

EL DESARROLLO DEL DERECHO CON UNA RESEÑA DE LA LEGISLACION PERUANA.

Designado para ocupar esta tribuna con motivo de la apertura del presente año académico de esta secular Universidad, nada nuevo ni que satisfaga vuestra ilustración i cultura he de poder deciros. Con todo, me esforzaré por ocuparme brevísimamente del desarrollo del derecho, para aclarar, aunque de manera imperfecta, su actual concepto filosófico i sus orientaciones, haciendo, además, una ligerísima reseña de nuestra legislación positiva, para manifestaros después mi profunda fé en la reacción i resurgimiento de nuestra nacionalidad. Tarea difícil para mis escasas aptitudes, pero que vuestra reconocida benevolencia sabrá disimular.

I

Nada más antiguo ni más universal, señores, que la idea del derecho, como q' ella ha nacido con el hombre mismo, infiltrada, podemos decir, en su propia naturaleza como idea innata, como principio demostrativo de su imperfección, como ley reguladora de su estado de relación con sus semejantes, que vivirá mientras exista la Humanidad.

Consistiendo el fin de los seres en realización de su naturaleza, en el tiempo eterno i el espacio infinito, la ley universal no es sino la conformidad de la naturaleza de cada ser con su fin. Tratándose del fin del hombre como individuo ó como miembro de la especie humana, este no puede ser otro que el desarrollo gradual ó educación armónica de su sensibilidad, inteligencia i voluntad, para realizar la belleza, la verdad i el bien hasta llegar á la perfección relativa que cabe en su naturaleza. Estos fines, representados ya, algunos de ellos, por instituciones, son el derecho, la moral, la religión, la ciencia, el

arte, el comercio, la industria i otros que irán cristalizándose según las necesidades i el progreso de la humanidad.

Bien sabeis señores, que ningún fin se puede alcanzar sin medios: uno de estos, para la realización del destino humano en este planeta es el Estado, institución humana, órgano del derecho que, además de su carácter coercitivo, desempeña las funciones de garantizador i regulador de todas las funciones de relación de los distintos fines sociales, educando, además á la humanidad en su marcha progresiva. Pretender fijar el origen del derecho en lugar i tiempo determinados, equivaldría á fijar el tiempo i lugar de la aparición del hombre en el planeta, lo que la ciencia aún no ha podido precisar. Después del instinto de conservación predominó, sin duda, entre los primeros hombres, el de sociabilidad en vista del común peligro i de las ventajas que les resultaban de esta unión en la cruel lucha por la existencia, cuando el hombre primitivo armado de su hacha de piedra asechaba al reno, disputando su presa al oso de las cavernas. Organizada la familia, creciendo esta en el clan, la tribu, el municipio, la nación, y nacido el derecho histórico en este estado de relación, ha ido desarrollándose en consonancia con el desarrollo de las diversas razas i grupos de la humanidad, constituyendo posteriormente las instituciones jurídicas. Las manifestaciones primitivas del derecho se pierden, pues, en la leganía de los tiempos prehistóricos, esbozándose oscuramente la noción de la justicia en los mitos, la leyenda i los poemas, como un atributo de la divinidad, concepción que informa las leyes de *Manou*. En esta época la idea del derecho llega apenas á los límites de la costumbre por la repetición constante de los fenómenos sociales para formar después la legislación de los pueblos más antiguos como la China, la India, el Egipto, la Asiria i otros, que hasta hace poco tiempo estaba ignorada, hasta que los estudios pacientes de varios sabios i arqueólogos de la legislación nos han revelado el derecho egipcio, el derecho asirio i aún la legislación China, en lo que, según dice el

notable sociólogo Letourneau, se hallan ya reconocidos muchos principios con los que se enorgullece la legislación de los pueblos modernos, como: “las circunstancias atenuantes, la no retroactividad de la ley, el derecho de apelación, el respeto á la libertad individual, la confusión de las penas, i en fin, el derecho de gracia reservado al soberano.”

Tratándose del desarrollo del derecho en tiempos más modernos, el derecho escrito aparece históricamente sólo desde la legislación griega que trasladada á Roma en la época de los Decenvirs con el nombre de Ley de las doce tablas i unida á sus leyes primitivas, constituyó la famosa legislación del gran imperio romano, madre podemos decir de las legislaciones de casi todos los pueblos modernos.

Aquí cabe reconocer la gran importancia de la legislación romana, de la que con gran verdad se dijo por Carle: “que nos presenta reunida la elaboración más completa, más humana, más permanente q’ se haya hecho del elemento jurídico, i presenta, por tanto el espectáculo más completo de las leyes históricas que gobiernan la formación del derecho. En ella puede encontrarse reunido, seleccionado i modelado con admirable coherencia, aquello que solo podría encontrarse difundido é incoherente en millares de pueblos; i por Dágueseau: “Aún no están consumados los grandes destinos de Roma. Ella domina al mundo por su razón, después de haber dejado de dominarlo por su imperio.”

En estos últimos tiempos la filosofía del derecho ha venido sufriendo una verdadera crisis por la formación de una nueva ciencia, la Sociología que pretende negar su carácter filosófico á la ciencia jurídica, dando una orientación más positiva al concepto del derecho. Dos son las escuelas que se ocupan de esta innovación: la *histórica* que reconoce por principal sostenedor al notable jurisconsulto inglés Henry Sumner Maine, i la *etnográfica* cuyo fundador es el jurisconsulto alemán Alberto Hermam Post. A estos dos grandes pensadores corresponde la gloria de haber aplicado al derecho el método

comparativo. El primero aplicó este método sólo en lo relativo á los pueblos de la raza ária, i el segundo, amplió esta comparación á todos los pueblos, relacionándolos no ya como pueblos sino como razas, i por consiguiente desde el punto de vista étnico. La jurisprudencia etnológica se funda así ámpliamente en los datos de otra ciencia nueva: la etnología comparada. “Según el concepto actual dado por la orientación positiva i sociológica, el derecho es considerado como un fenómeno de la vida colectiva, como un hecho social cuyo origen i transformaciones obedecen á causas determinadas, á las que se puede aplicar la observación i el método histórico. Es un producto natural de la vida asociada, como la lengua, como la religión, como el arte. El derecho no es algo de permanente é inmutable, sino que es eminentemente progresivo, profundamente diferente en cada pueblo; en cada raza, en cada periodo histórico”. Y como agrega el notable publicista español Adolfo Posada: “el derecho natural ya no es un derecho general, inmutable, igual matemáticamente para todos, algo así como una legislación escrita ó Código; pues, una condición del derecho es precisamente su flexibilidad para adaptarse á las circunstancias variables del lugar i de tiempo. No hay contradicción al hablar de un derecho natural moderno i otro antiguo, porque la solución jurídica de todas las cuestiones referentes á la conducta, ha de ser siempre dictada en vista de las circunstancias i según la imposición racional de la conciencia. Lo que pide siempre el derecho natural no son fórmulas i solemnidades, sino pureza de motivos en el obrar, intención decidida de hacer el bien i vivir la vida de la paz i de la justicia, i así es indiferente á la estructura temporal de las instituciones con tal que el principio que las inspire sea racional i bueno.”

El intelectual peruano Juan Bautista Lavalle en un notable trabajo de resumen de las teorías modernas, que en mucha parte ha informado este pequeño esbozo, dice: “El crecimiento i el desarrollo de la sociología no puede realizarse á expensas de la filosofía del derecho. Cada

una tiene su función científica propia i el fenómeno jurídico no puede agotar el contenido sociológico. Es función de la filosofía jurídica determinar la verdadera posición del Derecho en la vida social, recordando siempre que el hombre no solo es *homo jurídicus*, sino también *homo economicus*, *homo politicus*, *homo moralis*, i que todos estos aspectos contribuyen á formar el *homo sapiens* de que hablára Linneo. La confusión en esta materia proviene, en gran parte, de la imprecisión del concepto, de los límites i del carácter de la sociología. La elasticidad de su nombre, de que tanto se abusa en estos días, acaba de rumentar la confusión. La historia es sociología, sociología es la moral, sociología es el arte, es la economía; por último el derecho i su filosofía. ¿Quiere decir esto que estas ciencias no tienen individualidad propia, que pueden ser absorvidas por esta otra ciencia audáz é inmensa, verdadera Babel del pensamiento, que se invoca á cada instante? Creemos lo contrario, es decir, que lo impreciso i lo caótico es la sociología entendida como análisis de todos los fenómenos colectivos, con un carácter de enciclopédia social, sin un objeto propio i definido. La sociología es muchísimo más que el estudio del derecho i de la justicia; es el estudio del conjunto de las leyes i principios que rigen la formación, el desarrollo i la vida de las colectividades. La sociología estudia la vida social en su unidad sintética, mientras que las ciencias sociales particulares la estudian en su variedad inmensa. La filosofía del derecho, filosofía particular i sintética de las ciencias jurídicas, estudia las leyes generales que rigen el proceso formativo del Derecho i del Estado, su valor i significado en el desarrollo de la sociedad humana i en la vida de la especie. El derecho, fenómeno social i humano, tiene su lugar i no puede dejar de tenerlo en la sociología, pero no individual ni analíticamente considerado, sino bajo el aspecto de la unidad, q' es el de la sociología i que responde á la unidad objetiva de la vida social, á esa solidaridad ó *consensus* de que habla Comte. El derecho realiza en la vida social una función de garantía i por consiguiente el Estado que es

su órgano, debe extender su garantía á todos los elementos de la vida social, religión, moral, economía, ciencia, arte etc., siempre que las relaciones que derivan de ellas afecten las condiciones indispensables de la vida en común. Y es la vida en común, la existencia i el desarrollo social lo que el Derecho quiere garantizar; por consiguiente el Derecho tiene cierto carácter de generalidad frente á los otros fenómenos sociales, reproduce en cierto modo aquella unidad cuya conservación es en gran parte obra suya. El fenómeno jurídico debe ser comprendido i explicado en función con toda la vida social. Las variaciones de los fenómenos jurídicos están determinadas por las variaciones que presenta toda la sociedad; la evolución del derecho es paralela i correlativa á toda la evolución social; por consiguiente solo una ciencia general que explique el desarrollo histórico de la sociedad humana podrá iluminar una teoría que investigue las variaciones del derecho en el tiempo. Es verdad que la evolución jurídica ha sido diversa en los diversos pueblos, así en tiempo como en lugar, pues no hay evolución uniforme, i depende de las evoluciones filosóficas, religiosas, políticas, económicas, i no podría ser una i predeterminada á no ser que las otras lo fueran también.

Volviendo al método preconizado por los jurisconsultos Sumner Maine i Post que pudiéramos llamarlo comparativo, i que hoy es la base de la legislación comparada, es completo, por que él contempla el Derecho solamente bajo su aspecto objetivo, como un fenómeno histórico, aislado i sin coordinación, estudiando los fenómenos jurídicos que se realizan en los diversos pueblos solo mediante el análisis. Le falta pues el elemento subjetivo que se manifiesta como libre norma en la conciencia del hombre, como orientación libre de su conducta, concebido por la razón. Es verdad que ha contribuido grandemente á dar una nueva orientación á la ciencia del derecho, ampliando sus relaciones con la historia i las demás ciencias políticas i sociales, pero faltándole la síntesis que generaliza i da unidad á los fenóme-

nos aislados, le quitaría su verdadero carácter científico á la filosofía del Derecho.

No se podría dejar de hacer referencia á la escuela positivista italiana que con la introducción de la antropología, especialmente en el derecho penal, ha dado un gran impulso á la ciencia jurídica en estos últimos tiempos. Esta misma evolución; se inicia en el derecho civil que aún permanece estacionario en medio de este movimiento virificador. Las causas que retardan el progreso del derecho civil, según el profesor Púglia son: la falta de estudio de una filosofía del derecho apoyada en los resultados de la moderna dirección científica; el erronco concepto del derecho i del Estado por influencias políticas; la separación entre la ciencia jurídica i la económica; i la preponderancia excesiva del derecho romano.

Concluiré esta parte con las sintéticas frases del doctor Lavallo: “La filosofía del derecho no se confunde ni con la sociología, ni con la etnología comparada, ni con la lógica, ni con la historia del derecho; es una elevada síntesis filósófica de estos elementos, que le suministran los materiales que ella coordina i unifica. La orientación de la filosofía del derecho debe ser armónica, ni impírica, ni especulativa. La verdad es indivisiblemente acción é idea. Debe perseguir el ideal de una síntesis unificadora de la síntesis objetiva de los positivistas i de la síntesis subjetiva del idealismo.”

En resumen: el movimiento científico actual ofrece ideas más positivas i reales sobre el hombre i la sociedad humana, i que teniendo las funciones sociales íntimas relaciones entre sí, la filosofía del derecho es la ciencia que debe establecer las leyes de armonía, coordinación i unidad entre todos los fenómenos sociales.

II

Pasando á ocuparme de los orígenes de nuestra legislación actual ella está informada principalmente en la romana que á su vez fué tomada en parte de la legislación griega formando el código que tomó el nombre de

ley de las doce tablas. Posteriormente la legislación romana fue compilada por el célebre Emperador Justiniano en un cuerpo de leyes que constaba del código, el Digesto, la Instituta i las Novelas que ha servido de base á la legislación de los pueblos modernos. Conquistada España en la época del Emperador Augusto pasó á formar parte del imperio romano como una de sus provincias, quedando sujeta á su legislación. Invadida España, á su vez, como el imperio romano, fué pasageramente dominada por algunas tribus de bárbaros hasta que los Godos se establecieron en ella organizando una monarquía con una legislación que unificó la suya con la de los primitivos españoles que tomó el nombre de Fuego Juzgo, escrito en latín, i que constituye un gran monumento en la legislación. Invadida España por los árabes en el siglo octavo, i cuya dominación dura ocho siglos, fué regida por una variedad de pequeñas legislaciones hasta que á mediados del siglo trece se inició la formación de otra legislación notable por el Rey Alfonso el sabio con el nombre de las partidas. Posteriormente, en la época de los reyes católicos don Fernando i doña Isabel, unificada España i libre de los moros con la toma de Granada en 1492, se formó la nueva recopilación. Desde esta época se aumentaron algunos suplementos de leyes hasta el año 1805 en que se promulgó la Novísima Recopilación. Después, como código notable vino la Constitución de 1812, vigente la cual se proclamó nuestra independencia. Conquistado el Perú por España, á principios del siglo 16, impuso su legislación anteriormente ennumerada, al país vencido con más otros códigos conocidos con los nombres de Ordenanzas Militares, Ordenanzas de Intendentes, Ordenanzas de Minería i leyes especiales conocidas con el nombre de Recopilación de leyes de Indias, que se promulgó en 18 de mayo de 1680. Este notable código que es á la vez un monumento de legislación, de historia i de administración estuvo informado por un sincero deseo de hacer bien á las colonias hispano-americanas, i según dice un notable publicista americano: “las preocupaciones de aquella época,

las ideas erróneas que contenía, su candorosa impresión, el olvido de las lecciones de la historia, i sobre todo la ignorancia de las verdaderas necesidades de los países para los cuales se legislaba, tenía que producir el estancamiento de la riqueza i la civilización, el antagonismo entre la metrópoli i las colonias, la promiscuidad de castas mestizas como elemento democrático, la degradación moral de los indígenas, mil embarazos i contradicciones en la administración, tendencias hostiles de parte de las naciones comerciales, una inmensa explosión revolucionaria, en una palabra, resultados diametralmente opuestos á los que se deseaba obtener." A lo que se podría agregar que este código no tenía base científica, pues no tuvo en cuenta las creencias, costumbres, tradiciones, estado de civilización, índole propia, organización social, raza, clima i demás condiciones especiales de los países conquistados, en una palabra. España prescindió de la legislación incaica é impuso la suya, dedicando á lo más un capítulo en su legislación á los derechos i obligaciones de la raza indígena, para la que principió la era de la esclavitud de tres siglos que, desgraciadamente, aún continúa.

Desde la proclamación de nuestra independencia hasta la promulgación de nuestros códigos Civil i Penal, i sus respectivos de Procedimientos, que tuvo lugar en los años 1852 i 1863, respectivamente, nuestra legislación fué un verdadero laberinto, confusa mezcla de leyes españolas i patrias, aumentada con la introducción en el Perú de la legislación boliviana, después de la batalla de Yanacocha adversa para las armas del Perú, conocida con el nombre de Códigos de Santa Cruz, cuya vigencia fué efímera como la dominación boliviana. En esta época es notable que en el trascurso de sólo 44 años se hayan dado 7 constituciones, varios estatutos, varios reglamentos i muchas leyes de carácter especial. Por fin, desde la promulgación de los códigos Civil i Penal, i de los de comercio, minas, código militar i de aguas, infiltrados ya en un espíritu moderno, nuestra legislación se ha normalizado. Sentida la necesidad de la reforma de los

primeros, al cabo de 60 años, se ha innovado el Código de Procedimientos, en lo Civil, el que está informado especialmente en el Código español de 1881 i se pondrá en vigencia desde el 28 de Julio próximo. Este Código contiene notables mejoras sobre el actual i es más lacónico, pues tiene cerca de 500 artículos menos. Se espera con ansiedad la presentación del Código Penal i de Enjuiciamientos reformados, por la respectiva comisión, i hoy esperamos de que será sometido á la próxima legislatura ordinaria.

Es de urgente necesidad también la promulgación del Código de agricultura que está en proyecto, por lo mismo que este ramo constituye la principal industria del Perú. Así mismo es deseable la reforma de nuestra actual constitución en consonancia con los progresos que hemos alcanzado en medio siglo que rige. Innovada nuestra legislación ya no quedaremos tan rezagados en el camino del progreso, ni seguirá ella constituyendo un anacronismo en medio del vertiginoso movimiento de las ciencias sociales.

Creo, señores, que entre estas reformas debe entrar como primordial, la reorganización de nuestros poderes públicos, bajo la base de la verdadera independencia aconsejada por los principios de la ciencia constitucional, que desgraciadamente hasta hoy no es sino una bella teoría. Este sería el gran paso que diéramos en el sentido de la verdadera democracia, i así podríamos justificar el título de nuestra forma de gobierno republicano democrático, porque la organización política actual, no sólo del Perú sino de casi todas las repúblicas de Sud-América, tiene mucho olor á monarquía, (ya se vé que son rezagos de la metrópoli), lo que da lugar á las frecuentes convulsiones en esta parte del continente americano. Asentados el poder judicial i el legislativo sobre la sólida base de una verdadera independencia de poderes, no serían casi absorbidos por el ejecutivo, cumplirían su misión libremente sin temores ni restricciones, controlándolo, lo que constituiría el equilibrio ó armonía en los poderes ó el poder moderador. Garantizada la soberanía

de los pueblos, base angular de las democracias, ó gobierno del pueblo por el pueblo, mediante la libertad i verdad del sufragio, sangrienta burla hasta hoy, desaparecerían las revoluciones en América i entrarían gobiernos i pueblos en un período de estabilidad. Pero, señores ¿cuál el remedio salvador para llegar á este ideal que todos anhelamos? Sencillamente el empleo de una verdadera política, elevada i científica, de esa política cuyo fin es laborar la felicidad de las naciones, de la política impersonal que elabore i aplique leyes según las condiciones especiales i el estado étnico i sociológico de los pueblos gobernados, de esa política atemperada que ni coacta los justificados anhelos de los gobernados en el sentido del progreso, estancando sus legítimas aspiraciones; ni lleva las reformas hasta el punto de hacer leyes para crear necesidades i situaciones artificiales, anticipándose á la opinión i al tiempo. Bien dice un notable publicista: “El hombre de estado no tiene la misión de crear intereses, necesidades i opiniones, sino la de administrar del mejor modo posible los intereses creados por la sociedad, abrir el camino á los esfuerzos espontáneos, i dar satisfacción á las necesidades reales i las opiniones justas i respetables.” Es verdad que hay otros medios más, indicados por la ciencia, para conseguir la estabilidad de los gobiernos, pero no permiten indicarlos los estrechos límites de un pequeño discurso, i aún temo abusar de vuestra benévola atención.

III

Pero, señores, qué hombres ó que instituciones son los llamados á realizar estos ideales i hacer la felicidad de la Patria? la respuesta es óbvia: evidentemente que todos los peruanos i todas las instituciones, i en primer término las Universidades i la juventud, por consiguiente. Y qué han sido las universidades, que son hoy mismo i cual será su misión en el porvenir? Nacidas como eflorecencia del renacimiento de las letras, después de diez siglos de estancamiento del espíritu humano durante la edad media; trasladado el germen de su institución

de entre los árabes á la Europa, juntamente que las luces de la civilización griega i los tesoros de la antigüedad clásica, sirvieron de refugio á la ciencia i su misión fué vulgarizarla, i desde entonces han sido ellas los faros que han guiado á la humanidad en su marcha progresiva en el mar agitado de su vida. Hoy siguen desempeñando esa misión de unificar la ciencia i propagarla, ampliándola con el espíritu de educación i de fraternidad mediante la extensión universitaria. Mañana, en el porvenir, llegarán á ser los verdaderos órganos de la educación del género humano, no sólo mediante la ciencia, sino mediante el amor, divino lazo que realizará la fraternidad de la especie humana en el planeta. Permitidme, señores, en esta parte hacer una referencia especial á nuestra universidad; ella cumplirá con esta noble i elevada misión?: me alienta la esperanza de que sí.

Reorganizada desde hace dos años, con el acertado nombramiento que el Supremo Gobierno hiciera de su digno Rector, ha entrado en una era de nuevas orientaciones dando á su enseñanza un carácter más práctico i positivo, que debe seguir en aumento, revelándose como notas saltantes de su resurgimiento: un verdadero espíritu pedagógico en su disciplina, pues en dos años no ha habido una sola nota discordante que perturbara en lo más pequeño su marcha normal i progresiva; la cordialidad entre catedráticos i alumnos, desterrándose el injustificado distanciamiento entre éstos; el ingreso de señoritas á los estudios universitarios, que abre un ancho campo al porvenir del bello sexo; el espíritu de solidaridad juvenil que va cultivando i estrechando las relaciones con las demás universidades de la República i aún del extranjero; el acto de cooperación altruista por parte de uno de los señores catedráticos, creando una beca gratuita, dando un ejemplo digno de ser imitado; la cesión por el Congreso de un local para jardín botánico i juegos deportivos, que contribuirá grandemente á la educación objetiva i física no sólo de los alumnos universitarios sino de la juventud toda; i sobre todo la completación de la facultad de Ciencias Naturales, llamada

á prestar importantísimos servicios en el porvenir del Cuzco, mediante el decidido apoyo del Supremo Gobierno, en esta como en otras exigencias, como el aumento de subvención.

Con estos bagajes no es, pues, aventurado decir que presenciaremos el halagador espectáculo de una verdadera reacción, i que se robustece nuestra fé en la proximidad de mejores días para la Patria. Efectivamente, señores, las naciones jóvenes no mueren, no pueden morir, i el Perú no puede ser la excepción que se sustraiga á la fatal i universal ley del progreso, que por de una série acciones i reacciones, conduce á los pueblos á la meta de sus destinos. Y vosotros, jóvenes, esperanza del porvenir, que en esta brega tenéis que ser el principal factor, cumplid vuestra misión, principiando por llevar al terreno práctico la extensión universitaria, propagando el saber, como verdaderos representantes de la ciencia, especialmente entre la clase obrera i la desvalida raza indígena, que forma la mayoría de nuestra población; solamente así podrá unificarse nuestra nacionalidad i formarse el alma nacional. Con mirada retrospectiva al pasado, solo para sacar enseñanzas de él, con voluntad firme en las faenas del presente, i fé en el porvenir, seguid cultivando la ciencia que es verdad, que es luz; la moral, que es fuerza, que es impulsión; la religión, que es amor i fraternidad; el derecho que es orden i armonía; el arte, que es belleza; el comercio, que es vida; la industria, que es trabajo; todo esto sobre la base de la ciencia. Educad vuestro carácter sobre la base del *self help* anglo sajón, para formar el carácter nacional; i con estas armas luchad siempre en todas las situaciones contra las mentiras convencionales, en la vida del hogar, en la vida política i en la vida social; dad unidad á vuestra vida evitando el pernicioso dualismo entre la palabra i la acción, entre la teoría i la practica; así, nutriendo la vida real con el ideal que debéis tener por norte, cumplireis vuestro deber como miembros de la Humanidad i como buenos ciudadanos de la patria.

ROMUALDO AGUILAR.