

De la necesidad de una nueva concepción
del Derecho

Memoria de incorporación del Miembro Académico de
la Facultad de Leyes

DON ALEJANDRO ALVAREZ



De la necesidad de una nueva concepción del Derecho

Memoria de Incorporación del Miembro Académico de
la Facultad de Leyes
Don Alejandro Alvarez

SEÑORES:

Designado como Miembro Académico de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, no encuentro palabras adecuadas para espresar a cada uno de sus ilustres Miembros mis más profundos agradecimientos por el alto honor que me han dispensado.

Ausente de la Patria por largo tiempo, pero vi-
viendo siempre de su recuerdo, nada es más grato
para mí que saber que la comunidad de pensamien-
tos, la amistad intelectual con mis antiguos maestros
i compañeros de tareas no se han estinguido ni
con el tiempo ni con la distancia.

Antes de presentar la Memoria prescrita por el Reglamento para quedar incorporado a esta Facultad, i cuyo título es «De la necesidad de una nueva concepción del Derecho», permítaseme que rinda aquí público i sentido homenaje a los méritos de mi ilustre predecesor en este asiento, Excmo. señor Santiago Aldunate Bascuñán, estadista, jurisconsulto i diplomático eminente, arrebatado del seno de la Patria i de esta docta Corporación cuando una i otra tenían aún tanto que esperar de su talento e ilustración.

DE LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL
DERECHO

I

Atravesamos unos de los períodos más trascendentales i más críticos que registra la historia de la humanidad. Asistimos no sólo a una modificación profunda en el mapa de la Europa, sino también a un cambio de régimen en la vida social i a una transformación en el pensamiento, las doctrinas i los sentimientos.

Desde estos puntos de vista, podemos comparar los actuales acontecimientos a los de la Revolución Francesa. Después de 1789, se procedió en casi todos los países a reconstruir la vida social sobre el *individualismo* proclamado por los filósofos del siglo XVIII, i consagrado por la Gran Revolución como protesta al régimen entonces existente. El individualismo es la exaltación de la personalidad humana, a quien se la considera dotada de derechos

fundamentales que le son inherentes, siendo la misión del Estado asegurar la protección de esos derechos, preocupándose poco o nada del interés general. Como los pueblos no estaban preparados para cambio tan repentino, hubo un largo período de anarquía. El régimen que va a seguir a la guerra actual es el de la *cooperación*, que venía estableciéndose paulatinamente en el curso del siglo pasado; es, pues, conocido i aceptado, faltándole sólo recibir consagración definitiva. En otros términos: el régimen que siguió a 1789 fué establecido repentinamente, por revolución; el nuevo, a pesar de los excesos que se están produciendo en Rusia i otros países del Este de Europa, lo será por evolución, si los Gobiernos saben prever los acontecimientos i evitar que los elementos avanzados lleven las reformas más allá de lo que las necesidades exijen.

II

Un curioso fenómeno de carácter intelectual se produjo en el curso del último siglo, que es útil señalar, porque tiene una importancia capital en la orientación de las ciencias políticas i sobre todo en la futura concepción del *Derecho*.

En el siglo XVIII dominaban dos grandes corrientes filosóficas: la filosofía *social* i *política* francesa, representada por Montesquieu, Rousseau i Voltaire, i la filosofía *moral* i *jurídica* alemana, encabezada por Kant i Fichte. Los filósofos franceses trazaron las bases fundamentales sobre las que se ha edificado el Estado contemporáneo. Ellos pro-

clamaron, en efecto, al mismo tiempo que el *individualismo*, el respeto de la propiedad privada, la soberanía nacional, la separación de poderes i el régimen constitucional, exaltaron los derechos del individuo, pero dejaron en la penumbra sus deberes. Fueron los pensadores alemanes los que se ocuparon de establecer una filosofía o doctrina de la moral i otra del Derecho. Kant fué el que ejerció la más profunda influencia a este respecto en todo el mundo. El fué el primero en dar a la moral otra base que la relijión cristiana; la característica primordial de su filosofía es vincular la política al derecho i éste a la moral. La filosofía francesa i la filosofía alemana del siglo XVIII, lejos de ser opuestas, al contrario, se completaron, fundándose ambas en las especulaciones sobre la naturaleza humana.

Diversas circunstancias, especialmente intereses nacionales, jenio de la raza, situación jeográfica, tradición social i jurídica, sistemas de legislación etc., hicieron, en el curso del siglo XIX, que las concepciones filosóficas, jurídicas, políticas e internacionales, así como otras manifestaciones de la cultura (ciencias económicas, educación, artes liberales, etc.), aunque uniformes en sus puntos fundamentales, tuviesen fisonomía especial en tres grandes grupos de naciones, dando nacimiento a otras tantas *Escuelas*: Francia i demás países latinos de Europa i América; Inglaterra i Estados Unidos; Alemania, Austria-Hungría i países sajones i eslavos.

Por otra parte, la transición constante, en el curso del siglo XIX, del régimen individualista al de solidaridad o cooperación, produjo en las ciencias políticas i sociales un eclecticismo i una anarquía que

se agravó con la diversidad de métodos de estudio o de investigación empleados. Esos métodos han sido: el deductivo, metafísico o apriorístico; el inductivo o de observación, llamado también histórico i comparativo; el fisiológico, el psicológico; el sociológico i el teleológico.

Muchos pensadores, especialmente Fouillée i Renouvier, pretendieron poner término a la anarquía por medio de doctrinas filosóficas a base ecléctica, sin obtener ningún resultado (1). En Francia, en Italia, en Alemania, i también en Estados Unidos (2), se había producido antes de la guerra un gran movimiento destinado a poner término a la crisis, principalmente en lo que se refería a la Filosofía del Derecho (3). La época actual será propicia para conseguir este objetivo, abriendo paso a nuevas concepciones en armonía con el régimen que se establezca.

A fin de conocer, al menos en sus puntos fundamentales, cuál puede ser esta nueva concepción en lo que al Derecho se refiere, es útil trazar a grandes rasgos la idea que de él se ha tenido en los diversos

(1) Sobre estos sistemas eclécticos, véase Fouillée, «La Science sociale contemporaine», páj. 379 i siguientes; Beudant, «Le Droit individuel et l'Etat», París, 1891, páj. 261 i siguientes, i Henry Michel «L'Idée de l'Etat», París, 1896, livre V, Chap. III.

(2) En los Estados Unidos este movimiento es dirigido por un Comité de la «Association of American Law Schools», presidido por el eminente jurisconsulto Mr. Jhon H. Wigmore.

(3) Los más importantes de estos trabajos han sido traducidos al inglés i publicados en «The Modern Legal Philosophy Series» (13 volúmenes), obra editada por el Comité de Profesores de las Escuelas de Derecho de Estados Unidos, i en «The Continental Legal History Series» (volumen XI), publicado por la misma Asociación.

países en el curso del siglo XIX, a la vez que señalar la importancia de los elementos que encauzarán la vida jurídica i social por un nuevo rumbo.

III

La noción del Derecho ha cambiado siempre, pasando por diversos períodos o fases: metafísica en la antigüedad; teológica en la Edad Media; racionalista o de derecho natural, especialmente en los siglos XVII i XVIII. En el siglo XIX, la concepción del Derecho varía según el método empleado en su estudio: para la escuela histórica, es el producto de la historia; para la sociológica, es el producto de la sociedad; para los materialistas, el Derecho no tiene ningún ideal, i los neo-idealistas, al contrario, lo conciben como un derecho natural, pero a base positiva i evolutiva. Además, i por circunstancias antes indicadas, el concepto del Derecho es distinto en tres grupos de países, a saber:

1.º Los latinos, a cuya cabeza está Francia, han sufrido la influencia del Derecho Romano, del Canónico, del Natural i de la Filosofía Moral (Ética); estos dos últimos, a su vez, influenciados por la Teología.

2.º Los jermánicos sufrieron la influencia del Derecho Romano, del Natural i de la Filosofía Moral, comprendidos estos dos últimos según la filosofía alemana.

3.º Los anglo-sajones casi no sufrieron la influencia del Derecho Canónico ni de la Teología, i sólo mui débilmente la del Derecho Romano i del Na-

tural (1); pero experimentaron la de sus tradiciones jurídicas, Filosofía Moral inglesa i escuela utilitaria.

La diferencia es profunda en la concepción del Derecho entre el grupo anglo-sajón, por una parte, i el latino i jermánico, por la otra. El grupo latino i jermánico—que llamaremos continental para mayor claridad—admite la existencia de un Derecho fuera del positivo, es decir, que hai relaciones jurídicas a pesar de no haberlas consagrado el lejislador. Dichas relaciones se las derivaba antes de la naturaleza humana (Derecho Natural), i hoi de la conciencia u opinión pública; ellas no tienen sólo un carácter moral; sino que, bajo el nombre de *principios de justicia*, sirven para interpretar los preceptos legalès i llenar los vacíos que existen en sus disposiciones.

Los anglo-sajones conciben el Derecho únicamente en un sentido positivo, como una emanación de la autoridad superior del Estado i que debe recibir aplicación por medio de los tribunales de justicia. El derecho abstracto no es considerado como un verdadero Derecho. La noción de justicia existe, sin duda, i nace de la opinión pública, ha desempeñado un papel importante en el primitivo desarrollo de la *equidad*, i fué tomada en cuenta por los tribunales

(1) En lo que concierne a la influencia del Derecho Natural, véase Sir Frederick Pollock, «The Law of Nature», *Journal of Comparative Legislation*, II, 204-213; id., III, 418-433. Cf A. S. Thayer, «Natural Law», *Law Quar. Rev.* XXI, 60; J. W. Salmond, «Law of Nature», *Law Quar. Rev.* XI, 121. Para la influencia del Derecho Natural en la jurisprudencia Americana, véase J. E. Keeler, «Survival of Natural Rights in Judicial Decisions», *Yale Law Journal*, V, 14; C. G. Haines, «Law of Nature in State and Federal Judicial Decisions», *Yale Law Jour.* XXV, 617-657.

en el desenvolvimiento de las reglas jurídicas (1). Esta idea materialista del Derecho en los anglo-sajones es profesada por Blackstone, Bentham, Austin i la mayoría de los jurisconsultos ingleses contemporáneos.

La diferencia en la concepción del Derecho entre los dos grupos de países a que nos hemos referido, se manifiesta aún en la terminología jurídica. El grupo continental tiene dos espresiones para designar las relaciones jurídicas: *jus*, *droit*, *derecho*, *diritto*, *Recht* para significar la justicia o el Derecho en abstracto, i *lex*, *loi*, *lei*, *legge*, *Gesetz* para indicar el derecho positivo establecido por la autoridad soberana i cuyo cumplimiento puede ser exigido por los tribunales de justicia. Las palabras *jus*, *droit*, etc., se aplican también al conjunto del sistema positivo de legislación: así se dice: *Derecho Civil*, *Derecho Penal*, etc. Los anglo-sajones, por su parte, no tienen espresiones adecuadas para indicar cada uno de estos dos aspectos del Derecho: ellos tienen solamente la palabra *law*, que se aplica tanto a la lei como al conjunto de la legislación positiva. La falta o ausencia de una espresión para indicar el derecho abstracto

(1) Es interesante constatar que, a pesar de la poca influencia que ha tenido el Derecho Romano sobre la legislación anglo-sajona, se desarrolló en ella, por motivos análogos que en la antigua Roma, una institución también análoga para suplir las deficiencias i corregir los defectos del Derecho Civil: es la *equitas* del Canciller, que dió origen al sistema legal de la *equitas*, diferente del *Common Law* i muy parecido al sistema legal del Derecho Pretoriano, porque está fundado orijinariamente en la justicia natural. En la época presente, sin embargo, esta diferencia entre el *Common Law* i la *equitas* no tiene casi importancia. (Véase Salmond, «Jurisprudencia», 4.ª ed., 1913, pájs. 34-39).

está demostrando claramente la poca importancia que le da el grupo anglo-sajón (2).

Por otra parte, el conjunto del Derecho positivo es mirado de un modo diferente en el grupo anglo-sajón i en el continental; este último lo considera como un todo sistemático i lo estudia como tal; de este conjunto los juristas inducen los principios jenerales que dominan los casos concretos. Esos principios jenerales sirven para interpretar la lei i desarrollarla, aplicándola a casos no previstos por ella, i, en su defecto, se ocurre a los principios del Derecho i de la justicia natural. La interpretación i el desarrollo de la lei son siempre, en el grupo continental, la obra de los jurisconsultos, los cuales critican el derecho existente, así como las sentencias de los tribunales.

Los anglo-sajones tienen una concepción diferente de su legislación que consideran sólo como el conjunto de reglas particulares que han sido reconocidas por las Cortes de Justicia; tiene, pues, un carácter esencialmente particularista, casuista: no se buscan en ellas principios jenerales, los que, al contrario, se menosprecian. Este grupo considera el Derecho

(2) Para designar el Derecho abstracto, los anglo-sajones emplean la espresión latina *jus* i también el término *equitas*; pero éste último tiene el inconveniente de significar, además de la justicia natural, el conjunto de reglas de Derecho Civil reconocidas por las Cortes de Chancery (las cuales aplicaban al principio la justicia natural), i es más bien en este sentido en el que hoi se emplea la espresión *equitas*. Por el contrario, hai dos términos para designar el Derecho positivo: las palabras *law* i *right*; esta última se emplea para indicar una de las manifestaciones del Derecho positivo, por ejemplo, *personal right*, *legal rights*, etc. Estas espresiones no se encuentran en el otro grupo, que se sirve del término jeneral *derecho*.

positivo del mismo modo que el grupo continental considera el Derecho Penal: sólo hai leyes concretas i no principios jenerales aplicables a casos no previstos en ella. El Derecho anglo-sajón no es desarrollado por los jurisconsultos, sino por los tribunales; las funciones del jurisconsulto se limitan a seguir las sentencias de aquéllos i tomarlas como derecho existente, sin criticarlas, o haciéndolo sólo de un modo mui débil.

Otra diferencia entre los dos grupos de legislaciones se encuentra en su mecanismo: la de los países continentales es codificada, lo que no ocurre con la anglo-sajona. Ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes que hemos estudiado en trabajos anteriores (1).

Se podría agregar, en fin, i como una consecuencia lójica de todo lo anteriormente dicho, que en los países continentales se estudia el Derecho como parte de la cultura jeneral, mientras que los anglosajones lo estudian principalmente desde el punto de vista profesional i práctico.

IV

La diverjencia en la concepción del Derecho i la justicia entre los dos grupos a que nos hemos referido, ha tenido su natural repercusión en los estudios filosófico-jurídicos. La filosofía del Derecho, en efecto, lejos de ser una rama cultivada en todos los países,

(1) Alvarez, «Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil», París, 1904, Première Partie, Chaps. VII i VIII; Cf. Salmond, «Jurisprudence», 4.ª ed., 1913, pájs. 23-27.

como ocurre con las demás ciencias políticas i sociales, sólo lo ha sido en el grupo continental; los anglo-sajones no se preocupan de otros estudios científicos de Derecho que de los de carácter histórico, i de los que esponen las reglas que dominan las diversas ramas del Derecho positivo, i comprendidos en la espresión «*Jurisprudencia*».

El grupo continental considera la Filosofía del Derecho como una ciencia que se propone el estudio del Derecho en sí mismo. Su método, hasta el siglo XIX, se ha basado exclusivamente en las especulaciones de la razón sobre la naturaleza humana. Como consecuencia, se le ha dado siempre a esa filosofía—como al Derecho en sí mismo—el carácter de universal e inmutable; una filosofía a carácter variable, evolutiva, o particularista, es decir, profesada sólo por ciertos países, habría sido considerada como un contrasentido.

La Filosofía del Derecho ha sido concebida en Alemania de diferente modo que en Francia. En Alemania se la ha confundido con el Derecho Natural, tal como lo entendían principalmente Kant i Hegel. Pero ciertos filósofos habían iniciado una reacción en el sentido de dar a dichos estudios un carácter más positivo. Bajo el nombre de «Enciclopedia Jurídica», los alemanes estudian ahora los principios jenerales que dominan todas las ramas del Derecho positivo: el método empleado principalmente es el filosófico e histórico (1). I bajo el nombre de «Teoría Jeneral del Derecho», estudian los principios funda-

(1) Una de las mejores obras desde este punto de vista es Gareis, «Introduction to the Science of Law», traducida al inglés en el Volumen I de «The Modern Legal Philosophy Series», (Boston, 1911).

mentales que dominan el Derecho privado, especialmente los del Civil, derivados del Romano, tal como estaba en vigencia en Alemania antes de la codificación; estos estudios han sufrido la influencia de la filosofía metafísica de Kant, Hegel, i después la de la escuela Histórica (1).

En Francia, la Filosofía del Derecho sufrió largo tiempo la influencia del Derecho Natural, con el cual se confunde a menudo. Por su empirismo, estos estudios cayeron en descrédito i fueron casi abandonados. A fines del siglo XIX se produjo una reacción tendientes a darles un carácter más positivo. Ultimamente los trabajos de Duguit, Charmont i Demogue han abierto a la Filosofía del Derecho nuevos horizontes (2). Bajo el nombre de «Introducción al estudio del Derecho», se estudian las mismas materias que los ingleses llaman *Jurisprudencia* i los alemanes *Enciclopedia*. En Italia, además de los importantes trabajos de Miraglia, Vanni, Del Vecchio, Carle i otros, la Filosofía del Derecho ha sido cultivada también según los métodos antropológico i sociológico; los trabajos publicados bajo este punto de vista son numerosos.

(1) Los siguientes trabajos pueden mencionarse especialmente: Savigny, «*Traité de Droit Romain*» (traducción francesa); Puchta, «*Cursus der Institutionen*», cuya introducción contiene un examen jeneral del Derecho, según la escuela Histórica. Esta obra ha sido traducida al inglés por Hastie, «*Outlines of the Science of Jurisprudence*»; Dernburg, «*Pandekten*»; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. La parte jeneral de estas obras de Derecho Romano está destinada a un análisis científico de las concepciones fundamentales del Derecho.

(2) Las más importantes de estas obras han sido traducidas al inglés en el Tomo VII de «*The Modern Legal Philosophy Series*».

V

Desde la segunda mitad del siglo XIX, diversos factores imprimieron una nueva orientación a la vida social, que tuvo su natural repercusión en las relaciones jurídicas i aún en la concepción misma del Derecho. Ella consistió en la sustitución gradual del régimen *individualista*, legado de la Revolución Francesa, por el de *solidaridad* o independencia entre los individuos i entre los Estados, causando la consiguiente anarquía en las ciencias políticas i sociales (N.º II).

Veamos, en sus grandes líneas, en qué consiste esta transición del individualismo a la solidaridad, i cuál su efecto en la noción del Derecho.

En el curso del siglo pasado, el gran progreso material i moral, i especialmente el desarrollo de la democracia i el socialismo, hacen que al individuo aislado no se le considere ya como el objeto primordial de la sociedad, i comenzó a darse creciente preponderancia al interés jeneral sobre el particular. Principió a verse en las atribuciones del Estado no un poder de mando, sino más bien el cumplimiento de un deber, de una función social en interés de la comunidad. La democracia i el socialismo han tenido gran fuerza de expansión, porque se derivan no ya de las especulaciones *a priori* sobre la naturaleza humana, como el individualismo de los filósofos del siglo XVIII, sino de las nuevas condiciones de la vida social.

Por otra parte, el gran desarrollo de la industria i del comercio, el aumento i rapidez de los medios

de comunicación, el progreso i difusión de las ideas, habían gradualmente creado la interdependencia entre los países; ninguno se bastaba a sí mismo, i cada uno necesitaba del comercio i cultura de los otros. La vida económica i la actividad humana se habían hecho esencialmente cosmopolitas; se había establecido la cooperación en casi todas las materias en que los intereses nacionales no estaban en oposición, especialmente en los servicios administrativos, creándose uniones internacionales (correos, telégrafos, etc.). Se fundaron también centenares de asociaciones internacionales en todos los órdenes de la actividad humana, i se celebraban constantemente Conferencias con los objetos más diversos (humanitarios, morales, sociales, científicos, industriales, etc.), sobre todo para reglamentar materias jurídicas. Las más notables de estas Conferencias han sido las llamadas de la Paz, celebradas en La Haya en 1899, i en 1907, que inauguraron una nueva época, pues se proponían extender el imperio del Derecho i de la Justicia en las relaciones internacionales. Los «Considerandos» de la «Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales» firmada en dichas Asambleas, son una síntesis majistral de los sentimientos de paz, justicia i fraternidad que animaban entonces a los pueblos; el tercer «Considerando» reconoce «la solidaridad que une a los miembros de las naciones civilizadas».

Como consecuencia lójica de esta creciente interdependencia, muchas relaciones de Derecho privado habían pasado al dominio del Derecho Internacional, creándose un *Derecho administrativo internacional*, un *Derecho comercial internacional*, un *De-*

recho obrero internacional, etc.; i los Estados habían reconocido varias limitaciones al principio de soberanía absoluta en beneficio del interés jeneral.

Durante la gran guerra, el régimen de cooperación dió un paso definitivo: los Gobiernos beligerantes, aun los más individualistas como Inglaterra i Estados Unidos, reconocieron desde que entraron en la contienda, que no podían hacer frente a la nueva situación bajo el régimen en que vivían i lo abandonaron, estableciendo en su lugar el de intervención o control del Estado. Los Gobiernos aumentaron su autoridad en forma hasta entonces desconocida, tomando bajo su dirección o fiscalizando la producción i consumo de los alimentos, los medios de comunicación, las industrias necesarias a los fines de la guerra etc., etc. I este aumento de autoridad se efectuó no por abusos de fuerza, sino pacíficamente, con el unánime consentimiento de los pueblos, que lo consideraron necesario para los objetivos que se proponían.

Igual cosa ocurrió en la vida exterior: una estrecha cooperación política i económica, a la vez que uniformidad de ideas en materias internacionales, se estableció entre todos los Estados que constituyeron cada uno de los dos grupos beligerantes. Esta cooperación era dirigida por delegados de los Gobiernos respectivos, reunidos en Conferencias que funcionaban periódicamente. I fué debido únicamente a este régimen que la guerra pudo sostenerse tan largo tiempo sin haber hundido a todos los países en una espantosa catástrofe.

El término del gran conflicto viene a demostrar que es imposible la vuelta al régimen individualista.

Los países del Este de Europa, especialmente Alemania i Rusia, atraviesan por un período de la mayor expectación. I, por lo que respecta a los países victoriosos, la labor en que se halla empeñada la Conferencia de la Paz i el rumbo que imprime a sus trabajos, no dejan la menor duda de que se quiere asegurar la cooperación en proporciones i en forma que, hasta antes de ahora, ha sido considerada utópica e irrealizable.

Dicha Conferencia ha creído, en efecto, que, al mismo tiempo que se fijen las condiciones de paz, es menester echar las bases de la futura vida nacional e internacional. Para este objeto ha nombrado comisiones que estudien las nuevas condiciones económicas e industriales, i ha elaborado un proyecto de «Liga de Naciones» destinado a crear una verdadera sociedad entre los Estados. Hasta ahora, la base de la vida internacional ha sido la independencia absoluta de los países, a la cual todo se subordina; en lo sucesivo, se requiere que esa base sea la solidaridad, en que se contemplen los intereses jenerales, a los que deben subordinarse los particulares de cada Estado.

VI

Abolido el individualismo de la vida nacional e internacional, es evidente que la noción del Derecho i de la justicia, que hasta ahora se han basado en él, se modificará, poniéndose en armonía con el nuevo orden que se cree. ¿Cuál será esta nueva concepción del Derecho i de la justicia? Los mismos factores o

fenómenos que han tendido a eliminar el individualismo en el curso del siglo XIX nos dan las grandes líneas de dicha concepción (1).

Desde luego, toda una parte del Derecho Civil, el Derecho de Familia, ha sido siempre reglado—i tiende a serlo cada día más—tomando en consideración, antes que el interés aislado o individual de los miembros de la familia, el interés del grupo en jeneral; tales los derechos i deberes entre padres e hijos, entre marido i mujer, etc.

Por otra parte, una rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, se ha desarrollado progresivamente en el curso del último siglo. Este derecho, en su mayor parte, no es otra cosa que limitaciones a la propiedad privada en beneficio del interés común, v. gr., las servidumbres administrativas, las espropiaciones por causa de utilidad pública, los servicios públicos, de policía, higiene, etc.

Las trasformaciones de carácter económico han tenido un doble efecto sobre la legislación civil: a) han ensanchado el campo de aplicación del Derecho privado, rompiendo el cuadro de la legislación existente, para formar uno nuevo basado en otros principios; b) han roto la unidad de legislaciones, creando en muchas materias una especial i de naturaleza enteramente particular, que afecta a toda una categoría de personas—los obreros—i se inspira en sus intereses. Durante el curso de la gran guerra, los países beligerantes han dictado numerosas leyes

(1) Alvarez, «Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit Civil», París, 1904, traducida al inglés en el tomo XI de «The Continental Legal History Series», «Progress of Continental Law in the 19th. Century», Boston, 1918, págs. 45-64.

que modificaron de un modo sustancial las existentes; ellas tomaron siempre en consideración el interés jeneral antes que el particular. El conjunto de esta legislación constituye un «Derecho Privado en caso de guerra». Hai así en muchas materias, al lado de un Derecho Civil i uno Comercial, aplicables en tiempos de paz, un Derecho Civil i uno Comercial para tiempo de guerra, de carácter enteramente diverso.

La nueva concepción del Estado i sus atributos, la noción del Derecho Administrativo, la del Derecho de Familia, los principios que inspiran la legislación obrera, los que ha hecho nacer el Derecho privado en caso de guerra i las ideas que se abren paso en las Conferencias de la Paz, trazan la nueva concepción del Derecho i su orientación futura. Esta nueva concepción se inspira en la *solidaridad*, a virtud de la cual las relaciones jurídicas deben reglarse no en vista del interés individual, sino en el de la colectividad. El Instituto Americano de Derecho Internacional ha sido el primero que ha querido llevar a realización práctica esta nueva orientación: en efecto, en su primera sesión celebrada en Washington en Enero de 1916, aprobó una «Declaración de los Derechos i Deberes de las Naciones», cuya característica principal es reconocer que las nociones de deber social, de solidaridad e interés jeneral deben guiar i al mismo tiempo limitar los derechos fundamentales de los Estados.

Los diferentes proyectos que, en nuestra calidad de Secretario Jeneral del Instituto presentamos a la Sesión celebrada en la Habana en Enero de 1917,

tendientes a la reconstitución del Derecho Internacional, están inspirados, asimismo, en esta nueva concepción del Derecho i del Deber social.

VII

Las enseñanzas de la historia i de la vida contemporánea nos demuestran cuán falsos son los puntos de partida adoptados hasta ahora por la Filosofía del Derecho con respecto al *origen* de éste, su *objeto*, su *extensión* i su naturaleza. En cuanto al *origen*, se ha creído que el Derecho tiene una existencia en sí mismo, i que está fundado en la naturaleza humana; el *objeto* que se le da es reglar las relaciones de coexistencia entre los individuos, o sea, reglar las relaciones jurídicas tomando sólo en cuenta el interés individual; i se le cree de alcance *universal* i de naturaleza *invariable*. Si algunos de los más recientes trabajos sobre Filosofía del Derecho han abandonado parte de estos puntos de vista, especialmente los caracteres de universalidad e inmutabilidad, han seguido adhiriendo a los otros antes indicados.

En la época actual, más que en ninguna otra, aparece de manifiesto que el Derecho es jenerado por el medio en que se vive. Se forma en este medio una opinión común, una conciencia jurídica, resultado de la historia, de ideas, de sentimientos, de la educación, así como de los fenómenos que se producen en la vida social. Las ideas jurídicas que se forman, algunas pasan a la legislación positiva i otras quedan sólo en el dominio de la opinión i constituyen la moral. Esta conciencia jurídica está constantemente en

evolución, como lo están los hechos sociales de la cual es el reflejo; así, principios que estuvieron en la base de la vida social por siglos, como la esclavitud, por ejemplo, han cedido el paso al principio contrario, el de libertad. Esta última noción, a su vez, ha cambiado en el curso del siglo XIX: de la libertad absoluta i sin freno, se ha pasado a la libertad racional i limitada que reclama la sociedad moderna.

La conciencia jurídica, o más bien la opinión pública, es entonces la verdadera fuente tanto de los principios jurídicos como de la moral: ella gobierna hoy toda la vida nacional e internacional. En la vida internacional, la opinión pública desempeña diferentes funciones: da nacimiento i también deroga las reglas jurídicas; vijila i sanciona su cumplimiento; facilita su interpretación i desarrollo; pone atajo a la política inmoral de los países poderosos; es una de las mejores garantías del cumplimiento de las sentencias arbitrales; aprueba i consagra los actos que se han llevado a cabo en su nombre por la fuerza, i, por último, reclama i orienta las reformas en la vida internacional (1). En el Derecho privado, debido a la existencia de los poderes legislativo, ejecutivo i judicial, la opinión pública no desempeña el papel que tiene en el Derecho Internacional; pero además de crear los principios jurídicos i de justicia, ella pide el establecimiento i la derogación de las reglas jurídicas positivas i encamina la interpretación i desarrollo de las mismas.

El *objeto* del Derecho ahora es realizar la solida-

(1) Sobre el rol de la opinión pública en el Derecho Constitucional, véase Bryce, «The American Commonwealth» (traducción francesa publicada en 1912), Tomo III, 4.ª parte.

ridad humana, i la *extensión* de sus reglas es mayor o menor según el medio en el cual se desarrolla; es universal en su tendencia a la solidaridad, porque en todas partes se producen fenómenos que imprimen al Derecho esta nueva dirección; pero en muchas otras materias él difiere según las condiciones de los países, jenio de la raza, etc.

En el futuro, los estudios de «Filosofía del Derecho», «Ciencia Jurídica», «Teoría Jeneral del Derecho» i otros similares, deben proponerse no en el estudio del Derecho en sí mismo, en abstracto, sino trazar las grandes líneas de su evolución a la luz de la historia; las diversas concepciones que de él se han tenido, especialmente en el curso del siglo XIX, comparando las instituciones fundamentales de los diversos grupos de países en que existe esa diversidad de concepciones, i. en fin, investigar los diversos factores sociales que, desde la segunda mitad de dicho siglo, han influido en todas partes para orientar el Derecho hacia una nueva faz: el Derecho de carácter social. Es sobre este punto en el que hai que insistir de modo especial a fin de evitar la incertidumbre i la anarquía que ha existido a causa del tránsito del réjimen individualista al de solidaridad.

Después de un estudio de la naturaleza indicada, se podrá llegar poco a poco a la unidad de concepciones fundamentales, o, a lo menos, a establecer claramente en cuáles materias existen diverjencias irreductibles i las causas que las provocan.

Para encauzar la Filosofía del Derecho por este nuevo rumbo, es menester observar el desarrollo de las instituciones al través de los siglos i la influencia que en ella han ejercido los fenómenos ambientes;

es necesario, además, observar en la época actual los efectos de la gran guerra sobre la vida social; ella ha sido un campo fecundo de enseñanzas, pues ha sometido a dura prueba las instituciones existentes, mostrando sus ventajas i defectos; ella ha reavivado, asimismo, la inteligencia humana, haciéndola abandonar los prejuicios i las ideas tradicionales i buscar nuevas soluciones.

Con esta nueva orientación de la Filosofía del Derecho, positiva i práctica, podrán desaparecer las causas de anarquía i descrédito que hasta ahora la han afectado, quedando en aptitud de cumplir debidamente sus fines: ilustrar la opinión pública i darle una conciencia más clara de sus aspiraciones; dirigir a los legisladores en las reformas que deben llevarse a efecto, i a los jueces en la interpretación i desarrollo de la legislación positiva.

Washington, D. C., 28 de Febrero de 1919.

ALEJANDRO ALVAREZ.