

TEORÍA PLANETARIA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Diego Betancor Curbelo

Profesor Titular de Filosofía del Derecho.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE JOHN HENRY WIGMORE Y ALBERT KOCOUREK
- III. LOS FACTORES DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICA
- IV. LA TEORÍA PLANETARIA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la evolución unificó cientos de observaciones dispares realizadas por científicos de los diversos campos de las ciencias de la naturaleza. En esta capacidad para agrupar y explicar fenómenos dispares reside la fuerza de la teoría de la evolución y de la perspectiva evolucionista. Por ello, la perspectiva evolucionista dio una nueva forma al pensamiento occidental, no solo en el campo de la ciencia de la vida, y de la ciencia en general, sino también en el más amplio campo del pensamiento sobre las actividades humanas en las que, a diferencia de la ciencia natural, se tiene en cuenta la elección individual. Muchas de las cuestiones de nuestro tiempo pueden ser vistas desde esa perspectiva para obtener una visión comprehensiva y racional.

Desde su aparición la teoría de la evolución influyó en el pensamiento de las ciencias sociales en general y en el pensamiento jurídico en particular¹.

Las primeras manifestaciones de esta influencia se presentaron en Inglaterra con los enfoques característicos del siglo XIX de un progreso inevitable de formas de vida inferiores a otras superiores, o de estadios de desarrollo social a formas progresivamente más complejas. El siglo XIX, antes de Darwin, era el siglo de las ideas de evolución entendida principalmente como desarrollo o despliegue de un plan ya presente como una teoría de preformación. Erasmus Darwin, abuelo de Charles Darwin, había utilizado en 1795 los términos de "transmutación" o "hipótesis de desarrollo" en su tratado de *Zoonomía*, términos en los que latía la creencia de un progreso hacia mayor perfección en la naturaleza.²

Estar en el ambiente las ideas de desarrollo evolutivo en etapas es lo que explica las de F.C. de Savigny de diferentes etapas de desarrollo social con las que se correspondían determinadas fuentes de Derecho que configuran su teoría evolutiva "pre-darwinista". Para Savigny estas etapas habían sido seguidas por todas las sociedades,

1 En este sentido indicaba Roscoe Pound, en *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, traducción al castellano de J. Puig Brutau, Barcelona, 1.950, p.99: "No es excesivo decir que Darwin proporcionó las frases, procuró las analogías y sugirió las líneas de pensamiento para esta generación". Véase también del propio Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Vol.I, 1.959, pp.303 y ss.

2 Erasmus Darwin (1731-1.802), médico de profesión y además botánico, naturalista y filósofo, publicó en 1795 el tratado *Zoonomía: Las leyes de la vida orgánica* en el que expuso una teoría evolucionista detallada que influyó notablemente en la teoría de la evolución de Charles Darwin.

lo que suponía una generalización del modelo de desarrollo del Derecho Romano, un proceso de cambio gradual y una identificación de las fuerzas responsables del proceso, la costumbre y la jurisprudencia.³

También el gran conocimiento del Derecho Romano de Henry Sumner Maine modeló en gran medida sus ideas del desarrollo jurídico en las que se advierte ya claramente la influencia de las teorías evolucionistas de Darwin.⁴

Savigny y Maine habían rechazado la concepción positivista del Derecho como producto artificial y exclusivo de los gobernantes al exponer una concepción alternativa del desarrollo de las ideas estructurales del Derecho como parte de la evolución de las ideas del conjunto de la sociedad, que también atravesaba una secuencia definida de etapas de desarrollo. El Derecho, como si de un organismo vivo se tratase, evolucionaba moldeado directamente por el ambiente social en el que se desarrollaba.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE JOHN HENRY WIGMORE Y ALBERT KOCOUREK

Las ideas de Maine inspiraron, ya en el siglo XX, a dos profesores de Jurisprudencia americanos, John Henry Wigmore y Albert Kocourek, a publicar en tres volúmenes una serie de lecturas que pretendían "trazar la evolución de las ideas jurídicas universales"⁵. Los editores, además de su labor de selección de textos, hicieron muchas de las traducciones y colaboraron con artículos propios y en partes introductorias de gran interés.

El primer volumen que lleva por título "Fuentes del Derecho antiguo y primitivo" recoge veinticuatro lecturas de fuentes primarias que describen ejemplos concretos de instituciones jurídicas encontradas en la literatura general antigua - Ilíada, Comentarios de Julio César, Germania de Tácito, etc.-, en los códigos de leyes antiguas (Leyes Acacias, Código de Hamurabi, Ley de las Doce Tablas, Ley Sállica, Doms de Aethelbirht, rey anglosajón del siglo VII) y en documentos anti-

3 F.C.de Savigny, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, traducción al castellano de Adolfo González Posada, Buenos Aires, 1977

4 H.S.Maine, *Ancient Law: Its connecting with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Londres, 1861, 1ª ed.

5 J.H.Wigmore y A.Kocourek, *Evolution of Law: Selected Readings on the Origin and Development of Legal Institutions*, Boston, 1915-1918. En el prefacio de la obra los autores reconocen la inspiración de Maine en su pretensión de "trazar la evolución de las ideas jurídicas universales".

John Henry Wigmore (1863-1943) fue profesor en la Universidad North-Western desde 1893 y Decano de la Facultad de Derecho desde 1901 hasta 1929. Fue un profíco autor, siendo probablemente su obra principal los diez volúmenes del "Treatise on Evidence" (1904) resultado de quince años de trabajo, que constituye, aún hoy, la obra estandar de referencia sobre la prueba continuamente citada por los tribunales y abogados americanos. Era amigo de O.W. Holmes (que contribuyó con prólogos a alguna de sus obras) y de R.Pound.

Albert Kocourek (1875-1952), también profesor de Jurisprudencia en la misma Universidad, fue autor de *Jural Relations* (1927) y *An Introduction to the Science of Law* (1930).

Wigmore y Kocourek editaron, conjuntamente también, los doce volúmenes de la *Modern Legal Philosophy Series* (1912-1922), los tres volúmenes de *Select Essays in Anglo-American Legal History* (1907-1909) y los diez volúmenes de *Continental legal History Series* (1912-1928).

guos referentes a registros judiciales - traducciones de casos egipcios, babilónicos, griegos, romanos y germánicos⁶- y a traducciones de documentos, tales como contratos y testamentos (egipcios de varias dinastías y tablillas babilónicas y asirias.⁷)

Se incluyen también en el primer volumen "Observaciones modernas sobre pueblos atrasados", los esquimales de Point Barrow, tribus australianas, indios seri, entre otros-. Los autores diferencian entre las categorías de Derecho antiguo y Derecho primitivo, reconociendo que el interés del estudioso es mayor por los elementos primitivos que por los solamente antiguos, estimando, sin embargo, que las leyes y códigos antiguos conservan mucho de lo primitivo.

En el segundo de los tres volúmenes -"Instituciones jurídicas primitivas y antiguas"- se transcribe una serie de artículos de varios autores coetáneos relacionados con aspectos genéticos y evolutivos de ideas e instituciones jurídicas. Los editores han preferido una visión general del fenómeno jurídico más que estudios muy concretos de una sola época o un solo pueblo. Advierten del peligro de las generalizaciones, siendo conscientes de que es necesario un número considerable de observaciones para llegar a inferencias de validez universal.

Aunque en esta ciencia (y en las ciencias sociales en general) los métodos científicos no pueden usarse en condiciones tan favorables como en las ciencias físicas, los editores manifiestan en su prefacio que:

"Parece haber una ley natural de desarrollo de las ideas jurídicas tan uniforme y general en su operación como la Ley de Grimm en la fonética. El descubrimiento del contenido de esta ley natural es la tarea que los investigadores en este campo tendrían que realizar, probando, comprobando y sustituyendo hipótesis intentadas, basadas en la rica acumulación de materiales ahora disponibles y que están siendo industriosamente reunidos por etnólogos, etnógrafos, antropólogos, arqueólogos y de otros campos." ⁸

Analizan los métodos utilizados, encontrando que el registro histórico es fragmentario, escaso y que el método de observación directa de tribus salvajes se extinguiría pronto y se difuminaría con el avance de lo que llamamos civilización. En consecuencia creen Wigmore y Kocourek que es al 'método experimental' al que habrá

6 Los juicios traducidos versan sobre expoliación de tumbas y casos de conspiración en la época de Ramsés IX y II, respectivamente, pleitos babilónicos sobre esclavos, la Oratio de Cicerón por Milo, y otros.

7 Entre los contratos figuran el egipcio de Hepzefi de la doce dinastía y las tablillas de contratos de Belshazzar y el testamento de Sennachrib entre otros. No menos de veinte páginas ocupan las traducciones en su mayoría de A.H.Sayce de ocho documentos legales de la Primera Dinastía babilónica.

8 Los autores consideran base necesaria para la reconstrucción de la evolución del Derecho la profundización en el estudio de las etapas de la evolución de la vida mental humana citando expresamente *Psicología del inconsciente* de Jung, en el prefacio al tercer volumen, p.viii

que recurrirse cada vez más, método que ellos relacionan con la 'vida mental' del hombre en las varias etapas de su evolución como proporcionando la base para las reconstrucciones de esquemas completos de evolución jurídica partiendo de los fragmentos aislados de la vida jurídica descubiertos. Así se llegaría a un relato completo del origen y desarrollo de todas las ideas jurídicas y se explicarían, de manera nueva probablemente, los fragmentos encontrados en lo que ha quedado de las épocas pasadas y distantes, así como nuevos significados en los mismos.

El énfasis en el estudio de la vida mental humana, que los editores recalcan, hará ver que el desarrollo jurídico no ha sido tan sencillo como se ha preferido ver sino que, probablemente, debiera ir en la dirección de una mayor diferenciación y diversidad de la entonces reconocida.⁹

"Hay elementos comunes en la naturaleza humana", exponen los editores "que ciertamente predominan y producen un curso común y regular de desarrollo de las instituciones jurídicas, pero también hay variaciones que se separan del tronco principal del crecimiento y descubren revelaciones que requieren investigación y tratamiento especial."¹⁰

Destacan también los editores las "ideas enquistadas" y las "ideas sobrepasadas" que persisten en la evolución que pueden llevar a interpretar como característico lo que es sólo una reliquia de un pasado olvidado.

"La mayor utilidad del estudio está en la posibilidad de aplicar las leyes de la evolución jurídica a los problemas del presente y en la predicción de los movimientos de las fuerzas sociales en el inmediato futuro", aunque se dan cuenta de que los valores sostenidos en el futuro pueden no ser los mismos que los del pasado.¹¹

En su opinión, la literatura de estudios e investigaciones etnológicas y antropológicas acumula una masa de hechos cuya generalización e interpretación en sentido evolutivo es una tarea difícil. Los autores se preguntan qué principios subyacen, qué hilos invisibles vinculan las instituciones de hombres que viven en sociedades determinadas a figuras jurídicas a las que hay que interpretar a su vez para conocer su función en el conjunto de la vida humana. Los trabajos seleccionados por Wigmore y Kocourek constituyen, según declaran, "una etapa preliminar en indicar la unidad y el arte de urdir los tejidos de las ideas jurídicas".¹²

En la introducción al segundo volumen los autores reproducen un artículo de G. Tarde en el que este autor expone su teoría de una evolución basada en la imitación y en la repetición de un modelo que se cree más útil o más acorde con otro

9 Op.cit., prefacio al segundo volumen, p.ix

10 Op.cit., prefacio citado p.xi

11 Op. cit., prefacio citado p.xi

12 Op.cit., prefacio citado p.xii

anterior en la sociedad, proceso que origina a veces adaptaciones conflictivas,¹³ así como una crítica de dicha teoría por P.F.Girard. Incluyen también un estudio de G.del Vecchio sobre una "Ley Universal Comparativa".

En la parte sobre el Derecho y el Estado las principales contribuciones son de H.S.Maine, de sus escritos sobre "Formas del Derecho" y "Método de crecimiento del Derecho" a los que se ha hecho referencia en el presente trabajo al hablar de este importante autor. Los artículos "Omnipotencia del Estado Antiguo" y "Autoridad del Rey" son extraídos de los trabajos de Fustel de Coulanges; de este autor son todos los estudios que se centran en el origen religioso de las instituciones jurídicas. La primera parte incluye un artículo sobre el "Origen religioso del Derecho antiguo" de este autor, así como también otro de H.S.Maine sobre el elementos religioso en el derecho hindú.¹⁴

Sobre el Derecho de las personas se transcriben trabajos cuyos temas centrales son los que ocupaban en aquellos años el interés de los antropólogos: las relaciones de parentesco entre las tribus y los clanes, la exogamia y el totemismo, la teoría patriarcal y la patria potestad, el matrimonio y la adopción y el origen religioso de ambas instituciones. Estos aspectos religiosos son casi todos contribución de Fustel de Coulanges, siendo los de la patria potestad de cuenta de H.S.Maine. J.Kohler y L.T. Hobhouse contribuyen también en algunos de los trabajos de esta parte.¹⁵

La parte referente al derecho de cosas es extensa, incluyendo trabajos de H.S.Maine (sobre la historia primera de la propiedad y las comunidades de aldea, sobre la historia primera del contrato y de la sucesión testamentaria), de Fustel de Coulanges (sobre las bases religiosas de la propiedad y la herencia), así como de L.T.Hobhouse y J.Kohler, entre otros autores. Esta parte incluye un interesante artículo escrito por J.H.Wigmore sobre la idea de la promesa; este trabajo de Wigmore fue el más estimado del libro por Oliver W.Holmes.¹⁶

Finalmente, la evolución del procedimiento es incluida en la última parte con trabajos de G.Tarde, H.S.Maine (Formas primitivas de los remedios legales), Fustel de Coulanges, etc., que analizan el proceso romano y el semítico, la prueba y el juramento.

13 G.Tarde (1843-1904) *La loi de l'imitation* Paris, 1890; traducción española de 1907, Madrid (*Las Leyes de la imitación*)

14 Fustel de Coulanges (1830-1889), destacaba el papel de la religión como el más importante en la evolución política. Su libro *La cité antique* de 1864 fue traducido al castellano en 1920, Madrid *La ciudad antigua*.

15 J.Kohler (1849-1919), Profesor de la Universidad de Berlín. Su obra *Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho* fue traducido al castellano en 1920.

16 "Sin adulación, saqué más de su artículo sobre la Promera, que de ningún otro". Carta de O.W. Holmes a J.H.Wigmore, citado en W.R.Roalfe, *John Henry Wigmore, Scholar and Reformer*, Evanston, 1977

El más interesante de los tres volúmenes de la obra es el tercero, que lleva por título el de "Influencias formativas del desarrollo jurídico". La primera de sus partes se refiere "a los criterios de la evolución del Derecho y los métodos para su estudio" como fundamento para la apreciación de las ideas comparadas al estudiar las instituciones de diferentes pueblos. "No sólo hay que observar y notar las diferencias y las similitudes sino que también hay que encontrar y postular respecto a ellas ciertos caracteres relativos a la evaluación del progreso por pruebas no sólo materiales, o respecto a cómo el valor de una institución puede ser afectado por las circunstancias que la rodean".¹⁷

Uno de los capítulos de la primera parte reproduce la primera de una serie de tres conferencias dadas por J.H.Wigmore en la Universidad de Virginia, en 1917, sobre la evolución del Derecho. Wigmore expone que el método seguido en la mayor parte de los estudios sobre este tema no ha sido estrictamente científico. Se ha basado en la reunión de datos y materiales de diferentes naciones y períodos para buscar los rasgos comunes en sistemas legales diferentes y en la selección de entre la masa de los rasgos comunes para poder señalar la reaparición de instituciones comunes. El objetivo de esa búsqueda no ha sido tanto la idea de la evolución como la de la historia. El que haya existido formas semejantes en pueblos y épocas diferentes no prueba el que esas formas hayan tenido un desarrollo inherente o necesario como ideas comunes a todos, o que haya una evolución necesaria de alguna idea particular en todos los tiempos y en todas las comunidades.

El autor propone un esquema de investigación para poder obtener resultados que puedan ser considerados estrictamente científicos: "Tomando una sola idea o institución su forma ha de ser rastreada, (1) en dos o más épocas sucesivas para unas mismas comunidades, (2) después en dos o más comunidades en épocas sucesivas, (3) destacar las otras instituciones jurídicas en las mismas comunidades y épocas para así descubrir las conexiones, (4) luego averiguar las principales fuerzas sociales en las mismas comunidades y épocas para así detectar las posibles causas de las diferencias y (5) el conjunto ha de ser concebido como un movimiento simultáneo de fuerzas."¹⁹

Wigmore ejemplifica un estudio de este tipo tomando las ideas de la forma de expresión del Derecho y la del órgano declarante, siguiendo las conclusiones de Maine para las comunidades indo-europeas. Respecto a las formas de expresión del derecho, la secuencia de Maine de juicios-costumbre-estatuto (legislación) es examinada por Wigmore en el desenvolvimiento jurídico de Roma (donde la secuencia parece seguirse en general, aunque observa una reversión a la fuente judicial en la

17 Op.cit., prefacio citado p.xi

18 J.H.Wigmore había sido invitado para dar las conferencias de la Fundación Barbour-Page de la Universidad de Virginia en 1915, que aparecieron en forma de libro en 1920 con el título de *Problems of Law: its Past, Present and Future*. El artículo comentado, *Critique of Method in the Study of the Law's Evolution* había aparecido originalmente en la *Virginia Law Review*, IV, enero 1917, p.247

19 Op.cit., tercer volumen, p.154.

última parte de la república y en el primer imperio, antes de proceder a la etapa estatutaria), entre los hebreos, donde la secuencia es la inversa a la descrita por Maine, entre los escandinavos, en los que se cumple la secuencia casi exactamente aunque acortándose la etapa del derecho consuetudinario y en la historia anglo-normanda, en la que casi se omite esa etapa, a no ser que se considere como derecho consuetudinario la época del derecho judicial, *case law*, escrito.

Respecto a la idea del órgano declarante del derecho, la secuencia de H.S. Maine (reyes, jefes -aristocracias eclesiásticas, políticas o militares- democracia por cuerpos expertos de juristas o por asambleas populares) es asimismo examinada, encontrando el autor una inversión de este orden entre los escandinavos.

El autor destaca también el hecho de que las generalizaciones de Maine pueden ser interpretadas como explicación del curso completo del desarrollo jurídico de un pueblo, de principio a fin. Sin embargo, las observaciones anteriores son sólo segmentos de las comunidades; sólo los romanos terminaron su curso jurídico.

La consecuencia a derivar de estos ejemplos de estudio inductivo estricto, es la de un bajo grado de certeza de tales generalizaciones. El estudio realmente científico se ha de completar con un segundo grupo de investigaciones (los pasos (3), (4) y (5) del esquema) en las que se trace un plano o mapa de las instituciones jurídicas de esas mismas comunidades indo-europeas y mismas épocas, relacionadas con estas dos ideas que están siendo estudiadas, para intentar descubrir conexiones, así como trazar el plano o mapa de las fuerzas sociales para así descubrir las pistas o indicios que expliquen las variaciones en las ideas escogidas.

¿Con qué característica de su vida social se puede conectar la carencia de justicia de reyes observada entre las comunidades escandinavas? No con su organización tribal y de clan que tenían en esa época; quizás con la relación conquistatorial de los invasores con un pueblo sujeto mucho más numeroso, circunstancia que no se dió en los escandinavos.

Se intenta en esta segunda fase encontrar plausibles factores explicativos. Con este esquema de investigación, prolongando el cuadro para cada comunidad y cada época, rellenando los huecos con hechos comprobables, analizando la posible conexión de alguno de estos hechos con las variaciones en las instituciones escogidas, se puede llegar a un estudio evolutivo-jurídico verdaderamente científico.

Tendría ese carácter el estudio que tomara las principales instituciones jurídicas -tales como el poder patriarcal, la adopción, el odio de sangre, la servidumbre, etc.- e investigara si algunas de ellas, o una combinación de ellas que en sí mismas representan etapas de desarrollo jurídico, se asocian con alguna característica particular de la forma de expresión del derecho (por ejemplo, los pronunciamientos judiciales). Si se pudiera descubrir tal conexión en dos o más comunidades, podríamos atribuir tal característica a una etapa particular del desarrollo jurídico general como hipótesis.

Podríamos, subsecuentemente, poner a prueba esa hipótesis para otras comunidades y explicar las variaciones por factores locales.

"Cuanto más lejos y más amplio se extiendan tales comparaciones, tanto más estaremos autorizados para afirmar que las secuencias y casos descubiertos representan principios generales de evolución." ²⁰

El último paso de esta investigación para la obtención de resultados rígidamente científicos²¹ ha de ser conceptualizado como un movimiento simultáneo de fuerzas. Es interesante destacar este aspecto de "movimiento simultáneo de fuerzas" porque es, precisamente, la base o idea central de la teoría planetaria de la evolución jurídica de Wigmore, que más adelante será analizada.

III. LOS FACTORES DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICA

Los "factores de la evolución jurídica" son el objeto de consideración de la segunda parte del citado tercer volumen de *La Evolución del Derecho* de Wigmore y Kocourek.

No menos de diecisiete capítulos, ocupando trescientas cuarenta páginas, tratan de tales factores o "influencias", término que los compiladores califican en un estudio introductorio a esta parte como "ambiguo y vago", ya que se tiende a implicar causalidad. Al enfatizar un factor o influencia se tiende a excluir otros y a ver ese factor o influencia como "causa eficiente" cuando en realidad las causas pueden ser varias, que se mezclan en relación a hechos sociales con la que hemos seleccionado; un factor geofísico puede también ser a la vez un factor económico o biológico.

Tal sería el caso estudiado en un artículo de E.C.Semple sobre la influencia del clima suave de la cuenca mediterránea (productora de excedente alimentario) en el ascenso del comercio y de las instituciones mercantiles en las regiones contiguas a ese mar.²² O la existencia de la poliandria o poligamia en ciertas comunidades como determinadas por la carencia o abundancia, respectivamente, de alimentos. Sin embargo, concretos ejemplos de la influencia del clima o del suelo en las ideas jurídicas específicas son difíciles de encontrar o de demostrar. Lo que sí puede ser admitido es la influencia del factor geofísico en la aceleración o multiplicación de los fenómenos jurídicos, modificando el carácter nacional o afectando las bases económicas de las relaciones jurídicas.

Las contribuciones de los diversos autores se refieren a factores económicos, religiosos, de constitución política y otros. Las más interesantes a destacar, y que más directamente se relacionan con la idea central del presente trabajo sobre las teorías

20 Op.cit., tercer volumen, p.154

21 El último paso o "elemento base" del esquema descrito por Wigmore al que se refiere la nota 19 precedente

22 E.C.Semple, antropogeógrafa americana, había publicado en 1911 su obra *The Influence of Geographic Environment* de la cual el capítulo VII es reproducido en la serie; lleva por título el de "Influencias del medio ambiente geográfico sobre el Derecho, el Estado y la Sociedad", Op.cit.; pag.215 y ss.

evolutivas en el Derecho, son las que se centran en los factores biológicos, psicológicos y sociales.

Es notorio el vacío existente en la literatura jurídica entre los años inmediatamente posteriores a la primera guerra mundial y los años setenta (un espacio de cincuenta años) de trabajos y teorías sobre la evolución del Derecho. El resurgimiento de tales estudios en los años setenta del presente siglo ha sido debido, en gran parte, al movimiento sociobiológico actual iniciado por E. Wilson en 1975.²³

Es interesante constatar la existencia de estudios pioneros en este campo de la sociobiología en la época que aquí se estudia de principios del presente siglo, pudiéndose citar también el nombre de A.G. Keller quien en 1917 anticipó algunos aspectos elaborados en los años 80 por teorizadores de evolución social y jurídica explícitamente sociobiológicos.²⁴

En el tercer volumen de *La Evolución del Derecho* que comentamos, aparecen no menos de cuatro artículos relacionados muy directamente con el enfoque sociobiológico que habría de tener tan gran difusión cincuenta años más tarde. Son estos artículos los de "Origen natural de la propiedad entre aves, bestias y peces" de D.R. Petrucci, "Sociedad rudimentaria entre muchachos" de J.H. Johnson, "La compasión en la supervivencia de grupo e institucional" de E.D. Page y el de "Sociedades animales y sociedades humanas primitivas" de un autor español, Adolfo Posada, a la sazón Profesor en la Universidad Central (Madrid). Este autor se cuestiona si los fundamentos fisiológicos y psicológicos de la sociedad humana son absolutamente específicos. Analiza los caracteres de los grupos animales rudimentarios encontrando analogías entre las sociedades de los vertebrados superiores y las sociedades humanas primitivas, partiendo de la sujeción común a las necesidades naturales para llegar a mayores "síntesis sociales progresivas" en el caso humano, síntesis que implican "simultáneas acumulaciones de construcciones sociales derivadas de fases más rudimentarias de crecimiento".

Otros artículos contribuidos sobre los factores biológicos y psicológicos adelantan en cincuenta años temas que han sido muy estudiados entre los sociobiólogos: el altruismo interespecífico, la propiedad entre los animales y la cooperación.

Una extensa contribución en esta parte la constituye el comprensivo artículo de E. Picard que lleva por título "Factores de la evolución jurídica". Este autor inspiró, como se verá después, la "teoría planetaria" de la evolución jurídica de Wigmore,

23 Sobre el enfoque sociobiológico del Derecho se puede consultar, entre otras, la obra de Lightkap, Jurland y Burgess, "Child abuse: A Test of some Predictions from Evolutionary Theory", 3 *Ethiology and Sociobiology*, 1982

24 A.G. Keller, "Law in Evolution", *Yale Law Journal* 28, 1919

25 Adolfo González Posada, traductor de la obra de Savigny *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Ciencia del Derecho* intervino activamente en la legislación de trabajo española entre 1904 y 1924, siendo profesor de Sociología en la Universidad Central.

intuyendo la idea general de la misma en otro artículo, que viene a ser el último de la serie de los tres volúmenes y que lleva por título el de "La evolución perpetua del Derecho" que también será comentada más abajo.²⁶

E.Picard cita como los más obvios diez factores: la diversidad de las razas, los imperativos del medio ambiente geofísico, la intrusión extranjera, la imitación (recogiendo ideas de Tarde y de Maine), el atavismo jurídico, el "progenismo" (como fuerza opuesta al atavismo, es decir, la influencia del posible desarrollo futuro de lo que es hoy germen), la técnica jurídica, la densidad de población y, finalmente, la acción solidaria de las grandes fuerzas sociales y de las varias partes del Derecho actuando "en solidaridad, sincronismo y sinarquía", expresión de una "ley orgánica de correlación, de tensión armónica de las fuerzas jurídicas", para llegar a una "unidad dinámica del Derecho".

El primer capítulo de "La lucha por el Derecho", de R.Ihering ("El fin del derecho es la paz") y otro capítulo, "La naturaleza de compromiso del Derecho", de A. Merkle abren los últimos capítulos de esta parte del volumen II sobre los factores de la evolución jurídica.²⁷ La fuerza física, la coacción como factor influyente, es resaltado en artículo de W.Bagehot sobre los usos del conflicto en el que el autor muestra una clara inclinación hacia las teorías darwinistas.²⁸

"Estas son la clase de doctrinas con las que, bajo el nombre de 'selección natural' en las ciencias físicas, nos hemos familiarizado y así, en cuanto gran concepción científica, tiende a sobrepasar los límites y a ser útil en la resolución de problemas no pensados al comienzo; así en este caso, lo que se adelantó meramente como historia animal, puede, con un cambio de forma pero en idéntica esencia, aplicarse a la historia humana."²⁹

Los capítulos finales de este último volumen de la serie, recogen contribuciones del sociólogo L.Ward sobre la evolución de las estructuras sociales³⁰ y de H.Spencer sobre la integración y la diferenciación social.³¹ Lester Ward, después de describir la

26 E.Picard era Catedrático de la Universidad Nueva de Bruselas. El capítulo IV citado ("Factores de la evolución jurídica") está tomado de las páginas 140-154 del libro de E.Picard *Le Droit Pur*, Paris, 1910; su traducción fue publicada en 1911 (Madrid).

Ariel Alvarez Gardiol, en su *Introducción a una teoría general del Derecho. El método jurídico*, Buenos Aires, 1975 menciona a E.Picard como "uno de los más grandes representantes de la teoría general del Derecho en su vertiente francesa y que durante muchas décadas fue prácticamente la única fuente de información conocida sobre el tema".

27 R.Ihering, *La lucha por el Derecho*, (1893). A.Merkel *Elementos de Teoría General del Derecho* (1889)

28 W.Bagehot *Physics and Politics*, Londres, 1869, cap.II

29 W.Bagehot, en el artículo "The Use of conflict", cap. XVIII de la obra citada de Wigmore y Kocourek, vol.III, pag. 452

30 L.Ward, cap. XXI del libro que reproduce un trabajo originalmente publicado en el *American Journal of Sociology* X, pp.589 y ss.

31 El cap. XXII del volumen reproduce los capítulos III y IV de H.Spencer *Principles of Sociology*, p.224 y ss.

formación de las estructuras sociales, llega a conclusiones típicamente evolucionistas:

"Al ser las instituciones humanas producto de la evolución, no pueden ser destruidas y el único modo de modificarlas es por el mismo proceso de evolución... las estructuras sociales son comparables a las estructuras orgánicas de tejidos, órganos, organismos." ³²

En muchos de los artículos de la serie está implícita la aplicación de las teorías darwinistas a la sociedad, considerando a ésta como un organismo. El artículo antes citado de H.Spencer establece los paralelismos entre la "evolución orgánica" de los seres vivos y la "evolución super-orgánica" de las sociedades, paralelismos tales como el crecimiento de los organismos sociales por integraciones directas e indirectas que han resultado en agregados sociales, por simple multiplicación de las unidades dentro de un grupo ampliándolo o por la unión de grupos y la de grupos de grupos. ³³

Paralelismos organicistas son estudiados en otra contribución de J.Demoor, J. Massart y E.Vandervelde bajo el aspecto general de evolución degenerativa; se trata de la universalidad de la evolución y desarrollo degenerativo en organismos y en sociedades, la "ley" de que la degeneración recorre las etapas del progreso inversamente y las causas de tal degeneración en los organismos y en las instituciones sociales, (la atrofia y la persistencia de órganos e instituciones sin función).

"Una institución o un órgano que ha dejado de ser funcional y ha cesado también en ser directa o indirectamente útil, continúa existiendo si no interviene la variación o la selección". ³⁴

Esta idea de crecimiento biológico tiene una expresión clara en la sugerencia de Maine de la escasez de ideas jurídicas en el mundo arcaico; así en la familia (institución preponderante en todos los estudios de evolucionismo jurídico), contenía en los tiempos primitivos dentro de sí misma el conjunto completo de las ideas jurídicas que emergieron solamente después de un largo proceso de diferenciación social y económica en las funciones del grupo.

Al crecer y diferenciarse, las ideas jurídicas pasan a ser creaciones ideales, intelectuales; las adaptaciones instintivas de los seres humanos a las necesidades físicas cristalizan más tarde en hábitos e ideas sociales fijas. Uno de los estándares del progreso social, es la progresiva eliminación de los elementos físicos y materiales de los conflictos vitales y su sustitución por fuerzas religiosas, éticas e intelectuales.

32 L.Ward, capítulo citado en nota 30, p.512 reproducido en el volumen II de Wigmore y Kocourek

33 H.Spencer, *Principles of Sociology*, Londres 1874

34 J.Demoor, J.Massart y E.Vandervelde *Degenerative Evolution*, Nueva York, 1899, p.312.

IV. LA TEORÍA PLANETARIA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

La más interesante de las contribuciones es la que reproduce parte de la serie de conferencias que Wigmore dió en la Universidad de Virginia sobre los problemas del Derecho y la evolución. Es el capítulo XXIII, que lleva por título "Teoría planetaria de la evolución jurídica"

"La evolución del Derecho, como en otros hechos cósmicos, es siempre el resultado de un conflicto de fuerzas... El Derecho es, generalmente, el resultado de una serie de luchas, siendo el premio para el vencedor la promulgación de la fuerza vencedora como regla jurídica.³⁵

"La evolución del Derecho está afectada por un gran número de fuerzas, grandes y pequeñas, actuando, en oposición o en armonía, en diferentes países y en épocas diferentes." ³⁶

Según Wigmore los sistemas legales no evolucionan ni siguiendo las mismas etapas ni siquiera en la misma dirección. En lugar de la visión de la evolución jurídica que tiene Maine como simple progresión de una etapa a otra, Wigmore sugiere una analogía con el complejo sistema planetario con sus muchos movimientos interdependientes. Parte Wigmore de las nociones físicas de la tercera ley del movimiento de Newton, el principio de acción y reacción, la idea de fuerzas opuestas incorporando la idea de movimiento. Analogía que el autor amplía comparando las varias fuerzas que actúan sobre una idea jurídica, los movimientos resultantes de la aplicación de tales fuerzas en sus respectivas magnitudes y la situación de equilibrio temporal resultante, con las fuerzas que originan los movimientos de un giróscopo, tales como la gravedad, el esfuerzo de rotación, la precesión, etc. El Derecho representa solamente un equilibrio temporal entre fuerzas sociales que compiten.

La institución de la sucesión mortis causa en la propiedad a los parientes consanguíneos en preferencia a los colaterales, parece, a primera vista, una institución estacionaria; la actuación de fuerzas tales como las migraciones raciales, la religión, el poder político, el cambio económico de un país cálido y fértil a otro árido o frío, etc., imprimen movimientos (es decir, cambios) en un sentido o en otro, hasta llegar a una nueva situación de equilibrio temporal.

La analogía no es exacta del todo -admite el autor-, "como no puede serlo ninguna analogía física" pero muestra la complejidad de la evolución jurídica como constituida por la constancia del cambio, la relación de fuerzas de causa y efecto en un conjunto de ideas jurídicas formando parte de un sistema total.

"No es menor la complejidad de los movimientos jurídicos interrelacionados que la de un sistema planetario, sino mucho mayor".³⁷

35 J.H.Wigmore, "Teoría planetaria...." op.cit., p.531

36 J.H.Wigmore, op.cit., p.536

37 J.H.Wigmore, op.cit. p. 539

El autor revisa la explicación de la evolución del testamento de H.S.Maine en el derecho romano, griego, germánico e hindú y expone detalladamente las fuerzas actuantes que, a su vez, proceden de otras más amplias instituciones jurídicas. La fuerza principal es la última voluntad paternal sobre la que actúan fuerzas menores (las pretensiones de los parientes de sangre, la distinción del parentesco agnado y el cognado y la de varones y hembras, poligamia y monogamia) y otras fuerzas mayores externas al derecho, religiosas (como el culto familiar o el sistema de adopción de la ley de Manu), económicas (la distinción entre la casa o la tierra y los bienes muebles o la propiedad comunal) o el modo de transferencia de la propiedad.

Para Wigmore no se puede trazar la evolución de una institución jurídica sin pensar en ella como en un cuerpo en movimiento producido por una fuerza... "este movimiento modificado por otras fuerzas inmediatas y este cuerpo y sus movimientos son sólo parte de un cuerpo mayor que es, a su vez, movido por otras fuerzas que modifican los primeros movimientos y este sistema es parte de un mayor sistema de fuerzas y movimientos, y así indefinidamente."³⁸

A esta concepción planetaria llega Wigmore después de haber analizado algunas de las generalizaciones de autores como H.S.Maine y R. de la Grasserie,³⁹ que, según Wigmore, expresan poco o nada de los factores exteriores al Derecho que producen el movimiento de cambio; "intentamos trazar el movimiento de los más abstractos elementos en la historia de cada tipo de conducta legal, para descubrir la secuencia de causa y efecto".⁴⁰

Según Wigmore, sus autores parecen asumir que existen tendencias fijas inherentes en las ideas jurídicas de todas las épocas y todas las comunidades; rechaza esta concepción diciendo que lo que acontece en la evolución es un cambio de efectos cada vez que hay cambio en las causas, generalmente exteriores al Derecho.

Expone también Wigmore que no se puede descubrir universalidad de un mismo patrón de evolución para todas las ideas jurídicas específicas; es decir, no existen hebras idénticas comunes en las que se ensarten todas las instituciones jurídicas, como por ejemplo, el aserto asumido por muchos autores de que la evolución procede de lo simple a lo complejo.

Por ello rechaza las analogías de la representación gráfica de la trayectoria de la evolución como una línea recta continuamente ascendente o una recta con regresiones angulares. Tampoco queda bien representada, según Wigmore, por un círculo tal como concibió el devenir histórico Vico en el siglo XVII, un periplo constantemente volviendo sobre sí mismo.

38 J.H.Wigmore, op.cit., p.541

39 R.G. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, 1906, cap. XX. Constituye el capítulo XXV de la compilación de Wigmore y Kocourek, p.571 y ss.

40 J.H.Wigmore, op.cit., p.533.

La concepción de Goethe de una espiral circular (helicoide) ascendente cuya curva se ensancha a medida que asciende es la representación gráfica que acepta E.Picard, autor ya citado, que contribuye a la serie de capítulos de la serie "Evolución del Derecho".⁴¹

Para Wigmore la única concepción realista es la de un sistema planetario; un complejo de curvas no elementales, originales y diferentes para cada institución, con numerosos movimientos interdependientes, movimientos que son resultado de la acción de fuerzas externas al Derecho, fuerzas de diferentes magnitudes que actúan a veces en armonía y a veces en oposición.

El estudio de la evolución jurídica no consiste, para Wigmore, sólo en identificar e intentar universalizar patrones abstractos de cambio jurídico; hay que poner en relación los cambios jurídicos con las condiciones del medio ambiente que son la causa de tales cambios. Tampoco piensa Wigmore que la evolución jurídica implique necesariamente progreso moral o de otro tipo.

La analogía planetaria de J.H.Wigmore puede parecer demasiado mecanicista. Es realmente darwinista en su insistencia en la variación del medio ambiente, lo que no lo es del todo la concepción de H.S.Maine. Es la de John Henry Wigmore una concepción adelantada en el tiempo, plenamente coherente con los modernos modelos matemáticos evolucionistas.

41 E.Picard. El capítulo XXVI, último de la compilación, que lleva por título "La evolución perpetua del Derecho" (p.667 y ss) está tomado del libro *Le Droit Pur* citado en la nota 26.