

evolucion, la que han seguido las ideas jurídicas para adaptarse á la evolución de las necesidades sociales, tanto en la esfera económica como en las otras esferas de acción social? Siguiendo el desarrollo del derecho romano, que por la circunstancia privilegiadísima de haber tenido una continuación histórica hasta nuestros días, se presta á seguir en sus fórmulas la historia de las ideas jurídicas, podemos aceptar como ciertas y verdaderas las observaciones de Summer Maine. Según este sociólogo, el *Derecho* ha tenido que pasar forzosamente por tres etapas, por tres concepciones para adaptar la fórmulas de coordinación de las actividades sociales á la evolución de esas actividades; y esas tres etapas que forman también el proceso natural del espíritu humano, son las siguientes: «se puede establecer, dice el autor citado antes, como una proposición general relativa á los medios por los que el derecho se pone en armonía con las necesidades sociales, que estos medios son tres: las *ficciones legales*, las *consideraciones de equidad* y la *Legislación* (1); dándose el caso de que dos de estos factores funcionen simultáneamente, pero no presentándose nunca el caso de que haya cambiado su orden de sucesión. Por ficción legal entiendo *toda afirmación que encubre ó trata de encubrir la alteración que ha sobrevenido en una regla de derecho, cuya aplicación cambia en tanto que el texto subsiste*. El método de las fic-

bertad con semejantes condiciones no se puede tener sino bajo la ley de la concurrencia, mientras la industria y la economía política adunadas no descubran otro sistema de producción.

(1) Summer Maine cree que los pueblos progresivos son una verdadera excepción en la historia y que casi todos sienten repugnancia á cambiar sus instituciones; en ellos el progreso material, lejos de haber desenvuelto el derecho, éste ha limitado la civilización; y que muchos pueblos han quedado detenidos en una etapa recorrida por todas las sociedades, aquella en que la regla de derecho se confunde con los preceptos religiosos.

ciones se aviene bien con el estado de infancia de las sociedades, pues satisface por una parte el deseo de mejora que nunca falta y á las exigencias de nuevas necesidades sociales, y por la otra no lastima la repugnancia supersticiosa que por todo cambio existe aún; y sin esas ficciones que han permitido á los pueblos cambiar sus ideas, establecer vínculos de familia ficticios para la incorporación política de nuevos grupos, suponer ciertas solemnidades en los contratos por fingidos representantes, etc., etc., no se concibe cómo hubieran podido los pueblos primitivos alargar su horizonte intelectual jurídico y adaptarse á la ley de la evolución (1). La *equidad* proviene de haber adquirido el espíritu humano la idea de un orden moral superior al orden del derecho positivo; también probablemente del sentimiento de repugnancia á la aplicación de fórmulas absolutas y rígidas, dictadas ó aceptadas sin previsión á ciertos casos que notoriamente están fuera del espíritu de esas fórmulas; y por esto la equidad ante los Pretores romanos, como ante los tribunales ingleses, difiere de las ficciones en que la modificación introducida en el derecho no es disimulada, sino patente y reconocida, y difiere de la legislación en que sus pretensiones á la autoridad están fundadas no sobre las prerrogativas de una persona ó Corporación, sino sobre la naturaleza superior de los principios á los que, se afirma, debe conformarse todo derecho. Esta concepción de la equidad vino á fusionarse y formar otra noción más precisa y fecunda al

(1) Todavía hoy subsisten muchos casos de ficción legal, como puede saberlo cualquiera que conozca la legislación de su país; y cómo el desenvolvimiento del derecho y su metodización se ha amoldado á esas ficciones, de aquí proviene lo ilógico, artificial y amanerado de todos los sistemas jurídicos, la falta de un plan general que abarca y divide el derecho en todas sus diversas ramificaciones por sus relaciones naturales y lógicas.

aliarse con la noción del derecho de gentes, que apareciera al principio como la colección de reglas comunes á las diversas tribus italianas, impuestas ó aceptadas por necesidad política; pero que llegó un día en que la teoría del *derecho de gentes*, ignoble apéndice del derecho quirritario ó civil, al influjo de otra teoría, la del *derecho natural*, creada por la filosofía griega y consolidada por los estoicos, se fundieron en un sólo concepto. Entonces *equidad*, *derecho de gentes* y *derecho natural*, formaron una noción más amplia, progresiva y fecunda, designada con esta última expresión. Por último, el tercer medio de cambio y progreso jurídico fué la *Legislación*, es decir, los decretos de un poder público, Senado, Príncipe ó asamblea parlamentaria, que se suponen órganos de la sociedad entera. Difiere este nuevo medio de las ficciones en que obra directamente derogando el derecho ó modificándolo y ampliándolo; y difiere de la equidad en que la fuerza obligatoria de las leyes no depende de su equidad; puede ser dictada fundándose en ellas, pero los decretos del legislador deben su fuerza obligatoria á la autoridad que legisla y no á los principios en que se inspira.

173. Siguiendo esta evolución, las ideas jurídicas se fueron adaptando á la evolución económica hasta llegar al criterio sociológico que hoy domina en toda legislación. La ley de toda sociedad para la vida económica es el cambio de servicios, el trueque; pero esa idea supone la apropiación individual, aunque sea en los más estrechos límites. La propiedad y los contratos como medio de cambio de servicios, son, pues, los primeros fenómenos económicos de toda sociedad que deben traducirse en los primeros conceptos é instituciones jurídicas. La noción de propiedad individual no era conocida, pues solamente los grupos patriarcales ú otros más

extensos fundados, como el patriarcado, sobre la idea de un parentesco ficticio, eran propietarios y poseedores de los bienes; de manera que la propiedad ha sido colectiva en su origen y ha seguido las integraciones y desmembraciones del grupo respectivo, siendo asunto del régimen interior de cada grupo la distribución de la propiedad. Nuestros estudios sobre derecho *personal* parecen indicarnos que la familia fué desenvolviéndose en los grupos llamados después *tribus*, *clans*, hasta constituir las *gentes*, y finalmente la *gens* fué reemplazada por individuos, produciéndose la propiedad individual; y paralelo sin duda á este desenvolvimiento de ella ha sido el de los contratos ó transmisiones de propiedad, en los cuales tomaban parte, no los individuos, sino colectividades por medio de fórmulas rigurosamente sacramentales, porque esas transmisiones en el derecho primitivo, no eran orales, sino *representadas* por gestos y palabras, y sobre todo, por la tradición, que tanta importancia tuvo en el derecho romano. A medida que se verificaba esa transformación de derecho comunal en derecho individual, surgieron títulos que la consagraban, á saber: la ocupación, la prescripción, las herencias y los contratos; cuatro expedientes jurídicos sin los cuales la existencia y evolución de la propiedad habría sido imposible. No cabe en los estrechos límites de esta obra explicar en todos sus pormenores y en todo su desenvolvimiento histórico, la evolución de estas cuatro instituciones, para cuyo estudio remitimos á nuestros lectores á las obras del autor que venimos extractando.

174. Entre esos cuatro factores de evolución económica, el más importante son sin duda los contratos. Era imposible para el estado mental de los primitivos pueblos tener una idea tan abstracta, como la hoy tan familiar (verdadero *truisme*) de que el consentimiento, el simple

consentimiento, puede ser fuente de obligaciones y derechos. Una familia, es cierto, podía contratar con otra familia, un jefe con otro jefe; pero este es un negocio de orden público más que de negocio privado, y han pasado muchos siglos para que haya podido conquistarse la idea del deber positivo que resulta de que un hombre esté obligado á cumplir su palabra. Al principio de los tiempos arcaicos no existe nada que se parezca á la intervención de la ley para forzar á la ejecución de una promesa; lo que sanciona la ley no es la promesa, sino las ceremonias solemnes que la acompañan, y no hay compromiso obligatorio si una sola formalidad ha sido omitida ó mal colocada, así como á la inversa, llenadas las solemnidades, nadie se puede quejar de violencia ó fraude en la promesa. A medida que el movimiento económico se hacía más complejo, fueron disminuyéndose las ceremonias, ó reemplazáronse por otras, hasta que se destacó de todo ese formalismo la idea de que el consentimiento concentraba el interés capital de la obligación, y desde este momento la tendencia del derecho fué conservar únicamente aquellas formalidades necesarias para la autenticidad del acto. El *nexum* primitivo, es decir, *todo negocio hecho con el cobre y la balanza* (según la definición de Ulpiano), instrumento de la *mancipatio*, era la forma primitiva para transmitir la propiedad, y esa solemnidad abarcaba toda clase de convenciones. El *nexum* primitivo fué descomponiéndose y especializándose, reservándose esa palabra para los contratos en que no había transmisión de dominio y usando de la palabra *mancipación* para aquellos en que había transmisión de dominio; á la vez eran sustituidas simples palabras ó signos simbólicos á la intervención real de otros personajes y de otras ceremonias en el primitivo *nexum*. Verificada esta transformación, el hori-

zonte jurídico de los contratos se fué ampliando, se admitieron varias especies y clasificaciones de ellos, y la evolución del antiguo derecho convencional fué consumada el día en que el Pretor anunció en su edicto que admitiría acciones de equidad fundadas sobre pactos que no revistieran la forma de contrato conocido, siempre que ese pacto tuviese una causa.

175. Puede verse en el Capítulo de esta obra destinado al *Derecho Romano*, la historia pormenorizada del desenvolvimiento jurídico de los contratos.

176. Las anteriores indicaciones revelan cuán lenta y trabajosa ha sido la adaptación de las ideas jurídicas á la evolución económica del organismo social; cómo el espíritu humano partiendo de ideas groseras é impregnadas de materialismo ha podido adaptar su desenvolvimiento intelectual jurídico al desenvolvimiento de las actividades económicas bajo el imperio ineludible de la ley de la división del trabajo, logrando así el derecho en su calidad de función reguladora de coordinación dirigir la infinita variedad de las funciones económicas de la sociedad.

177. *IV. Matrimonio y familia.*—La familia responde á necesidades sociales de dos órdenes: ella representa el primer centro regulador de coordinación de las sociedades embrionarias primitivas; y ella representa el único medio natural y biológico de reproducción de los individuos y por lo mismo de la subsistencia y crecimiento social. Su primera función se ha disminuido y circunscrito á medida que la ley de la *división del trabajo* ha consolidado las funciones del poder político y de otros poderes sociales; y su segunda función se ha perfeccionado con la evolución moral ó sea de los sentimientos altruistas de la especie humana. Las sociedades primitivas, dice Summer Maine, no eran colecciones

de individuos, como la de nuestros días, sino *agregación de familias*, y el derecho es concebido como rigiendo un sistema de pequeñas corporaciones independientes, soberanas, absolutas en el interior bajo el poder del patriarca, inmortales y responsables *solidariamente* unas respecto de otras en su calidad de colectividades y prescindiéndose de los individuos; y por esto el derecho recíproco de esas colectividades se informan en ceremonias y ritos y procedimientos sacramentales, porque se trata realmente de negocios internacionales, como diríamos hoy. El grupo elemental de la familia está ligado por el poder del ascendiente varón de más edad; la agregación de familias forma la *gens* ó casa, la agrupación de casas forma la tribu; la agrupación de tribus forma la República, pudiendo decirse que ésta es una colección de personas ligadas por el vínculo de descendencia común del autor de una familia primitiva. La historia de las ideas políticas comienza en realidad con la idea de comunidad de sangre; y ninguna transformación de sentimientos, de los que llamamos revolución, ha sido más sorprendente y más completa que el cambio operado cuando á la idea de parentesco se substituyó como base de convivencia política otra idea, como la de habitación en el mismo territorio. Para conservar esta idea primitiva se ocurrió á la ficción jurídica de crear artificialmente relaciones de familia, fingiéndose que la nueva población incorporada á la antigua descendía del mismo tronco que aquella en que era englobada; expediente fecundo é indispensable para el estado mental de aquellos tiempos y que se expresó por *la adopción* (1).

(1) El autor sostiene y demuestra lo que ya otros autores (Vico entre ellos) han afirmado respecto de la época feudal en relación á todas sus instituciones; es decir, que tratándose de la familia, esa época hizo revivir por su barbarie instituciones bárbaras del derecho primitivo que habían desapa-

178. El núcleo de la familia es el padre que tiene derecho de vida y de muerte sobre sus hijos (*Jus vitæ necisque*), encontrándose los vestigios de ese derecho en los últimos tiempos del período imperial: el derecho absoluto de castigo se ha transformado en acción del padre ante las autoridades judiciales para la corrección del hijo; el privilegio de imponer un matrimonio se ha cambiado en veto condicional; la facultad de vender ha sido virtualmente abolida, y la adopción no puede tener lugar sin consentimiento del hijo. Uno de los factores de la atenuación del poder paternal fué la necesidad que había de que los hijos cumpliesen ciertos deberes con el Estado, pues era difícil concebir un poder absoluto del padre sobre un hijo que prestaba altos servicios militares ó civiles á la nación, y de aquí el *peculio castrense* y después el *quasi-castrense* que daban al hijo un patrimonio propio y que prepararon las leyes de Constantino, haciendo desaparecer los derechos del padre sobre los bienes de los hijos. La extensión de la ciudadanía romana á todos los pueblos sometidos al Imperio debilitó mucho también la patria potestad romana, é hizo desaparecer la radical distinción entre agnados y cognados. Los cognados son los parientes que descienden de un tronco común; mientras que los agnados son aquellos que están ó que han estado ó que han podido estar (ó estarían si viviera el *pater familie*) bajo el poder del padre si éste hubiera vivido largo tiempo para continuar su poder, es decir: los miembros de la *familia* comprendida *en el sentido de los primitivos tiempos*; y por esto los agnados son parientes únicamente por

recido del mundo romano; de manera que la descomposición terminada, recomenzó. Esto revela que las leyes sociológicas son inflexibles, que á ciertos estados sociales corresponden ciertos efectos ineludibles.

el varón (*mulier est finis familiae*), pues el cuadro de este parentesco se forma tomando uno á uno sucesivamente los antepasados, y haciendo seguir su nombre de los descendientes de los dos sexos, y siguiendo las diversas ramas de este cuadro, se detendrá uno siempre que encuentre una mujer, no debiendo seguir más adelante el ramo ó línea á que pertenece, y todos los que queden, excluyendo los descendientes de esa mujer, son *agnados*. Así, no es el matrimonio, sino el poder del padre, la base del parentesco por agnación; si una mujer muere sin ser casada, no podrá tener descendientes legítimos; y si se casa, sus hijos quedarán bajo la patria potestad del marido y serán perdidos para la familia de la mujer, pues no eran concebibles dos patrias potestades en una misma familia, dos jurisdicciones sobre las mismas personas, y la familia primitiva era un *imperium in imperio*, un Estado en el Estado. Los Pretores, á medida que la autonomía de la familia se extinguía ante la del Estado, procuraron considerar el parentesco de cognación como el natural; pero quedaron huellas de la agnación en la exclusión de las mujeres y sus descendientes á funciones de Gobierno, exclusión atribuida á la ley sálica (ó de los franco-salios), (1) en la exclusión para heredar los medios hermanos y en otras instituciones. Esta misma institución de la familia primitiva ó el concepto jurídico en que descansaba, explica las incapacidades de la mujer, la emancipación de los hijos y el sistema de tutelas; el derecho primitivo no tenía en cuenta sino las familias, y por lo mismo las personas que las representan y son las que ejercen la patria potestad. Si el hijo ó nie-

(1) Los germanos tenían en el *mund* una unión de familia ó corporación en la que existía la *patria potestad*, aunque ya en decadencia; y respecto de los francos parece que la decadencia era completa, según el axioma de *puissance de per en France n'à lieu*.

to salen de ésta al ocurrir la muerte del padre, el motivo no es otro, sino que se convierte en *padre de familia*, y como la mujer no tiene esta capacidad, no puede salir de la patria potestad. Si el hijo salido de la patria potestad recibía un tutor, no era con el propósito de protegerlo, sino para conservar una apariencia de subordinación á la familia del padre, hasta que naturalmente podía él mismo ser padre, esto es, hasta la pubertad, hasta los quince años, pues hasta entonces duraba la tutela (1); pero como la mujer nunca puede salir de la patria potestad, sino para entrar en la potestad marital, es preciso prolongar cuando ésta cesa, la patria potestad, y á esta necesidad responde la tutela perpetua de las mujeres (2). Si la mujer quedaba sujeta al poder marital, no era á título de *marido* que éste adquiría ese poder, sino á título de *padre*, porque el antiguo derecho sometía la mujer á los parientes consanguíneos; y si el derecho moderno la somete al marido, es en virtud de un cambio operado en las formas del matrimonio (3). De las tres conocidas en el derecho romano, no quedó en la época más grandiosa del Imperio sino una especie de unión antigua que hasta entonces no había parecido conveniente y que consistía en el depósito temporal de la mujer en poder del marido, depósito hecho por la familia de aquella; y en

(1) La ley *laetoria* ó *pletoria* estableció la *curatela* para los púberes, y esa institución sí tuvo por objeto proteger la debilidad del menor.

(2) No son, pues, motivos racionales derivados de la debilidad del sexo, sino la lógica de instituciones primitivas, hoy sin significado racional, la base de nuestras limitaciones á los derechos de la mujer.

(3) En las antiguas costumbres romanas había tres formas de matrimonio: el religioso ó *confarreatio*; el civil ó *coemptio*, y el *usus*, que era una forma inferior á la *coemptio*. Por estos tres medios la mujer pasaba *in manum viri*, es decir, se convertía en hija (en el sentido arcaico) de su marido, entraba bajo el *imperio* del *pater familiae*, sus bienes eran adquiridos para el marido y al morir éste quedaba sujeta á la tutela designada por ese marido.

consecuencia de esta nueva forma del matrimonio, la mujer, casada ó no, adquirió grande independencia personal y para sus bienes, porque la tendencia del derecho en los últimos tiempos y bajo la influencia de la escuela estoica, había disminuido mucho los poderes del tutor de las mujeres y la nueva forma del matrimonio apenas confería derechos al marido. El cristianismo obra en sentido contrario á esa tendencia de mayor libertad en la mujer; y las constituciones de los Emperadores Cristianos llevan el sello de una reacción contra las doctrinas liberales de los jurisconsultos de la época antonina; y el sentimiento religioso dominante puede explicar por qué el derecho moderno, forjado por la conquista bárbara y formado por la fusión del derecho romano con las costumbres patriarcales, ha absorbido en sus primeros siglos un gran número de principios relativos á la posición de la mujer que pertenecen á una civilización imperfecta. Por fortuna el principal y más poderoso disolvente del renacimiento bárbaro en Europa, ha sido la jurisprudencia codificada por Justiniano, y ha minado constantemente las costumbres que impedían la evolución del derecho (1).

(1) Los efectos jurídicos de la diferencia de sexos no son puramente artificiales, y sea cualquiera el grado á que llegue la igualdad jurídica en su evolución, nunca podrán desaparecer diferencias derivadas de la naturaleza fisiológica y psicológica entre la mujer y el varón. El derecho, es cierto, ha establecido sus reglas sobre falsos conceptos de esa diferencia, como habremos de verlo; pero no es menos cierto que ella existe *naturalmente* y que tiene que reflejarse aunque dentro de límites más moderados, en la situación jurídica de la mujer. Fisiológica y psicológicamente la mujer es distinta del varón (aun suponiendo que la *mujer-varón* con que nos amenaza el porvenir llegue artificial y violentamente á suprimir algunas de esas diferencias), y esta diferencia afecta el carácter moral, intelectual y social de ambos sexos. Si un militar descuidando el desarrollo de las facultades de su oficio, se dedicase al cultivo de las facultades literarias, pictóricas ó mercantiles,

179. Además del gran poder del *pater familiae* sobre los

notoriamente perdería su aptitud para el ejercicio de la milicia, porque en virtud de la ley sociológica de la división del trabajo y de la psicológica de la especialización de funciones, ningún individuo puede á la vez desenvolver aptitudes completas para toda clase de funciones sociales, y el desarrollo de las facultades correspondientes á una función social, atrofia ó disminuye el desarrollo de las facultades correspondientes á otra función, llegándose hasta lo ridículo, cuando un individuo invierte el cultivo ó ejercicio de las facultades á que le destina su profesión. Un sacerdote haciendo de calavera es despreciable; un militar mojado, es ridículo; un estadista haciendo versos, suscita la burla; y si esto sucede tratándose de diversidad de funciones y desarrollo de facultades engendrados por las conveniencias sociales, ¿qué sucederá cuando esa diferenciación no es engendrada por fenómenos secundarios como los sociales, sino por fenómenos más fundamentales como los fisiológicos? Pues son causas fisiológicas las que engendran la diversidad sexual por la diversidad de funciones en la procreación y educación de la especie, imprimiendo rasgos indelebles de diferencia que tienen que afectar forzosamente las aptitudes morales y sociales del varón y de la mujer. Lo importante, pues, en este punto, no es demostrar que hay diferencias fisiológicas sexuales, sino investigar los efectos intelectuales, morales y sociales de esas diferencias para condenar los medios artificiales que pretendan emplearse para borrarlas ó atenuarlas, cuando esa atenuación venga á producir la atrofia ó destruir la especialización de las funciones sexuales, destinadas fisiológica, moral y socialmente á determinado objeto.

Es inútil decir que comparando la estatura media de varones y mujeres, es mayor la de aquellos, lo que produce una diferencia anatómica; pero lo importante, es demostrar que las diferencias anatómicas y fisiológicas de los sexos producen, independiente de toda acción sociológica, diferencias mentales, las cuales sirven para fortificar el sentimiento de la maternidad y son antitécticas de otras facultades mentales por las que el varón desempeña ciertas funciones sociales incompatibles con la conservación de los sentimientos necesarios para llenar la misión de la maternidad y del hogar.

Las almas no tienen sexo, se ha dicho; pero prescindiendo de la entidad alma, el hecho es que sus funciones siempre corresponden á la organización más ó menos delicada del cerebro, y entre el del varón y el de la mujer siempre hay notorias diferencias. Sin aceptar la doctrina de Spencer que supone suspenso el desarrollo intelectual prematuramente en la mujer á beneficio del desarrollo de facultades de procreación, sin aceptar como Valpeau que las mujeres sean varones degenerados, y aceptando que el embrión, sea cual fuere su sexo futuro, reciba una porción matemáticamente igual de subs-