

CÓMO NACE EL DERECHO¹

Francesco CARNELUTTI²

Introducción

Derecho y Juristas.- Tratemos, ante todo, de definir estos dos términos. En forma aproximativa, se entiende, como conviene para tener un punto de partida.

Estoy seguro de que en la mente de mis oyentes la palabra derecho suscita la idea de ley; incluso, la de esos conjuntos de leyes que se llaman códigos. Es una definición empírica, pero provisionalmente podemos aceptarla: un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres. Ya veremos cómo y por qué. Por

lo demás, es la definición predominante, hasta ahora, también en el campo de la ciencia.

¿Y los juristas? Diríase que son obreros del derecho. También esto está bien. El parangón del derecho con una manufactura es cómodo y nada tiene de casual: los juristas son los que fabrican el derecho. Obreros, bien está; pero obreros calificados, y tan es así, que antes de fabricarlo, lo estudian; lo estudian precisamente en la Universidad.

Basta, sin embargo, una mínima experiencia para demostrar que a fabricar el dere-

- 1 Durante sus acostumbradas intervenciones radiales, Francesco Carnelutti desarrolló y explicó muy pedagógicamente sobre lo qué es el derecho. Su exposición desplegada en varias sesiones, transcrita a continuación, nos da mucha luz para entender a esta incomprendida disciplina. Leerlo hoy, después de ochenta años de su publicación, es una experiencia inolvidable, pues traslada a su prosa, con realismo y fuerza descriptiva, su convicción de que el derecho puede mejorar nuestras vidas; de que nos salvará de muchas mezquindades y nos ayudará a enfrentarnos con ánimo a lo cotidiano, con sus anhelos y con sus enigmas; de que el derecho nos alivia y nos recompensa, nos abriga y nos protege. Comprender estos textos debería ser un ejercicio espiritual permanente tanto para los docentes como para los estudiantes.
- 2 Francesco Carnelutti fue uno de los más eminentes abogados y juristas italianos de la historia. Nació en

la ciudad de Udine en 1879 y murió en Milán en el año 1965. Maestro indiscutible en teoría general del derecho (habilísimo conocedor de la dogmática civil y penal); insuperable maestro procesalista, aplicó sus vastísimos estudios del derecho procesal al ejercicio de la profesión y a la docencia universitaria. El proceso, decía este maestro, es el único medio que permite aproximarnos a auscultar, como hace el médico cuando apoya la oreja sobre el pecho del enfermo, la palpitación de la justicia. Bajo los arcos del proceso corre desbordada la suerte humana; nadie mejor que el procesalista, asomado a esta baranda, puede recoger, si tiene oído para escucharles, las voces que salen de los molinos de esta corriente. Ese anhelo universal de justicia, y el dolor de la inocencia injustamente herida fue abordado con espíritu científico y humanístico por Francesco Carnelutti, ilustre abogado y notable jurista.

cho concurren también obreros no calificados; en efecto, las leyes se hacen en los parlamentos, y hoy los parlamentos, más todavía con el sufragio universal, no le componen únicamente de juristas. Verdad es que los proyectos sobre los cuales discute y delibera el parlamento, los preparan casi siempre juristas; pero a menudo esos proyectos se modifican; y de todos modos, los no juristas, aun cuando no forman por sí solos las leyes, ciertamente cooperan a su formación. Ocurre incluso en este procedimiento lo contrario de lo que vemos en las fábricas, en las cuales los peones ejecutan las órdenes de los albañiles; en efecto, en el parlamento son los peones los que predominan o pueden predominar por lo menos. Las leyes, pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas.

Ahora bien, hay que agregar que el derecho cuando sale de la oficina legislativa, no es sin más un producto acabado; por el contrario, para que sirva al consumo, debe ser sometido a una elaboración ulterior. A la verdad, ¿qué es lo que hacen los jueces, sino algo que puede ser eficazmente equiparado al tejido de la lana hilada o cardada? Si bastasen las leyes, no habría necesidad de los jueces, ¿no es verdad? También los jueces, pues, son obreros del derecho.

Entre el legislador y el Juez la diferencia, aproximadamente, la intuyen todos: el primero forma las leyes, el segundo las aplica. Pero no es verdad que esa aplicación sea obra exclusiva de los jueces. Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer. Si al pasar ante una frutería me vienen ganas de comer una manzana con la tentación de alargar una mano y arrebatársela, pero, en cambio, pago el precio y la compro, hago, aun sin darme cuenta de ello, el mismo razonamiento que haría el juez, si, habiendo cedido a la tentación, me declarase culpable de hurto. ¡Ay si para aplicar las leyes hubiesen de intervenir en todos los casos los jueces! La verdad es que las aplican también los ciudadanos cuando según ellas regulan su

conducta, lo cual quiere decir que también ellos, como el Burgués gentil hombre se expresaba en prosa hacen derecho sin saberlo. En otras palabras, el juez provee al terminar el producto semielaborado únicamente cuando los ciudadanos no consiguen hacerlo.

Si los juristas, pues, son los obreros calificados del derecho, no todo en derecho es obra de ellos. Ahora bien, se puede admitir que no haya necesidad de un adiestramiento específico para hacer las aplicaciones de las leyes necesarias a la vida cotidiana, así como para concurrir, en el parlamento, a la formación de ellas, en cuanto existen obreros calificados, que son los juristas, a los cuales se recurre en caso de necesidad. Pero esto supone que en la cultura general, que debe ser suministrada al ciudadano a fin de que pueda regularse en la vida cotidiana, se incluya un conocimiento genérico del derecho. Si no se suministrase ese conocimiento, no estaría el ciudadano en condiciones siquiera de saber cuándo debía dirigirse al jurista por la dificultad del caso. En efecto, muchos inconvenientes nacen, por ejemplo, en materia contractual, precisamente porque quienes concluyen contratos, ignoran las consecuencias que de ellos pueden seguirse.

Esta verdad se toma más evidente en el campo del derecho penal. Ya veremos que el Código Penal se hizo para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos otros actos que son necesarios para ese mismo bien común. Pero, ¿cómo se podrá conseguir ese resultado, si no se les hace conocer las leyes que componen dicho código? Hay en él un artículo en virtud del cual, como decimos nosotros, *ignorantia legis non excusat* [la ignorancia de la ley no excusa], o sea, que un ciudadano, una vez que ha contravenido a un precepto penal, no puede excusarse diciendo que no lo conocía. Su conocimiento, pues, no puede menos de formar parte de la cultura común; de lo contrario habría necesidad de que cada uno de nosotros, en todo momento de la vida, tuviese a su lado

un jurista a quien pedir consejo sobre si se podía o se debía hacer algo.

Todo ello quiere decir que si la instrucción jurídica superior debe reservarse a los juristas, no puede menos de impartirse a todos los ciudadanos una instrucción inferior. La posición es análoga en el campo del derecho y en el de la medicina: a los abogados y a los jueces se los llama, como a los médicos, cuando se declaran las enfermedades; pero a fin de que no se declaren, es necesario difundir en el pueblo conocimientos elementales de higiene. Después de todo, una cierta educación jurídica extendida a los no juristas, es un medio para combatir las dos plagas sociales que son la delincuencia y la litigiosidad.

Bajo este aspecto, decíamos, el ordenamiento de los estudios vigente en Italia, especialmente en lo que respecta a la instrucción media, es gravemente defectuoso. Bien sea para fines formativos, bien para fines informativos, es decir, tanto para la formación del carácter como para el adiestramiento técnico para los varios cometidos sociales, es necesario un mínimo de conocimientos jurídicos. Acerca de la segunda de estas finalidades, es inútil acaso insistir, tan evidente es la cosa; en particular en orden al derecho penal; este, probablemente, debiera enseñarse en las escuelas elementales, en forma y medida adecuadas, se comprende. Llamo, en cambio, la atención sobre el valor formativo del derecho, que no es menor que el de las matemáticas por un lado y el de la música por otro. Son cosas estas que ni aun muchos de los juristas conocen a fondo; pero es posible que al final de nuestras conversaciones se aclaren un poco. Estas conversaciones, pues, se proponen suplir, o comenzar a suplir, en lo posible la grave deficiencia de la instrucción media en este delicadísimo tema.

I. *Derecho y Economía*

Al comenzar a hablaros el otro día, puse el ejemplo de quien, al pasar ante una frutería,

roba o compra una manzana. Estos, del robo o de la compra, son actos jurídicos: pero antes que al campo del derecho, pertenecen al de la economía.

Son actos económicos todos aquellos mediante los cuales tratan los hombres de satisfacer sus necesidades. La palabra economía, que viene del griego, expresa hasta literalmente esta idea, puesto que *oikos* quiere decir casa; y la casa es un interés fundamental del hombre, y hasta de la sociedad, ya que suministra el ambiente dentro del cual la familia, que es la célula de la sociedad, puede realizar el milagro, no tanto de la propagación de la especie, cuanto de la formación del individuo.

Las necesidades de los hombres son ilimitadas y los bienes son limitados. Desdichadamente los bienes, mientras satisfacen ciertas necesidades, estimulan otras. Para distinguir al hombre de los demás animales, acaso la fórmula más satisfactoria fuera decir que el hombre no está nunca contento. Cuanto más tiene, más quisiera tener. Por eso es que los hombres, como las naciones, se hacen la guerra.

Ahora bien, hay que saber qué es la guerra. La idea que de ella tiene la gente, es por lo común burda y aproximativa. Tampoco la ciencia se cuida, por lo demás, de definirla exactamente. Quien habla de guerra, piensa en dos pueblos que se combaten con las armas.

Esa es, diríamos, la guerra vista con el telescopio. Para comprender qué es la guerra, hay que emplear, sin embargo, también el microscopio. Vista de cerca, se advierte que el concepto de la guerra depende del concepto de la propiedad.

También la propiedad es un fenómeno económico, antes que jurídico. Es singular que él también, como la economía, diga relación a la casa; en latín la voz correspondiente a propiedad es *dominium*, y *dominium* viene de *domus*, que quiere decir casa. El hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuan-

do ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí: el esfuerzo para tomarlo se prolonga en el esfuerzo para conservarlo. Se establece una relación física entre el hombre y el bien, el cual queda retenido bajo su dominio, es decir, en la esfera sometida a su fuerza física. Se advierte, en ello una vinculación entre la casa y el cuerpo del hombre, que es lo que le pertenece antes que ninguna otra cosa. Y se forma en torno de él una especie de halo o de recinto, que es precisamente la *domus*, la casa, entendida no solo como cobijo, sino como conjunto de cosas que le sirven para la vida.

La divisa de la economía es, por desgracia, *homo homini lupus* [el hombre, para el hombre, un lobo]; el hombre, económicamente, se comporta frente a otro hombre como un animal de presa. En vez de dejar a cada cual lo que haya logrado aprehender, el otro se ve tentado a arrebatárselo. La guerra no es en su raíz más que este acto de arrebatar. Invasión del dominio, en otras palabras. Los confines entre el haber de un hombre y el haber de otro hombre, en vez de ser respetados, se violan.

No hay que creer, pues, que la guerra se combate únicamente entre pueblos y solo con las armas. A la guerra macroscópica corresponde la guerra microscópica. También el hurto tiene la esencia de la guerra; y no solo la rapiña, que es el hurto con violencia, sino también el hurto con destreza. La guerra, antes de combatirse entre pueblos, se combate entre individuos. Si nos resulta extraña la vinculación y hasta la identidad entre el hurto y la guerra, ello es porque consideramos ese hecho bajo el aspecto jurídico, y no bajo el económico. Pero si no se comienza por la economía, y por tanto no se desenvuelve el concepto de la guerra en toda su amplitud, no se comprende el derecho. Ahora bien, obsérvese que la guerra produce desorden, o mejor aún, es desorden. Del orden, idea fundamental para comprender el mundo y la vida, basta hablar aquí en forma sencilla: hay desorden cuando las cosas no están en su sitio. ¿Quién no sabe que la guerra

se resuelve en el desorden? ¿Recordáis lo que era Italia hace poco menos de diez años? No se podía vivir en aquel caos.

El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden, así el orden se resuelve en la paz. Los hombres se hacen la guerra, pero necesitan vivir en paz. La guerra, pues, no tanto termina con la paz, cuanto que tiende a la paz. Lo que pone fin a la guerra es el *pactum*; y la raíz de pacto es *pax*. Otra palabra expresiva es la de contrato, que quiere decir en el fondo lo mismo: poniendo fin a la guerra, los hombres, en vez de estar el uno contra el otro, tratan de estar juntos.

También el contrato, como la propiedad, es un fenómeno económico antes de ser jurídico. Al combatirse los hombres, advierten que tienen necesidad los unos de los otros. El hombre es esencialmente sociable; en otras palabras, hombre y sociedad son las dos caras de una misma medalla. Robinson Crusoe es el fruto de la fantasía de un novelista; pero este, por lo demás, le ha puesto al lado a viernes, pues de lo contrario no hubiera podido hacer siquiera la novela. Necesidad de la paz y necesidad de los demás hombres son la misma cosa. Como el dominio, como la guerra, así también el tratado de paz es, por tanto, un producto de la economía pura.

Pero mientras se mantiene en el terreno puramente económico, el contrato no ofrece a la paz ninguna garantía. Económicamente el contrato es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes. En la lucha llega inevitablemente el punto muerto cuando alguno de los dos tiene la sensación de no poder obtener un resultado mejor del ya conseguido, de manera que seguir combatiendo redundaría en pura pérdida. Entonces los combatientes hacen la paz. Pero esta es una expresión eufórica, que no responde a la realidad. En la realidad, más que de la paz se trata

de una tregua. En efecto, cuando después del necesario reposo uno de los adversarios se cree en posición de fuerzas que puedan permitirle mejorar la situación establecida por la tregua, vuelve a encenderse la lucha. En el campo de la economía, por tanto, no hay nunca verdadera paz; la historia de la economía es toda una sucesión de luchas y de treguas; no es verdadera paz la pausa entre dos guerras. La conclusión que hay que sacar de ello es que la economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad.

II. *Derecho y Moral*

Si quisiésemos resumir en una breve fórmula las razones por las que los hombres no consiguen vivir en paz en el terreno de la economía, podríamos decir que la economía es el reinado del yo, es decir, del egoísmo. El de la economía es el terreno en el cual se encuentran los diversos egoísmos, de los hombres lo mismo que de los pueblos. Por eso, en sí y por sí, es el reinado del desorden.

Para poner orden en el caos económico y hacer de ese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú. Si la economía es el reino del yo, el reinado del tú es la moral. KANT ha hablado a este propósito del respeto; pero la fórmula cristiana, incomparablemente más clara y vigorosa, propone el amor al prójimo como solución del problema. Es evidente que si quien tiene da espontáneamente a quien no tiene, amándolo como a sí mismo, y quien recibe se contenta con lo que se le da, porque también él responde con el amor, desaparece la guerra.

Es evidente, así mismo, que cuando de este modo se componen por amor los conflictos de intereses entre los hombres, no hay lugar ya al empleo de la fuerza para constreñirlos. Por eso la moral, como reinado que es del amor, es también el reinado de la libertad.

Todo esto es fácil de decir, pero cuando se trata de ponerlo en práctica, *hic sunt leones* [aquí hay leones]. Cristo ha enseñado que el amor al prójimo y el amor a Dios se implican recíprocamente; y de ahí que el amor al prójimo sea la perfección del hombre; pero ¿cuánto es lo que se necesita para ser perfecto? Amar al otro quiere decir identificarse con él; poner al otro en el mismo nivel que a sí mismo: y esto no puede menos de ser la meta de un recorrido, largo y duro, a la cual, salvo excepciones de ciertos caracteres privilegiados, los individuos, como los pueblos, no pueden llegar sino mediante un lento proceso de toda la vida, ¿Y entretanto?

La necesidad que ellos tienen de eliminar la guerra es inmediata. Es necesario, a cualquier costo, poner orden en el caos. Si el amor no germina todavía en la tierra, hay que encontrarle un sucedáneo. Si quien tiene no da espontáneamente a quien no tiene, hay que constreñirlo a que dé. Preciso es inventar algo que consiga, respecto de la economía, los mismos efectos que la moral. Y si no son los mismos, paciencia, con tal de que puedan aproximarse. Ese subrogado de la moral es el derecho. Se tiene así un puente entre la moral y la economía; o se concluye una especie de compromiso entre ellas. Pero es cosa ya de explicar cómo puede ocurrir esto.

Todos comprenden que acaece así: si quien tiene no da a quien no tiene, antes de que se encienda la guerra entre ellos, es preferible que alguien quite a quien tiene para darlo a quien no tiene. Pero, ¿quién será entretanto ese alguien?

No hay respuesta si no se parte del hecho de que los hombres son distintos entre sí: más o menos fuertes, más o menos jóvenes, más o menos inteligentes, más o menos hermosos, más o menos buenos; y nunca es idéntica la medida del más y del menos. Hay entre ellos, incluso en las sociedades primitivas, individuos privilegiados. Y ellos ejercen naturalmente sobre los otros la función de jefe o de cabeza. Menemio Agripa, con su famoso apólogo, se aproximó a

la verdad más de lo que él mismo y los demás creyeron. La sociedad tiene una cabeza por la misma razón por la que la tiene el cuerpo humano. La sociedad no es que se asemeje a un organismo viviente; es un organismo viviente. La sociología es un capítulo de la biología. La cabeza, entre otras cosas, ve y oye, mira y escucha. Es singular el parentesco filológico entre Captut y Capio de donde viene nuestro *capire*, captar o comprender. El jefe capta o comprende más que los demás, o mejor todavía, capta o comprende por los demás.

Lo que la cabeza o jefe comprende es, sencillamente, que hay que eliminar la guerra. También su comprender es lento y fatigoso. Por lo común, siente la necesidad de eliminar la guerra para hacer la guerra: juego de palabras que se aclara precisando: eliminar la guerra entre los suyos, para hacer la guerra contra los demás. La historia, incluyendo la prehistoria, demuestra que la guerra va progresivamente desplazándose de los individuos a los pueblos. Los romanos, por ejemplo, para guerrear contra los demás pueblos y conquistar poco a poco, no solo Italia, sino una buena parte del mundo entonces conocido, tenían necesidad de orden interno. "*Concordia minimae res crescunt, discordia maximae dilabuntur* [por la concordia las cosas mínimas crecen, por la discordia hasta las mayores se desbaratan] decía su sabiduría. Si no hubiesen estado concordes y compactos, no hubieran podido imponerse a los demás pueblos.

Pero a fin de que los romanos se impusiesen a los demás pueblos, era necesario que alguien se impusiese a los romanos. Puesto que estos no tenían en sí una dosis de moralidad suficiente para abstenerse espontáneamente de la guerra entre ellos, era necesaria una cabeza para que hiciesen por fuerza lo que no sabían hacer por amor. La imposición, naturalmente, no puede ser más que el efecto de un mandato. El jefe es uno que manda: *imbet*. Precisamente en su denominación (*ius*), el derecho se vincula al mandato. ¿Y el mandato qué es?

Ante todo, un precepto: indicación de una conducta que hay que seguir: haz esto, no hagas aquello. Indicación que, si quien la da es un verdadero jefe, y como tal está provisto de autoridad, puede ya por sí sola persuadir a quien la recibe. Pero cuando se trata de sus intereses, y sobre todo de los referentes al haber, no es fácil que un hombre se preste al sacrificio de abstenerse de procurar su satisfacción o por lo menos de limitarla.

Por eso, el precepto, sí puede bastar, no siempre basta; incluso las más de las veces no bastaría si no estuviese reforzado por una amenaza a la cual se da el nombre de sanción; entonces pasa a ser un mandato: si haces lo que yo te prohíbo que hagas, serás castigado; si no das lo que te he ordenado que des, te será quitado. La sanción introduce la fuerza en la noción del derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto. Este elemento de la fuerza constituye la verdadera diferencia entre el derecho y la moral, y de ahí la naturalidad del derecho en comparación con la sobrenaturalidad de la moral. Por eso el derecho nace bajo el signo de la contradicción: se sirve de la guerra para combatir a la guerra; para que el bandido no ataque al caminante, el carabinero ataca al bandido.

Pero si el carabinero distingue el derecho de la moral, el uniforme distingue al carabinero del bandido. Precisamente porque el bandido hace simplemente economía y el carabinero hace en cambio derecho, enarbola este el signo de su dignidad. Esto quiere decir que si el medio del que tanto el uno como el otro se sirven es siempre la fuerza, el fin a que se dirigen es diverso: el bandido combate para sí y el carabinero para los demás. El derecho es, pues, una combinación de fuerza y de justicia; y de ahí que en su emblema se encuentre la espada al lado de la balanza.

III. *El Delito*

El fin del derecho, decíamos el otro día, es eliminar la guerra. En orden lógico, como

en orden histórico, el primer mandato del jefe es: no os hagáis la guerra, pues de lo contrario seréis castigados.

Así, donde impera el derecho, desaparece la guerra y en su lugar entra el delito. Esto no quiere decir que desaparezca de golpe el hecho al que se da el nombre de guerra, sino que cambia de nombre; bajo el cambio del nombre está, naturalmente, una mutación radical de su valor social. Antes, se permitía hacer la guerra, y después se la prohíbe; antes, quien la hacía era respetado, y después se lo desprecia; antes, si había vencido, se le decretaba el triunfo, y después se lo pone en prisión; antes el botín era suyo, y después se le arrebatara. Esta es la razón de que hoy se hable de guerra solo entre los pueblos y no ya entre los individuos: la guerra entre los individuos ha pasado a ser un delito. El único residuo de la guerra admitido entre los individuos es el que toma el nombre de legítima defensa: aún hoy, el que es injustamente agredido, puede oponer la fuerza a la agresión.

La guerra, hemos dicho, es la invasión del dominio ajeno; por eso las formas primordiales del delito son el homicidio y el hurto: agresión al dominio en sus formas elementales: el cuerpo humano y las cosas. Bajo este aspecto los dos primeros preceptos jurídicos, son: no matar y no robar. A estos preceptos va unida la sanción: si matas o robas, te sucederá esto y aquello.

Pero ¿qué le sucederá? Sucederán dos cosas. Primera: puesto que has robado, serás puesto en prisión. Segunda: la cosa robada te será arrebatada para restituirla a su dueño. A estas dos sanciones se les da el nombre de sanción penal y sanción civil, de pena y restitución. Así ha surgido el concepto rudimentario del delito: un acto, esto es, un hecho voluntario del hombre, dañoso al orden social y por eso reprimido con la pena y con la restitución.

El homicidio y el hurto, figuras originarias del delito, dejan traslucir en el delito el rostro de la guerra. Poco a poco, a medi-

da que la sociedad se civiliza y, por tanto se organiza jurídicamente, van manifestándose otras formas de delito. Acrecentados en la sociedad el sentido y la necesidad del orden, se multiplican los preceptos penales y con ellos las figuras del delito; cuando una determinada conducta se conceptúa tal que determine un desorden nocivo a la vida en común, se lo castiga con la pena. Esto explica el hecho de que en los códigos penales modernos las figuras del delito hayan venido a ser tan numerosas, que no sea posible enumerarlas aquí ni siquiera en sus más altas manifestaciones: su estudio constituye objeto de una de las ramas principales de la ciencia del derecho, que se llama derecho penal.

La evolución del ordenamiento jurídico es, precisamente, en el sentido del empleo de la pena a los fines de reprimir una variedad cada vez mayor de las llamadas conductas antisociales. Hasta cierto punto, este enriquecimiento de la flora penal corresponde a la línea de desarrollo del derecho. Es cierto que según esta línea se castigan penalmente ciertos actos dañosos a la sociedad aunque se los haya cometido sin voluntad dirigida a hacer el mal, por imprudencia o negligencia (de aquí la distinción entre delitos dolosos y delitos culposos); y también ciertos otros, que producen un daño social, no ya por haberse hecho algo que no se debía hacer, sino porque no se ha hecho algo que debía ser hecho (por ejemplo, no se ha socorrido a un hombre en peligro de muerte; de donde la otra distinción entre delitos comisivos y delitos omisivos); y, finalmente, en el sentido de que se castigan actos que no tienen una sustancia de verdadera inmoralidad, pero que, sin embargo, son, o pueden ser, nocivos a la convivencia social, los cuales toman el nombre de contravenciones. Es lícito, en cambio, dudar de que responda al desarrollo fisiológico del derecho la tendencia a reprimir penalmente ciertos actos solo por su oposición, no ya al orden social, sino a ciertas formas de ordenamiento político: este aspecto de la evolución del derecho penal, por la cual se presenta el mencionado delito político

al lado del delito común, aunque sugiera al estudio muchas reservas, va tomando hoy cada vez mayor consistencia, y representa acaso un síntoma alarmante de la degeneración del ordenamiento jurídico.

Ocurre así que poco a poco el concepto del delito se va desplazando. En su origen el delito debiera ser un hecho inmoral que, por la gravedad del daño que de él se sigue para el orden social, se castiga con la pena; en otros términos, el centro de gravedad del delito estaría en la moral. En virtud de la evolución a que me he referido, un hecho se califica de delito, no tanto por razones morales, cuanto por razones jurídicas, es decir, no tanto porque merece ser castigado, cuanto porque es castigado. El carácter positivo del delito consiste, pues, en la punibilidad de un hecho del hombre.

¿Qué es, pues, la pena? La palabra misma dice que es un dolor. La pena tiene, por tanto, una función aflictiva: hace sufrir. ¿Y por qué hace sufrir? Evidentemente, porque la amenaza del sufrimiento, en lo cual consiste la sanción penal, sirve para retraer de cometer el delito, constituyendo un estímulo contra la tentación. Se habla a este propósito de una función intimidativa de la pena, la cual sirve, por tanto, para la prevención de los delitos. Prevención, se dice, general y especial: general, en cuanto se dirige a los demás, los cuales, al ver castigado al delincuente, toman de ello un ejemplo saludable; especial, en cuanto la experiencia del castigo enseña al castigado mismo a no reincidir.

La pena, sin embargo, ¿solo sirve para prevenir otros delitos? Hay quienes responden que sí. Es una de las más antiguas y más graves cuestiones la de saber si se castiga solo *ne peccetur* [a fin de que no se peque] o también *quia peccatum est* [porque se ha pecado], es decir, si la pena, además de la función preventiva, tiene también función represiva.

Por lo común, los que afirman la función represiva la explican por la necesidad de retri-

buir el mal con el mal; y de ahí que la función represiva se resuelva en la función retributiva, y se defina la pena como *malum passionis propter malum actionis*: un mal que se sufre, por el mal que se ha hecho sufrir. Esta concepción aunque todavía predominante, es contraria, ante todo, a la enseñanza de Cristo, el cual ha dicho claramente que no es el alma, sino el bien, lo que puede vencer al mal. Su vicio lógico está en confundir el mal con el dolor. Que la pena sea un dolor, está bien; pero que el dolor sea un mal, ahí está el error.

Si la pena, pues, no puede ser un mal, ¿habremos de considerarla un bien? Sin duda, puesto que el dolor es el medio de la redención. La vía por donde la pena viene a ser un bien, es el arrepentimiento. La función represiva de la pena se resuelve, pues, en la penitencia. Es esta una verdad intuitiva por quienes asignan al castigo la finalidad de la enmienda. Pero la intuición no se ha traducido todavía en acción. Nuestro sistema penal está dominado todavía por el principio de la retribución, que no es más que un residuo de la vindicta o venganza. En otras palabras, la pena es objeto de una concepción física, y no de una concepción espiritual. Bajo este aspecto, que es el más elevado, la ciencia, y más todavía la práctica del derecho penal, está todavía muy atrasada.

IV. La Propiedad

El castigo del hurto implica el reconocimiento de la propiedad. En esta simple proposición se expresa el nexo y hasta la correlación entre el derecho penal y el derecho civil, los cuales son anverso y reverso de una misma medalla.

Hemos dicho, en la lección segunda, que la propiedad nace, en el terreno de la economía, antes que el derecho. Pero en este terreno, su tutela se encomienda exclusivamente a las fuerzas del propietario; si él no llega a defenderla, se le escapa la propiedad. Pero cuando quien se apodera de las cosas de otro es castigado, es decir, cuando se prohíbe el hurto,

no es ya solo el propietario quien defiende su dominio, esto es, en primer lugar su casa; a la puerta de ella están los carabineros. Entonces la propiedad, de instituto puramente económico, pasa a ser un instituto jurídico, y hasta se convierte en un derecho.

Aquí se presenta una especie de juego de palabras, acerca del cual es necesario que trate yo de ser claro. Hasta ahora, hemos llamado derecho al ordenamiento jurídico, es decir, al conjunto de mandatos que lo forman; o para hacerme comprender mejor, al conjunto de los códigos y de las leyes. Pero ¿cómo se puede llamar derecho, también a la propiedad? Esta especie de embrollo se explica tomando en cuenta las expresiones utilizadas por los romanos, que tuvieron un admirable sentido del derecho, y de los cuales, de todos modos, proviene nuestro pensamiento jurídico.

Hemos visto que los romanos, para significar el derecho, decían *ius*; lo hacían así porque el derecho se resuelve en un sistema de mandatos (*iussum, iubere*). Ahora bien, ¿en qué forma se ha hecho, en el derecho romano, el reconocimiento de la propiedad? El hurto no ha consistido en llevarse la cosa de otro *sic et simpliciter*, sino en llevársela contra la voluntad del propietario. Ello quiere decir que se atribuyó al propietario el poder de permitir o de prohibir que otro se apoderara de sus cosas; y por tanto un poder de mandato; el cual poder, precisamente porque se resuelve en un *iubere* (mandar), se llamó *ius*. Si al pasar junto a una frutería tomo una manzana sin pagarla, soy culpable de hurto solo a condición de que el frutero no me haya permitido que la tomara; quiere ello decir que la tutela de su propiedad depende de él, de su mandato, de su voluntad. Ahora bien, la entraña del derecho es siempre esa, ya que el mandato provenga del jefe, ya que el jefe reconozca en el súbdito el poder de mandar en orden a ciertos intereses suyos. La verdad es que, cuando el dominus prohíbe o permite a alguien entrar en su casa, hace derecho del mismo modo que lo hace el jefe cuando prohíbe el hurto o el homicidio. Hoy, a fin

de evitar confusiones, se llama derecho objetivo al conjunto de los mandatos jurídicos, y en particular al conjunto de las leyes; y derecho subjetivo al poder de mandar en tutela de los propios, intereses, reconociendo al individuo, y en particular al propietario.

Espero haber llegado así a hacer comprender cómo la propiedad, de instituto puramente económico, ha pasado a ser instituto jurídico, y más en concreto aún, un derecho. En otros tiempos, si alguien quería entrar en la casa de otro, el dueño de la casa no podía contar más que con sus propias fuerzas; hoy, cuando niega él el permiso y el otro insiste, puede llamar a los carabineros. La propiedad, por tanto, garantiza al individuo el goce exclusivo de las cosas que son objeto de ella, y por tanto se llaman cosas propias o suyas: cosas inmuebles o cosas muebles, cosas inanimadas o animadas: en otros tiempos, objeto de propiedad podía ser también el hombre, especialmente otro hombre, el cual, precisamente porque servía de instrumento, como una bestia de tiro o de carga, se llamaba *servus*: la abolición de la esclavitud, debida al Cristianismo, ha excluido del ámbito de la propiedad al otro hombre pero no al propio hombre, o sea, al cuerpo mismo del propietario, que es el primer objeto de su propiedad, si bien se trate, de una propiedad regulada en forma diversa que la de las cosas, precisamente en el sentido de que a la voluntad privada se le reconocen, en orden al goce de su cuerpo, poderes menos amplios que en orden de las cosas. Y o puedo, por ejemplo, dejar que alguien mate a mi perro; por eso, si lo mata con mi consentimiento, no será castigado; pero, aunque yo haya prestado el consentimiento para que me maten a mí, ello no excluirá que, quien lo haga sea culpable de homicidio.

Que el dominio pase a ser jurídico, es, como he tratado de hacer comprender, el término correlativo de la prohibición jurídica del hurto. Propiedad y hurto son dos contrarios, y como tales lógicamente vinculados. No se puede prohibir el hurto sin reconocer la pro-

piedad; y no se puede reconocer la propiedad sin prohibir el hurto. De ahí proviene la correlatividad del derecho penal y del derecho civil, los cuales representan los dos lados de una misma medalla. En otras palabras, no podría existir el derecho civil sin el derecho penal, ni este sin aquel. La distinción entre derecho penal y derecho civil es, por tanto, lógica, no histórica. No se puede decir que uno hayan nacido antes que el otro; han nacido a la vez.

Así, a la sanción penal, de que hemos hablado en las lecciones precedentes, se agrega la sanción civil; y son estos también los dos aspectos de la sanción. Para hacerse cargo de ello, piénsese que si el ladrón fuese castigado pero pudiera retener la cosa robada, no quedaría restablecido el orden; a fin de que este se restablezca, es necesario que tenga que restituirla. La segunda forma de sanción, es decir, la sanción civil al lado de la pena consiste pues, en la restitución. Los juristas dicen que mientras la pena tiene carácter aflictivo, el carácter de la restitución es satisfactivo, en cuanto ella satisface el interés que la transgresión del mandato había lesionado: por ella recupera el propietario la cosa de la cual había sido privado. Si bien se mira, sin embargo, también la restitución tiene su lado aflictivo: en efecto, el ladrón a quien se le quita lo que había robado, sufre al menos por haber trabajado inútilmente; por otra parte, también la pena tiene su lado satisfactivo, sobre todo si llega a redimir al condenado.

La propiedad es, históricamente, el primero de los derechos subjetivos; el derecho subjetivo nace como propiedad. Pero a medida que progresa el ordenamiento jurídico, surgen otros derechos subjetivos, tanto en el ámbito de la propiedad misma como fuera de ella. El más importante de tales progresos atañe a la constitución del derecho de crédito, al lado del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad es, para explicarme de algún modo, el derecho sobre la cosa propia, mientras que el derecho de crédito tiene por objeto la cosa ajena. El nacimiento de

un derecho sobre la cosa ajena, que a primera vista parece absurdo, se vincula con el problema de la sanción civil, a que recientemente nos hemos referido. Supongamos que el ladrón, habiendo consumido la cosa robada, no esté en condiciones de restituirla; ¿será esta una buena razón para que no tenga él que dar al propietario alguna otra cosa, en compensación de lo que le quitó? He aquí cómo, al lado de la restitución, se constituye otra forma de sanción civil, que es el resarcimiento del daño.

Al robado debe restituírle el ladrón la cosa robada y si la restitución no vale para reconstituir la situación tal como era con anterioridad, tiene que darle además de las cosas suyas, hasta el límite del daño sufrido por aquel. De ahí surge un derecho, no ya solo sobre las cosas propias, sino también sobre las cosas ajenas, al cual se da el nombre de derecho de crédito. Aquí está en germen un instituto jurídico que, con el progreso de la sociedad y la complejidad cada vez mayor de las relaciones económicas, ha asumido en el derecho moderno un prodigioso desarrollo, al punto de que la importancia del derecho de crédito ha terminado por sobrepasar hoy a la del derecho de propiedad.

V. *El Contrato*

El tercero de los institutos económicos (el primero hemos visto que era la guerra y el segundo la propiedad) que explican el nacimiento del derecho, es el contrato.

El contrato, como el dominio, está lógicamente vinculado con la guerra: el dominio es un *prius* de ella, y el contrato es un *posteriorius*; el dominio la enciende, y el contrato la extingue. Los combatientes, cuando han llegado al punto muerto, tratan de asegurarse las posiciones conseguidas para el futuro: el victorioso, para garantizarse las ventajas de la victoria, y el vencido para protegerse contra pérdidas ulteriores. El contrato implica, pues, una proyección hacia el futuro: tiene la finali-

dad de fijar para el porvenir ciertas posiciones actuales: por eso es que implica una promesa recíproca, y la promesa es una declaración que se refiere al futuro. La promesa, a su vez, se funda en la fides, es decir, en último análisis, en la moralidad de la otra parte; precisamente a reforzar esa confianza estaban dirigidas ciertas formas solemnes que en el derecho antiguo acompañaban al contrato.

Por desgracia, decíamos, la economía es enemiga de la moralidad. La relación entre las fuerzas, con el transcurso del tiempo, se desplaza; cuando uno de los contrayentes siente o cree sentir que sus fuerzas han crecido con relación a lo que eran en el momento de la conclusión del contrato, se ve naturalmente determinado a violarlo. Por eso, dijimos, el contrato, en el terreno económico, vale más bien para interrumpir que para eliminar la guerra; es, a la verdad, más un instrumento de tregua que un instrumento de paz.

Para hacer que venga a ser, o para tratar por lo menos de hacer que venga a ser, un instrumento de paz, sirve el derecho. Del mismo modo que de instituto económico se convierte la propiedad en instituto jurídico, asume también el contrato eficacia jurídica; en otros términos, así como el mandato del jefe garantiza el dominio, así también garantiza el contrato: "*Uti lingua nun-cupassit, ita ius esto*", decían los Quirites: según las palabras que se han pronunciado, así es el derecho. Esto significa que lo que con el contrato se había establecido valía como derecho, o en otras y más precisas palabras, que el contrato venía a ser un mandamiento, y a los contratantes se les había concedido el poder de mandarse recíprocamente. Póngase, pues, atención: el hecho de convertirse en jurídico el contrato no es más que un desenvolvimiento lógico de haberse convertido en jurídico el dominio.

En efecto, ¿qué quiere decir que la propiedad ha pasado a ser un derecho? No otra cosa sino que una persona tienen el poder de mandar acerca de sus cosas. Porque yo soy el

dueño de ella, tengo poder de permitir o de prohibir que alguien entre en mi casa. Porque yo soy dueño de mi caballo, tengo el poder de permitir o de prohibir que otro haga uso de él.

Si se lo permito, he ahí un contrato, al cual, según que el goce del caballo se consienta de precario o para siempre, le damos el nombre de *comodato* o de *donación*. Un contrato, porque a concluirlo concurren dos declaraciones: la de quien da y la de quien recibe, dos declaraciones "*quae in idem placitum consentiunt*", decían los romanos, o sea, que concuerdan entre sí: por eso dice la ley italiana que el contrato es un acuerdo entre las partes para constituir un vínculo de derecho, y quiere decir un acuerdo al que, quienes lo han concluido, están vinculados bajo pena de verse constreñidos a observarlo.

Los ejemplos recién considerados atañen a algo que se llama contrato gratuito: se llama así porque es una sola la parte que da y otra la que recibe. Pero si sustituís a la donación la permuta o la venta, o al comodato la locación, veréis que el contrato se complica, por cuanto cada una de las dos partes da y recibe: en la permuta, cada una da a la otra una cosa diversa; en la venta o en la locación, una da una cosa y la otra da el dinero; por eso, en tales casos, se habla de contrato oneroso. No hay caso entre los institutos jurídicos otro que como el contrato ponga en evidencia un proceso que yo llamaría de fecundación moral de la economía. La economía puede ser parangonada a la tierra sobre la cual esparciera la ética su semilla; sobre esa tierra y de esa semilla nace, crece, y se agiganta el derecho. Y no hay en el complejo ordenamiento jurídico una vegetación más lozana que la del contrato. Sin él, la economía sería un páramo desolado.

En efecto, el contrato es el instrumento jurídico sin el cual no podrían actuarse las dos formas fundamentales de la colaboración económica que son el intercambio y la asociación. Los dos contratos típicos, bajo este aspecto, son la venta y la sociedad; pero en torno a ellos

ha venido floreciendo y constantemente germina de nuevo una flora contractual maravillosamente rica. Basta que cada uno de los que me escuchan observe un poco a la luz de estas nociones elementales su vida de cada día, para convencerse por un lado de que sin el intercambio o la asociación no podría él satisfacer más que en una medida totalmente inadecuada sus necesidades; y que, por el otro, del contrato se sirve continuamente, de la mañana a la noche, para nutrirse, para tener una casa, para cultivar su espíritu, para curarse, para divertirse y, en general, en todas las circunstancias de la vida.

El contrato, a su vez, es la forma históricamente primigenia de un fenómeno jurídico más vasto, al cual se da el nombre de *negocio jurídico*. Solo desde hace aproximadamente un siglo ha logrado la ciencia enuclear esta figura, de la cual el contrato es el ejemplar más antiguo y por tanto más conocido, pero no el único. El carácter elemental de estas lecciones no me permite profundizar en el tema, que, sin embargo, no podía dejar de mencionarse; pero acaso un ejemplo pueda ser suficiente para estimular y orientar a este propósito la intuición de mis discípulos. Observad, pues, que el propietario, no solo puede donar o vender la cosa suya mientras vive, sino que puede también disponer de ella para el tiempo posterior a su muerte: este poder, que en otros tiempos era limitado, ha venido restringiéndose poco a poco, por motivos que no podemos exponer aquí, pero existe todavía y es de esperar que se conserve. El acto que ejerce esa eficacia *ultra vitam*, más allá de la vida, es el testamento. Tratad, pues, de distinguir el contrato (supongamos: una venta) del testamento. La diferencia está en que el contrato, aun cuando solo sea unilateral o gratuito, supone siempre el consentimiento de las dos partes; la misma donación no produce vínculo alguno si el donatario, es decir, el que recibe, no dice sí; el testamento, en cambio, consigue su efecto aunque se calle el beneficiado por él; es necesario, dicho con sencillez, no tanto que este diga sí, cuanto que no diga no. Pero, precisamente por ello, el testamento (y otros nego-

cios análogos, que no puedo mencionar aquí) manifiesta con más claridad su naturaleza de mandato, es decir, de ejercicio del derecho: no hay un acto que exprese la propiedad mejor que aquel con el cual el propietario puede disponer, respecto de sus bienes, para más allá de los límites de su vida.

VI. *La Ley*

Hemos visto que la transformación de la guerra en delito y la conversión de la propiedad y el contrato en institutos de derecho, depende, lógicamente, de un mandato, y el mandato supone un jefe que lo pronuncia. Pero este es un esquema demasiado vago para quien quiera comprender, así sea en forma rudimentaria y sumaria, cómo nace el derecho. Hemos visto también que el mandato se forma con el precepto y con la sanción; pero queda por saber cuándo y cómo se forma.

El mandato debe obrar en el momento en que dos hombres, en vez de ir de acuerdo, de respetar el dominio ajeno, de observar el contrato, están a punto de hacerse la guerra: entonces es necesario que sientan que se les prescribe una conducta y les amenaza la sanción. Pero es claro que si debe obrar en ese momento, el mandato debe estar formado antes de ese momento; de lo contrario, llegaría demasiado tarde. Teóricamente es posible, pero prácticamente es muy raro, que quienes se ven inducidos a hacerse la guerra, se dirijan al jefe para hacer que él les prescriba la conducta idónea para evitarla.

Por otra parte, si el mandato debe estar formado antes que surja el peligro de la guerra, no puede ser un mandato específico y concreto, es decir dirigido a aquellas determinadas personas respecto de las cuales se manifiesta el peligro; no puede estar formulado, en cambio, sino en forma hipotética o general: general, porque se dirige a todos los ciudadanos, no a este o a aquel; hipotética, porque les prescribe una conducta y les amenaza con una sanción

para el caso de que se manifieste entre ellos el peligro de una guerra. En una palabra, el jefe no dice a Ticio: tú no debes matar o robar, y si matas o robas las consecuencias serán que se te infligirá una cierta pena, tendrás que restituir la cosa robada y resarcir el daño; sino que dice: si un ciudadano cualquiera mata a un hombre o roba una cosa, se le aplicarán tales y tales sanciones, o más brevemente, quien mate a un hombre o robe una cosa, sufrirá estas o aquellas consecuencias. A estos mandatos hipotéticos y generales se les da el nombre de leyes.

Pasemos de largo por qué se les da este nombre y cuál sea la relación entre estas, que son las leyes jurídicas, y aquellas otras que se llaman leyes físicas o naturales; pues aunque este sea un problema de sumo interés, el carácter elemental de la lección que estoy dando, no me permite exponerlo; me basta con indicar que el nombre de la ley ha sido adoptado antes en el campo del derecho que en el de la naturaleza, y por tanto los juristas han forjado intuitivamente uno de los conceptos más importantes de la ciencia lógica.

La primera impresión es que la ley debe ser expresa o explícita, en el sentido de que debe ser formulada por el jefe con oportunas proposiciones verbales. Incluso los italianos estamos habituados, no solo a las leyes expresas sino a las leyes escritas, de las cuales tenemos abundantes ejemplos en los distintos códigos. Es cierto que la ley es una declaración de voluntad del jefe, y como tal debe consistir en un comportamiento exterior apto para hacer entender su voluntad; pero no decimos con ello que la única actitud útil para este fin sea la de hablar o de escribir. Por ejemplo, si, aun no diciendo que el homicida y el ladrón serán castigados, castiga el jefe, una, dos, diez, veinte, cien veces el hurto o el homicidio, esa serie de castigos da a entender su voluntad exactamente lo mismo que la darían a comprender las palabras. Las leyes pueden, pues, ser también no expresas, o como se suele decir, tácitas; a la ley tácita se le da el nombre de costumbre. Con el progreso del ordenamien-

to jurídico las leyes habladas y hasta escritas prevalecen cada vez más exactamente sobre las costumbres; pero esta regla tiene sus excepciones; la más ostensible de esas excepciones se refiere al ordenamiento inglés, o más bien al ordenamiento de los países anglosajones; pero tampoco esta alusión, aunque de sumo interés, puede ser explayada por el indicado carácter elemental de mi curso.

Se comprende que cuanto más progresa una sociedad, y con ella el derecho, tanto más se multiplica el número de las leyes. La comparación entre un código antiguo y un código moderno, o aun con un sistema de códigos modernos, pone en evidencia esta multiplicación. La legislación arcaica romana estaba contenida en las famosas Doce Tablas: un monumento legislativo bastante anterior en un código babilónico que toma el nombre del rey Hammurabi, que vivió más de dos mil años antes de Cristo, y contiene poco más de un centenar de artículos: si hubiésemos de contar, en cambio, los artículos de que se compone la legislación italiana actual, llegaríamos sin duda a centenares de millares. En determinado momento, en los países de leyes escritas, cada una de las proposiciones de las leyes, llamadas precisamente artículos, se agrupan en ciertos conjuntos que son los modernos códigos. En Italia, actualmente, los códigos son cinco: Código Civil, Código Penal, Código de la Navegación, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal; pero esos códigos, hoy, no contienen ni aún siquiera la mayor parte de las leyes; además de ellos hay una cantidad notabilísima de otras leyes que diríamos extravagantes: son tantas, que a fin de facilitar su conocimiento y manejo, muchas de ellas están recogidas, por iniciativa privada, en otros códigos: Código del Trabajo, Código Administrativo, Código Tributario, Código Sanitario, etc.

Hasta cierto punto, esta multiplicación de las leyes es un fenómeno fisiológico: las leyes se multiplican como los utensilios que nos servimos en nuestras casas o en el ejercicio de las profesiones. No se puede negar, sin embargo,

que más allá de ese punto se verifica respecto de las leyes algo que se asemeja a la obstrucción de las calles de nuestras ciudades por el exceso de vehículos que las abruman. Se habla hoy, cada vez con mayor insistencia de una crisis de la ley, como de uno de los aspectos más visibles de la moderna crisis del derecho. También este es un tema acerca del cual debo limitarme a una insinuación, ya que no podría ni extenderlo ni profundizarlo precisamente porque constituye uno de los problemas más graves que se presentan a la ciencia del derecho.

Pero lo que no puedo silenciar es que los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores que los debidos a la inflación monetaria: son como todos saben, los inconvenientes de la desvalorización. Por desgracia, lo mismo que nuestra lira, también nuestras leyes valen hoy me-nos que las de otros tiempos. Por un lado, la producción de las leyes, como la producción de las mercaderías en serie, se resuelve en un decaimiento del cuidado en su construcción. Pero lo más grave está en que al crecer su número, no consiguen llenar ya su función. Recuérdese que esta función consiste en dar a los hombres la certeza del derecho, es decir, en hacerles saber lo que deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo; a este fin es necesario que las leyes puedan ante todo ser conocidas. Pero ¿cómo hace hoy un ciudadano para conocer todas las leyes de su país? No ya el hombre de la calle solamente, ni aun siquiera los juristas, están hoy en condiciones de conocer más que una pequeña parte de ellas. El ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse.

VII. *El Juicio*

El problema del derecho, sin embargo, no se agota con la formación de los mandatos, y en particular de las leyes.

En efecto, un mandato puede no ser obedecido. No es de creer, entre otras cosas, que cuando la guerra ha venido a ser un delito, quede eliminada sin más de la sociedad. La más elemental experiencia desmiente ese optimismo: desde hace siglos y siglos la ley prohíbe el homicidio; sin embargo, aun en un país civilizado como el nuestro, ¿cuántos homicidios se cometen todavía? Es claro, pues, que a la formación de las leyes debe seguir alguna otra cosa más. Por eso dijimos en la lección introductoria que las leyes son un producto jurídico semielaborado.

Esa otra cosa no puede ser más que la puesta en acto de las sanciones: si alguien mata o roba, debe ser encerrado en prisión; si no restituye la cosa ajena, debe serle quitada; si no paga su deuda, preciso es quitarle lo que sirva para satisfacer al acreedor. Se trata, en una palabra, de hacer que se ejecuten las leyes, después de haberlas formado.

El concepto de la ejecución sugiere la imagen del carcelero, ya que no también la del verdugo o del oficial judicial, que desaloja de una casa a quien la ocupa sin tener derecho, o embarga y vende los bienes del deudor incumpliente. Pero un poco de reflexión advierte que la cosa no es tan simple, y que la ejecución no exige solo la obra de ellos. A alguien se le acusa de haber matado un hombre; pero ¿será verdad? El dueño de una cosa sostiene que otro la ocupa sin título; pero ese tal, las más de las veces, sostiene en cambio que lo tiene. El acreedor afirma que no ha sido pagado; pero ¿y si mintiera? Cualquiera ve que, antes que el carcelero o el oficial judicial, entra en juego otra figura: el juez; este es verdaderamente una figura de primer plano. Así, al lado de la ley, se pone el juicio como uno de los institutos fundamentales del derecho. En vez de juicio, la ciencia moderna gusta hablar de proceso; sin detenernos acerca de la comparación entre estas dos palabras y de sus respectivos conceptos, para la exposición elemental que estoy haciendo se puede atribuir a una y otra el mismo significado.

El proceso, pues, se divide en dos fases, que se llaman de cognición y de ejecución. Por otra parte, según la distinción entre derecho penal y civil también el proceso se bifurca en proceso penal y proceso civil. Tenemos que detenernos un momento sobre la diferencia entre estas categorías.

El proceso penal, como todos saben, sirve para comprobar y castigar el delito; incluso, habida cuenta de las contravenciones, está mejor decir en general el reato. ¿Y el proceso civil? En el proceso civil vemos en discusión al propietario y a quien ha ocupado su fundo, o al deudor y al acreedor, o al esposo, que quiere separarse de su esposa, y a esta que quiere permanecer como tal; y otros casos análogos. Según el modo de pensar común, el proceso civil sirve, entre dos litigantes, para dar la razón a quien la tenga. Esto quiere decir, en lenguaje técnico, para decidir una litis, es decir, un conflicto de intereses, en el cual uno de los dos interesados plantea una pretensión y el otro la resiste.

El proceso de cognición, a su vez, según el significado mismo de la palabra, sirve para conocer: en materia penal, si uno ha cometido o no ha cometido un delito y, por tanto, debe o no debe ser castigado; en materia civil, quién de los dos litigantes tiene razón y quién no la tiene.

Finalmente, con el proceso de ejecución se tiende a poner en práctica la ley, esto es, a modificar las cosas de la manera que quiere la ley; pero eso a diferencia del proceso de cognición, que se resuelve en un decir (*ius dicere*), según la fórmula romana, de donde el nombre de jurisdicción), el proceso ejecutivo culmina en un hacer (*ius facere*). Podríamos decir: el proceso de cognición se cierra con la sentencia, la cual no es más que un conjunto de palabras; el proceso de ejecución, en cambio, retiene encerrado en la cárcel al condenado, arroja del fundo al ocupante abusivo, toma los bienes del deudor y los convierte en dinero para entregarlo al acreedor.

El juicio sugiere naturalmente la figura del juez, en quien la ciencia del derecho reconoce cada vez más el órgano elemental del derecho. Antiguamente no se pensaba así: durante mucho tiempo el juicio fue desvalorizado en comparación con la ley; y el juez aparecía como una figura de segundo plano en comparación con el legislador. Pero la verdad es que sin el juicio, la ley ni podría surgir ni podría servir a los fines del derecho. Históricamente el juicio es anterior a la ley: el jefe se afirma como juez antes que como creador de leyes; la formación primigenia de las leyes es la costumbre y esta supone una secuela de juicios. Por otra parte, sin el juicio la ley sería un mandato incumplido y a menudo inactivo; cuando la ley dice, por ejemplo: quien ha contraído una deuda debe pagarla, cualquiera de nosotros, para saber si tiene o no la obligación de pagar, tiene que verificar si ha sido contraída por él o no una deuda. Y esta verificación se hace a veces pronto; pero no pocas veces presenta, en cambio, notables dificultades, ya que no siempre las leyes son fáciles de interpretar ni los hechos fáciles de comprobar. Una ley, pues, no funciona nunca sin ser integrada con un juicio de las partes; frecuentemente ese juicio no basta tampoco, porque las partes a impulsos de sus respectivos intereses, no tienen la serenidad necesaria para juzgar. Entonces, en lugar de la parte, actúa el juez, cuya sentencia integra la ley en el sentido de que transforma el mandato abstracto y general de la ley en un mandato concreto y particular. La ley dice: quien mata a un hombre debe ser castigado; o bien: quien ha contraído una deuda, debe pagarla; y el juez, habiendo verificado que Ticio ha matado a un hombre o ha contraído una deuda, dice: tú Ticio, debes ser castigado o tienes que pagar tu deuda.

Por lo demás, no solo de la ley, sino también de la sentencia, se puede decir que no es un producto jurídico acabado, esto es, sin metáforas, que no basta para conseguir los fines del derecho. A este fin, no es menos necesario el proceso ejecutivo que el proceso de cognición. Si el derecho se limitase a decir: tú no debes matar,

o no debes robar, o tienes que pagar tu deuda, y no hubiese un juez para condenar al hombre que ha matado, o ha robado o no ha pagado su deuda, la gente de mala voluntad podría reírse tranquilamente de él: el derecho sería inútil. Pero esto ocurriría también si después de que el juez ha condenado al homicida o al ladrón o al deudor incumpliente, no hubiese alguien que ejecutara físicamente la condena y detuviera al ladrón o al homicida y los retuviera en prisión; o quitara la cosa debida de las manos del deudor.

Por tanto, no solo es necesario el proceso, en general, a fin de que se forme el ordenamiento jurídico, sino que esta necesidad se refiere, no exclusivamente a la llamada cognición, sino también a la ejecución forzada. Tan solo de este modo la realidad del derecho responde a su concepto, en el cual, como dijimos, se contiene, desde luego la balanza, pero también la espada.

VIII. El Estado

Hemos visto que el derecho sirve para ordenar la sociedad. La idea del orden se resuelve en la idea de la estabilidad. El caos es esencialmente inestable. Entre la sociedad en desorden y la sociedad ordenada hay la misma diferencia que entre un montón de materiales y un edificio. Un edificio tiene el carácter de la estabilidad. Estable es algo que está. Por eso la sociedad jurídicamente ordenada se llama Estado.

La idea del derecho y la idea del Estado están, por tanto, íntimamente relacionadas: no hay Estado sin derecho ni derecho sin Estado. Por lo demás, Estado y derecho no son la misma cosa, como algunos han enseñado, con un error análogo al de quien confundiese el cuerpo con la vida. Otro error es el de creer que el derecho nace del Estado, como si del cuerpo naciese la vida. El parangón nos lleva, en cambio, a comprender que no ya del Estado deriva el derecho, sino del derecho el Estado. El Estado, esto es, la estabilidad de la sociedad, es un producto, y hasta el producto del derecho.

He parangonado hace poco, a fin de hacerme comprender, el Estado aun edificio. Pero el parangón solo en parte es exacto. En efecto, el edificio es inmueble y el Estado se mueve. Una sociedad que no se mueve está fuera de la realidad. En la realidad la sociedad y, por tanto, el Estado, están en continuo movimiento: el parlamento legisla, los tribunales juzgan, absuelven o condenan; los ministerios, las prefecturas, los municipios, administran; los ciudadanos contratan; a todo ello suele llamársele la vida del Estado. Mucho mejor que a un edificio el Estado se asemeja a una máquina. Pero tampoco esta es una asimilación feliz. En efecto, la máquina no se mueve por sí sola; y el Estado sí. A la máquina, la fuerza que la hace mover es exterior; al Estado, es interior. Más que un mecanismo, el Estado, es, pues, un organismo. Preciso es meditar acerca de esto. La meditación puede acaso ayudarnos a comprender mejor cómo nace el derecho.

El Estado, tal cual hoy lo vemos, es un organismo inmenso. No hay probablemente ninguna máquina física tan extensa y complicada. Hemos hablado hasta ahora, entre otras cosas, del jefe como si fuese una sola persona: tal era, en efecto, en los Estados pequeños, en los albores del derecho; hoy, en los grandes Estados modernos, el jefe ha venido a ser un órgano extremadamente complejo, del cual la persona del rey o del presidente de la república no es más que una pequeñísima parte; juntamente con él lo componen, en el sentido de que concurren a formar los mandatos jurídicos, innumerables, otras personas, desde los ministros hasta los jueces y desde los diputados hasta los electores. Viene a la mente uno de esos árboles seculares que alzan atrevidamente la copa hacia el cielo; pero también un árbol semejante era en algún tiempo una semilla; y en esa semilla está el secreto de la vida. ¿Cuál será, pues, la semilla del Estado?

“*Prima societas in coniugio est*” [la primera sociedad está en el matrimonio], ha dicho Cicerón. *Coniugium, de coniungo*. El matrimonio, en el lenguaje romano, lleva el signo

de la unión. Hombre y mujer. De un hombre y de una mujer nace otro hombre. Este no es un hombre cualquiera; sino aquel hombre en que se han fundido los caracteres de los dos progenitores: “*et erunt duo in carne una*” [y serán dos en una sola carne]; los descubrimientos de la genética eran necesarios para interpretar esta frase admirable del Maestro. La familia es verdaderamente la célula de la sociedad. La célula, como enseñan los biólogos, es el elemento simple de todo organismo. En ella se encierra el misterio de la vida. Derivan de la célula, además de los organismos individuales, también los organismos sociales. Ella resulta siempre de la unidad de dos elementos, el masculino y el femenino. De la célula se engendran otras células: la familia es así.

Ni la generación podría ocurrir sin un tercer elemento, al cual los biólogos (mejor, los citólogos, que son los estudiosos de las células) han dado el nombre de membrana celular.

Trasladado el concepto al terreno sociológico, a la membrana celular corresponde la *domus*, la casa: una especie de tabernáculo, dentro del cual se cumple el prodigio de la generación. Esto explica, no solo el valor por una parte de la casa en orden a la política (que es, o debería ser, la ciencia del Estado), sino también el valor del territorio, como elemento del Estado; un elemento del cual la ciencia del derecho reconoce la existencia y hasta la necesidad, pero no siempre llega a aclarar la posición y la relación con el pueblo.

Ahora bien, la historia del derecho enseña que la familia ha sido, en su origen, un minúsculo Estado. Un Estado monárquico por excelencia, dominado por un rey o por una reina, según las dos directivas del patriarcado o del matriarcado. Los historiadores del derecho, especialmente del derecho romano, han comprobado este carácter político de la familia, después el Estado ha ido creciendo poco a poco: la familia, *lagens*, la ciudad (*polis*) son las primeras fases del desarrollo; después

el Estado se agranda todavía; no es necesario remontar mucho hacia atrás en la historia para tener la prueba de esta evolución que se encuentra al alcance de la mano en los últimos siglos de desarrollo de la historia italiana.

Pero lo que se debe tener bien en la mente es que si la evolución agrega progresivamente algo a lo que antes existía, lo que antes existía no deja por eso de existir. Quiero decir que las unidades menores no desaparecen porque se formen unidades mayores. La familia está comprendida, pero no absorbida, en *lagens* o gente; y lo mismo la gente en la tribu o en la ciudad; e igualmente, la ciudad en la provincia, en la región, en el Estado. Estado se llama, necesariamente, la unidad superior; pero las unidades inferiores, si cambian de nombre, no pierden ni la estructura ni la función. Hay que hacerse cargo de esta verdad para comprender la estructura, o más bien la naturaleza, del Estado. La pretensión, entre otras cosas, de negar la familia para afirmar el Estado, es una de las más insanas aberraciones que puedan adoptarse en la historia del pensamiento humano. Sin la familia, el Estado no puede vivir, como no se podría construir un edificio si se disgregasen los ladrillos con que se lo construye. Un Estado sin familia es absurdo, como un cuerpo humano sin células. Así como la salud del cuerpo humano depende de la permeabilidad de las células al misterioso flujo vital, así también la salud del Estado depende de la cohesión de la familia, es decir, de la circulación del amor entre sus miembros.

El Estado es verdaderamente una universitas, lo cual quiere decir la *versio in unum*, la reducción a unidad de los hombres que lo integran: ahora bien, esa reducción se opera a través de una serie de estructuras progresivas, cuyo estudio es, o debería ser, el cometido principal de la sociología. El Estado no se comprende si no se hace un cargo de su complejidad, y hasta de su complicación. Hasta ahora no se ha conseguido un pleno conocimiento de esto, no ya solo por el pensamiento empírico, ni siquiera por el científico. Por

lo común, tenemos del Estado un concepto más bien parcial que inexacto, en el sentido de que comprendemos en él solo algunas de las estructuras que realmente lo componen. Así pensamos, cuando se habla de él, en el presidente de la república, en el gobierno, en el parlamento, en los tribunales, en los municipios; pero no por ejemplo, en la familia y tampoco en las asociaciones, sociedades, consorcios, sindicatos, en su variedad siempre creciente. El hecho es, sin embargo, que aunque esas estructuras no estuviesen comprendidas en el Estado, no formarían parte de él tampoco los ciudadanos. Los cuales ciudadanos, sí se deben comprender en él, no pueden estar comprendidos en una singularidad abstracta de ellos, sino en la variedad y complejidad real de los grupos de que forman parte.

IX. *La Comunidad Internacional*

En la última de nuestras conversaciones, tratando de delinear el concepto de Estado, vimos que este va desarrollándose en el tiempo, al punto de poder asimilarse a una planta cuyo minúsculo germen fuera la familia, pero que creció después hasta llegar a obtener hoy las dimensiones de un árbol secular. Sería cosa de estudiar ahora ese desarrollo, sobre todo con el fin de saber si su dimensión actual corresponde a la madurez, o si por el contrario, se puede prever, y hasta qué límite, un ulterior futuro de él.

La fase actual del Estado se define con la fórmula del Estado nacional. El de la nación, a diferencia del Estado, es un concepto que pertenece, no al derecho, sino a la sociología, o mejor a la etnología; la nación es un derivado de la gente (*gens, de gignere*), y expresa, por tanto, un grupo proveniente de un tronco común; el índice más manifiesto de esta comunidad es la lengua. Poco a poco, a través de los movimientos y agitaciones de la historia, ha venido el Estado asentándose sobre la nación, en el sentido de una coincidencia de los límites del uno y de la otra. Una de las fuerzas ideales

que han operado en el pasado siglo y continúan operando hoy también, ha sido el principio de nacionalidad, entendido precisamente como aspiración a que cada nación tuviera su propio Estado.

La del Estado nacional no es, sin embargo, una fórmula absoluta del Estado moderno, en el sentido de que ya hoy existen Estados ultranacionales o supranacionales: el ejemplo más interesante de ellos es la Confederación suiza; la palabra confederación no debe inducir a engaño, haciendo creer que no se trate de un Estado unitario; indica, en cambio, solo un carácter de su organización jurídica, que es la descentralización; Suiza es un Estado unitario, pero descentralizado, como, para poner otro ejemplo, los Estados Unidos de América, que no son en modo alguno un conglomerado de Estados, sino un solo Estado, aunque descentralizado también. La presencia de Estados plurinacionales estimula, pues, por lo menos, la duda sobre si la fase nacional del Estado puede considerarse como la última del desarrollo del Estado; en otros términos, si la progresiva expansión de los ordenamientos jurídicos debe detenerse en los confines de la nación.

La solución negativa de esta duda parece implícita en la existencia del llamado derecho internacional; una existencia hoy en día conocida aun de quienes solo están provistos de una cultura elemental: hoy todos saben, si bien sea *grosso modo*, que han existido y existen tratados de paz, tratados de alianza, convenciones internacionales, sociedades y organizaciones de naciones, y oyen calificar esos fenómenos con la fórmula de derecho internacional. Pues bien, si, según hemos visto en las lecciones pasadas, Estado y derecho están íntimamente relacionados, al punto de que no puede haber Estado sin derecho, ni derecho sin Estado, al derecho internacional debería corresponder el Estado internacional.

Pero la fórmula misma de Estado internacional agrava en vez de resolver la duda:

si el Estado existe, está sobre sus súbditos, y no entre ellos: en efecto, el derecho postula el mandato, y el mandato supone un mandante y un mandado. En cambio, esta fórmula es adoptada precisamente para significar que el derecho internacional no prejuzga en modo alguno la soberanía de los Estados nacionales singulares; pero, ¿cómo es posible mandar a un Estado soberano, puesto que la soberanía se entiende como la posición no tanto de quien está sobre, cuanto de quien no tiene a nadie sobre sí.

Una nueva razón de duda proviene del hecho de que el derecho excluye la guerra; un Estado dentro del cual no esté prohibida la guerra, no es un Estado. Ahora bien, el llamado derecho internacional, si trata de moderar la guerra, no la prohíbe, sin embargo; no existe una norma de este derecho según la cual el hacer guerra esté calificado de delito.

La conclusión que hay que sacar, en términos simples es que hasta ahora el Estado supernacional está en vías de construcción. Hay algunos ejemplos parciales de superación del límite nacional, pero son todavía demasiado pocos para poder sacar de ellos la seguridad de que esa superación esté en vía de extenderse, y menos aún de que se pueda llegar a aquel tipo supremo de Estado supernacional que sería el Estado mundial.

Por tanto, el llamado derecho internacional no es todavía verdadero y propio derecho, como lo es el derecho interno; es un derecho que se está haciendo, no un derecho ya hecho; un feto, no todavía un recién nacido; por eso la experiencia de este hacerse, tal como se está realizando ante nuestros ojos, es preciosa a fin de que podamos percatarnos de cómo nace el derecho. El derecho y el Estado supernacional no han nacido todavía porque, por una parte, la guerra entre los Estados nacionales no ha venido a ser todavía un delito; y los tratados concluidos por ellos no han adquirido todavía la verdadera y propia eficacia del contrato.

Sin embargo, si hubiera de hacerse una previsión, esta sería prudentemente favorable al movimiento hacia la que hoy se llama la Comunidad internacional. Será un movimiento lento y fatigoso, que no podrá realizarse más que por etapas: una de esas etapas es la que se está tratando de realizar ante nuestra vista con la constitución de los Estados Unidos de Europa. Pero nosotros debemos y podemos esperar que el movimiento llegue a buen fin, buen fin que supone que el Estado mundial se forme sin la guerra y no por medio de la guerra, es decir, no porque uno de los Estados actuales suprima a todos los demás y se adueñe del mundo, sino por el acuerdo de todos con miras a la paz. Pero el acuerdo no podrá lograrse mientras no se difundan entre los pueblos las grandes y simples ideas del mensaje cristiano y a la luz de ellas no se rectifique el falso concepto de soberanía a que antes me he referido; mientras los hombres crean que soberano es solo aquel que no tiene que obedecer a nadie, no podrán nunca conseguir la paz. Soberano quiere decir indudablemente la cabeza; pero si la cabeza está sobre los demás miembros, también está bajo la bóveda del cielo. Solo cuando el soberano sepa escuchar y obedecer la voz que le viene de arriba, en el propio sentido de escuchar, y mandar tal como a él se le manda desde lo alto, se conseguirán los últimos confines del Estado y del derecho.

X. *La Jurisprudencia*

Hemos visto en estas conversaciones, nacer el derecho de la semilla de la moral caída en la tierra de la economía; nacer y crecer hasta convertirse en un árbol majestuoso. El fruto que ese árbol está destinado a producir, se llama justicia.

No podría cerrar yo el breve curso sin tratar de orientar también acerca de ese aspecto del problema el pensamiento de mis oyentes. Hay árboles estériles y árboles fecundos: ¿de qué depende la fecundidad de nuestro árbol secular?

A este fin es necesario ante todo que nos entendamos acerca del concepto de la justicia. No hay duda de que derecho y justicia no son la misma cosa: hay entre ellos la relación de medio a fin; derecho es el medio, justicia es el fin. El producto suministrado por las oficinas del derecho es bueno o malo según que sirva o no sirva a la justicia. Pero, ¿cuál es ese fin? Los hombres tienen sobre todo necesidad de vivir en paz. La justicia es la condición de la paz. La paz, dijimos al principio, no es la tregua; la tregua es efímera, la paz es duradera. La paz es un estado del alma que extingue el deseo de mutación. *Hic manebimus optime* [aquí permaneceremos óptimamente], podría ser su divisa. Los hombres consiguen ese estado de ánimo, cuando hay orden en ellos y en derredor de ellos. La justicia es conformidad con el orden del universo. El derecho es justo cuando sirve realmente para poner orden en la sociedad. Si pensamos que orden, de *ordior*, nacer, se resuelve en el principio y el principio es Dios, el derecho será justo cuando obedezca al querer de Dios.

Este es un resultado que los hombres no logran sin trabajo. El trabajo necesario a este fin se parece al trabajo del labrador. Todos saben que no basta con dejar caer la semilla sobre la tierra para que nazca el grano: la tierra debe ser arada, abonada, rastrillada, etc. Para ello, como lo dije en la conversación introductoria, están los obreros del derecho. Así, la conversación introductoria se coordina con la conversación conclusiva.

Todo trabajo exige una técnica, y hasta la constituye poco a poco. La técnica es el conjunto de las reglas que la experiencia enseña que deben ser cumplidas para que el trabajo produzca un resultado útil. Técnicos se llaman los que conocen esas reglas y saben aplicarlas precisamente en orden a la técnica se distinguen los obreros calificados de los no calificados, según la mayor o menor cantidad de técnica que posean. Así se explica por qué el cultivo del derecho, a medida que se desarrolla exige un gran número de técnicos que

presten su obra, formación y aplicación de las leyes. Las figuras más conocidas, pero no las únicas, de técnicos del derecho, son los jueces y los abogados.

A medida que el derecho crece, su técnica se hace cada vez más complicada. El crecimiento del derecho se explica por la cada vez mayor complejidad de la economía. Una diferencia entre la ética y la economía está precisamente en que mientras la ética es sencilla, la economía es compleja. La ética, después de todo, se reduce a un principio; los romanos habían formulado tres: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* [vivir honestamente, no hacer mal a nadie, dar a cada cual lo suyo]; pero el Cristianismo ha reducido la trinidad a unidad con la que los teólogos llaman la regla de oro, haz a otros lo que quisieras que te hiciesen a ti. Pero cuando se trata de aplicarla a la economía, esa regla se despliega en una infinidad de normas particulares. Es como un rayo de luz que a través de un prisma de cristal se descompone en colores. Esto explica por qué el principio ético, que es siempre uno, según la diversidad de las gentes, de los tiempos y de los lugares, engendra normas jurídicas, no solo radicalmente diferentes, sino hasta opuestas. Los escépticos se aprovechan de ellos para hablar de una relatividad de la moral; pero de ese modo confunden la moral con el derecho o con la costumbre: la semilla es siempre la misma, pero según la calidad del ambiente, de ella germinan plantas diversas.

De la técnica, en un cierto momento de su desarrollo, nace la ciencia, cuando los hombres no se contentan con sacar de la experiencia las reglas que hay que seguir para conseguir un cierto resultado, sino que tratan de indagar el porqué, y esa indagación llegan a sistematizarla, es decir, a estudiar sus relaciones y a extraer sus principios. La ciencia, en comparación con la técnica, es tardía; así ha ocurrido que, mientras la técnica del derecho, especialmente entre los latinos, es antiquísima, la ciencia de él es, en cambio, relativamente

moderna, no cuenta todavía, a lo más, dos siglos de vida; y en algunos países, especialmente los anglosajones, menos aún. En la ciencia del derecho los italianos tienen hoy una incontestable primacía; habiendo importado en un principio la ciencia francesa y después la ciencia alemana, han superado rápida y decididamente a sus maestros, en forma que hoy el pensamiento científico italiano se exporta a todos los mercados jurídicos del mundo.

Pero la ciencia no basta para garantizar la adecuación del derecho a su fin, es decir, para conseguir la justicia. Probablemente ninguna ciencia, ni en el campo de la naturaleza, es suficiente para hacer conocer la verdad. De todos modos esta insuficiencia, de la cual muchos naturalistas no se han percatado todavía, se ha manifestado antes que en ningún otro sector en orden al derecho. La verdad es que la ciencia obra sobre los materiales de la técnica, que son las reglas o las leyes inferidas de la experiencia. En una palabra, la ciencia no es más que un desenvolvimiento de la técnica. Ahora bien, los juristas han advertido muy pronto que la ley, justa para la gran mayoría de los casos agrupados en una categoría, termina, en cambio, en algunos casos en un resultado injusto. El Divino Maestro, queriendo precisamente persuadir a sus discípulos de que si la ley es necesaria, no es en cambio, suficiente, adoptó el ejemplo de la ley mosaica, que impone la abstención del trabajo en día sábado, pero si en día sábado dijo él, cae una oveja en la hoya y el pastor, fiel a la ley, no hace por salvarla ¿no es eso una injusticia? Con esto quería hacer que atendiesen, no solo al valor de la regla, sino también al de la excepción. Se comprende inmediatamente la importancia de la excepción en el campo del derecho, puesto que este gobierna la conducta de los hombres y cada hombre es a la verdad una excepción. Los animales están hechos en serie, pero no los hombres. No hay entre los hombres un único, como lo ha creído cierta filosofía, ya que cada hombre es único, en razón de la libertad, que lo hace semejante a Dios. Los animales caminan sobre los raíles del instinto; pero el cami-

no del hombre no es obligado. Precisamente la experiencia del hombre, haciendo caer a los juristas en la cuenta de la insuficiencia de la ley, los ha inducido a descubrir, junto a la ley, la equidad, que un gran maestro italiano del derecho ha llamado la justicia del caso singular, con una fórmula que permite comprender que la justicia no se deja aprisionar en una ley; Aristóteles, parangonando la equidad a la regla lesbia, que hecha de plomo se adaptaba a las sinuosidades de la materia que tenía que reglar, había expresado ya la idea de que la rigidez de la ley no se adapta, como debiera, a las imprevisibles formas del caso concreto.

Ni la técnica ni la ciencia, en cuanto operan con la ley, y no podrían operar en otra forma, bastan, por consiguiente, para hacer que el derecho consiga la justicia, y así no agotan la jurisprudencia, entendida esta como actividad necesaria y suficiente, no tanto para hacer cuanto para hacer bien, el derecho, es decir, no tanto para hacer cualquier derecho cuanto para hacer derecho justo. Más allá de la técnica y de la ciencia está el arte, el cual supera la regla, guiada por la intuición, como dicen los lógicos, o también por la inspiración, según los poetas. Sin el arte no se hace derecho: y esta es la mayor dificultad de hacerlo. De ello fueron conscientes los romanos, el pueblo que, entre todos los demás, realizó las obras más altas en el campo del derecho, ya que uno de ellos lo definió *ars boni et aequi* [arte de lo bueno y de lo justo], y otro explicó la jurisprudencia como *divinarum atque humanarum rerum notitia* [conocimiento de las cosas divinas y humanas]; es sorprendente que ni el uno ni el otro hubiera confundido la jurisprudencia con la ciencia de las leyes: en una de las dos definiciones campea el concepto de la equidad en lugar del concepto de la ley, y en la otra la mención de las cosas divinas al lado de las humanas trae al pensamiento el Divino Maestro, quien después de haber afirmado la insuficiencia de la ley, agregó que por encima de la ley está Dios.

Por eso, si una elemental cultura de derecho es necesaria a todos los ciudadanos a

fin de que puedan colaborar al orden social, deben ellos saber así mismo que, también en ese campo, como en todo otro, la necesidad se resuelve en la insuficiencia. Si el derecho es un instrumento de la justicia, ni la técnica ni la ciencia bastan para saber manejarlo. Desgraciadamente, la ilusión de su suficiencia tiene raíces profundas en el alma humana y no es fá-

cil desarraigarla; pero cualquiera de nosotros tiene el deber de hacer cuanto pueda a este objeto. Precisamente los romanos, cuando hubieron de definir al jurisconsulto, dijeron ante todo: *vir bonus*. Sin la bondad, la ciencia del derecho podrá sin duda hacer que crezca el árbol del derecho; pero ese árbol no dará los frutos de que los hombres tienen necesidad.