos como la falta de proporción entre el delito y la pena. Sus leyes procesales, sobre escasas y rudientarias, no personifican ningún sistema. No así sus leyes políticas, que, como materia que se modela en las circunstancias, contribuyeron poderosamente en aquel tiempo a la unidad nacional.

### 92.—Fuero Real

No puede ser más terminante el sentido del proemio del **Fuero Real.** En él se expresa que a D. Alfonso no le animaba otro fin que el de proveer al remedio de aquel caos legislativo y de llegar en un plazo breve a la unidad del Derecho.
Es un fuero Municipal extenso, pero que tiene una significación peculiar entre éstos, por ser parte de la labor legislativa de Alfonso el Sabio, que tendía precisamente a acabar con la diversidad de sistemas jurídicos autónomos en las diversas localidades del Reino. Propósito análogo al de las Partidas; pero así como en éstas se buscaba la unificación por vía territorial, promulgando un Código con carácter de generallidad, en el Fuero Real se intenta por vía local: concediendo a las ciudades un fuero que por su contenido significa la superación del estrecho particularismo del que ya tuvieran anteriormente, o supliendo su falta.

### 93.—Las siete partidas

Se denomina así al incomparable Código del Rey Alfonso el Sabio, el cual está considerado como una de las maravillas de la Edad Media y aun de las edades posteriores, ya que, sin duda alguna, es la obra más importante de toda la historia del Derecho Castellano.

**Las Partidas se dividen en siete partes:**

Partida I.— Contiene reglas del derecho natural, las leyes y la costumbre, pero especialmente cuanto hace referencia al Derecho Canónico en relación a la autoridad del Papa, bienes de las iglesias, jurisdicción y derechos de patronato.

Partida II.— Trata de la constitución política y militar del Reino. Se da en ella una idea exacta de la Monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerrogativas; se fijan sus obligaciones, así como las de las diferentes clases del Estado y se expresan todos los deberes que dimanan entre el Soberano y el pueblo.

Partida III.— Versa sobre la administración de justicia y los procedimientos judiciales, métodos y alternativa que deben guardar los litigantes en juicio, de las pruebas, tales como testigos. confesión de parte, escrituras, de cuyo formulario se trata prolijamente, así como de los medios de proveer a su conservación por el establecimiento de registros y protocolos, y, en fin, del modo de adquirir el dominio y señorío de las cosas.

Partida IV.— Estudia la familia y sus relaciones
Partida V.— Se refiere a los contratos y obligaciones.
Partida VI.—Contiene lo relativo a las sucesiones, así testamentarias como intestadas, la tutela, curatela, etc.
Partida VII.— Abarca el Derecho Penal.

**Derecho Civil**

Parte general.— Señala como fuentes de Derecho la ley y la costumbre. Atribuye al Rey, con consejo de hombres entendidos, la formación de las leyes; señala como virtudes de éstas, las de mandar, impedir, prohibir, premiar, crear y ordenar. Admite la excusa de la ignorancia de la ley para los rústicos, en cuya condición personal encuentra motivo justo de que sea desconocida; la declara obligatoria a los naturales y extranjeros si cometen delito o celebran actos jurídicos, sancionando con ello el principio de Derecho internacional **locus regit actum**; esto es, los estatutos personal y formal-aunque incompleto el primero- que constituyen una de las modernas teorías.

El **sujeto** del Derecho es considerado con variedad en relación a su **estado**, al cual califica de natural o civil, según que proceda de la naturaleza o de la ley, Son fases del estado natural la cualidad de nacido o póstumo y la de varón o mujer. Declara legalmente nacido al que lo fue dentro del séptimo mes, o antes de terminado el décimo, de la celebración o disolución del matrimonio, respectivamente; consagra la regla de que los póstumos se reputen nacidos en lo que se refiere a su utilidad. Son igualmente aspectos del estado civil que se fracciona en los de **libertad, ciudad** y **familia**-la condición de libres o esclavos, ciudadanos o extranjeros, vecinos o no vecinos, señores y vasallos.

En cuanto al **objeto** del Derecho reproduce la clasificación romana de las cosas en comunes, públicas, de corporación, particulares y **nullíus**; sagradas, religiosas y santas.

**Parte especial.— A.— Derechos reales**

Se distigue ya la diferencia entre derechos reales y personales copiando toda la doctrina romana en cuanto al dominio, que llama **señorío, si** bien distingue tres clases de él: la una es el poder o la potestad de los reyes; la otra, el señorío feudal, y la otra, el señorío civil sobre las cosas muebles o inmuebles, o sea el concepto jurídico del dominio dentro del derecho privado; los modos de adquirirle, de los cuales cita como especies la ocupación, accesión, prescripción, tradición y sucesión.

hereditaria, si bien este último se desenvuelve dentro del derecho de sucesión **mortis** causa en la partida VI, que le está especialmente consagrada. Copia también la doctrina romana en la materia de posesión y servidumbres, que clasifica en reales y personales, determinando los caracteres distintos de ambas. Lo propio sucede con la hipoteca y prenda y con el censo enfitéutico, detallándose como derechos a él inherentes, lo mismo que en la legislación romana, los de tanteo o retracto, laudemio y comiso.

**Parte especial.**— B. **Derechos de obligación**

En este tratado, más que en ningún otro, se deja sentir la influencia de las Partidas en el Derecho civil de España, toda vez que, copiando la ley romana, varió radicalmente el sistema de contratación. En virtud de esta innovación reproducen las Partidas la doctrina romana, copiando la distinción entre **pacto** y **contrato**, previa la clasificación que de las obligaciones. contratos y cuasi contratos hacían las leyes de Roma. Menciona entre los reales el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda que bajo el nombre de **peño** viene confundida con la hipoteca, la permuta y los contratos innominados. Sanciona el contrato literal y la estipulación romana con el nombre de promesa, como así bien entre los consensuales el de compraventa que es objeto de profundas modificaciones, tales como el omitir, y, por consiguiente, dar por derogados los Fueros de amortización y tanteo o retracto, de que tan sólo se hace mención en materia de censo enfitéutico, el arrendamiento, la sociedad, el mandato y la enfitéusis. Se traslada también el Derecho romano, en materia de fianza, donación y modos de extinguirse las obligaciones.

**Parte especial.— C.— Derecho de familia**

El matrimonio merece numerosas leyes a las Partidas, inspiradas en los Derechos romano y canónico. Se clasifica el matrimonio; se señalan como requisitos previos, aunque no esenciales, los esponsales, las arras y las amonestaciones. No se admite la forma escrita en los esponsales, ni la concurrencia del consentimiento de los contrayentes en un mismo tiempo y lugar; se concede capacidad para otorgarlos a los siete años si son de futuro, pero no si fueren de presente, en cuyo caso se precisa la edad de la pubertad; los del futuro pueden otorgarse de cinco distintos modos; los de presente, seguidos de la unión carnal de los esposos, son un matrimonio perfecto; de los esponsales nace el parentesco de cuasi-afinidad, que la ley de

Partida denomina **alleganza**; la Iglesia puede compeler al contrayente moroso de esponsales de futuro a que celebre el matrimonio proyectado. El mutuo disenso, la profesión religiosa, la ausencia que exceda de tres años, y otras causas análogas, lo son de invalidación de los esponsales.

El consentimiento paterno, que tanta importancia tuvo en los Códigos anteriores, es casi preterido por las Partidas, que se limitan a clasificar de clandestino el matrimonio celebrado sin la previa petición de la novia a los padres, que es preciso tengan noticia de él, sin que por la infracción de este deber se señale pena alguna.

Las Partidas reconocían como era natural, la necesidad del consentimiento de los contrayentes, determinando que debe ser libre, sin causas que le vicien, como el error, fuerza, miedo grave e ilegítimo, condiciones contrarias al matrimonio, defecto de edad, etc., y que puede prestarse por mandatario. Asimismo su aptitud absoluta, que fija la edad de la pubertad, ha de estar libre de la concurrencia de los impedimentos, que hasta el número de quince menciona.

Copian el Derecho canónico en lo relativo a la disolución del matrimonio y divorcio.

En orden a los efectos civiles del matrimonio, ya en cuanto a las personas, ya en cuanto a los bienes, sólo ofrecen novedad los particulares siguientes: 1º— Que a la dote germana, constituída por el marido para ayudar al sostenimiento decoroso de la mujer en caso de viudez, sucede la romana, que la mujer entrega al marido para prestarle auxilio en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Esta materia, más que ninguna otra, es un fiel trasunto del Derecho romano en las personas que deben constituír dote, sus clases, derechos de los cónyuges y su restitución. 2º— La donación **propter nuptias** se confunde equivocadamente con las arras, que en su genuino sentido desaparecen con las Partidas, subsistiendo el concepto romano de la donación **propter nuptias**, o sea la hecha por el marido a la mujer, en razón de la dote y del mismo valor que ésta; pero nunca estuvo en uso en Castilla, conociéndose en cambio bajo tal nombre lo que se llama dote de los hijos o donaciones voluntarias y sin tasa que los padres suelen hacer a los que son varones cuando contraen matrimonio. 3º— Apenas si se fija el concepto de las donaciones esponsalicias o **largitates sponsalicie** de Roma; y 4º— Que desconoce por completo la institución de gananciales.

La legitimación y la adopción tienen también cabida en el Código Alfonsino. La primera es de las tres clases que en Roma: por subsiguiente matrimonio, por prescripto del príncipe y por oblación real o de algún concejo. La adopción, lla-

mada en las Partidas **porfijamiento**, ofrece las especies, requisitos y efectos que en el Derecho romano.

También en orden a la patria potestad se reprodujo literalmente la doctrina romana. La más notable novedad es la privación de la patria potestad a la madre, otorgada por los Fueros municipales, y, a imitación del Derecho romano, su concesión al ascendiente de grado superior; con lo cual, sobre no ser el matrimonio del hijo causa de emancipación legal, se variaba por completo la organización de la familia castellana.

Separándose de la legislación anterior también en lo relativo a la guarda de los menores, sustituyó la institución única que aquella sancionaba con este fin, y la temprana edad en que se otorgaba plena capacidad de obrar a los menores con las dos instituciones de Roma, tutela y curaduría, y señaló como mayor edad la de los veinticinco años.

**Parte especial.— D.— Derecho de sucesión**

Sustituyendo a la sencillez del Derecho de Castilla, se introduce por las Partidas el complicado sistema de la testimentifacción romana, basado en los sistemas jurídicos de aquella, tales como la necesidad de la institución de heredero, el no ser posible morir parte testado y parte intestado, y la precisión legal de la adición de la herencia. Se copian sus solemnidades internas y externas, y entre estas últimas la rogación de los testigos y la unidad del acto, reminiscencia de la primitiva forma de testar en los comicios calados de Roma; se mencionan las distintas especies de testamentos allí conocidas, y, en su intolerancia con las instituciones del Derecho nacional, omite el testameto por comisario, a que el Fuero Real dió nacimiento. Priva de la testimentifacción pasiva a los hijos sacrílegos, adulterinos e incestuosos, que califica genéricamente de **fornecinos.**

El sistema de legítimas sufre también una radicalísima variación a los cuatro quintos que, según el Fuero Juzgo, constituían la legítima de los descendientes, reemplaza la Justinianea, reducida a la mitad o tercera parte de los bienes, conforme al número de los hijos, y desaparecen las mejoras.

Asimismo, la sucesión intestada se presenta con notable variedad respecto del Derecho anterior de Castilla; desaparece el fuero de la troncalidad, tan característico de la legislación foral; se reducen y aún casi se niegan los derechos de sucesión, antes muy amplios, de la prole ilegítima; se permite la concurrencia de ascendientes con los colaterales, y se sanciona el derecho de representación perpetuamente en la línea recta, y

hasta el segundo grado en la colateral; son llamados los demás parientes de esta línea hasta el cuarto grado, en su defecto el cónyuge supérstite y en último término, la Cámara del Rey.

### 94.—Ordenamiento de Alcalá de Henares

Conjunto de leyes dictadas por los monarcas, se crea el régimen señorial y su importancia estriba en que se establece por base de todo contrato el consentimiento, que tiene fuerza de obligación cuando consta de una manera deliberada, no existiendo desde entonces la diferencia entre pactos y contratos que se conoció en Roma y que transcribieron las Partidas, pues en él se determinó "que de cualquier modo que aparezca que uno quiso obligarse, queda obligado".

### 95.—Leyes de Toro

Dictadas en la ciudad de Toro el año de 1505. Su objeto fue dirimir ciertas antinomias entre las distintas fuentes vigentes en un mismo ordenamiento y la solución de aspectos nuevos. Adoptaron la institución de las mejoras y la de las vinculaciones, a la cual dieron gran impulso; extendieron el número de los hijos naturales que antes eran solamente los habidos entre solteros y según ellas podían ser también hasta los adulterinos, y finalmente, introdujeron otras modificaciones en el Derecho.

### 96.—Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla

Trataba de reunir en un solo cuerpo de leyes a todo el sistema jurídico, y con estos caracteres viene el Derecho Castellano al Continente descubierto por Colón.

### 97.—Novísima Recopilación

Lleva ese nombre por haber sustituído a la Nueva Recopilación que no había satisfecho las exigencias de un cuerpo de Derecho unitario y ordenado. La Novísima Recopilación trató de abarcar en un solo volumen todo el sistema jurídico del Derecho Castellano. Esta recopilación no vino a América, porque en esa época se inicia en el Nuevo Mundo la etapa de la Independencia.

**98.—La realidad y las leyes:**
**"Se acatan, pero no se cumplen"**

Característica del régimen colonial fue la desobedinecia a la ley. Cuando una norma legislativa fuese considerada inconveniente, los magistrados encargados de ejcutarla, en vista de que no podían revelarse contra ella, la **acataban**; pero en vista, a su vez, de que no era conveniente ponerla en vigor, **no lo cumplían.** La fórmula consagrada era como sigue:

Llegada la Real Cédula tenida por inconveniente, el Virrey o el Presidente de la Audiencia la leía solemnemente y, luego, colocándola sobre la cabeza, decía en tal voz: **Se acata, pero no se cumple**, con lo que quedaba satisfecho el principio de hinojamiento de la voluntad funcionaria ante el rey, y el de la contemplación de la realidad. El vulgo apellidó a tales Reales Ordenes con el malicioso mote de **hostias sin consagrar.**

Esta ficción legal fue la vía por la que se anularon las leyes protectoras de los indígenas y las dictadas contra los abusos de encomenderos y corregidores.

**99.—Derecho Indiano**

Las Leyes de Indias no son sino el recuerdo histórico de una organización política que duró cuatro siglos, y que si en verdad tuvo escasa aplicación práctica, en esas leyes se encuentra la génesis del Derecho Público Americano, pues que ellas revelan un estado social y político que las hizo necesarias, pues de la realidad americana brotaban nuevas exigencias legales, nuevos imperativos sociales.

Una sociedad jerarquizada y dividida en clases sociales dio como resultado que el Derecho Indiano se dividiera en dos clases: a) Sistema jurídico aplicable sobre la clase dominante; b) Sistema jurídico aplicable sobre la clase conquistada.

El Derecho Indiano aplicable sobre la clase dominada regulaba la vida del indio y comprendía las siguientes instituciones:

1ª—Repartimientos y Encomiedas.
2ª—Reducciones y Corregimientos.
3ª—Mitas.
4ª—Obrajes.
5ª—Tributo indígena.

## 100.—Repartimientos y Encomiendas

Desde los primeros años de la Colonización, los Reyes distribuyeron el territorio sojuzgado en lotes (repartimientos) y la población autóctona en grupos (encomienda). Como se ve el repartimiento se refiere a la tierra y la encomienda a los habitantes.

La base teórica del sistema fue la religiosa. Se trataba de cristianizar a los naturales. No obstante que, según algunos teólogos, eran seres sin discernimiento, intermediario entre el hombre y la bestia; a pesar de que, según otros, se trataba de infieles, a quienes había que castigar por su perjurio e infidelidad; y, en fin, sin embargo de que, según los más benévolos, no pasaban de ser más que simples ignorantes, de todos modos las Leyes de Indias los consideraron como seres sin suficiente capacidad para gobernarse por sí mismos y, por tanto, los **encomendaron** a españoles de cierto valimento (gracias a su audacia más que a su cultura), los cuales se encargaban de dirigirlos por la senda de la fe, para salvar sus almas, y utilizaban su trabajo, para enriquecer su propio tesoro (el de los españoles).

Instituídas, pues, dichas formas, pasaron a ser organismos incrustados en lo más permanente de la vida colonial. Y como tales fueron definidas ya en términos perentorios. En la tierra, el indio encomendado al patrón, reproduce, con caracteres más graves aún, la servidumbre feudal. El indio se convierte en animal de trabajo. Es parte de la tierra. Es siervo. Trabaja para el señor y para el cura, su aliado. Vegeta sin esperanza.

Los **repartimientos** influyeron en muchos sucesos políticos, sobre todo a comienzos de la colonia. La mayor parte de las guerras civiles entre los conquistadores, tuvieron por finalidad o causa un nuevo reparto de tierras.

Ahora bien, no obstante que las encomiendas y repartimientos en sí constituyeron la base de la demarcción y distribución territorial interna de las colonias, hubo un hecho que agravó los defectos de ellas: la composición de tierras. En verdad, y en ello andan de acuerdo los tratadistas, estas composiciones de tierras, que tenían por objeto redistribuir y readjudicar extensiones vastísimas, favoreciendo la formación del latifundio, no tuvieron tope. Hasta el término de la época virreinal, los gobernantes las llevaron a cabo. A veces guiados, por motivos de fidelidad política, otros como premio a servicios personales, otras para acarrear dinero al exhausto tesoro del rey que apeló a menudo a dicho sistema; lo cierto es que la **composición de tierras** la vemos funcionando aún en tiempos del Marqués de la Concordia, don José de Abascal, virrey

del Perú durante la lucha contra la revolución argentina, alto-peruana y chilena. En efecto, el 13 de abril de 1815, dicho magnate dispuso que se repartieran tierras entre los soldados que habían combatido a órdenes del general Ramírez en el sofocamiento de la insurrección de Mateo García Pumaccahua.

Fue con la **composición de tierras**, más aún que con la encomienda, como se constituyó el **latifundismo** o **neofeudalismo** republicano. Un hecho revelador es el ocurrido a raíz de la expulsión de los jesuitas. Sus haciendas, si bien pasaron a formar parte de la Corona, en realidad muchas de ellas cayeron en manos de particulares.

Aparte de las encomiendas, hubo otras clasificaciones de tierras: las **tierras de manos muertas**, o sea de corporaciones religiosas, instituciones beneficientes, etc.; las tierras del rey, entre ellas las más ricas minas descubiertas, que asignó a sí mismo; las tierras de **propios** y de los **pueblos** y, finalmente, las tierrras de indios. Estas últimas fueron teóricamente respetadas, aunque en realidad invadidas. Sin embargo, en numerosos casos se mantuvo la propiedad colectiva del **ayllu**, siendo la base de los bienes comunales, colectivos y ejidales de nuestros días.

La independencia, con su criterio individualista y oligárquico, significó en no pocas circunstancias un ataque más rudo a las tierras de indios, que el mismo sistema colonial.

Como dato significativo agregamos que también en esto se mezclaron el criterio español y el indígena, no sólo al respetar las tierras de indios sin mengua de la composición de tierras y las del rey, sino también en las unidades de medida. Si bien la **fanegada española** fue teoricamente la unidad de medida especial, con sus 288 varas de largo y sus 144 de ancho (41.472 varas cuadardas), en la práctica se prosiguió midiendo con unidades nativas, como el **topo** o **tupu** en Ecuador, Colombia, Perú Bolivia, etc. El topo tenía 26 varas por 48, o sea una superficie de 4.608 varas cuadradas.

### 101.—Reducciones y Corregimientos

Con el propósito de establecer núcleos de población, se concedió a los conquistadores formar **Reducciones** o agrupación de indios, en sitios que tengan comodidades de aguas, tierras y montes, entradas y salidas, y un **ejido** de una legua de largo (base de los bienes ejidales, de origen español), donde los indios puedan tener sus ganados, sin que se revuelva con otros de españoles. Fruto de las Reducciones fueron las fundaciones de ciudades y de haciendas, sobre cuyas bases germinaron verdaderas poblaciones. La concentración demográ-

fica se operaba por una de estas tres vías: a) Fundación de ciudades en las cuales prevalecía el elemento conquistador; b) Fundación de haciendas en las cuales predominaba el elemento indígena; c) Reducciones, formadas por elementos indígenas relativamente libres, dentro de los territorios del Estado.

Sobre las bases de las antiguas tribus o **ayllus**, se estableció el Corregimiento de Indias, bajo el dominio de los conquistadores.

### 102.—La Mita

La **mita** era el repartimiento de indios para el trabajo implacable de la mina. Había que extraer el oro y la plata. A eso vino el conquistador. De eso necesitaba el Tesoro del Rey, siempre apurado por urgencias económicas. Comunidades enteras fueron desarraigadas para hundirlas en la obscuridad de la mina que mataba sin piedad. Es ilustrativo el caso de las minas de Potosí citado en el tomo XXIII de la Historia del Mundo en la Edad Moderna editada por la Universidad de Cambridge—: el Virrey Toledo asignó, en 1575, 95.000 indios mitayos o sea sujetos a la servidumbre de la mina. Según la organización, 13.000 trabajaban a la vez. Un siglo después —en 1678— de los 95.000 indios sólo quedaban 1.700. Así devoraba la mita a los indios. Hubo necesidad de sustituírlos con esclavos negros que fueron traídos de España, a donde se les importaba de Africa.

Teóricamente la mita fue un turno de trabajo, establecido con el objeto de impedir que el indígena quedase relegado a la esclavitud, y evitar que se le obligase a trabajar durante toda su existencia en la ruda labor de las minas. Pero, prácticamente, la mita equivalió casi siempre a un turno que sólo terminaba cuando el individuo no rendía más o moría.

El turno o mita abarcaba un término de años, durante los cuales el indígena debía recibir un salario estipulado. Para librarse de ello, el encomendero y el corregidor obligaban al infeliz a adquirir cosas que no podía cubrir con su salario. Si era fuerte, si rendía, el encomendero procuraba que sus deudas no se extingan nunca para no perder aquella máquina de producción. Su familia quedaba comprendida en la deuda, de suerte que pasaba a ser esclavo, dado que la mujer y el niño aborígenes trabajaban durante la época colonial y continúan haciéndolo ahora mismo.

### 103.—Los Obrajes

La base de la industria era, desde los primeros tiempos de la colonia, el **obraje.** Y lo mismo que la agricultura y la minería, se basaba éste en la explotación rigurosa y cruel del indio.

Los obrajes eran hilaturas de diverso tipo, como paños, frazadas, bayetas, etc., labor que se realizaba en diversas etapas: primero era la selección de lanas, seguía el lavado y la clasificación; después se efectuaba el hilado, hecho lo cual se cardaba el hilado; enseguida venía el emborrado o mezcla de lanas; a continuación la urdimbre, más adelante el peinado, luego el asentamiento por medio de batanes y, por fin, el unir las diversas piezas.

El salario era nominal, pues de los jornales miserables que percibía el indio se les descontaba sumas con diversos pretextos. "El trabajo de los obrajes —escriben Jorge Juan y Antonio de Ulloa— comienza antes de que se aclare el día, a cuya hora acude cada indio a la pieza que le corresponde según su ejercicio y en ellas le reparten las tareas que les pertenecen, y luego que se concluye esta diligencia, cierra la puerta el maestro del obraje y los deja encerrados. A medio día se abre la puerta para que entren las mujeres a darles la pobre y reducida ración de alimento, lo cual dura muy poco y vuelven a quedar encerrados. Cuando la obscuridad de la noche no les permite trabajar, entra el maestro de obraje a recoger las tareas: aquellos que no han podido terminarlas, sin oír excusas ni razones son castigados con tanta crueldad que es inexplicable, y hechos verdugos insensibles aquellos hombres impíos, descargan azotes a ciento, porque no saben contarlos de otro modo, y para conclusión del castigo, los dejan encerrados en la misma pieza por prisión y aunque toda la casa lo es, hay un lugar con cormos o cepos para castigarlos más indignamente de lo que se pudiera hacer con los esclavos más culpables".

Amarrados al telar como el galeote al banco duro de la galera, verían pasar las horas, los días, los meses y los años, sin otra esperanza que la muerte redentora.

### 104.—Tributos Indígenas

Por el hecho de pertenecer a la raza conquistada, todos los indios tenían que pagar un impuesto a la Corona, entre otros, el **tributo** (sobre el individuo y la tierra), el **diezmo** (para la religión) y el **almojarifazgo** que gravaba el tráfico de mercancías.

Cada indio (hombre y mujer), desde los 18 a los 55 años, tenía que pagar una suma anual, en oro, plata o en especies,

que en el Ecuador fue de ocho pesos por cabeza; y lo más oneroso de este tributo **directo y personal** era que había que desembolsarlo por partida triple; para el Rey, para el cacique y para el encomendero, lo que significaba que el infeliz indígena se hallaba bajo una triple extorción o tiranía. Muchas veces, por eso se adherían a una familia, lo que no los libraba del tributo, pero pagaban en otra proporción, como pardos o yanaconas, o como **jatun runas** (en Sudamérica) o colonos.

El **diezmo** de productos que se entregaba para el sostenimiento de la Iglesia, o sea un diez por ciento, era de proporción agobiadora; y, en fin, el cuantioso de **almojarifazgo**, que estuvo fijado en 5% sobre el ingreso de mercaderías a puerto, y 2% sobre el egreso de las mismas, más los derechos adicionales de almojarifazgo en cada puerto o aduana marítima o terrestre por la que pasaba la mercadería, que unida al lucro del comerciante daba como resultado que el consumidor pagase precios increibles.

También deben considerarse como tributos **personales**, la mita y el servicio en los obrajes, ya que siendo como eran una carga sobre el indígena, ellas constituían una faz del sistema impositivo.

Las rentas de la Presidencia de Quito en los últimos años que precedieron a la revolución de la Independencia las ha exhumado y publicado la "Comisión Permanente de Legislación" en el informe que presentó al Congreso de 1922, y lo sintetiza en el siguiente cuadro:

| | | |
|---|---|---|
| Aguardiente | $ | 50.000 |
| Aduanas | ,, | 67.000 |
| Alcabalas | ,, | 43.000 |
| Quintos de metales | ,, | 200 |
| Papel sellado | ,, | 30.000 |
| Venta de tierras baldías | ,, | 1.000 |
| TRIBUTOS DE INDIOS | ,, | 213.000 |
| Oficios vendibles | ,, | 4.000 |
| Diezmos y vacantes | ,, | 89.000 |
| Bulas de la Cruzada | ,, | 15.000 |
| Correos | ,, | 10.000 |
| Confiscaciones y comisos | ,, | 4.000 |
| Patios de gallos | ,, | 1.00 |
| Réditos de bienes de temporalidades | ,, | 40.410 |
| Masa común de la Real Audiencia | ,, | 23.000 |
| PESOS | $ | 591.199 |

"Al examinar este cuadro y compararlo con la situación rentística de Venezuela y Nueva Granada en la misma época, dice la Comisión, se observa que en el Ecuador pesaban los tributos como una montaña sobre la clase inerme y laboriosa de los indios, en una desigualdad irritante para sostener las cargas del Estado. En efecto, en Venezuela el tributo de indios producía **treinta mil pesos,** en Nueva Granada **cuarenta y siete mil,** mientras en la Presidencia de Quito, representaba DOSCIENTOS TRECE MIL PESOS, esto es más del tercio de las rentas fiscales.

El sistema del tributo indígena perduró durante todo el régimen colonial, a pesar de todos los atropellos que se cometían y de todas las quejas que llegaban a la Corona.

### 105.—Sumario análisis del contenido de la Recopilación de leyes de Indias en cuanto al Derecho civil

Las **Leyes de Indias,** que encerraban, indudablemente mucho de progresivo, tenían a la vez anomalías de injusticia tan absurda y tan incompatible con el principio humano, que no parecían, al ser consideradas bajo esta terrible faz, sino que se habían dictado en los siglos de la más feroz barbarie. Nos referimos al establecimiento de la esclavitud con todos sus horrores y desoladoras consecuencias, que es una de las caries de la colonización española del Nuevo Mundo. La introducción de esclavos negros originó los famosos privilegios llamados asientos y engendró el abominable tráfico negrero. Las leyes de Indias, fiel expresión de las doctrinas dominantes en su época, aceptan y reglamentan la esclavitud, dictando numerosas disposciones acerca de los matrimonios, hijos, trabajo, etc., de los esclavos.

Cierto es que se decreta la libertad de los indios, pero los abusos introducidos, sobre todo a la sombra de las **encomiendas** o repartimientos de indios entre los pobladores, colocaron a la raza indígena en un verdadero estado de inferioridad muy cercano a la servidumbre.

Derecho de familia.—Se prohibe que se puedan casar en sus dictritos los Virreyes, Presidentes y Oidores, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores y sus Tenientes letrados, Alcaldes del crimen y fiscales de las Audiencias, ni sus hijos e hijas, so pena de perder los oficios, haciendo extensiva la prohibición al mero concierto o promesa de matrimonio, y disponiendo que no se admita en el Consejo memorial alguno, en solicitud de licencia; consignando igual prohibición respecto de

los matrimonios entre los Contadores de cuentas con las hijas, hermanas y deudas, hasta al cuarto grado, de los Oficiales reales y viceversa, así como entre éstos y los parientes de sus compañeros hasta dicho grado. Dispónese que no se ponga impedimento alguno a los indios para contraer matrimonio, ya entre sí, ya con españoles; prohibe que aquéllos se casen antes de la edad legítima, ordenando que sean apartados y amonestados los indios o indias cristianos que, estando casados, contrajeren nuevo matrimonio, castigándoles si la segunda amonestación no diere resultado, y prohibiendo asimismo la bigamia a los caciques e indios, aunque sean infieles, así como que reciban en pago nada del indio que haya de casarse con sus hijas, debiendo seguir los hijos de indias casadas el pueblo de su padre, y los de solteras el de la madre.

**Derecho de sucesión.**— Se ordena a los Virreyes, Presidentes y Audiencias que provean lo necesario para que los indios tengan entera libertad en sus disposiciones, encargando a los Prelados que no consientan que los curas y doctrineros violenten la voluntad de aquéllos cuando, estando enfermos, traten de otorgar testamento. Grandes debieron ser los abusos a que dieran lugar las sucesiones de los que murieron en las colonias cuando fue necesario crear los Juzgados de bienes de difuntos, encargados especialmente de cobrar, administrar, arrendar y vender los bienes hereditarios, ya se tratase de sucesión testamentaria o ab intestato, institución desenvuelta y reglamentada en el título 32 del lib. II. Tal es, sumariamente expuesto, el contenido de esta Recopilación. Es lógico que rigiendo en las Indias el Derecho castellano, la parte de Derecho privado contenida en la Recopilación sea relativamente de poca importancia. En efecto, los vacíos de esta materia se suplían con las leyes de Castilla en el orden de prelación establecido por las de Toro. No obstante, deben mencionarse las leyes nuevas, dictadas por Carlos V (1542-43), recopiladas en su mayor parte luego, en que se reguló con elevado espíritu la institución de las encomiendas; allí hay normas relativas a la condición personal de los indios y a la ocupación de la tierra, que deben considerarse como derecho privado, a lo que puede agregarse el conjunto de normas de Derecho mercantil a que dio lugar el peculiar tráfico a estos territorios de América, interviniendo en lo que se refiere a la Península por la Casa de Contratación de Sevilla. Finalmente debemos recordar que la validez del Derecho consuetudinario indígena fue admitido en ciertos casos.

La legislación de Indias quedó inobservada con frecuencia. Maravilloso conjunto de intenciones magnánimas, la realidad se opuso en muchas ocasiones a los deseos del legislador.

Lo que nadie ha negado es el hondo sentido humano de una legislación que llegó a ser, ciertamente, lo mejor que de tiempo y distancias podía obtenerse entonces.

Pero, repetimos, "lástima que, si por un lado se prohibía la venta de los indios y se declaraba su derecho a ser libres, por otro se autorizaba la esclavitud".

### 106.—Factores históricos que entraron en conflictos en el Nuevo Mundo.

En primer lugar, los del pueblo descubridor, encuadrado en un Estado sin unidad política, aunque —conforme con los principios del Orbis cristiano— trataba de conseguir la racial y religiosa; con una economía desequilibrada; con una población que daba numerosos y arrogantes soldados y unos reyes poseídos del espíritu de Cruzada. Cuando España atravesaba por aguda crisis financiera, los conquistadores recorrían en asonada de guerra el Nuevo Mundo, colonizando las costas oceánicas, el altiplano y la selva exuberante y misteriosa. Las nuevas colonias, ricas y extensas, se incorporaron a la Corona Española como otra fuente —de las más surtidas— para los dispendiosos gastos que los reyes de España se habían creado ante las necesidades políticas imperialistas.

De otra parte, los rasgos culturales de los indios americanos— que ya hemos señalado—, tanto de las Antillas, donde se operó el primer contacto con los españoles, como de los aztecas e incoquechuas; pueblos que habían cimentado su estructura política en un principio más sólido que la creencia o la superstición: la posesión del suelo que, cultivado por la clase productora sirve a la vida inmensa, no sólo alimentándola con los productos de la tierra, sino también dándole su sangre, que, durante siglos y siglos, mana de los campos y aldeas para verterse en las clases superiores, adoptando sus formas y conservando su vida. De esta manera el indio pasó a ser planta, siervo de la gleba, obtuso y permanente, engendrando niños y metiendo trigo en la madre tierra, laborioso enjambre sobre el que pasó con viento de tormenta el torrente de los soldados conquistadores. Y los señores feudales detentaban todos los medios de producción, especialmente la tierra, abajo, muy abajo, se extinguía la raza india en las mitas, en los obrajes y la faena agrícola en climas malsanos.

La clave de la civilización incásica es la disciplina absoluta en lo social, en lo político, en lo privado; y su primordial ocupación agraria se traduce en colectivismo como forma característica de asociación; no hay hombre que se baste a sí propio, todos buscan el auxilio de los demás. Todos los rudos trabajos del campo tienen que ser acometidos en común. Ni

el sembrío ni la recolección se hicieron sin el concurso de dos factores colectivistas: cooperación y solidaridad. Cada componente del grupo social nada valía por sí, sino en cuanto constituía guarismo dentro de una comunidad. El individuo carecía de derechos, sólo el grupo era sujeto jurídico. Nadie está exceptuado de aplicar su actividad a la producción, todos realizan un género de labor profesional a sus capacidades. No se conoce el parasitismo como tampoco el proletariado.

Un tal régimen agrario de carácter colectivista, habida cuenta del valor de la tierra como fuente de riqueza en ese entonces, por fuerza había de determinar un sistema político igualmente colectivista. No importa que aparentemente exista un Soberano al parecer despóstico y que ese soberano parezca regular la marcha del Imperio; realmente quien gobierna es el todo; la colectividad se gobierna a sí misma, valiéndose de un medio de expresión simbólico, de una encarnación terrena de su grandioso **totem solar**: el Inca. Y un sistema de gobierno de esta naturaleza había de caracterizarse, como se caracterizó, por la centralización y el unitarismo. Empero toda la construcción religioso-político-económica de este pueblo fue casi abolida por la invasión española.

Y hemos querido recordar tales antecedentes históricos, antecedentes que, para la construcción de un régimen político nuestro, para la construcción del Estado ecuatoriano, debieron ser tomados en cuenta y sin embargo no lo fueron. No lo fueron porque nuestro Derecho Público no fue nuestro, sino derivado de las doctrinas y prácticas francesas, porque nuestra teoría del Estado fue la teoría del Estado francés.

Y no se crea que juzgamos que se debió tornar a las costumbres ni a las instituciones aborígenes, no ciertamente. Las instituciones son temporales y están sujetas al ritmo de la vida. Pero las instituciones son las obras, las creaciones del espíritu de un pueblo; más todavía, el pueblo mismo es una creación del espíritu de la madre tierra. Y a este espíritu de nuestro pueblo indio, que es el espíritu de la tierra americana, a este espíritu se puede retornar. Ya existe mismo este anhelo de retorno, expresado en aquellas instituciones de redimir e incorporar al indio al medio nacional.

El problema atañe a todo hombre que ame a su patria, y por tanto piense en aprovechar toda esa riqueza humana; a todo el que anhele, por lo menos que el Ecuador tenga su nacionalidad constituída con los elementos que la pueblan, unificando sus ideales e intereses.

El arte de gobernar tiene por fundamento esencial hacer nacer, prosperar y desaparecer sentimientos en el alma de los pueblos, de acuerdo con un ideal, el ideal supremo del bienestar y progreso nacional.

La tarea de enjuiciar el ayer emerge indispensable, como que es la base para valorar el presente, y el punto necesario para arrumbar el futuro. Y el pueblo ecuatoriano debe adoptar su actitud histórica, aquella que le corresponde como unidad humana dueña de su propio destino, aportando todos sus esfuerzos a la humana labor de incorporación indígena a nuestra civilización; viendo en la faena, a más de humanidad, una fuente de riqueza y progreso. Cuando esto ocurra y nuestro pueblo ya en marcha, lleve su mirada al infinito, ante sus ojos atónitos se abrirá el gran horizonte del futuro, iluminado de esperanzas.

### 107.—Estructura social y política en la colonia

La sociedad colonial sobre la cual va a imperar el régimen jurídico es una sociedad jerarquizada y dividida en clases a base de un sistema de diferenciación racial, que la organización colonial intensificó la divergencia por el artificio de la desigualdad de derechos y de aprecio según el colorido de la piel: en la última condición estaba el negro, bestia de carga, esclavo de la tierra insalubre y ardiente; luego, seguía el indio el vencido, humilde y despreciado; y más desgraciados que él, porque tenían conciencia de su desgracia, eran los mestizos, los mulatos, los zambos, resultado de dos razas mezcladas una y otra vez, con el orgullo de la blanca, con la indolencia de la india, y con el fanatismo de la negra.

Resulta difícil señalar concretamente los caracteres fundamentales de la raza española de aquella época porque ella misma era un compuesto heterogéneo de razas; celtíbero, fenicia, románica, visigótica.

García Calderón traza como cualidades de la raza española: el individualismo, la democracia, el espíritu local de las vastas unidades, el fanatismo africano que se satisface sólo con excesivas y extremas soluciones; en fin, la cualidad de una raza grave y heroica en perpetua tensión delante de Dios, el Rey y el Destino.

Hemos de fijar nuestra atención de un modo especial en esta cualidad individualista y africana de la raza española —en su exaltación y en su fanatismo— porque ella ha pasado íntegra a nosotros.

La España del Descubrimiento y la Conquista era una nación fuertemente centrífuga en la que todos los factores divergentes, geografía, raza, economía, se unificaban bajo la religiosidad disciplinadora de Isabel, la Reina de Castilla. La fe religiosa unió lo que el medio, las invasiones, la manera misma de constituirse, las divisiones geográficas, todo, en fin, trataba de dispersar.

Siete siglos de lucha contra la "morisma" había producido romanceros heroicos y orgullo nacional; pero habían eliminado las posibilidades de un desarrollo industrial de la burguesía, creando en su lugar una casta militar numerosa incrustada entre la aristocracia feudal y las clases inferiores. De ahí la pasión ilimitada, el amor a la pompa y a la guerra, el encumbramiento del yo que en su soberbia no admite superioridad ni jerarquía que no sirva para pedestal suyo.

Eran soldados de Fernando e Isabel, cruzados de cruzada que vinieron a América por ambición de riqueza y de gloria; los más anhelaban rehacer sus arruinadas haciendas. Junto a sus armaduras castellanas, trajeron el medievo español, la inquisición y el feudalismo. De ahí que nuestra América se rehizo con las formas feudales que en la misma Europa habían sido superadas una vez que sólo tenían a España como último reducto. El feudalismo obscuro fue trasplantado a nuestras tierras y sobre esa base comenzó a vivir la colonia, es decir con un andamiaje que no daba asidero para pensar en la realidad de un Mundo Nuevo, sino al contrario en la supervivencia de lo que debía quedar totalmente eliminado.

A mediados del siglo X se ve al Occidente latino organizarse según lo que llamamos el régimen feudal. Como de la mayoría de las cosas que surgen de las necesidades mismas de la vida, la gente no se dio cuenta de su existencia hasta que estaba ya caduco. No se teorizó ni legisló sobre el régimen feudal hasta el siglo XII. Se han querido encontrar sus antecedentes en ciertas formas de patronazgo romano, en la posesión de la tierra que se llama **a precario**, en el **compadrazgo** germánico, con sus **cómites** o compadres formando una compañía al mando del jefe, como los feudatarios deben ser fieles al señor; se ha querido ver el feudalismo naciendo de la tendencia de los funcionarios a hacerse independientes al debilitarse la autoridad imperial, usurpando derechos del Estado, primero, y convirtiendo sus cargos en hereditarios, después. Acaso el feudalismo no sea la consecuencia de una sola de tales causas, sino de todas juntas.

El régimen feudal no era sólo una organización política,, sino, además, un sistema económico bien diferenciado. Lo que caracterizaba fundamentalmente al régimen feudal no era tanto la gradación de jerarquías, por lo que toca a la autoridad, como el carácter ambiguo de la propiedad de la tierra; aunque el feudalismo todavía era algo más que esto, o por lo menos era esto, con una complicación extraordinaria de derechos y obligaciones.

Teóricamente, en el régimen feudal, el monarca era el propietario único de todas las tierras del reino, y él las había distribuído en usufructo perpetuo e inalienable entre sus

grandes vasallos, los llamados duques y condes; éstos, con las reservas de los derechos reales, habían parcelado sus tierras a otros, los barones, o simplemente nobles, reservándose sólo señoríos o derechos feudales. Los nobles y barones, para cultivarlas, habían otorgado las tierras en arrendamiento perpetuo e inalienable a sus vasallos, y de ellos recibían sólo una parte de la cosecha, con algunas prestaciones o servicios. El Vasallo raramente pagaba en metálico, pero se comprometía a trabajar cierto número de días al año para el señor.

La escala feudal podía ser muy larga; en general había más de dos señores entre el rey y el vasallo, esto no obsta para que el rey no tuviese también tierras en propiedad —dominio real—, con sus vasallos, ni tampoco para que algunos terratenientes, pocos primero y muchos después, no obtuvieran títulos de propiedad **en alodio**, o sea sin restricciones ni señoríos sobre las tierras que cultivaban. El clero, en el feudalismo europeo, llegó a poseer inmensas propiedades y aun pueblos y estados pontificios; en el coloniaje, o sea en la iniciación del feudalismo en América, los clérigos, frailes, monjas y cofradías, acapararon grandes latifundios. Pero lo que en Europa fue lucha entre señores, en América fue avasallamiento de los inferiormente preparados, por medio de terribles carnicerías. La apropiación del suelo desembocó en el **latifundio**, pasando por la encomienda y el corregimiento. La fisonomía actual de América, en lo que se refiere a la propiedad y usufructo de la tierra, descansa sobre bases feudales.

### 108.—Sistemas de gobierno

Hecha la conquista fue necesario organizarla. España ensayó en América diversos tipos de gobierno según las circunstancias de tiempo y lugar. Acabó propiciando los Virreinatos y las Intendencias, pero ello al cabo de dos siglos.

La primera autoridad que constituyeron los Reyes en América fue el **Adelantazgo**. Bartolomé Colón fue el primer Adelantado que hubo en el Nuevo Mundo. Después, siguieron otros, entre los cuales no se deben olvidar los nombres de Diego de Almagro, Pedro Mendoza, etc. Al Adelantado lo reemplazó el gobernador, con una diferencia notable entre ambos: mientras el Adelantado era un capitán libre que ganaba tierras con su espada y las regía por su ley, en suma, un auténtico señor feudal, el gobernador fue un funcionario dependiente de los Virreyes.

Con el objeto de reglamentar definitivamente el gobierno de las Indias, siguiendo el ejemplo portugués, y para evitar que recrudecieran los abusos y exacciones cometidos por los

conquistadores, el Emperador Carlos V resolvió erigir los virreinatos de **Nueva España** (Méjico y Perú), bajo cuya autoridad quedaron los territorios del Nuevo Mundo.

Al título de virreyes se agregó, más tarde, el de las Audiencias y Capitanías Generales.

La Rael Audiencia de Quito fue decretada por el Rey Felipe II en Guadalajara, el 29 de Noviembre de 1563, según consta de la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, aun cuando según la Cédula original que reposa en el Archivo de la Corte Suprema del Ecuador, la fundación se hizo el 7 de agosto del mismo año. Vacas Galindo, Vásquez, Noboa, Ponce y otros escritores ecuatorianos citan la primera fecha, refiriéndose seguramente a la que consta en la mentada Recopilación. González Suárez señala, como fecha de la Cédula de Fundación, el 29 de agosto de 1563.

Establecida la Real Audiencia, a petición del Cabildo de la ciudad, dependió del Virreynato del Perú hasta 1718, y desde entonces al Virreynato de la Nueva Granada que se creó en el mismo año.— La Real Audiencia constaba de un Presidente, cuatro oidores, un fiscal y dos escribanos.

En 1722 se suprimió el Virreynato de la Nueva Granada y quedó también suprimida la Real Audiencia de Quito.— En 1740 fue restablecido el Virreynato y, restablecida al mismo tiempo la Real Audiencia de Quito, volvió a depender del propio Virreynato.

No hubo innovación alguna hasta el 10 de Agosto de 1809, fecha en que, desconociendo el pueblo de Quito, el primero en América, a las autoridades españolas, se organizó La Junta Suprema.

Restablecidas las autoridades españolas después de sangrientos sucesos y múltiples vicisitudes, volvió a ejercer su autoridad la Real Audiencia, dependiente del Virreynato de la Nueva Granada, hasta que las antiguas colonias españolas obtuvieron su emancipación.

### 109.—Creación y Colonia

Pero la obra de España en América no fue tan sólo ruido de armas y cabalgatas sangrientas. La Madre Patria, en realidad, se traslada a las Indias, como Grecia vuelca sobre el Asia Menor su cultura, su espíritu. Establece y organiza los Cabildos, sembrando con ellos las primeras semillas de la libertad y de la autodeterminación. Nos da íntegra su técnica, capaz de crear un mundo a su imagen y semejanza. Capaz de insuflar a los nuevos pueblos su mentalidad feudal y católica de manera perdurable.

Obra de España fue también, fue sobre todo el arado y el surco, el trigo, la cebada, el buey, el caballo, la carreta, el clavo, la palanca, la teja, el horno, la lezna, mil y mil humildes y grandes cosas, venerables y familiares auxiliares del hombre.

Fue creadora de un mundo nuevo, de un mundo mixto en fusión natural y viable. Y le debemos el ser que somos con todas las cualidades y los defectos de las dos razas, ilustres cada una, nobles razas ambas en razón de su historia y progenie.

España extendió sobre América el sabio manto jurídico de sus instituciones, las más avanzadas de entonces, sobre un opulento marco arquitectónico de nuevas ciudades sobre el rico aderezo de sus campos cubiertos de nuevas semillas pródigas.

Evidente es que con España y sus solas tres carabelas, dio el mundo moderno un decisivo salto para incorporar a sí lo desconocido, en el vastísimo continente que se ignoraba a sí propio detrás del mar tenebroso.

No es posible, empero, dejar de lamentar las ruinas sobrevenidas con el cambio de nortes y rumbos. Pero también es preciso reconocer que no fue el prurito de destruír por destruír. Fue implacable necesidad de la conquista; fue acaso el único modo de no perecer, el único medio de sobrevivir. Y el que permitió crear.

Sin embargo, frente a esta obra de creación positiva, se halla la otra faceta, que constituye la larga noche de la Colonia..... Las encomiendas, las mitas y obrajes. Las castas, las clases. Si en los documentos coloniales, se habla de que los sacrificios y hazañas realizados fueron "en defensa de la cristiandad", lo cierto es que ello no impidió que, como nación poderosa y dominante, la española promulgase un concepto **racista**, de superioridad de su estirpe en pugna con las doctrinas cristianas que pretendía defender. Esta contradicción conduce a pensar que puestos en oposición los intereses político-económicos y los religiosos espirituales, aquellos pueden más que éstos.

Sólo los españoles podían ejercer las funciones del alto clero; sólo ellos y los criollos, sus hijos, podían ser dueños de tierras, de obrajes. Jamás un español era peón; comerciante, sí. Jamás, ejidatario ni peón de minas; capataz, sí. Sólo para los españoles toda la administración, la política y la ilustración..... Y abajo, los criollos. Para éstos muy poca cosa. Esas cosas que ni querían ni apetecían los peninsulares.

## 110.—Los Cabildos

El **Cabildo**, institución típicamente española, tuvo gran importancia en la vida colonial. Fue el mantenedor de la heroica tradición de las "Comunidades" españolas: combatir el monopolio de la tierra, defender las libertades cívicas, arrumbar el progreso urbano y regional: tal su obra magnífica.

Los Cabildos fueron los baluartes contra los abusos de los Presidentes de las Audiencias y de los Oidores; sirvieron también, para iniciar en sus elecciones el sufragio, como un ensayo de la vida democrática; y en los Cabildos se fecundó y prosperó el pensamiento de la independencia de América.

El Cabildo español no provino de Roma, como se ha dicho, sino que fue una expresión del **individualismo germano**. Cuando los moros se apoderaron de la Península, los adversarios de aquéllos organizaron la resistencia, llamada después Reconquista, para lo cual otorgaron poderes en los puntos fronterizos, a los **condes**. En torno de cada conde había un **concilium** o **concejo**, germen del Cabildo, por lo que a éstos se les llama también Concejos. La función de dichos cuerpos era la de cuidar de la administración de la ciudad y ejercer justicia. En la Carta del Cabildo de León, o fuero de León, del año 1020, se establece que el Concilium tiene jurisdicción sobre los vecinos de la ciudad y sobre el **alfoz** o terreno circundante.

La primitiva organización del Cabildo, dada tal finalidad, se basaba en la existencia de un **juez forero**, elegido directamente por los vecinos, cada año; de **alcaldes** y **regidores** o **concejales**, un **alguacil mayor** (que era el brazo de la justicia); un **alférez**, encargado de la tropa; los **fieles**, que vigilaban los mercados; el **mayordomo**, que tenía bajo su vigilancia los gastos e ingresos; los **alarifes**, que cuidaban de las obras; el **almutazaf** o **almotacén**, a cuyo celo se confiaba la fiscalización de las pesas y medidas, los veladores, que rondaban de noche; los **andadores**, o vigilantes de los presos y los **guardas**, para atender al cuidado de montes, dehesas, etc.

Como estos Cabildos o Concejos tomaron cada vez mayor importancia, y como su autoridad se extendiese en detrimento de la del Monarca, creando un feudalismo colectivo **sui generis**, propio de España, el Rey fue minando dichas prerrogativas, y designando **corregidores** que tenían por misión sofrenar los avances de aquéllos. Carlos V les dio el golpe de gracia con la decapitación de Padilla, lo cual ocurría precisamente en momentos en que se desarrollaba la conquista de América.

A pesar de esto, el Cabildo fue trasplantado en casi todo su vigor, lo cual se explica, porque la mayoría de los conquis-

tadores era oriunda de **pequeñas aldeas**, con un arraigado concepto de su autoridad y de su autonomía. Esta idiosincrasia **aldeana** del conquistador contribuyó, también, a mantener alerta su espíritu de rebeldía, no sólo en lo municipal, sino también en lo político y hasta en lo lingüístico a punto tal que buena parte de los modismos que conservamos en el idioma no son otra cosa que provincialismos arcaicos conservados por el uso.

De ahí, pues, que en 1507, apenas iniciado el descubrimiento, se asentara la vida municipal en las colonias americanas, que tuvo en sus manos la agitación popular, que podía iniciarla con la convocatoria de Cabildos abiertos, en los que se discutían los negocios públicos, y de ahí este otro hecho cuyo eco en la Recopilación de Leyes de Indias tiene un significado profundo: los conquistadores, con ese carácter foral, autonomista, peculiar al citadino y cabildante español, no entregaron así como así al Rey las tierras ganadas con su espada. El año de 1519, cuando el foco de la tarea colonizadora se reducía aún al Mar Caribe, el monarca de España hubo de comprometerse con sus hombres de presa a que las tierras obtenidas por éstos "**no serán enajenadas ni apartadas en todo o parte, ni sus ciudades ni poblaciones, por ninguna causa o razón o en favor de ninguna persona**". Si tal se hiciera, el acto quedaba anulado de antemano, por expresa declaración real (Ley I, título I, libro III).

Se comprende que, en tales circunstancias, la institución cabildal o concejil adquiría suma importancia y que, por ende, las autoridades virreinales se manifestaran, igual que las reales, poco dispuestas a reconocer tales fueros.

Los Cabildos americanos tuvieron organización semejante a los españoles. Defendieron, por lo general, las tierras **ejidales**, de **parcialidades** y otras de dominio común, de la usurpación señorial. Procedieron con amplio criterio democrático en la aministración de esas tierras y en el suministro de parcelas destinadas a la edificación urbana y exigieron el trabajo de las parcelas adjudicadas. Dentro del aspecto citadino, debemos a los Cabildos la organización del artesanado, la reglamentación del trabajo y el incremento de la producción y el comercio, que hicieron posible el relativo progreso de nuestros principales centros urbanos en la colonia.

Cuando se revisan las funciones municipales se sorprende empero uno de la cantidad de trabajos y responsabilidades que se le entregaron al Cabildo. No sólo debía regular la vida de la ciudad en cuanto a su abastecimiento, sino que debía atender a su defensa, a su salubridad, a su representación y a sus finanzas.

De ahí que, poco a poco, le fueron naciendo brazos y tareas. Para realizar las deliberaciones pertinentes, los Cabildos debían sesionar ordinariamente tres veces por semana (luego fueron dos, y muchas veces levantaban la sesión por no tener asunto de qué tratar). Además de las sesiones o Cabildos **ordinarios**, los había **extraordinarios** cuando se citaba en día no fijado por la costumbre. Y, en fin, se conocieron los Cabildos abiertos, a que concurría el vecindario íntegro, en las grandes ocasiones, como, por ejemplo, para tratar de los asuntos de España bajo la invasión francesa, de donde resultó la independencia.

Según la Recopilación de Indias (Ley 6, título 10, libro IV) para ser miembro del Ayuntamiento o Concejo se requería la condición de ser vecino. Todo, excepto esto, cambió con el tiempo, con la venta de cargos y la institución de los corregidores que aquí, como allá en España, intervinieron en la vida municipal en forma a veces dura y abusiva. Además, si bien es cierto que los **criollos** predominaron a menudo en los Cabildos, debe pensarse que la palabra criollo no significa por fuerza una representación o emanación democrática como se cree a veces. Eran los **criollos de influencia**, de propiedades, lo que algún sector denomina, sutilizando el concepto, **burguesía colonial**.

De todos modos la importancia del Cabildo subsiste.

Ningún fenómeno, en verdad, tan humano y tan real como el Municipio. Trátase de una asociación de tipo natural, puesto que emerge de la realidad, en la que pesan de manera especial los lazos con los semejantes, a base del estado de vecindad en que se habita. Su constitución, a la vez que responde a una tendencia natural y humana, encamínase a la obtención de las ventajas y fines que una comunidad de este tipo se propone alcanzar.

### 111.—Funcionarios y procedimientos judiciales

Al comienzo la justicia se ejerció por mano propia. En las ciudades americanas recién fundadas, los crímenes y afrentas se castigaban por acción directa, en una especie de Ley del Talión y aun de Lynch.

Pero, más tarde, los **Alcaldes Ordinarios** (es decir los Cabildos), por delegación del vecindario, asumieron la tarea judicial, con exclusión absoluta de los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, conforme dice la **Recopilación de Indias** (Ley 14, título 2, libro V y ley 4, libro II). Inclusive si el alcalde cometía delito, sólo podía ser juzgado por otro alcalde, y los miembros de la Audiencia, en lo civil, debían recurrir a la autoridad de aquéllos.

Contra la sentencia del alcalde ordinario había derecho de **apelar** ante el ayuntamiento, según la cuantía de la demanda (Recop. ley 19, título III, libro V). Si se trataba de cuantía mayor, la apelación se dirigía a la Audiencia.

A partir del siglo XVIII, en que se acentuaron las diferencias entre españoles y criollos, fue obligatorio designar un alcalde español y otro nacido en América.

En las partes donde primaba la autoridad suprema de un Corregidor, y también en los Corregimientos sin Cabildo, se designaba un **Justicia Mayor** a fin de administrar justicia. Este funcionario existía en todos los asientos mineros de importancia.

Los Cabildos tenían, además, un **Procurador General**, encargado de los litigios en que era parte el Municipio; y Asesores letrados de justicia, que aconsejaban técnicamente a los Alcaldes ordinarios y un Escribano (o notario) mayor del Cabildo que conservaba y daba fe de los documentos cabildales.

La Audiencia solía nombrar también un **defensor de indios**, que siempre debía ser togado, y "persona de mucha cristiandad, hombre de negocios y hábil en la lengua de los indios, para entenderlos y saber velar por ellos y pedir lo que conviniese".

Hasta cuando se fundó la Real Audiencia de Quito, administraban justicia los Alcaldes de primero y segundo voto, elegidos de entre el personal del Cabildo, los Corregidores y Gobernadores y el Supremo Consejo de Indias.

El 29 de agosto de 1563 se fundó la Real Audiencia de Quito; y hasta tanto, además de los Alcaldes, ejercían justicia los Gobernadores de las diversas provincias que eran nombrados por el Virrey del Perú, puesto que la Real Audiencia estaba sometida al Virreinato del Perú.

Se modificó substancialmente la administración de justicia con la creación de la Real Audiencia, pues desde entonces, el Supremo poder judicial residía en la audiencia, cuyo tribunal, en el que presidía el virrey en persona, se hallaba establecido también en Lima. Los gobernadores en sus respectivos distritos eran jueces de primera instancia, de cuyos fallos se apelaba a la Audiencia: de las resoluciones dictadas por la Audiencia y de los decretos expedidos por los Virreyes se podía apelar casi siempre al Rey.

En la nueva organización judicial naturalmente era indispensable que hubiesen abogados que patrocinasen sus derechos.

A la época de la independencia ecuatoriana, la Real Audiencia de Quito dependía del Virreinato de la Nueva Granada. La Junta Suprema organizada en 1809 estableció una Sala en lo civil y otra en lo criminal; pero después de los sucesos

desfavorables para los patriotas se restableció el régimen español que duró hasta la batalla de Pichincha. Pocos días más tarde los habitantes de Quito acordaron unirse a la República de Colombia, incorporando a ésta las provincias que componían el antiguo Reino de Quito.

En la Constitución de la Antigua Colombia, expedida en Rosario de Cúcuta, el 6 de octubre de 1821, antes de que quedase terminada la emancipación del Ecuador, éste quedó incorporado a la mencionada República. El Poder Judicial se componía de la Alta Corte de Justicia con asiento en Bogotá, de las Cortes Superiores que el Congreso debía establecer en toda la República en el número que estime necesario o que las circunstancias permitían crear entonces, y de los juzgados inferiores que subsistirían en los términos que prescribiera la ley particular.

En 1828 fueron establecidas las Cortes de apelación de Quito, Guayaquil y Cuenca, que funcionaron hasta el año de 1831 en que, separado el Ecuador de la antigua Colombia, se constituyó en nación independiente. Estos Tribunales habían sido creados por la primera Constitución del Ecuador expedida en Riobamba el 23 de setiembre de 1830, en cuyo artículo 47 se dijo: "para facilitar a los pueblos la adiministración de justicia se establecerá en la capital de cada Departamento una Corte de apelación". Los departamentos eran entonces Quito, Guayas y Azuay, que tenían por capitales, respectivamente, a Quito, Guayaquil y Cuenca.

Por decreto de 2 de junio de 1830, el General Juan José Flores, Jefe de la Administración del Estado del Sur, (hoy Ecuador), dispuso que en lugar de la Alta Corte de la República de Colombia, por haberse separado de ésta el Ecuador, las dos Salas de la Corte Superior de Quito seguirían conociendo promiscuamente de las causas civiles y criminales.

En la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, expedida el 12 de octubre de 1830, se creó la Alta Corte de Justicia del Ecuador y Cortes de apelaciones en las capitales de los tres departamentos, esto es, Quito, Guayas y Azuay.

La Ley de 27 de octubre de 1832 suspendió temporalmente las Cortes del Azuay y Guayas y la de 3 de noviembre del mismo año dispuso que los jueces letrados de hacienda conocerán de las causas que correspondían a las Cortes de apelaciones extinguidas.

Además de estos Tribunales superiores, existían los juzgados para la administración de justicia en lo civil y en lo criminal, y los tribunales eclesiásticos regidos por las leyes de la Iglesia.

El Congreso restableció, por la ley de 13 de abril de 1837, las Cortes del Guayas y del Azuay.

En 1861 fueron creadas las Cortes Superiores de Riobamba y Loja; en 1884 la de Manabí, que suprimida poco después, fue restablecida en 1887 y suprimida de nuevo en 1896; suprimida otra vez en 1902 fue restablecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial y ha continuado hasta la presente fecha. En 1921 se crearon las Cortes de Ibarra y Ambato, que suprimidas en 1925 fueron restablecidas en 1928 y han continuado hasta hoy.

En 1961 fue creada la Corte Superior de Latacunga.

**112.—La obra de los juristas de la colonia**

Del estudio de las obras escritas por los jurisconsultos en el período colonial, podemos desprender ciertas conclusiones que, aunque de poco valor relativo, servirán para poner de manifiesto la influencia que en el campo extenso de la jurisprudencia ecuatoriana ejercieron aquéllos, desde la Conquista hasta los albores de la Emancipación.

Realizada la conquista de los territorios que formaban el Imperio Incásico, naturalmente debía producirse el choque de los sistemas jurídicos de conquistados y conquistadores, sistemas acordes con sus formas políticas y su mayor o menor grado de civilización. Toda conquista de pueblos produce una fusión en la legislación cuando el vencido se halla en el mismo plano de civilización que el vencedor, pero cuando el país conquistador es superior en cultura, trata de desarraigar el derecho de los vencidos e implantar sus normas jurídicas. Tal aconteció en América. El Derecho Español suplantó el sencillo y consuetudinario derecho indígena; con sus nuevas instituciones trató de destruir las existentes, sin poderlo conseguir en su totalidad, pues algunas sobrevivieron a la colonia y siguen desarrollándose en la República.

Solórzano Pereira en su "Política Indiana", Matienzo, Agia y muchos otros exponen los nuevos principios jurídicos que, basándose en la conquista y en su calidad de primer ocupante, hacen de los monarcas españoles los legítimos sucesores de los incas, y, por tal título, dueños de las tierras de América que en adelante son consideradas como parte integrante del patrimonio real. Justificación que se hace extensiva a los nuevos modos de adquirir la propiedad.

Las llamadas capitulaciones, las composiciones de tierras, las ventas públicas y el régimen feudal de las encomiendas, son entonces jurídicamente justificables.

Los jurisconsultos y teólogos no sólo aprueban la expoliación de la propiedad de los aborígenes, sino que en disquisiciones sutiles y argumentaciones artificiosas llegan a los extremos de discutir si el indio es o no un hombre, o si más bien

es un salvaje, y como tal sí es susceptible de tener los derechos inherentes a toda persona humana.

Sin embargo, cabe advertir que muchos, como el Licenciado Francisco Falcón, intervienen tratando de mejorar las condiciones deplorables en que viven los aborígenes. Por su parte, la Corona dicta diversas e inumerables medidas para mejorar al indio, y aquí aparece entonces la contradicción perenne entre el carácter legal del mandato y el carácter real o sea la forma y modo de cumplirse las disposiciones proteccionistas, contradicción que es típica de la vida jurídica colonial.

Los problemas jurídicos, a raíz de la Conquista, son, pues, ante-problemas que versan sobre la propiedad de las tierras y la distribución equitativa de sus habitantes. Eran las ideas en boga en la época del descubrimiento de América. Y la labor de los jurisconsultos se reduce, entonces, a justificar las instituciones jurídicas que se implantaron en la colonia.

También caracteriza el siglo XVII la superabundancia de legislación, como antes hemos indicado, debida indudablemente tanto al incumplimiento de las órdenes dictadas por la Corona que hacía neresaria la insistencia en éllas, como a la necesidad de la mejor organización político-jurídica de sus instituciones.

Las luchas entabladas entre los poderes civil y eclesiástico que se manifestaron desde los primeros años de la dominación española, dieron lugar a que los juristas puestos al servicio de uno y otro poder escribieran tratados defendiendo ya el patronato real y sus regalías, ya los fueros de la iglesia. **"De Regio Patronatu"** de **Frasse**, **"La Concordia de la Discordia"** de **Cueva Ponce de León**, **"La Discordia de la Concordia"** de **Bravo de Lagunas**, y algunas más que responden a esta dirección son obras cuyo valor es sólo histórico y, más que todo, bibliográfico.

Los comentarios han sido en todo tiempo la parte fundamental de la ciencia jurídica y en verdad que puede enorgullecerse de los suyos una nación que presenta al lado del **Fuero Juzgo**, un **Villadiega**, al lado del **Fuero Real**, un **Montalvo**; la glosa de éste y la de **Gregorio López** al frente de **Las Partidas**; las de **Matienzo**, **Acevedo** y otros.

Hacemos mención especial de **Rodrigo de Aguiar y Acuña**, ilustre jurisconsulto que puso todo su talento y ciencia al servicio de la Audiencia de Quito, pues Aguiar, madrileño de origen, oidor de Quito y miembro del Consejo de Indias, dedicó por entero todas sus energías a la importante obra de la recopilación de las Leyes de Indias.

Aguiar no llegó a ver concluída su obra, en la que le auxiliaron tan eficazmente el americano don **Antonio de León Pi-**

**nelo,** y sólo llegó a publicar el "Sumario de la Recopilación General de las Leyes de Indias", impreso en Madrir, en 1628.

**Antonio de León Pinelo** y **Juan de Solórzano,** reemplazaron, sucesivamente, a don **Rodrigo de Aguiar y Acuña** en sus trabajos de compilación de leyes.

Esta es en resumen, la obra principal de los juristas de la colonia. Extensos tratados en latin o en romance castellano, que glosan y comentan la intrincada legislación española, llenos de innumerables citas y desbordantes de erudición. Pero ninguno de ellos intentó la creación de un nuevo derecho americano, autóctono, o nacido del mismo derecho español al contacto de la realidad americana. Y es que durante la época colonial la enseñanza del derecho adoleció de graves deficiencias. Uncida teóricamente a las normas teológicas o referente sólo a la ley positiva, no prosperó una ciencia jurídica que hubiera permitido contribuir a investigar o precisar la efectiva influencia de los factores condicionantes del derecho, la íntima conexión en que por su misma esencia, se halla éste respecto de la vida social, en tanto que siendo una modalidad de la vida humana que abraza la totalidad de ella, se halla en estrecha relación con todos los órdenes de actividad de los individuos y de las colectividades, no pudiendo concebirse como algo aparte del resto del hacer humano que le sirve de ocasión, de motivo para manifestarse y que condiciona cada una de estas manifestaciones.

Nos parece oportuno dejar aquí mención de los fenómenos que llevan aparejadas profundas transformaciones de los sistemas jurídicos en razón a las relaciones de estos sistemas entre sí, vistos como totalidades de organismos. La acción política, militar, cultural, mercantil, de mera convivencia humana entre pueblos con distinta organización jurídica, da lugar a que de ellas influya positivamente sobre otra imponiéndole un nuevo rumbo, o simplemente que extienda su campo de vigencia a nuevos círculos o territorios. La acción de un derecho respecto a otro ha dado lugar a fenómenos múltiples, de los que podemos señalar como más significativos el de **expansión** de un derecho, que desplaza total o parcialmente a otro de su vigencia anterior, y que tiene su réplica pasiva en el de **recepción** de un derecho extranjero que penetra en el propio sistema jurídico con mayor o menor intensidad. La llamada **recepción** del Derecho común (romano y canónico), en los siglos bajo-medievales, por los distintos países europeos, es tal vez el ejemplo más típico de este fenómeno; y como lo es, desde el punto de vista hispánico, la expansión del Derecho castellano en los territorios de América, que se incorporaron a la Corona española.

Característica de nuestra vida cultural en la colonia fue el retraso con que aquí se seguían los progresos de la ciencia jurídica. El derecho positivo era materia de importación. Las leyes llegaban hechas al Ecuador y en su factura la colaboración técnica colonial era insignificante. El estudio del derecho quedó, pues, siempre al margen de todo estímulo y su enseñanza privada de toda sistematización. Sin ambiente jurídico ni tradición fuerte alguna, no hubo otra resultante, después de la independencia, que la adopción de modelos extranjeros

Nuestra evolución social y desde luego jurídica olvidó así la realidad ecuatoriana. En lo que a la ley se refiere, debió haberse empezado a elaborar desde ya, las bases de un verdadero derecho nacional, que no contemplara solamente las relaciones vitales de la ciudad capital y de la costa, sino que se adentrara en los múltiples y distintos problemas legales derivados de la existencia de una enorme población indígena conviviente contra población mestiza, de distinta cultura y de psicología disímil. Acaso ya la antigua legislación española de América tuvo en cuenta este modo de concebir los problemas jurídicos. La realidad diversa y viva de los hechos en su espontáneo desenvolvimiento, elaboraba un derecho nuevo, con caracteres propios e inconfundibles, y al cual no eran simplemente adaptables las leyes de Roma o de España. El fenómeno de refracción americana de la colonización española cumplióse esencialmente desde el punto de vista del derecho. Este caudal de observación y de experiencia debió servir de primer elemento para nuestra ley civil. Sobre esta base real podría haberse estructurado el sentido de la teoría nueva del derecho y no solamente sobre las manifestaciones parciales de un derecho como el francés, romano o español. Lo cual acaeció no porque hubiera divorcio entre los hombres de estudio y los creadores e inspiradores de las leyes, afincados unos en la pura sistemática técnica y otros en la observación de nuestras realidades, como pudiera creerse. Nada de eso sucedió. Nada de lo que hubiera podido llevar a la estructuración de un auténtico derecho ecuatoriano. Acaeció sencillamente que en la enseñanza del derecho teórico, éste fue llevado lamentablemente a los lindes de la especulación apriorística y divaganciosa, al puro ejercicio mental sobre verdades absolutas y dogmáticas. Carecióse de toda orientación técnica que viera en la teoría no el mero pretexto para generalizaciones retóricas sino el auxiliar indispensables para estudios especiales y estrictamente técnicos.

El Derecho no es un fenómeno abstracto, un concepto formal, aislado del medio social en que se forma y en que vive, sin conexión alguna con el resto de la vida humana. El

Derecho es un producto cultural, eminentemente social, que se apoya en sus más íntimos tejidos en las raíces del alma nacional y corresponde a la presión cultural evolutiva de que el pueblo se halle penetrado.

La evolución del derecho civil en los últimos años y la necesidad de conformar nuestra legislación en moldes modernos y en acuerdo con las exigencias de nuestra vida nacional, son imperativos que han determinado la tendencia hacia la reforma de nuestra ley civil y que la estudiaremos en capítulos posteriores.

Es evidente que se ha operado una reacción saludable en el continente americano, respecto a las relaciones espirituales con España, a la que debemos el ser que somos, con todas las cualidades y defectos de las dos razas, ilustres cada una, nobles razas ambas en razón de su historia y progenie. Ya no se discute el sistema colonial español considerado como un fenómeno patológico del momento histórico, que afectó por igual a toda Europa; y este cambio de criterio ha permitido analizar con más claridad la Legislación de Indias, y encontrarla no solamente justiciera, sino sabia con relación al tiempo.

Excusa no hay, —en los tiempos actuales—, para los invasores. Invasores fueron los españoles, y hoy su empresa sería tan sólo un crimen de lesa humanidad. Los conceptos, más que los hechos, han cambiado.

Evidente es que con España y sus solas tres carabelas, dio el mundo moderno un decisivo salto para incorporar a sí lo desconocido, en el vastísimo continente que se ignoraba a sí propio detrás del mar tenebroso.

No es posible, empero, dejar de lamentar las ruinas sobrevenidas con el cambio de nortes y rumbos. Pero también es preciso reconocer que no fue el prurito de destruír por destruír. Fue implacable necesidad de la conquista; fue acaso el único medio de no perecer, el único medio de sobrevivir. Y el que permitió crear.

Aun así, le duele a uno desde la raíz de lo subconsciente hasta la más desprendida meditación, el fin de un imperio por otro. Geográficamente y como por instinto reputamos más nuestro el destruído que el nuevamente implantado, aunque de éste procedamos más lógicamente. Tan lógicamente que aun para maldecir de los destructores tenemos que servirnos de su propia lengua.

### 113.—Puganacidad de las clases oprimidas

Se ha dicho y repetido que la época colonial fue de absoluta quietud, como si no hubiera surgido jamás una manifestación de descontento en ella, lo cual es evidentemente fal-

so. Basta una rápida e imcompleta reseña de los numerosos entredichos y motines de la época para comprobarlo.

Las pulsaciones de inconformidad arrancan desde los viejos días de la dominación hispánica. Acaso con la sola excepción de los movimientos indígenas que siguieron inmediatamente a la Conquista, que no pueden tener otra significación que la defensa del Incario, todos los demás, bajo la Colonia y bajo le República colonial, son verdaderos movimientos de masas oprimidas contra la feudalidad opresora. En todos ellos, penetrando más allá del episodio circunstancial, es fácil encontrar las fibras de su profunda raíz económica.

El movimiento que en 1780 acaudillara **José Gabriel Tupac Amaru**, no puede acusar más precisos perfiles de impulsión económica: "El Jefe de la insurrección-dice Rufino Blanco Bombona- (El Conquistador Español del Siglo XVI) ya preso expone al letrado visitador que expresamente ha ido a juzgarlo, aquellos motivos que lo llevaron a la desesperación y a la rebeldía: se queja de los repartimientos de indios que, arrancando a éstos de sus hogares para enviarlos por tiempo indeterminado a zonas lejanas, inducen a las mujeres, caídas en desamparo, a convertirse, hasta por necesidad de comer, en prostitutas; se queja de los impuestos que por subidos no pueden pagar; se queja de que se les obligue a comprar al mercader y al encomendero —y por precios fantásticos— objetos que no emplean los indios:**"terciopelos, medias de seda, encajes, hebillas, ruan, como sin nosotros los indios usáramos estas modas españolas"**. Se queja, por último, de que los hacendados los tratan **"peor que a los esclavos"**, haciéndoles trabajar **"desde las dos de la mañana hasta el anochecer que aparecen las estrellas"** pagándoles dos reales por día y, a veces, sin querer pagarles sino con vales. **"Con echar vales les parece que pagan"**. El movimiento de 1780 fue dirigido, ante todo, contra la feudalidad peninsular y contra la feudalidad criolla. Por eso es que ambas, en fraternal consorcio defensivo, pusieron todas sus fuerzas al servicio de la reacción. ¡Sólo así pudo ahogarse aquella bronca expresión de la rebeldía indígena, e imponerse aquel "orden" por cuya defensa se despedazó al formidable caudillo y se degolló poblaciones enteras!

Los negros de Panamá, habilmente agitados por **Oxenham**, teniente de **Drake**, se sublevan en la segunda mitad del siglo XVI, poniendo en serios aprietos a los españoles, al par que en 1598 los indígenas de las minas de **Tepic** (Durango, Nueva España) asumen una actitud inconforme y revolucionaria a causa de la explotación de que se les hace víctimas. Si bien es cierto que los movimientos insurreccionales nativos son los más numerosos y llegan a asumir considerables proporciones en Chile, como reacción contra la conquista y

la explotación que ella aparejaba, sublevándose contra **Valdivia** (a quien mataron (1553), contra Villagra, contra García Hurtado de Mendoza, contra los capitanes generales durante un siglo; y aun más, no se puede negar que idéntica actitud fue la asumida por otros sectores de la población.

En el siglo XVII, los **indios de Tehuantepec** y del **norte de Méjico** se alzan en armas, manteniéndose indómitos por ocho años. Sólo la pérdida de las cosechas de maíz y trigo pudo reducir a los nativos aztecas el año de 1692. Los **calchaquíes** atacaron el poder hispano, a causa de los abusos del gobernador Albornoz, lo que dio como resultado diez años de guerra. En la misma zona tucumana (Argentina) el gobernador Mercado tuvo que usar de todas sus energías para vencer otro motín indígena, dirigido e instigado por **Pedro Bohórquez**, que se hacía llamar **Hualpa Inca**, como supuesto descendiente de los emperadores del Incario (1767).

Entre las memorables rebeldías de ese tipo, en el siglo XVIII, fueron la de los **araucanos** en 1723; la de **Juan Santos**, en Huarochiri (cerca de Lima); la de los **guaraníes** en 1572, contra la cesión de sus pueblos al Portugal; las de los **negros uruguayos**; las de los **africanos** de Venezuela; la de los comuneros **neogranadinos** y **correntinos**.

Pero, hay otro tipo de alzamientos, de contenido social más inconfundible, generalmente capitaneados por **criollos**. Tales fueron, el de las **alcabalas en Quito**, de que nos hemos ocupado ya; el de **Asunción** (Paraguay) contra un obispo abusivo, a quien desterraron; el de **Méjico**, en 1624, motivado por el indebido encarecimiento del precio del maíz y el trigo, lo cual trajo como consecuencia el incendio del palacio del virrey, marqués de Gelves, algarada de vastísimas proporciones y raigambre social.

Más tarde, en 1866, el movimiento de **Huancané**, aplastado a base de terror y de sangre. Entonces, los insurrectos, a más de señalar "la opresión y el absolutismo" autoritario que exacerbaban sus sufrimientos, enumeran el pungaje, el trabajo sin remuneración, las exigencias para el pago del empréstito nacional, la contribución personal, el mantenimiento de las autoridades abusivas, las represiones sangrientas, etc., entre los motivos justificatorios de su actitud. Y diecinueve años más tarde, el gran movimiento de **Huaraz**, acaudillado primero por el anciano **Atusparia** y luego por el indomable Uchcu Pedro. Esta rebelión, en la que tomaron parte más de diez mil indígenas y en la que jugaron rol importante algunos elementos intelectuales de la clase media, tuvo por origen las exacciones de que fueron víctimas las grandes masas campesinas. Y así los levantamientos posteriores ocurridos en nuestro país y otros más.

La nómina de estos movimientos, demuestra que la colonia vivió una tranquilidad meramente superficial, y que, en su fondo, se agitaba un fervor incontenible, un descontento creciente, una ansia irreprimible de justicia y perfeccionamiento. Si en las jornadas de la independencia no fue en realidad, el indigenismo, la masa, sino una parte de la feudalidad criolla la que hizo suya la causa de la emancipación, fue acaso porque esa masa sabía que la causa de la feudalidad opresora no era su causa. El ímpetu revolucionario y combativo de nuestro pueblo hay que rastraerlo, pues, a través de los movimientos mayoritarios económico-sociales que jalonan nuestra historia.

Un recuento aproximado de lo que al tema se refiere se halla sintetizado en el libro de Lincoln Machado Ribas, "Movimiento revolucionario de la colonia española de América" (Buenos Aires. 1940).

Tal era el ambiente social, político y jurídico en que va a germinar la simiente de la vida republicana.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

## CAPITULO IV

# EL REPUBLICANISMO

Sumario: 114.—Verdaderas raíces históricas de la Emancipación americana.— 115.—Espejo y la Patria.— 116.—La nacionalidad ecuatoriana.— Conceptos de Nación y Estado.— 117.—Origen del Estado y concepto general del mismo.— 118. Elementos del Estado: Territorio, Pueblo y Poder Público o Autoridad Política.— 119.—El Estado como organismo dentro del cual el Derecho se realiza.— 120.—Orígenes de la nacionalidad ecuatoriana.— 121.—Derechos territoriales del Ecuador a la hoya occidiental amazónica y la paz de América.— 122.—Inexistencia jurídica del Protocolo de Río de 1942.— 123.—De conformidad a las normas y principios tutelares del Derecho Internacional Americano, el Protocolo de 1942 es intrínsecamente nulo.— 124.—Inejecutabilidad del Protocolo en el sector meridional de la zona Zamora-Santiago.— 125.—Las razones del Perú.— 126.—Títulos de derecho y actos de posesión del Ecuador en el Amazonas.—127.—El descubrimiento.—128. Actos de posesión.— 129.—Las Cédulas Reales.— 130.—El Tratado de Guayaquil.— 131.—Conclusiones.— 132.—Después de la Independencia.— 133.—La realidad socio-económica de Latinoamérica y sus proyecciones en la forma adoptada por su Derecho y sus instituciones.— 134.—Los bienes comunales: su origen ,variedades y trayectorias en las Legislaciones española antigua y ecuatoriana.— 135.—El problema indígena.—136. Régimen de tierras en los dominios de América durante la Colonia.— 137.—Régimen de tierras en el Ecuador durante la época republicana.— 138.—La Reforma Agraria.— 139.—Aspectos de la solución.— 140.—Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional ecuatoriano.— 141.—Puntos básicos que debe contener la Instituciones protectora de esos derechos.

### 114.—Verdaderas raíces históricas de la Emancipación americana

Nuestra historia ha estudiado generalmente la Emancipación con el criterio del individualismo. Pero el estudio genético es algo más complejo. Requiere análisis más hondos y una comprensión más profunda de las fuerzas que actuaron en la segunda mitad del siglo XVIII.

La expulsión de los juesuitas es uno de los antecedentes inmediatos de la revolución americana. Tuvo ecos imprevistos. Uno de ellos fue esparcir por el mundo el conocimiento de América y de sus riquezas, lo que se tradujo en conocimiento de las ideas libertarias. La expulsión de los jesuitas significó, además, un problema económico. Los bienes incautados pasaron a ser propiedad del Estado, quien incrementó así sus riquezas. Los institutos de enseñanza jesuíticos fueron, a su vez, refundidos, bajo la dirección de elementos criollos adictos a las ideas enciclopedistas, que habían despertado inquietud en la cultura y espíritu coloniales. El afán periodístico significaba interés inmediato en la actualidad circundante.

De otro lado, las fuerzas internas que venían actuando desde la prematura Revolución de las Alcabalas del siglo XVI están presentes en los acontecimientos del año de 1765, como ejercerán su presión vigorosa en los acontecimientos de la Emancipación pocos años después. Y esas fuerzas internas eran el criollismo descontento al ver los gravámenes que recaían sobre sus intereses económicos; la pugna violenta entre la burocracia parasitaria que venía de España y las fuerzas explotadoras que actuaban en América —encomenderos, latifundistas y dueños de obrajes—; la ambición de honores y mando de la aristrocracia criolla; la miseria de las masas mestizas que formaban el artesanado; la penetración de ideas importadas de Francia sobre todo después de que, con la llegada de los académicos se afrancesó el criollismo y otras tantas más, fueron, en definitiva, expresión del americanismo de sentido nacional que fue gestándose en tres siglos de oposición al hispanismo opresor de raigambre feudal.

Las causas inmediatas fueron otras, ciertamente. Así como en el siglo XVI fue el impuesto de las alcabalas el que motivó la revuelta, en el siglo XVIII fueron también dos impuestos: el que creaba el monopolio de la fabricación de aguardiente y el llamado de Aduana que era un tributo sobre la venta. La disposición de establecer el monopolio del aguardiente en forma de Estanco emanó del Rey Felipe V y no podía dejar de causar inquietud en Quito. "En aquella época eran tan común y tan lucrativa la industria del aguardiente —dice González

Suárez— que especulaban con ella sin escrúpulo alguno hasta las comunidades religiosas en cuyas haciendas había alambiques de refinamiento". (Hist. del Ecuador, T. V. Pág. 207). Los latifundistas heridos en sus intereses y la ignorancia popular fácil de impresionar con leyendas e incitaciones, hicieron el tumulto que fue manejado a su antojo por los hábiles hijos de Loyola, grandes lafitundistas y expertos destiladores.

La alarma cundió. Corrieron voces misteriosas de que el aguardiente estaba envenenado por los chapetones para producir la muerte de los nativos. Aparecieron carteles misteriosos incitando a la revuelta. Y el 22 de mayo de 1765, a las siete de la noche, cuando ya la ciudad estaba envuelta en las sombras y los vecinos empezaban a recogerse a sus hogares por las calles tortuosas del Quito colonial, al son de cohetes y tañidos de las campanas parroquiales bajaron las gentes de los barrios de San Roque y San Sebastián hasta la plaza de Santa Bárbara, pusieron fuego a la casa en donde funcionaba el odiado Estanco y no dieron tregua hasta que el Oidor Don Juan Romualdo Navarrete acompañado por los jesuitas, hubo de ofrecer que serían abolidos los Estancos y que no iniciaría juicio criminal por los acontecimientos.

La hoguera encendida no se convirtió pronto en cenizas. Quedó latente el fuego y el somatén de la revuelta volvió a sonar pocos días después —la noche del 24 de junio— cuando una patrulla armada azotó en la plaza de Santo Domingo a un mozo tunante que se solazaba en dar uno serenata acompañado por un grupo popular en son de fiesta. Esta vez el grito de: "Mueran los chapetones, Abajo el mal Gobierno!" fue atemperado por un diplomático "Viva el Rey!". La insurgencia cobraba formas políticas en la querencia popular y se manifestaba como rebelión abierta contra el sistema de la Colonia.

La insurrección tuvo esa noche caracteres de gesta heroica: al disparo de la mosquetería española y de los viejos cañones que defendían la autoridad real, las turbas quiteñas contestaron con piedras. Y sólo la audacia pudo en esa lucha sin igual determinar el triunfo de los barrios. El 28 del mismo mes, capitulaban los Oidores encerrados en el Palacio y 200 hombres del Rey —armados de mosquetas y cañones— deponían las armas ante la masa indisciplinada y confusa a la que la desesperación había dado matiz heroico.

Nota singular de este acontecimiento fue la condición impuesta por las gentes mestizas de los barrios sublevados: debían salir, en el término de ocho días, todos los chapetones residentes en la ciudad. Y así sucedió en efecto; los pretenciosos españoles hubieron de salir de la ciudad que tornó a su vida habitual de sumisión política. También la horca, que co-

mo símbolo de autoridad se erguía en la Plaza, amenazando a quien osare desobedecer al Rey de España y Señor Natural de las Indias Occidentales, fue retirada. Era como si al par que salían los españoles debía desaparecer el instrumento cruel de dominación por el miedo.

Los elementos de la obra emancipadora estaban ya presentes en ese alzamiento popular —de **ínfima plebe** como dicen las memorias de la época—: la expulsión de los españoles era sólo un paso hacia la proclamación del auto-gobierno. Y aun esa idea debió esbozarse más o menos claramente, pues fueron nombrados caballeros nobles y de honestas costumbres para ejercer la jefatura de los barrios, lo cual implica que la masa popular de Quito aspiraba a obedecer sólo a las autoridades que ella ratificara con su aprobación.

### 115.—Espejo y la Patria

Faltaba únicamente el teórico de la revolución: el que sistematice el descontento y de forma racional a la protesta. Francisco Xavier Eugenio de Santa Cruz y Espejo —mozo de diez y ocho años cuando estos acontecimientos se produjeron— seguiría apasionadamente el paso de las turbas. Sentiría quizá que su corazón duro para conmoverse según parece desprenderse de la frialdad sentimental de sus escritos, latía con violencia cuando vio que las armas del Rey se rendían milagrosamente ante las piedras arrancadas de las calles por las masas de la plebe quiteña.

La rebeldía que animó el alma torturada del indio quiteño Espejo debió formarse en las experiencias del medio. La chispa genial saltó entre las convulsiones del tumulto popular. El dio forma a la rebelión amorfa y fue el teórico oculto de una libertad instintivamente deseada. En esto —incluso en los prejuicios— Espejo es hijo de su tiempo y resultado de su medio. La genialidad de derecho divino que surge de repente y sin antecedentes, es un bello mito explotado por los teóricos del individualismo. Pero lo cierto es que aun las más audaces personalidades tienen en el suelo de su tiempo las raíces determinantes de su pensamiento o de su conducta.

Espejo mozo —indio amargado por la condición de su casta y ansioso de llegar a la estima que le daba derecho su talento— vivió en un ambiente de agitación tempestuosa. La rivalidad entre criollos y chapetones tuvo en el siglo XVIII todas las formas: desde la intriga de convento como en el caso del Padre Hormaegui hasta la insurrección armada; desde la minúscula fronda de la chismografía hogareña hasta la culminación épica de la gesta popular, como ya hemos señalado.

Pero el americanismo no fue sólo una expresión literaria. Fue sobre todo un gran impulso colectivo. Lo mismo el criollismo —descontento de las élites sociales americanas contra el burocratismo peninsular— que el indigenismo —reacción de las masas indias y mestizas para darse un gobierno propio volviento a las tradiciones autóctonas— trabajaron en el seno del tempestuoso siglo XVIII ya en colaboración momentánea, ya en pugna violenta.

La primera chispa saltó en Quito, en 1765, con el motín de los estancos y fue expresión indudable del criollismo rico contra el regalismo español. El segundo gran movimiento —este sí autenticamente indigenista— fue la épica insurrección de José Gabriel Condocarqui, el Inca Tupac-Amaru. Es extraño que en estos tiempos en que la biografía busca personajes excepcionales para novelar su existencia, haya sido olvidada la figura dramática y heroica del humilde arriero elevado a Inca, que lucha con vigor indomable contra el españolismo y sube a las excelsas alturas del martirio.

Cuando se escriba la historia crítica de la Emancipación americana, habrá que reaccionar contra el simplismo de los juicios. Los que ven en la emancipación sólo el eco de las ideas de la revolución francesa o de los hechos de la independencia norteamericana; los que la interpretan como una reacción del criollismo resentido; los que ven en ella solamente el influjo del imperialismo inglés y los que, comprendiendo la historia en el sentido heroico e individualista de Carlyle, ven en la fuerza del genio el único resorte de la acción colectiva, todos tienen criterios demasiado simplistas y exclusivistas. Y el error proviene en gran parte de la manera de enfocar los hechos: es un error de perspectiva. Se mira el torrente revolucionario que se precipita pero se olvida la corriente subterránea que se abrió paso por obscuros caminos.

El siglo XIX emancipador ofrece un espectáculo brillante: hechos heroicos, genios incomensurables como Bolívar, estadistas penetrantes como San Martín, acontecimientos descomunales desarrollados en un escenario gigantesco e insuperable: los riscos andinos o la manigua tropical. Y no se sienten inclinados a penetrar en el obscuro pasadizo de la historia para comprender, con paciente trabajo de mineros, los acontecimientos confusos y desordenados del siglo XVIII.

Y precisamente para comprender el movimiento del siglo XIX, que fue el triunfo del criollismo, hay que estudiar la otra fuerza que fue anulada: el indigenismo, que batalló vigorosamente y cayó vencido en el siglo XVIII. El criollismo aspiraba a una transformación política que dejara intacta la estructura social. Cuando Rodó, en su admirable estudio sobre Montalvo, dice que la emancipación que no se hizo por el indio

tampoco se hizo para el indio, dice una gran verdad: el indio, el negro, continuaron bajo la República en la misma desgraciada situación del coloniaje.

Más que "revolución" el movimiento emancipador fue insurgencia contra un régimen político, para obtener el autogobierno de los criollos. Y no es que faltara generosidad. Bolívar, ejemplar magnífico de humanidad superada, perdió en el movimiento emancipador su rico patrimonio familiar. Era que la mente criolla estaba constituída de tal modo que no podía percibir la desigualdad social sino como un orden natural del mismo modo que, antes de Copérnico, nadie podía darse cuenta del movimiento de la tierra.

La indiferencia con que el elemento indígena vio el movimiento emancipador es quizás una consecuencia de esa posición social. Quien dramatizó y dio vida al movimiento de la Independencia no fue el indio sino el mestizo y el mulato, elemento confuso en el que, según el decir del Waldo Frank, pugnan dos almas y dos fuerzas. Y esto ocurrió porque el movimiento indigenista había fracasado, el siglo XVIII ,en su tentativa de volver al autoctonismo aborigen.

La gesta heroica de Tupac-Amaru iniciada en 1780 terminó en el martirio el 18 de mayo de 1781.

El movimiento de los comuneros estalló en Socorro en el mismo año de 1780. Manuela Beltrán dio la señal el 16 de marzo pisoteando las armas reales. Y en poco tiempo se había extendido la insurreción por todo el territorio granadino mientras capitulaban las medrosas autoridades del Rey. Pero faltó al fin audacia y decisión. Y el movimiento fue aplastado.

Espejo que escribía entonces "La Golilla" aplaudió el movimiento revolucionario de Tupac Amaru atacando al Rey, a sus Ministros y representantes en América. Es entonces cuando el Presidente Villalengua, calificándola de "atroz, sangrienta y sediciosa sátira", comenzó a perseguirlo. En efecto fue nombrado médico de la expedición que con Requena debía partir al Amazonas. A Espejo no le quedó más arbitrio que fugar para no ser confinado en esa forma. Era. entonces 1783.

En 1787 fue apresado y remitido a Bogotá, como hemos dicho por "sus ideas sediciosas y subersivas". El destino había marcado de antemano la suerte de España. No de otro modo se comprende cómo las autoridades facilitaron el conocimiento de los más ilustres americanos de la época: Espejo, Narino y Zea.

En Santa Fé el quiteño tuvo ocasión de formar un verdadero plan de emancipación de las colonias. Espejo no quiso limitar su anhelo a la Independencia de su Patria: pretendió que toda América gozara de la revolución.

Tanto el fracaso de los hechos del Socorro como el de los iniciados en Tungasuca y epilogados dramáticamente en el Cuzco, debieron influir en la maduración de sus planes y en la maduración prudente de sus proyectos tan finamente hilvanados que no fue posible a las autoridades encontrar una huella.

Espejo, cuando su viaje a Bogotá debía tener ya formado un plan sedicioso y estabilizadas sus ideas emancipadoras. Estaba en la edad óptima de la maduración del juicio. Tenía el prestigio de su vasta sapiencia. Y de seguro que ejerció su influencia decisiva en los dos grandes espíritus que habían de forjar la independencia neo-granadina: Nariño y Zea, así como influyó en la mente inquieta del joven Marqués de Selva Alegre.

La posición de Espejo fue eminentemente criollista a pesar de su calidad racial indígena. Pues si por raza debió sentirse vinculado a la tradición indigenista, por su cultura nutrida de filosofismo racionalista estaba más propenso a pensar en la virtud casi mágica de la "Ilustración" sobre las élites cultas. Idea a la que no fue ajeno, quizás, la experiencia triste del fracaso del movimiento indigenista de Tupac-Amaru.

La amistad de Espejo con Zea y Nariño ha sido objeto de discusión. Se controvierte si fue Espejo quien influyó en la formación revolucionaria de los dos grandes espíritus de la Emancipación neo-granadina o si, por el contrario, fueron los neogranadinos quienes sugirieron a Espejo su plan emacipador. La falta de documentación da a esta discusión un carácter teórico y hay que apelar a la crítica para suplir la falta de pruebas históricas.

Al llegar a Bogotá, Espejo frisaba en la edad de las mejores realizaciones: en los cuarenta años vigorosos. Había escrito sus principales obras —El Nuevo Luciano, La Ciencia Blancardina, el Marco Porcio Catón y las Reflexiones acerca del contagio de las viruelas—; había sufrido persecuciones y era tenido por hombre de ideas peligrosas. En cambio que Antonio Nariño, que nació el año de 1765, llegaba apenas a los veintitrés años de la impetuosidad y el arrebato. La primera actuación de Nariño fue en 1794, cuando publicó una traducción de "Los Derechos del Hombre", acto calificado como subersivo por el Virrey Ezpeleta y que le valió la persecución, el destierro y la prisión. En cuanto a Francisco Antonio Zea era más joven aún: había nacido en 1770 y contaba apenas diecisiete años precoses dedicados a la ciencia y a la meditación —a los 15 años Zea había terminado sus estudios de Filosofía y a los dieciseis era profesor de Ciencias Naturales— cuando conoció a Espejo. Y es fácil comprender que si hubo influencia de ideas políticas, ésta sería del hombre maduro y experi-

mentado sobre los jóvenes e impetuosos talentos de sus amigos granadinos.

Es hora de expresar cuáles fueron las ideas políticas de Espejo que le valieron la persecución y el destierro. El historiador González Suárez es quien nos da de ellas una idea más amplia, a base de los documentos de su prisión y del proceso instaurado contra Espejo. Pasaremos a analizarlas.

Lo que distingue el carácter revolucionario de Espejo —y lo separa del vulgar sedicioso— es que su plan emancipador abarca toda la América. No era ya el estrecho localismo de los motines quiteños. Era un plan vasto y ramificado que haría reaccionar toda la América frente al españolismo. La América colonial estaba más profundamente vertebrada que la América republicana. No se había trazado las líneas divisorias de los estrechos nacionalismos post-emancipadores. Era una comunidad viva, hecha a base de la unidad de lengua, de religión, de cultura y de raza. Por lo mismo, todo plan que se presentaba con un carácter de localista —como el motín de los estancos, el movimiento de Tupac-Amaru o de los Comuneros de Socorro— iba al fracaso. Había que vertebrar el movimiento. Y es muy posible que estuviera ampliamente trabado desde la época de Espejo el anhelo emancipador en América ya que, en el siglo XIX, se presenta la unanimidad de aspiración americana frente al poder español.

La ideas políticas fundamentales eran las de auto gobierno y auto determinación. A diferencia de los movimientos anteriores, no aspiraba a la expulsión de los españoles sino al gobierno propio de los americanos, respetando a los españoles como extranjeros alejados del Gobierno. Y esta idea de autobierno la extendió Espejo incluso al estado religioso, proclamando la nacionalización del clero de modo que todo prelado regular o secular fuera siempre nativo y se acabara con la relajación eclesiástica ocasionada por la acumulación de riquezas ingentes. Al mismo tiempo que nacionalización del clero, pedía, por lo mismo, la expropiación de los bienes eclesiásticos en beneficio social, paso avanzado este último que no se dio hasta nuestro siglo XX en el Ecuador. Pero no se crea que obraba como hereje a usanza de los liberales jacobinos del siglo posterior. Es el mismo Arzobispo González Suárez quien hace la defensa de su ortodoxia: "En esto manifestaba Espejo —dice— cuán convencido había llegado a estar de la necesidad de una reforma del estado religioso; pero no se equivocaba, no andaba errado en la manera de realizarla. Pensaba y discernía como católico, pues sostenía que la reforma debía hacerla, a petición del gobierno civil, la Suprema Autoridad de la Iglesia". (Escritos de Espejo— Tomo I, Pág. XXI).

Tales son, en líneas generales, las ideas de Espejo. Borrosas y confusas han llegado hasta nosotros porque, la experiencia de la represión ejercida contra los movimientos políticos de su tiempo, le llevaron a ser cauto y prevenido. Nada hay del brillante propagandista ni del tribuno arrebatado en su vida de luchador. Nada del apasionamiento apostólico de los mártires de una idea política. Su obra es lenta, obscura, subterránea pero tan digna de estimación como la del héroe de la barricada de combate.

El triste destino de los precusores es morir sin realizar la obra que ocupa su vida entera. Y esta dramática suerte se cumple con el Precusor de la Independencia Americana. Francisco Eugenio Javier de San Cruz y Espejo hizo su tránsito de la vida terrenal a la vida de la historia en el año de 1796, trece años antes de que Quito se convierta, por la acción de sus hijos, en la Luz de América, que iluminaría la conciencia de los pueblos oprimidos con su primer esfuerzo de libertad. Y como última ironía del destino, él, que había aspirado a la igualdad de los hombres sobre la tierra, hubo de ser inscrito, al morir, en el registro de indios y de esclavos en el que la cristiana sociedad colonial separaba, aun después de la muerte, las castas humanas.

**La semilla estaba sembrada y tarde o temprano tenía que producir sus frutos**

Al finalizar el siglo XVII ya había en la misma España un fermento democrático, que trascendió a las colonias en la legislación, en la literatura y en los hechos, produciendo levantamientos populares. Y cuando el ambiente de los comienzos del siglo XIX estaba saturado de una conciencia de independencia, que el absolutismo de los reyes había desencadenado, es el pueblo de Quito el que, habiendo dado el primer Grito de Independencia, escribe el inicio de la epopeya de la Emancipación, gloria del Continente Americano. Y es el mismo pueblo de Quito el que se constituye en República Independiente en 1830, pero con todos los territorios que le pertenecieron como entidad geo-política autónoma, configurada como una Gran Nación desde los primeros días de su trayectoria histórica.

Quito ha sido el centro secular de la nacionalidad ecuatoriana, y en su torno giró la Gobernación, la Presidencia, la Real Audiencia, el Departamento, la República.....

Podríamos nosotros afirmar que el Ecuador tuvo su genética jurídica en la declaración formal solemne y categórica de su independencia, y que la interpretación de ese hecho generador nos dará oportunidad para iniciar una orientación

propia. Y es que la declaración unilateral de los patricios de 1809, fue un acto jurídico de vastas proyecciones porque entrañó una aspiración de patria integral preparada para todas las conquistas de la civilización. Fue un acto jurídico porque contuvo una declaración de voluntad aceptada por todas las provincias existentes para entonces, de asumir una responsabilidad histórica y de situarnos en el sitial de las países autónomos en sus derechos y en sus iniciativas.

La revolución de 1809 no debemos considerarla hoy como un simple hecho histórico, sino como una realidad viviente que se prolonga hasta nuestros días. La espada libertadora rompió las vinculaciones que nos unían a la Metrópoli, pero la declaración de soberanía no tuvo solamente esa finalidad inmediata, sino la constitución de un Estado ecuatoriano poderoso que, a la cabeza de América, continuara la tradición de libertad y de grandeza.

Los años que llevamos de existencia autónoma, apenas han alcanzado para destinarlos a la política sin parar mientes en nuestros grandes problemas vitales. Y esto es lo que necesitamos: abordar esos problemas, conocerlos, estudiarlos escudriñando sus entrañas, para así asentar nuestros pies en el presente y levantar confiados nuestros ojos y nuestro sentimiento hacia el futuro.

El derecho es la salvación de los pueblos; él encarna la fuerza para tornarla de elemento de fuerza, en elemento de orden y de cohesión social; él forja las constituciones políticas y levanta el monumento de las leyes sin las cuales no puede existir el orden, la evolución y la grandeza de los pueblos.

### 116.—La Nacionalidad Ecuatoriana

La confusión teórica de los conceptos de Nación y Estado, ha producido, a veces, error al determinar la función de estas entidades políticas en el campo histórico.

El Estado, entidad de carácter jurídico, difiere esencialmente del concepto de Nación, porque aquél actúa como regulador del derecho, como expresión legal del mismo, sobre el conjunto de la nación, entidad constituída de pueblo, territorio y régimen institucional que imprime unidad a su conservación y desenvolvimiento, y si a estas condiciones se añaden los vínculos del idioma, la analogía de la raza, de la religión, de las costumbres, entonces, la nación diferenciada expresa su propia personalidad y su derecho a la vida en la comunidad internacional. Y estos elementos sociales, psicológicos, étnicos, territoriales, jurídicos, fundidos en el crisol común de la historia, crean el principio de las nacionalidades. Y en efecto, de la historia brota el sentimiento de la nacio-

nalidad que es la síntesis suprema de todas las influencias indicadas.

Para la explicación del Estado en su concepto, origen y fundamento, a igual que en casi todas las ciencias, los expositores del derecho público se han dividido en varias escuelas, y de allí las distintas definiciones que del Estado pueden darse. Pero antes de adentrarnos en estas cuestiones, queremos referirnos a lo que significa la palabra Estado, naturalmente en relación con nuestro estudio.

Los griegos hacen aparecer como idénticos **Ciudad** y **Estado**, en una época de su historia. Los romanos de la primera época equiparaban el conjunto de los ciudadanos de Roma (Civitas) con el Estado. Sólo más tarde, cuando apareció el concepto de Estado como institución representativa de los ciudadanos y cuando su extensión se hubo multiplicado considerablemente, empezaron a usarse, como significativos de Estado, los términos República e Imperio.

En la Edad Media, la expresión Reich (regnun), que aparece por primera vez en el derecho germano, se aplicó esencialmente al Estado como poder soberano.

La denominación de Estado, actualmente generalizada, escribe **Oskar Georg Fischlach**, procede del léxico jurídico italiano. El concepto general **Stato** (en latín, **status**, estado de convivencia en un determinado momento, ordenación de convivencia) se asoció inicialmente al hombre de determinadas ciudades (por ejemplo, **Stato di Firenze**). En el curso de los siglos XVI y XVII, la expresión se incorporó en los idiomas francés, inglés y alemán.

Bodin designaba con la palabra **Estat (état)** una determinada forma política, por ejemplo, **estat aristocratique, estat populaire**, y empleaba para el estado, como hoy se entiende, el término **Republique** (república).

En España, durante los siglos XVII y XVIII, se designaron también con el nombre de Estados las propiedades particulares cuyos dueños ejercían señorío jurisdiccional. Esto fue abolido por la Corte de Cádiz.

El derecho político, cuyo contenido substancial desenvuelve ampliamente en su descripción y alcance el concepto de Estado, da de éste dos definiciones principales que es preciso estudiar separadamente. De ellas la una tiene significación amplia, completa, de acuerdo con lo que hoy se acepta frecuentemente como Estado; la otra, más abstracta y en nuestro sentir más incompleta, pues no incluye todos los elementos esenciales del Estado, tiene un sentido restringido.

En su significación extensa el Estado es "una sociedad necesaria, orgánica, perfecta, establecida en un territorio determinado, que regida por un poder supremo e independiente procura la realización de los fines humanos". O como dice

otro escritor: "El Estado es una asociación permanente de seres humanos, establecida en un territorio limitado, sujeta a un poder superior de dominación y que persigue el bienestar de los asociados, en otros términos, realización de fines colectivos".

Es claro que en la primera definición, al decirse sociedad, se refiere a una de las especies de sociedades, a un conjunto de hombres, y no a la sociedad en general, puesto que entonces se trataría de un Estado Universal, lo que no existe. El Estado Universal no ha pasado de ser una concepción muy hermosa, pero frustrada, de algunos grandes hombres.

**Vanni** dice que el Estado debe distinguirse, no solamente de los individuos, sino también de la sociedad. Juzgada esta advertencia a la ligera, parecería inútil, pero no es así. Varios tratadistas han confundido el Estado con la Sociedad y esto porque han considerado erróneamete, el Estado como una suma de individuos y entonces es claro que no tiene diferencia con la sociedad, para quienes consideran ésta como una suma también de individuos.

Conforme a la segunda definición enunciada, el Estado es: "la personificación jurídica de la sociedad".

**Fischlach** se expresa así al respecto: "La teoría según la cual el Estado es una personalidad de derecho (persona jurídica), parte del supuesto de que sobre las personas dominantes como sobre las dominadas existe una persona que comprende el pueblo y el gobernante. Ambos forman juntos una personalidad integral con fundamento territorial (colectividad geográfica). Como características de esta personalidad pueden señalarse de una parte la existencia de normas jurídicas conforme a las cuales, en lugar del querer y obrar de los individuos, quiere y obra un sujeto de derecho independizado, y de otra parte que por virtud de los conceptos de la representación y del mandato, la voluntad se exterioriza por medio de órganos".

**Aristóteles** consideró al Estado como la institución superior a que habían llegado los hombres en su proceso de organización social y dijo que la condición social del hombre era su fundamento. Respetando muchísimo tan autorizado concepto, ponemos en duda la **condición social** del hombre y afirmamos que éste buscó o aceptó la vida en sociedad por necesidad, para mayores facilidades de subsistencia y por no poco egoísmo.

Autores hay que hacen la distinción del **Estado Sociedad** y **Estado Poder** y para apreciar mejor el alcance del concepto orgánico del Estado Social, dicen: "ofrece sus cuadros propios para el más perfecto desenvolvimiento de la actividad común, y en aquel modo especial de ser se genera, a base de

mayor o menor capacidad para gobernar los entes políticos y sociales que integran aquellos cuadros (autonomía), lo que en términos de sabor clásico puede denominarse moderación orgánica".

Al tratar del **Estado Poder** la idea de organismo se caracteriza más cuando se perfila en sentido de servir de base de representación política, representación de múltiples intereses.

Para **Rousseau** el Estado es la persona pública, "cuerpo normal y colectivo", que resulta de la asociación humana conforme a su célebre **Pacto Social**. Veamos como se expresa en su obra "El Contrato Social": "Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de **Ciudad** y hoy el de **República** o **Cuerpo Político**, el cual es denominado **Estado** cuando es activo, **Potencia** en comparación con sus semejantes. Cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de **Pueblo** y particularmente el de **ciudadanos** como partícipes de la autoridad soberana, y **súbditos** por estar sometidos a las leyes del Estado".

**Hobbes** y **Rousseau** no admiten que los hombres hayan podido vivir en sociedad sin estar sometidos a un poder superior y exentos del cumplimiento de un determinado conjunto de normas legales.

**Bosanquet** considera el Estado como una entidad vigilante de la vida social, pues dice: "El Estado tiene la función de mantener las condiciones externas necesarias para lograr la mejor vida posible".

**Hegel**, partidario de una concepción idealista del Estado expresa: "El Estado es la idea divina tal como existe en la tierra. Ser miembro del Estado es el más alto deber individual".

Los pensadores socialistas modernos consideran el Estado como un instrumento poderoso y fuerte, que tienen en sus manos las clases capitalistas dueñas del poder, para imponer su voluntad a las clases proletarias. Esta concepción del Estado, aunque incompleta, responde a la realidad del mundo que vivimos, pues no vacilamos en afirmar, ampliando un poco el concepto, que los ricos mandan y los pobres obedecen, no como norma de derecho sino por consecuencia de una organización social tradicional.

**John Strachey** dice que el Estado es un aparato destinado a apoyar la voluntad —tal como aparezca en el cuerpo de leyes—. He aquí sus propias palabras: "El Estado es un aparato organizado con el propósito de ejercer coacción sobre los habi-

tantes de un país, para obligarlos a hacer ciertas cosas, o impedirles la ejecución de otras. Es un aparato para la ampliación de la fuerza, o como se dice habitualmente, para apoyar el mantenimiento del orden y el cumplimiento de la ley, pues detrás del gendarme está la fuerza de la policía toda. Y detrás de la fuerza de la policía están la cárcel y el secuestro de bienes. Por último, detrás de todo esto se encuentran el ejército, la marina y la fuerza aérea. Estas últimas fuerzas están listas para ayudar a la policía a imponer la voluntad de los gobernantes sobre el resto de los ciudadanos de su propio país, ya para tratar de imponer esa misma voluntad sobre otros países por medio de la guerra internacional".

El mismo autor que venimos comentando afirma que las sociedades humanas sólo alcanzan la característica de los organismos sociales que llamamos Estados, cuando se dividen interiormente en clases sociales distintas, pues la función del Estado, dice, es la de resolver los conflictos que se presentan entre esas clases, resolución que siempre es favorable a la clase que tiene el dominio de la sociedad, es decir, de aquella que gobierna en virtud de que posee el aparato coercitivo del Estado.

El mismo autor dice que sobre la gens, como unidad social básica, organizaron las distintas tribus su vida política. Tenían sus jefes o administradores nombrados en común acuerdo para cuando los necesitaban, capitán para la guerra (naturalmente el más fuerte y aguerrido) y capitán para la paz. Se ve que este debía tener dotes distintas del anterior; sería el más preparado, más práctico, de mayor experiencia en la dirección de los negocios y distintas actuaciones que tuviera que realizar la tribu. En asambleas generales, compuestas por todos los hombres y mujeres de la **tribu o gens**, se deciden democráticamente las cuestiones que se presentan. Naturalmente que estas instituciones políticas tienen caracteres distintos en los diversos pueblos, igual a lo que hoy acontece, pues no todos los **Estados** tienen la misma constitución ni son organizados de idéntica manera. Tan pronto como la humanidad avanzó un poco en su desarrollo desaparecieron las instituciones dichas cayendo el poder en manos de los capitalistas, de los dueños de la tierra, los ganados, los medios de producción, etc. Sobre la desaparición de la Gens y la creación del Estado se expresa así:

"¿Qué fue entonces lo que destruyó esa forma de sociedad humana, inmensamente sólida y atractiva a despecho de sus limitaciones? No fue seguramente la desaparición de la familia patriarcal, de la que había surgido la **Gens**. La destrucción del orden gentilicio, la consecuente aparición del Estado se debieron a un cambio, no en la vida sexual, sino en

la vida económica del grupo, o mejor dicho, los cambios económicos y sexuales fueron independientes. Lo que destruyó a la **Gens**, fue el desarrollo gradual de nuevos medios de producción, en virtud de que este desarrollo necesitaba la aparición de la propiedad privada, de los medios de producción y la división de la sociedad en clases, que está ligada a la propiedad".

Los nuevos medios de producción a que se refiere al autor, eran: El cultivo de la tierra muy intensificado con el empleo del arado; la domesticación y cria de animales vacuno y lanar; fabricación de instrumentos útiles y de lujo con el laboreo de los metales; y desarrollo de los transportes con el empleo de barcos costaneros y animales de carga, lo que produjo un gran desarrollo del comercio.

Más adelante agrega: "Fue cuando los griegos aprendieron a arar, a comerciar y a tener propiedades, su forma gentilicia de organización social se hizo más inadecuada y estorbosa". Los griegos de la época de Homero pasaban el momento crítico del desarrollo de la producción en que, por primera vez, la propiedad llega a ser importante; y al mismo tiempo aprendían a adquirir propiedad mediante el comercio y el despojo". Luego dice: "que en toda comunidad humana, al llegar a este punto de desarrollo, se hace esencial el logro de un nuevo orden de cosas basado en la adquisición y conservación de la propiedad privada". Es claro que este nuevo orden de cosas exige la existencia de instituciones políticas que lo garanticen. El **Estado** aparece entonces como la principal de dichas instituciones.

Sobre la misma cuestión **Engels** dice: "Vemos, pues, en la constitución griega de los tiempos heroicos la antigua organización de la **gens** en pleno vigor aún, pero también vemos en ella el comienzo de su ruina; derecho paterno con herencia de la fortuna por los hijos, lo cual facilita la acumulación de las riquezas en la familia y hace de éste un poder en frente de la **gens**; reacción de la diferencia de las fortunas sobre la constitución, haciendo que se forme el primer germen de una nobleza hereditaria, de una monarquía; esclavitud que al principio sólo comprendió a los prisioneros de guerra, pero que inició ya la perspectiva del esclavizamiento de los propios miembros de tribu a tribu, transformándoles ya en rapiñas sistemáticas por tierra y por mar a ser su origen normal de riquezas; en resumen, la fortuna apreciada y considerada como el sumo bien, y la antigua organización de la **gens** desnaturalizada para justificar el robo fue la riqueza por medio de la violencia. No faltaba más que una cosa; una **institución** que, no sólo asegurase las nuevas riquezas de los individuos contra las tradiciones **comunistas** de la organización

de la **gens**, que no sólo consagrase la propiedad individual tan poco estimada privativamente e hiciese de esta santificación el fin más elevado de la sociedad humana, sino que, además, legitimase en nombre de la sociedad en general las nuevas formas de adquirir la propiedad que se desarrollasen unas después de otras, es decir, el crecimiento cada vez más acelerado de las riquezas; en una palabra, una institución que no sólo perpetuase la naciente división de la sociedad en clases, sino también el derecho de la clase poseedora de explotar a la que no poseyese nada, y la preponderancia de la primera sobre la segunda".

Y vino esta **institución**. Y se inventó el **Estado**".

"Los hombres se unen en sociedad para darse la mano unos a otros; forman una gran colmena de familias que se llama una Nación; defienden la propiedad, la libertad, y el orden". Agreguemos a esto un poder soberano bajo cuyo dominio están todos los miembros de esa gran colmena humana y tendremos el **Estado**, conforme al pensamiento de **Mantegazza.**

**Bujarin** considera el Estado como la superestructura social.

"La expresión más caracterizada de la estructura política y social de la sociedad es el **poder estatal**", dice. Más adelante agrega: "de una manera u otra, un vínculo unificador ha sido alcanzado en tales sociedades, una suerte de aro que mantiene unidas las duelas del barril; ese **aro** es el **Estado**, una organización de toda sociedad a la que retiene el sistema de sus tentáculos. Si preguntamos como se origina el **Estado**, no nos satisfaríamos con ninguna respuesta que le atribuyera un origen sobrenatural, ni con una declaración de que el **Estado** está más allá de las clases, sobre ellas, como mediador, por la simple razón de que personas sin clase no existen en ninguna sociedad clasista. No habría, por tanto, material con el cual construír una organización situada fuera o sobre todas las clases, a pesar de lo que afirman los profesores burgueses. La organización estatal es "esencialmente una organización de la clase dominante".

**Oskar Georg Fischlach** dice que el Estado es, considerado históricamente, la resultante de una milenaria evolución de la coexistencia humana; de todas las formas que esta trae consigo, y cuya ordenación realiza el Derecho, el Estado es la más excelsa e imponente. Como esencia jurídica del Estado considera el hecho de constituír una organización que aspira a la regulación de la convivencia del grupo humano.

Para la concepción jurídico-política moderna, Estado de derecho vale tanto como Estado Constitucional. Dicha institución se caracteriza porque toda su actividad legislativa, administrativa y judicial, está sometida a la ley.

**Duguit** tiene del Estado Moderno este concepto: "El Estado Moderno aparece cada vez más como un grupo de individuos que trabajan de consuno, bajo la dirección y control de los gobernantes, en la realización de las necesidades materiales y morales de los copartícipes; que así, a la noción de autoridad pública sustituye la de servicio público; que el Estado cesa de ser una potencia que ordena, para convertirse en un grupo que trabaja y que los detentadores del poder público no pueden legítimamente ejercerlo más que para asegurar la colaboración común.

Nosotros explicamos la formación del Estado así: Los elementos constitutivos del Estado, en cualquiera de las formas primitivas de la organización social, fueron apareciendo de un modo lento y sucesivo hasta caracterizarse definitivamente. En primer término aparece el grupo de individuos con sus cotumbres, creencias, sentimientos comunes con su unidad de conciencia, como hoy se dice, grupo que se ve obligado a llevar una vida nómada en busca de su subsistencia. Con la implantación de los cultivos agrícolas y de la cría de animales domésticos, dichos grupos tienen que fijar su residencia en los territorios propicios al desarrollo de las actividades mencionadas. El crecimiento de la población, su división en clases, la aparición de la propiedad privada, la necesidad de defender los territorios adquiridos y muchas veces la de arrebatar a otros grupos su suelo propio, hace indispensable la creación de jefes civiles y militares en quienes el grupo delega su autoridad, por asentimiento de todos los asociados, y cuyo poder es reconocido y aceptado unánimemente. Por fin la evolución progresiva de los elementos dichos da nacimiento a la soberanía.

Tenemos entonces un grupo numeroso de individuos que pertenecen a **una misma familia, tribu o gens**, tienen las mismas tradiciones históricas, hablan un mismo idioma, profesan las mismas creencias religiosas y observan las mismas costumbres establecidas en un territorio determinado y sometidas a un gobierno propio que rige sus destinos independientemente de los demás grupos de organización semejante. Creemos poder concluír que la entidad delineada no es otra que el **Estado.**

Para nosotros, el policía que nos conduce a la cárcel y el que protege nuestros derechos; el maestro que nos educa; el funcionario que interviene en la solución de los conflictos laborales; la cárcel que nos pervierte o regenera ;el Congreso, los Concejos que dictan las normas legales a que debemos sometemos en la vida social; el juez que nos condena y el que nos absuelve, etc., son manifestaciones constantes de las distintas actividades protectoras y coercitivas del **Estado.**

### 118.—Elementos del Estado

Los principales elementos del Estado son: El territorio, el Pueblo y el Poder público o Autoridad política.

El territorio es el elemento geográfico del Estado. Es el suelo con sus ríos, sus mares, su aire, su fauna, su flora y su clima, sobre el cual está asentado el conjunto humano y al que se extiende el poder de dominio del Estado. La continuidad del territorio no es esencial para su existencia como elemento del Estado.

La población es el elemento humano del Estado. Es el conjunto de personas cuya vida social es organizada por el Estado. Varios tratadistas designan este elemento como la "Nación" o pueblo del **Estado**, entendiéndose por Nación el núcleo constituído por un pueblo, unido por la raza, el idioma, la cultura, la religión y especialmente por un pasado histórico común.

Los autores modernos consideran como esencialmente necesario para la existencia de la **nacionalidad** el que exista una **unidad de conciencia.**

El tercer elemento del **Estado** es el Poder o Autoridad política. Este Poder se refiere más a la capacidad jurídica para organizar la sociedad, que a la fuerza. La coerción política del Estado es considerada por muchos como medio de realizar sus fines y mantener el orden, y no como objeto principal. Para otros autores "el poder del Estado no es otra cosa que el poder especial del Derecho, es decir, su validez".

Para nosotros el Estado y el Derecho son coexistentes.

Unido al concepto del Poder del Estado aparece el concepto de soberanía que muchos relacionan íntimamente con el robustecimiento del mismo poder. En virtud de esta soberanía cada Estado puede darse la organización gubernamental que le plazca, y tener relaciones diplomáticas con los demás Estados. En el aspecto internacional esta soberanía se confunde con la independencia. Para que el Estado sea soberano tiene que ser independiente.

### 120.—Orígenes de la nacionalidad ecuatoriana

Por causa de determinantes geopolíticos que se aprecian y obran a través de la historia, los orígenes de la nacionalidad ecuatoriana, tienen sus raíces en el Reino de Quito, que consolidó Atahualpa, creador de la nacionalidad quiteña y último Inca, Monarca del Tahuantinsuyo.

En la época colonial, el **status** indígena quiteño encuentra, en la creación de la Audiencia su reconocimiento orgáni-

co político. La Audiencia, como entidad territorial, contiene la demarcación propia de la nación quiteña, y como entidad jurídica, encargada de la administración de las provincias, define el aspecto legal del Estado quiteño aborigen, en la situación creada por el hecho de la conquista.

La Cédula de erección de la Audiencia de Quito, es preciso remarcarlo, no crea una entidad política, sino que reconoce la existencia histórica de la nación quiteña y la condiciona y organiza jurídicamente en el nuevo Gobierno español de América.

El Estado de Quito, que consolidó la nacionalidad indígena en Quipaipan, abatiendo al Incario, proclamó en la Constitución de 1812, que es un monumento de auténtica democracia y de amor a la libertad, su voluntad de ser libre, en el pleno ejercicio de su soberanía, y suscribió el pacto de incorporación a la Gran Colombia de Bolívar.

Desde 1830 empieza la era de la República del Ecuador, y, con ella, nuevas vicisitudes se vinculan con el desenvolvimiento de la nacionalidad.

Son, pues, el Reino de Quito y cuya existencia histórica está reconocida en la propia legislación española y en las crónicas de la conquista, la Audiencia de Quito y el Estado independiente de Quito, los que marcan la trayectoria histórica y política de la nacionalidad ecuatoriana.

La Audiencia y Presidencia de Quito añadió al patrimonio territorial del antiguo Reino de Quito, uno nuevo, el de la conquista indo-española. Pero la nacionalidad es sobre todo espíritu. El español imprime un espíritu particular a las nacionalidades hispanoamericanas. Con él vinieron el espíritu imperecedero cuyo cuerpo era la Iglesia y todo el mundo mediterráneo, la tradición de la vida como un todo orgánico que cada hombre y cada grupo crean, buscando y representando su parte correspondiente. Y vinieron los cereales panificables, las imprentas, el arte occidental, los elementos técnicos y, sobre todo, la noción moderna del derecho y del deber.

Pero, a pesar de esta determinante espiritual clara, esencia de nuestra nacionalidad, la nacionalidad ecuatoriana tiene antecedentes y raíces biológicas complicadas. La América del Sur, según lo expresado anteriormente, fue el inmenso crisol donde la naturaleza quiso ensayar innumerables mezclas y confusión de razas. Toda clase de tribus aborígenes procedentes de puntos geográficos diversos, el negro, el español concurren a integrar el cuerpo de la nacionalidad. Es falsa la teoría de la raza pura. Su mismo concepto lo enunciamos en cuanto a tipificación humana, a coincidencia de rasgos físicos heredados y aptitudes espirituales, provenientes de un origen y una convivencia comunes, pero no como germen de misiones

ecuménicas ni parapetos xenófobos. No hay razas puras. Pero hay mezclas éticas propicias a la expresión regular y espontánea de la personalidad. Y hay mezclas étnicas que requieren rectificación educativa para que la expresión personal sea buena. La teoría racista, basada en las lucubraciones de **Gobineau**, es sólo una arma política.

Hay naciones cuyos elementos de formación facilitan la vida y el progreso. Las hay cuyos factores históricos, después de ser conocidos con exactitud, requieren esfuerzos de voluntad libre para mejorarlos, para mejorar su coordinación y obtener mediante particulares y diarios esfuerzos la vida plena y el progreso.

Somos responsables ante el deber de conocer nuestros factores nacionales y procurar educarlos y coordinarlos debidamente. No tratamos ni de acusar ni de excusar a España. Consideramos únicamente los resultados permanentes de la fusión étnica hispanoamericana.

Si la conquista fue base de nacionalidad progresista, fue también dura y cruel. El aborigen perdió sus cualidades creadoras. Se hizo servil, tímido, negligente, suspicaz. El español decayó también en sus dotes de quijotismo, de personalismo, de afán por grandes aventuras. Y acentuó su tendencia localista, su tendencia al orgullo atomizador, a la disputa por títulos de honores, al anhelo de imperar sin freno de autoridad y disciplina.

Fue entonces cuando debió intervenir la libertad humana; y estimular mediante la educación las verdaderas cualidades positivas del español, y ciertas aptitudes del aborigen como el sentido de la tierra, la adaptación y utilización de sus fuerzas. Pero nada se hizo. Y durante años estamos ostentando nuestras suspicacias disolventes, nuestras ambiciones personales pequeñas, nuestros localismos atomizadores. Nuestra falta de visión amplia que permita coordinar las diversidades —diversos partidos, diversas doctrinas, diversas regiones, diversas actividades— en bien de la unidad, de la unidad ecuatoriana.

Una república como la nuestra, que tanta necesidad tiene de robustecer los sentimientos de unidad, que le darían fuerza, mantiene no solamente emulación sino rivalidad, sin sentido, que quita eficacia a la obra que podría intentar la política bien conducida que aspiraría a reivindicar derechos propios, que no puede intentarse en medio de un dislocamiento anti tradicional.

Debemos sentirnos responsables de nuestra Patria. Sólo el concepto y la práctica de la responsabilidad nos salvará, y nos permitirá estudiar a fondo las bases materiales y espiri-

tuales de nuestra nacionalidad para realizar el trabajo indispensable que purifique nuestros defectos poco a poco y establezca las condiciones económicas, pedagógicas, militares indispensables a la rectificación de nuestro carácter y al progreso y elevación de nuestro civismo.

Que el fondo de nuestra vida, el fondo profundo sea la solidaridad, sea la unión encaminada a vigorizar al Ecuador como entidad soberana y a garantizarle su futuro a fin de que llene su misión histórica.

Solidaridad y unión en los fines permanentes de la nacionalidad, diversidad en los ideales y senderos que llegarán a los fines permanentes: he aquí la salud de los pueblos.

### 121.—Derechos históricos del Ecuador a la Hoya occidental amazónica y la paz de América

Desde el primitivo y original Reino de Quito, cuya realidad se hace cada vez más evidente, merced a las investigaciones antropológicas, históricas y etnológicas, pasando por la Real Audiencia de Quito y el Estado de Quito, dentro de la Gran Colombia, hasta la actual República del Ecuador, uno sólo y el mismo ha sido y es el pueblo que ha morado en este pedazo de suelo americano, que nos ha pertenecido inmemorialmente, y que tiene la gloria histórica del descubrimiento del Amazonas, donde millares de generaciones dejaron las palpitaciones de su cerebro, su corazón y su brazo, forjando el pasado, que no podemos modificar.

Así, pues, el Ecuador como primer descubridor y ocupante de la hoya amazónica en su parte occidental, adquirió desde la época de la colonia y dados los principios que el derecho internacional reconocía entonces como válidos, un título preferente a ejercer su soberanía sobre esa inmensa zona a la sazón sin dueño y prácticamente desierta. El título de primer descubridor del Amazonas nadie ha podido disputárselo.

Durante todo el período de la colonia, la Real Audiencia de Quito ejerció jurisdicción sobre el Marañón y sus afluentes. Las misiones que evangelizaron esas comarcas remotas partían de Quito y dependían de las autoridades eclesiásticas de Quito. Los franciscanos comenzaron sus misiones, un siglo después de la conquista. Los misioneros jesuítas entraron en Mainas en 1638, dejando ambas misiones una huella profunda en la historia de América, porque su campo de acción estuvo situado, preferentemente, en el centro amazónico, de importancia continental.

La misión conquistadora y misionera de Quito, no fue amparada ni dirigida por el Virrey del Perú, desde la distante sede de su gobierno en Lima, sino que fue la obra gigantesca

y exclusiva de la Audiencia y Presidencia de Quito. El Virrey, como consta de documentos, no solamente no prestó ayuda alguna a la Audiencia ni auxilió a las Misiones del Marañón, sino que era su opositor, y tuvo que intervenir el Rey, para declarar que la justicia amparaba a las misiones quiteñas, contrariamente a las injustas declaraciones del Virrey del Perú.

La Corona española, fiel intérprete de las conveniencias y necesidades de sus colonias, a cuya mejor administración proveía por medio de providencias que procuraban siempre respetar los títulos adquiridos por las mismas colonias, atribuyó a la Real Audiencia de Quito la administración de los terrenos comprendidos dentro de la zona amazónica. Fueron las Reales Cédulas en cuya virtud se erigieron los virreinatos de La Nueva Granada y del Perú y la Presidencia de Quito, los instrumentos regios de que se valió España para atribuir a esta última jurisdicción plena sobre la vasta zona amazónica. Y los límites establecidos entonces por la metrópoli fueron reconocidos como fronteras políticas por los nuevos Estados después de la Independencia. Es este el origen del principio americano del "Uti Possidetis Juris" de que hablaremos enseguida para confirmar los derechos históricos del Ecuador sobre la hoya amazónica.

En 1810 el Ecuador proclamó su independencia, y su **título territorial** se extiende a todo el suelo que correspondía a la Presidencia de Quito. Siendo ello así, el "Uti Possidetis" de 1810, que las repúblicas hispanoamericanas consagraron como norma para dirimir los litigios fronterizos, tenía que reconocer necesariamente el derecho territorial del Ecuador, fundado en las reales cédulas españolas, para ejercer su soberanía sobre los territorios que esos instrumentos de las autoridades peninsulares habían sometido a la Presidencia de Quito. El Perú mismo reconoció y aplicó este principio en el artículo V del Tratado de Guayaquil de 1829, que puso fin a la guerra entre la Gran Colombia y el Perú. Y si la República de Colombia se dividió, después de 1830, en tres Repúblicas independientes: el Ecuador, Colombia, Venezuela, cada uno de estos Estados recobró los derechos territoriales y personales que estaban en el autor común, Colombia, en razón de la fracción hoy devuelta por el juego de los acontecimientos históricos, a cada parcial continuador de la extinguida colectividad. De manera que al Ecuador pertenece, con todos los derechos que se le relacionen, la porción de territorio que hasta 1830 estaba sometido a la soberanía única y general de Colombia; y el mismo Perú así lo reconoce, cuando ha hablado en momentos en que el sentimiento de la justicia se ha sobrepuesto a las conveniencias del interés.

En efecto, en el Cap. I, Sección II, pág. 114 del Alegato presentado al Rey de España el 10 de diciembre de 1899, dice el Perú: "La República del Ecuador, **heredera de la de Colombia en los departamentos limítrofes** con los del Perú".

En el Cap. II, pág. 131, agrega:

"Los signatarios del Tratado de Guayaquil de 1829 prescindieron de fórmulas vagas y de confusas expresiones cuando con tanta claridad estipularon en el Art. 5º:

"Ambas partes reconocen por límites de sus respectivos territorios los mismos que tenían antes de su independencia los antiguos Virreinatos de Nueva Granada y el Perú, con las solas variaciones que juzguen conveniente acordar entre sí, a cuyo efecto se obligan desde ahora a hacerse recíprocamente aquellas cesiones de pequeños territorios que contribuyan a fijar la línea divisoria de una manera natural, exacta y capaz de evitar competencias y disgustos entre las Autoridades de las fronteras".

Las estipulaciones del Tratado de 1821, que alcanzaron fuerza de ley obligatoria para las Altas Partes, se aplican jurídicamente al Ecuador como sucesor de la Gran Colombia en los derechos y obligaciones, originados en un convenio legalmente concluído y que continúa vigente todavía entre los Estados sucesores, no obstante la disolución de la Gran Colombia en el año de 1830.

Pero véase cómo el propósito de pretender se arguya contra el Ecuador con el argumento de la desmembración de Colombia, está condenado por la **Comisión peruana especial de límites sobre la defensa ante el Arbitro.** (Documento núm. 76 de la **Memoria Reservada del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, doctor D. Alberto Elmore, al Congreso Ordinario de 1891).**

**"Los argumentos fundados en la desmembración de Colombia,** dice el Memorandum de la Comisión, no tienen fuerza y **AUN HARIAN DESMERECER NUESTRA DEFENSA".**

Las estipulaciones sobre límites, del Tratado de 1829, versaron concretamente sobre el **todo territorial** de la antigua Audiencia y Presidencia de Quito, y solamente sobre ese todo.

Al transformarse la antigua constitución de Colombia, las tres Repúblicas que se formaron de su seno adoptaron como base territorial los circuitos territoriales de las antiguas entidades coloniales; y una de éstas, la del Ecuador, compuesta de los pueblos situados en el de la antigua Audiencia o Presidencia de Quito, se fundó sobre la totalidad del territorio correspondiente a la misma, de acuerdo y con consentimiento de las otras dos Repúblicas cosucesoras de la antigua Colombia.

Así lo declaró la del Ecuador desde la primera de sus leyes fundamentales. Bajo esta misma base territorial fue reconocida como Nación independiente por los demás Estados de América, incluso por el Perú, y posteriormente por el Monarca español, antiguo soberano de aquel todo territorial; y como única continuadora y sucesora en ese todo, se declaró también única responsable de las cargas inherentes al mismo hasta el momento en que el Rey hizo abandono con arreglo a la Constitución del derecho de soberanía.

Por efecto natural e ineludible de todos los anteriores actos, la República del Ecuador se encuentra hoy, respecto del todo territorial sobre que recayeron las estipulaciones de límites del tratado de 1829, en la misma relación jurídica en que se hallaba la República de Colombia, su causante, cuando concertó dicho tratado. Mediante dicha transmisión, general, absoluta y perfectamente válida, continuaron firmes y subsistentes esas mismas relaciones jurídicas, sin otra modificación o alteración que la sustitución del sujeto de ellas; sujeto que antes se llamaba República de Colombia, y ahora Ecuador, la cual, por consiguiente, es la **sucesora juris** de aquella; sustitución o subrogación perfectamente válida, con arreglo a las leyes de todos los pueblos de nuestro mismo grado de civilización, no sólo respecto de las relaciones meramente privadas, sino de las de carácter público establecidas entre Estados independientes, según enseña la historia de los Tratados internacionales, y que ha sido reconocida y aceptada de una manera explícita y solemne por la República del Perú, como pasamos a demostrar.

**"Reconocimiento por el Perú de la personalidad de las Repúblicas de Nueva Granada, ECUADOR y Venezuela, como únicas cosucesoras de la antigua Colombia, especialmente en las relaciones jurídicas creadas por el Tratado de 1829.**—Cuando el defensor del Perú afirmó en el alegato producido ante el Real Arbitro no podía disertar su Gobierno, con el Derecho internacional en la mano, sobre la caducidad del Tratado de 1829, porque la República de Colombia, cosignataria del mismo, se disolvió **totalmente**, dando origen a tres nuevos y **distintos** Estados, no tuvo, en verdad, presente el Tratado concertado por las Repúblicas del Perú y de Nueva Granada, ésta por sí y representando a la del Ecuador, firmado en Bogotá el 25 de junio de 1853 y debidamente ratificado (Véase pág. 75 de este alegato). Porque en ese Tratado, la República del Perú reconoció paladinamente la continuación de la personalidad jurídica de la antigua Colombia en las Repúblicas de Nueva Granada, Ecuador y Venezuela, y a éstas el carácter

de sucesoras **juris** de la misma, precisamente en cuanto a las relaciones jurídicas establecidas en el Tratado de 1829.

Aparece, pues, que el Tratado de 1829, no obstante la división de Colombia en tres Estados, escuda el derecho territorial del Ecuador, y que el Tratado de 1829 es ley con fuerza obligatoria para las Altas Partes, tan vigorosa y trascendental como cuando se pactó.

Y si esto no fuera suficiente para demostrar los títulos históricos y jurídicos del Ecuador a la hoya amazónica, el Perú mismo va a darnos otro argumento inobjetable que constituye una verdadera confesión de parte, igual a las que hemos mencionado anteriormente.

En el alegato presentado a la reina regente de España por el defensor del Perú, con motivo del arbitramiento pactado entre Ecuador y Perú, puede leerse lo siguiente, que es una autorizada confirmación de la tesis que venimos sosteniendo: "Los límites entre las Repúblicas del Perú y del Ecuador —dice el delegado peruano en la página 72 de su alegato (Madrid 1905)— tienen que ser los mismos que separaron el virreinato de Lima de la presidencia de Quito en el momento de su independencia: y sobre esto no puede existir la más pequeña disconformidad de ideas entre las altas partes litigantes porque siempre en todas las discusiones anteriores, en los tratados, en las convenciones, en las conferencias diplomáticas, en las opiniones de sus ministros respectivos y en los asuntos de sus publicistas, han sostenido lo mismo".

Y hoy el Perú olvida sus confesiones y niega al Ecuador propiedad alguna en el Amazonas. Pero las estipulaciones sobre límites del Tratado de 1829 entre el Perú y Colombia, en concepto de titulares de sus respectivos territorios confinantes, continúan en toda su fuerza obligatoria para aquella República y para la del Ecuador, porque es principio de derecho positivo, universalmente aceptado por las legislaciones modernas, que las relaciones jurídicas nacidas de un contrato celebrado, tanto entre personas individuales como entre sujetos colectivos particulares o públicos, incluso los Estados soberanos, se transmiten a los causahabientes de los otorgantes, a no ser que lo contrario se haya pactado expresamente o resulte de la naturaleza del mismo; y la República del Ecuador es causahabiente de la de Colombia, no sólo a título universal, en virtud del consentimiento de todos los pueblos que formaban este último Estado, y en tal carácter ha sido reconocido expresamente por la República del Perú en el Tratado de 25 de junio de 1853, sino a título singular, por haberle sido retransmitido con arreglo a derecho el territorio que fue

objeto de las estipulaciones sobre límites del Tratado de 1829, las cuales, por ser de naturaleza real, son inherentes al titular de dicho territorio.

Los antecedentes históricos de justicia deben ser las inspiraciones para que se produzca en el mundo actual el verdadero equilibrio internacional que dé paz y permita una cooperación franca y provechosa.

### 122.—Inexistencia jurídica del Protocolo de Río de 1942

La hazaña inmortal del descubrimiento y evangelización de las vastas regiones del Oriente, verificada por religiosos ecuatorianos o extranjeros, pero todos pertenecientes a la Presidencia de Quito, que, en piadoso desinteresado holocausto, fecundó en ellas la vida de la civilización cristiana, conquista fertilizada durante siglos con sangre e innúmeros sacrificios, constituye el título indiscutible en que se funda el Ecuador para reivindicar sus derechos como ribereño del Amazonas en su parte occidental. La historia de todos los pueblos muestra que tal es el fundamento para la soberanía territorial de los Estados. Elimínese esa base y la estabilidad de las fronteras de todas las naciones queda sometida a los impulsos de la ambición ajena o a las arbitrariedades de cualquier vecino codicioso y fuerte. Por eso el Derecho Internacional preconiza como uno de sus postulados fundamentales el respeto a la integridad de los Estados. No otra cosa hacen la Carta de la ONU y la Carta de la OEA al consagrar la garantía de la integridad territorial de los Estados miembros de una y otra como uno de los requisitos necesarios de la paz y de la seguridad internacionales.

Siendo ello así y estando demostrado que desde el descubrimiento y a través de los siglos de la colonia y de la Era Republicana, el Ecuador ha tenido títulos jurídicos e históricos imprescriptibles para reclamar su condición de ribereño del Amazonas occidental, fácil es deducir que el Protocolo de 29 de enero de 1942 —que desconoce y anula esos títulos— no podía ser aceptado libremente por el Ecuador. Nadie —y menos un Estado— renunciaría por su propia voluntad a parte alguna de lo que constituye propiamente su razón de ser.

Verdad es que el Ecuador firmó el Protocolo de 29 de enero de 1942, pero lo hizo en circunstancias tan apremiantes que nadie racionalmente puede sostener que aquella firma fue un acto de su libre albedrío. El Protocolo carece, por lo mismo, de uno de sus elementos esenciales para que un instrumento de esta naturaleza tenga existencia válida ante la ley internacional. En el lenguaje de la ciencia jurídica existir es valer, lo

que no vale no existe. De ahí que dicho instrumento no puede ni siquiera considerarse "nulo". Simplemente no existe. No es propio hablar, en consecuencia, de denuncia o revisión del instrumento, pues se denuncia o se revisa sólo un convenio que existe.

Vamos a demostrar enseguida que dicho instrumento no ha existido jurídicamente jamás porque no reúne las condiciones indispensables para poder pretender vida jurídica.

Recordemos las circunstancias en que el Ecuador firmó el Protocolo de Río de Janeiro. En enero de 1942 se efectuó la Tercera Reunión de Consulta de Cancilleres en dicha ciudad para considerar los graves problemas mundiales creados con el ataque sorpresivo del Japón a Pearl Harbour (7 de diciembre de 1941) y las invasiones europeas que obligaron a Estados Unidos a entrar en la segunda Guerra Mundial. Entonces seguían ocupados por tropas peruanas, territorios de las provincias ecuatorianas de Loja, El Oro y el Oriente.

En esa Reunión de Cancilleres se pronunciaron encendidos discursos contra la agresión extracontinental, pero no hubo una sola palabra de condenación para la ocurrida dentro del Continente. No importaba el sacrificio del Ecuador y la violación de los más elementales principios del Derecho Internacional, tales como el repudio a la agresión y a la ocupación de territorios de otro Estado.

Se trataba sólo de la actitud colectiva que todas las repúblicas americanas debían asumir —de acuerdo con el acta de Chapultepec— ante el ataque japonés que socavaba la seguridad de los Estados Unidos y de todo el Continente. Para que esta actitud fuese eficaz era necesario que los miembros de la Unión Panamericana presentasen todos un frente unido ante la agresión. La actitud tenía que ser común y solidaria. Pero el Perú exigía como precio de su participación que el Ecuador accediese previamente a suscribir el instrumento que habría de convertirse en el Protocolo de Río de Janeiro. Empezó entonces a desarrollarse en el seno de la Reunión de Consulta una activísima campaña de presiones para que el Ecuador sacrificase sus intereses vitales en aras de la solidaridad continental. No hubo un solo país de América que no cooperase vigorosamente en su campaña de intimidación contra el Ecuador. Se le amenazaba con dejarlo aislado en el Continente si no consentía en el sacrificio supremo "para que la unidad continental se salvase".

Y así, bajo extrema presión diplomática, y cuando tenía parte de su territorio ocupado, sin previa declaratoria de guerra por un Estado extranjero, se impuso al Ecuador la suscripción del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, permitiendo, así, que la violencia y el espíritu de conquista echen por tierra

los fundamentos insustituíbles de la armonía internacional. Por eso no es el libre consentimiento que el Derecho Internacional postula como requisito esencial para que exista un acuerdo obligatorio entre Estados soberanos. He ahí por qué el Eccuador ha dicho que el Protocolo de Río de Janeiro de 29 de Enero de 1942 no tiene existencia jurídica y no puede producir efectos legales de ninguna clase. No existe porque le falta el elemento intrínseco que hace nacer las obligaciones contractuales entre los Estados. Es un acuerdo que tiene existencia material o aparente, pero no legal, porque, en el lenguaje del derecho, existir es valer. Es un acto palmario de injusticia, que ha herido a un pueblo, compromete la paz de América y escarnece sus más nobles tradiciones.

**123.—De conformidad a las normas y principios tutelares del Derecho Internacional Americano, el Protocolo de 1942 es intrínsecamente nulo**

La demostración irrefutable de la inexistencia jurídica del Protocolo de Río de Janeiro de 29 de Enero de 1942, no obsta para formular el incuestionable principio de su nulidad absoluta, suponiendo el caso inverosímil de que su vida legal fuese reconocida por alguna jurisdicción internacional.

Nulidad y no revisión, a pesar de que el Perú fue revisionista frente a Chile. Nulidad, porque todo el historial del Derecho Internacional Americano, consagra el apotegma sarmentino, que había de ser doctrina uniforme del Nuevo Mundo: LA VICTORIA NO DA DERECHOS. Así, con generosidad heroica, lo proclamó Sucre, cuando no quiso, después de la victoria de Tarqui, imponer de inmediato condiciones de paz a los vencidos, como pudo hacerlo.

Nulidad de todo lo actuado por el Perú, con la asistencia de cuatro Estados Americanos, para imponer, con la fuerza, la amenaza y la retención de territorios nunca disputados, un arreglo de fronteras que significaría un despojo de 200.000 kilómetros cuadrados para el Ecuador.

Todo el Derecho Internacional Americano aboga por la tesis del gobierno y del pueblo ecuatorianos. Pero, la tesis del Ecuador se define y fortalece a partir del año de 1890, en que la Primera Conferencia Panamericana, ya establece la gran norma que, cada vez hasta hoy, se ha ido perfeccionando. La declaración de Washington dice: "El principio de conquista queda eliminado del Derecho Público Americano.....". "Las cesiones de territorio que se hicieren..... serán nulas si se hubieren verificado bajo amenaza de la guerra o la presión de la fuerza armada". "La nación que hubiere hecho tales

cesiones tendrá derecho para exigir que se decida por arbitramento acerca de la validez de ellas". Parece que esta Resolución, solemne y unánime suscrita en la Conferencia de Washington, y que todavía está en pleno vigor, hubiese previsto el caso del Protocolo de Río de 1942, declarado nulo desde hace 70 años.

Citemos otro instrumento que confirma nuestra tesis. Es la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados aprobados en la VII Conferencia Panamericana (Montevideo 1933), cuyo Artículo 11 reza así: "Los Estados contratantes consagran en definitiva como norma de su conducta la obligación precisa de no reconocer las adquisiciones territoriales o de ventajas especiales que se realicen por la fuerza, ya sea que esta consista en el uso de las armas, en representaciones diplomáticas conminatorias o en cualquier otra coacción efectiva".

El Artículo 11 de la Convención continúa así: "El territorio de los Estados es inviolable y no puede ser objeto de ocupaciones militares ni de otras medidas de fuerza impuestas por otro Estado, ni directa ni indirectamente, ni por motivo alguno, ni aun de manera temporal". En estos términos enfáticos el Derecho Internacional Americano condena perentoriamente la doctrina inmoral de los hechos consumados.

Esto parece bastante, y en realidad lo es. Pero, para que la tesis ecuatoriana del Gobierno y del Pueblo Ecuatorianos sobre nulidad del ominoso Protocolo tenga un respaldo mayor, es en Lima, sí, en Lima, donde tres años antes del gran crimen de un pueblo que se dice hermano contra otro pueblo de la misma estirpe, el año de 1938, se hace esta declaración suprema, difinitiva, condenatoria para el conquistador, arma formidable a favor de nuestra patria. La "Declaración de Lima" es de esta guisa: "La VIII Conferencia Internacional Americana Declara: Que reitera como principio de Derecho Internacional Público de América que no tendrán válidez ni producirán efectos jurídicos la ocupación ni la adquisición de territorios, ni ninguna otra modificación o arreglo territorial o de fronteras mediante la conquista por la fuerza o que no sean obtenidas por medios pacíficos". El compromiso de no reconocimiento de las situaciones derivadas de los hechos mencionados constituye un deber que no puede ser eludido unilateralmente ni colectivamente (Resolución XXVI de la VIII Conferencia Internacional Americana, Lima, Diciembre de 1938).

He allí, clara, con claridad meridiana, la doctrina jurídica sobre nuestro caso. La declaración de nulidad proclamada por el Gobierno y Cancillería Ecuatorianos, está poderosamente

fundada en el Derecho Internacional Americano. Ni una Conferencia Panamericana, ni una Reunión de Consulta de Cancilleres tendrían competencia para levantar el anatema que contra esos actos ha prescrito la "Declaración de Lima", instrumento que rige hoy todavía y que constituye una de las más valiosas conquistas del Panamericanismo.

Y vale recordar, también, que el Artículo 17 de la Carta de Bogotá consagra constitucionalmente el principio contenido en la "Declaración de Lima" y en los instrumentos Panamericanos que hemos analizado en líneas anteriores. Dice: "El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, cualquiera que fuera el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción". Se trata, pues, de un verdadero dogma de la comunidad jurídica americana y que constituye, además, el derecho vigente hoy en todos los países que la integran. El Tratado fue suscrito bajo la invasión militar, hay que repetirlo, luego de ocupación de varias provincias ecuatorianas; ante la amenaza peruana de ampliar las conquistas, de continuar las acciones bélicas, de bombardear Guayaquil y otras ciudades de la República; bajo la presión reiterada de diplomáticos extranjeros interesados en presentar ante la faz del mundo un panorama de cordialidad y respeto mutuo. Esta es la tesis proclamada y mantenida por el gobierno y el pueblo ecuatorianos, que plantea a la conciencia jurídica de América, la vigencia y existencia o la negación del Sistema Interamericano. El Ecuador espera, no concesiones graciosas, espera la aplicación más recta de la justicia internacional.

La proscripción de la conquista territorial y, en consecuencia, el no reconocimiento de ninguna adquisición hecha por la violencia, es, sin duda alguna, uno de los más claros y sólidos principios del derecho americano.

### 124.—Inejecutabilidad del Protocolo en el sector meridional de la zona Zamora - Santiago

El llamado Protocolo de Río de Janeiro de 1942 adolece, además, de otro vicio original que lo hace totalmente inaplicable: el descubrimiento del río Cenepa, afluente directo del Marañón, luego de entregado a las Partes —por las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos— el mapa aerofotogramétrico que reveló la realidad geográfica de la zona, hasta entonces desconocida, demostró una falla muy grave de dicho instrumento, que señala el divortium aquarum de los ríos Zamora y Santiago como zona por donde ha de pasar la línea fronte-

riza, **divortium** que no existe y cuya comprobación volvió inejecutable el Protocolo de Río de Janeiro en una de sus partes principales, la correspondiente a la zona en que se interpone el río Cenepa, precisamente por la inexistencia de la línea limítrofe en el mismo. Y no existiendo, mal puede servir de frontera entre el Ecuador y Perú. Y no es la colocación de unos hitos sobre la base de error esencial ocurrido por el desconocimiento de la región, lo que ha de servir de fundamento para presionar una demarcación absurda, esto es, proyectada sobre un accidente geográfico imaginario.

Los garantes, que no han podido, en más de una década, vencer la rebeldía del Perú a comprobar la inexistencia del signo geográfico previsto en el Protocolo para la fijación de la frontera en el sector Zamora-Santiago y, por lo mismo, a aceptar la inejecutabilidad del instrumento en una parte esencial, se han permitido, a pesar de la imparcialidad y de la neutralidad a que estaban moralmente obligados, emitir una "opinión" desfavorable a las tesis jurídicas del Ecuador.

Esa "opinión" de los garantes —que nadie les solicitó— constituye una intervención injustificable, condenada por la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el derecho internacional del Continente.

El ilustre internacionalista señor doctor Jesús María Yepes, Presidente de la Academia de Jurisprudencia Colombiana, expresa sobre el particular lo siguiente: "Los Garantes de un Tratado —aunque éste sea válido, que en el presente caso no lo es— no son, en ningún caso ni jueces ni árbitros. Sus "opiniones" no crean derechos ni imponen obligaciones de ningún linaje. Arrogarse funciones de árbitros sería incurrir en abuso de autoridad y obrar **ultra vires**, lo cual está exprcsamente prohibido por el Derecho Internacional. Pretender imponer por la fuerza, sea ella física o moral, o por una coacción conminatoria, una opinión de esta clase, constituiría una de esas intervenciones injustificables que de manera tan categórica condenan de consuno la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Derecho Internacional Americano".

"Esta "opinión" de los Garantes es tanto más inadmisible cuanto que los Garantes de un Tratado público son jurídicamente partes del mismo. Si tal "opinión" constituyera un "fallo", como lo pretenden, por error de información técnica, algunos publicistas peruanos, los Garantes estarían fallando en su propia causa, es decir, estarían siendo juez y parte en un litigio que les interesa directamente. Ya la sabiduría de los romanos, esos maestros inmortales de la Jurisprudencia, había dicho en frase lapidaria: **Nemo judex in propria causa esse debet.** Esa "opinión" vendría, por ende, a constituir una

inmoralidad más que se sumaría a todos los otros pecados contra Etica de que adolece el malhadado Protocolo de 29 de Enero de 1942 entre las Repúblicas del Ecuador y del Perú. La conciencia jurídica de América —que es la que en definitiva debe decidir esta controversia— no puede, no debe sufrir que, en su nombre se cometan tamaños atentados contra la moral y contra el derecho. Las Cancillerías de Washington, de Río de Janeiro, de Buenos Aires y de Santiago de Chile, seguramente no tuvieron oportunidad de estudiar, desde el punto de vista de la técnica jurídica, cuáles son, ante el derecho internacional, los poderes de un garante. Porque si hubieran efectuado un estudio, siquiera perfunctorio, no habrían cometido el error, no sólo jurídico sino particularmente político, de constituirse reos de abuso de autoridad tan funesto como el que constituye esa extravagante opinión, de consecuencias nefandas para el panamericanismo y para esa solidaridad continental que con tanta frecuencia invocamos y que debería ser sagrada para todos los países miembros de la OEA".

**125.—Las razones del Perú**

Las razones del Perú han sido expuestas también ante las Naciones Unidas por el Embajador doctor Víctor Andrés Belaúnde. Sus argumentos se reducen, en síntesis, a afirmar que el Protocolo de 1942 es un tratado perefecto y que es, por ende, obligatorio para ambos signatarios. No desconocemos el carácter imperativo de los tratados internacionales y las obligaciones que imponen a sus firmantes. El argumento sería admisible si estuviésemos en presencia de un verdadero Tratado con todos los requisitos esenciales que se exigen para la validez de esta clase de instrumentos. En ese caso, nadie podía discutir la posición del Perú en este litigio.

Pero en este punto tenemos que reiterar lo que ya hemos señalado. Y es que en ningún momento llegó a tener existencia legal el Tratado, que fue suscrito y ratificado bajo la invasión militar. En el texto mismo de él, la delegación ecuatoriana dejó expresa constancia de que el pacto era el fruto de la fuerza y la amenaza: los tres primeros artículos hablan de la ocupación militar. Lo que no existe jurídicamente, lo que es nulo no puede ser fuente de derechos ni de deberes.

El argumento capital del Embajador Belaúnde para sostener ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la validez del Protocolo, se reduce a decir que fue firmado ante los Cancilleres de todos los países de América y que el canje de las respectivas ratificaciones se efectuó ante el Presidente del Brasil. La validez de los Tratados Internacionales no depende única y exclusivamente del cumplimiento de solemnidades

externas o formales. Si el consentimiento no fue libre, aunque el Tratado haya sido firmado ante un Congreso de Plenipotenciarios, y aunque sus ratificaciones hayan sido canjeadas en presencia de todos los Jefes de Estado de América, a pesar de todas estas formalidades extrínsecas, el Tratado continuará siendo intrínsecamente nulo y en lo legal inexistente. Tal es, precisamente, el caso del Protocolo firmado en Río de Janeiro, el 29 de Enero de 1942, en presencia de los Cancilleres de todos los Estados americanos. La forma de un tratado de fronteras, que la coacción física y moral imponen, no puede hacer convalecer un acto en sí írrito, ni convertir en título jurídico al apoderamiento rapaz de tierra ajena.

El embajador Belaúnde afirmó igualmente: "El Protocolo se limitó a consagrar la soberanía constituída del Perú en el momento de la independencia, conforme su herencia colonial. Esos territorios han sido poseídos y explotados por el Perú sin interrupción desde esa época". Pero, la afirmación audaz no es el derecho, y la América está llamada a reconocer y a proteger el derecho y a resolver los problemas americanos de acuerdo con el derecho y con las supremas imposiciones de la cooperación, la solidaridad y la justicia reales.

El Perú mismo —Nación históricamente hermana con la cual el Ecuador desea vivir en paz y cooperación— ha reconocido varias veces los derechos del Ecuador en la Hoya Amazónica. En la Memoria que en 1853 presentó a las Cámaras el Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores del Perú, don José Manuel Tirado, se refiere al interés del Brasil, Nueva Granada, Ecuador y Venezuela en los Valles que riega el Amazonas. Dice así la Circular dirigida por el Gobierno peruano a los Gobiernos de los Países nombrados:

"Los Valles que riega el Amazonas y el sistema de vías fluviales al que sirve de base, presentan los elementos de una riqueza inmensa; y, si como es de esperarse, el vapor, el cocomercio y la inmigración se emplean en explotar esas extensivas comarcas, puede decirse que un Nuevo Mundo será abierto como teatro a los goces y adelantos de la civilización y a los esfuerzos de la industria".

"Entre tanto, continúa la Circular peruana, "que en los periódicos extranjeros se llama la atención de los Gobiernos para que trabajen en la abertura del Amazonas al comercio del mundo, la policía de ese río y las reglas bajo las cuales debe navegarse, pertenecen por derecho a los pueblos ribereños. Cinco Repúblicas hispanoamericanas y el Imperio del Brasil son más o menos directamente comprendidos en la comunión de este derecho".

"..... y para ello, continúa la Circular, "tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia, como lo hago a los Representantes de Nueva Granada, Ecuador y Venezuela para que, si lo cree conveniente, someta a consideración de sus Gobiernos esta iniciativa y lo excite a deliberar sobre si es oportuno darle instrucciones para celebrar conferencias y un protocolo al efecto".

En enero de 1875 el Ministro J. De la Riva Agüero declaró que las exploraciones autorizadas por el Perú en la Hoya Amazónica no implicaban el desconocimiento de los derechos que el Ecuador pueda tener a los territorios bañados por dicho río y que la Nación ecuatoriana poseía vastos y ricos territorios en la Hoya Occidental del Amazonas.

El Perú, que todo esto ha reconocido, olvida hoy, olvida una gran parte de la historia de América, singularmente ciertas instituciones que en la época de la colonia se llamaban Reales Cédulas, las Reales Ordenanzas de la Corona Española, soberana entonces del Nuevo Mundo. Y olvida, sobre todo, el "Uti possidetis Juris", que el Tratado de 1829 lo esclareció y aplicó.

En resumen: los motivos jurídicos que determinan la nulidad del Protocolo de Río son:

a) la circunstancia de hallarse ocupadas militarmente grandes regiones del Ecuador, al momento de suscribirse el Tratado;

b) la grave presión moral ejercida por los demás países, en especial, Estados Unidos, sobre los Delegados Ecuatorianos, para la suscripción del Protocolo, en Río de Janeiro;

c) la amenaza de ocupación de nuevas y más extensas zonas del territorio ecuatoriano, de bombardear ciudades y desatar una guerra total, en caso de que no se suscribiera y perfeccionara el Tratado;

d) el desconocimiento y la negación de los derechos fundamentales de los Estados, que implica el Pacto de Río;

e) la negación de toda la tradición jurídica del Continente y la abierta oposición a los principios, acuerdos y doctrinas del Derecho Internacional Americano, que caracteriza al írrito Pacto, que es inejutable; y,

f) la injusticia intrínseca que encierra el referido Tratado, al despojar al Ecuador, sin siquiera declaración de guerra, de más de doscientos mil kilómetros cuadrados de territorio, contra el elemental principio **del uti possidetis** y contra los demás títulos jurídicos que posee nuestro País.

### 126.—Títulos de derecho y actos de posesión del Ecuador en el Amazonas

El descubrimiento, la posesión, la independencia, las Cédulas Reales, el Tratado de Guayaquil son, entre los más importantes, los basamentos jurídicos en que descansa el derecho del Ecuador al Amazonas, como río propiamente dicho y como sistema fluvial.

### 127.—Descubrimiento

El Derecho Internacional ha reconocido el descubrimiento como fuente de derecho. Aquellos territorios que fueron descubiertos por súbditos de determinado país, pasaban a ser parte de la potencia metropolitana. Los mismos Estados Unidos de Norteamérica, antes de la independencia, fueron parte del territorio de Gran Bretaña, Francia y Rusia.

Que el Ecuador descubrió el Amazonas no cabe discutirlo. Su descubridor, por consecuencia, tiene derecho sobre él.

### 128.—Actos de posesión

Pero este derecho se fundamenta, además, en la posesión efectiva que se tradujo en una colonización creciente de la Amazonía, en la formación de pueblos y ciudades.

Efectivamente, establecidos los españoles en el Reino de Atahualpa, fueron hombres de Quito los que con recursos y gentes del reino, así como con el carácter de gobernantes del mismo, se internaron en la hoya amazónica, anexando tierras a su gobierno. Y fueron soldados de Quito los de la gesta magna de la conquista de esas tierras y sus ríos; y fueron misioneros que partieron desde Quito los que poblaron las selvas. En 1539 Gonzalo Díaz de Pineda entró a Baños y siguió al País de la Canela, fundando el Asiento de Sevilla de Oro (Macas). En 1541 inmediatamente de fundada Loxa (Loja en territorio de los Paltas, se fundó Zamora en Yaguarzongo. En 1548 Hernando de Benavente y Núñez de Bonilla entran al Oriente del Azuay por la cuenca del río Paute a la región de Santiago de Méndez y Macas, habitado por jíbaros salvajes reductores de cabezas. En 1552 se funda Quixos (Quijos) por Egidio Ramírez Dávalos. En 1558, Gil Ramírez Dávalos funda las Villas de Maspa y las ciudades de Baeza y Avila y, en 1560 la ciudad de Archidona y la Villa de San Juan de Tena. Entre 1557 y 1559 el Gobernador de Yaguarzongo, Bracamoros y Macas, Juan de Salinas y Loyola, saliendo de Loja, va por el río Zamora al Santiago y funda las ciudades de El

Oro y Logroño de los Caballeros, Valladolid y Loyola, llega al Pongo de Manseriche y baja por el Río Amazonas hasta la confluencia del Ucayali. Entre 1552 y 1562, Pedro de Vergara siguiendo el Zamora y el Santiago bajó hasta el Marañón, y surcando el Pastaza llegó hasta el lago Rimachuma.

Y al país de la Canela y Quijos, Jaen, Valladolid y Zarza, van sumándose nuevas tierras, pues las misiones de Quito se extienden a lo largo del Amazonas y sus afluentes, el Santiago, Morona, Pastaza, Tigre, Curaray y Napo, hasta el norte del Putumayo y Caquetá; y por el sur, hasta el este del río Ucayali, pues los territorios de Maynas, cuya conquista comenzó el Gobernador don Diego Vaca de la Vega, enviado por el Gobierno de Quito y en su nombre, forman parte de su Audiencia.

En toda la inmensa hoya amazónica, como fruto de la posesión, colonización y dominio, obra conjunta de civiles y religiosos de la Presidencia de Quito, ha quedado como canto eterno que no podrán apagar los siglos ni los adversarios, una obra cultural profunda, realizada, primero por la Real Audiencia y su precedente la Gobernación del mismo nombre y, luego, por la actual República del Ecuador, mediante un copioso historial que comprende varios siglos de: descubridores, exploradores, misioneros, cronistas, científicos, soldados, autoridades civiles, empresas privadas y obras gubernamentales. Por fuerza de esta acción secular de nuestra Nación en el Amazonas, ha ido aflorando a la superficie de los modernos tiempos, nuestro Derecho indiscutible.

El Oriente, el Amazonas constituyen el valle extenso en el que han quedado bajo las aguas o la capa terrestre, muchas heroicidades ecuatorianas y el tributo físico de los cuerpos de los compatriotas que quisieron, a costa de inenarrables sacrificios, dejarnos un legado para nuestra mayor dignidad en el concierto de las naciones.

**129.—Cédulas Reales**

El Rey Felipe II de España, por Real Cédula firmada en Guadalajara el año de 1563, erigió la Real Audiencia de Quito y le fijó sus límites territoriales, desmembrando en favor del Perú lo que antes había sido de Huáscar, y asignando a Quito lo que fue de Atahualpa. Tales límites, en la sección disputada con Perú fueron los siguientes: ..... "Hasta el Puerto de Paita inclusive, y por la tierra adentro hasta Piura, Cajamarca, Chachapoyas, Moyobamba y Motilones exclusive, incluyendo hacia la parte susodicha los pueblos de Jaén, Valladolid, Loja, Zamora, Cuenca, La Zarza y Guayaquil, con todos los demás pueblos que estuvieren en sus comarcas y, **"hacia la parte de los pueblos de La Canela y Quijos, tengan dihos pueblos con los demás que se descubrieren".**

La Cédula Real de 1698, dictada por Carlos II, determinó que las "Misiones y reducciones del bajo y alto Ucayali, hasta los pajonales a donde habían llegado las conquistas del Padre Ritcher, pertenecían a los Misioneros Jesuitas de Quito.

Claramente circunscripto quedó, y firmemente fundado por la suprema voluntad de España, nuevo único señor y dueño de sus conquistas, el territorio del futuro Ecuador, entre las Reales Audiencias de Santa Fe, Panamá y Lima. Esas Cédulas títulos fundamentales, han sido la base respetada por todas las nuevas nacionalidades al fundarse independientes de España. A esos límites dados con pleno derecho, innegable, se sujetaron: Panamá, la más nueva, a su Cédula se acogió al desprenderse de Colombia, y el Perú fue el primero en acatarla y apoyarla para Panamá.

La Cédula Eclesiástica de 1802 estableció: "Se separa de la jurisdicción de la Presidencia de Quito el Gobierno y Comandancia General de Mainas en el río Marañón o de las Amazonas, inclusive la de los pueblos del gobierno de Quijos, en la **Jurisdicción Militar y Eclesiástica.**

El Perú ha hecho de esto todo un capítulo, conforme hemos analizado en líneas anteriores. Ellos consideran la segregación de "Jurisdicción militar y eclesiástica como cesión de territorio".

## 130.—Independencia

Se dio el grito de Independencia en Quito el 10 de Agosto de 1809. Fueron distituidas las autoridades españolas y se constituyó la Junta Soberana con el nombre de Suprema. "Nos, los infrascritos diputados del pueblo, atendidas las presentes críticas circunstancias **de la nación**, declaramos solemnemente haber cesado en sus funciones los Magistrados actuales de esta capital y sus Provincias", dice el Acta de Emancipación.

Entre esas provincias estaban Mainas, Jaén y Quijos y como los peruanos ayudaban a la Corona, en vez de contribuir a consolidar el movimiento, invadieron esas tres provincias. El movimiento fue debelado; y el imperio de España, después de la bárbara masacre de los patriotas en Quito el 2 de Agosto de 1810, siguió vacilante hasta 1822.

La independencia constituye un hecho del cual derivan consecuencias jurídicas en lo territorial, hasta ahora. El Congo y más nuevos Estados del Africa que han conquistado recién su independencia, lo han hecho con un territorio que ya fue desde antaño parte de la Nación elevada, con la independencia a la categoría de Estado Soberano.

Después del sacrificio del 2 de Agosto se formó una Junta de Gobierno Popular, que convocó a elecciones para la reunión del Congreso Constituyente, que expidió la primera Constitución Ecuatoriana, en el Palacio del Reino de Quito, el 15 de Febrero de 1812, declarando solemnemente que "Las ocho provincias libres representadas en este Congreso y unidas indisolublemente desde ahora más que nunca formarán para siempre el Estado de Quito como sus partes integrantes, sin que por ningún motivo ni pretexto puedan separarse de él, ni agregarse a otro Estado, quedando garantes de esta unión unas provincias respecto de otras: debiéndose entender lo mismo respecto de las demás provincias vinculadas políticamente a este Cuerpo luego que hayan recobrado la libertad civil de que se hallan privadas al presente por la opresión y la violencia; las cuales deberán ratificar estos artículos sancionados para su beneficio y utilidad común".

En la Constitución que se dio para la entidad llamada Gran Colombia, en Cúcuta, el 6 de Octubre de 1821, al hablar de territorio se dice:

El teritorio de Colombia es el mismo que comprendía el antiguo Virreinato de Nueva Granada y Capitanía General de Venezuela.

El 24 de Mayo de 1822 se dio la última batalla, en las faldas del Pichincha. Triunfaron las armas republicanas, y el Virrey Aimerich entregó a Sucre todas las provincias de la Real Audiencia de Quito.

Inmediatamente se firmó "en la Ciudad de San Francisco de Quito, Capital de las Provincias del antiguo Reyno de este nombre" el Acta de incorporación de dichas provincias a la República de Colombia; Acta en la cual se vuelve a insistir en que los pueblos y territorios a que ella se refiere, son los de las Provincias del antiguo Reyno de Quito.

En suma: el movimiento de independencia consolidó los límites tradicionales de la Real Audiencia de Quito, tal como la República de Colombia y del Ecuador lo entendieron siempre y como aparece designado en sus leyes y en los títulos del siglo XVIII, exhibidos en el Tratado de Guayaquil.

De esta manera, el fundamento en que descansa la vida política independiente del Ecuador es el principio de nacionalidad, que sirve asimismo de base a las restantes Repúblicas de América.

Guayaquil se independizó en 1820; e independiente y libre, su Congreso unió su Estado a Colombia después de la Batalla de Pichincha. A todo esto el Perú era todavía colonia, y ya todo el Distrito de la Audiencia de Quito era soberano y libre.

## 131.—El Tratado de 1829

El derecho ecuatoriano descansa, sobre todo, en la base inconmovible del Tratado de Guayaquil celebrado en 1829, que no fue sino una consecuencia necesaria del Convenio de Girón, que pactaron los dos Generales de los ejércitos que lucharon porque el Perú se resistió a restituirle a Colombia lo suyo en Jaén y Mainas. Los Negociadores de este Pacto solemne fueron: don Pedro Gual por parte de Colombia y don José Larrea y Loredo por el Perú.

Había propuesto el del Perú que respecto a límites: "se estuviese a la posesión **actual** del territorio, o que se dejase esto a una Comisión; y que en caso de no convenirse ésta, se ocurriese a un Gobierno amigo para que decidiese la diferencia". El de Colombia rechazó semejante proposición, insistiendo en el invariable **principio** colombiano que exigía la restitución de Jaén y de la parte de Mainas que el Perú retenía indebidamente: la "demarcación de los **antiguos** virreinatos de Santa Fe y Lima".

Luego el señor Gual, presentando los títulos sobre la creación del Virreinato de Santa Fe desde el principio del siglo XVIII, para precisar expresamente el sentido y alcance de su proposición, redactó el Artículo 5, que fue aprobado por su colega sin objeción alguna y sin oponer a los títulos presentados por éste, la Cédula de 1802, ni ningún otro título.

Otras razones del señor Gual fueron: 1º—Que la demarcación de los antiguos virreinatos era la mejor adoptable como que era la herencia legítima de las dos hijas de la Madre Patria. 2º—Porque era justa una demarcación fundada en antiguos derechos históricos, jurídicos y de una posesión inmemorial de 300 años. 3º—Porque no convenía a la política de los Estados Americanos el engrandecerse unos a costa de otros, ya que tan inicuo principio y tan perversa conducta los expondría a las disensiones más desagradables. 4º—Que el Perú ya había convenido en ello con el Tratado del 23; sin contar lo estipulado en Tarqui, argumento de tanta fuerza como los Tratados - Cédulas, que Colombia presentaba y que el Perú no tenía en su apoyo; y 5º—Que mal podría Colombia retroceder a abandonar, vencedora, lo que precisamente había sido motivo de la guerra.

Propuso en la tercera Conferencia el Plenipotenciario del Perú, teniendo siempre en mira obtener alguna ventaja para su patria: que debiendo partir las operaciones de los Comisionados de la base establecida, de que la línea divisoria de los dos Estados es la misma que regía cuando se nombraron Vi-

rreinatos de Lima y Nueva Granada, antes de la independencia, podrían principiarse éstas por el río Túmbez, tomando desde él una diagonal hasta el Chinchipe, y continuar con las aguas de éste hasta el Marañón, que es límite más natural y marcado entre los territorios de ambos, y el mismo que señalan todas las cartas geográficas antiguas y modernas.

El de Colombia contestó: Que se alegraba mucho de que se fueran acercando. De modo que ni uno ni otro Plenipotenciario trajeron al tapete la Cédula de 1802, y entendieron que la demarcación pactada era la de los "antiguos virreinatos", conforme a los títulos del siglo XVIII, como lo había exigido Colombia antes de la guerra.

Perfectamente solemnizado ya el Tratado del 29, adoptado por los Supremos Poderes de ambos Estados; ratificados, canjeados y cumplidos todos los requisitos que hacen de un alto documento de esos un Título inmutable, los dos Gobiernos iniciaron por medio de sus Ministros el Acuerdo para las instrucciones a los Comisionados que debían trazar la línea sobre el terreno, procediendo de acuerdo con los dos Gobiernos, a quienes tocaba en definitiva resolver los desacuerdos de las Comisiones, de modo más conveniente.

Primero conferenciaron los señores Pando, por el Perú, y el General Don Tomás Cipriano de Mosquera, por Colombia; y luego el doctor Carlos Pedemonte, por el Perú, y el mismo General Mosquera, por Colombia, los cuales suscribieron en Lima el 11 de Agosto de 1830 el Protocolo Pedemonte - Mosquera, instrumento de ejecución del tratado de 1829. En este documento no se hizo sino confirmar lo ya convenido hasta entonces: el reconocimiento del lindero Túmbez-Macará-Marañón, dejándose únicamente a la decisión de la propia Colombia si la frontera había de ir por Huancabamba o por el Chinchipe.

Apenas disuelta la unidad colombiana, al declararse independientes los Departamentos de los Distritos del Norte y del Sur, con los nombres de República de Venezuela y Ecuador, respectivamente, lo hicieron bajo la base territorial fijada por el Rey de España a la Capitanía General de Venezuela y a la Audiencia de Quito, que afirmaron sus Constituciones como territorio propio y nacional.

Y al erigirse y separarse cada una, por acuerdo común, en Estados soberanos, se distribuyeron y se transfirieron recíprocamente todo el haber nacional, declarándose los tres solidariamente responsables de cuantos actos se habían ejecutado, en nombre y representación del Gobierno Central, hasta el momento de la separación.

De esta manera, perfectamente jurídica, se realizó la transmisión del haber inmoviliario del Estado que se transformaba, a favor de los tres Estados que de su mismo seno surgieron. La sucesión territorial entre los Estados es un derecho indiscutible en el Derecho Internacional Moderno.

### 132.—Conclusiones

Resumiendo lo expuesto, resulta:

Primero.—Que en el período colonial se forma, bajo la soberanía de España, la Nación que ha de funcionar como **sujeto activo** de la futura República del Ecuador.

Segundo.—Que el acto de independencia de Quito aspira —y al fin lo consigue— a afirmar la íntegra personalidad territorial, que tenía que ser, naturalmente —pues no hay otra— la elaborada en el período colonial.

Tercero.—Que al producirse la emancipación americana, las nuevas repúblicas consagran el principio del "Uti possidetis de 1810", que sirvió de base al proceso de constitución territorial de los Estados.

Cuarto.—Que, como consecuencia de dicho principio latinoamericano del "Uti possidetis de 1810", las divisiones administrativas entre las antiguas colonias españolas del Nuevo Mundo se convirtieron automáticamente en fronteras políticas de las nuevas repúblicas que surgieron del movimiento emancipador de 1810.

Quinto.—Que el mismo Perú reconoció este principio en el Artículo V del Tratado de 1829, que puso fin a la guerra entre la Gran Colombia y el Perú.

Sexto.—Que las estipulaciones del Tratado de 1829 —Tratado perfecto y debidamente ratificado— se aplican jurídicamente al Ecuador como sucesor de la Gran Colombia en los derechos y obligaciones, originados en el convenio legítimamente concluido y que continúa vigente todavía entre los Estados sucesores, no obstante la disolución de la Gran Colombia.

Séptimo.—Que para ratificar esta adhesión americana al principio del "Uti possidetis de 1810 y consagrar una vez más esta norma de estabilidad territorial y paz en América, en el Tratado que suscribieron en Lima (1847 - 1848) los Plenipotenciarios respectivos se estipuló lo siguiente: "Art. VII.— Las Repúblicas confederadas declaran tener un derecho perfecto a la conservación de los límites de sus territorios según existían al tiempo de la existencia de la (sic) España los de los respectivos Virreinatos, Capitanías Generales o Presiden-

cias en que estaba dividida la América Española". En el Congreso de Lima, convocado por el Perú estuvieron representados entre otros países, el Ecuador y la Nueva Granada.

Octavo.—Que, para ejecutar lo previsto en el Art. 5º del Tratado de 1829, se suscribió el Protocolo Mosquera-Pedemonte, que puso fin a todas las dificultades surgidas en cuanto a límites, no quedando pendiente sino la divergencia entre el Huancabamba, que sostenía el Ecuador, y el Chinchipe, que propuso el Perú, dejando sometida la diferencia, no al acuerdo de los dos Gobiernos, sino simplemente al de Colombia.

Noveno.—Que como la nulidad de origen de que adolece el Protocolo de Río de Janeiro es un hecho consumado que surte efectos jurídicos por sí mismo, sin necesidad de una declaración posterior, ya que en ningún momento llegó a tener existencia legal el Tratado, no se ha variado el **status juris** anterior a la suscripción del mismo y la línea que en él consta, por lo cual la controversia de límites entre Ecuador y Perú, sólo puede fundarse en los títulos anteriores a 1941, los que se derivan del principio americano del **uti possidetis juris** ratificado en el Tratado de Guayaquil.

El Perú, que defirió a la comprensión territorial determinada del siglo XVII, que en la campaña de 1829 vio desvanecidas sus pretensiones de conquista, que suscribió la paz en los términos en que se la concedía; el Perú, que no sólo se ha limitado a retener lo que según el Tratado de 1829 y el Protocolo de 1830 estaba obligado a respetar como propiedad ajena, sino que desde entonces ha seguido invadiendo las regiones de la ribera izquierda del Amazonas, en contravención del Tratado de 1829 y el Protocolo de su ejecución de 11 de agosto de 1830, violación que culminó con la invasión y ocupación de parte de nuestro territorio en febrero de 1941; el Perú, que todo esto ha conocido y ha ejecutado, hoy olvida todo, y, borrando la historia, desconoce todo derecho al Ecuador.

Pero todos los antecedentes históricos y las circunstancias que hemos analizado patentizan los títulos jurídicos indiscutibles del Ecuador para continuar siendo ribereño del gran río de América.

Hablamos de Derecho Internacional Americano, hablamos de normas jurídicas en América. Pues, practiquémoslas, vivamóslas.

Que sea una realidad aquello de que el territorio de los Estados es inviolable y de que no caben tratados válidos bajo presiones militares u ocupación de territorios. Hagamos realidad la igualdad de los Estados ante la ley internacional: los Estados grandes son absolutamente iguales a los pequeños el momento que se trata de cumplir las normas de moral.

Por desgracia al mundo de estos días le envuelven tinieblas. Muchos Estados tienen sed de dominación, de ensanchar sus territorios más allá de los límites impuestos por las tradiciones seculares, por la justicia y los imperativos geográficos. Y cuando un Estado, por una razón cualquiera, procura ensanchar sus fronteras, su diplomacia se pone en marcha sin preocuparse de dar satisfacción a las verdaderas exigencias del derecho, que pesan tan poco en los cálculos o en las empresas en que rivalizan los diplomáticos de la fuerza.

Y todas esas combinaciones diplomáticas, todas esas tentativas para asegurar el equilibrio de las fuerzas antagónicas, en lugar de afirmar la tranquilidad en los espíritus, no da otro resultado que aumentar la intranquilidad de la opinión.

Contra todo esto debe reaccionar América. Al frente de la diplomacia de la fuerza tiene que afirmarse en adelante la "diplomacia del derecho". Esos principios pueden resumirse así: "No hay armonía sin orden; no hay orden sin la paz; no hay paz sin libertad; no hay libertad sin justicia". He ahí la paz que anhelan nuestros pueblos: la basada en el derecho que el patricio mejicano Benito Juárez definió en su inmortal apotegma: "Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz". Así, fundada en el respeto al derecho ajeno y la inviolabilidad de la soberanía de los pueblos, podrá lograrse una paz duradera.

El Ecuador abriga la fundada esperanza de que en algún momento con los buenos auspicios de las demás naciones de América, se llegará a negociaciones que conduzcan a un arreglo justiciero, que siente bases de durable paz y fecunda concordia, entre nuestro país y el vecino del sur. Sin justicia no hay paz y la justicia es el equilibrio humano entre legítimas aspiraciones.

### 133.—Después de la Independencia

La guerra de la independencia duró muchos años, desde el momento de iniciación, que tenemos que situar en 1809, fecha de nuestra revolución, hasta cuando los pueblos libertados pudieron organizarse debidamente. Sabemos que esa organización no tiene una fecha fija. Algunas naciones debatieron sus problemas políticos y se constituyeron en paz; pero otras, y en la enumeración cabría la mayor parte de las Repúblicas de Hispanoamérica, no han encontrado todavía la fórmula de establecer la armonía social que garantice la paz.

En la primera República, en su auténtico contenido, sólo se encuentra una ruptura de tipo político con España, porque al producirse dicha separación, como resultado de la guerra de la Independencia, si logramos renovarnos en el campo de las

teorías y en parte en la configuración de los sistemas políticos, quedaron en cambio intocadas las infraestructuras económicas y sociales. Por lo mismo continuamos como prolongación de una realidad caduca, la colonia siguió viviendo, en cuerpo y en espíritu, en nuestra Patria libre.....

En efecto, la revolución que culminó con la independencia de los países indohispanos no fue para ninguno de ellos —y muy especialmente para el Ecuador— lo que podría llamarse una **revolución integral.** Apreciando sus resultados se puede decir ya, sin temor a rectificaciones substanciales, que aquella heroica gesta de nuestra emancipación sólo fue, a la postre, una simple guerra de carácter separatista. Para ser una **revolución integral** faltó al gran movimiento de Independencia ir más lejos de lo que fue. Lo que en el plano político significó la deposición de las autoridades de la Corona y lo que en el campo militar representó las batallas de Pichincha, Junín y Ayacucho, sólo constituyeron las primeras jornadas de una verdadera Revolución. La última, la definitiva, debió librarse en los planos infraestructurales de la vida económica. A ese campo de batalla es a donde debió llevarse, finalmente, el auténtico impulso revolucionario, y allí dónde, al par que el nacimiento de la independencia integral de Indoamérica, debió producirse el **deceso** definitivo del régimen colonial. Desgraciadamente, la obra quedó trunca: la última jornada se perdió sin haberse librado.

Sabemos que desde fines del siglo XVII se preparaba en Europa la emancipación de Sud América, correspondiendo a los vehementes deseos que abrigaban **ciertas clases sociales** de sacudirse de la tutela del gobierno español. Varias eran las causas generadoras de ese deseo.

Encontrábase tiránico el sistema de monopolio, en cuanto al comercio y a la industria, y se pensaba que los intereses económicos y políticos de los países de este continente eran distintos de los de la metrópoli, requeriendo, por la tanto, manejarse separadamente.

A los inconvenientes que la inmensa distancia a que se hallaba el gobierno central ofrecía para la buena administración, se unía, de otro, los vicios y defectos de la organización administrativa, acumulados en el largo tiempo del gobierno de virreyes, capitanes generales, presidentes, gobernadores, etc., casi todos españoles. Los viajes hechos por criollos de las altas clases a España, en el siglo XVII, les revelaron, por lo demás, el mal gobierno de la metrópoli misma y el atraso de su población.

Con motivo de la rivalidad que desde los primeros tiempos de la colonia se fue produciendo entre el elemento español-europeo y el español-americano o criollo, quejábanse los

blancos nacidos aquí de estar excluídos de los destinos públicos, a que creían tener derecho por ser descendientes de los conquistadores de esta tierra para el rey, y que, no obstante, se daban a peninsulares de escaso mérito y pobre ilustración en su mayor número.

Los intereses del latifundio criollo se encontraban, pues, fuertemente constreñidos por el régimen monopolista de la colonia. Dicho régimen era algo así como una camisa de fuerza para el libre juego expansivo de la producción latifundista, y, por ende, del comercio intermediario. La "Gaceta de Buenos Aires" en su número del 31 de diciembre de 1810 enjuiciaba esta situación con claro sentido económico y político: "Todo es más sufrible —decía— respecto de las Américas que el monopolio de la metrópoli. Decir a quince millones de hombres: vuestra industria no ha de pasar del punto que a nosotros nos acomode: habéis de recibir cuanto necesitáis por nuestras manos: habéis de pagar más por ello, que si lo buscárais vosotros, y ha de ser de peor calidad que lo que pudiérais tomar de otros a mas baxo precio: vuestros frutos se han de cambiar solo por nuestras mercaderías, o con las de aquellos a quienes querramos vender este derecho de monopolio; y antes se han de podrir en vuestros campos, que os permitamos sacar otro partido de ellos: es decir esto..... me parece un fenómeno el más extraordinario en política..... Los americanos son iguales a los españoles: si tienen facultad de vender sus frutos al mejor comprador, escogiéndolos entre todas las naciones que puedan venir a su mercado, y eligiendo entre los productos de la industria de todos los otros pueblos lo que más les acomode para trocar los suyos, quererlos tener sujetos al monopolio contrario a estos derechos es una injusticia que ninguna ley puede autorizar" (1). Era necesario, era urgente, pues, para la clase latifundista, luchar contra el monopolio y en favor de la libre concurrencia. En este sentido se agotaron todas las gestiones pacíficas tendientes a logar reformas que, sin afectar la soberanía de España en América, tuvieran en cuenta la defensa de los intereses del latifundismo criollo. Parece que España no quiso comprender o que comprendió tardíamente las razones en pro de tal política económica con respecto a sus colonias. No quedaba, pues, más que un solo camino: el de la insurrección. Esta se inició en el momento en que debía producirse: es decir, en los instantes en

---

(1) **Cita tomada de "La Teoría Científica de la Historia y la Política Argentina", de Jacinto Justo.— Buenos Aires, 1915.**

que España, anarquizada por las luchas a que dio lugar la ocupación francesa, hubo de descuidar su poderío militar en América. La lucha económica alcanzó, así, sus últimos planos: el militar y el político.

Alcanzada la República las fuerzas expansivas de la producción latifundista consiguieron su objetivo: destruyeron las barreras del monopolio colonial y constituyeron la libre concurrencia. Pero la República como forma política de una democracia, quedó reducida en América a un sistema de privilegios en favor de las clases dominantes; para las demás, para la clase media, para el numeroso campesinado y para el incipiente proletario, fue, como en el anterior, un organismo feudo-colonial. Fenómeno parecido ocurrió con la libre concurrencia; ésta quedó mediatizada a los intereses del latifundismo criollo: sólo éste, y su aliado el comercio de consignación, fueron los favorecidos. Esta condición de privilegio de clase que no contempla los intereses mayoritarios fue convirtiendo a la libre concurrencia en un nuevo monopolio: el **monopolio moderno.**

Los intelectuales revolucionarios y quienes lucharon en verdad por liberarse de la tutela del gobierno español y obtener los derechos que atañen a la libertad civil, política y económica del hombre, fundamentos de auténtica democracia, creyeron haber alcanzado con la independencia de América el triunfo de sus ideales. Fue sólo en el momento en que éstos debieron convertirse en hechos —hechos económicos, políticos y sociales— que surgió la amarga verdad: los pueblos indohispanos no habían obtenido con la Revolución de la Independencia sino la emancipación de una de sus clases: la clase feudal criolla. Las otras, la clase media y las clase campesina y proletaria naciente, sólo habían logrado un simple cambio de amo y señor.

De esta manera comenzó la nueva vida de la Patria.

La República cambió de gobernantes y continuó la modalidad impuesta durante la colonia. Y a pesar de que han corrido y volado no sólo los años sino también los siglos y a pesar de que hemos tratado de acumular nuevos conceptos e interpretaciones de la vida y de buscar nuevos métodos de acción y de organización, hemos de confesar que no hemos podido desprendernos de las ataduras del pasado que acaso sigue viviendo en el fondo mismo de nuestras conciencias. Y no sólo aquella supervivencia contraproducente está en lo económico, sino también en lo espiritual. En la política pretendemos hablar de muchas cosas que se las considera nuevas o modernas al mismo tiempo que nos aferramos, acaso sin darnos cuenta, a las reglas y cánones del pasado. Practicamos una política tal como se la conoció y se la vivió desde la Colo-

nia; una política de individualismos y egoísmos por una parte e intrigas palaciegas por otra; una política que carece del espíritu de empresa técnica y que en cambio se satura con la ambición de mando.

La acción política antes que un complejo con la obsesión del poder debe significar el planteamiento permanente de soluciones para los problemas de mayor importancia. Por medio de una política positiva debemos acostumbrarnos a pensar en grande, evitando naufragar en medio de la pequeñez y de los obscuros apasionamientos. Ningún servicio se puede hacer a los pueblos con una política diversa, de disputa de las posiciones de Gobierno.

Es natural que las fuerzas políticas se encaminan siempre hacia la conquista del poder, ya que es ese en definitiva uno de los sentidos de la historia misma. Pero lo que se ha de pedir y exigir es que las luchas inevitables de la política se libren con absoluta responsabilidad, sin comprometer en forma alguna la suerte del país, sin dar paso a un desate de ambiciones y sin poner a la República al borde del caos.

Al revisar los capítulos de vida de la República, encontramos que la organización del Estado ecuatoriano, no fue el producto de la voluntad de los ciudadanos de estos territorios, sino la derivación fatal de los acontecimientos que se producían entonces en la Gran Colombia. Los ecuatorianos buscaban desde mucho antes la manera de obligar que la tropa veterana procedente de Venezuela o de Nueva Granada, se reintegrara a sus respectivas naciones, y, después, que la administración pública se nacionalizara, como el único medio de levantar al país de la postración económica en que se encontraba, por su participación en la guerra que libertó al Perú.

Por desgracia el Distrito del Sur, como se le llamó entonces, se encontró con que las élites con que debe contar toda nueva administración, no se había formado todavía. después de los sacrificios del 2 de Agosto de 1810. Además la campaña de la Independencia, rica en victorias y forjadora de héroes y de ídolos militares, dio al Ejército, en los primeros años de la República, indudable hegemonía política. En nuestro país, los militares se sucedieron en el mando de la República, y en vano la revolución del 6 de marzo del 45, fue el mayor esfuerzo que se hizo no solamente para nacionalizar las instituciones, sino para emprender en un nuevo comienzo, que permitiera a la República desenvolverse pacíficamente y apropiar los medios de utilizar sus recursos con la comunicación fácil y, sobre todo, con una mejor instrucción del pueblo. Educación, se ha llamado después a esta labor; pero no se educa

sino al que se encuentra en disposición de comprender las obligaciones que tiene para con la cultura y la Patria.

La República nació con el signo de la preponderancia del soldado y del caudillismo de sus jefes. Este ímpetu debía durar en la República muchos años, porque si en 1845 se obtuvo la nacionalización gubernativa, en cambio el ejército siguió como árbitro para decidir de las cuestiones del país. Es verdad que hubo políticos ecuatorianos que pusieron la monta en reducir al ejército al cumplimiento de sus funciones; pero, para ello se invistieron esos civiles con el título de General, como en el caso de García Moreno.

Por fortuna hemos llegado, no a sacudirnos del hecho histórico, sino a convertirlo, de acuerdo con lo que acontece en el mundo con el que estamos ligados, con los lazos de la cultura, y esos vicios de organización se han cambiado en principios civiles de gobierno.

La historia de la República después del año 30 es la continuación tradicional, conformada ahora con las nuevas necesidades de gobernarse libremente: todo el empeño se pondrá en acertar con la reforma constitucional más conveniente para los intereses del país. Así se había hecho cuando las Alcabalas, los Estancos, el 10 de Agosto. Se buscaba lo mejor en la organización de los pueblos, solamente que esa investigación se hacía por medio de pronunciamientos, que daban ocasión para la reforma. El número de constituciones que hemos tenido, marca el camino que se recorrió en discutir reformas que creíamos nos darían la felicidad.

Cuando se dirige la atención a lo que ha acontecido en el Ecuador durante el siglo y cuarto de organizada la República, nos encontramos en el eterno desacuerdo entre las instituciones creadas como un resultado político, y la tradición que quisiera que las actividades políticas se dirigieran a lo que consideró como principal: sanear sus fronteras y extender el dominio de la patria a todos sus territorios, con sentido de unidad y convencimiento.

Las instituciones han de ser una regla, hasta cuando se imponga otra, pero la unidad nacional ha de formarse con la tradición y ha de robustecerse con la historia.

El paso que se ha dado en la República, desde su emancipación, hasta ahora, es indudablemente muy grande, si bien todavía queda mucho camino por recorrer en todos los aspectos de organización y de administracióhn de los recursos nacionales. A todo se llegará, si hay la constancia para seguir recta y honorablemente, por el camino trazado por el patriotismo y la preparación.

### 134.—Realidad socio-económica de Latinoamérica y sus proyecciones en la forma adoptada por su Derecho y sus instituciones

Uno de los factores que han contribuído en mayor grado a retardar el proceso de emancipación económica de Latinoamérica ha sido, sin duda, el confusionismo creado en torno a los más elementales principios de la economía política. Bajo la presión publicitaria de los intereses financieros foráneos, las economías locales fueron organizadas y regidas bajo los principios teóricos de una mal llamada doctrina de la economía pura, que no era realmente sino la sistematización de la economía capitalista.

El sentido nacional y social del ordenamiento económico fue ignorado o subestimado. Se pregonaba el acatamiento a las leyes que rigen el proceso económico y la inutilidad de toda resistencia a sus necesarias secuencias, pero se ocultaba que esas leyes no indicaban otra cosa que relaciones de causa y efecto dentro de un orden preestablecido: el orden capitalista.

Correlativamente a la libertad política, se ha erigido el concepto de la libertad económica, como integrante de una misma y única cuestión: la libertad individual. Y sin embargo nada autoriza a formular ese paralelismo. La libertad política no estriba solamente en la limitación del poder político de Estado, sino también, en la limitación de todos los poderes políticos que pudieran existir dentro del propio Estado. No se concibe una organización política liberal, cuando las decisiones de un grupo, de una minoría, pueden coartar la libertad individual de todos y de cada uno de los ciudadanos, al margen del aparato estatal.

El concepto de economía libre es por demás falso, aun fuera de la manifiesta propensión de los que lo propugnan. Las sociedades y los hombres podrán ser libres o no, pero no las economías consideradas con prescindencia del factor humano. Los fenómenos económicos dependen fundamentalmente de decisiones humanas, sea éstas individuales o colectivas.

Ni se concibe una "economía libre", ni podríamos llegar a erigirla en fetiche, en el supuesto contrario. Nos interesa la humanidad y por eso pregonamos, no la libertad de la economía, sino la libertad económica del hombre. Y si el Estado interviene en el proceso, limitando muchas veces el poder de una minoría capitalista, es para preservar esa fundamental libertad económica de los habitantes, que integra modernamente el concepto de la democracia.

No es el choque de la economía pura con la economía dirigida, ni de la economía libre contra la economía controlada; es la discrepancia fundamental entre la economía capitalista y la economía social. Entre los que creen que los elementos de producción deben servir para explotar al hombre y los que pretenden servirse de ellos para su liberación.

A través de los milenios la economía, definida o no, ha decidido entre los pueblos sobre la paz y sobre la guerra, perdurando siempre los sistemas nacionales e internacionales de explotación injusta del trabajo ajeno; del trabajo de unos hombres desgraciados en beneficio de otros hombres afortunados, o del trabajo de los pueblos débiles o que tienen menor desarrollo o conceptuados como racialmente inferiores, en beneficio de los pueblos más fuertes o que disfrutan de una preponderancia económica que, aun fuera del coloniaje definido, les permite aprovechar las necesidades sociales de otras agrupaciones humanas para fortalecer la propia economía a costa del debilitamiento sistemático de economías ajenas.

Cada pueblo aspira a fortalecerse intensificando la producción para su consumo y para aumentar sus ventas, es decir, consolidando su economía, lo que procurará, unas veces apreciando, otras veces menospreciando la economía de los demás; unas veces fomentándola, sea siquiera por propia conveniencia, otras veces procurando aniquilarla por estimar que en esa manera se consultan mejor sus intereses, de donde provienen pugnas sociales, desajustes comerciales, guerras de fondo económico que se encubren con banderas de justicia.

Hay pueblos infortunados que, manteniéndose en estado de incultura y con niveles miserables de vida, trabajan, de generación en generación, para que otros pueblos prosperen, se enriquezcan y eleven la vida de sus gentes hasta la esplendidez.

El fenómeno se concreta especialmente en la desproporción de valores entre las materias primas que unos pueblos aportan y los precios que ellos mismos deben pagar por los productos industriales de los pueblos poderosos beneficiados con aquellas.

Así como existen totalitarismos políticos que vulneran integralmente los derechos humanos, existe también totalitarismo económico o industrial que se funda en el abuso de situaciones financieras privilegiadas para imponer en sus zonas de influencia una desproporción usuraria entre el precio del trabajo de unos pueblos de inferioridad vital, y el valor del trabajo de otros pueblos de potencia superior. Con lo cual, el trabajo de unos hombres equivale tan sólo en su valor apro-

vechable a fracciones mínimas del trabajo de otros hombres, estableciéndose así los desórdenes sociales y el comunismo tan temido con un régimen político de arbitrariedad no limitada por ley ni por moral

La realidad de América, en el orden económico, con las derivaciones en el orden social que eso implica, es el siguiente: Existe un gran país, los Estados Unidos de América, con extenso y rico territorio, que ha llegado a un grado de industrialización quizá no alcanzado por país alguno de la tierra. Sus habitantes tienen un alto nivel de vida. El noventa por ciento de su producción enormemente diversificada, se consume dentro de sus fronteras. Sin embargo, los Estados Unidos exportan entre un veinte y un cuarenta por ciento de ciertos productos agrícolas; un diecinueve por ciento de las ventas de camiones y autobuses; un dieciséis por ciento de sus motores diesel; un catorce por ciento de la maquinaria agrícola. Es un país rico en capitales, de empresa privada, con muy alto desarrollo técnico y de muy elevada productividad. Tiene un 4,3 por ciento de analfabetos.

Por otro lado existen veinte naciones productoras básicamente de materias primas; de incipiente desarrollo industrial; con bajo nivel de vida, el que en ciertos grupos de importancia llega a límites subhumanos; dependen en altísimo grado de la exportación de sus materias primas, siendo frecuente el que esa dependencia se vincule a un solo producto; su productividad es baja; generalmente es aguda en ellos la escasez de capitales; en muchos casos con gran deficiencia en su infraestructura económica. Su preparación técnica es insuficiente y el porcentaje de analfabetos generalmente elevado, el que flutúa en las diferentes naciones entre el 13,3% y el 89,3%. En general estas características alcanzan a todos los veinte países, debiendo anotar que existirá una diferente gradación en algunos de los aspectos mencionados, pero casi todos ellos, en lo económico, tienen un denominador común, de casi subdesarrollados. Poseen potencial económico latente, inmenso sí, con un campo cultural en pleno desarrollo, pero como naciones jóvenes les falta recursos financieros y una buena dosis de capacidad técnica para el debido aprovechamiento de todos sus recursos naturales y de la natural aptitud de sus pobladores.

Capitales y técnicas, no con un afán de expansión extracontinental, sino para satisfacer las necesidades imperativas de nuestros pueblos y elevar sus niveles de vida.

El Canadá constituye un caso especial: ha alcanzado un alto grado de desarrollo; enormes inversiones norteamericanas financiadas en ese país han transformado su economía en constante progreso. Su posición geográfica, igualdad de

idiomas y de origen, etc., con los Estados Unidos, han sido factores determinantes de esa situación. De ahí que en este análisis no la incluyamos en el grupo de países de América al que últimamente nos hemos referido. Este es, a grandes rasgos, el panorama económico-social de América. En estas circunstancias hablar del **laissez faire** liberal, como la teoría del desarrollo económico latinoamericano, es un tamaño error, por decir lo menos. ¿Cómo es posible concebir, si consideramos, en primer término, el aspecto interior de los países de América, que sus economías, en las condiciones rápidamente apuntadas, pudieran desarrollarse a sí mismas, por el efecto mágico del "dejar hacer, dejar pasar"? ¿Y cómo es posible concebirlo, si consideramos, luego el aspecto internacional? La economía del **laissez faire** es una economía de competencia que supone una cierta igualdad de los competidores en el campo de agramante del mercado. ¿Cómo pueden competir naciones completamente atrasadas, detenidas forzosamente en el camino de la industrialización, con naciones que han llegado al cenit en la constelación internacional como los Estados Unidos, por ejemplo?

Se habla de la libertad de contratar en la esfera económica, como si el que nada tiene pudiera discutir en un plano de equilibrio con el que tiene todo. Verdad es que hay algunos cuya libertad es ilimitada, pero en la justa medida en que se cercena la libertad de los demás. La libertad de imponer precios y de esclavizar, a costa de la libre autodeterminación.

Si eso no es democracia, ni individualismo, tampoco puede considerarse como economía liberal o individualista aquella en que los instrumentos del poder económico, los capitales, pueden ser ejercidos discrecionalmente por el grupo que los detenta. ¿Qué clase de libertad es esa que no proporciona al hombre o a los pueblos otra disyuntiva que doblegarse o perecer?

Las colectividades políticas viven, según **Espinoza**, en un "estado de naturaleza" en el cual el derecho de cada uno llega hasta donde llega su poder. El principio de auto conservación es el principio supremo del orden moral, lo mismo entre los Estados que entre los individuos y los seres irracionales. Así como los peces grandes se comen naturalmente a los pequeños, así también los hombres son naturalmente enemigos, entre los cuales decide la fuerza. Sólo mediante la constitución del Estado fundado en un pacto social, pueden salir de una situación de inseguridad; pero los Estados permanecen en ella. Los convenios que celebran son el simple reflejo de la relación de sus fuerzas, y pueden desligarse de ellos en cuanto se altere dicha relación.

Para solucionar los graves problemas de América Latina, el Gobierno de los Estados Unidos preconiza los empréstitos de Gobierno a Gobierno. No nos oponemos a esta clase de inversiones, pero frente a ellas debemos decir que están controladas desde el exterior, que capitalizan en el exterior, que los barcos que conducen sus productos, los seguros que se contratan son extranjeros y que no nos dejan los beneficios y las garantías que la economía ecuatoriana necesita.

Esta política de préstamos puede tener su mejor desarrollo si se la combina, como parece lo más indicado, con una política de protección de precios a los productos básicos. Nuestros países sólo pueden aumentar sus ingresos nacionales si consiguen mejores precios para sus productos en el mercado mundial. Esta es una necesidad que la hemos sentido hondamente sobre todo en los últimos años.

Una buena parte de la política económica exterior de Latinoamérica ha consistido en obtener por lo menos una estabilidad para los precios de producción, porque de otra manera, mermados o reducidos los estímulos, nuestras energías productivas tienen que debilitarse, incontablemente. Poco es lo que podemos ganar con los empréstitos destinados al plan de desarrollo si al mismo tiempo no se consigue el equilibrio y el mejoramiento en el comercio internacional.

En un continente donde se ofrece el más dantesco escenario de injusta distribución de riquezas el marxismo tiene que tomar ventajas, porque es algo cierto, que son naturalmente propicios al triunfo de su propaganda doctrinaria, los países donde la emancipación política no se traduce por resultados tangibles para el bienestar del pueblo. Para que los hombres amen el sistema panamericano de interdependencia de las naciones que defiendan los ideales democráticos comunes que dan vida a tal sistema continental, se requiere que no solamente como individuos esperen una existecia mas segura y mas feliz, libre de temores, sino que vean que la realización de esas perspectivas es afianzada por una fecunda cooperación económica entre los países americanos, sin prevalencia de naciones fuertes que puedan herir la dignidad de los otros países. Los pueblos no tendrían interés en defender un régimen de igualdad puramente ficticio, que no les procura sino miseria, dentro de una dura labor cotidiana, y se dejarían naturalmente arrastrar en su desesperación por cualquier propaganda que les dejara entrever la esperanza de una mejor suerte material. Donde no existe democracia económica, la democracia política es ilusoria y no puede ser duradera.

América Latina no ha sido hasta hoy sino un vasto mercado productor de materia primas y consumidor de manufacturas europeas y yanquis; y en este aspecto, en los diez pa-

sados años, como consecuencia de la caída de los precios de exportación, ha perdido billones de dólares en la venta de sus artículos, y esto solamente a los Estados Unidos. Consecuentemente, como productor de materias primas, Latinoamérica ha sido obligada a vender barato y comprar caro y cuando a un país le falta cambio extranjero, no solamente se limita su capacidad de préstamo de los bancos internacionales o privados, también es incapaz de importar materias primas para la manufactura de sus nuevas industrias. Sin capitales el crecimiento económico se estanca. Los países subdesarrollados solamente pueden ayudarse a sí mismos si son capaces de exportar sus artículos primordiales a los países industriales, a precios en los cuales puedan ganar lo suficiente para sostener su aumento de población y permitirles mantener suficientes fondos para comprar el equipo de capital requerido. Este es problema crucial de los países no industrializados del mundo.

Nuestros pueblos trabajan duramente pero viven en la pobreza, manteniéndose estos países con la calidad de **subdesarrollados.**

Lo cual se debe a estos factores económicos ya apuntados: producción sin técnica suficiente; limitación aleatoria de cupo para los productos básicos en los precios de estos productos básicos, en los mercados exteriores; altos costos de los productos industriales que necesariamente deben adquirirse y que se elaboran en el exterior aprovechando las materias primas que estos mismos pueblos han producido a bajo precio.

No es posible que levanten el nivel de sus espíritus ni de sus vidas, los pueblos que carecen de garantías fundamentales para el trabajo mediante remuneraciones y compensaciones equitativas para el esfuerzo permanente de todas sus generaciones.

¿Los países industrializados o altamente desarrollados deben, bajo las banderas de la democracia y por su propia conveniencia ,establecer para la economía de los países subdesarrollados, proveedores de materias primas y de productos alimenticios, condiciones de firmeza y equidad en sus grandes mercados, o acaso les resulta de mejores perspectivas económicas a esos poderosos industriales, mantener a los países inferiores en inseguridad para su producción y consecuentemente en postración irredimible para la vida de sus gentes incultas, insatisfechas, y por lo mismo, de ánimo explosivo que normalmente podrá estallar algún día incierto pero seguro?

Allí radica para nosotros lo esencial de la cuestión. Porque son hechos evidentes que los pueblos latinoamericanos trabajan y producen en cuanto les resulta posible, pero que en el continente no existe un planeamiento que racionalice el trabajo, asegurando la producción y el intercambio de los produc-

tos, ni aparece conformada la solidaridad fraternal económica que le daría a nuestra América verdadera unidad y fuerza completa en las decisiones del mundo sobre los destinos de la humanidad.

Para combatir con eficacia el comunismo que tanto da que decir y tanto temor racional infunde, no hay que abrir cárceles sino que es necesario hacer justicia, dándoles a los pueblos seguridad para su trabajo sin permitir que sean defraudados en sus frutos; eliminando entre hombres y entre naciones de toda la tierra las categorías de exportadores favorecidos por la ley y de explotados para quienes es un yugo la ley; haciendo a los hombres y a los pueblos buenos socios en el esfuerzo solidario y en el beneficio de la producción normalmente racionalizada para todos.

De otro lado, es evidente que mayor utilidad derivan los pueblos industrializados, fuertes y de sólida economía, cooperando con razón y justicia al desarrollo y fortalecimiento de los retrasados y débiles, a la elevación de su cultura y al mejoramiento de las condiciones de sus vidas, que desentendiéndose de su progreso. Los mercados serán más favorables y propicios a medida que aumente la capacidad espiritual y económica de consumo en las diversas comunidades humanas. El indio, el montuvio, en general el trabajador mal remunerado que vive en la ignorancia y con necesidades siempre vivas y vigentes, el hombre quebrantado por la pobreza ancestral, son ceros esparcidos desordenadamente a la izquierda de la cifra índice de consumo social.

No aceptamos la exagerada posición adoptada por el materialismo histórico; pero es indiscutible la preponderante importancia que en la vida de la humanidad ejerce el hecho económico. De ahí que, a la luz de las grandes transformaciones operadas, el criterio seguido y a seguirse en las relaciones de los hombres y de las naciones no puede descuidar ese preponderante factor.

La interdependencia económica de las naciones, la cooperación mutua, la solidaridad, constituyen los principios y realidades que rigen actualmente las relaciones de las sociedades y de las naciones.

En todos los pueblos y en todas las épocas, las condiciones de la vida económica en sus diversos órdenes: producción, distribución, consumo, se han reflejado sensiblemente en la forma adoptada por su Derecho y sus instituciones. Y siendo el Estado el principal realizador del bien común, le corresponde por tanto, primordialmente, procurar por medio del Derecho y de los actos de Poder una eficaz justicia social, procurando que los bienes adquiridos merced al esfuerzo de

toda la sociedad, beneficien a todos los que han contribuído a su obtención.

Entre los mecanismos estatales para el logro de tales regulaciones está, por ejemplo, el planteamiento de una política impositiva que permita al Estado financiar sus servicios asistenciales de higiene, educación y seguridad social, obras de desarrollo económico, etc.

Otros mecanismos de una adecuada intervención económica del Estado, podrían ser entre otros, un programa de la propiedad familiar agrícola y de la vivienda familiar, una política de protección al cooperativismo y al sindicalismo, un sistema de fomento del crédito popular, un activo control sobre operaciones financieras de especulación y de monopolio, que crea una verdadera dictadura de precios al permitir el libre juego de las voluntades individuales.

Medida de carácter importantísima es también la de ordenar las finanzas públicas en forma tal que las inversiones de los fondos fiscales se realicen siempre con criterio económico y no exclusivamente político como en muchos casos ocurre. Los presupuestos deficitarios han sido y son el mal de nuestra América, mal que redunda y se refleja en el sistema monetario nacional con consecuencias inflacionarias desastrosas.

De otro lado, si hay algo absurdo en América Latina es sin duda la carrera armamentista. Poner freno a la misma y limitar los armamentos a los indispensables para la protección del orden y la necesaria contribución a la defensa común, sería paso trascendentalísimo en el desarrollo político y social de nuestro Continente. Las repercusiones de carácter fiscal, y por consiguiente también en el campo económico, de tal limitación, serían de importancia capital. No hay sino que pensar que en la actualidad las inversiones en gastos militares van desde el muy moderado y excepcional seis por ciento que Méjico emplea de su presupuesto en dichos gastos, hasta quizás el sesenta o setenta por ciento de sus ingresos que dedican a este fin otras naciones americanas. Hay que considerar por un momento todo lo que podría hacerse con ese dinero para levantar el nivel social y económico de nuestros pueblos.

La América Latina se encuentra ante realidades completamente difíciles en el aspecto económico y social, las mismas que se proyectan hacia otros campos, inclusive al espiritual y moral. Los desniveles y desequilibrios de todo orden no se detienen sino que se ahondan cada vez más a pesar de tantos y tantos proyectos y de unos pocos ensayos de obra positiva. Un índice de analfabetismo escandaloso, una miseria y un subdesarrollo que alcanzan proporciones alarmantes; una po-

lítica malsana han sido también las causas que, generadas por el distanciamiento de nuestra realidad histórica, han producido a su vez la actual situación continental.

La América Latina tiene que realizar la profunda transformación de estructuras que exigen nuestros tiempos y que es necesaria para alcanzar la unidad continental y el logro efectivo del bien común.

Pero ningún plan de reforma económica o social podrá tener el éxito que se requiere si no logramos vencer esa como muralla del individualismo cerrado que lo hemos mantenido hondamente enraizado en forma tradicional. Ese individualismo resulta totalmente incapaz de dominar las grandes dificultades que se interponen para la marcha de los pueblos hacia el futuro.

Hasta la primera guerra mundial todas las naciones, o por lo menos todas las naciones influídas por la civilización occidental, se desenvuelven económicamente por métodos de capitalismo individualista, atemperados por un intervencionismo estatal cada vez más acentuado; y políticamente por las normas de una democracia que si en ciertos aspectos es real, en otros muchos resulta bastante ficticia. De todos modos, aun esa democracia deficiente llena su cometido porque en ella se basan ciertos derechos individuales y principalmente los de la libertad de pensamiento, de expresión y de autodeterminación.

La primera guerra mundial representa la quiebra de muchos de aquellos conceptos, pues a partir del año de 1918, el mundo se divide perfectamente en la apreciación de unos y otros.

La revolución rusa hace triunfar una economía colectivista sobre la base de un socialismo que, si inicialmente había sido puro, quedó desvirtuado en el correr de los años, pasando un partido obrerista a ser partido burgues. Y en lo que se refiere a los conceptos políticos y de organización de Estado, los sistemas llamados **totalitarios** asestan un rudo golpe a las ideas democráticas.

Puede decirse que la segunda guerra representa la pugna, por una parte entre la democracia y el totalitarismo, y por otra parte, entre capitalismo y comunismo, aun cuando se haya dado la circunstancia de una confusión evidente entre las posiciones políticas y las económicas, ya que en el caso de dicha guerra la U.R.S.S., ha estado una vez aliada con Alemania frente a las democracias y otra vez aliada a las democracias frente al totalitarismo.

El período entre las dos guerras puso fin a la política del "laissez faire", el Estado se percató de sus mayores res-

ponsabilidades, sobre todo cuando los gobiernos se encontraron forzados, por la situación económica a asumir nuevos poderes, lo desearan o no.

Hoy, como siempre, los hechos mandan y a ellos hemos de acudir para hallar una respuesta adecuada a la exigencia de la hora que vive la humanidad.

Consideramos que únicamente una transformación total de las Economías Latinoamericanas, puede ser capaz de de organizar y planificar todas las economías nacionales como internacionales. En lo interior, sólo un sistema planificado puede tomar en sus manos una economía deformada, detenida en sus diferentes etapas de crecimiento, desorganizada y anárquica, para integrarla y ordenarla en forma verdaderamente disciplinada, racionalizada y consciente, haciendo posible, por la dirección armónica de sus fuerzas, un desarrollo orgánico integral. Y sólo la planificación en el interior de nuestros países, hará también posible la planificación internacional, transformando Latinoamérica en un conjunto de naciones realmente libres, fuertes y constructoras de su propio destino.

El Ecuador ha sufrido las perjudiciales e inevitables experiencias de una política económica descoyuntada, seguida en la forma más aventurada y contradictoria, sin estudio de ninguna clase y con medidas simplemente circunstanciales que carecían de metas definidas y de todo sentido de previsión. Desorden, irresponsabilidad, empirismo ciego: tales han sido las notas de aquella política.

Pero se ha sentido, al fin, la necesidad de estudiar los problemas básicos de la economía nacional y de efectuar una labor coordinadora y planificadora sobre bases realmente técnicas, encargando de tal labor a la Junta Nacional de Planificación Económica. En parte el propósito se ha cumplido; pero hay que seguir hacia adelante para que se eliminen de una manera total los recursos de la improvisación que nunca pueden servir a los fines de poner en orden y en marcha las energías económicas.

No debemos excluír, de ninguna manera, la consideración del elemento humano llamado a intervenir en los procesos directivos y ejecutivos de la economía pública porque si no hay probidad en los hombres, en los dirigentes, todo programa tiene que fracasar por perfecto que sea.

El problema del mercado común es tan importante que resulta perentoria la obligación de estudiarlo a fondo para comprender todo su significado y repercusiones.

Con esta finalidad se han efectuado reuniones tendientes a eliminar ciertos procedimientos que actualmente existen en el mecanismo de pagos, por ejemplo, procurando llegar a sistemas multilaterales, eliminando los bilaterales y tratar de otros aspectos de fundamental importancia en esta etapa de preparación. No hay duda que la formación del mercado común latinoamericano será un decisivo paso tendiente a conseguir la mayor solidaridad económica entre las naciones de la América Latina, con resultados de excepcicnal trascendencia en el orden económico y social.

El camino a recorrer tiene muchas dificultades y requiere de mucho tiempo, pero la constancia e interés que se ponga para conseguirlo creemos que obtendrá halagadores resultados.

Unos por la historia, unos por tradición y por la esencia, nuestros pueblos americanos por obra de sus respectivas geografías y variadas influencias, divergen en aspectos secundarios. De aquí que cada pueblo americano tiene el sistema de gobierno más adecuado a los factores objetivos que lo integran. Pero, unidos en su esencia han de establecer entre sí una coexistencia de solidaridad, intercambio comercial y económico, para vigorizar sus Estados y colaborar con mayor eficacia en bien de la humanidad afanosa por justicia y paz creadora.

Debemos también señalar como medidas tendientes al desarrollo económico y a la consiguiente elevación del nivel de vida de nuestros pueblos, las grandes cuestiones nacionales, como la reforma agraria, la incorporación del indio y del montuvio a un plano superior de vida económica, social y cultural; la educación pública; la colonización de la montaña; el desarrollo de las vías de comunicación; la higiene social y la defensa del país; etc. En resumen, nuestro punto de vista es que se debe partir de un plan de reconstrucción económica nacional y de una organización técnica y moral del Estado; ya que ambas son normas para un vasto desarrollo integral, pues mientras no se afronte decididamente el problema económico nacional en forma verdaderamente disciplinada, no podrá emprenderse ninguna gran tarea de efectivo beneficio social, político y cultural para la nacionalidad.

La cooperación entre los países; el sincero deseo de trabajar para que los hombres mejoren sus condiciones de vida espiritual y materialmente; la eliminación del egoísmo y la ignorancia; el convencimiento de que nadie se beneficia con la miseria, es de esperar que consigan, en definitiva, la adecuada solución a los problemas del mundo actual.

### 134.—Los bienes comunales: su origen, variedades y trayectoria en las legislaciones española antigua y ecuatoriana

Es interesante para nosotros, americanos, el estudio de la historia jurídico-agraria del pueblo que hubo de conquistarnos, no como un fin en sí, como un elemento aislado, sino como copartícipe que fue de la posterior realidad social ibérica.

El Derecho que, en general, como esencia vivida ha de surgir de la misma realidad de las cosas, de lo previamente dado por la experiencia vital, no ha desconocido, en su larga historia tan antigua como la misma humanidad, la existencia de normas específicamente relativas a la agricultura y a los problemas agrarios, puesto que siendo el cultivo de la tierra ocupación principalísima de todos los pueblos a través de las edades, no pudo jamás el derecho positivo soslayar la regulación de tales materias; y es así como se multiplican en todos los cuerpos legales las leyes agrarias.

Ya hemos mencionado los Códigos que en su variada gama fueron la dimensión primaria de la juricidad hispánica. Pero el Código de las Partidas, obra de don Alfonso X el Sabio, es la columnata del Derecho español, y por ende el de las Indias. Y concentrándonos al punto en cuestión, se regló todo lo que refería a bienes comunales.

Veamos. En la TERCERA PARTIDA, Título XVII (De las cosas en que ome puede auer señorío, e como lo puede ganar), la Ley II discriminaba los tipos de cosas de este mundo, y así decía unas pertenecen a los animales y los hombres en común, algunas al común de las villas, ciudades o castillos, ciertas señaladamente a cada hombre y cuyo dominio puede ganar o perder, unas restantes sobre las cuales nadie tiene "señorío"; la Ley III decía comunalmente pertenecen a todas las criaturas el aire, las aguas, el mar y su ribera; la Ley IX (Que fijaba "quales son las cosas propiamente del común de cada Cibdad, o Villa, de que cada vno puede vsuar") rezaba: "apartadamente son del común de cada vna Cibdad, o Villa las fuentes e las placas o fazen las ferias e los mercados, e los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales que son en las riberas de los nos, e los otros Exidos, e las carreras o corren

los cauallos, e los montes, e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos, que son establecidos, e otorgados para pro comunal de cada Cibdad, o Villa, o Castillo, o otro lugar. Ca todo ome que fuere morador, puede vsar de todas estas cosas sobredichas: en son comunales a todos, también a los pobres como a los ricos. Mas lo que fuesen moradores en otro lugar, non pueden vsar dellas contra voluntad, o defendimiento de los que morassen y".

En el Título XXIX (De los tiempos porque ome pierde las sus cosas, también muebles como Rayzes), la Ley VII textualmente decía: "Plaza nin calle, nin camino, nin defensa, nin EXIDO, nin otro logar cualquier semejante destos, que sea en vso comunalmente del pueblo de alguna Cibdad, o Villa, o Castillo, o de otro lugar, non lo puede ningund ome ganar por tiempo. Mas las otras cosas que sean de otra natura, así como sieruos, o ganados, o pegujar, o nauios, o otras cosas cualesquier semejantes destos, maguer sean comunalmente del Concejo de alguna Cibdad, o Villa, bien se podrían ganar por tiempo de cuarenta años. E esto es, porque maguer que sean de todos comunalmente, non vsan comunalmente dellas todos".

En el Título XXXII (De las lauores nueuas, como se pueden embargar que non se fagan; e las viejas que se quieren caer, como se han de fazer, e de todas otras lauores), la Ley XXIII decía: "En las placas, nin en los EXIDOS, nin en los caminos que son comunales de las Cibdades, e de las Villas, e de los otros lugares, non deue ningun ome fazer casa, nin otro edificio, nin otra lauor. Ca estos lugares atales, que fueron dexados para apostura, o por pro comunal de los que y vienen, non los deue ninguno tomar ni labrar para pro de si mismo. E si alguno contra esto fiziere, deunde derribar, e destruir aquello que y fiziere. E si acordare el Comun de aquel lugar do acaesciesse, de lo retener para sí, que lo non quiere derribar, puedenlo fazer; e la renta que sacaren dende, deuen vsar della como de las otras rentas comunales que quieren".

Y en la SEXTA PARTIDA, Título IX (De las mandas que los omes fazen en testamentos), la Ley XIII (De quales cosas no pueden ser fecha manda) decía: "Las cosas sagradas que pertenecen a la Iglesia: otrosi las cosas que son señaladamente de los Reyes, assi como los palacios, e las huertas, e los cilleros, que son cosas que non deuen ser vednidas, nin enagenadas en ninguna manera sin mandato dellos: otrosi las placas, e los EXIDOS, e las otras cosas que son comunales de las Cib-

dades, e de las Villas, e otras cosas semejantes, non se pueden mandar.....".

NOTA.—Obsérvese que dice:

A) "son del común de cada Cibdad, o Villa";
B) ".....todo ome que fuere morador, puede vsar de todas estas cosas".....
C) ..... "non lo puede ningund ome ganar por tiempo....."
D) En estos lugares "non deue ningun ome fazer casa, nin otro edificio, nin otra lauor....."
E) "..... son cosas que non deuen ser vendidas, nin enagenadas....."

Casi exactamente las mismas notas que caracterizan los que nuestro Código Civil llama "bienes de uso público".

Como era de esperarse, la obra legisladora y compiladora siguió avante, empinada en su frágil contera trepó ríspidas breñas, señaladas por la palabra escrita, y dejando en testimonio el Ordenamiento de Alcalá (1348), la Ordenanza Real de Castilla (1485), las Leyes de Toro (1505), La Nueva Recopilación (1567), y, la suma empresa, que recogió lo anterior arropando con Cédulas, Ordenanzas y Pragmáticas, la Recopilación de leyes de los Reinos de Indias, de 1680.

Esta última fue el summun de la labor legislativa precedente. Dispuso sobre todo lo temporal en sus apuntamientos, con especial mira como su nombre llama al "novus mundus". Como era del caso, fijó buenos trechos a la vida de Cabildos, régimen municipal que hoy llamamos. Y tocando con Alféreces, con Alcaldes, Adelantados, Regidores, Escribanos, fundaciones, demarcaciones, y otras cosas, vigió sobre tierras, aguas, montes y frutos, sus dueños, su disposición, manejo y aprovechamiento. Y apunta aquí palmario el Código Alfonsino, intacto casi, en lo referido a bienes comunales, remozando por supuesto con reales mandatos posteriores, como los de Carlos V y Felipe II.

En efecto, en el TOMO CUARTO, Libre III, Título VII, Ley XIII decía: "Los EXIDOS sean en tan competente distancia, que si creciere la población siempre quede bastante espacio, para la gente se pueda recrear, y salir los ganados población, y su crecimiento, en conformidad de lo proveído, señale los que tuviesen facultad para hacer el descubrimiento sin hacer daño", (Ordenanza de Felipe II); la Ley XIV decía: "Habiendo señalado competente contidad de EXIDO para la y nueva población, **dehesas**, que confinen con los EXIDOS en que pastar los bueyes de labor, caballos, y ganados de la carnicería, y para el número ordinario de los otros ganados, que

los pobladores por ordenanza han de tener, y alguna buena cantidad más, que sea propios del Concejo, y lo restante en tierras de labor, de que hagan suertes, y sean tantas como los solares, que puede haber en la población; y si hubiere tierras de regadío, asimismo se hagan suertes, y repartan en la misma proporción a los primeros pobladores, y las demás queden baldías, para que NOS hagamos merced a los que de nuevo fueren a poblar; y de estas tierras hagan los Virreyes separar las que parecieran convenientes para **propios de los** pueblos, que no los tuvieren, de que se ayude a la paga de salarios de los corregidores, dexando EXIDOS, dehesas y pastos bastantes, como está proveído y, así lo executen" (Ordenanzas de Carlos V y Felipe II). En el Título XIII (Que al fundar las nuevas poblaciones se señalen **Propios**) la Ley I decía: "Los Virreyes y Gobernadores, que tuvieren facultad, señalen a cada Villa y lugar, que de nuevo se fundare y poblare, las tierras y solares, que hubiere menester, de tercero para Propios: y envíenos relación de lo que a cada uno hubiere señalado, y dado, para que lo mandemes confirmar (Disposición de Carlos V).

En el título XVII decía la Ley V: "Nos hemos ordenado que los pastos, montes, y aguas sean comunes en las Indias... Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para los que puedan gozar libremente, y hacer junto a cualquier buhio sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo de cualquier ordenanzas, que si es necesario para en cuanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto. Y ordenamos a todos los Concejos( Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en nuestra ley, y cualquier persona que lo estorbare, incurra en pena de cinco mil peso de oro que se executada en su persona y bienes para nuestra Cámara....."; y las Leyes VI, VII y VIII disponen, respectivamente: "Que las tierras sembradas, alzado el pan, sirvan de pasto común; Que los montes y pastos de las tierras de Señorío sean también bienes comunes; Que los montes de frutas sean comunes".

Pero, y aquí lo nuevo, no se regló ya para los bienes comunales primitivos solamente, a más de los ejidos aparecieron mencionados DEHESAS y BIENES DE PROPIOS. Los primeros seguían como antes: **"id est in publico usu", "quibus promisque utuntur"** (Partida Tercera, pág. 419); pero habían proliferado esos primitivos bienes comunales, de entre ellos había aparecido la dehesa, y de relance los bienes de propios.

Los EJIDOS, amplias extensiones inmediatas a las ciudades que partían de sus puertas —bueno es decir que no todas las tuvieron, bien mirado fueron pocas—, y que como antes vimos servían de paseadero público, do se plantaban arboledas y apacentaban "animales de cuadra y corral: caballos, puercos y vacas". La DEHESA, con cinturón de montes, campos y aguas que se demarcaba después de los ejidos, también de uso común, donde los vecinos podían echar sus ganaderías, e incluso hacerles corrales; con gran frecuencia se le confundía con los ejidos, y de hecho se los identificaba, empero ni en uno ni en otro se podía cultivar o edificar, hacerlo era delito con gran rigor visto por la Ley; **Bayle** en el capítulo IV de su obra págs. 88 y 89 trae a cuento un caso muy ilustrativo: "En la muy noble e muy leal ciudad de San Francisco de Quito, seis días del mes de octubre de mil quinientos setenta e cuatro años, entraron en acuerdo los señores justicia e regimiento para ir a amojonar los mojones del EXIDO de Chillogallo, y salieron desta ciudad para ello por el camino de Machángara, y fueron por él hasta dar a unos buyos (bohíos) que dixeron allí tener fechos un indio mitima llamado Juan, de la encomienda de don Juan Londoño; estando en ellos apareció tenellos cercado e chambado un pedazo de las isla que en el dicho exido, y hbello fecho de su a autoridad, para tener en él su casa e ganados, e se lo mandaron derribar e decercar e prender para que sea castigado; e pasaron adelante, e fueron a dar a unos buyos e corral de vacas que dixeron habían mandado hacer allí Cristóbal Calvache, e estaba en el dicho exido el señor Juan de la Puente, procurador desta Ciudad, vecino desta Ciudad, (y ordenaron) se quite el del, e del dicho Juan mitima, e de los demás que parecieron culpados en razón de haber entrado en el exido, y pidió sean castigados por tal rigor, e que a su costa se deshaga lo que tuviesen edificado....." Y los BIENES DE PROPIOS, pertenencia exclusiva de las Villas, administrada por las autoridades del lugar en beneficio directo de éstas, y que bien podían ser tierras, o grupo de esclavos, o ingresos por concepto de "penas de Cámara" —especie de multa—; su producido lo empleaba el gobierno municipal en atender exigencias de suyo públicas o administrativas, explotándolos directamente o alquilándolos a particulares por remate; también aquí severas sanciones gravitaban sobre las posibles violaciones de las normas que reglaban la materia.

Salta así cómo los ejidos eran para aprovechamiento común de los pobladores, sus animales domésticos y sus rebaños sin mediar paga o visa de entidad alguna y sin la posibilidad de que su dominio uso y goce pudiese reservarse a particular con carácter exclusivo.

Así quedó la legislación española en lo que se refería a tierras comunales o vecinales, y así debió pasar y ser observada, entre nosotros durante la colonia. Sin embargo, el Derecho, como siempre esencialmente violable, fue siendo olvidado, y tan sabias disposiciones arrumadas. A ello contribuyeron en parte mercedes y privilegios concedidos por el gobierno central, y de groso modo los terratenientes circundantes que fueron absorbiendo en continuos despojos los terrenos comunales, arbitrariedades que los Cabildos toleraban, bien porque las cometiesen los mismos "señores", o sus parientes amigos o sobornados.

Vino la Independencia, y la legislación sobre estos asuntos aunque inobservada, continuó la misma. El 11 de octubre de 1821, el Congreso General de Nueva Granada, decretó la enajenación de tierras baldías, autorizando que se realice en pública subasta, previo avalúo y mensura, siempre que no hayan sido concedidas antes a persona alguna, o que habiendo sido por compensación, hubiesen vuelto al dominio de la República. Se exceptuaron las tierras de comunidades de indios y de los pastos y ejidos de villas y ciudades, quedando por consiguiente abolido el método de composición establecido particularmente por el mandato de 15 de octubre de 1754.

Conocida la legislación española y americana sobre tales materias, ha llegado el momento de señalar el proceso de la legislación ecuatoriana con relación al régimen agrario, en el período republicano de la vida nacional.

1849.—Se expidió el Decreto Legislativo sobre colonias itinerarias sin clasificar en baldías y de reversión.

1851.—Ley sobre contribuciones y derechos de los indígenas, asignando a cada familia de éstos en las parroquias donde existían terrenos de "comunidad y resguardo", la parte necesaria para su habitación y cultivo particular, fuera de los que necesitaban en común para sus ganados y otros usos.

1865 - 1867.—Reconoció la Legislatura de estos años, el derecho de propiedad particular a todos los poseedores de tierras de reversión, declarando como título único la propia ley que se dictaba al efecto. En la ley de 24 de octubre de 1863, sancionada en 4 de septiembre de 1865, se define así las tierras del Estado: "Son tierras baldías todas las comprendidas dentro de los límites de la República, cuyo dominio no pertenece a particulares, corporaciones o comunidades según leyes anteriores"; Son tierras de resguardo o reversión, las que no siendo de propiedad particular, están comprendidas en los sitios en que se han formado "pueblos y reducciones" y se han destinado al uso común o particular de los indígenas.

En esa misma ley de 1865 se declaró que "Las tierras de resguardo y reversión de que los indígenas han estado apro-

vechando en comunidad continuarán para su uso común; y las que han estado distribuídas para el uso particular de cada indígena y de que se hallan en posesión, quedan en pleno dominio y propiedad de éstos, cualquiera que sea la extensión de dichas tierras; para cuyo efecto les conferirá el Gobernador de la provincia el título respectivo de propiedad".

Con esta ley quedó abolida la diferenciación de las varias clases de propiedades de la Legislación colonial, y quedó establecida la propiedad particular, frente a la única propiedad que le quedaba al Estado: la baldía. Las tierras de reversión desaparecieron y los indígenas alcanzaron la propiedad legal de sus parcelas y de las tierras de comunidad.

1867.—Se amplía a la gente de raza blanca las concesiones que sobre derecho de propiedad estableció la ley de 1865, en lo tocante a terrenos baldíos y reversorios.

Según los principios legales que quedan expuestos, en la actualidad no existen terrenos de reversión, y el Estado sólo legisla desde entonces sobre los terrenos baldíos.

1900.—El Congreso declara bienes del Estado los que habían sido de las comunidades religiosas, y así nacionalizados destina sus productos para el sostenimiento de la beneficencia pública.

1918.—La legislatura de este año autorizó al Municipio de Loja, para que venda directamente mediante escritura pública, a los colonos de raza india, las parcelas de terreno que ocupaban como arrendatarios de los EJIDOS de dicha ciudad.

1927.—El Presidente Provisional de la República, doctor Isidro Ayora, expide la Ley de Patrimonio Territorial del Estado.

1936.—El 12 de mayo de 1936, el Encargado del Mando Supremo de la República, Ingeniero don Federico Páez, dictó una Ley de Tierras Baldías y Colonización, por la que se hace una reforma radical sobre el concepto de prescripción de la propiedad de tierras baldías abandonadas por los particulares, propiedad que revierte al Estado.

1937.—El 30 de junio de 1937, el Encargado del Mando Supremo de la República, General Alberto Enríquez, faculta al Ministro de Tierras Baldías y Colonización para que revise las adjudicaciones y ventas de tierras del Estado, hechas conforme a las Leyes de Patrimonio Territorial, y Tierras Baldías y Colonización, de 18 de octubre de 1927 y de 12 de mayo de 1936, respectivamente.

En el mismo año de 1937 se expide la Ley de Comunas, con la cual se han reorganizado y creado otras nuevas, habiéndose englobado en ellas los Caseríos, Barrios, Parcialidades, Anejos, etc., que para adquirir personería jurídica en lo futuro, suprimiendo la que antes tenían, deberán obtener

aprobación legal de sus Estatutos. A estas Entidades les representa un Cabildo compuesto de cinco miembros, al que se le ha dado, entre otras atribuciones, la de estudiar y proceder a la división de las tierras en común, así como a la enajenación, venta, permuta, etc.

No hay para qué recordar que las comunidades campesinas han continuado siendo víctimas de constantes atropellos y expoliaciones, no obstante que para su estabilidad y supervivencia, como ya lo anotamos, el Decreto-Ley de 1821 de la Gran Colombia, a la que entonces pertenecíamos, les reconoció su personería jurídica, prohibiendo expresamente la venta de las tierras de comunidad de indios y de los pastos y ejidos de villas y ciudades, a fin de que sigan observándose las leyes españolas por las que se habían regido; y aun posteriormente, en 1865, se ordenó que: "Las tierras de resguardo o reversión de que los indígenas han estado aprovechando en comunidad **continuarán para su uso común.**

Por Decreto Supremo Nº 23, de 7 de diciembre de 1937, entró en vigencia el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, que reglamenta las cuestiones de capacidad, representación, competencia y procedimiento de las controversias que interesan a las Comunidades Campesinas.

Por Decreto Legislativo dictado el 2 de marzo de 1939 y promulgado el mismo mes y año, se derogó el Decreto Supremo Nº 23, de 7 de diciembre de 1937, que contiene el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, quedando por tanto, las controversias entre Comunidades, o entre una Comunidad y personas extrañas a la misma, sujetas en lo relativo a la jurisdicción y compentencia como al procedimiento, a las disposiciones del Código Adjetivo Civil.

Posteriormente, en la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República, expedida por la Comisión Legislativa Permanente, el 27 de julio de 1945 y promulgada el 13 de agosto del mismo año, se creó la Junta de Cuestiones Indígenas, integrada por el Ministro de Previsión Social, el Profesor del Código del Trabajo de la Universidad Central, un Representante del Instituto Nacional de Previsión y un Representante del Instituto Indigenista Ecuatoriano, Junta a la cual se otorgaron las atribuciones contempladas en los artículos 14, 15 y 16 del Estatuto Jurídico y que se refieren a la jurisdicción privativa para conocer y pronunciar sentencia que causa ejecutoria en los juicios en los cuales intervienen Comunidades Campesinas.

1954.—El 24 de febrero de 1954, el Presidente Constitucional de la República, doctor José María Velasco Ibarra, decreta la Ley que dicta nuevas normas que deben incorporarse a la Ley de Tierras Baldías y Colonización.

1957.—El 31 de mayo de 1957, el Presidente Constitucional de la República, doctor Camilo Ponce Enríquez, expide la Ley Constitutiva del Instituto Nacional de Colonización.

1959.—La Ley de 3 de julio de 1959 facultó al Ejecutivo vender bienes administrados por las Juntas de Asistencia Social.

Y en este momento histórico se inicia una nueva etapa en el sistema agrario del Ecuador.

La humanidad viene dando oleajes y vacilaciones en su afán perpetuo de buscar la felicidad y el bienestar de las grandes mayorías, y el retardo y la incomprensión en llegar a un sistema que solucione la situación, se está haciendo sentir en la hora actual. La forma jurídica —la Ley— tiene un profundo sentido de paz y de disciplina. Los anhelos revolucionarios enfervorizados, tumultuosos y caóticos, cuando encuentran el cauce y el ritmo de la ley, se transforman en instrumentos de progreso y de armonía.

No hay duda de que las mejores aspiraciones y las necesidades más urgentes se encuentran siempre con una montaña de obstáculos; pero muchas veces se comprueba que cuando en verdad hay la firme intención de hacer, de realizar y de construir los objetivos se alcanzan al fin, a pesar de cualesquiera dificultades. En este sentido las generaciones de nuestro tiempo tienen un imperativo ineludible y deben acatarlo con un alto sentido de responsabilidad.

La agitación e intranquilidad social causados por la histórica y permanente inferioridad del indio y por el menosprecio de su calidad humana, desaparecerán si hay una ley mesurada y eficiente que tienda a remediar su deplorable situación.

FUNDADA EN 1620 QUITO

### 135.—El Problema Indígena

El problema indígena ecuatoriano es, sin lugar a dudas, el problema más difícil, más grave, más fecundo en consecuencias nocivas para el progreso del País y para su existencia misma. Las actuales condiciones en que se debate la condición de nuestros aborígenes, reñidas con todo principio de dignificación humana y contrarias al mandato constitucional, son ominosas y constituyen una paradoja para nuestro carácter de país democrático signatario de todos los pactos internacionales donde se hace culto del respeto a la condición humana.

En la vida independiente de nuestros pueblos como en la época colonial, ha habido brotes sentimentales a favor de la clase indígena, que se tradujeron en preceptos legislativos tutelares, pero sin eficacia en la realidad y con visión deficiente de lo que el problema entrañaba en sí.

Ni siquiera la ley que abolió el concertaje, rezago de antigua barbarie, sirvió para mejorar su condición servil, porque no se la completó con preceptos de orden económico y educativo que debían considerarse complementarios. El concierto ha permanecido de hecho en su antigua calidad, agravada por falta de un ordenamiento legislativo que le otorgue una condición jurídica conocida y reglamentada.

En el Ecuador, como en Méjico y en todas las Repúblicas Americanas, donde la conquista ibérica despojó al regnícola del usufructo o del dominio de sus tierras, pastos y florestas para formar latifundios, el problema agrario reviste modalidades complejas que las exigencias de la vida moderna ha intensificado y que se concretan, substancialmente, a la educación del indígena, a su trabajo personal y al dominio de sus tierras agrícolas.

La solución del problema consiste, principalmente, en tres postulados: a) culturización de las enormes masas campesinas. Este es el problema que enormemente ha preocupado a las naciones hispanoamericanas, que en nuestra Patria se le da poca importancia, aunque algo se ha hecho en los últimos años y falta mucho que hacer en lo futuro; segundo, librar al indígena del servicio casi gratuito en favor de los latifundistas y sus auxiliares, procurádoles equitativa remuneración de su trabajo; y tercero, asegurar al indígena la posesión del suelo que los sustenta. El criterio de los juristas, sociólogos y publicistas varía en el estudio de este problema según las tendencias políticas referentes a la organización del Estado.

El hombre de la colonia enseñó a nuestros feudales del siglo XX que podían servirse a su antojo del trabajo del indio y su familia con solo pagarle un "jornal" al término de la quincena o a fin de mes. No importaba la cuantía del jornal con tal que alcanzara el límite mínimo que les impidiese morir de hambre. ¿Qué hay excepciones? Es posible. Solamente señalamos la existencia de un problema social, que afecta a la clase indígena, que en su fondo y en su forma, trasunta el anhelo de justicia y de progreso adentrado en el alma de nuestro pueblo.

El régimen incaico instituyó solamente el usufructo de las tierras agrícolas, pastos y bosques, preceptuando que sus labores y aprovechamiento fuesen efectuados **colectivamente**

por los **ayllus.** El régimen colonial reconoció ese sistema y lo amplió en ocasiones por medio de los **repartimientos** y otras veces celebrando **composiciones,** pero determinando en la mayoría de los casos, que el dominio útil fuese de la **Comunidad.** El régimen republicano, en cambio, ha legislado en forma indefinida, y siempre con visión deficiente de lo que el problema entrañaba en sí.

### 136.—Régimen de tierras en los dominios españoles de América durante la Colonia

El régimen de tierras en los dominios españoles de América durante la época colonial, se divide en cuatro períodos así: el primero de 1492 a 1591, durante el cual se efectuaron las capitulaciones con los descubridores, la fundación de poblaciones y repartimiento de tierras y las adjudicaciones por los Cabildos; el segundo, de 1591 a 1680, en el que se aplicaron, además de los ordenamientos anteriores vigentes, los contenidos en las Cédulas de El Pardo; el tercero, de 1680 a 1754, en que rigió el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias; y el cuarto, o sea el lapso en que tuvieron vigentes la Cédula de San Lorenzo de 1754, y la de San Ildelfonso de 1780, con las que concluyó la legislación indiana.

La primera de estas últimas cédulas, sancionada por Fernando VII en San Lorenzo del Real, el 15 de octubre del citado año de 1754, contiene normas sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición de excesos de tierras ocupadas sin título. Según esas normas, quedaba a los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias la facultad de nombrar Subdelegados para ejercer y practicar las ventas y composiciones, y a las Reales Audiencias la de "despachar las confirmaciones y las apelaciones que ocurriesen"..... "De manera que una vez denunciadas como realengas determinadas tierras, a efecto de que se le adjudicaran al denunciante, los subdelegados estaban encargados de mensurarlas y avaluarlas por medio de peritos, previa citación de los colindantes; de verificar luego el remate en pública subasta, obtener del rematante el pago del valor respectivo, aprobar la venta así hecha, y expedir el título correspondiente, el que sería sometido posteriormente a la confirmación del Virrey o Presidente de la Audiencia y, finalmente, de dar posesión de las tierras al rematante.

La Cédula de San Ildelfonso fue expedida el 2 de agosto de 1780 y entre otras cosas dispuso:

"Por lo respectivo a las tierras baldías que en el día pertenecen a mi Real Patrimonio, y de consiguiente puede éste enajenarlas he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia, de cuyo dictamen fue vuestro antecesor y sois vos, que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar bajo de las calidades que propuso el mismo Fiscal, y entre ellas la de que en el preciso término que se asignare las hayan de desmontar, sembrar y cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras, según su naturaleza, excepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo ejecutaren pierdan el derecho a ellas y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que lo denunciare y con la calidad también de que a ningún sujeto se conceda más porción de tierras de las que buenamente pudiera labrar atendido su caudal y posibles".

Suprimió, pues, la Cédula en mención la venta de tierras realengas, disponiendo en cambio que se concedieran "graciosamente" las que como baldías pertenecían al Real Patrimonio en la fecha de su expedición, para la cual estableció la obligación de cultivarlas y demás requisitos contenidos en el párrafo transcrito. Esa concesión era otorgada por la Real Audiencia.

Si las tierras no eran explotadas económicamente dentro del término fijado, el concesionario perdía el derecho a ellas y se adjudicaban a otros. Mas es obvio que la reversión no podía ocurrir sino después de haberse denunciado y demostrado el incumplimiento y mediante providencia o fallo de la autoridad respectiva.

### 137.—Régimen de tierras vigente.— Características y condiciones de vida y de trabajo

En la actualidad, desde el punto de vista del régimen de la propiedad, las tierras en el Ecuador podemos clasificarlas así: tierras de comunidades pertenecientes a grupos indígenas que tradicionalmente las han poseído; parcelas pertenecientes a sus dueños, entre los que se cuentan incluso algunos campesinos; tierras de propiedad privada; tierras de determinadas instituciones públicas, y tierras baldías cuyo dominio corresponde al Estado

En las provincias ecuatorianas en que el latifundio predomina sobremanera, hay igualmete predominio del trabador huasipunguero, en tanto que en aquellas provincias o secciones geográficas en donde el latifundio es menor, hay mayor número de propietarios indígenas, independientes. Por supuesto que el crecimiento vegetativo y la escasez de tierras laborables han determinado concomitante la división máxima

de las parcelas indígenas y las migraciones de los trabajadores campesinos a prestar servicios en obras fiscales, municipales, particulares o a prestar servicios en calidad de partidarios, aparceros, yanaperos, etc.

La característica común a todos los grupos indígenas es el sistema primitivo de trabajo agrícola; la economía indígena se singulariza por la satisfacción de un mínimo de necesidades. Solamente en casos aislados, de verdadera excepción, el indio logra la satisfacción, de necesidades básicas de la vida.

Los indios consumen lo que producen y producen lo que necesitan para el consumo determinado por sus muy limitadas necesidades.

La mayor parte de los trabajadores, y especialmente los huasipungueros, trabajan en condiciones muy duras y difíciles, percibiendo remuneraciones irrisorias. La renta promedial mensual puede calcularse en doscientos sucres.

Las condiciones de la vivienda propiamente rural, son miserables. Se desconoce las más elementales condiciones de abrigo, de salubridad y de higiene campesina, y por si esto fuera poco, en muchas regiones rurales, el aborigen comparte su vivienda con los animales, en un hacinamiento de niños y adultos, donde hay ausencia total de los servicios de luz eléctrica, agua potable, servicios sanitarios, medios de ventilación y otros elementos indispensables para prevenir las enfermedades endémicas y epidémicas.

El cuadro desolador se agrava cuando examinamos las condiciones de nutrición y salubridad de estas poblaciones, a todo lo cual hay que añadir el uso inmoderado de bebidas embriagantes, cuyo abuso denota un inmenso peligro de degeneración biológica. Los priostasgos, los matrimonios, entierros, velorios, etc., no es para el indio sino ocasión y motivo de embriaguez.

El problema del analfabetismo es otro factor adverso. Entre los problemas sociales de América, cuya solución aun no ha sido encontrada, uno de los más apremiantes es el de la alfabetización de su población campesina. Los porcentajes de adultos que no saben leer ni escribir y de niños que no acuden a la escuela por motivos de pobreza, dificultades de medios de transporte o inexistencia de servicios educacionales, son muy elevados en varios países. Como en otros aspectos de la vida de relación, el sector menos favorecido es el indígena. No hay estadísticas exactas sobre el analfabetismo, pero no será aventurado decir que el porcentaje en cada país afectado es superior al término medio nacional.

No obstante, en homenaje a la verdad hay que consignar que la política gubernamental, secundada por la Unión Nacional de Periodistas y la Misión Andina, no se han detenido en el avance para redimir por medio de la educación a estos grandes núcleos de población.

A través de dicha acción, se ha podido establecer que toda tarea educativa del indígena, ha de superar previamente el aislamiento casi consubstancial a la vida misma del individuo, conceptuándolo como ente social obligado a incorporarse a la sociedad y a la vida de relación, antes de aplicar rígidos sistemas pedagógicos de enseñanza.

Las normas legales para la regulación de relaciones entre patronos y trabajadores del agro, no se cumplen en general; el hacendado determina las horas de trabajo y cuantías de remuneración, formas de pago, a su entera voluntad, sin sometimiento alguno a disposiciones legales.

Al propio tiempo debemos subrayar que el hábito de marchar delante de los acontecimientos, en lugar de ser arrastrados por ellos, constituye una virtud susceptible de ser enseñada y aprendida, y que en último término, todo régimen de previsión, de seguridad social, representa o constituye un problema de cultura.

Es poco frecuente, pese a que otra cosa aconsejan clásicas doctrinas, que se efectúen concienzudamente estudios preparatorios para la implantación de avances de orden social; las más de las veces no se piensa en que es necesario conocer a fondo la realidad del medio social sobre el que se va a operar. Es bastante frecuente, en cambio, que se adopten decisiones después, si acaso de unos estudios de gabinete, en los que quizá se habrá manejado buen acopio de material estadístico, pero con una notable desconexión de la realidad vital.

Semejante actitud no puede llevar a buenos resultados prácticos. Ciertamente que en la política, en ocasiones contigentes y circunstanciales, es necesario adoptar decisiones claras, terminantes y de tipo urgente, que permiten una escasa reflexión. Pero esto, que es tolerable en casos de emergencia, no tiene validez cuando se trata de llevar a cabo planes de trascendencia en el medio social.

La Patria, el suelo donde se nace, se crece y se muere, tiene al ciudadano como célula social y le exige a que cumpla sus deberes hacia ella y la haga más fuerte y progresista, dándole la nación, en compensación, seguridad en lo social, en lo político y en lo económico. Y esta seguridad en todo su ámbito sólo funciona cuando existe ejercicio pleno de los derechos políticos, cuando sociológicamente la nación está balanceada y cuando en el orden económico el Estado lleva a

una productividad creciente a su masa, en una política justa y equilibrada de trabajar para producir, teniendo seguridad en la labor y garantía de asistencia y seguridad social.

Con la declaración en la Constitución de la República del principio de igualdad ciudadana que incluye al indio en la plenitud de los derechos y obligaciones, se ha creído cumplida la incorporación del indio a la vida nacional, igualdad contraria a la realidad de los hechos.

El proceso y el progreso alcanzados en la protección y aplicación de regímenes de seguro social y asistencia al indígena campesino, son sumamente lentos y poco alentadores. Pueden ser muchas las dificultades encontradas pero una acción conjunta y ordenada que debe nacer de las mismas Cajas de Previsión, podría obviar el camino para la ejecución de una realización social, talvez la más importante por la órbita de su campo de aplicación, entre las muchas conquistas alcanzadas ya en el largo camino que tiene recorirdo en el ámbito geográfico de los países hispanoamericanos, aquella fuerza dinámica que se ha venido en llamar seguridad social.

Y en el aspecto ético y psicológico la servidumbre del indio ha saturado la vida nacional de un ambiente de resistencias al progreso; y la miseria de los campos se ha proyectado sobre las ciudades a las que afluyen los elementos de la población que creen salvarse con los empleos del Estado, o medrar en el tumulto de tantas y tantas necesidades que se entrochocan y defienden en los movimientos sociales de masa, que es la congestión de la miseria

¿Cómo organizar la vida integral del indio, fundamento de la vida económica y política nacional?

Dándole tierras, educación y trabajo obligatorio. Creando un estatuto jurídico indígena y la reglamentación de la vida agraria.

El Ecuador no tiene "Leyes de Indios". Nuestra legislación, no ya desde el punto de vista de los principios fundamentales, sino más bien en relación con nuestras propias realidades, ni siempre traduce los ideales de nuestra raza, los elementos de nuestro territorio, ni las fórmulas de derecho que tienen que nacer al calor de estas circunstancias particulares. Lo que hay de criollo en nuestra vida no está en nuestras leyes. Vivimos al margen de nuestras propias realidades.

Es indudable que la composición demográfica de las poblaciones rurales de América, representa un elevadísimo volumen de aborígenes, pero de manera preponderante en Ecuador, Perú, Bolivia, Guatemala y Méjico, en donde parece exis-

tir una localización que bien puede comprender la zona "nuclear" a que se refiere **Rosenbiat.** Es por ello que toda política social y económica relativa al trabajador campesino en hispanoamérica que pretenda reestructuraciones exhaustivas, ha de contemplar como pilar fundamental la condición natural del aborigen y las peculiaridades características de su vida.

El problema agrario en la República nació como consecuencia de la conquista y se ha perpetuado hasta nuestros días. Comenzó desde que el encomendero despojó de las tierras al nativo. Aun con la tradición del señorío monárquico del suelo, los indígenas no pudieron comprender aquella expoliación. Siempre habían creído que la tierra era una sola con la vida y con Dios. El único título de posesión que ellos conocían era el dogma de **Netzahualcóyotl**: "La tierra pertenece a aquel que la trabaja con sus manos". El hombre y la tierra estaban unidos por el lazo del trabajo. La tierra significaba el poder, era por lo tanto sinónimo de la divinidad. Los dioses se interesaban en las ocupaciones del hombre relacionadas con el cultivo del campo. Había deidades para la lluvia, para la cosecha y para la siega, dioses del maíz y dioses de las flores. Dios, la tierra y el hombre: todo era uno. En la mentalidad del indio, su Dios, su trabajo, su tierra, su fe, su actitud eran una sucesión de hechos que no debía romperse.

Cuando perdida la tierra, se conservaba aún la vida, la desorientación fue completa. "¿Qué había pasado con los dioses? "La realidad se impuso implacable trayendo al indio una horrible confusión y un amargo sentimiento de derrota; un tumulto interior que derribaba sus antiguas creencias. Fue tan grande el clamor de sufrimiento que el conquistador mismo se vio obligado a hacer concesiones. Se dotó a los pueblos de tierras comunales.

En tiempos de la República, —la Independencia había sido fomentada por los criollos y no por los indios que fueron el instrumento y las víctimas— la legislación de inspiración francesa revolucionaria, es decir, universalista, venía prematuramente en auxilio del indio, el cual, a causa de la no aplicación de la legislación colonial promulgada para su provecho, lo mantuvo inerme ante el despojo de sus tierras.

Ya están derogadas en parte, las leyes que mantenían legalmente en pocas manos inmensos territorios, pero este acumulamiento existe de hecho en estado improductivo, como herencia transmitida por los antiguos latifundistas así en el elemento civil como en el eclesiástico. De esta manera los que un día habían señoreado la tierra, convertidos en peones de hacienda, no son dueños ahora sino de un pasado y de un rencor.

Además, las injusticias numerosas y constantes del blanco son también causas de la persistencia del problema. Funcionarios, propietarios, hacendados, capitalistas, ministros de culto, todos esos privilegiados continúan explotando la más abominable miseria indígena.

Aceptada la base incuestionable del aspecto económico, con la dotación de tierras como patrimonio familiar, en forma individual o de comunidades; sancionada una legislación que garantice los beneficios del trabajo, ya en la organización de éste y en las bases jurídicas generales que fundamenten el derecho de propiedad, la disposición controlada de sus bienes y las garantías necesarias en la administración de justicia, falta educar al indio físicamente, intelectualmente, suministrarle herramientas, integrarlo progresivamente a la vida nacional y moderna, de la que él está, hasta hoy día ausente.

Un programa tan vasto y técnico a la vez, supone una intervención poderosa y armónica, que sólo el Estado puede asegurar, en una forma concreta y claramente delimitada, es decir, jurídica. La cuestión es desde luego, saber, en definitiva, cual legislación podrá o deberá promulgar el Estado para el indio.

La legislación a expedirse tiene que ser fiel a la historia del pueblo indígena, partir de la realidad actual; el indio es aún muy distinto del blanco y el blanco lo explota, por lo cual una legislación especial y protectora se impone, faltando lo cual todo será vano A la inversa se encuentra en las costumbres indias mismas, los elementos fácilmente asimilables a las reglas jurídicas o sociales de los blancos, y es por tanto que esta similitud debe, desde ahora, ser colocada en su provecho. Además, el indio, estando particularmente atrasado, debe ser educado, a fin de que se integre a la vida moderna.

Así, por esta legislación, a la vez especial y protectora, y también, en la medida de lo posible, común al indio y al blanco, el primero se reunirá progresivamente con su compatriota blanco, por lo cual se convertirá, por primera vez, en igual. Es necesario, durante cierto tiempo aun de una legislación especial, sólo como medio, por paradojal que parezca, de asimilar el indio al blanco. Pues, por una aplicación escrupulosa, la legislación especial verá la necesidad, al principio, de destruirla, insensiblemente, a fuerza de ser aplicada.

Los textos detallados de la legislación de las Indias que, de un lado, recomendaban la educación y la protección, de otro, tomaba en consideración el particularismo de lo indio, hoy día superada, puede servir de experiencia.

Esas legislaciones conservan el mérito de haber divisado la asimilación india por uno y otro lado. La combinación de

sus principios en uno, universalista en el otro, pueden orientar hacia la naturaleza y el espíritu de la legislación por promulgar para los indios.

En el Perú existe una legislación especial de indios, sobre el derecho de propiedad y sus diversos aspectos y un procedimiento judicial aparte, para librar al indio de la explotación curialesca, con la cooperación del Patronato de la Raza Indígena, integrada por un personal de primera línea en el mundo civil, eclesiástico, militar y de las fuerzas dirigentes de la vitalidad y prestigio nacionales.

No desconocemos las dificultades técnicas y prácticas que pueden desprenderse de la presencia de una legislación especial en miras a una legislación del derecho común.

Pero en cierto estadio de su historia, todos los países han conocido dualidad o pluralidad de legislaciones que actúan en el sistema de la personalidad o de la territorialidad de las leyes. Es un estado por el cual el Ecuador debe pasar obligatoriamente, pues, si la unidad de la legislación se explica bajo el plan del derecho, la existencia del Estado, que tiene por soporte a la nación, sufre teóricamente, ya que el Estado no existe más que artificialmente, pues lo que le falta es precisamente la nación

Sólo una legislación especial y protectora parece el medio capaz de suscitar esta voluntad de vivir en común, que en nuestra concepción clásica, adoptada por los sudamericanos, es ella misma el sustrato de la nación.

Una legislación especial y protectora se encargará de hacer recuperar al indio los cinco siglos que lo separan del blanco.

No hay en el Ecuador actividad económica, social ni política que no roce fuertemente con la bochornosa realidad de nuestro indio. Sin embargo, todo arreglo esrtuctural atiende como en salvedad a este rasgo específico, como si él fuera una circunstancia secundaria, de menguado relieve y no una determinante fatal.

De esta manera, la realidad indígena permanece intocada, íntegra, llena de perplejidades. ¿Cómo vamos a educar al indio de nuestras comarcas? ¿Es que le vamos a dejar que continúe en esa vida llena de miseria?..... Nó. Hemos de descartar, en honor a nuestra Patria, esta posibilidad.

El Estado tiene, pues, que velar por la educación de su pueblo. Educar a la masa social que integra su componente demográfico, es deber que entraña inmensas, incalculables responsabilidades ante el mundo, ante la historia. Porque el hombre sometido al imperio del estado político requiere preparación para entender en todo su valor los derechos y deberes inherentes a su condición de ciudadano; porque el individuo

no ha de ser carga muerta en el contrapeso constante que supone la diaria lucha social, y el cotidiano afanar en la vida múltiple de ciudadano y miembro de una colectividad a la que se debe por entero, de entidad representativa de valor humano, de ser racional y consciente, etc.

El problema presenta fases propias y especiales en países que, como el Ecuador, tienen una población heterogénea, en raza y en cultura, como ya hemos señalado, con una enorme proporción de indios, restos de un imperio conquistado, de condición miserable y refractarios, en cierto modo, a la civilización.

La única solución fundamental y eficaz para asimilar esta fuerza autóctona que puede ser factor decisivo en el progreso nacional es, indudablemente, la educación del campesino por medio de la Escuela.

No vamos a ponderar nosotros el valor de las escuelas. No hace falta tales elogios. La escuela tiene valor por sí misma. Es el verdadero laboratorio en que se opera el prodigio de las transformaciones colectivas.

¿Cómo se hará, entonces, para incorporar a la población escolar habitual, conocida, esa gran masa campesina que no participa del resplandor que la escuela irradia? ¿Es menester formar escuelas propias para indígenas, sin intervención del niño blanco?..... Tal es el altísimo problema pedagógico que se insinúa, en nuestro país, como una necesidad, como un imperativo. Tienen la palabra los maestros. A ellos les toca discutir y aclarar este sórdido problema social. A ellos les corresponde decidir —previos los estudios psicológicos y sociológicos que sean necesarios— si es la escuela actual o la escuela nueva, la escuela activa, la que es preciso implantar para los indios. O, acaso mejor la escuela rural con sistemas adecuados y convenientes, como una modalidad de escuela tipo.

La escuela adecuada para el indio ha de ser, a nuestro juicio, aquella que coadyuve al despertar de sus energías latentes, a enderezar sus propias tendencias. Hemos de considerar al indio hijo de la tierra o hermanado con ella, en una fraternidad de reciprocidades. La mejor cultura será, pues, aquella que convierta la raza indígena en una fuerza consciente, convencida y satisfecha de su valor económico por medio del cultivo inteligente de la tierra hecho amor y solicitud y reflejado en bienestar. Ha de procurar obtener y exaltar el vigor y la salud corporales de los niños, mediante la higiene, a fin de que, mejorados ellos, contribuyan a la higienización, salubridad y bienestar de la comunidad; ha de darles orientación industrial y colectivista con el objeto de que puedan ser pronto elementos productivos dentro de la familia campesina; ha darles participación activa en la vida del pueblo,

adscribiéndolos a todo lo que signifique esfuerzo de mejoramiento local; ha de crear en cada alumno el ecuatoriano consciente de su papel de ciudadano, amante de su gloria pasada y capaz de crear la futura; ha de darles el conocimiento del medio natural en que viven para que puedan aprovecharlo; ha de dar a su cultura y a su vida toda, una orientación estética que trascenderá a la faena diaria y a las horas de esparcimiento; le han de dar las técnicas elementales en forma de que sirvan de acicate para mayores adquisiciones, no de pretexto para estancamiento; ha de insistir sobre la formación de un carácter profundo y fuerte que no solamente posea apariencia, sino valor real, a fin de que puedan alcanzar los ideales que sean metas de su vida. Surgirá entonces una olvidada vida rural que se convertirá en el nervio de la nación, y la legislación especial protectora quedará sin objeto: el indio podrá de pronto verse dentro del derecho común. Por último nacerá la voluntad de vivir en común y el Estado ecuatoriano se verá sólidamente constituído. No se tartará más de blancos, mestizos e indios, sino solamente de ecuatorianos.

### 138.—La Reforma Agraria

En la necesidad de fundamentar las conclusiones a que lleguemos en el presente estudio, nos vemos precisados a entrar en algunos detalles de carácter económico, que podrán aparecer ajenos a un trabajo que se refiere a la historia del Derecho Civil. Mas, la economía nada tiene de extraña al Derecho Civil moderno, pues, las teorías jurídicas se encadenan y se integran recíprocamente con las teorías económicas, para cuanto mira especialmente a la organización de la propiedad; pero las unas y las otras no son más que resultado y expresión lógica, a un mismo tiempo, de las necesidades sociales dominantes en un tiempo y lugar determinados.

La obra del economista y del jurista tienden siempre, aunque inconscientemente, a idealizar y organizar la realidad, como la obra del legislador no mira más que a realizar continuamente el ideal por los primeros elegidos, para encarnarlos lealmente en aquellas instituciones que cree las más adecuadas a satisfacer las necesidades efectivas de la vida y a favorecer el desarrollo progresivo.

El problema agrario es un problema social y un problema económico, directamente relacionado con la vida del Estado. El régimen de las tierras determina el derecho civil, el derecho público, el derecho privado, la orientación política de las naciones. Basta detenerse a meditar un

momento sobre los orígenes históricos de cada nación y se podrá observar siempre, como están ligados sus destinos políticos con el régimen predominante de las tierras.

Al considerar la necesidad de hacer efectivos los planes de progreso y desarrollo se ha dicho que nuestros países deben realizar una revolución pacífica y de ideas democráticas, porque sería ésta la manera, primero de dar a los pueblos y los hombres toda la justicia a la que tienen derecho y segundo de eliminar los motivos que permiten los avances y penetraciones del comunismo.

No otro tiene que ser, en verdad, el objetivo de los hombres libres, que no tienen el espíritu dominado por los perjuicios de un obscuro tradicionalismo y que por otra parte no conciben ni aceptan las política que sólo tiende hacia el imperio de nuevos y más graves despotismos. Lo aconsejado es ir en pos de la reforma, no con la simple retórica de promesas que se quedan en el aire o resultan engañosas, sino con el programa de realizaciones que se cumplen sucesiva y sistemáticamente.

No hay duda de que las mejores aspiraciones y las necesidades más urgentes se encuentran siempre ante una montaña de obstáculos; pero muchas veces se comprueba que cuando en verdad hay la firme intención de hacer, de realizar y de construir los objetivos se alcanzan al fin, a pesar de cualesquiera dificuitades. Las experiencias de esta clase son aleccionadoras, señalan el camino de la acción y crean la confianza y la fe que han desaparecido después de tantas decepciones.

El Ecuador es uno de los países de América que han entrado en el campo de las reformas. La Reforma Agraria como un paso para cambiar el sistema social y económico en relación con la distribución, trabajo y producción de la tierra. Es reciente, diríase, esta preocupación mientras en Europa y Asia, en la misma América son varios los países que han llevado a cabo o continúan el proceso de la reforma agraria.

Los antecedentes históricos americanos del régimen agrario nos permiten estudiar con el imprescindible criterio histórico-económico las instituciones jurídicas que han existido o que todavía exitsen en nuestra América.

En la América precolombina el dominio eminente de la tierra radicaba, como ya hemos señalado, en el Rey, Zaque, Hunza, Cacique o como se llamara el Jefe político-religioso de la comunidad y, por ende, el concepto quitario de la propiedad como facultad para usar, gozar y disponer de la cosa poseída estaba restringida al Rey, quien daba la tierra a sus súbditos bajo determinadas condiciones. Así, la tierra dada en usufructo al auténtico pueblo no obedecía al concepto absoluto de la propiedad sino que era determinado por el pue-

blo en que vivía el súbdito, se establecía en la cabeza de la familia y se perdía al desconectarse el americola de la comunidad agraria primitiva en que desarrollaba su actividad social.

Toda esta organización social sufrió un fuerte trauma con la Conquista, que en gran parte fue una empresa privada, pues el pueblo indígena no sólo sufrió el impacto de una cultura intelectual diferente, sino que presenció y sufrió de manos de los conquistadores la apropiación de sus riquezas. Aun cuando la Corona Española asentara el alegato de dominio de estas tierras en la famosa bula de Alejandro VI o en el derecho de posesión, posición esta última más jurídica que la primera, lo cierto es que la posesión española surgió de la violencia y de la violación del Derecho.

Aquí, resalta en toda su tremenda dialéctica la afirmación de que la historia de la juricidad no es más que la historia de la imposición del fuerte sobre el débil, del poderoso económicamente sobre el desposeído, del opresor sobre el oprimido.

Como las personas beneficiaras de los Repartimientos podían subsiguientemente encomendar determinadas tierras e indios de su Reparto a los españoles colonizadores, de allí surgió la institución de la Encomienda, institución que, como todas las del derecho indiano, es de fundamental importancia en el estudio de los antecedentes históricos del régimen agrario americano.

Las Encomiendas "eran bienes inalienables, no podían ser objeto de enajenación, venta o traspaso. No podían los encomenderos alquilar ni prestar los indios de los repartimientos y jurídicamente eran bienes indivisibles. Asimismo, a ningún encomendero se le podían quitar los indios sin ser oído y vencido en Derecho, y sólo por delito que tenga pedimento de bienes".

Hay otras instituciones agrarias históricas, cuyo análisis jurídico, sociológico y económico son de trascendental importancia, pero que en este trabajo apenas podemos recordar de pasada. El casicazgo fue un intento de adaptar a la situación jurídica ibérica las costumbres de los americolas. En su organización ejercía una gran influencia la institución europea del mayorazgo. El trbuto fue una imposición de orden fiscal, que tenía carácter personal, gravaba únicamente a los hombres y podía pagarse en especie. La mita fue, en verdad, un contrato de arrendamiento de servicios, adicionado con una serie de disposiciones laborales revolucionarias que, desgraciadamente, como todas las disposiciones para las Indias, no pasaron del papel, ya que entre los españoles era norma de conducta general, ya lo hemos dicho, el adagio "se obedece pero

no se cumple". En fin, infinidad de instituciones o figuras jurídico-agrarias, tales como las reducciones, los corregimientos de indios, los ejidos, las composiciones, los fundos legales, las propiedades eclesiásticas, los bienes realengos, las tierras mercedadas, las medidas agrarias, los resguardos de indios, las reformas agraria y tributaria de 1591, el latifundio y los requisitos de morada y labor, los juicios de residencia, las alacabalas, la reversión de la tierra al dominnio del Estado, los estancos y muchos más.

La explotación del indio que duró todos los años de la dominación española no terminó al emanciparse las colonias españolas ni al constituirse la república. Los criollos, muchos de ellos mestizos, siguieron explotando al indio en diversas formas. La propia república sancionó tácita o expresamente ciertas formas de explotación, algunas de las cuales subsisten todavía, como ya hemos señalado.

Pero esta explotación ha ido adquiirendo cada vez nuevas formas. Es cierto que la principal forma de explotación del indio sigue siendo la económica. El indio de la sierra y su equivalente de la costa que denominamos montuvio constituyen la totalidad de la mano agrícola en el Ecuador. O sea que toda nuestra riqueza ha sido labrada por la mano del indio. Sin embargo, el indio no ha tenido participación alguna en esta riqueza. Por lo contrario, las dos condiciones que parecían indispensables para que se pudiera acumular esa riqueza eran la miseria del indio (trabajo sin salario alguno en los primeros años y, mucho más tarde, con un salario ínfimo) y su ignorancia. De manera que la gravedad actual del problema agrario no debe achacarse únicamente a los conquistadores o colonizadores españoles, sino también, en gran parte, a la oligarquía criolla que ha gobernado Nuestra América durante siglo y medio.

La ignorancia del indio que es objeto de explotación principalmente económica, llega a ser, poco a poco, objeto de otras explotaciones. El indio analfabeto o semialfabeto se convierte en un instrumento político. Muchas veces hemos visto desfilar por la ciudad de Quito a millares de indígenas traídos de las haciendas cercanas a la ciudad, con una finalidad política determinada. El aprovechamiento de la ignorancia del indígena con fines políticos se convierte en común y ordinario. Todos quieren aprovechar al indio con fines políticos. Y la explotación política del indio es uno de los problemas muy importantes de esta época.

La reglamentación de la propiedad agraria en un sentido más democrático y más conforme con el nuevo concepto de propiedad —hoy definitivamente consagrado por la evolución social de los Estados modernos—, y más que nada con las exi-

gencias planteadas por nuestra economía nacional, es para el Ecuador un problema vital que no admite plazos ni delaciones. La ley no es forma de coordinación para el pasado sino sentido de correlación y ordenación del presente, con vista siempre del futuro, en que se contenga el espíritu nuevo de las sociedades; y nuestra ley, conforme esta idea, hay que colocarla en el plano que la evolución ecuatoriana reclama como imperativo para acondicionar una vida mejor.

La característica de nuestra economía nacional es, actualmente, la anemia, la falta de producción, el raquitismo: tenemos un territorio que en extensión y recursos naturales, en relación a su escasa población, es superior, y con mucho, al de otras nacionalidades, que sin embargo se sostienen en una buena situación económica —ello aun agrícolamente y no sólo industrialmente o comercialmente como podría pensarse—; y el régimen alimenticio, frugal casi siempre, de nuestra limitada población, indios y gente pobre en su casi totalidad, hace inexplicable el que un pueblo que opera dentro de tal situación no se basta suficientemente a sus escasas necesidades y tenga que vivir parásitamente unido a mercados extraños para obtener aún artículos de inmediato consumo alimenticio que bien podrían ser producidos en el país; sin que se diga que a cambio de tales importaciones enviamos una fuerte cantidad de productos, a no ser limitados artículos exportables, sujetos siempre a las cotizaciones del mercado internacional.

¿Cuál es la causa de esta pobreza económica? ¿Cuál es el órgano que dentro de nuestro sistema de producción permanece esclerosado?.

No queremos ver claro en esta cuestión, y a muy variadas causas, casi siempre unilateralmente, le atribuímos el origen de nuestra deficiente economía; más no se medita que nuestro pasado gravita sobre la actividad presente de nuestro país y que la deficiencia de producción nacional es el signo seguro, no ya de una enfermedad sino de los vicios constitucionales, de atavismos históricos, que se han fijado en los menores detalles de la vida ecuatoriana.

¿Nos hemos preguntado alguna vez si en el Ecuador hay un reparto equitativo de las riquezas y si el orden actual responde a las necesidades de nuestra economía nacional?. ¿Hemos investigado cuál sería el régimen de apropiación más conveniente para impulsar una mayor producción. ¿Se ha meditado sobre las consecuencias sociales que para el Ecuador se derivan de la actual constitución económica y jurídica de la propiedad? Cuando con frecuencia vemos las más variadas explicaciones sobre nuestro malestar económico, explicaciones que se detienen en la superficie del problema que debían

resolver, pensamos que en nuestra vida nacional no se ha apreciado aún con el detenimiento debido lo fatal que es para la producción ecuatoriana la continuación del régimen de apropiación agraria introducido por el coloniaje español con todos sus defectos y mantenido durante la época republicana.

El problema agrario es un problema social y un problema económico, directamente relacionado con la vida del Estado. El elemento humano como poseedor o trabajador de la tierra; la tierra o el elemento físico para el cultivo y la producción; y, la producción, elemento económico del cual dependen otros sectores sociales, otras actividades, integran las bases angulares de la estructura del Estado.

En los siglos pasados Grecia, Roma, Esparta ya tuvieron tiempo para enfrentarse a los problemas de la tierra. Aristóteles, Augusto, los Gracos se preocuparon con sus leyes y sus reformas de aquellos problemas. En la Edad Media y el Feudalismo no pocos conflictos ocurrieron con motivo de la posesión y trabajo de la tierra y la distribución de la riqueza. La Revolución Francesa al proclamar los derechos del hombre, señaló también la propiedad y luchó por abolir las reformas de la explotación agraria. La Iglesia Católica, asimismo, preocupóse de los problemas de la posesión y usufructo de la tierra.

Antes del descubrimiento de América y en los pueblos aborígenes la tierra fue el fundamento de las políticas azteca, inca, arauca para consolidar imperios. Durante la colonia, la cuestión agraria ocupó extenso capítulo de la Historia de América. Después del nacimiento y la formación de los Estados Americanos, subsiste el problema agrario. Acaso agudizado en ciertos pueblos que aun soportan las influencias de anticuados sistemas de explotación del hombre y la tierra. De los pueblos que consideran que la economía agraria es esencial para el desarrollo y la prosperidad.

En el Ecuador inmensos campos se encuentran donde aún no ha puesto su planta el hombre, grandes extensiones donde no se encuentra ni la choza amparadora ni donde mitigar la sed el viajero. Pero también tenemos puntos de población concentrada, de campos que necesitan parcelación para la mejor explotación y para acabar con el problema de los latifundios establecidos allí. En Europa no es ya una novedad el problema de la parcelación. No se encuentra un solo país europeo donde no haya sido tomado en serio este problema.

El régimen de apropiación individual en gran escala, en nuestro país, como en todos aquellos en donde se mantiene vivo, si es beneficioso para los intereses exclusivos del propietario, es contraproducente para los intereses nacionales, que se ven perjudicados, ya por la falta de una activa producción,

ya por la esterilización de muchas energías útiles que podrían encontrar seguro y eficaz acomodo en la agricultura, pero que por las circunstancias actuales de concentración de propiedades en pocas manos, perdidas las esperanzas de ser propietarios, se ven precisados a refugiarse en el Presupuesto, o en las profesiones liberales o en otras formas de vida, casi todas parasitarias.

Además, la falta de servicios relativos al bienestar intelectual: escuelas. La falta de servicios de previsión y asistencia social: hospitales, asilos, etc. En general la falta de todos estos servicios en las zonas rurales no solamente provocan el éxodo de sus habitantes sino que son la causa directa para que muy pocas gentes de fuera deseen establecerse en ellas y son el obstáculo que dificulta o imposibilita el establecimiento de industrias. Los campesinos que abandonan el campo en busca de otros horizontes son los desposeídos, pues no tienen nada que les sujete a su lugar natal ni nada que perder al abandonarlo. La tierra da al campesino un sentido de seguridad y estabilidad que todavía no se aprecia en todo su valor. Volvemos a repetir, que el tipo característico del propietario ecuatoriano actual, sin excluir al Estado, es el del latifundista, tal como lo encontramos en la vida colonial, entendiendo como latifundismo el régimen de propiedad en el cual se poseen considerables extensiones de terreno que no se cultivan.

Nuestra propiedad agrícola, que poco o ningún valor tuvo en tiempo de la colonia, vinculada en grandes extensiones a los muy numerosos descendientes de la raza invasora, y concentrada paulatinamente en manos de unos cuantos propietarios, cuyo único oficio es recibir lo que sin mayor trabajo le produzcan como rentas sus tierras, y con ello aumentar su dominio a expensas de la pequeña propiedad, la que lleva camino de desaparecer por este curso regular de concentración agraria; esta tierra, decimos, en tales condiciones ha aumentado de valor hoy que, monopolizada en su mayoría, no hay otro recurso para el que quiera adquirir una propiedad agrícola, a bajo precio, que el ocupar algunas de las imposibles tierras baldías, imposibles por su falta de vías de comunicación y por su situación de alejamiento de los centros poblados o comerciales.

Hechas las consideraciones que preceden planteamos las siguientes preguntas: ¿Conviene este régimen de propiedad en el Ecuador? ¿No influye ello en el estancamiento de nuestra producción agrícola? Creemos que la respuesta no se dificulta si tenemos en consideración cuál es la manera cómo nuestro propietario en grande ejerce el dominio agrario: o viviendo en nuestras ciudades, o fuera del Ecuador, y entregando el culti-

vo de sus vastas y valiosas haciendas a mayordomos que las hacen cultivar empíricamente, contentándose con recibir lo que buenamente produce un suelo descuidado.

Por otra parte, la zona de los cereales es de suyo bastante reducida en la región interandina; y más de la mitad de ella es incultivable, sea por lo alto y frío, sea por escarpado y quebrado, sea por lo estéril del campo. Casi la mitad de esta región consta de páramos. Un país quebradísimo, cascajoso, arenoso en general, y útil sólo por partes. Estas partes comparables con el todo son muy reducidas. Las tierras que tienen facilidades de riego se las destina a pastos, pero en cuanto a las demás, el único recurso es dejarlas en barbecho o según la expresión vulgar de reserva o descanso, que es como decir, en completo abandono. En tal estado no tardan en llenarse de maleza, zarzas, y abrojos difíciles de extirpar y cuyos céspedes y semillas se reproducen después de restituídos al cultivo con perjuicio evidente de las sementeras. De aquí proviene que esos terrenos, con frecuencia de grande extensión, se quedan a veces por varios años consecutivos del todo inútiles, pudiéndose apenas tomarse en cuenta el escaso y estéril forraje que proporcionan al ganado que en ciertas épocas los visitan. Debido a estas circunstancias nuestro suelo se halla en un profundo aniquilamiento — nos referimos muy particularmente a la región interandina, que por ser la de mayor población campesina indígena, la de más antigua apropiación y por otras circunstancias especiales está más directamente asociada a nuestro problema agrario social.

Y entonces ¿cual el remedio para esta situación? Pensamos, que entre nosotros, ya que la actual organización agraria no cumple sus fines sociales de producción, a fin de combatir el abuso y el mal uso que se hace de la propiedad, lo inaplazable es reformar la estructura de la tenencia de la tierra, optarse por la democratización de ella, o sea colocarla en tales condiciones económicas y judídicas que la haga accesible a todos y que, al mismo tiempo, faciliten y acondicionen una mejor y más abundante producción. Lo que nuestra organización económica reclama es un régimen jurídico de tal naturaleza que haga posible la pequeña propiedad con todas sus ventajas anexas de cultivo intensivo; proscribiendo así inveteradas rutinas y eliminando el abuso de nuestros grandes terratenientes que suplen con la extensión lo que debería obtenerse por intensidad de cultivos.

La situación en nuestro país, según lo prueba la investigación más reciente representada por el Censo Agropecuario de 1954, se ha polarizado en forma contradictoria y perjudicial entre el latifundismo y el minifundismo. Según sus datos, 138 propiedades mayores de 2.500 hectáreas tienen una

extensión promedial de casi 6.500 hectáreas cada una, con un total de 897.000 hectáreas; 83.714 propiedades tienen una extensión promedial de 0,48 de hectáreas cada una, con un total de aproximadamente 40.183 hectáreas; y, 128.439 propiedades de 1 a 5 hectáreas tienen una extensión promedial de 2,3 hectáreas cada una, con una extensión total aproximadamente de 295.410 hectáreas.

O sea que 138 propietarios poseen 897.000 hectáreas; en tanto que 212.153 propietarios poseen 335.593 hectáreas.

El Censo de 1954 reveló, además, que las propiedades menores de 10 hectáreas están cultivadas en un 87%; y que las mayores de 500 hectáreas, lo están en un sólo 8%, lo que implica el virtual abandono de los latifundios por sus dueños. Todo esto explica dice el propio Instituto Nacional de Colonización en su informe correspondiente al año de 1960 "que alrededor de 250.000 familias ecuatorianas, que viven de la aplicación de su trabajo a la tierra, tienen que vivir en condiciones infrahumanas, porque no disponen de los medios para financiar un elemental y humano presupuesto familiar.

Científicos nacionales y extranjeros han ahondado ya en la realidad de la vida agraria del país, y sus observaciones y comprobaciones dan el resultado de que sobrellevamos en el desarrollo de la vida nacional, en sus diversos aspectos, una situación falsa, si no se realiza la reforma fundamental sobre el agro ecuatoriano.

Los campesinos trabajan en el campo con medios primitivos y la prolongada jornada, que se ven obligados a realizar desgasta rápidamente sus cuerpos; a ello se une también la alimentación deficiente y la carencia de condiciones de vida higiénica, lo cual les ocasiona múltiples enfermedades, que ni ellos pueden remediar ni la sociedad atiende con la debida amplitud y urgencia.

Aislamiento, servidumbre, miseria y enfermedades: esas son las carcterísticas más salientes de la vida del indio ecuatoriano. Con un campesinado pobre, con diferencias étnicas y culturales entre la población rural y la urbana, con escasos medios de comunicación, y con un régimen político en el cual la opinión del hombre del campo ejerce poca o ninguna influencia en lo referente a la distribución e inversión de los fondos públicos, se va retardando indefinidamente la reacción saludable que la vida nacional exige para cumplir sus fines históricos.

Nuestro problema social ha llegado ya con claridad a la conciencia nacional, y hay que dar al campesino y al mundo rural, una reforma que de satisfacción a sus necesidades tanto espirituales como materiales.

Nuestra vigente estructura agraria no puede continuar: primeramente porque no es la llamada a proporcionar al hom-del campo bienestar que le corresponde como persona humana, y luego porque ella fomenta una tremenda división social que se irá marcando más y más a medida que el tiempo avance. La ciudad ecuatoriana está aún en divorcio con el campo; no hay complementación socio económica y el campesino vive su drama aislado de la ordenación política nacional, del régimen jurídico, del sistema monetario y su contacto con la civilización es todavía una relación de mayor o menor servidumbre. Por esto, nuestra vigente estructura rural esta muy lejos de unir las voluntades en la comunión de un ideal nacional.

Ese hombre del campo es tan humano, como el hombre de la ciudad, ¿por qué, entonces, su voz no ha sido oída, por qué se le ha prometido tanto y no se le ha dado nada, por qué su humanidad ultrajada, por un sistema social y económico injusto no ha sido reivindicada? Que el Gobierno Nacional, recogiendo la responsabilidad que sobre toda la Nación, sobre todos los ecuatorianos pesa por este trayecto de siglos, redima al país organizando la justicia social que demanda el indigenado.

El primer convencido para una reforma, ha de ser el propietario y el público explotador, en general. Porque no es únicamente la explotación agrícola la que ha ido contra el indio, sino la autoridad de toda clase, hasta la eclesiástica, la que abusó de la inferioridad intelectual, para proceder también con poca responsabilidad. La más grande revolución que puede intentarse en estos momentos, es la de procurar que el indio se convierta en ciudadano, con el conocimiento de sus derechos cívicos y humanos.

La solución se orienta a través de la abolición de todas las formas de supervivencia de la esclavitud. El camino lógico es la modificación de la tenencia de la tierra. No hablamos con ello de un reparto simplista de la tierra, de cortes aquí y allá de la propiedad para reducir el latifundio o ensanchar el minifundio. Hablamos de una reforma agraria que, elevando el nivel de vida social, económico y cultural del campesinado, le garantice al mismo tiempo la existencia de su libertad y dignidad.

Desde antes el problema ha ocupado la atención de los hombres de Estado. En Grecia, la lucha por la tierra entre cultivadores, motivó, al decir de **Argente**, profundas transformaciones sociales y políticas, engendrando las revoluciones en Tesalia, en Egolia, en Arcadia y en Mesenia.

Solón escribía: "Los que en esta tierra sufrían una gran servidumbre (los cultivadores) y temblaban bajo el mando de

un amo, yo los he hecho libres". Tanto en Grecia como en Roma el esplendor mayor se observa mientras pudo conservarse una regular repartición, mientras subsistieron restricciones jurídicas que prohibieron la acumulación de la tierra en manos de terratenientes, pero al fin hubo de ceder ante la codicia, dando por resultado la desigualdad inhumana y repugnante entre los grandes señores y la masa, no menos preparada, de los campesinos, que hubo al fin de degenerar en el celibato y en la disminución voluntaria del número de hijos, despoblándose la nación en un período en que no ocurrieron guerras ni epidemias.

Muchas de las guerras conocidas en la historia con el nombre de guerras religiosas han sido estudiadas modernamente y han encontrado su origen o base para su desarrollo en la cuestión agraria. La reforma luterana, expresa **Baldomero Argente**, preparada por setenta y cinco años de agitación campesina, encuentra su más aguda expresión en las ardientes reclamaciones de los anabaptistas.

En diversas épocas, desde que la población empezó a hacerse sentir y los medios de subsistencia escaseaban en la ciudad, impedidos para gozar de la madre común que es la tierra, los hombres han sentido el deseo ardiente de volver a ella para cultivarla y sacarle provecho para la vida. **Thierry**, en su Historia de Francia, nos refiere los acentos rencorosos de los trovadores del siglo XII, gritos angustiosos de las clases menesterosas contra los grandes ricos y terratenientes y excitando a todos a la lucha, a la liberación, ya que eran todos hombres capacitados y había una enorme desigualdad numérica.

La doctrina de Jesús, elevado exponente de doctrinas sublimes, hubo de referirse también al problema que nos ocupa cuando dice al príncipe cananeo que quiere seguirle: "Vende todos tus bienes y repártelos entre los pobres", doctrina que luego siguieron enseñando y practicando sus seguidores.

San Pablo dice a los Filipenses: "Mandad a los ricos que compartan liberalmente sus bienes con los pobres". San Agustín: "Quitado tu sustento, el resto se los debes a los pobres; si lo niegas, se lo robas".

Los procedimientos agrícolas ecuatorianos adolecen de buenos sistemas como si hubiesen conservado los mismos sistemas primitivos que nos trajeron los españoles de la colonia. Como en todas partes se ha creado el gran terrateniente, y éste se ha preocupado poco por la mejora de los campos y por introducir buenos sistemas de cultivo, dejan grandes extensiones incultas, yermas, donde no dan acceso tampoco a los pequeños agricultores, amparados por un sistema legislativo que dispone que la propiedad es el derecho de gozar y dispo-

ner de las cosas arbitrariamente, con tal que no se haga de éllas un uso prohibido por la ley. A nadie puede obligarse a ceder su propiedad, ni a permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad pública legalmente comprobada y declarada, y previo pago de una justa indemnización. Sabemos todos a que clase de utilidad pública se refiere el Código civil; no es el de amparar a los campesinos para hacer buen provecho de la tierra que pertenece a otro que no la cultiva, provecho éste que es general porque de allí salen los productos que van a satisfacer el hambre de los pobladores, la mejora de la vida y el aumento de las rentas del Estado.

El absolutismo conservado por nuestro Código al querer mantener formas tradicionales de modelos que van siendo vetustos en la evolución del derecho, ha sufrido la misma transformación que la mayor parte de los hábitos medievales, ya vacilantes ante la presencia de ideas modernas, tendientes éstas a anteponer la utilidad y conveniencia sociales. Nuestra Constitución Política trae las bases para una legislación en este sentido. "Se garantiza el derecho de propiedad conciliándole con su función social". Y el fundamento por excelencia que determina en definitiva la condición social, política, intelectual y moral de un pueblo, debe estar regulada por disposiciones más amplias que den acceso a la justa explotación en beneficio de todos, y cuando el propietario no la explota debe expropiársele a favor de otros, parcelarla y crear lo que se ha dado en llamar "el bien de familia", poniendo al labrador, no sólo en condiciones de poseer tierras sino también en condición de explotarlas.

Debemos atraer gentes a los campos favoreciendo el establecimiento de cooperativas o sindicatos agrícolas, la parcelación de latifundios inexplotados e incultos que necesitan la mano del hombre para dar rendimiento. Nuestras tierras del litoral sólo necesitan la semilla fecundadora y muy poco trabajo del hombre. Tierras vírgenes que claman por el arado. Y sin embargo nuestro montuvio vive en condiciones infrahumanas, sujeto a todas las inclemencias del trópico con su serie de enfermedades endémicas que degrada nuestra raza física e intelectualmente. Descuajando la montaña, traficando los caminos, con los ojos exangües y la palidez de muerte pintada en la cara, pues el paludismo y la anquilostomiasis corroe su organismo, ¿qué hijos útiles pueden dar estos hombres a la patria? La endemia es general. Las tierras abandonadas. Y por otra parte los hacendados, los propietarios, algunos bien, otros llenos de deudas.

Diversos medios han empleado los gobiernos para la solución del problema agrario en los diversos países: en Rusia, el gobierno soviético, la expropiación sin previa indemnización

fue establecida de modo radical; en Alemania, desde el gobierno de Bismark, desde 1886, se ha empleado la colonización interior con un sistema agrario reformista inaugurado por el canciller de hierro, por el cual se parcelan las tierras y crea colonias, implantando la forma jurídica del "bien de familia". En 1919 se crea la ley de Colonización del imperio creando nuevos organismos agrarios con facultades para obtener del Estado las tierras necesarias y expropiar a los particulares que poseen tierras incultas o insuficientemente cultivadas, dándoles un plazo razonable para ponerlas en explotación. En Francia, a fin de favorecer la permanencia de los campesinos en el agro, se promulgaron normas de verdadero interés, como la contenida en el Decreto de 29 de junio de 1939, que autoriza a los hijos mayores de dieciocho años, que trabajaron en la explotación rural paterna sin participar en sus beneficios, para percibir, antes de la partición hereditaria, el valor equivalente a medio salario de diez años, sin que ello sea imputable a su participación como heredero. Así podríamos seguir especificando los medios empleados por distintas naciones para evitar las concentraciones de tierras, para dividir los latifundios, en casi todas resarciendo previamente a los propietarios con indemnizaciones reducidas en su valor real del cincuenta por ciento y a veces del ochenta por ciento y registrando en sus leyes medios de previsión y cooperación, como créditos, granjas de experimentación, cooperativas de producción y de consumo, sindicatos agrícolas, etc.

En el Ecuador, si se examinan las realidades, los hechos, los problemas concretos, se llega a la conclusión de que la excesiva concentración de la tierras en pocas manos impide que los incentivos para aplicar tecnologías más avanzadas puedan hacerse efectivas. La producción disminuye si se hacen las comparaciones con los aumentos demográficos y la rápida multiplicación de las necesidades.

En algunas zonas el pequeño agricultor tiene técnicas primitivas, con predominio del monocultivo y de prácticas destructoras del suelo, que constituye un verdadero capital de la Nación. No se hace defensa ni conservación de suelos, para evitar la erosión y la pérdida de las capas arables. Son inadecuados los sistemas de preparación de suelos, de riego, de desinfección, etc., por lo que no se puede tener un sistema racional de producción. No se aplica un plan de rotación de cultivos, que permita mantener y equilibrar la potencialidad y fertilidad de la tierra.

Por razones de costos o por desconocimiento, la utilización de fertilizantes es bastante limitada. En muchos casos se la hace en forma inadecuada. Los productos topan con una serie de dificultades, desde su mala presentación, lo cual baja

los precios, hasta inadecuados sistemas de transporte y de precios, no regularizados, en muchos casos injustos para el pequeño productor y que benefician con exceso a intermediarios, a veces, no necesarios. Gran parte de la producción consume el pequeño agricultor. Escasos excedentes, no seleccionados, llegan a los mercados vecinales. Sólo el grande y mediano agricultor, que son los menos, pueden defender sus precios y vender en buenas condiciones relativas.

La población agrícola se halla distribuida en el país en forma que no coincide con las disponibilidades de tierras aptas para el cultivo. Existe oferta de trabajo en la Sierra, donde se probable que la frontera agrícola no pueda ampliarse más, mientras que en la Costa, donde el suelo agrícola ofrece grandes posibilidades de extensión, la mano de obra es limitada. Agrava esta situación el hecho de que las mejores tierras son propiedad de pocas gentes que no la explotan racionalmente. Las grandes extensiones de suelo agrícola de la Costa son cada vez menos accesibles a la actividad agropecuaria, aunque ciertos sectores limitantes pueden ser superados con poca inversión y mediante una adecuada utilización de los recursos. Estos y otros han sido los motivos que nos han obligado a buscar en forma imperiosa el camino de la reforma agraria. Es el problema fundamental de nuestro tiempo que si por una parte no admite soluciones ligeras o improvisadas, por otra no puede quedar intocado, sin ninguna solución.

Lo aconsejado es ir en pos de la reforma, no con la simple retórica de promesas que se quedan en el aire o resultan engañosas, sino con el programa de realizaciones que se cumplen sucesiva y sistemáticamente. Todo cuanto se experimenta ahora en el mundo; todos los conflictos que se van agrandando y todos los problemas que se superponen en la realidad que se vive indican que hay urgencia completa de cambio y renovación. Las democracias tienen que salvar la dignidad de lo humano y el valor de los ideales superiores; pero nada de esto se logra con palabras sino con obra efectiva y oportuna.

La certeza de que es posible lograr mejores condiciones de vida en lo material, cultural y espiritual, ha hecho que en el mundo entero los países se esfuercen por aprovechar en la mejor forma posible sus recursos naturales. Se preocupen por aumentar su producción agrícola e industrial para dar una vida más digna y plena a sus pueblos. El Ecuador no es, no puede ser una excepción en este empuje histórico universal.

Sabemos que el nuestro es un país pequeño, de baja productividad, con recursos humanos y físicos aún inexplotados. Estamos seguros de que se puede hacer de él un país próspero, con una gran concentración de esfuerzos que lleve a una buena utilización de los recursos humanos cuya potencialidad

puede permitirnos, usando nuestros propios recursos naturales o importándolos y transformándolos inteligentemente, lograr niveles de bienestar muy altos. Todo ello nos permite mirar al futuro con fe y con esperanza. El progreso es posible y la esperanza tiene que comenzar a hacerse realidad en esta generación.

**139.—Aspectos de la solución**

1º Labor educacional del campesinado.—Cuando se habla de reforma agraria, de mejoramiento del nivel de vida a través de la elevación de los salarios, se olvida comunmente lo que de todos modos y en toda circunstancia debe ser el punto de partida: incorporar a la población campesina indígena y montuvia a la vida política y económica del país, mediante procesos integrales de educación. Nada de manera sistemática y programada ha sido realizado en este sentido hasta ahora, a excepción del experimento que adelanta la Misión Andina. Llevamos en esto siglos de atraso y frente al futuro están más de dos milones de campesinos, sobre todo, en lo que se refiere al indigenado, en distinto grado de aptitud cultural, en diferente posición frente al problema agrario, pero todos resumen un estado de cosas que debe ser definitivamente superado. ¿De qué serviría una legislación adecuada, un sistema de créditos, de suministro de equipos, semillas, etc., si el beneficiario no estaría en condiciones de servirse de los medios que se ponen en sus manos?

Si frente a nosotros y como una responsabilidad inmensa está la incorporación del campesino a la vida nacional; tendríamos que comenzar afirmando que esa responsabilidad es por sobre todo la de educar, formar al indígena, como acto básico, sin perjuicio de llevar adelante todos los programas de orden económico y político que se elaboren en su favor. Cualquier otro proyecto podría ser pospuesto, pero no el educativo, tanto porque esa es la respuesta a su condición, cuanto porque el país debe ir experimentando sobre los métodos formativos que deben aplicarse en su caso.

2º Transformación de la estructura agraria del país e incorporación de su población rural al desarrollo económico, social y político de la Nación, mediante la sustitución del sistema latifundista por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra, basado en la equitativa distribución de la misma, la adecuada organización del crédito y la asistencia integral para los productos del campo a fin de que la tierra constituya para el hombre que la trabaja, base de estabilidad económica y fundamento de su progresivo bienestar.

3º Necesidad de que el crédito crezca donde existe, que se establezca donde se desconoce, que llegue donde apenas se presiente. Donde el crédito se otorga, la facilidad de la labor del agricultor se hace evidente. Sus enseñanzas se aplican con resultados inmediatos. El desenvolvimiento de la comunidad rural se evidencia en nuevas formas de trabajo.

4º Limitar la cantidad de tierras que puede poseer una sola persona, pero tomando en cuenta la necesidad de fijar límites flexibles de acuerdo a los recursos y condiciones peculiares de cada zona.

5º Controlar la enajenación, hipoteca y subdivisión de las unidades mínimas establecidas en cada zona, a fin de evitar la pulverización de la explotación agrícola.

6º Eliminación del minifundio.—El problema del minifundismo es uno de los más arduos que deberá encarar la reforma, optando medidas y criterios variados, según la clase de tierras agrícolas, humedad, medios de irrigación, posibilidades de utilizar medidas técnicas y fertilizantes, idiosincrasia de los agricultores, clases de explotación, medios de comunicación, mayor o menor distancia de los medios de consumo, etc. El arraigamiento del pequeño propietario es mucho más fuerte que el del mediano o grande. Por ello son mucho más difíciles las medidas aconsejadas de concentración de pequeños predios para lograr una unidad satisfactoria de tipo familiar. En muchos casos propietarios minifundistas tienen suficiente tierra distribuída en varias parcelas, casi siempre distantes unas de otras; las compensaciones correspondientes para que cada propietario convierta su tierra en una sola unidad son sumamente difíciles, pero es indispensable hacerlas; ya sea procediendo a la refundición de los minifundios, al traslado de agricultores, a la formación de cooperativas de producción, o bien mediante sistemas adecuados de recomposición de la propiedad rural.

7º La Ley de Reforma Agraria debe autorizar al Gobierno a expropiar y redistribuir tierras de propiedad particular, pero únicamente cuando sus dueños no cumplan con su función social, en acatamiento al precepto que en materia de propiedad estatuye nuestra Carta Fundamental, que la propiedad es una función social que impone obligaciones; reforma que se inspiró en el concepto moderno que enseña que la propiedad, desde el punto de vista económico, es un medio de producción que interesa no solamente a su titular y beneficiario, sino a la sociedad entera, cuya vida contribuye a alimentar. Con este criterio fundado en el doble interés, social e individual, las leyes imponen cada día nuevos límites racionales al ejercicio arbitrario del derecho absoluto de dominio tal como se establece en la vieja definición de nuestro Código Civil, y de

esta manera es posible obligar al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo o cederlas al que puede trabajarlas porque el título de propietario lleva implícita la obligación de darle a su derecho una actividad social dentro de un sentido de solidaridad que conduzca al acrecimiento de la riqueza general.

La Ley tiene que considerar, como consecuencia lógica, contrarios a los principios del bienestar nacional, la existencia y mantenimiento de fincas incultas u ociosas, especialmente en las regiones de desarrollo económico.

Debe considerar, asimismo, contrarios al principio de la función social de la propiedad, los sistemas indirectos de explotación de la tierra, como los practicados por medio de arrendatarios, aparceros, etc. El arrendamiento de explotaciones agrícolas casi siempre puede traducirse en el empobrecimiento de la tierra, en el agotamiento de pastos y en el deterioro general del predio, lo cual no sucede sino muy raras veces en la explotación hecha directamente por el propietario, pues éste tendrá inmediato interés en conservar sus predios en las mejores condiciones de productividad.

Si se quiere proteger a la propiedad rústica preciso es que se convierta en un oficio, una profesión o un cargo y es preciso tender, por todos los medios económicos y legales a realizar un estado social en el cual la función del propietario no sea concedida sino a aquellos que quieran realmente desempeñarlas, es decir, que hagan valer ellos mismos sus tierras.

De desear sería una reforma en lo tocante a las personas jurídicas, por su naturaleza de seres colectivos y consiguiente incapacidad económica para la explotación directa y conveniente aprovechamiento de sus propiedades agrarias importantes, sería de desear, para provecho de la agricultura, por interés social y por las mismas razones que se dejan expuestas, una reforma radical en el sentido de no permitirles la propiedad de otros bienes raíces que los que sean necesarios para el cumplimiento de su finalidad, y ello, siempre con la autorización del Congreso, ordenándose la expropiación de todos aquellos que, poseídos actualmente, no sean indispensables para el inmediato cumplimiento de su fin.

8º—El propósito fundamental de la Reforma Agraria debe ser el de que se obtengan en el Ecuador todos aquellos productos que, adquiriéndose actualmente en el extranjero, puedan obtenerse y convenga producirse en nuestra República. Eso permitiría que se mantenga en la corriente circulatoria nacional con su beneficioso efecto multiplicativo, el dinero o su equivalente que, en la actualidad, se exporta por ese concepto.

9º—El establecimiento de verdaderas cooperativas de producción, distribución, venta y consumo, son normas que con-

tribuirían a elevar el nivel de vida de nuestra población campesina. No vamos a sostener aquí ni a probar que el cooperativismo sea la panacea para remediar todos los males que nos aquejan; pero sí estamos en capacidad de sostener y de demostrar que ese sistema honestamente aplicado, sí servirá para detener la pobreza, la miseria y las injusticias sociales.

En realidad el sistema en nuestro país ha tenido sus fracasos por múltiples razones no solamente de orden racial, sino aun social, económico y administrativo. Una de las grandes razones para no haber obtenido éxito el sistema entre nosotros, se debe a la falta de educación tanto de los dirigentes como de los socios de una cooperativa. Cuanto más crecen las organizaciones cooperativas, más dependen sus progresos de la capacidad de los funcionarios que las manejan. En nuestros días, las organizaciones que emplean a centenares y hasta millares de personas, necesitan una dirección hábil para poder desarrollarse, tanto desde el punto de vista comercial, como desde el punto de vista cooperativo. Es evidente que los empleados de estas asociaciones deben poseer una preparación profesional tan sólida como las de los empleados de las empresas privadas correspondientes.

En términos generales al fundarse una Cooperativa lo primero que se piensa, aun antes de legalizar su personería jurídica, es en el personal que se pondrá al frente de ella: y es allí donde precisamente reside el problema. Generalmente se busca a hombres conocidos en el campo político, a los amigos del gobernante de turno, lo demás no interesa. De allí que tengamos que lamentar muchas veces el fracaso aun en la iniciación, de cooperativas que pudieran ser de gran porvenir social para sus socios.

Las anteriores consideraciones nos llevan a otra conclusión: no importa tanto la bondad o deficiencia del proyecto de reforma en sí; lo que a la postre va a determinar el éxito de la Reforma Agraria o su fracaso, es la buena o desacertada orientación que vaya a tener el Organismo encargado de su aplicación, la dinámica funcional que sus dirigentes le vayan a imprimir y la exacta comprensión que del problema agrario ecuatoriano ellos poseen.

Por otra parte, los trabajadores de la tierra deben sentirse solidarios los unos a los otros para colaborar y dar vida a iniciativas cooperativistas necesarias para beneficiarse de los progresos científico-técnicos, para contribuir eficazmente a la defensa de los precios de los productos, para poder hacer llegar su voz al campo político y a los órganos de la administración pública; las voces aisladas casi nunca tienen hoy posibilidades de hacerse oír y mucho menos de hacerse escuchar.

El progreso del Ecuador entraña, tanto el crecimiento y distribución de la industria, para facilitar el aprovechamiento más eficaz de los recursos naturales y humanos, como la eliminación de la dependencia del monocultivo agrícola que aún subsiste en lo fundamental y es síntoma de nuestro inadecuado desarrollo económico. A este fin se deben dictar las normas que den estímulo a la industria, y que impulsen la iniciativa privada mediante los necesarios incentivos, la protección arancelaria, la política fiscal y la acertada distribución del crédito público, el privado y todas las formas de fomento industrial, a la vez que se encaminen al agro ecuatoriano por los rumbos del indispensable desarrollo.

Si el problema básico consiste en disponer de los suficientes bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades humanas, la única forma de satisfacer estas necesidades económicas del hombre, es producirlos en las cantidades adecuadas. Ningún sistema social y económico puede desconocer este planteamiento fundamental. Y, por lo tanto, nada lograríamos si repartimos tierras pero no dotamos a sus propietarios de los elementos físicos y económicos para beneficiarse al máximo de ellas, y, por ende, a todo el conjunto social.

Por otra parte, debido a las características especiales que presenta el Ecuador y a la diversidad de regiones y zonas, no se considera conveniente la adopción de fórmulas generalizadas en cuanto a la aplicación de un proceso de reforma de la estructura agraria. Sólo pueden dictarse normas generales que tengan diversa realización de acuerdo con las condiciones específicas de cada zona. Naturalmente el primer elemento necesario, consiste en un inventario general y calificado de las tierras. Luego, circunscribiendo a zonas agrícolas, debe estudiarse la integridad del problema, y entonces sí, la aplicación de los principios generales establecidos por la ley, nos dará las normas especiales, las medidas para cada zona. Es así el proceso de la reforma agraria, un proceso lento y cuidadoso, pero asimismo decidido y terminante, a fin de evitar los elevados costos sociales que involucran los procesos revolucionarios. Tenemos que contribuir todos a poner orden y señalar orientaciones allí en donde hemos estado acostumbrados a observar desquiciamientos caóticos y tercas irresponsabilidades.

Nuestro problema agrario, fundamento de todos nuestros problemas, como que no surge de la especulación de los jusfilósofos sino que los impone la realidad social, la Sociedad en que vivimos, tiene un indiscutible fondo sociológico, que hemos de captar en toda su complejidad si queremos hollar, aun medianamente, esa realidad social que es la vida de campo con sus interesantes facetas: la vinculación del suelo, la

formación de grupos de caracteres propios, el éxodo campesino, la conciencia de clase, etc., etc. La política de mimetismo seguido muchas veces, tomando leyes de cualquier país para resolver al azar un problema nacional, nos ha dado, además de una falsa conciencia nacional, un lamentable desvío hacia las formas más extravagantes de conducir hombres y gobernar pueblos.

Todo cuanto se experimenta ahora en el mundo; todos los conflictos que se van agrandando y todos los problemas que se superponen en la realidad que se vive indican que hay urgencia completa de cambio y renovación; y lo aconsejado es ir en pos de las reformas, no con la simple retórica de promesas que se quedan en el aire o resultan engañosas, sino con el programa de realizaciones que se cumplen sucesiva y sistemáticamente.

La estructura económica, el analfabetismo y el rápido desarrollo de las ciudades condicionan la existencia de un proletariado rural, cuya condición es infrahumana; y si el proletariado rural no desencadena una revolución, su miseria, sin embargo, está frecuentemente en la raíz de los manejos revolucionarios de los otros ciudadanos.

La Reforma Agraria es considerada como un medio eficaz de dar a los pueblos y los hombres toda la justicia a que tienen derecho y poner fin a la condición proletaria de los campesinos.

El proletariado rural, para huír del pauperismo, emigra a las ciudades con el señuelo de la vida más fácil, o de actividad más remunerativa. De ahí se derivan la limitación del poder adquisitivo de las poblaciones urbanas y su reducción a la condición proletaria.

A pesar de que han transcurrido no sólo los años sino los siglos y a pesar de que hemos tratado de acumular nuevos conceptos e interpretaciones de la vida y de buscar nuevos métodos de acción y de organización, hemos de confesar que no hemos podido desprendernos de las ataduras del pasado que acaso siguen viviendo en el fondo mismo de nuestras conciencias. Se afirma muchas veces que en las bases económicas de nuestra realidad subsisten unas cuantas formas y estructuras de la época feudal, por ejemplo en lo que se relaciona con los problemas de la tierra. Así es en efecto, lo hemos repetido hasta el cansancio; pero no sólo aquella supervivencia contraproducente está en lo económico, sino también en lo espiritual. En la política pretendemos hablar de muchas cosas que se las considera nuevas o modernas al mismo tiempo que nos aferramos, acaso sin darnos cuenta, a las reglas y cánones del pasado. Practicamos una política tal como se la conoció y se la vivió desde la Colonia; una política de

individualismos y egoísmos por una parte y de intrigas palaciegas por otra. La política no es, no puede ni debe ser un fin en sí misma, sino un medio, un método, un instrumento. Si se hace política es sobre todo porque se necesita orientar y canalizar la marcha de los pueblos; guiarlos hacia metas de liberación completa en lo ideológico, lo económico y lo social. La política por lo tanto no debe contribuir al desconcierto o desquiciamiento; no debe ser foco de inquietudes sino plan de organización de la nueva vida.

Es menester una política de integración que combine los planes generales con programas o proyectos regionales, pero atendiendo al concepto de "región económica" y no al de región política o administrativa, criterio perjudicial y absurdo que estamos en la obligación de desterrar. Las regiones económicas entrañan un criterio de complementariedad que unirá la Sierra y la Costa, destruyendo las bases del regionalismo actual, sustentado en un vicio contrario a la Patria y a los intereses generales de la Nación. Una técnica económica tiene que desarrollarse por encima de ambiciones y de personalismos, sin los apasionamientos tan propios de las luchas políticas que se libran con la obsesión del poder, porque necesita servir a los fundamentales intereses del país en forma esbelta y respetable.

El aplazamiento de las soluciones sólo puede facilitar el éxito de la demagogia, es decir de aquello que debe quedar excluído de todo plan serio. Si no encontramos el punto de partida para seguir adelante, las inquietudes sociales sistemáticamente manejadas han de tener mayor gravedad en cada momento.

Así haremos buena obra de patria y ojalá que las ideas aquí expuestas puedan producir el mismo efecto a que aspira nuestra buena intención.

### 140.—Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional Ecuatoriano

La "Carta de las Naciones Unidas", suscrita por los representantes de cincuenta países, trae entre sus principios básicos la resolución de esos pueblos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre que viene constituyendo el dogma de las Constituciones que rigen los países cvilizados del Orbe desde que, inspirándose en los Pactos generadores del constitucionalismo inglés, se lanzaron a los cuatro vientos del Universo las declaraciones americana y francesa de los derechos del hombre, las cuales, a partir de 1789, vinieron a constituir el fundamento del Derecho Constitucional moderno.

En el Ecuador, desde que se independizó de España, la Constitución ha tenido en su dogmática el reconocimiento de los derechos del hombre, declaración que si en los primeros tiempos se circunscribió a los derechos de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión, en la época moderna las garantías constitucionales han extendido su contenido hasta el punto de agregar a aquellos derechos enumerados, otros de orden **económico, jurídico, cultural y social,** y en estos principios, que ya forman parte de la dogmática constitucional ecuatoriana, así como de la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", se han inspirado algunos constitucionalistas de la América Hispana.

No obstante la semejanza en el contenido y en la forma de las Constituciones que rigen a la América Española, debido a la igualdad de antecedentes históricos y de raza que formó dichos países, si es verdad que han establecido los derechos individuales clásicos, no todas han establecido la verdadera garantía de los derechos propugnados; pues, consideramos necesario que se concrete y defina, sin lugar a dudas, un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales competentes contra los actos violatorios de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley, porque, en verdad, la sola enunciación de derechos, aun cuando ello se haga por la Carta Fundamental, no es bastante para que sean respetados y cumplidos perfectamente; se requiere la vía expedita que convierta en realidad esos derechos, la acción eficaz que los ampare, garantice y proteja, acción que, por lo demás, debe estar a mano de los interesados para que ellos la hagan valer a su libre arbitrio, sin que su ejerecicio dependa, en manera alguna, del querer o de la voluntad de otras personas que no sean las mismas interesadas.

Desde la época más remota, los pueblos han estado vigilantes y en guardia para evitar el ejercicio abusivo del Poder Público y para oponerse a los dictados de la injusticia. Grecia nos dio ejemplo por medio de los **Eforos.** Roma se valió de sus **Tribunos** y del recurso **"Homine libero exhibendo".** España del **Justicia** de Aragón. Inglaterra y Estados Unidos establecieron al efecto el **Habeas Corpus,** Méjico y otros países hispanos, el Amparo, institución que contribuye a dar a Méjico el lugar de honor a que la Historia lo destina. En fin, tanto en los viejos tiempos como en los nuevos, la humanidad se ha preocupado por mantener intangibles sus derechos, y a este fin ha encaminado siempre sus mejores esfuerzos, porque sin esa garantía no puede haber tranquilidad social sino que reinan el temor y la inquietud en la sociedad. Los paises de América en su mayor parte se han limitado a establecer recursos para proteger la libertad individual solamente. En el Ecuador

existe el recurso de **Habeas Corpus**, circunscrito a garantizarle la libertad a la persona **detenida o presa** con violación de las garantías establecidas en resguardo de la libertad individual. No es únicamente la garantía de la libertad individual la que debe proteger el legislador; deben ampararse todas las garantías establecidas en la Constitución, porque todas son de suprema importancia y su integridad se requiere para que pueda mantenerse la dignidad del ser humano y el bienestar de la sociedad.

Por otra parte, garantizarle la libertad a la persona detenida o presa ilegalmente, no es suficiente para la protección de ese derecho; hay un sinnúmero de actos arbitrarios que sin envolver la detención o la prisión del individuo, sin embargo le restringen o cercenan el ejercicio amplio de aquella garantía. Así, el individuo ha podido ser privado de su libertad, decretarse la detención de acuerdo con las disposiciones aplicables, pero ese individuo pudiera sufrir vejámenes en su prisión legal, que sí implican una agravación de su situación jurídica, que vulneran su dignidad de ser humano y le impiden el disfrute de su tranquilidad.

**141.—La institución protectora debe inspirarse, por lo tanto, en los postulados básicos siguientes:**

a).—El acto puede implicar una acción u omisión, pero en su esencia, para que dé lugar a la protección, debe envolver la existencia de un agravio o el inminente temor de su realización; agravio que habrá de ser personal y directo. Por consiguiente, el elemento material debe generar la idea de ataque a las garantías ciudadanas, especialmente, y a cualquier precepto constitucional, en general, a fin de que él tenga toda la extensión requerida por los propósitos amparadores del recurso.

El acto arbitrario debe, por tanto, ser personal para que dé lugar al amparo, a la manera de como lo establece el derecho mejicano, pues, como dice el profesor Ignacio Burgoa, la necesidad de que el agravio sea personal, equivale a decir: "que recaiga precisamente en una persona determinada, bien sea física o moral. Por ende, todos aquellos daños o perjuicios en que pueda manifestarse el agravio, que no puedan reputarse como agravios desde el punto de vista constitucional, no originando, por tanto, la procedencia del amparo".

b).—Característica del amparo debe ser también su tramitación por la vía judicial, a fin de mantener la tuición controladora de la constitucionalidad encomendada a la Función

encargada de aplicar las leyes, ya que por perjudicial y contraproducente debe desecharse ese control por órgano político.

c).—Otro de los principios esenciales es el de la brevedad, por lo que la tramitación procesal debe consistir en plazos cortos y con simple audiencia o informe de la autoridad a la cual se atribuye la violación, hasta el extremo de que la negativa y aun el retardo por parte de dicha autoridad en suministrar la información requerida, apareje la presunción de culpabilidad y la prueba de la verdad de los hechos en que se funde el recurso. De modo que el principio de celeridad debe traducirse, en cuanto al procedimiento, en tres actos: presentación de la querella, por cualquier medio de trasmisión, incluso la presencia del quejoso ante la autoridad competente para exponer el agravio; requerimiento de información a la persona que se suponga autora del agravio, para que conteste en tiempo prudencial, y decisión del caso.

d).—El principio de tuición debe comprender la denegación o la concesión de lo pedido, estableciendo el fallo en la última hipótesis, y según el caso, un mandamiento prohibitivo del acto reclamado, o de ejecución del acto omitido o restablecimiento de la situación anterior, si el agravio se hubiese producido.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR OMNIUM SCIENTIA FUNDADA EN 1620 QUITO

## CAPITULO V

# DEL DERECHO ECUATORIANO

Sumario: 142.—División del Derecho Ecuatoriano: **Antiguo, Intermedio y Nuevo.**

### DERECHO ANTIGUO

143.—Derecho que regía en el Ecuador al declararse su independencia de España.— 144.— El Poder Legislativo estaba reconcentrado durante la época colonial en el Rey, Consejo de Indias. 145.—Ventajas e inconvenientes de estar el cuerpo legislador en Europa y los ciudadanos beneficiados con las leyes en América.— 146.—El derecho vigente en el Ecuador al emanciparse de España comprendía: 1º—Las pragmáticas, cédulas, decretos, ordenanzas del Rey comunicadas a las Indias por intermedio de su Consejo desde 1680 hasta 1810.— 2º—La Recopilación de Indias, formada en 1680.— 3º—La Novísima Recopilación de las Leyes de España, en 1805.— 4º—El Fuero Real, en 1255.— 5º—El Fuero Juzgo, promulgado en la primera mitad del siglo VII.— 6º—Las Partidas, en 1263 o 1265.— Derecho común que completaba la legislación.

### DERECHO INTERMEDIARIO

147.—Leyes patrias dictadas desde 1810 hasta la promulgación del Código Civil.— 148.—Objeto principal de dichas Leyes.

### DERECHO NUEVO

149.—Código y leyes que lo forman.— 150.—Idea general de la codificación.— 151.—El Derecho Nacional.— 152.—Antecedentes históricos y fuentes del Código Civil Ecuatoriano de 1860.— 153.—La codificación en Francia.— 154.—El Derecho Antiguo.— Naturaleza.— 155.—El Derecho Romano y el Derecho Germánico.— 156.—Los países de Derecho consuetudinario y los países de Derecho escrito.— 157.—Explicación

histórica de la división.— 158.—Costumbres generales y costumbres locales.— 159.—Redacción oficial de las costumbres. 160.—Reforma de las costumbres.— 161.—Consecuencias de la redacción.— 162.—Influencia de la costumbre de París.— 163.—Trabajos preparatorios del Código Civil.— Código de Napoleón.— 164.—Leyes de 25 de Octubre de 1855, de 25 de Noviembre de 1857, de 4 de Diciembre de 1860.— 165.—El Código Civil de 1860.— 166.—Método del Código Civil.— 167.—Plan del mismo.— 168.—Estudio de sus materias.— 169.—Diferencias entre el Código Civil de Chile y el del Ecuador.— 170.—Estudio comparativo entre el Código Civil nuestro de 1860 y el Código de Napoleón.— 171.—Juicio crítico general sobre el Código Civil de 1860.— 172.—Reformas que se han hecho sucesivamente al Código Civil desde su primera edición.— Comentario.

### 142.—División del Derecho Ecuatoriano

Desde el punto de vista histórico, el derecho ecuatoriano puede ser dividido en tres partes: 1º—El **derecho antiguo,** que comprende todas las leyes anteriores a nuestra emancipación política; 2º—El **derecho intermediario,** que comprende todas las leyes patrias dictadas desde 1810, hasta la promulgación del Código Civil el 4 de diciembre de 1860; y, 3º—El **derecho nuevo,** que principia en la última fecha y se compone del Código Civil, de los demás Códigos y de todas las leyes dictadas hasta nuestros días.

### 143.—Derecho Antiguo

España, predestinada por la Geografía y la Historia para unir dos mundos y dos edades por el genio inmortal de Colón, proyectó su luz y su sombra sobre las tierras de América.

El derecho del Tahuantinsuyo, incipiente y heterogéneo, y el derecho de Castilla, desarrollado y homogéneo, fecundaron las nuevas bases jurídicas de las colonias españolas. "La acción colonizadora-dice Niceto Alcalá Zamora en su libro "Nuevas Reflexiones sobre las Leyes Indias", descendió en lo político, se apoyó en lo religioso y utilizó lo social, formando una compleja red de jurisdicciones".

### 144.—Consejo de Indias

El cuerpo legislador de América fue creado por el Emperador en agosto de 1524. Se componía de un Presidente, ocho consejeros, un fiscal y dos secretarios. Todos ellos nombrados por la Corona que escogía personas capaces: ex-virreyes, obis-

pos que habían residido en América y oidores de Audiencias retirados, dignos de este merecimiento por su saber y experiencia.

Este cuerpo legislador se llamaba **Consejo de Indias,** y aunque su residencia oficial era la ciudad de Sevilla, debía hallarse siempre cercano a la majestad real para informarle cumplidamente en casos urgentes. El Consejo de Indias era el que, además de la legislación, proponía los altos funcionarios de las colonias.

### 145.—Sus ventajas e inconvenientes

Las ventajas e inconvenientes de estar el cuerpo legislador en Europa y los ciudadanos beneficiados con las leyes en América, saltan a la vista. Por de pronto, daba a la legislación excesiva uniformidad y atrofiaba las facultades de las colonias, para llegar un día a disponer de sus propios destinos. En cambio, impedía que una clase o raza determinada monopolizase la colonia, dictando leyes para su beneficio exclusivo, como ha ocurrido en nuestros días con muchísimas leyes que se han dictado y que la filosofía popular las ha denominado: "leyes con dedicatoria". Pero también podía el Consejo de Indias pecar por excesivo celo, defendiendo sólo principios abstractos y humanitarios, románticos. Y esto es lo que ocurrió. El Consejo de Indias pecó por bondad más que por malicia. Las leyes son todas magníficas en el papel, reflejan una filantropía casi mística, pero todas burladas por los mismos magistrados obligados a ejecutarlas.

### 146.—Derecho vigente en el Ecuador al emanciparse de España

Según lo expuesto ya en el capítulo III el derecho vigente en el Ecuador al emanciparse de España comprendía:

1º—Las pragmáticas, cédulas, decretos y ordenanzas del Rey comunicadas a las Indias por intermedio de su Consejo desde 1680 hasta 1810.

2º—La Recopilación de Indias, formada en 1680.

3º—La Novísima Recopilación de las Leyes de España, en 1805.

4º—El Fuero Real, promulgado en 1255.

5º—El Fuero Juzgo, en la primera mitad del siglo VII.

6º—Las Partidas, en 1263 o 1265.

El orden de prelación indicado es el que señala la ley 1ª, título 2 o libro III de la Novísima Recopilación.

De la importancia y contenido de dichas leyes hemos hablado en el capítulo III, incluso transcribiendo el texto de muchas de ellas.

Esos Códigos constituían, por tanto, la legislación privativa de la América española, la que se completaba con el derecho común y general de España al cual se refería expresamente la Recopilación de Indias en diversas leyes como las 1. a. y 2. a. del título I. o. y la 66 del título 15, libro II.

**147.—Derecho Intermediario**

Forman este derecho las leyes patrias, como hemos señalado, dictadas desde 1810 hasta la promulgación del Código Civil.

Desde el momento en que los pueblos que formaron la Gran Colombia y después se dividieron en tres Estados independientes, Venezuela, Colombia y el Ecuador, desconocieron la autoridad de la metrópoli, surgió entre gobernantes y gobernados el anhelo común de la legislación propia, última y verdadera afirmación de independencia y soberanía.

El cambio de gobierno y de instituciones políticas dejó subsistente, sin embargo, la legislación que no podía ser reemplazada en un día y el legislador aunque conociendo la necesidad de uniformar una legislación que no guardaba armonía con el nuevo orden de cosas y con las exigencias de una civilización cada día más adelantada, hubo de declarar vigentes, en lo que no se opusieran a la Constitución y a las leyes nacionales, las leyes substantivas y adjetivas que hasta entonces habían regido (Art. 188 de la Constitución de Rosario de Cúcuta, de 30 de agosto de 1821).

**148.—Objeto de dichas leyes**

Esos Códigos constituían, por tanto, nuestra legislación, con las modificaciones que sucesivamente se hicieron por nuestro Legislador, sobre diversos puntos importantes, como los siguientes:

1º—La abolición de los mayorazgos y vinculaciones, en 1824.

2º—La facultad de sacar aguas de los ríos, lagos, etc., y llevarlas por tierras de cualquier dominio, para usos industriales y agrícolas, en 1832. Institución importantísima, que fue después incorporada en el Código chileno y en el nuestro.

3º—La declaración de que la paternidad natural no podía establecerse en lo futuro sino por escritura pública o ante un juez y dos testigos.

Fuera de otras sobre procedimiento, sobre penalidad y algunas de carácter social y político, como las relativas a la abolición de la esclavitud y a la prohibición de la trata de negros, etc., expedidas desde 1821.

**149.—Derecho Nuevo**

Por orden cronológico y por su contenido normativo, el Código Civil de 1860 es la piedra angular del derecho nuevo que comienza el 1º de enero de 1861, en que dicho Código entró en vigor.

Vienen en pos de él, el Código de Procedimiento Civil, el primero expedido con este nombre, que empezó a regir el 10 de agosto de 1871; en 1878 otro, elaborado por la Corte Suprema, sobre la base del anterior, y con diversas modificaciones y agregaciones tomadas de algunos Códigos extranjeros (el Peruano de 1851, la Ley de Enjuiciamiento española de 1855, etc.).

En los años posteriores hubo nuevas leyes y reformas; y en 1871, el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, sancionado y promulgado por García Moreno, al mismo tiempo que el Código Penal substantivo.

Antes de la Independencia, regía en nuestro país el Código de Comercio Español de 1808; y, nacionalizado después de ella, como las otras leyes, siguió rigiendo hasta que la Asamblea de 1878 expidió el nuevo Código, que, sancionado y promulgado por el General Veintimilla, comenzó a regir desde 1882. Tuvo por base el mismo Código español.

En 1906 el General Alfaro nos dio un nuevo Código Penal, pero como el anterior, inspirado en las mismas ideas y doctrinas antiguas, y el Código de Comercio que rige hasta ahora, con muy pocas modificaciones.

Todos estos Códigos han sido revisados y adicionados en parte por diversas leyes especiales que se han ido dictando. La última edición que se ha hecho de todos ellos y más leyes de la República corresponde al año de 1960.

**160.—Idea general de la codificación**

La codificación consiste en "reducir una rama del derecho a una ordenación sistemática de reglas legales, y, en un sentido amplio, comprende tanto el hecho de reunir un conjunto de leyes y formar con las mismas un cuerpo orgánico, como hacer una ley nueva y única en sustitución de una anterior multiplicidad legislativa". (1)

(1) Demófilo de Buen "Introducción al Estudio del Derecho Civil".

Empleando la voz **codificación** en un sentido **restringido**, los autores precisan la diferencia que existe entre el concepto **código** y el concepto **recopilación**. Esta, según Demófilo de Buen, "es una reunión de varias leyes, dictadas en distintas ocasiones, cada una de las cuales conserva sustantividad no obstante su inclusión en un libro o conjunto de libros, realizada para facilitar su manejo", mientras el **código** es una ley única, de vastos contornos,, donde se agrupan en sistema un conjunto de normas jurídicas relativas a determinada materia.

En el orden histórico puede decirse que las recopilaciones preceden ordinariamente a la formación de los códigos. Cuando se han aumentado muchas leyes —dice Miraglia— se siente la necesidad de la compilación, la cual puede ser privada y pública, hecha según el orden cronológico o de fecha, o según el orden mismo de la materia. Después de la compilación se siente una necesidad todavía más elevada, la del código, que es el sistema o el organismo de las instituciones jurídicas. La **compilación** abraza varias leyes, que siguen siendo distintas; la **codificación** contiene una **ley única** que se extiende a gran parte del derecho. En tal sentido, realizada la codificación de la rama que nos ocupa, el **Código Civil** aparece como una **ley única**, cuyo contenido es la agrupación sistemática del conjunto de reglas de derecho destinadas a regir las relaciones civiles entre los miembros de la comunidad social.

La tendencia codificadora es observada por la historia desde tiempos antiguos. Ella puede tener causas diversas. Según Demófilo de Buen "puede imuplsarla el deseo de aclarar una masa confusa de preceptos, y de hacer así más inteligible el derecho vigente; o el anhelo de unificar una pluralidad legislativa de un determinado país, donde existen varias legislaciones; o la aspiración de sustituir de una vez un derecho injusto por un derecho donde se exprese un nuevo ideal de justicia". A las causas señaladas se puede agregar también el interés político. Particularmente, para las nacionalidades modernas de uniformidad legislativa, la obra de la codificación ha sido medio eficaz para robustecer y consolidar su unidad nacional. "La codificación —enseña Miraglia— puede mirar también a la educación de un pueblo y a la consolidación de su unidad". La importancia de la unificación jurídica como medio para alcanzar la unidad nacional fue señalada por el Libertador ante el Congreso de Angostura. "Para sacar de este caos nuestra naciente república —decía Bolívar— todas nuestras facultades morales no serán bastantes, si no fundimos..... **la legislación en un todo**.....". La codificación, que para Bolívar se presentaba con caracteres de

urgencia política, debía vaciar en ese "todo" el nuevo ideal de justicia, sustituyendo la **multiplicidad legislativa española** calificada por él de "enciclopedia judiciaria, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos españoles.....".

A fines del siglo XVIII y a principios del siglo XIX, la historia es sorprendida por una acentuada inclinación general de los pueblos civilizados hacia la obra codificada. El impulso se debe, entre otras causas, al auge intelectual de los principios filosóficos preconizados por la escuela racionalista.

Para la escuela racional, cuya influencia se dilató largamente en el tiempo y en el espacio, las reglas de derecho que forman las instituciones jurídicas no son sino producto de la **razón abstracta del hombre**, guiada en sus especulaciones por la **idea de lo justo**. Toda ciencia fue para esa escuela un sistema de conocimientos lógicamente deducidos de un supremo y único principio. Esta concepción, al invadir el campo de la ciencia jurídica, trata de sistematizar el derecho haciéndolo derivar de un supremo principio jurídico. De este postulado filosófico, que ninguna importancia daba al **elemento histórico** en la formación del derecho positivo, surge de manera directa y consecuencial la idea de recoger en códigos o cuerpos de leyes, en orden sistemático, la diversidad de leyes vigentes. El derecho se consideraba entonces como una creación de la omnipotencia del legislador y los códigos como la integral expresión de toda ciencia jurídica. Considerando como única fuente del derecho la **legislación**, ningún valor atribuía a la **costumbre** y a la **tradición** de los pueblos, los cuales, como **fuentes del derecho**, no tenían otra autoridad que la que le daba el legislador.

El liberalismo doctrinario de la Revolución francesa, con su característica originaria de intransigente reacción contra el pasado, hundió sus raíces en los principios de la escuela racional, cuyo influjo se hizo sentir en la Asamblea Constituyente, en la cual se decidió la codificación del derecho civil, que realizara después Bonaparte. La Revolución pretendía crear al Estado conforme a los dictados de la razón abstracta del hombre, del mismo modo como la escuela racionalista pretendía derivar las instituciones jurídicas de la mente de los legisladores, conforme a un riguroso encadenamiento lógico. La **Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano** fue resultado culminante de la doctrina racionalista, hasta el extremo de que muchos autores han considerado esa **Declaración** como una síntesis vigorosa de los principios de la escuela racional del derecho. El proceso no fue diferente en el Ecuador. Durante la época colonial la enseñanza del derecho adoleció de graves deficiencias. Uncida teóricamente a las

normas teológicas o referente sólo a la ley positiva, no prosperó una ciencia jurídica que hubiera podido contribuir a investigar las causas de inaplicabilidad del derecho indiano elaborado en la metrópoli. Sólo casos individualísimos y exóticos de juristas recorren meteóricamente el panorama de nuestra cultura durante los siglos XVI, XVII y XVIII. El derecho positivo era materia de importación. Las leyes llegaban hechas al Ecuador y la colaboración técnica colonial era insignificante.

El estudio del derecho quedó, pues, siempre al márgen de todo estímulo y su enseñanza privada de toda sistematización. Sin ambiente jurídico ni tradición fuerte alguna, no hubo otra resultante, después de la independencia, que la adopción de otros Códigos. Hasta ese momento habían seguido rigiendo las reales cédulas, las pragmáticas y las ordenanzas coloniales en diferentes materias, sobre todo en el derecho privado. Y librándose luego del predominio hispánico, se ingresó principalmente en la hegemonía cultural francesa. Los hombres de la independencia, imbuidos de las teorizaciones liberales francesas del 89, son los que patrocinan esta dependencia cultural con respecto a lo francés. Casi todos eran el producto de un romanticismo político americano y mostrándose persuadidos de que en Francia se lograba el ideal supremo del perfeccionamiento humano, aspiraban a resolver los agudos problemas políticos y sociales del continente americano mediante la adopción de esas nuevas creaciones culturales. De esta manera la idea de la codificación del derecho privado surgió entre nosotros amparada y alimentada por la tendencia racionalista imperante.

La reacción correspondió a la escuela histórica. "Contra el presuntuoso desdén del momento — dice **Giuseppe Carle**— que quería circunscribir toda la ciencia en unos cuantos artículos enumerados, la experiencia demostró bien pronto que la ciencia del Derecho, como las demás, no tiene otros confines que los del espíritu humano, ni puede realizar verdaderos progresos sino aceptando las enseñanzas del pasado como una base para alcanzar nuevas verdades".

La nueva escuela tiene el mérito de haber aplicado a la ciencia jurídica la **idea de la evolución histórica**, aparecida en el siglo XVIII y desenvuelta especialmente en los trabajos de **Vico** y **Montesquieu.**

Para la escuela histórica, el derecho —como el arte y la lengua— es un producto de la vida social, la cual es, a su vez, el resultado de la historia de cada pueblo. El fenómeno jurídico se presenta así como un hecho histórico y social, como la expresión de la conciencia jurídica de un pueblo determinado, que se desarrolla y se perfecciona al desenvolverse y perfec-

cionarse el pueblo mismo. El pueblo constituía para **Savigny** una **unidad espiritual** que abrazaba la sucesión de las generaciones, "el presente y el pasado". Conservándose el derecho de cada pueblo por la fuerza de la **tradición**, el ordenamiento jurídico vigente en una determinada época era para la escuela histórica la consecuencia del ordenamiento jurídico que había regido a ese pueblo en el pasado. De modo que, la más exacta comprensión del derecho positivo vigente dependía del conocimiento de la **tradición jurídica**, la cual adquirió para la nueva escuela la utilidad y el interés que ha conservado. La escuela histórica —dice Federico Julio Stahl— reconoce "como principio fundamental la correlación del derecho con la formación de la nación y con la conciencia nacional, la espontaneidad inherente de sus primeros orígenes y la ley de continuidad que rige su desarrollo". Mientras para la escuela racional la única fuente del derecho era la legislación, para la nueva escuela la costumbre es la **fuente originaria**, como producto espontáneo de la conciencia popular.

Estas ideas determinaron un cambio en el método relativo a la interpretación de las leyes y a la exposición del derecho. El **método dogmático** de la escuela racional, que había cautivado a los más célebres cultores **exégetas** de la ciencia jurídica, pareció por sí solo insuficiente a la escuela reaccionaria, la cual aportó en el orden científico el concepto de la valoración del elemento histórico y tradicional. Ese aporte daría amplitud no sospechada a la actividad interpretativa y a la exposición de la ciencia del derecho.

Célebre se ha hecho la polémica eminentemente filosófica sostenida por **Thibaut** y **Savigny** cuando el primero planteó el problema de la codificación general en Alemania. Los principios de la escuela histórica, sistematizados por Savigny, su más caracterizado representante, se opusieron a la tendencia codificadora.

En principio, la escuela histórica no rechazaba la idea de la codificación. El mismo Savigny admitía su posibilidad en ciertos casos. Señaladamente requería que la conciencia jurídica del pueblo hubiese llegado a cierta madurez en su desenvolvimiento. Esta madurez, o vocación del pueblo alemán para **elaborar** y **recibir** la obra legislativa no la encontró **Savigny** en la época en que **Thibaut** propuso la reunión de un congreso de juristas teóricos y prácticos para la elaboración de un código general común a toda Alemania. Para la escuela histórica el éxito de la codificación dependía de la oportunidad en que se hiciera. Sólo debía realizarse cuando la conciencia jurídica de un pueblo hubiese llegado a desenvolverse suficientemente en forma que permitiese su adecuada concreción en los códigos, sin que éstos obstaran la ulterior influencia del

derecho en la conciencia jurídica del pueblo. Para la escuela histórica, la codificación podría "o anticiparse a la conciencia jurídica del pueblo, sin que éste pueda entonces comprenderla y menos aplicarla, o ir a la zaga ante la conciencia del pueblo y entonces constituirá un obstáculo a la expansión natural y espontánea del derecho en el pueblo de que se trata. La obra de codificación en Alemania fue aplazada por el triunfo de las ideas de **Savigny.** A este retardo atribuyen ciertos juristas modernos el amplio desarrollo adquirido por el derecho alemán. La codificación general no vino a realizarse sino en 1896, sobre la base de la ley de 20 de diciembre de 1873, que dio al Reich competencia sobre toda la materia correspondiente al derecho civil.

### 151.—El Derecho Nacional

La concepción histórica condujo necesariamente a la teoría del **derecho nacional.** El derecho no era para la escuela reaccionaria producto de la evolución histórica de la humanidad, sino resultado de la evolución social de cada pueblo. El derecho brota instintivamente de la **conciencia nacional** de cada pueblo para satisfacer las necesidades de la vida social. "Inmanentes en el espíritu del pueblo-dice **Démofilo de Buen** siguiendo a **Savigny**-están los tipos ideales en los que el derecho positivo debe inspirarse y normalmente se inspira, los cuales a diferencia de los de la Escuela del Derecho Natural obtenidos por la razón, no son tipos iguales para todas las épocas y lugares, sino variables según los tiempos y las latitudes".

**Guiseppe Carle** ha descrito admirablemente el proceso de la formación del derecho positivo nacional de acuerdo con los postulados de la escuela histórica. "La conciencia jurídica de un pueblo-enseña el filosófo italiano-empieza a manifestarse en las **costumbres,** que son como la expresión espontánea de su instinto jurídico; encuentra luego un órgano más adelantado en la interpretación de los jurisconsultos, quienes, en cierto modo, concentran en sí mismo la conciencia jurídica de un pueblo, dando a ésta una forma más definitiva y precisa; últimamente, se concreta por un poder especial llamado poder legislativo, porque le corresponde recoger en preceptos más definitivos y determinados el derecho que se va elaborando en la conciencia del pueblo y en la interpretación de los jurisconsultos".

Siendo el derecho un producto del progreso social, la escuela histórica no podía aceptar para un pueblo la **recepción** de un derecho destinado a regir como producto de su conciencia jurídica a otro pueblo de diferente condición so-

cial, porque quizá lo que pudiera ser adecuado para un pueblo y producir para él óptimos frutos, podría, en cambio, ser completamente inadecuado a otro. El filósofo **Le Bon** afirma que las leyes que son excelentes para un pueblo pueden ser malísimas para otros. **Herbert Spencer** considera el derecho como producto natural del carácter de una nación.

La **herencia jurídica** de cada pueblo ha llegado a constituir un elemento esencial en la obra codificadora del derecho positivo. Si al hacer las leyes —observa **José D' Aguano**— no se tiene en cuenta la solidez del terreno ni el espesor de los cimientos, el edificio se vendrá abajo tanto más pronto cuanto más movedizo sea el terreno y más débiles los cimientos. No es posible destruir en un momento la labor de muchos siglos, ni puede tampoco construirse en un instante un monumento legislativo. El mismo autor, al observar que las sociedades modernas han surgido de las antiguas por vía de colonización o evolución enseña que cada Estado al heredar de la **madre patria** "una suma determinada de costumbres e ideas, las modifica poco a poco, imprimiéndolas un sello especial, que se cambia constantemente, pero que siempre tiene su base en el pasado". Es decir, los códigos deben tener su base en la vida real y en las condiciones históricas de cada pueblo, porque el fondo de las leyes y de las costumbres se halla constituido por aquello que ha ido acumulándose en el transcurso de los tiempos.

Muchos años antes de la sistematización de los principios de la escuela histórica en las obras de **Hugo** y **Savigny**, el filósofo francés **Montesquieu**, excluyendo la idea del pretendido **código ideal y universal** derivado a **priori** de la razón, había precisado con intuición genial el carácter del **derecho positivo nacional**. Las leyes positivas "deben ser de tal manera apropiadas al pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otra

Es preciso que esas leyes se amolden a la naturaleza del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien sea que ellas lo formen, como las leyes políticas, bien sea que lo mantengan, como las leyes civiles..... Deben estar en relación con la naturaleza física del país, cuyo clima puede ser frío, templado o tórrido; ser proporcionadas a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la **índole de sus costumbres**; por último, han de armonizar unas con otras, con su origen y con el objeto del legislador". (Montesquieu. "El Espíritu de las Leyes").

Si el filósofo francés, en vez de suponer al legislador creando el derecho positivo en forma que correspondiese a los factores y circunstancias que enumera, hubiera presentado el derecho positivo como el producto o resultado del progreso social en el cual influyen esas circunstancias o factores, habría dado una noción del derecho positivo nacional conforme a los principios de la escuela histórica y las enseñanzas de la moderna ciencia sociológica. Porque el derecho como producto de la realidad social e histórica comprende en síntesis la multiplicidad de esos factores y circunstancias. Sin embargo, sus observaciones acerca del carácter de las leyes positivas tienen el mérito de la importancia concedida a la **realidad exterior** en una época en que la razón abstracta del hombre parecía dominarlo todo.

Cuando trató de crear el sistema jurídico de la Gran Colombia (Ecuador, Colombia y Venezuela) el Libertador formuló con sorprendente sagacidad y clarísima visión de la realidad social e histórica la concepción del derecho positivo nacional, el cual no pretende que se derive de la razón abstracta de los legisladores, conforme a moldes predeterminados, sino de los factores y circunstancias constitutivos de la realidad histórica y social. En el célebre discurso que pronuncia en Angostura presentando la Constitución de 1.819, traza en el sentido indicado las normas directivas que deban guiar a los legisladores en la elaboración del derecho político; pero también aplicables al derecho privado. "¿No sería muy difícil —pregunta el Libertador— aplicar a España el Código de libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aún es más difícil adaptar entre nosotros las leyes del Norte de América. ¿No dice el **Espíritu de las Leyes** que estas deben ser propias para el pueblo que se hacen? ¿Que es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra? ¿Que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos? ¿Referise al grado de libertad que la constitución puede sufrir, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus **costumbres,** a sus **modales?** He aquí el Código que debíamos consultar....." Con su exclamación final el Libertador aventajó en la **dirección histórica** de su pensamiento al filósofo francés. Buscando ese **elemento político** que en la teoría de **Savigny** consiste en la dependencia en que debe hallarse el derecho respecto de la vida social e histórica, afirma la existencia de un "Código" que preexiste a la obra de los legisladores, el cual debía ser **consultado e interpretado** por los encargados de hacer las leyes. El Libertador fijó así a perpetuidad la concepción del **derecho positivo nacional,** público y privado.

Esa sed de mejoras en que entramos a los primeros albores de la libertad nos hizo acometer la empresa más difícil en el orden social, de codificar nuestras leyes, es decir, de revisarlas y reunirlas en un solo cuerpo, conciso y metódico, para coordinarlas y armonizarlas, para acomodarlas al nuevo estado de cosas. El Derecho civil es el que de una manera más intensa afecta al hombre y a sus relaciones íntimas, por penetrar en el ámbito de la familia, regular las relaciones entre los esposos, de éstos con sus hijos; por seguir a la persona en los distintos pasos de su vida, acomodándose a su capacidad, dando fuerza jurídica a sus actos y permitiendo que su voluntad rija todavía sus bienes y cuide de los hijos, cuando con la muerte se han extinguido las actividades del ser humano.

Las naciones adelantadas de Europa y América nos ofrecían en sus instituciones las formas modernas de la organización civil, las precauciones de los legisladores, las garantías de la justicia, los estímulos de la virtud y el trabajo.

Se quería escojer de entre la Legislación nacional y las extranjeras todo lo que conviniera conservar o acomodar con fruto a nuestras costumbres y circunstancias particulares: carácter general de los Códigos y deber necesario de los Legisladores. Y esto es lo que se hizo.

### 152.—Antecedentes históricos y fuentes del Código Civil Ecuatoriano de 1860

Las naciones indoamericanas adoptaron Códigos propios para librarse de la legislación española, a la cual estaban sometidas. Fue una obra lenta, laboriosa y difícil. El cambio del derecho escrito da siempre lugar a una gestación demorada, que se hace más grave en los países sin tradición jurídica propia, nacidos en época reciente a la vida de la libertad.

La fuente de la legislación chilena fue principalmente el Código Civil francés. También sirvieron de base a la reforma el Derecho Romano y el Español y algunos Códigos europeos, como el de Prusia y el de Holanda. Don Andrés Bello fue el autor del Código chileno. Trabajó el gran apóstol veinte años en esa obra magnífica, que fue revisada por una comisión de seis eminentes jurisconsultos de Chile. El Congreso de 1855 aprobó el Código y empezó a regir el 1º de Enero de 1857.

La reforma civil de Chile fue estudiada cuidadosamente por los legisladores ecuatorianos, quienes hallaron en la obra de Bello la más armoniosa condensación de las aspiraciones de los países americanos en relación con el derecho civil en aquella época.

Una idea general de la historia del derecho y de la codificación civil en los países cuyos códigos han servido principalmente de modelos al legislador ecuatoriano facilitará la comprensión del contenido y del espíritu del código civil que nos ha regido durante nuestra breve vida republicana.

Las codificaciones del 85 no nos han dejado ninguna huella escrita de la forma cómo trabajaron. No existen actas, ni memorandum, ni síntesis de las discusiones. El intéprete actual, por lo tanto, se ve obligado, ante la ausencia de los antecendentes del pensamiento de los autores del Código, a comparar nuestra ley con aquellas que tuvieron innegable influencia en la codificación civil de nuestra Patria. Del Derecho Romano, de la antigua legislación española y de la legislación indiana, nos hemos ocupado ya.

No excluímos el elemento nacional aportado por nuestros legislativos en la obra de la codificación civil.

### 153.—La Codificación en Francia

La historia del derecho francés se puede dividir en tres grandes períodos:

1º— El **antiguo derecho**, o sea el derecho anterior a la Revolución francesa, cuyo período termina el 17 de junio de 1789 con la constitución de la Asamblea nacional.

2º— El **derecho intermediario**, que comienza al terminar el período anterior y dura hasta la promulgación del título preliminar del código civil el 15 de marzo de 1803. (1)

3º— Y el derecho moderno, que se inicia al terminar el período anterior y comprende la codificación napoleónica y los demás actos legislativos promulgados hasta hoy.

### 154.—El Derecho Antiguo

Naturaleza.

Se caracterizaba por su diversidad. Al estallar la tempestad revolucionaria, si regida la Francia en toda la extensión de su territorio por leyes políticas comunes, no sucedía lo mismo en relación al derecho privado. A la unidad de la legislación política se oponía la **diversidad** de leyes civiles vigentes en el territorio de Francia.

---

(1) **Josserand divide también la historia del derecho francés en tres períodos, pero dice que el período del derecho internacional termina con la promulgación del Código Civil el 21 de marzo de 1804. Seguimos la división del Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade.**

Esa diversidad era la consecuencia de hechos históricos. Francia se hallaba dividida en distintas provincias que antes habían sido Estados independientes con instituciones jurídicas propias. Las provincias, en sus capitulaciones o tratados, habían estudiado la conservación de su respectivas **costumbres** en el momento de su sucesiva incorporación política a la Corona de Francia. Además, la sociedad francesa estaba dividida en **órdenes diferentes** que se regían por un **derecho particular.** El régimen de la sucesión de los nobles era, por ejemplo, distinto al régimen de las sucesiones ordinarias. Esta situación se agravaba con el particularismo jurídico existente aun dentro de los límites de una misma provincia, porque a menudo la **costumbre general** de un país de derecho consuetudinario compartía su imperio con las **costumbres locales** de sus ciudades, villas o aldeas. Todas esas circunstancias formaron la diversidad característica del antiguo derecho. (2)

### 155.—El Derecho Romano y el Derecho Germánico

A consecuencia de las invasiones de los pueblos germánicos, en el curso del siglo V se habían establecido tres reinos bárbaros en el territorio de la Galia (3). Este acontecimiento histórico puso en contacto razas y civilizaciones diferentes. Los bárbaros continuaron rigiéndose por sus **costumbres nacionales** y permitieron a los antiguos habitantes la **conservación del derecho** romano que los venía rigiendo. Este derecho estaba representado principalmente por las obras de los jurisconsultos clásicos del siglo III y por el Código teodosiano de 438.

El sistema seguido, aún después de la expansión de la monarquía franca, era el de la **personalidad de la ley,** según el cual **cada persona debía regirse por la ley de la raza a que pertenecía.** El galo romano se regía por el derecho romano así como el franco saliano se regía por la ley sálica, y lo mismo sucedía con el burgundio, el visigodo y los demás pueblos germánicos. "Nada importaba —dicen **La Serna** y **Montalvan**— que estuviesen reunidos en un mismo territorio y sujetos al mismo Monarca; sólo se atendía a la raza, y en un palmo de terreno solía haber varios individuos regidos por derechos diferentes". En el siglo XIX, Agobard, obispo del Lyon, observaba que cinco hombre reunidos se regían por leyes distintas.

---

(2) **Fueron elementos de unidad en esos períodos el derecho canónico, las ordenanzas reales y la doctrina.**

(3) **El reino de los Burgundios, el reino de los Visigodos y reino de los francos. Este último dominó los otros.**

Después de su establecimiento en la Galia los reynos bárbaros emprendieron desde el siglo V la redacción de sus **costumbres nacionales.** Varias fueron las causas que impulsaron a los bárbaros a reducir a escrito su derecho consuetudinario: la influencia de los romanos que vivían bajo el imperio del derecho escrito, la necesidad de fijar su derecho expuesto a corromperse en un medio nuevo y el deseo de facilitar la aplicación del sistema de la personalidad de la ley. Las costumbres redactadas recibieron el nombre de **Leges barbarorum.** (4)

Los reyes bárbaros se preocuparon también de la **redacción** de las Leges romanorum. La redacción tenía por objeto armonizar los antiguos textos del derecho romano con las nuevas necesidades de la práctica. Este fue el objeto de la **Lex Romana Wisigothorum** o Breviario de Alarico, con cuya colección de leyes romanas se proponía el rey de los visigodos Alarico II hacer que "desaparecieran las disposiciones injustas y se aclararen las oscuras y dudosas, de suerte que hubiera una regla segura para la pronta decisión de los pleitos". El Breviario de Alarico **abrogó la legislación romana anterior,** la cual se prohibió "alegar y recibir en juicio". Durante un año fue el código de los romanos en una extensa parte de la Galia; pero su influencia subsistió aún después de la caida de la dominación visigótica por el triunfo de Clodoveo en 507. Las disposiciones del Breviario de Alarico continuaron rigiendo en la práctica y su autoridad se extendió por toda la monarquía franca, aplicándose a los romanos como **ley personal.** En la región del Sur de Francia llegó a suplantar la **Lex Romana Burgundionum.** El Breviario de Alarico se ha denominado también **Corpus Theodosium** porque sus más notables disposiciones fueron tomadas del Código de Teodosio promulgado en 438, el cual se aplicaba en la Galia en la época galo-romana.

Pero en el curso de la historia se realiza una evolución trascendental. El derecho germánico y el derecho romano se dejan de aplicar como **legislación** escrita para continuar rigiendo en la práctica como **reglas consuetudinarias.** Ya en el siglo X —dice **Esmein**— cuando un litigante reivindicaba la ley sálica, burgundia o romana, como su ley personal, los jueces no consultaban el texto de la ley sino solamente los **usos** seguidos por los hombres que vivían bajo la ley invocada.

---

(4) **La Ley sálica, la Ley de los francos ripuarios, la Ley bárbara de los burgundios y la Ley bárbara de los visigodos. La Ley sálica sufrió poco la influencia del derecho romano y fueron contadas las disposiciones relativas al Derecho Civil.**

El cruzamiento de las razas había hecho difícil la determinación de la **nacionalidad** de origen, base para la aplicación del sistema de la **personalidad de la ley**, el cual había desaparecido lentamente para ser sustituído por el sistema de la **costumbre territorial.** En el Norte y en el Centro de la Francia fueron las leyes bárbaras. En el Mediodía de la Galia fueron las leyes romanas.

Posteriormente, en el siglo XII, las compilaciones de Justiniano, comentadas por los juristas de le Escuela de Bolonia, penetran en la Galia, y entonces la población del Sur de Francia recibe como legislación escrita el derecho romano que en parte ya seguía como derecho consuetudinario. En cambio se realizó en el Mediodía de la Francia "por el solo consentimiento de las poblaciones y sin una autorización del rey". En el Norte y en el Centro de la Francia las costumbres fueron resistentes a la influencia romana representada en el siglo XII por el derecho de Justiniano. Todo lo cual explica también por qué desde el siglo XIII los países del Sur de Francia se denominaban **países de derecho escrito** en oposición a los países del Norte del Centro llamados **países de derecho consuetudinario.**

La influencia del derecho de Justiniano fue extraordinaria no sólo en los países del Sur sino también en los países de derecho consuetudinario, donde ciertas materias como "los contratos, las tutelas y las acciones" fueron regidas exclusivamente por el derecho de Justiniano.

### 156.—Los países de Derecho Consuetudinario y los países de Derecho Escrito

El territorio francés desde el punto de vista jurídico se hallaba dividido en dos grandes regiones: **la región del Norte** y la **región del Sur.** Esta división ya definida en el siglo XIII subsistió hasta la Revolución francesa. Los países de **derecho escrito,** sin incluír la Alsacia, ocupaban aproximadamente las dos quintas partes del territorio francés.

Le región del Norte (y también la del Centro) comprendía los países de derecho consuetudinario, regidos por costumbres de formación popular impregnadas de **espíritu germánico.** La región del Sur comprendía los países de **derecho escrito,** regidos principalmente por el derecho romano. Según **Esmein** se encontraban, sin embargo, ciertos "islotes de derecho escrito en la zona consuetudinaria". Alsacia, por ejemplo, aunque situada en la región consuetudinaria era país de derecho escrito.

La división del territorio en dos regiones no tenía un carácter absoluto. Los países de derecho escrito poseían también ciertas costumbres locales, pero inspiradas en la tradi-

ción romana, a diferencia de las costumbres que regían en la zona del Norte, impregnadas de espíritu germánico. A la inversa, en los países de derecho consuetudinario, en caso de obscuridad o silencio de las costumbres se recurría al derecho romano.

La aplicación del derecho romano en caso de obscuridad o silencio de las costumbres fue motivo de discrepancia de los juristas antiguos. Según el sistema defendido por el jurisconsulto **Loyseau**, el derecho romano debía aplicarse como legislación **supletiva y obligatoria**. En cambio, según el sistema seguido por los jurisconsultos **Dumoulin** y **Coquille** se debían aplicar preferentemente "las costumbres vecinas", y en su defecto, el derecho romano, **no como ley obligatoria**, sino en virtud de su autoridad científica y en el concepto de **ratio scripta**. Este sistema era el admitido generalmente. Pero en los siglos XVII y XVIII la **Costumbre de París** que había adquirido extraordinaria preponderancia fue preferida al derecho consuetudianario. A esa costumbre se referían principalmente **Carlos Dumoulin** y **Guy Coquille**.

### 157.—Explicación histórica de la división

Los países sometidos al derecho romano se llamaban países de derecho escrito, porque la legislación romana aun en la época en que ella no se aplicaba sino como costumbre había sido escrita originariamente. Los países de derecho consuetudinario se denominaban así, porque el derecho germánico había penetrado en la Galia en el "estado de usos trasmitidos verbalmente" y conservados por la tradición, y si bien esos usos o costumbres fueron después reducidos a escrito con la redacción de las costumbres, el **carácter primitivo del derecho germánico no fue olvidado**.

El origen de la división puede explicarse por causas históricas. Las provincias meridionales fueron ocupadas por los visigodos y los burgundios. Estas ramas bárbaras en su carácter de pueblos federados habían recibido intensamente la influencia romana antes de penetrar en el Imperio. En cambio, las provincias del Norte fueron pobladas principalmente por los francos, la rama rebelde que mejor conservó sus antiguas costumbres, no obstante haber sido también pueblo federado. **Chenon** sostiene que los francos no se mezclaron con la población galo-romana y que a partir de Clodoveo se consideraron superiores a los antiguos habitantes. Según la feliz expresión de **Planiol**, desde el siglo VI el "Mediodía era latino" y el "Norte, casi germánico". Si dominaba el derecho romano en el Mediodía de la Galia —dice **Laurent**— era porque las

ideas y las costumbres romanas habían creado allí profundas raíces, mientras que en las provincias del Norte la civilización latina había perecido por los golpes de los bárbaros y dado lugar al elemento gérmanico". Por estas razones las provincias del Norte y del Centro de la Francia resistieron la influencia del derecho de Justiniano en el siglo XII.

**158.— Costumbres Generales y Costumbres Locales**

Las costumbres resultan de usos prolongados durante cierto tiempo. En Francia, los usos de cada región con jurisdicción independiente habían llegado a formar "un cuerpo de doctrina y de soluciones que se distinguían de los usos seguidos en las regiones vecinas".

Las **costumbres territoriales** eran de dos clases: las **costumbres generales**, que regían en toda le extensión de una provincia; y las **costumbres locales** que solamente se aplicaban en **casos particulares y en la reducida circunscripción** de ciertas ciudades, villas o aldeas. Por consiguiente, las costumbres locales representaban una derogación de las costumbres generales en casos particulares. No obstante la redacción oficial de las costumbres subsistió hasta la Revolución francesa **sesenta costumbres generales y trescientas locales.** De las primeras había veinte que llevaban nombres de provincias y cuarenta con nombres de grandes ciudades.

**159.—Redacción oficial de las costumbres**

Hasta mediados del siglo XV no habían sido reducidas a escrito.

La prueba de las costumbres en los países de derecho consuetudinario se hacía mediante el procedimiento especial denominado **"enquétes par turbes"**, organizado por una Ordenanza de San Luis en 1520. La turbe era una especie de jurado en cuya formación entraban ordinariamente diez personas ancianas. Estas prestaban juramento de decir todo lo que habían **visto y entendido** en relación a la **costumbre** que se deseaba probar. Después "se reunían en un lugar secreto para deliberar y hacían conocer enseguida el resultado de su deliberación".

La incertidumbre y la variabilidad de las costumbres eran "manantial de procesos y de dificultades para los jueces". Por lo cual, los Estados generales reunidos en Tours, expresando el sentimiento de la nación, pidieron la redacción de las costumbres. Esa ordenación fue ordenada por Carlos VII en el Art. 125 de la Ordenanza de Montil-les-Tours. Debían reducirse a escrito las **costumbres, usos y estilos** del reyno. El pro-

pósito era abreviar los procesos y evitar que se dictasen decisiones contradictorias.

No se procedió inmediatamente a la obra de la redacción oficial de las costumbres. Todavía en 1468 los Estados generales pedían el cumplimiento de lo ordenado por Carlos VII. En 1495 Carlos VIII nombra una comisión de ocho miembros con el objeto de recibir y examinar los proyectos elaborados por los funcionarios reales. Según lo dispuesto, las observaciones de los ocho miembros debían ser sometidas al Presidente del Parlamento de París, quien estaba obligado a discutir las observaciones con los ocho miembros de la comisión y con otros consejeros del Rey. Este sistema era complicado y obstaba el progreso de la redacción de las costumbres, por lo cual fue simplificado en 15 de marzo de 1497.

Según el nuevo procedimiento, después de examinados los proyectos, la comisión de los ocho miembros designaba dos comisarios, los cuales se trasladaban al territorio donde se aplicaba la costumbre que se deseaba redactar. A los dos comisarios les correspondía dar a la costumbre la redacción definitiva después de una discusión contradictoria en una Asamblea compuesta por los tres representantes de tres **órdenes** (La Nobleza, el Clero y el Tercer Estado). Los hombres de la ley figuraban a menudo como representantes del **tercer orden**). El nuevo procedimiento dio el resultado que se esperaba. Mencionaremos solamente las principales costumbres redactadas: la Costumbre de París fue promulgada en 1510, la Costumbre de Orleans en 1509 y la Costumbre de Bretaña en 1539. (En **Planiol**, "Tratado Elemental de Derecho Civil" se puede consultar la lista de las costumbres redactadas).

### 160.—Reforma de las Costumbres

En la segunda mitad del siglo XVI. La primera redacción había sido hecha con demasiada rapidez y con poco estudio de los textos: las costumbres redactadas dejaron numerosas lagunas y artículos obscuros. Estos vicios provocaron las críticas de los jurisconsultos **Dumoulin y D' Argentré.** Este último impulsó a los Estados de Bretaña a pedir la reforma de la redacción de sus costumbres en octubre de 1574. Dos años después, en 1576, los Estados generales de Blois pidieron la reforma general de las costumbres para el resto de Francia. El procedimiento empleado en la reforma fue el mismo que se había seguido en la primera redacción. Las Costumbres de París y de Bretaña fueron redactadas en 1580 y la Costumbre de Orleans en 1583.

Se debe observar que aun cuando las **costumbres** no podían probarse sino por su **redacción escrita**, el medio probatorio denominado **"enquetes par turbes"** subsistió hasta la Ordenanza sobre el procedimiento civil de 1667, obra de **Colbert**. Se continuó empleando para probar la existencia de las nuevas costumbres formadas después de la revisión oficial. Realizada la reforma, a la primera redacción se le dio el nombre de **ancienne coutume.**

### 161.—Consecuencias de la Redacción

El **derecho consuetudinario** se convirtió en **derecho escrito**, adquiriendo la **estabilidad y fijeza** de las leyes. Después de la redacción las costumbres se transforman en verdaderas leyes escritas que derivan su autoridad no sólo del consentimiento tácito de las poblaciones sino que también de la autoridad real que las decretaba. "Las costumbres resumidas y aprobadas —dice **Laurent**— eran otros tantos **códigos locales**; estaba prohibido a los abogados proponer y a los jueces admitir **otras costumbres** que las que se habían escrito a pedimento de los Estados y por orden del rey. Desaparecieron así, en cada país, las costumbres locales que no se habían hecho valer en la oportunidad de la publicación de la respectiva costumbre general.

Además, las costumbres fueron uniformadas en ciertos puntos, pues los mismos comisarios nombrados para la revisión de diferentes costumbres terminaron por hacer que prevalecieran en ellas sus puntos de vista personales. De otra parte, el derecho romano que se aplicaba para suplir las lagunas del derecho consuetudinario perdió su tradicional influencia ante la preponderancia adquirida por la Costumbre de París. En fin, la redacción oficial provocó los comentarios de los grandes jurisconsultos, los cuales formaron esa literatura de derecho consuetudinario, que tanta influencia tuvo después en el Código Civil de los franceses. **Esmein** la considera como fuente principal del derecho privado de Francia. Ciertos juristas en sus exposiciones doctrinarias trataron de dar al derecho francés una fórmula general señalando en sus comentarios los principios comunes de las diferentes costumbres. Elaborando en sus obras el derecho común consuetudinario esos juristas prepararon la futura unificación del derecho privado.

Transformado el derecho consuetudinario en derecho escrito, desaparecieron la incertidumbre y la variabilidad de las costumbres; pero nó su pluralidad. Este inconveniente subsistió agravado —según el parecer de **Planiol**— porque al fijarse

las costumbres por su redacción se las privaba de la facultad de acercarse unas a otras, lo cual dificultaba la unificación precisamente en el momento en que la "unificación política de Francia daba a su derecho una tendencia a la unidad".

### 162.—Influencia de la Costumbre de París

La primera redacción no comprendió sino usos locales y tenía solamente ciento noventa artículos, reformada en 1580, sufrió la influencia del célebre jurisconsulto **Dumoulin.** En la nueva redacción, que fue mucho más clara, se suprimieron las disposiciones que tenían un carácter demasiado local, y a la vez se introdujeron "teorías tomadas de la doctrina y también de la jurisprudencia del Parlamento de París".

En los siglos XVII y XVIII la Costumbre de París era preferida al derecho romano en los países de derecho consuetudinario. El derecho romano no se aplicaba sino en tercer orden. La preponderancia adquirida por la Costumbre de París es explicable: París era la capital del reyno y desde el siglo XVI el centro de los estudios de derecho. Por estas razones —dice **Planiol**— la Costumbre de París fue considerada como derecho supletorio en la mayoría de las provincias cuando sus costumbres redactadas guardaban silencio. Pero la principal causa de esa preponderancia fue ciertamente la circunstancia de haber tenido esa Costumbre los más numerosos e ilustres comentadores.

### 163.—Trabajos preparatorios del Código Civil.— Código de Napoleón

Desde muchos años antes de la Revolución de 1789, se había formado el proyecto de dar a la Francia un Código Civil, pero sin que los ensayos hechos en este sentido alcanzaran resultado.

El violento contraste que existía entre el antiguo derecho francés y los principios proclamados por la revolución, indujo sin duda a la Asamblea Constituyente a insertar en la Constitución de 1791, un artículo que ordenaba la confección de un Código de leyes civiles que consagrara la unidad del Estado por medio de la uniformidad de la legislación e hiciera prácticas las tendencias igualitarias tan ardorosamente profesadas en las postrimerías del siglo XVIII.

La abolición de la reyecía trajo el Derecho intermediario, en que con numerosas leyes no siempre bien meditadas, se trataba de corregir el derecho antiguo vigente hasta entonces. Esta contradicción entre la legislación monárquica y la

legislación republicana, que no podía mantenerse mucho tiempo, impulsó la obra de la codificación general. Los trabajos empezaron en la comisión de legislación de la Convención Nacional. Cambacéres redactó el primer proyecto de Código Civil, que fue rechazado porque no seguía del todo las tendencias innovadoras del nuevo orden de cosas. El mismo Cambacéres redactó otro proyecto, que apenas si llegó a discutirse, por haber cesado el funcionamiento de la Convención con la organización del Directorio.

Dos años después Cambacéres presentaba un tercer proyecto a un consejo formado por quinientos miembros, filósofos y juristas de todo género, que no avanzó gran cosa en su estudio. La ley de 19 de brumario del año VIII, suprimió el Directorio y confió la preparación del Código Civil, a dos consejos, de los Ancianos y de los Quinientos. Ese año Bonaparte llega a ser en realidad el jefe omnipotente del Estado, y las dificultades con que hasta entonces había tropezado la discusión fueron salvadas, con la disolución del Tribunado y con la formación de uno nuevo, compuesto de personas enteramente adeptas a los deseos del Jefe Supremo de dar pronto término a la elaboración de la obra.

Gracias a esta simplificación, el trabajo se reanudó el año X y se fue despachando en forma de leyes separadas hasta el número de treinta y seis.

La discusión del Código Civil, decía Mr. Camus, citado por Locré, presenta a los ojos del filósofo un drama en extremo interesante, y a veces picante por el carácter de los personajes que toman parte en él.

La discusión se establecía entre jurisconsultos, los unos del país regido por el derecho consuetudinario, los otros del país del derecho escrito; legistas, administradores, financistas, personas que no tenían ningún conocimiento de las leyes, sino ideas sanas y rectas, formadas sea en la naturaleza, sea en la experiencia.

A esta diversidad de talentos que resulta de los estudios y de las ocupaciones de los actores, es necesario agregar las diferencias que vienen del carácter de las personas y de todos esos matices que se notan entre los hombres que viven en sociedad. Siguiendo el curso de la discusión es fácil observar cómo cada uno conserva fielmente el carácter que ha mostrado al principio; pero lo que es más digno de observación es la extrema influencia que tienen sobre los hombres el género de vida al cual ellos se entregan, sus estudios, sus ocupaciones habituales y las funciones que llenan.

La acción dominante del primer Cónsul pudo, pues, vencer las resistencias propias de la trascendental innovación que en el antiguo orden de cosas significaba el Código Civil, re-

sistencias que se manifestaron aún en el seno del primer Tribunado y que sin la autoridad un tanto arbitraria de Napoleón, pudieron hacer fracasar la obra.

Napoleón, dice Thiers, contribuyó de dos maneras decisivas a la confección de nuestros códigos, determinando el grado de innovación e impulsando la obra a término.

Vivamente controvertida ha sido la influencia que en la elaboración del Código tuvo el Primer Cónsul, de quien el mismo Thiers, dice "que no tenía sino la instrucción que es posible recibir en una buena escuela militar"; pero nadie niega que sólo su poderosa voluntad pudo impulsar la obra hasta llevarla a término y vencer las resistencias del Tribunado en cuyo seno se encontraban un buen número de hombres dominados por un porfiado espíritu de oposición, y a quienes Napoleón calificaba de "metafísicos buenos para arrojar al fuego".

El 30 de Ventoso del año XII que corresponde al 21 de marzo de 1804 se promulgó la ley que ordenó la reunión, en un solo cuerpo de leyes, bajo el nombre de **Código Civil de los franceses**, de los diversos títulos votados como leyes especiales en el curso de los años precedentes, realizando así el voto emitido por la Asamblea Constituyente de 1791.

El indicado título no se mantuvo mucho tiempo. El Gobierno imperial reemplazó a la República, y fue necesario poner el Código en armonía con el nuevo orden de cosas. El 3 de septiembre de 1807 se dictó la ley que aprobaba la nueva edición del Código y en ella se le dio por primera vez el título de **Código de Napoleón.**

Las modificaciones introducidas en esta edición fueron en realidad muy escasas y se redujeron principalmente a cambiar las palabras República por Imperio, Primer Cónsul por Emperador.

**Bigot Préameneu** en la exposición de motivos de esta ley decía: "El Código de Napoleón es una especie de arca santa por la cual daremos a los pueblos vecinos el ejemplo de un respeto religioso". Este espíritu dominó en la Asamblea; se mantuvo substancialmente el texto primitivo y prefirió dictar leyes especiales sobre algunas materias en que la experiencia aconsejaba innovar.

La restauración borbónica no podía conservar el nombre de Napoleón en el título del Código. La Carta de 1814 mantuvo la fuerza obligatoria de este cuerpo de leyes designándolo con el nombre de **Código Civil.** La Ordenanza de 17 de julio de 1816, al autorizar la tercera edición del Código, le restituyó su antiguo nombre de **Código Civil.** Por fin en la víspera del segundo imperio, el príncipe Napoleón, Presidente ya de la República, hizo sustituir este último título por el de **Código**

**Napoleón**, dictando a este efecto un decreto que fue sancionado con fuerza de ley por la Constitución de 1852. "Al restablecer esta denominación, decía el decreto, no hace sino rendir homenaje a la verdad histórica".

El nombre oficial del Código Civil de Francia, es, pues, según la legislación vigente, el **Código Napoleón**, no obstante de que en la práctica, después de la caída del segundo imperio, se ha introducido la costumbre de llamarlo sencillamente **Código Civil.**

Vivamente controvertida —decíamos— ha sido la justicia con que se ha dado al Código el nombre de Napoleón.

En 1807, durante la discusión de la ley que consagró este titíulo, **Chabot de L' Allier**, justificaba en estos términos su adopción:

"La compilación de las leyes romanas, hechas bajo el gobierno de un príncipe que pensaba por medio de sus Ministros, que combatía por medio de sus generales, y que no tuvo ninguna participación en la obra que había ordenado hacer, no debería llevar su nombre.— Sin embargo, es la compilación de leyes lo que ha salvado a Justiniano del olvido.— De muy distinto modo ha pasado entre nosotros, señores; el mismo emperador es quien ha echado con sus triunfantes manos las bases de nuestras leyes civiles.— Constantemente se le ha visto asistir a la discusión en los Consejos, alumbrarlos y dirigirlos a la vez que por la profundidad de las ideas por la fuerza del razonamiento, y desenvolver a cada instante conocimientos que han dejado atónitos a los más consumados jurisconsultos, fijando los grandes principios de un genio creador al cual nada parece ser extraño.— Nuestro Código sí que es ciertamente el **Código Napoleón**".

En 1849 cuando las elecciones de 1848 alzaban ya sobre la Francia la figura de Luis Napoleón, decía **Thieriet**: "Escribir a la cabeza del Código el nombre de aquel de quien es el más bello título de gloria, de aquel que tomó en su redacción una parte tan real y efectiva ..... no sería sino aplicar la gran máxima **suun cuique tribuere**, dar a cada uno lo suyo".

El Código Napoleón, obra monumental que, por sí sola, inmortalizaría a la Francia y al primer Cónsul cuyo nombre lleva, sirvió de base principal al Código Chileno, como a casi todos los Códigos modernos; mas, lejos de constituír éste, como el de Bélgica y otros, una mera copia más o menos exacta de aquél, fue fruto de profundos estudios del Derecho Romano y el Español; de Pothier y otros expositores antiguos; de las luminosas discusiones con que, en el Consejo de Estado, en el Parlamento, en la Corte Suprema y el Tribunado, se elaboró el Código francés, y de los comentarios y críticas de los expositores de dicho Código. Con estos estudios, solucioná-

ronse en el proyecto de Bello varios problemas que a los intérpretes del Código francés tenían divididos en opuestas doctrinas; se llenaron muchos vacíos, y se introdujeron substanciales diferencias, ya en el plan general, ya en muchos importantes detalles, como ya lo veremos.

**164.—Leyes de 25 de Octubre de 1855, de 25 de Noviembre de 1857, de 4 de Diciembre de 1860**

Los autores del Código Civil francés tuvieron una eficacísima ayuda en las obras magistrales de los tratadistas que, como **Pothier**, fueron transformando los conceptos doctrinales en preceptos legales, siempre que motivos poderosos no les obligaban a acudir a otras fuentes de inspiración.

Los codificadores sudamericanos no podían encontrar todavía en sus países de tan reciente formación autoridades prestigiosas como las de los grandes jurisconsultos franceses; necesitaban, pues, otras guías, que no podían ser sino los Códigos Civiles que se habían elaborado en Europa, principalmente el Código de Francia, madre fecunda de vasta progenie, y después el italiano, que en realidad no es más que una edición mejorada del francés.

Tarea difícil era la de dar forma legal a la vastísima rama de Derecho Civil, en la que muchos elementos eran desconocidos en la América del Sur; pero por fortuna se encontraron jurisconsultos dignos de esa elevada misión, cuyo pensamiento, a la vez creador y organizador, se reveló en momentos imperecederos, de los que pueden enorgullecerse estos pueblos por los progresos logrados sobre sus congéneres de otros países.

En el Ecuador, como en todos los países, la legislación civil, vinculada al estado político, ha seguido a éste en sus diferentes variaciones. Durante el coloniaje, nos rigieron las leyes de España; y una vez proclamada la República como régimen político que orientara nuestros destinos, tenía que producirse una transformación radical en la legislación vigente hasta entonces, puesto que se alteraba, en gran parte, con ese cambio de régimen político, los principios fundamentales del derecho civil, y entraba el Ecuador, libre ya de la tutela política, en la serie de adelantos del derecho que se informaba en las múltiples necesidades de la vida moderna.

Ese anacrónico enjambre que constituían los Fueros, Ordenanzas, Pragmáticas, etc., emanados del Derecho Español, refundidos desde 1805 en la Novísima Recopilación, había que sustituírlos por una legislación propia, adecuada, no sólo al nuevo estado político, sino a las condiciones de la época.

Hasta el 1º de Enero de 1861 en que entró en vigencia el Código Civil del Ecuador, se expidieron las siguientes leyes relacionadas con esta materia:

a) La de 7 de abril de 1837 sobre hijos naturales;

b) La de marzo 28 de 1843 que permite nuevamente la libre estipulación de intereses;

c) La de junio 17 de 1843 y de 6 de febrero de 1846 sobre edificación de predios urbanos;

d) La de 21 de junio de 1851 que deroga las que permiten la libre estipulación de intereses;

e) La de septiembre de 1852 que fija la mayor edad a los 21 años;

f) La de 7 de octubre de 1852 que amplía la de 6 de febrero de 1846, relativa a la edificación de predios urbanos.

El Congreso ecuatoriano de 1837 encomendó a José Fernández Salvador la tarea de examinar el Código Civil de Bolivia con el objeto de saber si era adaptable al Ecuador; y ese distinguido jurisconsulto quiteño presentó el informe correspondiente, acompañando un dictamen favorable a la adoptación de aquel Código, con algunas alteraciones y supresiones, pero limitándolo al Libro I que trata del título preliminar y de las personas.

En el informe expresa Fernández Salvador que examinar el Código Civil de Bolivia, aprobado por la Soberana Asamblea Constituyente de esta Nación, por decreto de 15 de junio de 1831, "había alcanzado apenas a dar una lectura y compararlo rápidamente con el Código Civil de Napoleón, cuyas decisiones se han copiado literalmente con algunas alteraciones y supresiones".

En el informe cita Fernández Salvador a **Portalis, Domat y D' Agesseau**; y aun cuando no menciona la obra de **Locré,** indudablemente fue conocida por Fernández Salvador, ya que cita las discusiones sobre el Código de Napoleón fielmente insertas en la obra del sobredicho autor.

En el proyecto de Fernández Salvador se ha adoptado el mismo sistema del Código civil francés, que consta del título preliminar y de tres libros que tratan de las personas, de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad y de las diferentes maneras de adquirirla.

Este fue, por tanto, el primer proyecto de Código Civil ecuatoriano, que ni llegó a ser examinado por los Congresos.

El 26 de octubre de 1855 se expidió el decreto legislativo que ordena a la Corte Suprema de Justicia presentar un proyecto de Código Civil; y este alto Tribunal que en toda época y en toda situación, ha sido, siempre, paradigma de cultura y de patriotismo, en cumplimiento de la comisión que se le había encomendado, formuló el proyecto que comprende el

título preliminar y los libros que se refieren a los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones y lo envió al Ministro de lo Interior.

Este proyecto, que no se ha publicado, es en su mayor parte adaptación del Código de Napoleón, con ciertas modificaciones importantes provenientes, casi todas, de las ideas religiosas predominantes en el pueblo ecuatoriano; pues encomiendan las partidas del Registro Civil a los párrocos, no admite otro matrimonio que el católico, regido por el Derecho Canónico.

Enviado ya el proyecto, el Presidente de la Corte Suprema, Doctor Don Antonio Bustamante, en oficio dirigido en 21 de febrrero de 1857 al Ministro de lo Interior, se lee: "Después de trabajada y aún pasada a US. H. una gran parte del Código civil, para cuya formación se comisionó a esta Corte por un decreto legislativo, ha visto ella el Código que sobre la misma materia se ha dado ya a la República de Chile y se halla actualmente en observancia".

"Sabíase desde muy atrás que en esa República, hermana nuestra, de idéntica progenie, de lenguaje, costumbres y de legislación idéntica, sintiendo como nosotros la necesidad de reducir a un solo cuerpo de los varios en que están esparcidas las leyes que arreglan el derecho privado; de mejorarlas con las luces modernas, y de atemperarlas a las instituciones y usos dominantes de América, había encargado la formación de esta obra a una muy respetable comisión poniendo a su frente al sabio, señor don Andrés Bello, muy conocido y apreciado en el mundo literario".

"Rica esta comisión de variados y profundos conocimientos, dueña de todo el tiempo que ha querido darse, y no dividiendo su atención, como la divide esta Corte, en varias y complicadas materias forenses, ha entresacado lo mejor de los Códigos europeos más acreditados, lo ha apropiado a los hábitos de nuestro hemisferio, y lo ha ordenado todo bajo un plan sencillo y métodico".

"La Corte, que no abriga sentimiento de orgullo y vanidad; y que cree que no hay mengua alguna en adoptar lo bueno que se encuentra hecho, no ha vacilado en volver sobre sus pasos, dando de mano a sus trabajos anteriores, y se ha contraído a examinar detenidamente dicho Código. De este examen ha resultado la convicción de que su plan es preferible al que se había trazado la Corte, y que sus doctrinas y aun su estilo podían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieran necesaria".

"Así lo está haciendo la Corte, y hoy tiene la satisfacción de remitir, por mi órgano, el título preliminar, del men-

cionado Código que ha revisado hasta aquí, para que el Consejo de Gobierno contraiga a él sus observaciones, más bien al que se tenía pasado antes de ahora".

Sometido el preyecto de Código civil de Chile al Congregreso ecuatoriano de 1857 fue aprobado el 25 de noviembre del mismo año y sancionado por el Vicepresidente de la República, el 6 de marzo de 1858; pero no llegó a promulgarse, como lo exigía la Constitución vigente, y en consecuencia no tuvo fuerza obligatoria.

El 4 de diciembre de 1860 la Junta de Gibierno expidió el decreto en que disponía que el Código Civil empezaría a regir en toda la República el 1º de enero de 1861; y por consiguiente esta es la fecha en que el Ecuador tuvo su primer Código civil que había anhelado desde 1837.

Nuestro ejemplo fue inmediatamente acogido por Colombia, en donde se adoptó también, con pocas modificaciones, el Código chileno; y a casi todos los países de la América española, que después han formulado sus Códigos, ha proporcionado el de Chile una norma apreciable y un valioso caudal de doctrina.

### 165.—Método del Código Civil

En orden al método y plan del Código Civil, cuestión tan debatida hoy por los expositores sobre la materia, debemos hacer las siguientes consideraciones:

Acerca del primero, esto es, el procedimiento a seguir en el estudio o la aplicación del derecho, tenemos que observar que la escuela **racionalista**, que trataba de imponer los principios filosóficos como única base de la ley, y la **histórica** que, protestando contra la primera, ponía en las tradiciones la única fuente de las normas jurídicas, han llegado a predominar de un modo ecléticó en las direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, de modo que las obras legislativas modernas se inspiran para la confección de las leyes en la razón y en la experiencia: la razón, como dice Aramburu, para ordenar y depurar los resultados de la experiencia; la experiencia para comprobar y aquilatar los hallazgos de la razón esto es, que, según la teoría de Montesquieu, el derecho necesita fundarse conjuntamente en la experiencia de los pueblos y en las meditaciones de los pensadores.

Después de estas dos escuelas y de la eclética, que predomina hoy, han surgido para el método del derecho, la del logicismo, sustentada por **Stammler, Kelsen** y la escuela vienesa y la del eticismo, defendida por **Lask, Radsbruch, Shelera,** que, adoptando ambas las diferencias directrices de la razón

natural y de las tradiciones históricas en la confección del derecho, buscan explicar cómo hayan de desenvolverse ambas doctrinas, qué alcance tienen la lógica o los principios de ética en la interpretación filosófica del Derecho. "Singularmente la especulación presente, dice **Recasens Siches**, gravita sobre esta discusión entre **logicismo y eticismo**: es decir, sobre si la Filosofía del Derecho se construye meramente con ingredientes de carácter lógico o sobre una base ética irreductible a aquellos".

Por otro lado, buena parte del método del estudio del derecho está constituído por la influencia del viejo derecho romano y por el sistema de interpretación de la letra de la ley. Existe hoy una predisposición contra el derecho romano en la inspiración de las legislaciones modernas, y otra predisposición contra el texto puro de la ley. **Sánchez de Bustamante** criticaba las fuentes enmohecidas del código civil cubano, que situaba en el derecho romano, "la legislación que ha tenido el mayor número de admiradores y de discípulos sobre la faz de la tierra, y que, a medida que van pasando los años y los siglos, merece que se piense en ella para modelo y para fuente de un estado social radicalmente distinto". La época contemporánea tiende a crear nuevas categorías de derecho distintas de la construcción romana para las nuevas situaciones de la vida actual; estamos "a las puertas de un período histórico en que el derecho toma tonos nuevos y la ciencia del derecho, primero, y las legislaciones más tarde, van a constituírse de un modo enteramente original y propio".

Cuanto a la interpretación de la ley restringida a la letra de sus preceptos, debemos observar que va cediendo el paso a la **interpretación extensiva** fundada en el fenómeno social, en la vida misma, a las primtivas soluciones uniformes, nacidas de textos y de tradiciones, progresivamente se sustituyen soluciones múltiples fundadas sobre actos jurídicos, sobre circunstancias de hechos, sobre hábitos individuales de las partes, estimando el juez más sabio seguir la infinita variedad de la vida.

De acuerdo con el método **extensivo** de interpretación, muchas legislaciones han confiado a los jueces oficio de legisladores. Tal la adopción del juez norteamericano, que juzga según la equidad y las circunstancias del caso que se presenta a su estudio y decisión, o la del juez suizo, quien, si encuentra insuficiencia en la ley aplicable al caso, juzga como si fuera legislador. Por último, el **problema social**, hondo problema que agita al mundo moderno, trastornador problema que pretende el derrumbamiento del régimen individualista y capitalista para sustituirlo por otro, eminentemente social, fun-

dado en un nuevo régimen económico, ocupa ancho campo en el estudio de las doctrinas actuales y es causa de profundas transformaciones en las legislaciones de todos los países.

### 166.—Plan del mismo

El plan seguido por el legislador ecuatoriano en el Código Civil divide a éste en un Título Preliminar en que, después de la definición de la ley, esmeradamente preparada por su autor, y silenciada generalmente en los Códigos modernos, consigna, a ejemplo del francés, varias reglas o principios de legislación aplicables a casi todas las leyes.

Después del título preliminar, divídese la materia en cuatro libros. Versa el primero sobre las **personas**, o sea sobre el sujeto del derecho; el segundo sobre los **bienes, su dominio, posesión, uso y goce**; el tercero, sobre la **sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos**; y el cuarto, sobre **las obligaciones en general y los contratos.**

La división de los cuerpos codificados civiles en personas y cosas arranca del derecho romano. Es la división tripartita de Gayo: personas, cosas y acciones; la división de los cuatro libros de las Institutas de Justiniano; y la de todos los Códigos calcados sobre ese viejo molde, como el español, el portugués y los de las repúblicas suramericanas. **Savigny** criticó el plan de **Gayo** y estableció uno en este orden: **derecho de las cosas, obligaciones, derecho de la familia y sucesiones.** Es el adoptado por el Código alemán. El Código suizo no tiene preliminar y se divide en **personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones.** En el sistema del derecho civil ruso se formó un código aparte con el **derecho de familia**, y el otro cuerpo de leyes contiene una parte general y la reglamentación de los **derechos reales, del derecho de obligaciones y del derecho de sucesiones.** El doctor **Comas**, catedrático de la Universidad de Madrid, propuso en 1895 la división del código civil en cinco partes: **del derecho civil y de sus fuentes, del sujeto del derecho civil, del objeto del derecho civil, del hecho jurídico y de la justificación de las relaciones jurídicas.** El doctor Aramburu, en sus Bases para el Código Civil cubano, critica esta división, encontrando inadecuada la quinta parte en el derecho substantivo e inocua la primera para los derechos civiles americanos, proponiendo, en consecuencia, el plan siguiente: **de los elementos de la relación jurídica, de la propiedad, de los contratos y de la familia.** Demófilo de Buen, en su introducción al estudio del Derecho Civil, juzga que todo código debe tener una parte general que contenga una teoría general del derecho subjetivo, y una parte especial

en la que, en el orden lógico, se regulen **el derecho de las obligaciones, los derechos reales, los derechos personales y los derechos sobre las cosas incorporales.**

Creemos que el título preliminar de nuestro Código Civil referente a principios generales de las leyes tiene más adecuado lugar en la Constitución nacional. Ya **Laurent** relata, en sus estudios del derecho civil francés, la crítica que le hicieron los propios legisladores franceses al código cuando fue sometido a la deliberación del Tribunado. "Los principios generales sobre las leyes, dice el Relator, no solamente conciernen al Código Civil, sino también a los demás Códigos; estas reglas deberían ser, pues, de una ley especial". **Baudry Lacantinerie** estima, que el título preliminar es una introducción a la legislación general de Francia más bien que al derecho civil, y que si se ha colocado al principio del Código es porque este código se considera con justo título como el monumento más importante de la legislación francesa, y en el orden de las fechas de promulgación fue el primero. Iguales razones dan **Víctor Thiry**, al comentar el Código civil belga, quien dice que el título preliminar contiene los grandes principios que dominan la legislación entera, no solamente el derecho civil, sino también las otras ramas del derecho, como el penal, el administrativo, el comercial, etc.

Esta inadecuada colocación del título preliminar en el código civil propiene, según otros autores, de la tradición romana, en cuya legislación el derecho civil, regulaba todas las relaciones privadas y públicas, esto es, existía un solo derecho que refundía en sí el mercantil, procesal, penal, internacional, etc. Pero, a medida que se ha ido delimitando el campo de aplicación de las distintas ramas del derecho público y del derecho privado, resulta ilógico comprender en una sola de ellas, el derecho civil, disposiciones que constituyen principios generales, que más encuadran en la Constitución. Si esas normas dicen relación a todo el derecho del Estado, y lo mismo han de aplicarse a las leyes políticas que a las procesales como a las sustantivas, siendo así condiciones comunes a la vida de toda ley, en ninguna otra deben hallar cabida más que en la Constitución, que es la ley primaria y fundamental.

Salvo esta observación referente al Título Preliminar, creemos que la división adoptada es la más conforme al plan del legislador en nuestro derecho civil. La tripartita del Código Napoleón es menos clara y metódica que la nuestra.

En el LIBRO PRIMERO tenemos la formal declaración, hasta entonces no consignada en ningún Código, tan fecunda en resultados, y muy superior a las ideas y preocupaciones de la época, de la perfecta igualdad entre nacionales y extran-

jeros, en orden a los derechos civiles; gloria imperecedera del Código Chileno, indebidamente atribuída por Laurent y otros expositores al italiano.

Comprende este libro las reglas generales concernientes al domicilio; al principio y fin de la existencia de las personas; al derecho de familia en lo tocante a las relaciones civiles, esto es, al matrimonio, las relaciones jurídicas de los cónyuges, la paternidad y la filiación, el estado civil, el derecho de alimentos y las tutelas. En la edición actual se incluye también, la adopción, institución jurídica de reciente creación en nuestro Código, conocida y practicada en Roma en los corrompidos tiempos del Imperio, en que la relajación de costumbres llegó a considerar preferibles los hijos adoptivos a los legítimos; puesta en moda desde que los Césares (Augusto, Tiberio y Claudio) encumbraron por tal medio a personas de ajena sangre; utilizada por muchos para obtener los beneficios de las Leyes Julia y Papia Popea, con la mira de multiplicar los matrimonios, concedieron a los hijos que tuvieran tres hijos varones la adopción en sus diversas formas (arrogación, adopción plena y menos plena), pudo encontrar un fundamento social en el carácter religioso de la familia romana, **que hacía necesaria la provisión, por título sucesorio, del sacerdocio doméstico, a fin de que en el ara de los lares y en las tumbas de los manes se perpetuase el culto vernáculo".**

De las leyes romanas pasó a las leyes españolas, siempre con su espíritu primitivo, aunque el **porfijamiento**, como le llamaban Las Partidas, se desvistiera del aparato simbólico de la institución romana; y de las españolas, pasó a nuestras leyes, como un apéndice en la regulación familiar.

Al fin, como complemento de la materia de las personas, viene un título especial sobre las **personas jurídicas**, que no figura en el Código Napoleón.

Cuanto al domicilio, distingue el político del civil; refiérese, en orden al primero, al Derecho Internacional, y hace depender el segundo, ora de la residencia con ánimo de permanecer, ora del estado civil de las personas.

Hecha la división de éstas en **naturales** y **jurídicas**, declara que el nacimiento fija el principio de la existencia de las primeras, siempre que la criatura viva siquiera veinticuatro horas después de separada completamente del claustro materno; punto en el cual ha habido tanta variedad en las legislaciones antiguas y modernas. La criatura que no nace viva o que no sobrevive veinticuatro horas, se reputa no haber existido jamás.

La existencia de las personas termina por la muerte natural. En lo tocante al derecho de propiedad, termina tam-

bién por la **muerte civil**, que consiste en la profesión solemne en un instituto monástico: anacronismo que no existe ya en ningún Código civilizado, y que, por incompatible, con nuestras actuales instituciones políticas y sociales, fue abolido en nuestro Código.

Trata en seguida del matrimonio, base fundamental del derecho de familia; y de acuerdo con las ideas que al tiempo de su elaboración imperaban, refiérese al Derecho Canónico, en cuanto a la forma e impedimento; lo cual ya no rige, como luego veremos.

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges; y esta sociedad que sufre excepciones en los casos de ejercer la mujer alguna profesión u oficio, de estar separada de bienes o divorciada, se regla por un capítulo especial, colocado en el libro cuarto. Es este capítulo, en substancia, una combinación del régimen dotal romano con el germánico de la comunidad, admitidos en el Código Napoleón.

Sigue la materia de los hijos. Son legtimos los concebidos durante el matrimonio de sus padres, y los legitimados por el matrimonio de éstos posterior a la concepción. La legitimación, admitida en todas partes, con raras excepciones como Inglaterra y algunos estados de Norte América, se efectúa, **ipso jure**, respecto de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él, y de los reconocidos como naturales, por ambos esposos, antes del matrimonio. Para los demás hijos nacidos antes del matrmonio, requiérese escritura pública de legitimación.

Los hijos ilegítimos se llaman **naturales**, si han sido reconocidos voluntaria y solemnemente por su padre o su madre o por ambos; de **dañado ayuntamiento, si son incestuosos, adulterinos o sacrílegos, y simplemente ilegítimos**, si no se comprenden en las dos precedentes calidades.

La familia natural que tuvo su consagración como institución amparada por el derecho en la ley romana, que la acogía bajo el nombre de concubinato, al ser concebido el matrimonio como un sacramento religioso, bajo la influencia de la iglesia, pierde su amparo, y constituye una situación personal de infamia para la mujer, y de deshonra para los hijos de la unón. Tal es el régimen de las Partidas (Partida IV, tít. 17, ley 2). Calcado nuestro Código Civil en el proyecto primitivo de Bello, todo su ordenamiento fue inspirado en el Código Napoleón, la legislación canónica y el antiguo derecho español; y bajo tales influencias dividió la progenie en la forma que hemos indicado. Pero la ley de 22 de noviembre de 1935, como luego veremos, incorporó en nuestra legislación civil mo-

dificaciones substanciales al régimen consagrado por nuestro estatuto en materia de filiación ilegítima.

En orden al complejo y debatido problema de la investigación de la paternidad, el legislador ecuatoriano no quiso adoptar el sistema prohibitivo del Código francés, y, separándose de tales influencias, adoptó el principio contrario, de la libertad de investigación. Al efecto, todo hijo nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente por sus padres, en la forma anterior, podía hacer que su padre o madre lo reconociera, haciéndole citar ante el juez para que, bajo juramento, declarara sobre la pretendida paternidad. Tal investigación podía solicitarla el mismo hijo natural personalmente o por intermedio de cualquiera persona que probara haber cuidado de su crianza. La maternidad ilegítima puede comprobarse por cualesquiera otros medios.

Sin que subsistan las razones que tuvo el Derecho Romano para diferenciar la **tutela de la curatela**, adoptó nuestro Código las dos instituciones sin establecer casi ninguna distinción entre ellas, y dando, sí, lugar a complicaciones.

Entre las curatelas figura la del **disipador**, establecida en el Derecho Romano, admitida en el español antiguo y moderno, sustituída en el Código Napoleón, después de interesante controversia, por el **consultor**, y omitida en el Argentino, el de Bolivia y otros.

El título final de las PERSONAS JURIDICAS, inspirado en las doctrinas de Savigny, tiende a llenar un vacío que se dejó en el Código Napoleón, si bien ha merecido críticas por ciertas imperfecciones y deficiencias.

Cuanto al sistema establecido por nuestro Código para la determinación del domicilio, debemos observar lo siguiente:

Unánimemente reconoce la doctrina francesa que las reglas del Código de Napoleón sobre el domicilio son vagas, deficientes y hasta contradictorias, y que como consecuencia de ello resulta con frecuencia muy difícil determinar el domicilio de una persona. Lo mismo puede decirse de las normas jurídicas contenidas en nuestro Código Civil. Distintas de las del Código Napoleón, no son ni más claras ni más precisas ni más armónicas que éstas.

Las ideas dominantes respecto de la determinación del domicilio general aparecen consignadas en los artículos 50 y 53 del Código Civil, edición actual, en los cuales el legislador ecuatoriano, en vez de adoptar el criterio del artículo 102 del Código francés que prescribe que el domicilio de todo francés está en el lugar en que tenga su principal establecimiento, instituyó que el domicilio consiste en la **residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella**

**y que el lugar en donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.**. Pero estas ideas dominantes ni aparecen allí completas ni son las únicas que el legislador suministra para la determinación del domicilio ni constituyen una determinación científica de este DOMICILIO LEGAL, DE DERECHO O DEPENDENCIA.

En cinco casos se encarga la ley de imponerle directamente el domicilio a una persona: a) De acuerdo con el Art. 64 el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno; b) Al tenor del mismo texto el que se halla bajo tutela o curaduría sigue el domicilio de su tutor o curador; c) Conforme al Art. 63 la mujer casada sigue el domicilio del marido, mientras éste resida en el Ecuador; d) Según el Art. 65 los criados y dependientes tienen el domicilio de la persona a cuyo servicio están cuando residen en la misma casa que ella; e) Los confinados retienen el domicilio anterior mientras conservan en él su familia y el principal asiento de sus negocios, al tenor de lo dispuesto en el Art. 56. Es de advertir que en la legislación francesa existe un sexto caso de domicilio de dependencia, el de los funcionarios vitalicios; pero entre nosotros al respecto sólo se consagra de manera general para todas las personas que aceptan un empleo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, una presunción sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en el lugar donde van a ejercer sus funciones.

**Domicilio de Origen**

Es el que se tiene en el momento en que se adquiere la capacidad de tener uno que sea personal y que se conserva hasta cuando se adquiere otro. No se confunde con el domicilio de dependencia porque éste es impuesto por la ley y aquél no. Pero casi siempre el domicilio de origen se determina por el de dependencia, como que al cesar éste la persona sigue teniendo ,en calidad de domicilio de origen, el mismo que el legislador le había impuesto, mientras no se opere un cambio de acuerdo con los requisitos que se verán más adelante. Así, el que está bajo patria potestad tiene como domicilio de dependencia el paterno hasta el día en que llega a la mayor edad. Ese día deja de tener un domicilio de **dependencia**, para tener como **domicilio de origen** el mismo que la ley le había impuesto hasta ese día mientras no intervengan las circunstancias en razón de las cuales puede operarse un **cambio de domicilio**. Por supuesto que si el que está bajo patria potestad ejerce empleo o cargo público o profesión liberal u oficio en lugar distinto del domicilio de su padre, podrá tener, ade-

más del domicilio de dependencia, un domicilio propio para todo lo concerniente al respectivo empleo, profesión o industria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 261, 262 y 265 del Código Civil, y entonces será este último su domicilio de origen. Desde luego, no es necesario siempre, para determinar un domicilio de origen, remontarse hasta el día de la mayor edad de la persona. Basta que ella —como en el caso de la mujer casada, o como en el caso de los criados o dependientes— haya tenido en un momento cualquiera, un domicilio completamente cierto. Al cesar la imposición legal en razón de la cual esa persona tenía un determinado domicilio, ella conserva el que tenía en ese momento, pero ya no como domicilio forzado e impuesto por el legislador. Por eso se ha dicho que el domicilio de origen es el **antiguo domicilio cierto del interesado, que se presume conservado por éste,** salvo prueba de la adquisición de un domicilio nuevo.

Pero si bien es cierto que el domicilio de origen, por lo ya dicho, se determina casi siempre por el domicilio de dependencia, hay veces en que esto no es posible. Falta ese criterio de determinación del domicilio de origen especialmente en los siguientes casos: a) Cuando se trata de extranjeros; b) Cuando es dudoso o desconocido el domicilio de las personas de quienes dependía el individuo cuyo domicilio de origen se trata de determinar. En estos casos se presenta la necesidad de otro criterio para la determinación directa del domicilio de origen y es entonces cuando tienen especial aplicación los Arts. 53 y 60 del Código Civil. No está por demás advertir que el domicilio de origen no se determina necesariamente por el lugar de nacimiento, porque la madre ha podido dar a luz fuera de su domicilio; que el domicilio de origen no es tampoco necesariamente el primer domicilio que se ha tenido porque el menor que sigue el domicilio paterno cambia de domicilio de dependencia tantas veces como cambie el suyo propio la persona bajo cuya patria potestad está. La determinación del domicilio de origen reviste capital importancia porque se presume, hasta prueba en contrario, la conservación de tal domicilio.

**Domicilio de adquisición o voluntario.— Cambio de domicilio**

El domicilio de adquisición es aquel que una persona escoge libremente cuando es apta para tener un domicilio propio, es decir, cuando no está en algunos de los casos que impone un domicilio de dependencia. Este es el domicilio que define el art. 50, y para cuya determinación se establece un sistema de presunciones en los artículos 54 y siguientes. La ad-

quisición del domicilio voluntario—que, en principio, implica un cambio de domicilio—se verifica **animo et facto.** Es decir que se requieren indefectiblemente dos requisitos para que haya cambio de domicilio o adquisición de domicilio voluntario: la residencia en un lugar determinado y el ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar. Si para el domicilio legal y para el domicilio de origen no es necesaria la concurrencia de esos dos elementos, para el domicilio voluntario o para el cambio de domicilio, sí: la residencia por larga que sea, si no va acompañada del ánimo de permanecer en ella, no implica cambio de domicilio de origen por un domicilio voluntario, ni es constitutiva de domicilio actual. Y a la inversa, el ánimo por sí solo si no hay efectivamente cambio de residencia, no basta para que se opere cambio de domicilio o para que se adquiera domicilio voluntario. El primero de los referidos elementos (cambio de residencia), es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente. No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia. Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció: Que dicho ánimo se prueba: a) Por las presunciones establecidas por los artículos 54 y siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario. Según esos textos se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: a) Por el hecho de abrir, en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; b) Por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; y, c) Por otras circunstancias análogas. Y por el contrario, no se presume ese ánimo por el solo hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, siempre que conserve su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior. El Art. 50 propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior. Los otros dos textos aludidos (artículos 53 y 55) —no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que

necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado: la residencia en un lugar determinado. Cumple observar, finalmente, que el mismo artículo 53 —según el cual el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio— contiene también una presunción legal, de carácter más general, y que en cierto modo engloba las demás, sobre el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar determinado. De todo lo expuesto se deduce: a) Que cuando se trata de averiguar el domicilio actual de una persona lo procedente es investigar su domicilio de origen e investigar enseguida si ha habido cambio de domicilio mediante la concurrencia de los dos factores requeridos al efecto por la ley: residencia en un lugar determinado y ánimo real o presunto de permanecer en ese lugar; b) Que para lo primero, es decir, para determinar el domicilio de origen, lo procedente es investigar ante todo el domicilio de dependencia en el momento en que cesa la imposición legal; c) Que en los casos excepcionales en que no es posible determinar el domicilio de origen por el de dependencia, la determinación de aquél se hace de acuerdo con las reglas de los artículos 53 y 60, siendo entonces posible que se llegue a la conclusión de que esa persona tiene varios domicilios; d) Que una vez determinado el domicilio de origen, éste es el que se tiene como domicilio actual mientras no se pruebe que hubo cambio de domicilio mediante la concurrencia de las dos condiciones destacadas por el artículo 50; e) Que en los casos excepcionales en que es imposible determinar el domicilio de origen, se determina directamente el domicilio actual de acuerdo con los artículos 53 y 60 tantas veces citados, y que entonces también puede ocurrir que se acrediten varios domicilios; f) Que, conocido el domicilio de origen —ya sea determinado por el de dependencia o ya sea determinado directamente— hay que presumir que dicho domicilio de origen se ha conservado mientras no se produzca la doble prueba del cambio de residencia y del ánimo real o presunto de permanecer en esa nueva residencia; g) Que de los dos requisitos a que alude el artículo 50 (residencia y ánimo de permanecer en ella), el primero se prueba directamente por los medios ordinarios, y el otro por presunciones que admiten prueba en contrario porque no son presunciones de derecho sino presunciones legales. De esta manera se armonizan, se explican y se concilian las diversas normas jurídicas, vagas y contradictorias, contenidas en los títulos segundo y tercero del libro primero del Código Civil.

El LIBRO SEGUNDO divide los bienes en corporales e incorporales, muebles e inmuebles; enumera los derechos rea-

les; define el dominio y establece el modo de adquirirlo; determina y clasifica los bienes nacionales, y después de consignar algunas disposiciones sobre ellos, aparte de las que conciernen al Derecho Administrativo, procede a reglar la ocupación, la accesión y la tradición, como medios de adquirir el dominio; la posesión y los modos de adquirirla y perderla; las limitaciones del dominio; la acción reivindicatoria y las posesorias.

Son **bienes nacionales** aquellos cuya propiedad pertenece a la Nación. Si el uso pertenece a todos los habitantes se denominan **bienes nacionales de uso público.** A esta categoría pertenecen las aguas que corren por cauces naturales, y las de los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, con lo cual se ha dado gran incremento a la agricultura y la industria.

La reglamentación del uso de estos bienes, se encarga a las ordenanzas generales o locales.

Por la **ocupación** se adquieren las cosas que no pertenecen a nadie; y por la accesión, el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se junta. El primero de estos modos se omitió en el Código francés; y en su lugar se declaró que todas las cosas sin dueño pertenecen al Estado; si bien, discutido este punto en las comisiones, se hizo necesario agregar salvedades o excepciones. Nuestro Código se inspiró en el Derecho Romano y el Español, seguidos en esto por la mayor parte de los modernos.

Los títulos traslativos de propiedad, como la venta, la permuta, la donación, etc., no transfieren el dominio sino mediante la **tradición** o sea la entrega de la cosa, habiendo, por una parte, **facultad e intención** de transferir el dominio, y por otra, **capacidad e intención de adquirirlo.**

Los legisladores de la revolución se rebelaron contra esta institución romana, declarando que el dominio se transfería por la mera voluntad del dueño. Algunos Códigos, entre ellos el Peruano y Boliviano, siguieron en eso al Francés; pero otros encontraron ciertas razones en favor de la institución.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de la formación.

En el Derecho Romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la tradición de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario, respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real; **jus ad rem y no jus in re.**

La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 23 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a un tercero ningún derecho real que no esté transcrito al Registro.

El Código alemán, siguiendo el sistema prusiano, distingue los actos creadores de las obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real que necesita en lo referente a la traslación de la propiedad inmobiliaria, la intervención de un oficial de justicia y la inscripción del acto en el registro. Puede decirse que en el derecho alemán las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o **investidura** de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.

Nuestro Código —muy anterior al alemán— no quiso formular de manera expresa esa distinción, y prefirió hacer de la inscripción la forma o modo de realizar la tradición de los derechos sobre inmuebles.

El sistema de las inscripciones, asociado así a la tradición, constituye uno de los más notables progresos iniciados por el Código chileno.

De entonces acá se han dado algunos pasos más en nuestro sistema; y actualmente las inscripciones ponen a la vista de cualquiera la genealogía de los inmuebles y de todos los gravámenes o limitaciones a qua están sujetos; pero aún nos quedan interesantes problemas por resolver.

Las limitaciones del dominio consisten: en el gravamen de pasar a otra persona al realizarse una condición **(propiedad fiduciaria)**; en los derechos de usufructo, uso o habitación, constituídos en favor de persona distinta del dueño, llamados en el Derecho Romano **servidumbres personales,** y en las **servidumbres prediales o simplemente servidumbres,** gravámenes impuestos a un predio en favor de otro predio de distinto dueño.

Por las reformas de 8 de noviembre de 1940, el dominio puede estar limitado por la constitución del patrimonio familiar, de acuerdo con cuyas disposiciones el marido o la mujer, mayor de edad, tienen derecho a constituir con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de familia legítima, quedando aquellos bienes excluídos del régimen de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.

La cuantía de los bienes que integran el patrimonio familiar, según la reforma de 1956, no pudo exceder de cien mil sucres, y se garantiza al mismo tiempo la inembargabilidad y la inalienabilidad de dichos bienes, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales. Pero debemos confesar que esta institución del código civil no ha producido en la práctica ninguno de los beneficios sociales con que soñó el legislador.

Los textos legales que sobre la misma institución implantaran los países de Francia, Suiza y Brasil, han sido la fuente directa de donde nuestros Codificadores la han tomado para plasmarla en el Código Civil. Pero como fueron los Estados de la Unión los primeros en consignar en sus Constituciones y Códigos el HOMESTEAD, éstos y aquéllas han servido de fuente primaria a los demás países que vieron la necesidad de copiar la institución, y entre esos países están Francia, Suiza y Brasil.

Ya la **Common Law** de Inglaterra había establecido la inembargabilidad del hogar o del **home**, que consistía en la conservación haciéndolo intangible para conseguir el bienestar del Estado por un lado, y el de la familia por otro. Pero estas disposiciones de la **Common Law** solamente orillaban la cuestión sin entrar a resolverla de una manera completa y meditada la institución que nos ocupa, a pesar de que en Inglaterra la ley aducida mereció el favor del público, de los electores y de los Parlamentos.

Lo que entraña la institución en el lenguaje jurídico americano, es la residencia de la familia que las leyes protegen contra el embargo y para la enajenación de la cual exige el concurso del propietario y de su mujer cuando es casado. De esta definición fluyen también las condiciones legales al efecto señaladas. Tres de ellas son esenciales y una accidental, que con la evolución de las necesidades, el progreso de los pueblos y las seguridades excepcionales de que hay que presumirla, se han convertido en cuatro esenciales, cuya concurrencia es indispensables para que un inmueble pueda ser elevado a la categoría de **homestead**.

**Primera condición legal:** es necesario tener un derecho sobre el inmueble que se pretende ocupar a título de **homes-**

**tead**; derecho que según las legislaciones americanas sobre la materia, puede ser de propiedad, de usufructo, de posesión o de goce a título de locatario.

Es útil mencionar esta primera condición con el objeto de indicar que ella encierra una gracia que el Estado por medio de una disposición legal se propone hacer o reconocer en favor de determinadas personas, facilitándoles la obtención de una casa y un abrigo a los que no la tienen. En realidad no se otorga ningún derecho, sino que, reconociendo ese derecho, el Estado da una ley con el objeto de ampararlo, rodearlo de garantías e inmunidades en interés de la familia y sobre todo en beneficio del propio estado.

**Segunda condición legal**: es necesario tener la calidad de jefe de familia.

Esta es segunda condición legal exigida por la mayoría de los Estados que tienen implantada la institución que estudiamos, por lo que, no es solamente indispensable, como se pudiera creer, la existencia de un derecho sobre el inmueble que se pretende ocupar a título de **homestead.**

Pero qué se debe entender por familia? Wester define el término familia como la reunión de personas que viven bajo el mismo techo y que están sometidas a la dirección moral de un mismo individuo, al que los americanos dan el nombre de **manager.** Será, pues, jefe de familia el que tenga bajo su dirección una o, varias personas que vivan bajo el mismo techo y que se sienten a la misma mesa.

La reunión de padres y de hijos constituye la familia por excelencia y no se puede dudar que no sea en consideración de estas personas, que los parlamentos americanos hayan dictado la legislación del **homestead.** Es el hogar del padre y de la madre rodeado de sus hijos lo que ha sido tomado en cuenta para decir que el hogar de una familia no podrá ser objeto de embargos practicados a solicitud de un acreedor, ni ser enajenado por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro. Esta especie de familia es, en efecto, aquella cuyo desarrollo y conservación interesan en el más alto grado para la prosperidad del Estado, porque como dice un autor ella es: "la piedra angular, la célula elemental de la composición del cuerpo político".

**Tercera condición legal:** ocupación efectiva.

No es suficiente para que una persona pueda invocar la protección de las leyes del **homestead** que ella tenga derecho sobre una propiedad inmobiliaria y que sea el jefe de la familia; es necesario todavía que el inmueble que se pretende hacer reconocer como inmune, sirva de habitación, de residencia, a la familia; en una palabra que constituya lo que significa

el sentido etimológico de la palabra **homestead**: la habitación familiar. Es precisamente la exigencia de esta condición, que separa así esta legislación de todas las otras leyes, que no tienen otro sentido, como la nuestra, que el de conservar un cierto peculio a la familia de un deudor insolvente. La ley no busca salvar del naufragio un valor más o menos considerable. Su sentido no es sino el de sustraer del embargo un lote de propiedad inmobiliaria de un precio más o menos elevado, siguiendo las disposiciones de las leyes de cada Estado, para poner a salvo de los contratiempos a la pequeña propiedad, tanto urbana como rústica, de los desfavorecidos de la fortuna y preservar el pan de la familia.

**Cuarta condición legal**: una declaración previa.

Es evidente que el beneficio que al efecto concede la ley puede convertirse en ciertas circunstancias en un perjuicio grave para un acreedor, ya que se presta a muchos fraudes; y el medio de evitar este peligro es el de exigir del deudor una declaración expresa y pública de que determinado bien suyo gozará de las inmunidades a que, como jefe de familia, tiene derecho por haberlo constituído en su **homestead**. De esta manera se evita la posibilidad de que se cometan fraudes, porque ninguna persona, conociendo la inmunidad de que goza el **homestead**, se expondría a correr el riesgo de perder su dinero al prestarlo al jefe de familia, sobre todo si carece de otros bienes.

Por la relación que existe entre la posesión y la prescripción, se las juntó en la parte final del LIBRO TERCERO del Código Napoleón, y así lo han hecho también otros Códigos. El nuestro trata de la posesión en el LIBRO PRIMERO, y de la prescripción al fin del CUARTO.

Define nuestro Código el fenómeno de la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Dedúcese de lo dicho, en armonía con la doctrina tradicional, que la posesión requiere la existencia de una cosa poseída, que es el **CORPUS**; voluntad de poseer como dueño de la cosa, que es el **ANIMUS**; y ocupación de la cosa que se pretende poseer, ya directamente, ora por conducto de otra persona que la tenga en nombre y lugar de quien posee. La posesión es, ante todo, un hecho cuya continuidad produce trascendentales consecuencias jurídicas y puede llegar a vincular definitivamente al sujeto poseedor con la cosa poseída. Si tal vínculo no se rompe bruscamente por la consumación de un acto extraño a la voluntad del poseedor, el hecho determinante del fenómeno está llamado a producir importantes efectos jurídicos y a solidificar la tenencia como dueño con el vínculo moral que constituye propiamente el derecho de do-

minio. Es claro que si la posesión es ante todo un hecho, su existencia como fenómeno trascendente de la vida social debe manifestarse también por medio de una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza que demuestren su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 994 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación.

La posesión se llama **regular**, si ha sido adquirida con justo título y buena fe; e **irregular**, si carece de alguno de estos requisitos. No es derecho **real** ni **personal** (cuestión tan debatida por los expositores); es un hecho generador de derechos, entre los cuales figuran los que sirven de base a las acciones posesorias de conservar y recuperar la posesión de bienes raíces. No cabe, por lo mismo, verdadera acción posesoria de adquirir la posesión.

A más de estas acciones posesorias, tenemos las llamadas **especiales**, que en la legislación española se denominaban **de obra nueva y obra vieja**; con las cuales se termina la materia del LIBRO SEGUNDO.

Según el sistema adoptado por nuestro Código la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo Código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la **inscrita**, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la **material**, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercicio de su dominio. Y como esta situación corresponde ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. Poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir ,usando, gozando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover acción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de

dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona, situación jurídica que sólo cede cuando otra persona demuestre que tiene mejor derecho a esa posesión por haberla perdido por medios violentos o ilegales, habiéndola tenido antes, o por haber acreditado plenamente su derecho de dominio, como en el caso de la acción reivindicatoria. De suerte que, el fundamento último de la posesión es el derecho de propiedad; y aunque se trate de dos instituciones jurídicas diferentes, sólo la posesión ejercida por el verdadero propietario, es la única que puede oponerse a todos y ejercerse con exclusión de cualquiera otra persona.

La ley de 6 de noviembre de 1956, que reforma varias disposiciones del Código Civil sobre la materia, ha sido objeto de controversia y duda de parte de ilustres jurisconsultos nuestros; reformas y opiniones que las analizaremos más adelante.

En el LIBRO TERCERO, después de las definiciones y reglas generales, se trata primeramente de la sucesión intestada, extendiéndola hasta el décimo grado de parentesco; pero una ley posterior (Ley del Impuesto progresivo a las herencias en 1920 y las reformas de 1928) la limitó hasta el sexto grado; y en la actualidad (Reforma de 28 de noviembre de 1935) se ha restringido el derecho al tercer grado de consanguinidad lateral. En seguida se establecen y reglan las distintas clases de testamentos. Cuanto a los otorgados en país extranjero, se declara, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado, que valen en el Ecuador, si se han sujetado a las leyes del país del otorgamiento.

Se reglan las distintas clases de asignaciones testamentarias, y en seguida se establecen las **forzosas**, que son las que el testador debe hacer y que se suplen, aun contra su voluntad, cuando no las ha hecho.

El antiguo Derecho Romano consagraba la libertad absoluta de testar, por medio del histórico principio **pater familias uti legassi..... ita jus esto.** El relajamiento de las costumbres hizo necesario desconfiar de la rectitud y buen criterio del padre, instituyendo las asignaciones forzosas; y este ejemplo han seguido todos los pueblos, excepto algunos de la raza sajona, que conservan aún y con buen éxito, esa libertad plena. Según nuestro Código, el que tiene descendientes legítimos, o

ilegítimos, personalmente, o representados conforme a la ley, cualquiera que sea el número de éstos, no puede disponer libremente sino de la cuarta parte de sus bienes. A falta de estos descendientes, son asignatarios forzosos ascendientes legítimos y los padres ilegítimos.

El cónyuge es también asignatario forzoso, si carece de bienes, aun en concurrencia con descendientes legítimos. Esta plausible consideración al cónyuge, siquiera con aquella condición sui géneris, es otra singularidad, justamente recomendada, en el Código Chileno y el nuestro.

Después se trata de la apertura de la sucesión; de su aceptación o repudiación e inventario; de los ejecutores testamentarios; de la partición; del pago de las deudas, y del beneficio de separación, con que los acreedores pueden evitar que los bienes sucesorios se confundan con los propios del heredero, así como éste, con el beneficio de inventario, se libra de pagar más de lo que ha heredado.

Termina el LIBRO TERCERO con las DONACIONES ENTRE VIVOS, que, según muchos expositores, debe figurar entre los contratos.

167.—El LIBRO CUARTO comienza por determinar las fuentes de las obligaciones, definir y clasificar los contratos, de acuerdo con la doctrina general, y reglar la capacidad para los actos y declaraciones de voluntad.

Luego trata, en el orden siguiente, de las obligaciones civiles y de las meramente naturales, de las condicionales, modales y a plazo; de las alternativas, facultativas y de género; de las solidarias, de las divisibles e indivisibles y de las penales; del efecto de las obligaciones, de su interpretación, de los diversos modos de su extinción y de la prueba de ellas.

Este capítulo, el de la prueba, se omitió en el proyecto de Bello, por creerlo correspondiente al Derecho adjetivo; mas la comisión revisora lo agregó, a ejemplo del Código Napoleón, y teniendo en cuenta la doctrina de los expositores.

Con esto termina lo relativo a los contratos y obligaciones en general, y pasa a tratar de los siguientes contratos que, a juicio del legislador, requieren reglas jurídicas especiales: las capitulaciones matrimoniales y la sociedad conyugal, la compra-venta, la permuta, la cesión de derechos, el arrendamiento, la sociedad y el mandato (contratos consensuales); el comodato, el mutuo y el depósito (reales); los contratos aleatorios, en los cuales se comprenden el juego, la apuesta y la constitución de renta vitalicia; los cuasi contratos; los delitos y cuasi delitos; las cauciones, esto es, la fianza, la prenda y la hipoteca; la anticresis y la transacción. Termina el libro IV con el Capítulo de la Prescripción.

Este libro se ha inspirado en la ley y la doctrina francesa, aunque no sin hacer nuevas diferencias en los detalles, y algunas de ellas substanciales, como la relativa a la sociedad conyugal. En la compra-venta se declara válida la de cosa ajena, en tanto que, según el Código Napoleón, es nula, de acuerdo con lo que cada uno de los Códigos estatuye respecto de la tradición, según lo expuesto anteriormente. Y así, casi en todos los demás contratos tenemos notables diferencias, como lo anotaremos más adelante.

Para que se tenga un concepto de las novedades y diferencias que introdujo en relación a las leyes españolas hasta este momento vigentes, bastará que señale las más importantes que registra el Código Civil, pues la enumeración de todas demandaría considerable extensión. En el libro I se creó la institución jurídica de la ausencia que ni el derecho romano ni las Leyes de Partidas, ni las Recopilaciones tuvieron en cuenta, siguiendo el Código Napoleónico, pero con disposiciones más sagaces que las empleadas por éste. Reglamentó la emancipación en forma original, muy próxima a la institución alemana de la mayoría de edad por beneficio legal, aunque adelantándose a ella, suprimiéndole el asesoramiento de la curatela que le acompañaba en el derecho español y en el derecho francés. Instituyó la tutela de los incapaces, siguiendo un sistema intermediario entre las antiguos leyes españolas y el derecho francés, conservando las características principales del sistema romano. Entre las supresiones por razón de la evolución social, cabe mencionar la eliminación de la arrogación, institución semejante a la adopción pero referida a prohijar a quien no tiene padre carnal o ha salido de su poder. En materia de patria potestad reconoció participación en ella a la madre.

En el Libro II, corresponde mencionar la reducción de los términos de prescripción y la extensión del principio de prescriptibilidad. Abolióronse igualmente, por inconvenientes, los comisarios o apoderados para testar y los testamentos en común. Fueron también trascendentales por su sentido humano las nuevas disposiciones que ampliaron los derechos de los hijos ilegítimos en las herencias.

En el Libro III se comprueban modificaciones substanciales en cuanto a censos, desconociéndose los irredimibles, pues se estableció que todo censo era extinguible y para asegurar la desvinculación de la propiedad se prohibió constituir otros nuevos. Respecto al contrato de arrendamiento se tuvo especial interés de fomentarlo como forma de hacer accesibles los bienes territoriales a todas las clases sociales poniedo pro-

lijo cuidado en su reglamentación y limitándose el plazo para evitar vinculaciones disimuladas. También en las instituciones de la compra-venta, de la renta vitalicia y en otros contratos se introdujeron multitud de innovaciones.

### 168.—Diferencias entre el Código Civil de Chile y el de Ecuador

Mérito, y de gran significación, para honra nuestra es que el legislador ecuatoriano no se limitó a copiar ciegamente lo que había producido el siglo. La Corte Suprema, integrada a la sazón por Antonio Bustamante, Ramón Borja, Carlos Tamayo, Nicolás Espinosa, Manuel Carrión y Rafael Quevedo, introdujo reformas de importancia; y la Comisión del Senado, compuesta por los doctores Rafael Carvajal, Vicente Palacios, Gabriel García Moreno, Juan Antonio Toledo y Manuel Vega, propuso, a su vez, otras innovaciones de gran valor.

Vamos a dar una suscinta idea de las modificaciones más importantes que se hicieron al Código chileno para adaptarlo a las necesidades y a las costumbres de nuestra República.

En el **título preliminar** se estableció para la promulgación de la ley el anuncio por la prensa, por bando, o en la forma que la misma ley lo prevenga:

**Artículo 5º** Actualmente este precepto contiene dos reglas de importancia:

1ª—La promulgación debe hacerse en el Registro Oficial; y

2ª—La fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico.

"La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo": **artículo 7º.**

Se declaró expresamente que "a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley": **artículo 8º.**

Al artículo 11 del Código chileno se le dio esta forma más general y absoluta: "En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo: **artículo 10.**

Suprimiendo el caso en que el Código Chileno permite alegar la ignorancia de la ley, se dijo absolutamente que esa ignorancia no excusa a persona alguna: **artículo 13.**

Los seis artículos del párrafo 4º del Código de Chile, relativos a la interpretación de la ley, se colocaron como enumeraciones parciales de una regla general enunciada así: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes". Siguen los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del Código Chileno, como enumeraciones de aquella regla y concluye: "7º A falta de ley, se aplicarán las

que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del Derecho universal": **artículo 18.**

En lugar de la norma general consignada en el artículo 5 del Código de Chile, se estableció que "cuando haya falta u oscuridad de la ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran": **artículo 19.**

Se fijó la mayor edad a los veintiún años, en lugar de veinticinco que señala el de Chile.

¿Han cambiado las condiciones de la personalidad, entre nosotros, durante los años transcurridos desde la promulgación de nuestro Código civil, en forma tal, que sea necesaria una modificación a la edad señalada por el artículo 21, sea aumentándola o disminuyéndola?.

Desde ciertos puntos de vista es evidente que se ha operado, no sólo entre nosotros, sino en la humanidad toda, una modificación evidente que ha traído como consecuencia la anticipación de la época de la vida en que el hombre inicia su personal contribución a la obra de la colectividad.

Existe una diferencia considerable entre la mentalidad del presente y la mentalidad de hace cincuenta años: estriba, principalmente en el vigoroso empeño de iniciar tempranamente la personal contribución a la obra colectiva, en el ritmo más intenso de esta contribución personal y en el mejor condicionamiento para operarla.

Estas y otras diferencias, que no es oportuno establecer en estas líneas, son fácilmente perceptibles por aquellos que, por razones de índole profesional, hemos tenido oportunidad frecuente de estudiar niños y jóvenes y establecer las comparaciones que nos sugieren tal afirmación.

Pero creemos que, a despecho de las modificaciones de la personalidad a que dejamos hecho referencia, debe mantenerse la edad de veinte y un años como correspondiente a la mayoría; pues que ella representa la garantía de un mayor período de vida, de un más rico caudal de experiencia y, sobre todo, de una mayor eficacia en la madurez.

El Código de Chile, al fijar en veinte y cinco años la mayor edad siguió al derecho romano y al derecho español. La ley 2 a, título 19, partida 6 a, y varias otras, aceptaron la legislación romana que por la Ley Letonia fijaba la mayor edad en veinticinco años cumplidos.

Al fin del título se agregó la siguiente declaración: "La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa": artículo 49 (el 44 de la edición actual).

En el Libro I se exige para atribuir existencia legal a una persona el que viva veinte y cuatro horas, a lo menos, desde que fue separada completamente de su madre: artículo 70 (el 66 de la edición actual).

Unos Códigos aceptan distintas soluciones respecto al principio de la existencia de las personas: unos tienen en cuenta que el niño nazca vivo y viable; otros dan reglas de las cuales se deduzca con presunción inatacable la viabilidad. El Código francés sigue la primera tesis, el nuestro la segunda. El Código de Chile, artículo 74, sólo exige que el hijo, después de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento; pues como no exige ni siquiera la viabilidad, síguese que si una criatura de seis meses hubiese vivido un instante después de la separación del vientre materno, es persona capaz de adquirir y trasmitir derechos, ley que, a decir verdad, no es de lo más acertada.

En el sistema francés se presentan graves dificultades; y otras de índole fisiológica concernientes a la existencia misma de la vida en el recién nacido y de su posibilidad de seguir viviendo; la doctrina tiene en cuenta aspectos concernientes al período de la gestación y a los síntomas que inequívocamente demuestran la vida. Nuestro legislador ha preferido dar una solución más sencilla, disponiendo en el artículo 66 que el nacimiento fija la existencia legal de una persona siempre que viva veinte y cuatro horas a lo menos, desde que fue separada completamente del vientre materno. De no cumplirse esos requisitos se considera que no ha existido jamás. Se supone que quien vive veinticuatro horas a lo menos en esas condiciones es viable y se corta en esa forma la dificultad de prueba; no hay sino que comprobar la existencia durante ese lapso y la viabilidad se presume de derecho podríamos decir, pues ninguna prueba en contrario tendría valor alguno para negar el principio de existencia del individuo nacido.

No desconocemos que el sistema de la viabilidad tiene el grave inconveniente de que es necesario acudir siempre al dictamen de facultativos, ya que la insuficiencia del tiempo de la gestación es la principal causa de la no viabilidad. Pero entre el sistema del Código Chileno, seguido por el Código Argentino, y el del Código Napoleón, el segundo nos parece mucho más razonable; y preferible a estos dos, a no dudarlo, el de la ley ecuatoriana que exige veinticuatro horas de vida para que el nacimiento constituya un principio de existencia.

Se otorga a los mayores de diez y ocho años, que pretenden casarse, el derecho (que el Código Chileno concede a los mayores de veinte y uno) de pedir que se exprese la causa del disenso de sus ascendientes o curadores, y que esta causa se

califique ante el juez competente: artículo 170 (el 99 de la codificación vigente).

Aunque en el artículo 141 (el 172 de la edición actual) se conserva textualmente la disposición del artículo 147 del Código Chileno, se dice, al tratar de la autorización del marido para ciertos actos o contratos de la mujer casada, que "no puede oponerse la nulidad fundada en la falta de autorización sino por la mujer o por el marido, o por sus herederos": artículo 142 (el 173 de la edición actual).

Tratando del juicio de interdicción por causa de demencia, se dice que no podrá el juez decretarla, sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón: artículo 449 (el 501 de la codificación en vigor).

En el mismo Libro I se suprimió el título XVI, y por tanto, todo lo concerniente a la habilitación de edad; título que el legislador chileno lo derogó por ley núm. 7.612, que suprimió la habilitación de edad al fijar en veinte y un años la mayor edad.

En el Libro II se suprimió el precepto del artículo 697 porque en el Ecuador se ha conservado, en lugar del Registro Conservatorio de bienes raíces, el oficio del Anotador de Hipotecas, llamado actualmente Registrador de la Propiedad.

En el Libro III se suprimieron las incapacidades para suceder como heredero o legatario que establece el artículo 964 del Código Chileno; y las que, según el 1012 del mismo, tienen las mujeres para servir de testigos en los testamentos solemnes otorgados en el país. Nuestro Código eliminó con razón la incapacidad de las mujeres, incapacidad tradicional en el derecho antiguo, pero que en los tiempos modernos, no tiene sentido ni razón de ser, pues la mujer es admitida en igualdad de derechos con el hombre aun en actos de la vida política. Se eliminó también la incapacidad de los pródigos porque esa incapacidad no tenía relación con el testimonio que deben dar sobre el testamento.

En el mismo libro se declara que ningún juez puede hacer las veces de notario en el testamento solemne cerrado: artículo 1011 (el 1088 de la edición actual). Arcaica es la forma de testamento ante un funcionario que no sea notario; y sin embargo por respeto al antiguo derecho español, el legislador chileno prefirió conservar tales formas testamentarias. La tendencia de las legislaciones modernas —la española y la francesa, por ejemplo—, es la de que el testamento sea un acto esencialmente notarial para que tenga desde el primer momento la autenticidad y certeza debidas.

En cuanto al Libro IV, en el párrafo VII del título XXVI se hicieron extensivas a los jornaleros todas las disposiciones relativas al arrendamiento de criados domésticos. La idea moderna del trabajo como función individual y social era entonces desconocida. La idea de la dignidad personal del trabajo estaba en potencia en el mundo de las ideas. Mas no es hasta la sociedad de nuestros días cuando dicha idea recibe confirmación jurídica.

En los tratados de algunos filósofos del Derecho y en la definición que del Derecho Laboral dan ciertos especialistas, se advierte la íntima interdependencia entre aquél y la sociedad contemporánea, desde el momento que se le conceptúa en función de sus fines como un Derecho que ha de resolver la cuestión social actual, es decir, la cuestión social de nuestros días.

El Derecho del Trabajo como disciplina metódicamente ordenada y como conjunto de principios político-jurídicos, sistemáticamente conectados, no fue conocido en otras épocas, lo que explica el texto de aquella norma legal relativa a los jornaleros.

En cuanto floración fecunda y desarrollo frondoso de una serie de normas, es, en efecto, obra de nuestro tiempo.

### 170.—Estudio comparativo del Código de 1860 y el Código Napoleónico

El Código Civil de Chile, que es con las diferencias que ya hemos señalado el del Ecuador, se divide en cuatro Libros: Personas, Cosas, Testamentos y Obligaciones.

El Código civil francés consta sólo de tres libros, además del Título preliminar que precede en uno y otro Código de los referidos libros.

En el Código civil del Ecuador, separándose del Código civil de Napoleón, el título de las sucesiones se consideró como un libro distinto; porque se dio especial importancia a la sucesión por causa de muerte como una de las diferentes maneras de adquirir la propiedad.

El Código ecuatoriano contiene 49 artículos en el título preliminar, incluyendo los que, en virtud de una ley especial, fijaron reglas acerca del efecto retroactivo de las leyes, que no constaban en el proyecto de Bello.

El título preliminar del Código de Napoleón consta sólo de cinco artículos, aunque varias disposiciones están diseminadas en lo restante del Código.

En lo que atañe al matrimonio se observan discrepancias importantes entre las dos codificaciones aquí parangonadas. La nacional admitió en la normación del matrimonio los man-

datos de la Iglesia católica, a diferencia del francés que secularizó aquél. Así, se ordenaba en el primero que el matrimonio debía celebrarse con las solemnidades tridentinas; se acataba la jurisdicción eclesiástica para las causales de nulidad y divorcio; los impedimentos eran los mismos del Derecho Canónico; se aceptó el divorcio **mensa et torum**, pero no la disolución vincular, desemejantemente al Código francés.

Tanto el matrimonio civil como las solemnidades para la inscripción del estado civil no constan en el Ecuador en el Código sino en leyes especiales, a diferencia de lo que sucede en el derecho francés.

En lo que incumbe a la familia, entre las dos leyes ahora examinadas, aunque en líneas anteriores hemos señalado ya las discrepancias, sintéticamente, volvemos a consignarlas: la vinculación entre padre e hijo, la más imperiosa y veraz en cuanto a lazos de sangre, es jurídicamente intrascendente, según el Código francés, salvo cuando el padre reconoce voluntariamente al hijo. La investigación de la paternidad es prohibida, fuera del caso de rapto; se hace separación entre el hijo natural, de un lado, y el incestuoso y adulterino, de otro, al no permitirse el reconocimiento de los últimos. Como se sabe, este rigorismo ha sido templado por ley posterior.

Nuestro Código en algunos aspectos se mostró tan severo como el francés, pero en otros fue más liberal. Mantuvo el veto en cuanto a la declaración judicial de paternidad, admitiéndola sólo para el efecto de suministrar alimentos al hijo; diferenció dentro de los hijos ilegítimos a los naturales, y las otras clases de incestuosos, adulterinos y sacrílegos.

El Código civil ecuatoriano aceptó sólo el régimen de la comunidad, en forma casi idéntica a la del Código civil francés; pero más tarde, en el Código procesal, en el año de 1911, se apartó de este sistema permitiendo que la mujer excluya de la sociedad conyugal los bienes de su exclusiva propiedad y los administre con independencia del marido.

En la parte de los derechos reales no hay coincidencia entre las dos normaciones ahora recíprocamente compulsadas. La nuestra reconoció como modos adquisitivos la ocupación, la invención o hallazgo. La otra sí paró mientes en tales figuras, lo hizo no en títulos precisivos, sino en numerales dispersos. De otro lado, según el derecho francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera

perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de la formación. En el Código patrio, que sobre el particular siguió el sistema romanista, el simple consentimiento de las partes no basta para operar el traspaso de la propiedad. El adquirente no tiene la calidad de propietario, respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición: hasta este momento no existe sino un derecho de acreencia y no un derecho real.

En lo que atañe al régimen de aguas, basta comparar los artículos 640 a 645 del código civil francés con los artículos 820 a 825 (894 a 899 de la edición actual) del código civil ecuatoriano, para ver cómo discrepan en puntos básicos. En el Ecuador las aguas corrientes son, en tesis general, o de dominio privado, si nacen y mueren en un mismo predio, o de la nación, y de uso público restringido, si atraviesan varios fundos.

En Francia, al contrario, todas las aguas nacen de propiedad privada, aunque vayan a morir en un predio distinto del que nacieron.

Conservan los franceses el principio romano de que la fuente pertenece al propietario del fundo en que ella brota. Las corrientes de uso público no son entre ellos sino los ríos declarados navegables y flotables.

En lo pertinente a la posesión, entre las dos leyes ahora examinadas, la de aquende agrupó con buen sentido sistemático las disposiciones inherentes a la institución en un capítulo orgánico, mientras la de allende las distribuyó en coligancia a tres distintas manifestaciones: en tanto que merecedora de protección como presuntiva de dominio, en cuanto determinante de un **jus fruendi** y como causa suficiente de **usucapión**. Pero en lo que atañe a la naturaleza misma de la posesión, no hay discrepancias: el **animus** y **corpus** son sus dos elementos componentes. La tesis savigniana se mantiene con fidelidad. Todavía no había insurgido la heterodoxa y moderna concepción de Jhering, que mereciese ser abrazada por el Código alemán. Resultaba, pues, explicable que se ratificase el principio de que el **animus rem sibi habendi** era esencial en la posesión.

El artículo 544 del Código de Francia es rotundo en lo referente a la propiedad: ésta dota de facultad de gozar y disponer de la cosa "de la manera más absoluta", según los términos de dicho número. Dicho Código ha podido con razón ser calificado de individualista. El artículo 571 del Código nacional no mantuvo la expresión "de la manera más absoluta". Pero ninguna atingencia tampoco se puso en el sentido de atemperar su uso, en base del presupuesto de la propiedad como función social y del juicio peyorativo de un uso abusivo.

Nada parece indicar que a la sazón se propugnase una noción avanzada sobre este tema, de inspiración socialista. Acaso se pensó que la lucución "de la manera más absoluta", era superabundante.

En la parte que se vincula a la herencia tampoco hay coincidencia entre las dos normaciones ahora recíprocamente compulsadas .Para la sucesión intestada en el Código napoleónico las órdenes o categorías de herederos son las siguientes: descendientes, padres, hermanos y descendientes de éstos (equiparándose en cierta manera estos dos últimos órdenes); ascendientes de segundo o más lejano grado; parientes colaterales hasta el sexto grado (y por excepción hasta el duodécimo grado en cuanto a la representación); por carencia de los anteriores sucesores vienen los denominados sucesores irregulares, el cónyuge sobreviviente y el Estado. Otros fueron las órdenes de llamamiento implantados por nuestro Código. Este obró con más precisión y lógica. El régimen anteriormente expresado se revela un tanto abigarrado. El legislador de 1860 estableció determinativamente la serie de órdenes, con carácter excluyente. Primero, los descendientes legítimos, segundo los ascendientes legítimos; tercero, los hermanos legítimos, cónyuge e hijos naturales; cuarto, los colaterales; y quinto, el Fisco. Es digno de destacar que se ordena la cuarta marital, siguiéndose las sugestiones sobre el particular que contenían las novelas justinianas y la Sexta Partida, de modo que dentro de las circunstancias exigidas para la obtención de esa cuota viudal, el consorte supérstite era heredero, estando por lo mismo en mejor posición que la que le otorgaba el Código de Napoleón, el cual primitivamente ignoró la mencionada porción, la que sólo se concedió, y concretada al usufructo, por la ley de 29 de abril de 1925.

Un rasgo suigéneris dentro del jus dilationis del Código francés, es la división de la masa sucesoral según las líneas paterna y materna de cognación, para el efecto discriminativo entre los causa—habientes cuando son ascendientes o colaterales. Esta es una supervivencia fragmentaria del derecho costumbrista, de **paterna paternis, materna maternis.** Nuestro Código solamente acogió la bifurcación por razón de líneas de parentesco, en el supuesto de concurrencia de hermanos. Otros Códigos de América Latina no se han orientado en este punto de manera alguna coincidente con el Código de Napoleón.

Para el Código francés el legado importa una disposición testamentaria dentro de los confines de la libre disposición. A esta virtud el legatario puede ser particular y a título universal. Con este sistema se observa un apartamiento del que arranca del derecho romano y que en muchas legislaciones prevale-

ce. Las dificultades que suscita la solución francesa radican en oscurecer la condición del sucesor voluntario cuando se trate del legatario a título universal, con las subsecuentes dudas sobre la responsabilidad por deudas del finado y el derecho de acrecencia. Esto no ocurre si el legado es de cosa particular, viniendo a ser un crédito por la manda instituída, una **delibatis hereditatis**. Nuestro Código de 1860 optó por el temperamento romano, pues netamente advirtió, que el legatario no se le nominaba heredero.

El Código de 1804 reconoce tres formas de testamento: el público, el místico y el ológrafo. El Código de 1860 previó cuatro formas: el público y el cerrado y, además, el constante por escritura privada y el verbal. No dio cabida al ológrafo. Este último no era extraño al derecho costumbrista y tenía su precedente en Roma en el **testamentum perentum inter liberos**. Pero en los países de derecho escrito fue descartado. La desconfianza a esta forma de testar (por el temor a la apocrifidad del documento) debió astringir al legislador de 1860 a proscribirlo. De otro lado, el mismo no hallaba asidero en la tradición hispánica; y en cuanto a la referencia romana, se consentía tal testamento por excepción para el caso antes citado. Hubo cierta originalidad en la adopción entre nosotros del testamento por escritura privada, que no se confundía con el místico. Aludimos al testamento NUNCUPATIVO conocido en el Derecho romano, y que es el que se hace manifestando el testador ante las personas que concurren a su otorgamiento, cuál es su última voluntad. En cuanto al testamento verbal, abolido ya entre nosotros, vino a ser una especie de Ersatz del ológrafo. El art. 1025 exclusivamente lo permitía para supuestos de necesidad extrema. Es pertinente recordar que la Sexta Partida disciplinó esta forma de testar, utilizable para caballeros.

Nuestro Código incorporó dos instituciones irrelevantes para el otro con el que ahora se le confronta: la desheredación y la mejora. La primera recibió su elaboración en la Novela Justiniana 115 y la segunda es de abolengo castellano. Se ha dicho que las dos instituciones se compensan. El ascendiente puede favorecer a un descendiente con la mejora; puede desfavorecerle privándole de su **judilationis** al desheredarle. Sin embargo la reciprocidad es un tanto relativa. La mejora funciona exclusivamente para descendientes; la desheredación puede alcanzar a éstos y a toda laya de herederos forzosos; la mejora aumenta el caudal relicto dentro de determinado límite, la exheredación acarrea la pérdida total y nunca parcial de toda obtención sucesoria.

El derecho de las obligaciones ostenta marcada equivalencia entre las dos legislaciones presentemente analizadas.

Una se apoyó en las especulaciones locubradas por **Domat** y **Pothier**, la otra recibió de aquélla un desbrozado camino a transitar, debiéndose tener en cuenta que en esta materia restaba poco para innovar, toda vez que la construcción científica ya había recibido un concienzudo desarrollo desde el **Corpus Jures Civiles.**

Mas, el Código de Napoleón incurrió en algunos desaciertos, de los que el Código nacional no se redimió mayormente. Faltó una disciplina del acto jurídico, por la erranza en inmiscuír las reglas que a aquél son congénitas del hipertorfiado continente de la obligación y del contrato. No se legisló sobre la declaración unilateral de la voluntad. No se indicó las formas que puede adoptar la declaración de la voluntad, ni cómo en el contrato ocurre el aunamiento de la policitación y la aceptación. Sólo se alude de modo subrepticio al acto simulado, como circunstancia concomitante con la causa en cuanto elemento consubstancial de los contratos. Se percibe una incompleta regulación sobre las **conditiones**, ya que sólo se contempla lo atinente al pago indebido. Lo que sí merece destacar, es que se preocupó del ante—acto, la promesa, que pasó desapercibida en el otro Código; aunque estructurando tal figura sin el debido cuidado. El excesivo laconismo sobre el error, el dolo, la acción pauliana, que motivó resultasen diminutas las prescripciones sobre el particular, es nota común en los dos Códigos.

Las obligaciones delictuales atestiguan una marcada analogía entre las dos normaciones objeto de la actual correlación. Así en cuanto al distingo entre delitos y cuasi delitos, por razón de que intervenga dolo o culpa.

El Código francés no puso el debido cuidado para circunscribir las disposiciones sobre las nulidades dentro de un título, sino que las mismas resultaron desperdigadas, y sólo algunas se domicilian en la sección del Art. 1304 al 1314, que casi totalmente se asocian a la incapacidad del agente. La terminología a que recurre es imprecisa, no distinguiendo pulcramente entre acto nulo y anulable. Habla a veces de rescisión para querer significar anulabilidad. Nuestro Código aventajó al antes nombrado en la parte ahora enjuiciada en la claridad, precisión y lógica con que ha determinado las causas de nulidad absoluta y de la relativa, sus preceptos son más ajustados a los verdaderos principios. En el título respectivo englobó las reglas del caso. La dicotomía entre las dos nulidades emergía del disímil tratamiento y diversa denominación de una y otra. Los negocios que adolecían de nulidad absoluta se consideraban inexistentes (se reputaban no hechos, según la expresión común en los dos códigos).

Otro tanto sucede con las decisiones relativas a la naturaleza de ambas nulidades: las ha deslindado con claridad, precisión y lógica.

La teoría de la nulidad absoluta que estatuye nuestro Código no puede ser más sencilla. Aquí no tenemos las cuatro divisiones de nulidad a que recurre el Código francés para salvar las dificultades que ofrece de suyo la materia, y que las agravan en vez de resolverlas, dando lugar fácilmente a la arbitrariedad judicial: nulidades de orden público y nulidades de interés privado; nulidades absolutas y relativas; nulidades legales de pleno derecho o **ipso jure** y judiciales **ex sentencia judicis**; nulidades intrínsecas o extrínsecas. No necesitamos entrar en el análisis de estas divisiones: basta ver su número para conocer que las dificultades se han de multiplicar a proporción de la cantidad de reglas que ellas exigen; pues si no hay diferencia entre unas y otras, las diferencias son inútiles, y si las hay, las reglas para determinar sus diversas causas y diversos efectos son indispensables, y la complicación es inevitable.

En nuestra jurisprudencia no necesitamos largos debates para reconocer en cada caso particular el interés público y el privado; y si no podemos determinar **a priori** las reglas que según nuestro Código fijan la línea de separación entre ambos intereses, no es menos cierto que son completas y seguras, y ponen término a la discusión escolástica, deduciéndolas **a posteriori**: toda nulidad absoluta es de interés público; toda nulidad relativa, de interés privado. Si no hay dificultad para discernir la nulidad absoluta de la relativa, no puede haberla tampoco para discernir el interés público del privado. El legislador dedujo las dos clases de nulidad de las dos clases de interés.

El Código civil chileno, en el que tanta influencia ejerció el Código Napoleón, ejerció también influencia en el Código argentino, obra de Damacio Vélez—Sarsfield, y en el proyecto de Código civil que, para el Brasil, elaboró el renombrado jurisconsulto A. J. Freitas.

### 171.—Juicio crítico general sobre el Código civil de 1860

Con toda evidencia el Código Civil, que entró en vigencia el 1º de Enero de 1861, no solamente constituyó un acontecimiento de carácter histórico, un nuevo impulso en el "status" legal del Ecuador, el inicio de una etapa en el desenvolvimiento y progreso espiritual del país, sino que además, y para la ciencia del Derecho, significó la más profunda renovación que hasta hoy hemos tenido en nuestro sistema jurídico.

Empresa realizada en momento apropiado, predominó en ella el elemento técnico sobre el político. Fue una síntesis de los derechos romano, español, y patrio, adecuada prudentemente a la realidad social, moral y económica del país que logró un ordenamiento propio del que se deriva la fecunda y valiosa interpretación judicial, profesional y docente que hoy constituye el Derecho Civil ecuatoriano. Sin las ciegas aversiones a lo existente, tan comunes a los reformistas, ni desdeñar las enseñanzas de la experiencia, respetó las costumbres y sentimientos nacionales, recogió los progresos técnicos señalados en codificaciones más avanzadas, que no menospreció, así como las autorizadas opiniones de la doctrina.

No importa que los tiempos hayan cambiado y con ello hayan variado las ideas y estructuras sociales, los resplandores de la primera codificación no se apagarán en la memoria de los ecuatorianos, ni ella dejará de ser el testigo superviviente, la persona que lleva el pasado en el espíritu.

A sus excelencias de fondo se añaden las de forma. En su lenguaje jurídico observamos gran corrección en la sintaxis empleada, exacta aplicación de términos, claridad y concisión en las expresiones, vocabulario sencillo dentro de su tecnicismo, pero preciso, directo y limpio. En su método se comprueba que el buen ordenamiento de las materias facilita la tarea del intérprete, aclara situaciones, permite construcciones jurídicas, poniendo en evidencia los principios generales rectores de sus normas. Recogió las tradiciones jurídicas, resistiendo a las exageraciones, respetando los sentimientos de la colectividad, por lo que se le ha considerado modelo de ponderación. No vamos a decir que fue obra perfecta, porque no lo es ninguna humana, pero reportó la inmensa ventaja de la sistemática de su conjunto, de lo completo de sus preceptos, y permitiendo que todos lo pudieran leer y comprender simplificó grandemente la labor de jueces y abogados.

Dos son las consideraciones que se han percibido como determinantes del movimiento codificador. Una de carácter público que arranca de las circunstancias históricas y políticas del momento. Se quería poner término a la poderosa vinculación con la época colonial rompiendo el último lazo con la legislación que cincuenta años después de proclamada la independencia nos vinculaba aún a ese período. Queríamos concluir con todo lo que fuera tradicional y acabar con ese puente que comunicaba todavía el pasado con el presente. Nos sentíamos infieles al espíritu de la República subviniendo a las necesidades diarias de la vida de relación con leyes que llevaban un sello real. Por eso surgió entre gobernantes y gobernados la gran ilusión de la legislación propia, última y definitiva afirmación de independencia y soberanía.

La otra consideración fue de índole técnica, de efectos menos al alcance del hombre del pueblo, pero en cambio más decisivos para los ojos del hombre del Foro. El desorden, el casuismo y las contradicciones eran entonces los notas relevantes de nuestro panorama legislativo. Cuerpos de normas de derechos privados marcadamente particularistas acumuladas en el curso de tres centurias y sobrevivientes algunas de las antiguas épocas, gótica y medieval, formaban una multitud de leyes confusas y contradictorias que impedían una segura aplicación del derecho y contenían su evolución.

Si bien las leyes españolas tenían un fondo de gran sabiduría, se resentían en cambio de la forma de gobierno bajo el cual fueron dadas y de los prejuicios y errores de otros tiempos, aparte de que resultaban innumerables si se contaban desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima, las Leyes de Indias, Células y Reales Ordenes, por lo que no había letrado ni juez que tuviera una instrucción perfecta de ellas, convirtiendo el Foro en una palestra en la que cada defensor sostenía a su cliente con textos que cazaba en esa selva enmarañada de disposiciones obscuras, contrarias y confusas. Nadie podía vanagloriarse de conocer, medianamente siquiera, el derecho positivo y así, el más hábil abogado o el más estudioso magistrado estaban expuestos a ser sorprendidos por unas citas o con el recuerdo de una disposición olvidada en el piélago de las colecciones oficiales, que echaba por tierra el dictamen más pensado o la sentencia mejor fundada.

Es que no por Novísima, la última Recopilación, obra de Juan de la Reguera Valdelomar, sancionada poco antes de la Independencia, el 2 de junio de 1805, había sido capaz de poner fin a ese caos legislativo, por lo contrario, sus doce Libros, repartidos en cinco tomos, acusan tanto desorden y descuido, están plagados de tantos errores, inexactitudes, anacronismos en citas y fechas, transcriben tantas leyes superfluas e inoportunas, antiquísimas o derogadas, omitiendo, en cambio, otras vigentes, que, con razón, aun por los propios historiadores españoles se le ha criticado con grave dureza.

También sabemos que las Leyes de Indias, no obstante su teórica vigencia, hasta la caída de la Colonia, lejos de servir para simplificar, complicaron el ordenamiento jurídico por obra de la venalidad de ministros claudicantes y de vasallos codiciosos que hicieron escarnio de los principios eternos que en ellas inculcó el espíritu generoso de sus autores. El humanitarismo de Las Casas, el humanismo de Solórzano, el alto pensamiento filosófico de Vitoria y de Soto, nunca arraigaron en la conciencia de la autoridad y ese virtuoso cuerpo legislativo resultó tan olvidado que seguramente sumió en profundo desengaño a los que hicieron el intento de invocarlo.

La efectiva o nominal autoridad de todos esos fueros, Colecciones, Partidas, Ordenamientos y recopilaciones, concluyó con el advenimiento de la codificación.

Pero dejando de lado esas dos consideraciones, la política, afirmativa de la independencia, y la práctica, encaminada a asegurar el derecho, es incuestionable que los juristas quisieron poner en el movimiento codificador una razón de mayor hondura técnica, que respondía a una vocación más abstracta y de la que debía resultar un efecto de mayor trascendencia.

El legislador tendía a afirmar su omnipotencia haciendo de su voluntad, expresada en la ley promulgada, la única base del derecho. Esta influencia, venía, sin duda, del Código napoleónico, que aparecido en una época de extremada turbulencia y en los comienzos de un estado social y político impuesto revolucionariamente, tuvo que afirmar el imperio soberano y exclusivo de sus disposiciones.

Iniciando los estudios técnicos del Código civil de 1860, vamos a analizar y presentar las doctrinas que concurrieron a la elaboración de la fórmula sobre las fuentes del derecho privado, problema que ayer como hoy ha constituído un punto neurálgico de toda reflexión jurídica.

La omnipotencia de la ley escrita y promulgada se afirmó en los artículos del Título Preliminar, pero en el artículo 18, reconociéndose sus lagunas, tanto para el presente como para el futuro, se dispuso que los jueces no podían suspender ni denegar la administración de la justicia por falta, obscuridad o insuficiencia de las leyes y que, en tales casos, resolverían atendiendo: 1º, al espíritu de la ley; 2º, a otras disposiciones sobre casos análogos; y, 3º, a los principios generales del derecho.

La supremacía de la ley dominaba el ambiente del Siglo VXIII, cuando se iniciaron en el mundo los planes de codificación. El Estado se sentía fuerte y aspiró a unificar el derecho privado como lo había conseguido con el derecho político. La ley austriaca de 1786, la francesa de 1790 y la prusiana de 1794, ofrecían el sistema cerrado del **jus scriptum** hasta el punto de rechazar la interpretación libre, recordándonos las constituciones de Justiniano que tuvo la pueril ambición de proclamar en los numerales 2 y 21, de **Deo autore**, que su obra legislativa era perfecta e inadmisible todo comentario privado. Esa concepción aumentó en relieve y difusión a fines del siglo XVIII y durante las primeras décadas del XIX, aliándose el idealismo filosófico con el autoritarismo político para generalizar la doctrina normativa de las fuentes jurídicas que al confundir la ley con el derecho la consi-

deró substancialmente como el único origen directo del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, hemos visto que nuestros codificadores, apartándose del Código napoleónico, reconocieron que la ley podía tener lagunas, pero no quisieron admitir la costumbre como fuente supletoria, no obstante que ella estaba en las raíces de nuestro pasado, ya que el derecho canónico y el derecho español le habían dado una consideración importante, el primero exaltando la tradición como fundamento inconmovible de la comunidad de los creyentes y el segundo mandando observar la costumbre donde los Fueros callasen. Pero pudo más que esos antecedentes el temor de que por medio de las costumbres pudieran prevalecer instituciones coloniales contradictorias con las normas igualitarias de la nueva organización estatal, y es así como los codificadores de 1860 aplicaron el dogma de la autoridad única de la regla escrita, sin admitir, aparentemente, restricciones en cuanto a la influencia consuetudinaria.

La reacción fue tanto más extrema cuanto que en nuestro Derecho indiano, según se lee en la **Curia Philipica** de Hevia Bolaños, la costumbre afirmativa podía llegar a enfrentarse a la ley. La Ley 4ª, Título I, Libro II, de la Recopilación de Indias disponía: "ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres derivadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las Leyes de este Libro y las que se han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten y siendo por la parte las aprobamos y confirmamos ....." Pero la repulsa de la costumbre no resultó absoluta, ya que la formación civilista-clásica de sus autores dio lugar a que en el cuerpo del Código recurrieran a ella como fuente del derecho, reconociéndole valor normativo inmediato e importancia decisiva como complemento de las disposiciones legales y suplemento de la voluntad de las partes. Es así como aceptan y se remiten a la costumbre para determinar la extensión de ciertas obligaciones en el contrato de arrendamiento (Arts. 1929, 1935 y 1977) y llegan a darle valor como efecto de las obligaciones (Art. 1536).

De otro lado, la limitación de la facultad de pactar hasta el punto de no atentar contra las buenas costumbres constituyó en el Código un rezago de la doctrina romano-canónica dominante antes del período de las codificaciones, que reconocía a la sociedad fuerza creadora de normas jurídicas a través de la repetición de los actos humanos. Entregada al Juez la decisión acerca de lo que constituye una violación de las buenas costumbres, este residuo tradicionalista, que justificadamente se mantiene todavía en los Códigos contemporáneos,

está más cerca del **Juristenrecht** o sea del régimen consuetudinario influenciado por las relaciones jurídicas y revelado por los jueces, que del **Volksrecht** o costumbre puramente manifestada por el espíritu del pueblo, tipos ambos que los juristas alemanes supieron distinguir en los principios del siglo XIX.

Quisieron los codificadores que los jueces para resolver, en el caso de faltar regla escrita, atendieran en primer término al "sentido de la ley", sin duda como una concesión a la escuela histórica que ya había formado Puchta y Savigny. Esa fórmula permite que se busque el orden jurídico en la conciencia del pueblo, pues teóricamente la ley debe ser el enunciado de su sentir, que a falta de texto expreso el juzgador puede buscar libremente. Es fácil explicarse que los codificadores dejaran establecido que hay un espíritu en todas las leyes, desde que así proclamó Montesquieu y fueron las ideas de éste las que mayor repercusión y aceptación tuvieron en la emancipación de América. Después Rousseau asentaría soore esa noción su concepto de la voluntad general, valor místico, independiente de toda circunstancia contingente, que debe reflejarse en leyes justas y que constituyó el espíritu germinador de nuestro régimen republicano. Evidentemente, la ley no es sólo el texto escrito, sino que tras de sus palabras y oraciones se halla una substancia interior que hace más amplio su contenido. Muchos casos esfumados en la letra están previstos en el espíritu de la ley, que aumenta así su ámbito de gobierno y jurisdicción haciéndole sentir el máximo de virtud normativa. En otras palabras, el contenido espiritual es siempre más rico que el literalmente expresado. Al lado de las soluciones enunciadas están otras latentes e implícitas que no por ser más recónditas dejan de ser soluciones legales. Empero, para llegar a este espíritu la interpretación exige un alto grado de dominio sobre el contenido de la ley, sobre su sistema y especialmente sobre los principios generales en que se inspira.

Faltando al juez apoyo en la ley y en su espíritu, los codificadores de 1860 lo remitieron a las disposiciones legales y en defecto de ellas a los principios generales del derecho, obedeciendo de este modo a una influencia que ha sido común para todas las legislaciones históricas, tanto las de base religiosa, como la judaica e islámica, cuanto por las de base civil, como la romana y castellana.

Un juicio crítico general sobre el Código del siglo pasado, pondría en relieve más ventajas que desventajas. Después de la Constitución, el código que ejerce más influencia sobre la sociedad, es el civil. Está destinado a regir las relaciones jurídicas de los hombres, a encauzarlas, persiguiendo el objeti-

vo de la paz impuesta por el Derecho. Un Código Civil, por lo tanto, debe reunir ciertas condiciones indispensables que lo hagan apto para su aplicación cotidiana. En este sentido debe estar de acuerdo, hasta donde sea posible, con la idiosincrasia de la sociedad donde debe regir; segundo, su terminología debe ser clara y precisa, que no se preste al maquiavelismo de los intérpretes; tercero, que sus materias se hallen ordenadas, respondiendo a un método científico.

Enunciados estos requisitos, propios de todo código; pero indispensables en el código civil, debemos formular esta pregunta: ¿el Código Civil de 1860, responde a estas exigencias? En tesis general nuestra ley reúne estos requisitos. Surgió en la vida de nuestro país cuando habían transcurrido algo más de cuatro decenios desde nuestra independencia. Mediaba un lapso discrecionalmente adecuado para que se aspirase al logro de una legislación civil autónoma. Parecía, de otra parte, aunque después los acontecimientos revelasen que así no era, que el Ecuador entraba en una época de cordura y circunspección cívicas. En ese momento el Código Civil, fue una pauta que empezó a crear hábitos entre los jueces, abogados, funcionarios y simples ciudadanos. El Código civil, en esta forma, trazó la ruta de la función jurídica sustituyéndose a la complicada legislación española, cuyas instituciones eran aptas para regir un ordenamiento monárquico o colonial y no uno republicano.

Las leyes españolas que gobernaron nuestra vida social, con las ligeras variantes que el nuevo orden político, que surgía para las jóvenes nacionalidades americanas, hacía necesario, dejaron honda huella en nuestra vida institucional. Fruto de ellas y de las condiciones sociales impuestas por el coloniaje fueron algunos errores. Tales los mayorazgos y las vinculaciones que se crearon para favorecer y mantener la nobleza, que ya no podía ganar en la guerra, como en los tiempos feudales, estados ni riquezas. Esas regalías señoriales fijaban en una familia la propiedad perpetua de inmensos latifundios, señalando al primogénito para la sucesión, o destinaban, asimismo, grandes extensiones de tierra para que las usen los descendientes de una casta social, pero sin facultad de enajanarlas, porque esas tierras estaban vinculadas a las prerrogativas de la nobleza.

En la colonia se trasplantaron también a América los mayorazgos y las vinculaciones, aunque el poco valor de las tierras de un continente por poblarse, no daba rendimientos rentísticos apreciables. La ley de 18 de julio de 1824, cuando el Ecuador estuvo incorporado a la Gran Colombia, derogó esos privilegios de una nobleza que la República desconoció. Con la promulgación de nuestro Código de 1860, prohibióse la

constitución de nuevos censos; pero en cambio dejáronse subsistentes los anteriores, inclusive aquellos que se habían sustituído a las antiguas vinculaciones de familia, de conformidad con la ley de 1824. Fue sólo más tarde en 1901, bajo la influencia de nuevas ideas, que la libertad de la propiedad raíz vino a ser nada menos que una garantía política del Ecuador; pues así se acordó en el Art. 18 de la Constitución de 1906 - 1907.

El Código Civil Ecuatoriano del 60, así como su progenitor el Código Napoleón, encierra la idea jurídica de la civilización occidental, producida por la civilización romana y germánica, sumadas éstas a un coeficiente inmediato, ideal en su época, cual fue la corriente social de los siglos XVII y XVIII, conocida con el nombre de teoría del derecho natural o del individualismo, o del liberalismo, la que se proyectó, con fuerza de ley, sobre el siglo XIX.

El Código Napoleón y sus filiales son el reflejo de su época, de su economía y de su mentalidad. Pero en conjunto nuestro Código representó un evidente progreso en la época en que empezó a regirnos. En general sus principios significaron progreso frente a la legislación que nos había regido. Bastan unos ejemplos para demostrar la exactitud de este juicio. En cuanto a las personas introdujo el principio del beneficio de restitución a los menores de edad, aunque fuesen emancipados; la incapacidad del pródigo, la mayoría de edad a los veintiun años; en cuanto a las obligaciones y contratos la distinción entre la teoría de las obligaciones y sus fuentes distintas, el de la indemnización del daño derivado de los delitos; en cuanto a los derechos reales, los codificadores consagraron el principio de la supresión de todas las trabas para la transmisión de la propiedad; en cuanto a la sucesión se consagró el principio de la igualdad de los hijos legítimos en la sucesión de los padres; el acceso de los hijos naturales sobre la herencia de sus causantes. Estos principios en nuestros días aparecen como lugares comunes del Derecho Civil; pero en aquella época, frente a la legislación española que consagraba principios de desigualdad artificial, nuestra ley, indudablemente, representa un momento jurídico progresista.

No todos, desde luego, son aciertos en el Código Civil del 60. Algunos otros errores se hicieron notar desde la promulgación de la ley. El sistema adoptado, por ejemplo, en el régimen matrimonial, en cuanto a los bienes de la sociedad conyugal que se hallaba supeditado a la autoridad administrativa del marido. Que la mujer no pudiera enajenar, hipotecar, adquirir a título oneroso, sin intervención del marido o sin su consentimiento, significaba la consagración de la incapacidad intelectual y jurídica de la mujer, siendo así que la mujer en nuestra historia, viene desempeñando un rol im-

portante, que no debemos menospreciar. En el codificador seguramente gravitaron con fuerza impulsos sentimentales de tutelar el sexo que se considera, aun en nuestros días, como débil.

Los individuos de creencias religiosas distintas de la católica se encontraban en la República en situación muy desfavorable, pues las leyes entonces vigentes no reconocían ni atribuían efectos civiles sino al matrimonio celebrado con arreglo a las prescripciones del Concilio Tridentino, lo cual demuestra que el codificador no pudo substraerse a las convicciones apasionadas que suscita el problema.

Sabido es que, sobre el matrimonio considerado jurídicamente, siempre surgieron las más agudas discrepancias, entre el criterio eclesiástico y el civil. El Código de 1860 recogió la fuerza de los usos y costumbres sobre esta institución.

El problema de los hijos ilegítimos, en cuanto concierne a los desaciertos del Código, no fue resuelto airosamente. Aunque nuestro codificador se apartó del Código Napoleón, que prohibía la investigación de la paternidad, aun en beneficio del hijo, adoptó principios menos crueles; pero no por eso menos inhumanos. Nuestro Código avanzó en el sentido de que los hijos ilegítimos tienen derecho a ser alimentados, deber elemental del que no deben quedar sustraídos ni los padres, ni aun la sociedad. El codificador ecuatoriano, entonces, recogiendo la huella cristiana de la legislación española, autorizó la investigación de la paternidad; pero con un criterio demasiado restringido: sólo para obtener alimentos. La declaración de la paternidad, por eso, no concedía los derechos del hijo natural reconocido. Y en cuanto a los derechos que el hijo tenía, en relación con la madre, quedaba prohibida toda investigación.

El derecho de filiación, por el prejuicio de los hombres, quedaba constreñido a un solo objeto: la paternidad debía ser demandada con el solo fin de que el hijo tuviera derecho a alimentos. La consagración de este principio inhumano significaba la supervivencia de las desigualdades impuestas por el orden colonial. El temor de los codificadores recibió la alianza de la tradición, como si hubiéramos estado gobernados todavía por los monarcas españoles. Que el Código Napoleón era más cruel que el nuestro sobre esta institución es cierto; pero no debemos olvidar que nuestra sociedad estuvo siempre alentada por un hálito humano y cristiano; por la caridad que organizaba asilos para desamparados, casas para ancianos, centros para niños. Todo esto en pleno orden colonial. ¿Por qué entonces generar, mediante las leyes, el resentimiento de los hombres, por actos que eran propios de sus padres? El codificador del 60 además, parece que olvidó la realidad so-

cial, la realidad indígena donde no todos los hombres y las mujeres se hallaban unidos legalmente.

Otro error que consagró el Código, fue el reproducir en sus páginas las leyes más anacrónicas de los pasados siglos: la muerte civil.

La muerte civil viene del antiguo derecho. Los jurisconsultos de entonces estaban imbuídos en esta doctrina tradicional: **Treilhard** encontraba la idea justa y la palabra propia: "Aquel, decía, que es condenado legalmente, por haber disuelto, en cuanto le es dable, el cuerpo social, no puede ya reclamar derechos; la sociedad ya no le conoce; no existe para él; ha muerto para la sociedad: esta es la muerte civil. ¡Qué aberración! Acabar con la personalidad humana.

Desde luego, la inadaptabilidad de una ley a las condiciones que plantea la vida en ciertos momentos de la historia, es inherente a todas las instituciones jurídicas. Una ley nace con el designio de cumplir una misión limitada, porque la vida siempre es más flexible, más veloz en su recorrido, más fecunda en su contenido, que los dogmas de un código.

Como los hombres vivimos sujetos a una comunidad internacional es obvio admitir que nuestro derecho privado debía ser completado por las reglas del Derecho Internacional privado. Sabido es que el Ecuador ha celebrado tratados con Méjico, Cuba, Colombia, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, etc. Los tratados, como es natural, han regulado los problemas que surgían de la legislación nacional. La situación de los inmuebles y los muebles, la del domicilio, de la capacidad, del domicilio matrimonial, etc., han sido regulados tomando en consideración, de preferencia, el principio del domicilio.

Nuestro Código Civil tuvo su esfera de influencia en el territorio nacional; pero no podía desvincularse de los preceptos jurídicos del Derecho Internacional privado para que su acción fuese más eficaz.

El Código civil patrio de 1860 representó la consagración de las instituciones creadas por la civilización de otros pueblos.

Los Códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, los más sabios comentadores del Código Napoleón, el proyecto de Goyena, nos ofrecían en sus sabias instituciones, las formas de la organización civil. Pero la verdad es que en más de la mitad de los artículos de nuestro Código domina la huella del Código napoleónico, que se ofrecía al mundo como una obra proficua y digna de loanza. Además de que supo interpretar el espíritu de la época, recogiendo los principios de la Escuela del Derecho Natural, limpiando en parte vestigios de extracción feudal, como él se inspiró fundamentalmente en soluciones técnicas y sis-

temáticas de paternidad romanista, encontró clima propicio para que en otros países que habían vivido bajo la misma tradición se siguieran sus huellas.

A esto hay que añadir el prestigio que adquirió la doctrina y la jurisprudencia en Francia, armónicamente con ese poder persuasor y de comunidad tan propio de la cultura de dicha nación. Y de ahí que en Bélgica, los Países Bajos, Italia, Rumania, Egipto, Portugal, se hizo sentir el patrocinio del Código francés. En América Latina el fenómeno fue parecido.

El Código nuestro de 1860 no podía erigirse en una excepción. Sin embargo, no representó un hecho de mecánico mimetismo. En algunos puntos buscó otros orígenes de fundamentación.

El ideal de un código consiste en que el Derecho, pueda ser idóneo para todas las situaciones de la vida. Desgraciadamente las instituciones jurídicas siempre son imperfectas porque el legislador no siempre puede darles a las leyes un espíritu de justicia intemporal, válido para todos los tiempos. Estas deficiencias, que provienen de las imperfecciones de la obra legislativa de los hombres, debe ser salvada, en cierto modo, por los jueces, por los juristas prácticos, por aquellos que aplican los leyes a los casos concretos. La obra de la magistratura, de esta suerte, que se cumple casi siempre en forma silenciosa, reviste una importancia trascendental, porque a despecho de las limitaciones del Derecho positivo, el juez trata de orientar su acción por ciertos valores de justicia, a pesar de que su misión consiste en moverse dentro de los marcos estrechos de los dogmas jurídicos y del ordenamiento jurídico vigente. La tarea interpretativa, siempre siguiendo un ideal de justicia, formó parte del esfuerzo de nuestra magistratura, sobre todo, de la magistratura de la Corte Suprema, que en todo tiempo cumplió su misión de administrar justicia, con la probidad, sabiduría y constancia que han constituído siempre los títulos de su merecido prestigio.

El Código Civil del siglo pasado, con todas sus deficiencias impuestas por una sociedad que había estado regida por una legislación extranjera, adquirió una relevante personalidad por el aliento que supieron darle los jueces y magistrados que nos antecedieron en la dura tarea de discernir el Derecho, a los conflictos humanos.

## 172.—REFORMAS QUE SE HAN HECHO SUCESIVAMENTE AL CODIGO CIVIL DESDE SU PRIMERA EDICION DE 1860

AÑO DE 1860

**EL GOBIERNO PROVISORIO DEL ECUADOR,**

**Considerando:**

Que se ha concluído la edición oficial del Código Civil con las correcciones y rectificaciones dispuestas en virtud de las atribuciones de que se halla investido,

**Decreta:**

Artículo Unico.—El Código Civil comenzará a regir en la República desde el 1º de enero de 1861.

Dado en el Palacio de Gobierno, en Quito, a 4 de diciembre de 1860.

Manuel Gómez de la Torre.— José María Avilés.— Rafael Carvajal.— El Secretario General, Roberto de Ascásubi.

---

AÑO DE 1865

**EL SENADO Y LA CAMARA DE DIPUTADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, REUNIDOS EN CONGRESO,**

**Considerando:**

1º—Que la habilitación a los menores para actos civiles que sólo pueden ejercer los mayores de edad, es algunas veces conveniente y aún necesaria; y,

2º—Que la legislación vigente no da a ninguna autoridad la atribución de concederla,

**Decreta:**

Art. 1º—La Corte Suprema de Justicia, además de las atribuciones que, por las leyes vigentes le corresponden, tendrá la de habilitar, para el ejercicio de todos los actos civiles propios de la mayor edad, a los huérfanos de padre, que hayan cumplido dieciocho años.

Art. 2º—El que solicitare esta habilitación deberá probar, además de la orfandad y haber cumplido dieciocho años, la utilidad o necesidad de la habilitación, buena conducta moral y aptitud para manejar por sí mismo sus negocios.

Art. 3º—En el expediente del caso, que se forme, que será puramente informativo, se oirá por vía de instrucción y sin figura de juicio, al ministerio fiscal y al curador general del solicitante si lo tuviere y si no a un curador especial.

Art. 4º—La habilitación que se concede con arreglo a esta ley, no perjudicará al habilitado en los privilegios que hubiere adquirido como menor hasta el día de la habilitación, de los que podrá hacer uso durante el cuadrenio que comenzará a correr desde que la habilitación fuere notificada al habilitado.

Art. 5º—Las habilitaciones que se concedan por la Corte Suprema de Justicia se publicarán inmediatamente en el periódico oficial.

Art. 6º—La habilitación, una vez ejecutada, será irrevocable.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para su ejecución y cumplimiento.

Dado en Quito, capital de la República, el 17 de octubre de 1865. El Presidente del Senado, Nicolás Espinosa.— El Vicepresidente de la Cámara de Diputados, José María Guerrero.—El Secretario del Senado, Juan León Mera.— El Secretario de la Cámara de Diputados, Víctor Laso.

Palacio de Gobierno en Quito, a 23 de octubre de 1865.— EJECUTESE, Jerónimo Carrión.— El Ministro de Estado en el Despacho del Interior, Manuel Bustamante.

---

AÑO DE 1867

**EL SENADO Y LA CAMARA DE DIPUTADOS DEL ECUADOR, REUNIDOS EN CONGRESO,**

**Considerando:**

Que se han suscitado dudas acerca del modo de computarse el espacio de tiempo que algunas disposiciones del Código Civil requieren para la prescripción de las acciones o derechos,

**Decreta:**

Art. 1º—El tiempo que, en los respectivos casos, exige la ley para que se prescriba un derecho o acción, debe contarse desde el día en que la correspondiente obligación se hubiese hecho exigible, aun cuando tal día fuese de fecha anterior a la promulgación del Código Civil.

Art. 2º—Para la prescripción de los capitales y réditos de fundaciones censíticas, deben contarse los treinta años de que habla el Art. 2018 del citado Código, desde la fecha del último pago de la pensión anual, aunque esa fecha fuese también anterior a la publicación del mismo Código.

Dado en Quito, capital de la República, a catorce de octubre de mil ochocientos sesenta y siete.

El Presidente de la Cámara del Senado, Pedro Carbo.— El Vicepresidente de la Cámara de Diputados, Antonio Flores.— El Secretario del Senado, Javier Endara.— El Secretario de la Cámara de Diputados, Pedro Antonio Sánchez.

Palacio de Gobierno, en Quito, a 18 de octubre de 1867.— EJECUTESE. Jerónimo Carrión.— El Ministro de lo Interior, Rafael Carvajal.

---

AÑO DE 1869

**GABRIEL GARCIA MORENO, PRESIDENTE INTERINO DEL ECUADOR,**

En uso de las atribuciones de que estoy investido Decreto las siguientes reformas del Código Civil:

Los Arts. 5º y 6º se reforman en los términos siguientes:

"Art. 5º—La Ley no obliga, sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República, y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

"La promulgación de la ley se hará en la capital de la República por la imprenta, por bando o en la forma que la misma ley lo prevenga".

"Art. 6º—En el cantón a que pertenece la capital de la República, se entenderá que la ley es conocida de todos y se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; y en cualquier otro cantón, después de estos seis días, y uno más para cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos cantones.

"Podrá, sin embargo, restringirse o ampliarse este plazo en la misma ley, designando otro especial".

El Art. 7º se reforma en estos términos:

"La ley no dispone, sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo, salvo las declaraciones siguientes:

"1ª—Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil condiciones diferentes de las que prescribía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta, desde la fecha en que comiencen a regir;

"2ª—El estado civil, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero, las obligaciones y derechos inherentes a él, se subordinarán a la ley posterior, ora constituya nuevos derechos u obligaciones, modifique o derogue los antiguos. En consecuencia, la subordinación o dependencia entre cónyuges, padres e hijos, guardadores y pupilos, etc., se sujetarán a la nueva ley, desde que principie a regir, sin perjuicio del efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior;

"3ª—Los derechos de usufructo legal y de administración, que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán, en cuanto a su ejercicio y duración, a las disposiciones de la ley posterior;

"4ª—Las personas que, bajo el imperio de una ley, hubieren adquirido la condición de hijos naturales, conservarán esa condición y gozarán de todas las ventajas; pero estarán sujetos a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior;

"5ª—El hijo legítimo, que hubiere adquirido derecho a sus alimentos bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo la que se diere posteriormente; pero, en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior;

"6ª—Las meras espectativas no constituyen derecho. Así, la capacidad que una ley reconoce en los hijos ilegítimos para que puedan ser legitimados por el matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad, si el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior, que prescribe nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho; a menos que se cumpla con ellos al tiempo de celebrar el matrimonio;

"7ª—El que, según las disposiciones de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá, aunque otra posterior prescriba nuevas condiciones para adquirirlo; pero, la continuación y ejercicio del derecho se sujetará a la ley nueva;

"8ª—Los guardadores y demás administradores de bienes ajenos, constituídos válidamente bajo una ley anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la posterior,

aunque según ésta hubieren sido incapaces de obtenerlos; pero, en cuanto a sus funciones y remuneración y a las incapacidades o excusas supervenientes, se observará la nueva ley.

"Respecto de la pena en que, por descuidada o torcida administración, hubieren incurrido, se les sujetará a las reglas de la ley que fuere menos rigurosa; pero, las faltas cometidas bajo la nueva ley, se castigarán en conformidad a ésta.

"9ª—La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetarán a la regla 2ª de este artículo;

"10ª—Las personas naturales o jurídicas, que gozaban del privilegio personal de restitución in integrum por las leyes anteriores, no podrán gozarlo, ni trasmitirlo, después de las leyes que lo han abolido;

"11ª—Todo derecho real, adquirido según una ley, subsiste bajo el imperio de otra nueva; pero, en cuanto al goce y cargos, y en lo tocante a la extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley posterior;

"12ª—La posesión adquirida según una ley anterior, no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios, o con los requisitos prescritos en ésta;

"13ª—Los derechos concedidos bajo una condición, que según una nueva ley debe considerarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán por el tiempo que hubiere señalado la ley precedente, a menos que excediere del plazo fijado por la posterior, contando desde la fecha en que ésta principie a regir; pues, en tal caso y si dentro de él no se cumpiere la condición, se mirará como fallida;

"14ª—Siempre que una ley nueva prohiba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes que ella empiece a regir, hubiere empezado a disfrutar de la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley, por todo el tiempo para el cual le autorice su título; pero, caducará el derecho de los usufructuarios posteriores, si los hubiere.

"La misma regla es aplicable a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos;

"15ª—Las servidumbres, válidamente constituídas bajo el imperio de una ley, se sujetarán a la posterior, en cuanto a la conservación y al ejercicio;

"16ª—Las solemnidades externas de los testamentos, se sujetarán a la ley que regía al tiempo del otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos se subordinarán a la que estuviere vigente, cuando falleciere el testador.

"En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador, las que reglen la incapacidad o indignidad de los herederos o legatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones;

"17ª—Si el testamento contuviere disposiciones que no deban ponerse en ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del testador;

"18ª—En las sucesiones forzosas o intestadas, el derecho de representación de los llamados a ellas, se regirá por la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del intestado. Pero, si el fallecimiento sucediere bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra, se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo o parte de la herencia por derecho de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho, según la ley bajo la cual se otorgó el testamento;

"19ª—En la adjudicación y participación de una herencia o legado, se observarán las reglas que regían al tiempo de la muerte de la persona a quien se suceda;

"20ª—En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de la celebración.

"Exceptúanse de esta disposición: 1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y 2º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley, bajo la cual se hubiere cometido;

"21ª—Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba, estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere;

"22ª—Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben comenzar a regir; pero, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente;

"23ª—La prescripción principiada cuando regía una ley, y que no se hubiese completado al tiempo de promulgarse otra que modifique la anterior, podrá ser regida por la primera o segunda, a votación del prescribente; pero, si eligiere la última, la prescripción no empezará a contarse, sino desde la fecha en que principió a regir la ley posterior;

"24ª—Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible, no podrá ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribente hubiere principiado a poseer conforme a la ley anterior, que autorizaba la prescripción;

"25ª—Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales, ejecutariadas en el tiempo intermedio".

El inciso segundo del Art. 31, queda reformado del modo siguiente:

"Se llaman naturales los hijos nacidos de padres que, al tiempo de la concepción o del nacimiento podían casarse legítimamente sin necesidad de dispensa, siempre que hayan sido reconocidos, con arreglo al Título 12 del Libro 1º de este Código".

El Art. 33 se reforma en estos términos:

"Es **incestuoso**, para los efectos civiles:

"1º—El concebido entre padres que estaban, uno con otro, en línea recta de consanguinidad o afinidad;

"2º—El concebido entre padres, de los cuales el uno se halla con el otro en segundo grado transversal de consanguinidad o afinidad; y

"3º—El concebido entre padres, de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro.

"La consanguinidad y afinidad de que se trata en este artículo, comprenden la legítima y la ilegítima".

Después del Art. 62 se añade el artículo siguiente:

"Art. 63.—El domicilio de los militares de tierra o de mar en servicio activo, será el lugar en que se hallaren sirviendo".

En lugar del Art. 144 se pone el siguiente:

"Art. 144.—Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria, como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza, etc., se presume la autorización general del marido, para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer.

"La disposición de este artículo habilita a la mujer, en los casos que él contiene, para parecer en juicio, sin necesidad de la licencia del marido".

En vez del Art. 201 se pondrá el siguiente:

"Art. 201.—Fuera de los casos de los Arts. 199 y 200, el matrimonio posterior no produce **ipso jure** la legitimación de los hijos.

"Para que él la produzca, es necesaro que los padres designen por instrumento público los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos.

"El instrumento público puede otorgarse en cualquier tiempo, desde la celebración del matrimonio".

En lugar del Art. 229, se pondrá el siguiente:

"Art. 229.—El padre, y en su falta la madre, tienen el derecho de dirigir la educación de sus hijos; pero no podrán obligarlos a tomar estado o casarse contra su voluntad".

El Art. 234 se reforma en estos términos:

"La **patria potestad** es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados".

El Art. 245 queda en estos términos:

"Habrá derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual.

"No tendrá el padre la administración de los bienes del hijo, mientras esté suspensa la patria potestad por decreto judicial".

Después del Art. 257 se pondrán los tres artículos siguientes.

"Art. 258.—En todos los casos en que termine la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, sucederá en ella la madre con todos sus derechos y obligaciones".

"Art. 259.—El padre podrá nombrar en testamento un curador adjunto a la madre, para la administración de los bienes de sus hijos menores".

"Art. 260.—La madre que se prostituyere o diere a luz un hijo ilegítimo, perderá la patria potestad.

"La que pasare a segundas o ulteriores nupcias, perderá perpetuamente la administración de los bienes, pero no los demás derechos de la patria potestad".

El Art. 259 del Código dirá así:

"La emancipación **voluntaria** se efectúa por instrumento público, en que el padre y la madre declaren emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello.

"No valdrá la emancipación, si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa".

El Art. 260 del Código dirá así:

"La emancipación legal se efectúa:

"1º—Por la muerte natural o civil del padre, cuando no exista la madre, y por la muerte civil del hijo;

"2º—Por el matrimonio del hijo;

"3º—Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años, quedando prohibida la habilitación de edad;

"4º—Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido, cuando la madre no exista".

El Art. 263 del Código dirá:

"La emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aun por causa de ingratitud.

"No obstante puede revocarse en los casos siguientes:

"1º—Cuando el hijo menor emancipado voluntariamente, observa una conducta inmoral;

"2º—Cuando durante la menor edad de los hijos emancipados legalmente, vuelve a la vida civil el padre que había profesado en alguna orden religiosa; y

"3º—Cuando el padre ausente, se presenta durante la menor edad de los hijos que, por no tener madre, se emanciparon a consecuencia del desaparecimiento de aquél.

"La revocación, en el primer caso, será decretada por el juez con conocimiento de causa, y en el segundo y tercero, se efectuará por el ministerio de la ley".

El Art. 341 dirá:

"El padre legítimo puede nombrar tutor por testamento a los hijos que no tienen madre; pero si debiere recaer bajo la potestad materna, puede nombrar curador adjunto, no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre de la madre, para el caso en que nazca vivo".

El Art. 354 dirá:

"Los llamados a la curaduría legítima son:

"En primer lugar, el padre del menor;

"En segundo lugar, la madre.

"Y los llamados a la tutela o curaduría legítima son:

"En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo;

"En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo, y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

"Si no hubiere lugar a la curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

"Los parentescos designados en este artículo, se entiende legítimos".

El Art. 393 se reforma en estos términos:

"El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo, con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ella en la plaza.

"Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces.

"Por la omisión en el cumplimiento de estos deberes, el tutor o curador será responsable de los intereses corrientes".

El Art. 412 se reforma en estos términos:

"Toda acción del pupilo contra el tutor o curador, en razón de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje, sin que se comprenda en esta disposición la que tiene para cobrar el saldo que resultare.

"Si el pupilo fallece antes de cumplir el cuadrenio prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo".

El Art. 415 dirá:

"En lo tocante a la crianza y educación del pupilo, está obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en los títulos 9 y 13, sin perjuicio de ocurrir al juez cuando lo crea conveniente".

El Art. 581 dirá:

"Los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público.

"Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen al dueño de dicha heredad, y pasan con ésta a los herederos y demás sucesores".

El Art. 639 se reforma en estos términos:

"Si una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad, y recupera la posesión luego que las aguas se retiran".

El Art. 703 se reforma en estos términos:

"Cada uno de los partícipes de una cosa que poseían **pro indiviso**, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere durante todo el tiempo de la indivisión.

"Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte, si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, en cuanto al exceso, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios".

Después del Art. 858 del Código se añadirán los dos artículos siguientes:

"Art. .....—Para el ejercicio del derecho a que se refieren los artículos anteriores, cualquier propietario de un fundo, los vecinos de una población y los que pretendan establecer máquinas, podrán sacar agua de los ríos, lagunas o fuentes públicas o comunes".

"Art. ..... —Si el que abriere una toma o acequia con el ánimo de llevar aguas, abandonare la obra por más de un año,

se entenderá que ha renunciado su derecho, y tendrá cualquier otro la facultad de abrir una nueva toma o acequia".

El Art. 925 del Código se redactará del modo siguiente:

"Si corriendo el agua por una heredad, se estancare o torciere su curso, embarazada por el cieno, piedras, palos u otras materias, los dueños del agua tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que esto suceda, a que les permita remover el embarazo, si es que no prefiere hacerlo por sí mismo."

El Art. 945 del Código se redactará en los términos siguientes:

"En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

"1.—Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de sucesión, lo que se debiere por última enfermedad y los gastos funerales.

"2.—Las deudas hereditarias.

"3.—Los impuestos fiscales, que gravaren la masa hereditaria.

"4.—Las asignaciones alimenticias forzosas.

"5.—La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

"El resto es el **acervo líquido**, de que dispone el testador o la ley."

El Art. 954 dirá:

"6.—Es indigno de suceder el que, siendo varón y mayor de edad, no hubiere acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

"Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

"Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio".

El Art. 975 dirá:

"Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales.

"No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos, y en la otra mitad, los hijos naturales o el cónyuge.

"No habiendo ni hijos naturales ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos.

"Entre los hermanos legítimos de que trata este artículo, se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

"No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán por iguales partes toda la herencia, o toda la porción hereditaria de los hermanos".

El Art. 1022 del Código se reforma en los términos siguientes:

"Para poner el testamento verbal, por escrito, el juez de primera instancia del cantón en que se hubiere otorgado, a petición de cualquiera persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en el mismo cantón, o en caso de no haberlos y hallarse el heredero ausente, por aviso que están obligados a dar los testigos, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales, y a todas las demás personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes:

"1º—El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad, y las circunstancias que hicieren creer, que su vida se hallaba en peligro inminente;

"2º—El nombre y apellido de los testigos instrumentales, y el cantón en que moran;

"3º—El lugar, día, mes y año del otorgamiento".

El Art. 1041 del Código dirá:

"Todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita.

"Valdrán, con todo, las asignaciones destinadas a objetos de beneficiencia, aunque no sean para determinadas personas.

Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo a alguno de los del cantón o provincia del testador.

"Lo que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo la inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a la disposición del inciso anterior.

"Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a un establecimiento de caridad o beneficencia del cantón o provincia del testador, en caso de haberlo. Si no lo hubiere, se destinará a la formación de un establecimiento de esta especie".

El Art. 1225 dirá:

Si, dentro de quince días de abierta la sucesión, no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiese albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo, y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente.

"Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios, **pro indiviso**, previo inventario solemne; y, aceptando sucesivamente sus coherederos y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Si discordaren entre ellos, el juez nombrará un administrador.

"Mientras no hayan aceptado, todos las facultades del heredero o herederos que administre, serán las mismas de los curadores de la herencia yacente; pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer, que bajo su administración peligren los bienes".

El Art. 1347 del Código dirá:

"Los legatarios no están obligados a contribuir al pago de las legítimas y mejoras, o de las deudas hereditarias, sino cuando el testador destine a legados alguna parte de la porción de bienes, que la ley reserva a los legitimarios y mejorados, o, cuando al tiempo de abrirse la sucesión, no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias.

"La acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios, es en falta de la que tiene contra los herederos".

El Art. 1348 del Código dirá:

"Los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas y mejoras, o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a la de los otros.

"Sin embargo, no contribuirán con los otros legatarios aquellos a quienes el testador hubiese expresamente exonerado de hacerlo. Pero, si agotadas las contribuciones de los demás legatarios, quedare incompleta una legítima o mejora, o inso-

luta una deuda, serán obligados al pago, aun los legatarios exonerados por el testador.

"Los legados de obras pías o de beneficencia pública, se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa y entrarán a contribución, después de los legados expresamente exonerados; pero, los legados estrictamente alimenticios a que el testador está obligado por ley, no entrarán a contribución, sino después de todos los demás".

El Art. 1482 del Código dirá:

"El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que, por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar, o cuando quiera hacerse el pago por consignación.

"En el contrato de mutuo a interés, se observará lo dispuesto en el Art. 1284".

El Art. 1529 del Código dirá:

"Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta, lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre la pena sola, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más, que esta última doblada.

"La disposición anterior no se aplica al mutuo, ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

"En el primero, se podrá rebajar la pena en lo que exceda al **máximum** del interés que es permitido estipular.

"En las segundas, se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

El Art. 1739 del Código dirá:

"No se podrán enajenar, ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto de juez, con conocimiento de causa.

"Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer, cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

"Las causas que justifican la enajenación o hipoteca, no serán otras que estas:

"1ª—Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales;

"2ª—Necesidad o utilidad manifiesta de solo la mujer, y no de la sociedad conyugal".

El Art. 1786 del Código dirá:

"La venta se repunta perfecta, desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvadas las excepciones siguientes:

"La venta de los bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste del acta de remate debidamente registrada.

"En las ventas de esta clase, cuyo valor no exceda de 200 pesos, las escrituras se otorgarán en papel del sello 9º, en el mismo que se dará el testimonio, y los escribanos y anotadores no cobrarán más que la cuarta parte de sus derechos.

"Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y substancias minerales de toda clase, no están sujetas a la excepción del inciso anterior"

El Art. 1801 dirá:

"La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella".

El Art. 1802 del Código dirá:

"Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo, o en el evento de cierta condición; pues, en estos casos, no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo o cumplida la condición.

"Todo lo dicho en este artículo, puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes".

El Art. 1969 del Código dirá:

"Siempre que se arriende un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio, al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades.

"Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de la edad y calidades dichas para efectuar la restitución, se pagará la diferencia en dinero, según el valor que entonces tuvieren.

"El arrendador no será obligado a recibir animales, que no estén aquerenciados al predio."

El Art. 1973 dirá:

"El servicio de criados domésticos y trabajadores asalariados, puede contratarse por tiempo determinado; pero, no podrá estipularse que durará más de un año, a menos que

conste la estipulación por escrito autorizado por el juez de la parroquia.

"El tiempo se entenderá forzoso para entrambas partes, a menos de estipulación contratria

"El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo."

El Art. 1976 dirá:

"Si el criado o trabajador asalariado, contratado por cierto tiempo, se retirase sin causa grave antes de cumplirlo, pagará al amo, por vía de indemnización, una cantidad equivalente a los perjuicios que hubiere causado; y será obligado a continuar en el servicio.

"El amo, que en un caso análogo despidiere al criado o al trabajador asalariado, será obligado a pagarle igual indemnización más de la que corresponda al trabajo prestado, y una cantidad equivalente al servicio de un mes."

El Art. 1978 dirá:

"Será causa grave, respecto del amo, la ineptitud del criado o del trabajador asalariado, la falta de honradez, la insubordinación y todo hábito vicioso que perjudique al servicio, o turbe el orden doméstico; y respecto del criado o del trabajador asalariado, el maltratamiento del amo, el fraude o inexactitud en el pago del salario, la conducta inmoral del amo, de sus familiares o huéspedes, y cualquier conato de algunos de estos, para inducirle a un acto torpe o criminal.

"Toda enfermedad contagiosa del uno, dará derecho al otro para poner fin al contrato.

"Tendrá igual derecho el amo, si el criado o trabajador asalariado, por su propia culpa y por causa independiente del servicio, se inhabilitare para el trabajo por más de una semana. Pero si el criado o trabajador asalariado adquiriese la enfermedad en el servicio, sin culpa de él o por causa del mismo trabajo, el amo estará obligado a asistirle y presentarle los auxilios necesarios para la curación.

"Si el criado o trabajador asalariado quedare inposibilitado para el trabajo por el largo servicio que hubiere prestado, o en razón del mismo trabajo, el amo no podrá despedirlo; antes bien, le conservará dándole los recursos necesarios para su subsistencia."

El Art. 1980 dirá:

"La persona a quien se presta el servicio será creída, afirmándolo con juramento, salvo prueba en contrario:

"1º—Sobre el tanto del salario del sirviente, doméstico o trabajador asalariado;

"2º—Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente;

"3º—Sobre lo que haya dado a cuenta de trabajo en el último año; pero, por los años precedentes, se creerá únicamen-

te lo que fuera conforme con la liquidación anual, o a falta de ésta, lo que afirme con juramento el criado o trabajador asalariado, salvo prueba en contrario".

El Art. 1981 dirá:

"Además de lo prescrito en los artículos anteriores, se observará lo que determinen los reglamentos especiales que expidiere el Gobierno".

El Art. 2008 del Código dirá:

"El dueño de un fundo gravado actualmente con un censo, puede redimirlo, consignando ante el juez el capital correspondiente, aunque sea por partes, con tal que ninguna de éstas baje de cien pesos, y aunque al constituirlo se hubiese prohibido la redención.

"El capital consignado se impondrá a censo redimible en otra parte, haciéndose su reconocimiento por escritura pública, sin cuyo requisito no se entenderá constituído el censo.

"Si los censos hubieren sido constituídos para objeto pío, tanto en la traslación, como en la redención, se sujetarán a lo dispuesto en el Concordato".

El Art. 2017 del Código dirá:

"Si la finca gravada con un censo se pierde del todo, cesará el rédito o pensión; pero si se pierde sólo en parte, no se eximirá el deudor de abonar la renta, a no ser que prefiera abandonar la finca al acreedor.

"Interviniendo culpa del deudor, quedará sujeto en ambos casos al resarcimiento de daños y perjuicios".

El Art. 2047 del Código dirá:

"Los contratantes pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio, y no se podrá reclamar contra éste, sino cuando fuere manifiestamente inicuo, y ni aún por esta causa se admitirá contra este arbitrio reclamación alguna, si han transcurrido tres meses, desde que fue conocido del reclamante, o si ha empezado a ponerse en ejecución por él.

"A ninguno de los socios podrá cometerse este arbitrio.

"Si la persona a quien se ha cometido fallece antes de cumplir su encargo, o deja de cumplirlo por otra causa, cualquier socio puede dar fin a la sociedad, y la distribución de beneficios y pérdidas se arreglará a los dos artículos siguientes:

El Art. 2149 del Código dirá:

"No se extingue por la muerte del mandante, el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden en este caso en los derechos y obligaciones del mandante.

"Por muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por la muerte

del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto o delegado".

El Art. 2153 del Código dirá:

"En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato, será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

"Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario hubiere pactado después de saber la causa que hizo expirar el mandato, si el contrato hubiere sido celebrado con terceros de buena fe; pero el mandante tendrá derecho a que le indemnice el mandatario.

"Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato, hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia de tercero, podrá el Juez en su providencia absolver al mandante".

En lugar del Art. 2186 del Código se dirá:

"El interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal; y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a petición del deudor.

"Llámase interés corriente, el que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximum del convencional fijado en este artículo".

El Art. 2187 del Código dirá:

"Si se estipulan, en general, intereses sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.

"El interés legal es el de seis por ciento al año.

"Será el mismo interés o rédito, por el precio que haya dejado de pagarse por los fundos, o, cuando debiendo entregarse un fundo, se hubiere retenido indebidamente".

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 1º—Las reformas anteriores comenzarán a regir en la República desde el 1º de julio del presente año.

Art. 2º—La Corte Suprema de Justicia queda encargada de hacer una edición del Código Civil, insertando estas reformas en los lugares convenientes, poniéndolas en armonía con las demás disposiciones del Código y cuidando de su redacción, sin alterar el sentido.

Dado en Quito, a 15 de Mayo de 1869.— G. García Moreno.— El Ministro de lo Interior, R. Carvajal.

## LA CONVENCION NACIONAL DEL ECUADOR,

Vistas las reformas del Código Civil, hechas por el Presidente Interino de la República,

**Decreta:**

Artículo Unico.— Las reformas mencionadas se aprueban con las modificaciones siguientes:

1ª—El inciso 2º del Art. 31 queda reformado en estos términos:

"Se llaman naturales, los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, con arreglo al Título 12 de este Libro".

2ª—El Art. 113 dirá:

"Los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador, deben sujetarse a las prescripciones de la ley civil, y ocurrir al Ordinario del lugar en que ha de celebrarse dicho matrimonio, para que precisamente les prescriba el modo y forma con que hayan de contraerlo; sin estos requisitos, no surtirán los efectos civiles de dichos matrimonios".

3ª—El Art. 139 se reforma en los términos siguientes:

"La autorización judicial representa la del marido y surte los mismos efectos, con la diferencia que va a expresarse.

"La mujer que procede con autorización del marido, obliga a éste en sus bienes, de la misma manera que si el acto fuese del marido; y además, obliga sus bienes propios, hasta la concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto. Lo mismo será, si la mujer hubiere sido autorizada judicialmente, por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que pueda presumirse el consentimiento de éste.

"Pero, si la mujer hubiere sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; más no el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubiere reportado del acto.

"Además, si el juez autorizare a la mujer para aceptar una herencia, ella deberá aceptarla con el beneficio de inventario y sin este requisito, obligará solamente sus bienes propios a los resultados de la aceptación".

4ª—Queda suprimido el inciso 4º del Art. 210.

5ª—Al Art. 234 se agregará el inciso 2º que se ha omitido.

6ª—El inciso 1º del Art. 975 debe reformarse del modo siguiente:

"Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, legítimos, le sucederán sus hijos naturales, sus hermanos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos, y su cónyuge. La herencia se dividirá en este caso en cuatro partes: las dos para los hijos naturales, la una para los hermanos y la otra para el cónyuge".

7ª—El último inciso del Art. 978 se reformará en los términos siguientes:

"Habiendo cónyuge sobreviviente, concurrirá con los hijos, los padres o hermanos naturales: en concurrencia con los primeros, esto es, con los hijos o padres naturales, o con cualquiera de ellos, tendrá la cuarta parte de los bienes, y en concurrencia con uno o más de los hermanos, la mitad".

8ª—El Art. 2017 se reforma en estos términos:

"Si la finca gravada con el censo desaparece o se hace infructífera, totalmente se extingue el censo; pero si se pierde o deteriora en parte y todo el valor del fundo fuere acensuado, se rebajará el censo, hasta la concurrencia del precio en que fuere avaluado, y el censatario tendrá la elección, o para entregar el fundo deteriorado, al censualista o para reconocer el censo en la cantidad que hubiere quedado.

"Si el precio del fundo fuere, parte acensuado y parte libre, la pérdida parcial o el deterioro, se imputará a prorrata entre el censatario y el censualista.

"Si destruído total o parcialmente el fundo gravado, volviere a reaparecer o se hiciere fructífero, sin intervención del trabajo humano, reaparecerá el censo en todo o en parte, según el valor que tenga después de la reaparición. Mas, si para esto se hubieren empleado capitales o trabajo, se deducirá con preferencia lo que estos importen, y el censo revivirá en los términos de los incisos anteriores; pero no se deberán las pensiones correspondientes al tiempo de la destrucción o esterilidad.

"Interviniendo culpa del deudor, quedará sujeto en ambos casos al resarcimiento de daños y perjuicios".

Dado en la sala de sesiones, en Quito, a veinte y dos de junio de mil ochocientos sesenta y nueve.

El Presidente de la Convención, R. Carvajal.— El Secretario, Víctor Laso.

Palacio de Gobierno, en Quito, a 7 de julio de 1869.— EJECUTESE.— Manuel de Ascásubi.— El Ministro de lo Interior, Pablo Herrera.

AÑO DE 1871

**GABRIEL GARCIA MORENO,**

**Presidente de la República del Escuador,**

**Considerando:**

1º—Que por el decreto de 15 de mayo de 1869, aprobado por la Convención Nacional en 7 de julio del mismo año, se encargó a la Corte Suprema de Justicia una nueva edición del Código Civil, en la que habían de insertarse las reformas determinadas por la misma Convención.

2º—Que en consecuencia, se ha hecho la nueva edición en Nueva York en el año presente, bajo la dirección de la Corte Suprema y conforme a sus instrucciones, salvo pequeños errores que ella ha puntualizado en el oficio de 26 del presente.

3º—Que al Código Civil se ha agregado en la misma edición el Código de enjuiciamiento en materia civil y que, por el artículo final de éste, está autorizado el Poder Ejecutivo para señalar el día en que deba comenzar a regir en todo el territorio de la República.

**Decreta:**

Art. 1º—Desde el 10 de agosto del presente año no se citarán los artículos de la antigua edición del Código Civil, ni las disposiciones legislativas que lo reformaron, y sólo podrá citarse la edición hecha en Nueva York en este año por la Excelentísima Corte Suprema.

Art. 2º—La fe de erratas remitida por la Excelentísima Corte Suprema, se imprimirá junto con este decreto, y se colocará al principio de cada ejemplar del antedicho Código, sin lo cual no serán auténticos.

Art. 3º—El Código de enjuiciamiento civil comenzará a regir en la República desde la fecha indicada en el Art. 1º.

El Ministro del Interior queda encargado de la ejecución de este decreto.

Dado en Quito, a 27 de mayo de 1871.— G. García Moreno.— El Ministro del Interior, Francisco Javier León.

AÑO DE 1873

**EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS DEL ECUADOR, REUNIDOS EN CONGRESO,**

**Considerando:**

Que la experiencia ha hecho conocer la necesidad de reformar algunos artículos del Código Civil, para evitar los embarazos que se presenten en la práctica,

Decreta:

Art. 1º—El Art. 114 dirá:

"Los que sin ser católicos quisieren contraer matrimonio en el Ecuador, deben sujetarse a las prescripciones de las leyes civiles y canónicas".

Lo que sigue de dicho artículo queda suprimido.

Art. 2º—El inciso 1º del Art. 115 dirá:

"El matrimonio celebrado en nación extranjera en conformidad con las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano; pero si la autoridad eclesiástica ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en país extranjero, se respetarán los efectos de esta declaratoria".

Art. 3º—El Art. 497 se reforma así:

"Los que profesan diversa religión de la católica no pueden ser tutores ni curadores de los pupilos católicos".

Lo que sigue de este artículo queda suprimido.

Art. 4º—El Art. 533 se reforma de esta manera:

"No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hubiesen establecido en virtud de una ley, o que no se hayan aprobado por el Presidente de la República, o que siendo fundaciones piadosas no hayan sido establecidas con autoridad del ordinario".

Art. 5º—El Art. 576 queda de esta manera:

"El uso y goce de los oratorios privados erigidos en posesiones de particulares y que les son anexos, pasarán junto con ellas y con los vasos, ornamentos y demás objetos que pertenezcan a dichos oratorios a las personas que sucesivamente adquieran las posesiones mentadas, a menos que se disponga otra cosa en testamento, o por cesión u otro acto entre vivos".

"En cuanto a las capellanías públicas y cementerios, estén o no situados en posesiones particulares, se observarán las disposiciones canónicas".

Art. 6º—El Art. 590 dirá:

"En los edificios que se construyan a los costados de las

calles y plazas, se observarán las ordenanzas o reglamentos de policía local".

Art. 7º—El Art. 688 será como sigue:

"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño de ella, sea que el dueño o el que se da por tal, la tenga por sí mismo, o bien por medio de otra persona que en lugar y en su nombre la posea".

Art. 8º—El inciso último del Art. 955 dirá:

"Esta incapacidad comprenderá a las iglesias parroquiales de que son curas los confesores, excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrá hacer asignaciones, aunque el testador se haya confesado con el cura de ella; pero, etc:" Lo demás queda como en el Código.

Art. 9º—El inciso 3º del Art. 959 dirá:

"Pero en esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, o que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del autor o cómplice del homicidio".

Art. 10.—El Art. 2030 dirá:

"En el segundo caso de los exceptuados de la regla cuarta del Art. 2028 pasará el derecho de censos a un establecimiento pío o de beneficencia elegido por el Presidente de la República; y dicha fundación o establecimiento gozará del censo con los gravámenes a que estuviese afecto. Si el censo perteneciere a una fundación o establecimiento eclesiástico, dispondrá de él la autoridad eclesiástica".

Art. 11.—El inciso 3º del Art. 2039 se reforma de esta manera:

"En las capellanías colativas se observarán las disposiciones canónicas".

Art. 12.—El inciso 1º del Art. 2391 dirá:

"La hipoteca debe otorgarse por escritura pública, o constituirse en la respectiva acta de remate".

Art. 13.—Las presentes reformas se pondrán a continuación del Código Civil.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para su ejecución y cumplimiento.

Dado en Quito, capital de la República, a 23 de octubre de 1873.

El Presidente del Senado, Roberto de Ascásubi.— El Presidente de la Cámara de Diputados, Vicente Lucio Salazar.— El Secretario del Senado, Carlos Casares.— El Secretario de la Cámara de Diputados, Pedro José Cevallos.

Palacio de Gobierno, en Quito, a 8 de Noviembre de 1873. EJECUTESE.— G. García Moreno.— El Ministro del Interior, Francisco Javier León.

AÑO DE 1887

## EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,

**Considerando:**

1º—Que se han agotado las ediciones que en 1871 y 1872 se hicieron en Nueva York de los Códigos Civil y Penal y de Enjuiciamiento en Materia Criminal.

2º—Que varias de las legislaturas que se han sucedido desde 1871 han hecho adiciones y modificaciones a esos Códigos; y

3º—Que es necesario que dichas adiciones y modificaciones figuren en los lugares a que ellos se refieren,

**Decreta:**

Art. 1º—La Corte Suprema de Justicia queda encargada de hacer lo más pronto posible, una nueva edición de los Códigos Civil, Penal y de Enjuiciamiento en Materia Criminal; con inserción de los artículos adicionados y reformados por las leyes vigentes, y adoptando las variaciones y modificaciones que esta inserción exigiere.

Art. 2º—El Gobierno proporcionará a la Corte Suprema todos los auxilios que pida para cumplir la comisión y hará los gastos que fueren necesarios.

Art. 3º—Concluída la nueva edición, el Poder Ejecutivo dictará un decreto, señalando la fecha desde la cual deban citarse los artículos de ella; y desde entonces, dejarán de hacerse citas de las ediciones antiguas y de las leyes adicionales o modificatorias.

Art. 4º—Se autoriza al Poder Ejecutivo para que además de la edición de que habla el artículo primero, contrate con un abogado otra edición del Código Civil y del de Enjuiciamiento, con anotaciones y concordancias.

Dado en Quito, capital de la República, a 8 de Agosto de 1887.— El Presidente de la Cámara del Senado, Camilo Ponce.— El Presidente de la Cámara de Diputados, Aparicio Ribadeneira.— El Secretario de la Cámara del Senado, Manuel M. Pólit.— El Secretario de la Cámara de Diputados, José M. Banderas.— Palacio de Gobierno, en Quito, a 13 de Agosto de 1887.— EJECUTESE.— J. M. Caamaño.— El Ministro de lo Interior, J. M. Espinosa.

---

AÑO DE 1889

**ANTONIO FLORES,**

**Presidente de la República del Ecuador,**

Por cuanto la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo con lo dispuesto por el decreto de 13 de Agosto de 1889, ha hecho en Nueva York, este año, una nueva edición del Código Civil, con inserción de los artículos adicionados y reformados por las leyes vigentes y con las variaciones y modificaciones exigidas por esta inserción; y en virtud de lo dispuesto por el decreto mencionado.

**Decreta:**

1º—Desde el 1º de marzo de 1890 se citará la nueva edición del Código Civil y no las ediciones antiguas ni las leyes adicionales o modificatorias.

2º—La fe de erratas remitida por la Corte Suprema de Justicia con la nota del 29 de noviembre del presente año se imprimirá junto con este decreto y se colocará al principio de cada ejemplar del Código para su autenticidad.

Dado en Quito, a cuatro de diciembre de 1889.— A. Flores.— Elías Laso.

---

AÑO DE 1901

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR,**

**Considerando:**

Que es preciso dictar medidas eficaces para redimir la propiedad del gravamen de los censos,

**Decreta:**

Art. 1º—Se reduce a la décima parte el capital acensuado, que respectivamente gravare sobre cualesquiera bienes raíces situados en el territorio de la República, ya sean censos propiamente dichos o capellanías.

Art. 2º—Desde la fecha de este Decreto, el rédito censítico será el 6% anual, pagadero en dinero.

Art. 3º—La propiedad del capital del censo y los beneficios del mismo, pertenecen exclusivamente al censualista o patrono del censo o capellanía respectivos, de conformidad con el artículo siguiente.

Art. 4º—Dentro de tres años, contados desde el 1º de Enero de mil novecientos dos, los propietarios de predios gravados con censos, podrán redimirlos consignando la décima parte, aún por porciones que no bajen de cien sucres.

Art. 5º—Transcurridos los tres años, el censualista podrá demandar ejecutivamente la parte de capital que se le adeudare.

Art. 6º—Expirados los cinco años, quedará extinguido el censo, por el ministerio de la ley, y si hubieren litigios pendientes, éstos no darán sino acción personal.

Art. 7º—Los réditos caídos se liquidarán en juicio verbal sumario, y, liquidados, podrán exigirse ejecutivamente, durante cinco años, contados desde el 1º de Enero de 1902. Si no se demandaren en los cinco años, se extingue por el ministerio de la ley la acción para exigirlos.

Art. 8º—Si el censo se hubiere sustituído a una antigua vinculación de familia, el patrono o sus sucesores pagarán, durante treinta años la pensión, a las personas que tengan derecho a ella.

Art. 9º—Transcurridos los treinta años, el patrono podrá pedir la cancelación del censo, presentando las respectivas cartas de pago. Si constare de ellas que la pensión se ha satisfecho durante los treinta años, el Juez ordenará la cancelación.

Art. 10.—La presente Ley empezará a regir desde el 1º de Enero de 1902.

Dado en Quito, Capital de la República del Ecuador, a dos de octubre de mil novecientos uno.— El Presidente de la Cámara del Senado, Manuel B. Cueva.— El Presidente de la Cámara de Diputados, Abelardo Posso.— El Secretario de la Cámara del Senado, N. A. Correa.— El Diputado Secretario de la Cámara de Diputados, Manuel E. Rengel.

Palacio Nacional, en Quito, a 10 de Octubre de 1901.— EJECUTESE.— Leonidas Plaza G.— El Ministro de Justicia, Julio Arias.

## COMENTARIO

Diversos sistemas se han hecho por jurisconsultos eminentes para reducir a sistema la teoría de la retroactividad de las leyes.

Pero ¿cuál es la significación de este principio? Impone él la simple tarea de confrontar dos fechas, para decidir si

la ley de tal tiempo debe o no ser aplicada a un hecho ejecutado en tal otro? O además del tiempo, hay que considerar en cada relación jurídica su naturaleza especial, para ver si se resiste o no con justicia a ser dominada por la nueva ley?

La solución de estas cuestiones abraza toda la teoría sobre la retroactividad de las leyes. Pero antes de entrar en su exposición, es indispensable hacer una observación previa.

Una cosa es que la ley puede tener efecto retroactivo, y otra que el Legislador haya querido dárselo. Lo primero pertenece a la teoría de la legislación: la segunda entra en el campo de la legislación positiva. Así es que, cuando el Legislador atribuye por excepción un efecto retroactivo a sus disposiciones, no puede ya disputarse acerca de su alcance y extensión. Por el contrario, cuando no asigna ese efecto especial a la ley, entonces es llegado el caso de discurrir, por medio de observacaciones filosóficas, sobre la extensión de sus preceptos y sobre la esfera más o menos amplia que limita el círculo de su aplicación.

El doctor Borja, comentador del Código Chileno, refiriéndose a la ley sobre esta materia, juzga que "es imposible que la ley enumere todos los casos en que haya conflicto, real o aparente, entre los límites temporales de dos o más leyes", y opina que ni los jurisconsultos chilenos que formularon las veinticinco reglas de dicha ley, ni el Presidente García Moreno que por Decreto de 1869 las incorporó al Código ecuatoriano, procedieron acertadamente. Recuerda a este propósito la supresión que el Consejo de Estado francés hizo del inciso 2º del artículo 2º del proyecto del Código de Napoleón, que daba retroactividad a la ley interpretativa respecto de la interpretada. También hace notar que dichas veinticinco reglas no figuran en el Código de Bello.

Analizando los veintiseis artículos de la ley mencionada, encuentra que el artículo 6º es completamente innecesario, por estar comprendido en lo que dispone el artículo 3º de la propia ley; que los artículos 4º y 8º sólo son meras consecuencias del principio declarado en el 3º; que el 11 es inconveniente, y expone sus razones; que el 15 se deduce de la regla puntualizada en el 12; que el 16 debe ser error de pluma o tipografía cuando dice servidumbre naturales y **voluntarias**; cree que debe decir naturales y **legales** y da los argumentos, a nuestro juicio incontrovertibles, tanto que posteriormente se hizo la debida corrección; que el 17 no resuelve ningún conflicto, y que acaso por eso no fue incorporado, como los demás, al Código ecuatoriano; califica de importantísima la regla del artículo 22, según la cual en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su promulgación, y elogia la

cordura de los jurisconsultos chilenos que aceptaron a este respecto las doctrinas de **Savigny** y **Duvergier**, pero cree que la regla hubiera sido completa y exacta diciendo: "todo lo concerniente a las obligaciones que nacen de un hecho lícito o ilícito se determina por las leyes sustantivas civiles vigentes cuando la obligación se contrajo", puesto que así no hubieran sido necesarios los dos incisos siguientes, de los cuales el segundo lo supone obscuro y ocasionado a conflictos; comentando el artículo 23 expresa los inconvenientes de haberse referido sólo a los contratos válidamente celebrados, porque mientras se les discute este carácter no se sabe si lo tienen o no, y porque nada dice el artículo respecto de los actos y contratos nulos, que no por esto dejan de surtir efectos mientras no se declare su nulidad; respecto del artículo 26 hace el reparo de haberse referido "al tiempo de promulgarse" una nueva ley, y estima que debió decirse "al tiempo en que la nueva ley comience a regir", pero hecha esta salvedad, y aun cuando observa que esta regla se separa de los principios absolutos que determinan el efecto retroactivo de la ley en materia de prescripción, la encuentra fundada en razones de equidad que sería muy duro desconocer.

Por nuestra parte, creemos que no es posible abrazar otro sistema en esta materia, que el señalado de **derechos adquiridos y simples expectativas**, que ha prevalecido, como tradición inconcusa, desde los romanos hasta nuestros días. Sólo por medio de un análisis de cada relación de derecho, refiriéndola siempre a esa distinción fundamental de **derechos adquiridos y simples espectativas**, puede llegarse, con trabajo si, pero con seguridad, a dar solución a todas las cuestiones de retroactividad.

En efecto, ¿qué otra cosa significa el principio que "la ley no tiene efecto retroactivo", sino que ella no puede arrebatar ningún derecho adquirido? Y si esta es su significación práctica, natural y universalmente aceptada, ¿por qué desviarnos del sendero en que ella misma nos coloca? Por qué no averiguar entonces lo que constituye la naturaleza íntima de un derecho adquirido, para ver si sus elementos primordiales se contienen o no en una relación dada?

Generalmente las leyes reguladoras del estado de las personas no son susceptibles de conferir derechos adquiridos, mientras dicho estado permanece como mera abstracción de la ley, como situación posible a que un individuo puede llegar; porque repugna a la naturaleza del derecho adquirido la calidad de mera abstracción. Pero no sucede lo mismo cuando ese estado de mera posibilidad se transforma en una situación real y efectiva, cuando la persona se coloca en ella bajo las condiciones que la ley exige para que se haga titular

de ese estado. Entonces su situación, verdaderamente formada al amparo de la ley, no podría ser cambiada por otra, sin una manifiesta agresión a los derechos que la primera le había conferido.

Hallar la línea de separación, la regla que nos sirva de guía, para distinguir esas relaciones, es la tarea preliminar que impone el tránsito de una legislación a otra.

Las demás principales modificaciones pueden reducirse a las siguientes: 1ª a conceder a la madre patria potestad sobre sus hijos legítimos. Obedeciendo el Código Civil de Chile reminiscencias romanas, había incurrido en la injusticia de negar a la madre viuda la patria potestad sobre sus hijos; injusticia que fue reparada por nuestro legislador; 2ª a establecer entre las causas de terminación del contrato de trabajo, llamado entonces de arrendamiento de servicios, el fraude o inexactitud en el pago del salario y la conducta inmoral del amo, primeros brotes de la regulación moderna del trabajo; 3ª a la abolición de los censos en 1901.

Vamos a ocuparnos del tercer punto, puesto que con relación a los dos primeros los hemos analizado ya en líneas anteriores.

Sin entrar en la historia de la vinculaciones que bajo la influencia del espíritu nobilario, establecieron un derecho a perpetuidad sobre bienes raíces con la obligación de transmitirlos indefinidamente dentro de un orden de sucesión predeterminada; la verdad es que tales vinculaciones cayeron en descrédito y aun fueron universalmente derogadas por el triunfo de las nuevas ideas que, a base de la revolución francesa, trajeron consigo un sistema de libertades que sirvieron a la vez de principio reaccionario en contra de la forma de servidumbres de la Edad Media.

Esto explicará naturalmente cómo en España, ya desde mayo de 1789, nadie podía fundar libremente la vinculación de mayorazgos, según Cédula Real expedida con tal objeto, la misma que preparó indudablemente el camino hacia la extinción total de dichos mayorazgos, y en general de todas las vinculaciones de la propiedad, como son las sustituciones, fideicomisos, patronatos, etc.

Mediante la ley colombiana de 1824 se extinguieron en el Ecuador los mayorazgos y vinculaciones, no sólo porque nuestra Patria formaba a la sazón parte integrante de Colombia, sino también porque esa ley siguió siendo propia aun después de su emancipación política. Pero, si extinguidas las vinculaciones, quedaron todavía como posibles los censos de acuerdo con la misma ley de 1824, siempre que los censos fueren redimibles y no quitasen a los bienes su calidad esencial de enajenables.

Con la promulgación de nuestro Código Civil en 1860, prohibióse la constitución de nuevos censos; pero en cambio dejáronse subsistentes los anteriores, inclusive aquellos que se habían sustituído a antiguas vinculaciones de familia. Fue sólo más tarde en 1901 que se dictó la ley de 10 de octubre de ese año, reduciendo los censos a la décima parte de su valor y estableciendo su redención forzosa, dentro del término fijo de cinco años, entendiéndose que a la terminación del quinquenio los censos quedaban extinguidos, sin más, por el ministerio de la ley.

Sólo respecto de los censos que se habían sustituído a antiguas vinculaciones de familia, hízose una salvedad singular, aunque nada conforme con el principio fundamental de la propia ley. Díjose respecto de ellos que el patrono o sus sucesores pagarán, durante 30 años, la pensión respectiva a las personas que tuviesen derecho a ella. Y luego agregó que, transcurridos dichos treinta años, el patrono podía pedir la cancelación del censo sin otro requisito que la presentación de las cartas de pago por el tiempo referido.

Ya después de la ley colombiana y el decreto de 1901, la libertad de la propiedad raíz vino a ser nada menos que una garantía política del Estado; pues así se acordó en el Art. 18 de la Constitución de la República expedida por la Asamblea de 1906–1907.

Tal es la suerte de nuestra legislación positiva en la materia y la situación misma que, conforme a ella, tienen aquí las vinculaciones y los censos. Aquellas no existen ni pueden existir en el territorio de la República, y los censos todos —inclusive los que se subrogaron a las vinculaciones y las capellanías— tampoco existen ni pueden existir de acuerdo con las leyes citadas y el principio científico que las informa. Y esto aunque, a propósito de los censos de sustitución, no se hubiesen pagado las pensiones correspondientes a los treinta años de que habla el Decreto Legislativo de 1901.

Los censos de sustitución, si previstos como posibles por la ley de 1824 y por el mismo Código Civil de 1860 en su artículo 2014 inciso 3º, ellos debían constituírse por acto posterior y separado, establecida previamente su procedencia en cada caso concreto. Y tal acto de constitución debía otorgarse, además, antes de la ley de 1901, porque con posterioridad a dicha ley, ello era nada menos que imposible, supuesta la prohibición del establecimiento de nuevos censos que comporta esa ley por razón de su sistema propio y la derogación consiguiente de la salvedad prevista por el citado inciso 3º del Art. 2014 del Código Civil (edición de 1860).


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

# INDICE


Pág.

Introducción ..... 3

CAPITULO I

DEL DERECHO EN GENERAL

1.—Concepto del Derecho ..... 11
2.—El Derecho en sentido objetivo y subjetivo ..... 12
3.—El Derecho y las normas análogas ..... 14
A).—Derecho y Moral ..... 14
B).—Derecho y Justicia ..... 15
4.—Divisiones del Derecho ..... 16
Primera División.— Derecho natural y positivo ..... 16
5.—Derecho natural ..... 16
6.—Derecho positivo ..... 16
7.—Segunda división.— Derecho nacional e internacional. Subdivisiones del Derecho nacional ..... 17
8.—Subdivisiones del Derecho internacional ..... 18
9.—Tercera división.— Derecho civil y de gentes ..... 18
10.—Cuarta división.— Derecho escrito y no escrito ..... 18
11.—Quinta división.— Derecho substantivo y procesal ..... 19
12.—Principales teorías acerca del Derecho ..... 19
1ª—Teorías iusnaturalistas.— Tipología de las mismas
2ª—La Escuela Histórica del Derecho
3ª—Teorías positivistas, sus varias direcciones
4ª—Escuela Fenomenológica
13.—Teorías iusnaturalistas ..... 20
A).—El iusnaturalismo platónico-aristotélico, que se inicia con Heráclito y Pitágoras, prosigue con Sócrates y culmina en las obras de Platón y Aristóteles
B).—El iusnaturalismo trascendente, que va de San Agustín a Leibnizt, pasando por la escolástica medieval
C).—El iusnaturalismo racionalista de Pufendorf y Tomasio
D).—El iusnaturalismo individualista de los sofistas, cínicos y cirenaicos

Pág.

14.—La filosofía racionalista de Kant ..... 20
15.—La Escuela Histórica del Derecho ..... 23
16.—Teorías positivistas, sus varias direcciones ..... 25
A).—El positivismo sociológico de Comte y Spencer
B).—El positivismo de Durkheim y Tarde
C).—El objetivismo de Duguit
D).—El utilitarismo de Bentham y Stuart Mill
E).—El Derecho dentro del materialismo dialéctico
17.—Factores condicionantes del Derecho ..... 32
18.—El neokantismo, sus diversas escuelas ..... 33
A).—La Escuela de Marburgo, representada por Stammler
B).—La Escuela de Baden, representada por Windelband y Rickert
C).—La Escuela de Viena, representada por Kelsen
19.—La filosofía formalista de Stammler ..... 34
20.—La Escuela de Baden, que tiene su basamento en la filosofía de los valores, uno de los movimientos más fecundos del siglo XX, provocado por la teoría de la cultura sudoccidental alemana, cuyos representantes más destacados son Windelband y Rickert ..... 35
21.—Filosofía jurídica de Gustavo Radbruch ..... 35
22.—Escuela de Viena.— Teoría pura del Derecho de Kelsen ..... 40
23.—Escuela Fenomenológica,— Principales cultivadores: Husserl, Bergson, Reinach, Shapp y Geny ..... 43
24.—El existencialismo ..... 48
25.—Nuestro juicio acerca de las teorías expuestas ..... 52
26.—Hacia un nuevo ideal ..... 59
27.—Realización de los valores jurídicos ..... 60
28.—El Derecho civil ..... 64
29.—El Derecho civil en el Derecho Romano ..... 65
30.—El contenido del ius civile en relación con el ius privatum y el ius publicum ..... 66
31.—El contenido del ius civile en relación con el ius gentium y el ius honorarium ..... 66
32.—Epocas de la Historia del Derecho Romano ..... 69
33.—Clasificaciones del Derecho civil Romano.— Personas, cosas y acciones.— Sistemática pandectista.— Orden a seguir ..... 71
34.—Actio. Iurisdictio. Legis actiones. Agere per formulas. Exceptio. La Acción genérica y la adjetivización del Derecho procesal ..... 72
35.—Persona. Caput. Capitis diminutio. Capacidad de la mujer. Tutela. Curatelas. Pater. Manus. Domus. Familia. Dominium, dominica potestas. Matrimonio. Liberi. Servi. Hereditas. Sui heredes. Agnati. Testamentum. Reformas pretorianas e imperiales en el Derecho sucesorio ..... 74
36.—Dominium. Bienes heredados y bienes adquiridos. Res mancipi. Possessio y usus. Usucapión. Posesión y propiedad. In bonis habere. Usos, distinto de possessio. Quasi-possessio ..... 81

Pág.

37.—Obligatio y fides. Obligatio ex delito. Contractus. Ambito de la conditio. Actiones in facum contractuales. Contratos consensuales. Contratos innominados. Cuasi contratos. Cuasi delitos. De la estipulatio al documento ..... 83
38.—Delimitación del Derecho civil frente a otras disciplinas que en este campo concurren y han alcanzado independencia ante aquél ..... 85
39.—Modernas tendencias que orientan e impulsan al nuevo Derecho privado ..... 89
40.—Los movimientos de tipo autoritario y el Derecho privado: bolchevismo, fascismo y nacionalsocialismo ..... 98
41.—Los adelantos científicos y la técnica ..... 103
42.—La transformación social y económica ..... 104

## CAPITULO II

### DEL DERECHO INDIGENA PRECOLONIAL

43.—A modo de introducción ..... 107
44.—América aborigen ..... 108
45.—La presencia del hombre en el Continente ..... 109
46.—Los Quitus o el primitivo reino de Quito ..... 113
47.—Caras y Scyris ..... 117
48.—La tradición de Catari ..... 119
49.—Hechos posteriores a los Caras y Scyris ..... 124
50.—El Rey de Quito, Emperador del Incario ..... 125
51.—Caracteres del sistema político de nuestros pueblos prehistóricos ..... 128
52.—El Imperio Incaico.— Su origen ..... 129
53.—Esbozo histórico de la norma jurídica y la existencia del Derecho incásico ..... 131
54.—Derecho primitivo y costumbre ..... 132
55.—Derecho primitivo y religión ..... 133
56.—Derecho primitivo y moral ..... 134
57.—Derecho primitivo y economía ..... 134
58.—Importancia de la autoridad en el Derecho ..... 134
59.—El Derecho ante la costumbre, la moral y la religión de los Incas ..... 135
60.—Régimen económico-agrario de la época incásica ..... 136
61.—El Estado incaico y caracteres del mismo ..... 141
62.—Organización judicial ..... 141
63.—Caracteres generales del Derecho incásico ..... 142

## CAPITULO III

### EL COLONIAJE ESPAÑOL

64.—Consideraciones generales ..... 146
66.—Arribo de Francisco Pizarro ..... 148
67.—El nuevo Reino de Quito ..... 150

Pág.

68.—Capitulación o contrato de Orellana ..... 150
69.—Creación de Audiencias ..... 151
70.—Donaciones a Quito ..... 152
71.—Confirmación de la posesión de Quito.— Título fundamental ..... 152
72.—La Misión Geodésica ..... 155
73.—Creación del Virreinato de Santa Fe.— La Audiencia de Quito ..... 155
74.—Los Virreinatos ..... 156
75.—Supresión del Virreinato de Santa Fe ..... 157
76.—Restablecimiento del Virreinato ..... 157
77.—La Cédula de 1740 ..... 157
78.—Antecedentes de la Cédula de 1802 ..... 158
79.—Análisis y discusión de la Cédula de 1802 ..... 160
80.—Argumento de las Misiones ..... 160
81.—Sentido y objeto verdaderos de la Cédula de 1802 ..... 162
82.—Casos análogos ..... 163
83.—Palabras valiosas ..... 163
84.—El Papado y el Descubrimiento ..... 164
85.—Clamor por la justicia en América ..... 165
86.—Etica colonial española ..... 166
87.—Leyes de Burgos ..... 167
88.—Ordenanzas sobre descubrimiento y población ..... 175
89.—La Fe como base colonizadora ..... 179
90.—Derecho castellano que se trasplantó a América.— Fuentes ..... 180

A).—Fueros Municipales
B).—Fuero Real
C).—Las Siete Partidas
D).—Ordenamiento de Alcalá
E).—Leyes de Toro
F).—Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla
G).—Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla

91.—Los Fueros Municipales.— Su análisis en cuanto al Derecho civil ..... 181
92.—El Fuero Real.— Elementos que le componen y espíritu que le preside ..... 184
93.—Las Siete Partidas.— Distribución de materias en las Siete Partidas.— Su análisis en cuanto al Derecho civil ..... 184
94.—El Ordenamiento de Alcalá.— Distribución de materias ..... 189
95.—Las Leyes de Toro.— Análisis de su contenido ..... 189
96.—La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla.— Breve análisis de su contenido ..... 189
97.—La Novísima Recopilación ..... 189
98.—La realidad y las leyes: "Se acatan, pero no se cumplen" ..... 190
99.—Del Derecho Indiano.— Instituciones que comprende el Derecho Indiano ..... 191

Pág.

1ª—Repartimientos y Encomiendas
2ª—Reducciones y Corregimientos
3ª—Mitas
4ª—Obrajes
5ª—Tributo indígena

100.—Los Repartimientos y Encomiendas.— Antecedentes de su constitución; su influencia en muchos sucesos políticos ..... 191
101.—Las Reducciones y Corregimientos.— Su carácter general ..... 192
102.—Las Mitas.— Su análisis ..... 193
103.—Los Obrajes ..... 194
104.—Tributo indígena ..... 194
105.—Recopilación de las Leyes de Indias.— Breve análisis de su contenido en cuanto al Derecho civil ..... 196
106.—Factores históricos que entraron en conflicto en el Nuevo Mundo ... 198
107.—Estructura social y política de la Colonia ..... 200
108.—Sistemas de gobierno ..... 202
109.—Creación y Colonia ..... 203
110.—Los Cabildos ..... 205
111.—Funcionarios y procedimientos judiciales ..... 207
112.—La obra de los juristas de la Colonia ..... 210
113.—Pugnacidad de las clases oprimidas ..... 214

## CAPITULO IV

## EL REPUBLICANISMO

114.—Quito en la independencia de América— Verdaderas raíces históricas de la emancipación ..... 220
115.—Espejo y la Patria ..... 223
116.—La Nacionalidad Ecuatoriana.— Conceptos de Nación y Estado ..... 228
117.—Origen del Estado y concepto general del mismo ..... 230
118.—Elementos del Estado: Territorio, Pueblo y Poder Público o Autoridad Política ..... 236
119.—El Estado como organismo dentro del cual el Derecho se realiza ... 236
120.—Orígenes de la nacionalidad ecuatoriana ..... 236
121.—Derechos territoriales del Ecuador a la hoya occidental amazónica y la paz de América ..... 239
122.—Inexistencia jurídica del Protocolo de 1942 ..... 242
123.—De conformidad a las normas y principios tutelares del Derecho Internacional Americano, el Protocolo de 1942 es intrínsecamente nulo 246
124.—Inejecutabilidad del Protocolo en el sector meridional de la zona Zamora - Santiago ..... 248
125.—Las razones del Perú ..... 250
126.—Títulos fundamentales del Ecuador en el Amazonas: el descubrimiento, la posesión, la independencia, las Cédulas Reales, el Tratado de Guayaquil ..... 253

Pág.

127.—El Descubrimiento ..... 253
128.—Actos de Posesión.— La independencia ..... 253
129.—Las Cédulas Reales ..... 254
130.—El Tratado de Guayaquil ..... 257
131.—Conclusiones ..... 259
132.—Después de la independencia ..... 261
133.—La realidad socio-económica de Latinoamérica y sus proyecciones en la forma adoptada por su Derecho y sus instituciones ..... 267
134.—Los bienes comunales: su origen, variedades y trayectorias en la Legislación española antigua y ecuatoriana ..... 278
135.—El problema indígena ..... 286
136.—Régimen de tierras en los dominios de América durante la Colonia 288
137.—Régimen de tierras vigente.— Características y condiciones de vida y de trabajo ..... 288
138.—Reforma Agraria ..... 297
139.—Aspectos de la solución ..... 311
140.—Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional ecuatoriano 317
141.—Puntos básicos que debe contener la institución protectora de esos derechos ..... 319

CAPITULO V

EL DERECHO ECUATORIANO

142.—División del Derecho Ecuatoriano: antiguo, intermedio y nuevo .... 322

DERECHO ANTIGUO

143.—Derecho que regía en el Ecuador al declararse su independencia ..... 322
144.—El Poder Legislativo estaba reconcentrado durante la época colonial en el Rey y Consejo de Indias ..... 322
145.—Ventajas e inconvenientes de estar el cuerpo legislador en Europa y los ciudadanos beneficiados con las leyes en América ..... 323
146.—El Derecho vigente en el Ecuador al emanciparse de España comprendía: 1º—Las pragmáticas, cédulas, decretos, ordenanzas del Rey comunicadas a las Indias por intermedio de su Consejo desde 1680 hasta 1810.— 2º—La Recopilación de Indias, formada en 1860.— 3º—La Novísima Recopilación de las Leyes de España, en 1805.— 4º—El Fuero Real promulgado en 1255.— 5º—El Fuero Juzgo.— 6º—Las Partidas, en 1263 o 1265.— Derecho común que completaba la Legislación ..... 323

DERECHO INTERMEDIARIO

147.—Leyes patrias dictadas desde 1810 hasta la promulgación del Código civil ..... 324
148.—Objeto principal de dichas leyes ..... 324

DERECHO NUEVO


| | Pág. |
|---|---|
| 149.—Código y leyes que lo forman | 325 |
| 150.—Idea general de la codificación | 325 |
| 151.—El Derecho nacional | 330 |
| 152.—Antecedentes históricos y fuentes del Código Civil Ecuatoriano de 1860 | 333 |
| 153.—La codificación en Francia | 334 |
| 154.—El derecho antiguo.— Naturaleza | 334 |
| 155.—El Derecho Romano y el Derecho Germánico | 335 |
| 156.—Los países de Derecho consuetudinario y los países de Derecho escrito | 337 |
| 157.—Explicación histórica de la división | 338 |
| 158.—Costumbres generales y costumbres locales | 339 |
| 159.—Redacción oficial de las costumbres | 339 |
| 160.—Reforma de las costumbres | 340 |
| 161.—Consecuencia de la redacción | 341 |
| 162.—Influencia de la Costumbre de París | 342 |
| 163.—Trabajos preparatorios del Código Civil.— Código de Napoleón | 342 |
| 164.—Leyes de 25 de octubre de 1855 de 25 de noviembre de 1857, de 4 de diciembre de 1860 | 346 |
| 165.—El Código Civil de 1860 | 348 |
| 166.—Método del Código Civil | 349 |
| 167.—Plan del mismo | 351 |
| 168.—Estudio de sus materias | 352 |
| 169.—Diferencias entre el Código Civil de Chile y el del Ecuador | 369 |
| 170.—Estudio comparativo entre el Código Civil nuestro de 1860 y el Código de Napoleón | 373 |
| 171.—Juicio crítico general sobre el Código Civil de 1860 | 379 |
| 172.—Reformas que se han hecho sucesivamente al Código Civil desde su primera edición | 390 |
| Comentario | 415 |

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
Donación del
DR. ANGEL MODESTO PAREDES
a la E. C. I
Universidad Central
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO