

dios antropológicos. Al estudiar los cráneos de un cierto número de delincuentes, se encontraron en ellos diferentes anomalías que eran muy raras entre los hombres normales. Este resultado alentó á los estudiosos á seguir sus investigaciones, y así, mediante una labor paciente de anatomía, antropometría y psicología, se llegó á determinar los caracteres del delincuente á distinción del hombre normal. Se demostró que cada forma de delincuencia va acompañada de una anomalía orgánica, ó al menos de una anomalía psíquica, y que estas anomalías se transmiten por herencia, como la manía, la epilepsia y varias enfermedades. Se han estudiado, además, las circunstancias exteriores que contribuyen á viciar tanto la parte física como la moral de los individuos. De donde ha nacido una nueva rama de la ciencia antropológica, que es la antropología criminal, la cual ha tenido su cuna en Italia, por obra del eminente profesor César Lombroso, y que después se ha difundido con la velocidad del rayo por toda Europa (1). Paralelamente á la creación de esta nueva ciencia antropológica, se ha verificado una renovación en el derecho penal, renovación á cuyo frente se hallan Ferri, Garofalo y Puglia, y que se ha propagado también por todas las naciones civilizadas. La razón de este rápido progreso realizado en el derecho penal es evidente. Si de los hechos resulta que el delincuente difiere en su conformación física y en sus caracteres psíquicos del hombre normal, claramente se desprende la consecuencia de que el sistema represivo, fundado casi enteramente sobre la aserción contraria, debe ser censurado necesariamente. Y siendo manifiesta la imperfección de las leyes penales existentes, llano es que los juristas debían consagrarse á su estudio, dando de esta manera una nueva dirección á los estudios filosóficos referentes al asunto. Verdad es que todavía no puede decirse que el estudio del derecho penal fundado sobre la antropología haya adquirido un carácter verdaderamente filosófico, lo cual era imposible con los pocos años que lleva de vida; pero se aproxima á esta meta á grandes pasos.

(1) Los estudios de antropología criminal en Francia deben reanudarse con la importante obra de P. Despine, *Psychologie naturelle*. Actualmente deben mencionarse entre los más notables cultivadores de la antropología criminal: en Italia, Virgilio, Marro, Tamassia, Morselli, Beltrani Scalia, Amadei, Giacomini, de Carle, etc.; en Alemania, Benedikt, Tlech, Sommer, Knecht y Kirn; en Francia, Bordier, Lacassagne y Manouvrier; en Inglaterra, Thomson, Wilson y Maudsley; en Bélgica, Heger y Dallemagne; en Hungría, Lennhossek; en Rusia, Bajanoff, Bielacow y Troiski.

Ahora, ¿puede decirse que en el terreno del derecho civil exista una efervescencia que pueda compararse á la que existe en el derecho penal? Nuestro Código civil representa un progreso con relación al Código civil francés; así lo reconocen unánimemente los mismos escritores franceses que se han ocupado de él, como Gide, Hue, Beauregard. Sin embargo, nosotros, los italianos, que podemos decir con orgullo que Italia ha sido la cuna del derecho privado, debemos confesar que la obra del legislador de 1865 fué una obra precipitada (á causa de la necesidad de la unificación legislativa, la cual debía servir de coronamiento á la unificación política); y que los comentaristas del actual Código, imitando casi siempre pedantescamente á los franceses, y preocupados con las cuestiones de palabras, han demostrado que son muy inferiores á los grandes comentaristas del derecho justiniano, y aun á los del Código napoleónico (como Toullier, Delvincourt, Marcadé, Troplong, Zaccaria, Demolombe, Laurent). Ni han faltado escritores que á este propósito hayan censurado la *inercia* y la *esterilidad* científica, y hasta la *anemia* y el *servilismo* de nuestros tratadistas. Estas acusaciones son muy fundadas en parte, si bien un conjunto de circunstancias, que no nos corresponde ahora examinar, ha impedido que el genio italiano desarrolle su virtualidad jurídica; pero ya se advierte un gran movimiento entre los juristas jóvenes, que se proponen cambiar de dirección en los estudios de derecho civil, y librar á las inteligencias del estudio pedante de las fórmulas y de las palabras, enderezándolas á más altos fines y á más elevadas regiones, en que el derecho aparece como producto é imagen de la vida del pueblo (1). Entre estos escritores jóvenes, debemos recordar, aparte del ilustre Gabba, el cual tiene siempre el mismo ardor juvenil en las ideas (2); de Carle, que simpatiza también mucho con este movimiento (3), y de Chironi, el cual comprende tan perfectamente la

(1) Consúltese la docta *prolusión* del profesor Gabba al *Curso de derecho civil en la Universidad de Pisa* (año 1887-88), la cual considera en forma sintética todo el vasto campo del derecho civil, descubriendo para el mismo lejanos é inexplorados horizontes.

(2) Ya en 1862 decía Gabba en su *Introducción á los estudios de legislación comparada*: «Un Código civil... en aquella parte que se refiere al comercio privado del derecho, emana de las necesidades, de las convicciones, de los usos de los hombres; y en la que se refiere á la condición subjetiva de las personas, proviene esencialmente de la constitución social del pueblo y del grado de su civilización.» Véase también la bellísima obra de Gabba, *Teoría acerca de la retroactividad de las leyes*, la cual marca una nueva dirección á materias especiales de derecho civil.

(3) Carle: *La vida del derecho en sus relaciones con la vida social*, segunda edición. Turín, 1891.

importancia del mismo, que estimula á los demás en esta campaña (1); á Cimbali (perdido para la ciencia demasiado pronto) (2); á Polacco (3), á Salvioli (4), á Cagliolo (5), á Gianturco (6), á Vadalà-Papale (7) y á algún otro (8); sin contar con que algunos econo-

(1) Chironi: *Sociología y derecho civil* (prolusión al curso de derecho civil en la Universidad de Turín, 25 de Noviembre de 1885).—*La culpa en el derecho civil actual* (culpa contractual), introducción.

(2) Cimbali: *El estudio del derecho civil en los Estados modernos* (prolusión leída en la Universidad de Roma el 25 de Enero de 1881).—*La nueva fase del derecho civil*. Turín, 1885.

(3) Polacco: *Función social de la legislación civil contemporánea*.—*Las instituciones de derecho civil*, 1885.

(4) *El método histórico en el estudio del derecho civil*.

(5) Cogliolo: *La teoría de la evolución darwinista en el derecho privado* (prolusión leída en la Universidad de Camerino el 21 de Noviembre de 1881).—*Ensayos sobre la evolución del derecho privado*.—*Filosofía del derecho privado*.

(6) Gianturco: *Los estudios del derecho civil y la cuestión del método en Italia* (en el *Filangieri*, Diciembre de 1881).—*Prólogo de las Instituciones de derecho civil*.

(7) Vadalà-Papale: *El Código civil y la ciencia*. Nápoles, 1881.—*El derecho civil en la enseñanza universitaria* (en el *Archivo jurídico*, xxvii, págs. 1-13).—*La jurisprudencia en la enseñanza y en los estudios del derecho civil* (en el *Foro Mesinés*, 1882, págs. 1-11).—*La nueva tendencia del derecho civil en Italia* (en la *Revista de jurisprudencia*, de Trani, vol. viii, fasc. 8).

(8) Filomusi Guelfi: *La codificación civil y las ideas modernas que á la misma se refieren*. Roma, Pallotta, 1887.—Fusinato: *Los infortunios del trabajo y el derecho civil* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. iii, págs. 46-70, 181-233).

Después de publicarse este trabajo nuestro en italiano, se ha producido un movimiento notable en el estudio del derecho civil. Aparte de un grandísimo número de artículos y notas críticas, publicados en periódicos y revistas, y hasta algún discurso inaugural del ministerio público (*procuratori del re*). (Véase el discurso inaugural del fiscal de Verona en la apertura de aquel tribunal el año jurídico 1891, publicado en el *Adige*, a. xxvi, número 5), y aparte de otros muchísimos trabajos que, al tratar materias especiales del derecho civil, demuestran mirar con buenos ojos las nuevas ideas, debemos citar los siguientes:

Fioretti: *Sur l'application de l'anthropologie aux législations et aux questions de droit civil*. (Véase *Actes du deuxième Congrès international d'anthropologie criminelle*. Lyon, 1890, pág. 113.)

Salvioli: *Los defectos sociales del Código civil en relación con las clases desheredadas y obreras* (prolusión leída en la solemne inauguración del curso en la Universidad de Palermo, el 9 de Agosto de 1890).

Idem: *Los aforismos jurídicos* (*Scuola positiva*, 15 de Agosto de 1891).

Gianturco: *El individualismo y el socialismo en el derecho contractual* (prolusión al curso de derecho civil en la Universidad de Nápoles). Nápoles, 1891.

Cavagnari (Camilo): *Nuevos horizontes del derecho civil en relación con las instituciones populares*. Milán, Dumolard, 1891.

Vadalà-Papale: *Para un Código privado social* (*Lo Spedalieri*, Marzo, 1891).

Idem: *Necesidad de la codificación de la economía política para la constitución del Código privado social* (*Scuola positiva*, 30 de Junio de 1891).

También fuera de Italia existen algunos trabajos análogos. Baste citar el *Proyecto de Código civil alemán*, de Mengén.

mistas, juristas y hombres de Estado se han esforzado en estos últimos años por poner de relieve las relaciones del derecho con la vida económica (1), y han discutido acerca de la necesidad de nuevas leyes sobre la materia, ó han publicado proyectos de códigos rurales, industriales y de legislación social (2). También Ferri, al ocuparse por incidencia del derecho civil, hubo de decir «que no tardará mucho el derecho civil en ser renovado en algunas de sus partes, por la observación de los hechos sociales, y librado de los restos teóricos y artificiales de los pasados sistemas» (3).

Se ha censurado á nuestro código por los principios en que se informa, por la falta de método y de organismo y por la materia de que trata. «Los códigos civiles vigentes—dice Cimbali,—ocupándose, como se ocupan, casi exclusivamente del individuo humano desde el punto de vista atómico y abstracto, atienden sólo á regular, en sus múltiples formas, la variedad de las relaciones meramente individuales; por consiguiente, no representan sino la legislación privada *individualista*. Por esto van siendo cada vez menos aptos y adecuados á las exigencias de los tiempos modernos, en los cuales el centro de vida y de acción, separándose cada vez más de la unidad individual, se traslada, con rapidez creciente, á la unidad social. De aquí que cualquiera tentativa de revisión de los códigos civiles vigentes que no tenga por objeto reorganizar y reconstruir enteramente, sobre nuevas bases y con nuevo criterio, todo el contenido y la estructura de aquéllos, de manera que comprendan y regulen, en sus aspectos más salientes, todo el fenómeno privado social, como necesario complemento del fenómeno privado individual, tiene que resultar absolutamente estéril é infecundo (4).» La necesidad de reorganizar el código civil la había comprendido ya antes Vadalà-Papale, cuando escribía: «El código italiano no son las

(1) Este movimiento se ha manifestado especialmente en Francia, en Italia y en Alemania. En Francia lo inició Pellegrino Rossi, y luego lo han seguido Batbie, Lebrun, De Munn, etc.

En Italia deben recordarse varios trabajos de Minghetti, Del Giudice, Francone, Puglia, Loria, Marescotti, etc.

En Alemania recordamos los trabajos de Danckwardt, Böhm Bawerk, Meyer, Wagner, Stein, etc.

(2) Véanse los proyectos de códigos rurales, de Anastarty, De Croos, el trabajo de Renouard sobre el derecho industrial, los proyectos de legislación social que se han presentado en todos los Parlamentos, y últimamente, en Italia, por Berti, por Costa, etc.

(3) C. Ferri: *Sobre la escuela positiva de derecho criminal* (prolusión al curso de derecho penal en la Universidad de Siena, año 1882).

(4) Cimbali: *La nueva fase del derecho civil*, págs. 11-12.

*columns de Hércules* en materia de legislación... Hasta hoy, los códigos han mirado á los hombres y á las instituciones por el lado del desarrollo individualista y solitario, mientras que los hombres y las instituciones se mueven en medio de la *vida social*, resultado de la lucha de muchísimas fuerzas y de muchísimas relaciones, que dan un cierto carácter á determinadas épocas. El código debe seguir el mismo desarrollo que la vida social. Por esta razón, hay que hacer un estudio diligente y constante de todos los fenómenos económicos, políticos y sociales, á fin de que el código pueda encarnarlos, y, ya que no otra cosa, inspirar en ellos todo su organismo... Todas las relaciones de la vida tienen derecho á ser legisladas, á fin de que su desarrollo quede fijado en normas constantes, que servirán de guía á los individuos en sus acciones y á todas las entidades que se mueven dentro del Estado (1).»

También se ha discutido mucho acerca del método seguido por nuestro código, observando que la distribución de la materia no responde á los dictados de la ciencia (2).

Y, por fin, se ha criticado á los códigos civiles vigentes en razón á su propio contenido, por tener muy poco en cuenta los progresos de la civilización actual. Así, observa Cimbali, en un código de derecho privado social hay que tener en cuenta toda la inmensa masa de bienes con que se ha enriquecido el inventario y el patrimonio de las sociedades modernas. Es preciso incluir en él las recientes formas de propiedad inmueble, como las minas, los montes, saltos y corrientes de agua, los telégrafos, los ferrocarriles, las oficinas, las fábricas; la propiedad mueble comprenderá toda la inmensa variedad de los instrumentos del trabajo, los productos, las mercancías y géneros que tienen un valor en el mercado; y además de todo esto, hay que tomar en consideración las cosas inmateriales, las cuales, en su manifestación extrínseca, adquieren un valor semejante al de los demás bienes, por cuanto prestan servicios y tienen utilidad, como sucede con las cualidades y aptitudes personales, los descubrimientos é invenciones industriales, las producciones artísticas y científicas, y, por fin, los bienes y valores de relación, como la marcha en los negocios, la clientela en las profe-

(1) Vadalá-Papale, *El código civil y la ciencia*, I, pág. 26.

(2) Consúltese Brini: *Ensayo de instituciones de derecho civil italiano*. Introducción y programa (en el *Archivo jurídico*, xxvi, 1881, págs. 544-580).—Gianturco: Obracitada. También De Filippis procura introducir un nuevo orden en la exposición de la materia de derecho civil; lo cual intentó asimismo Pacifici-Mazzoni.

siones, las marcas, los establecimientos y talleres, las casas industriales, etc. Es preciso, además, regular las nuevas formas de adquisición, pérdida y modificación de la propiedad en sus múltiples manifestaciones (1). Y sería preciso también regular, como observa muy oportunamente Gabba, las relaciones jurídicas privadas que nacen de otras relaciones de derecho público existentes entre el individuo y el Estado ú otras personas públicas. De la misma manera que el Estado tiene la obligación de indemnizar al expropiado por causa de utilidad pública, así también el recto y común sentido de la justicia aproxima, en la mayor parte de los Estados, el día en que las leyes proveerán al resarcimiento civil de las víctimas de los errores judiciales y aun al de los que, por causa de guerra, sufran algún perjuicio de parte de los enemigos del Estado (2).

Por consiguiente, aunque los códigos actuales tienen indiscutibles méritos, tienen también muchos defectos; razón por la que los nuevos juristas piden una reforma radical de los mismos. Antes bien, hay que confesar que de esta necesidad tuvo conciencia el ilustre Pisanelli, al considerar como cosa prematura y peligrosa el meterse entonces en semejantes cuestiones, las cuales reclamaban una obra más profunda y más radical que la modesta y restringida que consentían las circunstancias, y que, como él decía, podrán resolverse más tarde, con mayor oportunidad y utilidad, cuando los estudios filosóficos acerca de la materia estén más adelantados (3). Pisanelli tenía razón. A causa de las circunstancias políticas, no era posible entonces realizar una reforma radical en el código civil; y por otra parte, todavía no se habían echado las bases para esta reconstrucción orgánica. Para que el código civil se reorganice y se integre, es necesario que se desarrolle la ciencia del derecho civil, y esta ciencia no encuentra sus raíces sino en la filosofía jurídica, la cual estudia las relaciones orgánicas de convivencia en sus principios directivos. Es necesario que el fenómeno jurídico civil se estudie como un hecho natural de la vida privada de los individuos. Ahora debemos preguntar: ¿Ha llegado el momento en que pueda el legislador llevar á cabo la tan reclamada reforma radical? Los estudios filosófico-jurídicos á que aludía Pisanelli, ¿han alcanzado ya hoy el

(1) Cimbali: Obra citada, págs. 353-354.

(2) Gabba: Obra citada, págs. 14-15.

(3) Pisanelli: *Informe sobre el proyecto de código civil*.

necesario desarrollo para que la tan anhelada reforma tenga una base sólidamente científica? Séanos permitido dudarlo. Hemos visto más arriba que no hay aún un sistema de filosofía del derecho que tenga una base científica, es decir, un sistema en que todo el contenido de la filosofía del derecho se inspire en los principios antropológicos con los que debe hallarse relacionada. Bien está que los nuevos juristas indaguen el método que debe emplearse en los estudios del derecho civil y la manera de conciliarlo con las crecientes exigencias de la vida social; pero el cambio radical es imposible esperararlo, porque todavía no se han echado los cimientos de la deseada reforma. Faltando, como falta, un estudio filosófico-jurídico, en el que el fenómeno jurídico sea referido á sus causas naturales, falta también un estudio análogo tocante á las relaciones privadas. Por tanto, los estudios antropológicos, aplicados al derecho civil, son los que pueden proporcionar los elementos indispensables para abrir en el derecho civil una nueva fase, que pueda decirse verdaderamente fecunda en resultados útiles. Es decir, que precisa estudiar el derecho en general y las instituciones particulares del derecho civil en relación con el ambiente en que nacen y se desarrollan, y en relación con el hombre, al cual pertenecen como hecho psicológico suyo, desde el origen de las mismas hasta nuestros días; y así se llega hasta las sociedades actuales, cuyas relaciones con el derecho deben determinarse en consonancia con la evolución histórica y con las necesidades de la sociedad. Mediante este estudio, se verá claro, ante todo, el error de nuestro Código en poner al individuo como centro de todos los derechos y en mirar todas las relaciones de orden público y privado y todas las instituciones jurídicas exclusivamente desde el punto de vista de la utilidad que pueden proporcionar al individuo. Este sistema de hacer converger al individuo toda la razón social, sistema que es el producto de un exagerado individualismo, se advierte aún en la tripartición que se suele hacer de la materia del derecho civil, distinguiendo los derechos personales, los derechos reales y los derechos acerca del modo de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos que tenemos sobre las cosas. Y, por el contrario, estudiando científicamente la materia del derecho privado, no se encuentran simples individuos que obran libremente, creando relaciones varias y múltiples de índole privada, sino más bien verdaderas instituciones jurídicas, que no han nacido en virtud de propósito deliberado de los individuos, sino que se formaron espontáneamente por necesidad inhe-

rente á la convivencia humana. Mirado bajo este aspecto el derecho privado, se encuentran las cuatro instituciones fundamentales que constituyen su objeto: familia, propiedad, sucesiones y obligaciones (1). En efecto, las relaciones privadas entre los individuos pueden referirse á la institución de la familia, la cual se forma naturalmente aun entre los animales, porque se deriva de una necesidad fisiológica, á la cual va unido un sentimiento, que á su vez engendra otros, creando muy variadas relaciones, paralela y coherentemente al desarrollo social, y que son, naturalmente, reguladas por el derecho. La institución de la propiedad, que origina también multitud de relaciones jurídicas, y que tiene también conexión con la familia, es, también ella, una institución con propia subsistencia, porque se funda en otra necesidad, á saber: la de apropiarse aquello que puede servir para satisfacer las necesidades propias, y tiene, por consiguiente, su raíz en la biología, al propio tiempo que en la psicología. En tercer lugar, la institución de las sucesiones no puede confundirse ni con la de la propiedad ni con la de la familia, aun cuando tenga relaciones con una y otra. En efecto; las sucesiones no son un simple modo de adquirir ó de transmitir la propiedad, sino que se enlazan con la familia y derivan á su vez, y en último resultado, de la herencia bio-psicológica; por esto se regulan procurando conciliar el bienestar de la familia, el incremento de la propiedad y el progreso social. Finalmente, las obligaciones no pueden ser consideradas como una simple modificación de la propiedad, sino como una institución especial, que tiene su fundamento en la sociabilidad humana y en la necesidad de los cambios. Pero al estudio de estas instituciones es precioso anteponer una parte que trata del *subjectum juris*, es decir, de la persona y de todos los derechos que le son inherentes; advirtiendo que entre las personas comprendemos todas aquellas entidades que tienen personalidad autónoma.

He aquí delineada á grandes rasgos la materia del derecho privado. Como ya se ha dicho, todas las instituciones referentes al mismo debe la filosofía entroncarlas con sus primeras manifestaciones, siguiendo luego paso á paso su natural desarrollo. De esta manera, juntamente con la renovación de la filosofía, será posible una renovación radical en los estudios de derecho civil. Nosotros

(1) Esta es la cuádruple división adoptada por Savigny, en su *Tratado del Derecho romano*, lib. II, cap. I.

saludamos con gran entusiasmo esta nueva era, cuya meta será la de identificar completamente el derecho con la vida de la nación, y procurar al propio tiempo un mayor bienestar individuo-social.

Esta labor de principios en que habrá de inspirarse el derecho civil, repetimos que no se ha hecho todavía, ni nosotros tenemos la pretensión de hacerla; solamente presentamos un ensayo para indicar cuál debe ser, á nuestro juicio, la nueva dirección que debe darse al estudio del derecho civil; es decir, que mediante un trabajo que podría denominarse esquemático, habremos de examinar la manera cómo debe concebirse la génesis y la evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas (1). En otro libro, que verá muy pronto la luz, trataremos de mostrar en sus líneas generales cuál debe ser la nueva organización que debe darse al Código civil, y de qué manera debería llevarse á cabo la reforma de la materia contenida en el vigente, según los principios que vamos á exponer.

(1) Espero que no se nos dirigirá censura alguna porque, con cierta difusión, exponemos los datos de la antropología científica, supuesto que, como ya hemos dicho, éstos constituyen la base fundamental de todo el trabajo. Por lo demás, siendo estas materias poco conocidas entre los juristas, no puede prescindirse de ellas por quien, antes que nadie, se propone tratar de la génesis y evolución del derecho civil. Lo que sí hemos procurado ha sido conciliar, en lo posible, la síntesis con la claridad, y exponer estos principios del modo más elemental y más práctico, á fin de hacernos accesibles á aquellas personas que son del todo ajenas á este linaje de estudios. Hemos procurado también limitar el número de las citas, y si, no obstante, se creyera que éstas son excesivas, diremos, para justificación nuestra, que no fueron escritas por vano alarde de erudición, sino para demostrar que apoyamos nuestro trabajo sobre datos de hecho, los cuales pertenecen ya hoy al dominio de la ciencia.

## PARTE GENERAL

### GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN GENERAL

#### SECCIÓN PRIMERA

##### INVESTIGACIÓN GENÉTICA ACERCA DEL DERECHO

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### § I

##### LOS DATOS DE LA ANTROPOLOGÍA CIENTÍFICA

1. Ojeada general sobre la evolución geológica y paleontológica. La cuestión del hombre fósil.—2. El hombre terciario.—3. De los tiempos cuaternarios en general. Clasificación. Datos climatéricos y telúricos.—4. La industria de la piedra sin pulimentar.—5. Datos osteológicos sobre el hombre cuaternario.—6. El hombre cuaternario en su vida física. Edad del *mammuth*.—7. Edad del reno.—8. Tiempos neolíticos. Datos osteológicos é industriales.—9. El hombre neolítico.—10. El hombre de la época de los metales.

1. Los restos osteológicos é industriales del hombre primitivo no pueden encontrarse en otro sitio sino en aquel inmenso libro de páginas revueltas y carcomidas que se llama la tierra, cuya antigüedad se calcula hoy en millones de siglos.

Es una cosa fuera de toda duda que la tierra, para llegar al estado en que hoy la vemos, ha debido experimentar una lenta pero continua metamorfosis, como dan testimonio de ello los innumerables estratos sedimentarios superpuestos (1), la depresión de algu-

(1) Según los cálculos de Dana, el espesor de los estratos sedimentarios es de 15 á 16 millas. Stoppani dice que si se trata de millas inglesas resulta un espesor de más de 24.000 metros. Los estratos son frecuentemente muy delgados. Suponiendo que por término medio tengan un espesor de 25 centímetros, tendremos un modo fácil de dividir la historia del globo en 100.000 periodos bien distintos.

Stoppani: *Curso de geología*, II, núm. 113.